

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 14, n. 1, jan./abr. 2019. ISSN 1809-7278 (Impresso)
ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

Proteção Internacional das Espécies da Fauna e da Flora
Aflaton Castanheira Maluf

La Regulación de la Promesa de Matrimonio en el Código Civil Portugués
Encarnación Abad Arenas

Caso Winston Caesar Vs República de Trinidad y Tobago o las Violaciones de los
Derechos Humanos conforme a Leyes Coloniales
Jesús David Rojas Hernández

Estudio Comparativo Entre las Sentencias en el Proceso Penal y la Calificación de las
Insolvencias en Sede Concursal
Luís Alberto Ruiz Tomas

Moda e Impressão 3D: um novo paradigma?
Maria Victória Rocha

La Constitución Española de 1978 y su Ascendencia Sobre la Constitución Brasileña de
1988: constitucionalismo social y valores superiores
Ricardo Maurício Freire Soares,
Charles Silva Barbosa,
Jairo Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé

El objeto de los Derechos Reales y la Constitución de los Mismos sobre cosa
Materialmente Determinada
Sebastián Justo Cosola

Psicologia do Testemunho e Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: da
gramática teórica à investigação empírica
Carlos Alberto Poiares
Maria Cunha Louro



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 14, número 1, jan./abr. 2019

ISSN 1809-7278 (Impresso)
ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 14, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2019



A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Vice-Diretor: Prof. Ms. Lácio César Gomes da Silva
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Elton Dias Xavier - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

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

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdade Santo Agostinho. - Vol. 14, n. 1 (2019) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2019 –
v. : 19 x 26 cm.

Quadrimestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Biblioteca da Faculdade Santo Agostinho

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
ABERTURA	
Proteção Internacional das Espécies da Fauna e da Flora <i>Aflaton Castanheira Maluf</i>	15
ARTIGOS	
La Regulación de la Promesa de Matrimonio en el Código Civil Portugués <i>Encarnación Abad Arenas</i>	39
Caso Winston Caesar Vs República de Trinidad y Tobago o las Violaciones de los Derechos Humanos conforme a Leyes Coloniales <i>Jesús David Rojas Hernández</i>	69
Estudio Comparativo Entre las Sentencias en el Proceso Penal y la Calificación de las Insolvencias en Sede Concursal <i>Luis Alberto Ruiz Tomas</i>	111
Moda e Impressão 3D: um novo paradigma? <i>Maria Victória Rocha</i>	131
La Constitución Española de 1978 y su Ascendencia Sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores <i>Ricardo Maurício Freire Soares,</i> <i>Charles Silva Barbosa,</i> <i>Jairo Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé</i>	185

El objeto de los Derechos Reales y la Constitución de los Mismos sobre cosa Materialmente Determinada <i>Sebastián Justo Cosola</i>	201
---	-----

ECOS ACADÊMICOS

Psicologia do Testemunho e Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: da gramática teórica à investigação empírica <i>Carlos Alberto Poiares,</i> <i>Maria Cunha Louro</i>	227
--	-----

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	255
--	-----

EDITORIAL

A cada ano que tem início, há uma esperança de que haja um crescimento, uma consolidação, uma perpetuação. Em se tratando de um veículo de caráter científico, visa-se, a cada nascer de ano, tanto a fixação do já feito quanto o abranger de novos mundos, novas cercanias, novos pontos do planeta. E é o que este volume 14, número 1, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos países, novas praças. Neste primeiro quadrimestre, são dois artigos científicos de autoria de escritores brasileiros, dois de origem portuguesa, um da Argentina, um artigo científico de uma pesquisadora espanhola e um texto venezuelano.

A página de **Abertura** está ocupada pela produção brasileira. Um dos temas mais universais que se pode ter, em termos de Direito, é quanto ao Direito Ambiental. Se se propõe a escrever sobre o Direito Ambiental Internacional, amplia-se tanto a pesquisa quanto a importância. E, para desempenhar a função de dissertar uma pesquisa acerca da flora e fauna, e o Direito Ambiental Internacional, relacionado à América Latina e Caribe, somente para quem já tem experiência ampla quanto à disciplina. E coube ao Professor Doutor Aflaton Castanheira Maluf, com sua experiência de Professor de Direito Ambiental e Direito Rural, e escritor de outros artigos envolvendo o tema, falar sobre o tema denominado “Proteção Internacional das Espécies da Fauna e da Flora”. O Estudo mostra um Direito Ambiental comparado, em termos de pesquisa profunda em Constituições, quanto a diversos países da América Latina e do Caribe. Um a um, os principais cânones constitucionais vão se desfilando, quando o tema são a flora e a fauna. E exatamente para demonstrar a importância da flora e da fauna, continentais ou marinhas, o autor ainda buscou comprovar que, em se tratando de Direitos Humanos e Direito Ambiental, vários países latino-americanos e caribenhos colocam os Tratados Internacionais acima dos próprios textos constitucionais pátrios. De fato, um texto digno de repetidas leituras. E estudos.

A Seção **Artigos** faz com que os artigos apareçam em ordem alfabética de seus autores.

Iniciando a sequência à entrada pela ordem alfabética, a Professora espanhola Encarnación Abad Arenas, detentora de Doutorado em Direito Civil, apresenta pesquisa

acerca do casamento conforme registro antigo do Código Civil português. Para tal, e sob o título de “La Regulación de la Promesa de Matrimonio en el Código Civil Portugués”, há uma volta no tempo, buscando por leis e doutrinas dos anos 1800, passando pela atualização do meio do século 20 e chegando aos nossos dias. O artigo científico ainda faz comparação com legislação espanhola, francesa, alemã e suíça, em prova incontestável de que os europeus se veem como europeus (ou seja: são continentais) e, não necessariamente, como nacionais de um único país. O tema central gira em torno da promessa de casamento, equiparado a um noivado, com análise detalhada quanto às possibilidades de não se realizar o casamento conforme comprometido entre as pessoas “de sexo diferente”. Por assim constar da legislação mais antiga, anota a autora que já há, atualmente, “en la mayoría de los Códigos europeos, la promesa de matrimonio realizada por pareja heterosexual a la pareja homosexual”. Há intensos e profundos detalhes quanto à possível indenização por promessa de casamento não cumprida, e até mesmo com quem ficam os presentes já recebidos pelos noivos, em demonstração de que o estudo compara Direito de Família com Direito das Obrigações e com os Contratos. Sempre na visão europeia como um todo, e não apenas com as vistas portuguesas. Portuguesa porque o estudo tem como base a legislação portuguesa, mas a autora, espanhola, transpõe sua experiência de Professora tanto na Espanha quanto em Portugal para tecer meadas de grandes qualidades jurídicas.

Se não o primeiro texto venezuelano publicado no Brasil, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** apresenta o artigo científico que, certamente, é o mais influente, ou está entre os primeiríssimos na classificação da importância. A temática envolve as questões dos Direitos Humanos. A análise é quanto à República de Trinidad y Tobago que, mesmo validando as Convenções Internacionais acerca dos Direitos Humanos, aplicou, em um caso específico, uma lei da era colonial. E, com fundamento nesta lei que teria sido revogada ou superada pela subscrição dos Tratados Internacionais, condenou um cidadão sem o devido processo legal e, entre as penas, constaram chicotadas com uma espécie perfurante de instrumento instalado em pontas de nove correias torturantes. Além da tortura física, o condenado também teria sofrido tortura emocional, ao ver seus colegas de cela sendo torturados a ponto de quase falecerem, enquanto aguardava a sua vez de ser mais severamente torturado. Após os ferimentos desumanos, não recebeu tratamento médico. E a prisão denunciada não tem condições próprias para seres humanos. O artigo tem o título de “Caso Winston Caesar Vs República de Trinidad y Tobago o las Violaciones

de los Derechos Humanos Conforme a Leyes Coloniales” e é de autoria do Professor Doutor Jesús David Rojas Hernández.

Da Universidade de Valência, na Espanha, vem a colaboração assinada pelo Professor Doutor Luís Alberto Ruiz Tomas, que também detém alto título acadêmico na área de Economia. E, justamente por unir os conhecimentos de Direito com a prática da Economia de elaborar e analisar gráficos, o Professor em questão escreveu um estudo aprofundado no qual busca demonstrar a quantidade de processos penais com interferência na área de falências empresariais. O título do trabalho é “Estudio Comparativo Entre las Sentencias en el Proceso Penal y la Calificación de las Insolvencias en Sede Concursal” e os dados são demonstrados em gráficos que contemplam as situações em cada ano. Processos de insolvência de diversas cidades da Espanha foram analisados, com elaboração de demonstração visual que completa o texto.

No mundo jurídico de todo o planeta, é possível dizer que a Professora Doutora Maria Victória Rocha é autoridade maior quando o assunto envolve a impressão 3D. As consequências dessa modalidade inerente à inovação tecnológica no meio jurídico, envolvendo direitos autorais e direito de marcas e patentes, trazem discussões que vazam fronteiras e trazem preocupações quando se pensa em países que podem não se preocupar com a preservação de alguns direitos, porque oriundos de outras paragens. Desta vez, a Professora Doutora Maria Victória Rocha coloca seus conhecimentos para uma discussão ampla, profunda e completa acerca dos direitos próprios sobre a moda quando se pensa em uma sociedade que não requer mais barreiras e sequer impõe necessidade de produzir uma peça, de qualquer produto, em uma unidade fabril. É possível, com um simples ato de envio de uma mensagem de texto contendo um arquivo anexo com um desenho, para que haja a impressão, em um equipamento de terceira dimensão, no ambiente do destinatário final. Como o assunto principal do texto é a moda e a confecção, pode-se imprimir uma roupa, em um local muito distante, no exato momento em que é enviada (de qualquer parte do mundo) a mensagem. Assim, há dispensa de costureiras e todo um conjunto de equipamentos de alta costura. Também se discute em que local há a tributação. E o texto ainda fala do risco de a remessa representar a impressão não de uma peça, mas de muitas, bem como a possibilidade de ser desviada por especialistas em invasão virtuais de computadores.

No momento em que se vive o trigésimo aniversário da Constituição Federal do Brasil, também é momento de considerações de que, dez anos antes de a Constituição brasileira

vir a lume, foi colocada à disposição do povo espanhol uma Constituição também inovadora. Mais do que fazer um paralelo entre os textos constitucionais brasileiro e espanhol, há um artigo científico publicado na presente Revista em que há um estudo também sobre o momento político que antecedeu tanto a Constituição brasileira quanto a espanhola. O título do texto é “La Constitución Española de 1978 y su Ascendencia Sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores”, e os autores são o Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares, o Professor Doutor Charles Silva Barbosa e o Professor Doutorando Jairo Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé. O estudo, escrito originariamente em Língua Portuguesa, foi traduzido para o Espanhol. E a exclusividade de publicação, por parte da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, colabora na prova da universalização desse periódico. O estudo comparativo também é motivo de comprovação de que terá muitos destinatários diretamente ligados à Espanha e aos estudantes do Direito em qualquer parte do mundo.

Na atualidade, um dos maiores doutrinadores da Argentina atende pelo nome de Sebastián Justo Cosola. A área do Direito Notarial e Registral tem para com ele uma referência nacional. Suas publicações servem de escola para os demais. E ele está presente nesta edição da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** com o artigo científico denominado “El objeto de los Derechos Reales y la Constitución de los Mismos sobre cosa Materialmente Determinada”. O texto mostra o liame do Direito Notarial com o Direito das Coisas e, por sinal, é um dos pouquíssimos autores que fazem distinção entre o Direito das Coisas e os Direitos Reais, embora a doutrina mundial tenha as nomenclaturas como equivalentes. Para demonstrar os procedimentos registrares, o autor mostra os Direitos Reais, especialmente sobre hipoteca e outros segmentos dos Direitos Reais de Garantia, passando também sobre os Direitos de Vizinhança. Não apenas como Direito Comparado, trata-se de uma aula sobre Direito que todos devem tomar conhecimento.

A última Seção da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** é denominada **Ecos Acadêmicos**. Traz temas que se ligam ao Direito por vias diretas ou transversais. Desta vez, há a demonstração de que a colaboração existente entre o Direito e a Psicologia vem de longa data. Mas, cada vez mais, há cientistas que se imiscuem nos estudos hoje denominados Psicologia Jurídica. Dentre os mais renomados portugueses que estudam o assunto, estão o Professor Doutor Carlos Alberto Poiares e a Professora Doutora Maria Cunha Louro. A união desses dois pilares do conhecimento rendeu o artigo científico de

nome “Psicologia do Testemunho e Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: da gramática teórica à investigação empírica”. Trata-se de uma atualização e ampliação de um capítulo de um livro do autor, o que indica o alto prestígio da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** como veículo científico. Ao falarem sobre Psicologia Jurídica, os autores trazem detalhes quanto ao comportamento das testemunhas que podem, e muito, influenciar na decisão por parte do Juiz de Direito. Afirmam, inclusive, que muitos erros do Poder Judiciário se dão exatamente porque os Juízes não observaram o comportamento dos depoentes, quando atuam como testemunhas. O trabalho ampliado é resultado de uma vasta experiência não somente doutrinária, como também por motivos práticos, com a observação e compilação de dados das decisões de um Tribunal Militar. Os autores ainda apresentam uns anexos que instruem tanto psicólogos quanto Juízes de Direito, Promotores e Advogados, quando envolvidos com algum processo criminal. A clareza do texto, a qualidade da descrição, a experiência e os estudos permanentes dos autores indicam que, sim, são dignos de ilustrarem essa seção denominada Ecos Acadêmicos.

Não há dúvida de que o presente número, o primeiro dos três do ano de 2019, da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, está digno de classificação elevada. E, claro, próprio para estudos, pesquisas, leituras e participação dos demais cientistas. De todo o mundo.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Proteção Internacional das Espécies da Fauna e da Flora¹

AFLATON CASTANHEIRA MALUF²

Resumo: Essa pesquisa tem como objetivo os atuais textos constitucionais da América Latina e Caribe que tenham *conexão* direta com os recursos naturais e sua proteção internacional – instrumentos constitucionais – sobretudo referentes à *fauna* e à *flora*. Na Parte I, serão vistas as Constituições no aspecto dos instrumentos internacionais como Tratados e outros instrumentos. Na Parte II, serão perscrutados os dispositivos constitucionais destinados à proteção ambiental nacional e internacional dos recursos naturais: *fauna e flora*. Na Conclusão, chegam-se aos resultados, em vista da investigação empreendida. Será utilizada a metodologia normativa-comparativa.

Palavras-chave: Constituições, América Latina, Caribe, Fauna, Flora.

INTERNATIONAL PROTECTION OF FAUNA AND FLORA SPECIES

Abstract: This research aims at the current constitutional texts of Latin America and the Caribbean that have a direct connection with natural resources and their international protection – constitutional instruments – mainly referring to fauna and flora. In Part I the Constitutions will be seen in the aspect of international instruments such as treaties and other instruments). Part II will examine the constitutional provisions for national and international environmental protection of natural resources: fauna and flora. In Conclusion the results are obtained, in view of the investigation undertaken. The normative-comparative methodology will be used.

Keywords: Constitutions, Latin America, Caribbean, Fauna, Flora.

¹ Agradecimentos ao Professor Doutor Sébastien Kiwonghi Bisawu.

² Doutor em Direito pela FADISP. Pós-Doutorando pela Universidade de Porto (Portugal). Mestrando em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Hélder Câmara.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se sabe que os direitos fundamentais ultrapassaram as fronteiras dos Países, ou Estados. Em uma definição jurídica, essa investigação dedicar-se-á as *Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno* sob o aspecto constitucional, com vistas às questões ambientais internacionais. Muitos defendem que os direitos fundamentais são *direitos naturais*, que nascem e caminham “eternamente de mãos dadas” com todo ser humano e/ou outras formas de vida, em qualquer cultura, civilização e/ou parte do planeta.

Acredita-se que no atual estágio de evolução humana, os direitos fundamentais estão *suprainternacionalizados*, sendo *fontes universais a ser observadas e seguidas*. Analisando a evolução dos documentos declaratórios dos Direitos Humanos Fundamentais, desde o século XVIII até o início deste século XXI, pode-se inferir em seus textos que há uma sequência lógica ou mesmo previsível, se comparada com as situações paralelas de cada época. A razão disso se encontra na *força social*, que sempre quando se sente ameaçada como um todo, responde igualmente em uma só direção. Em última análise, as questões ambientais internacionais, estão conectadas a sobrevivência da própria humanidade.

A expressão “América Latina” (em castelhano: *Latinoamérica*; em francês: *Amérique latine*) compreende uma região de países das Américas (especialmente do Sul, Central e Caribe), onde se fala, oficialmente, idiomas derivados do latim: *castellano*, *português* e *francês*. Trata-se de *terminologia* utilizada desde a primeira metade do século XIX (de origem histórica controversa), a fim de identificar países americanos onde se falam idiomas

de origem romana; ao reverso de outros países do Continente, que adotaram línguas anglo-saxônicas.

Essa região americana, atualmente, compreende 20 países soberanos e independentes: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Em complemento necessário, existem Departamentos, Estados ou Territórios não soberanos, que estão compreendidos na América Latina³. Vale salientar que a presente investigação ater-se-á aos países soberanos e suas Constituições.

A Carta Brasileira de 1988 determina em seu artigo 4.º, parágrafo único:

Art. 4.º [...]

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

De forma semelhante ao dispositivo brasileiro (parágrafo único do art. 4.º da CRFB/1988), podem ser citadas como exemplos: as Constituições boliviana de 2009, art. 265⁴; colombiana de 1991, art. 227⁵; equatoriana de 2008, art. 423⁶; nicaraguense de 1987, art.

³ Se mencionan además los territorios que harían parte de América Latina según la connotación literal del término (territorios donde se hablan lenguas romances): las provincias de Quebec y Nuevo Brunswick en Canadá; los estados de Luisiana, Florida, California, Texas, Arizona y Nuevo México en Estados Unidos más Puerto Rico una de las dependencias estadounidenses; y los territorios franceses de Guyana Francesa, Clipperton, Guadalupe, Martinica, San Bartolomé, San Martín y San Pedro y Miquelón. Disponible em: <https://es.wikipedia.org/wiki/América_Latina>. Acesso em; 15 out. 2018

⁴ **Art. 265.** I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 143).

⁵ **Art. 227.** El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 537).

⁶ **Art. 423.** La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: 1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. 2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad,

9.^{o7}: venezolana de 2009, art. 153⁸.

Na leitura dos referidos textos constitucionais – bem mais amplos e abrangentes que o dispositivo nacional correspondente – nota-se clara intenção do estabelecimento de uma *comunidade supranacional*, incluindo a possibilidade de auferir cidadania latino-americana (e caribenha) a todos os latino-americanos e caribenhos.

Em complemento, existem diversos diplomas internacionais que introduziram em seus textos, o tema proposto nessa pesquisa. Vale citar como exemplos: Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela ONU, em 1948:

Artigo 28.º Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades enunciadas na presente Declaração.

los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria. 3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. 4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales. 5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latino-americanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio. 6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región. 7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 794-795).

⁷ **Art. 9.** Nicaragua defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central, así como los esfuerzos por establecer y preservar la paz en la región. Nicaragua aspira a la unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe, inspirada en los ideales unitarios de Bolívar y Sandino. En consecuencia, participará con los demás países centroamericanos y latino-americanos en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines. Este principio se regulará por la legislación y los tratados respectivos (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 568).

⁸ **Artículo 153.** La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 508-509).

Na mesma linha, encontra-se o **Preâmbulo** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹, firmada em San Jose, Costa Rica, em 1969.

Dos quase 200 países que fazem parte das Nações Unidas, em mais de 140 nações constata-se violações explícitas aos direitos fundamentais universais, cometidos invariavelmente por grandes empresas e organizações internacionais, bem como, muitas vezes, pelos próprios governos ou poderes constituídos. Em consequência, são praticadas diuturnamente inúmeras violações internacionais aos recursos naturais, em todos os espaços terrestres e marítimos, sobretudo os *habitats* referentes à fauna e flora. Nesse cenário, ingressa o *Direito Internacional Ambiental*.

É evidente que a eficácia no que tange à aplicação e respeito aos direitos fundamentais, ainda depende de sua definição, regulamentação e aplicação em nível interno, ou seja, da legislação de cada País (obviamente, com base na Constituição). São, portanto, em princípio, as garantias legais seguidas das respectivas ações materializadas pelos agentes legitimados, que vão efetivamente consagrá-los.

Mas não é só no plano normativo que isso deve se efetivar. Principalmente no plano *cultural e operacional* (nacional e internacional), devem ser promovidas mudanças. Se as garantias e ações correspondentes forem eficazes, assim serão os direitos fundamentais. Caso contrário, ter-se-ão textos que não saem do papel, ou seja, sem *eficácia social* e desprovidos de operabilidade.

Os Recursos naturais internacionais – com destaque a biodiversidade da fauna e flora – estão muito evidenciados nesse início de séc. XXI. Existem obrigações internacionais de não causar danos ao território de outro Estado ou em espaço fora da jurisdição nacional. Para tanto, evidenciem-se as cooperações internacionais como condição para conservação dos recursos naturais. Haverá de existir, igualmente, mecanismos internacionais de proteção da biodiversidade. Por fim, como opção extrema, haverá responsabilidades internacionais por danos aos recursos naturais terrestres e marinhos e seus ecossistemas.

⁹ Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional.

Essa investigação será engendrada sob a perspectiva dos atuais textos constitucionais da América Latina e Caribe que tenham *conexão* direta com os recursos naturais e sua proteção internacional – instrumentos constitucionais – sobretudo referente ao ambiente fauna e flora. Nesse prisma, serão analisados os dispositivos constitucionais das Cartas dos países da Latino-América e Caribe, dedicados aos Tratados Internacionais e proteção do ambiente e seus ecossistemas.

Na **Parte I** serão vistas as Constituições no aspecto dos instrumentos internacionais Tratados, Pactos, Declarações e outros instrumentos. Na **Parte II** serão perscrutados os dispositivos constitucionais destinados a proteção ambiental nacional e internacional dos recursos naturais, especialmente fauna e flora (natureza). Nas **Considerações Finais** chega-se aos resultados, em vista da investigação empreendida.

Ressalte-se que as análises empreendidas nessa pesquisa não buscam abranger a integralidade dos referidos textos constitucionais latino-americanos e caribenhos. Portanto, as investigações serão celebradas de forma exemplificativa, com destaque ao aspecto formal dos dispositivos compreendidos como mais evidentes, em vista do tema delimitado. Será utilizada a metodologia normativa-comparativa.

Hodiernamente, torna-se mais evidente – ano após ano – a adoção nacional e internacional da concepção “*biocentrista*”. Nessa visão, a proteção de todas as formas de vida deve prevalecer, em primeira ou última análises, para preservar o equilíbrio local e global. Nesse prisma, faunas em geral (terrestre, aérea, migratória, aquática, marinha, etc.) e floras em geral (terrestre, aquática, marinha, etc.) em seus múltiplos ecossistemas, necessitam de igual e sistêmica proteção internacional.

2 PARTE I – INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA LATINA E CARIBE

No aspecto dos instrumentos internacionais, a ser formalizados pelos Estados independentes, destacam-se os Tratados. Nomenclatura aqui utilizada em sentido amplo, ainda que existam outras denominações ou espécies, como por exemplos Declarações, Convênios, Protocolos, Convenções, Acordos, Pactos, etc. A terminologia Tratado, *em sentido amplo*, é a mais usual, em que pese a existência de outros tipos de instrumentos internacionais. Este é o natural campo de normatização e atuação das pessoas jurídicas de direito público externo ou internacional.

Inicialmente, revela-se que as Constituições estrangeiras da Latino-América e Caribe empreenderam vários dispositivos – na Carta de cada País – para as questões internacionais, sobremaneira importantes. Conforme dito alhures, as investigações serão celebradas de forma exemplificativa, com destaque aos dispositivos compreendidos como mais evidentes, em vista do tema delimitado: *Direito Internacional dos Recursos Naturais*. Ater-se-á mais ao aspecto formal dos textos. Entenda-se, aqui, nessa investigação, o *Direito Internacional* de base comunitária, continental ou regional. São considerações de Miranda (2012, p. 24)

I – O Direito internacional é um ordenamento jurídico, não um ramo de Direito. Não se acrescenta ao Direito civil, nem ao Direito Administrativo, nem ao Direito penal. Contrapõe-se, sim [...] ao Direito *interno*, ou melhor, ao Direito próprio de cada um dos Estados soberanos. Ao lado das ordens jurídicas estatais [...] depara-se, pois, o Direito Internacional. E definir as relações entre as duas ordens jurídicas dos Estados e o Direito Internacional vem a ser problema de centralíssima importância. [...] III – Em conexão com a mundialização do Direito Internacional, observa-se o fenómeno inverso [...] do regionalismo. O Direito internacional tende à universalidade, mas surgem, em diferentes zonas geográficas, continentes ou subcontinentes, segmentos particulares, moldados em função de características, tradições, problemas ou necessidades peculiares. A própria Carta das Nações Unidas prevê (conquanto noutro plano) “acordos regionais” (arts. 52º, 53º, 54º). O *Direito Internacional regional* mais antigo vem a ser o Direito interamericano, de base mais consuetudinária do que convencional. Mas não é o único. Outros Direitos internacionais particulares emergem, em correspondência com grandes organizações políticas e económicas regionais, desde a Europa à Ásia, à África e ao Pacífico, sem esquecer, durante alguns anos, o “bloco socialista” [...].

Cite-se, de forma inaugural, a vigente Constituição da Argentina, de 1853 (após reformas de 1994).¹⁰ Destaca-se, na Carta argentina, que os Tratados possuem hierarquia superior

¹⁰ **Artículo 31.** Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859. [...]

Artículo 75. Corresponde al Congreso: [...]

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto

às leis. Indo além, a Constituição argentina incorporou expressamente no seu texto constitucional, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (e muitos outros instrumentos), que passaram a possuir, dentro do sistema jurídico constitucional argentino, *hierarquia constitucional*. A nação argentina evidenciou, na sua Constituição, questões referentes às ilhas Malvinas e outras, em vista que a nação foi desprovida de seus domínios, considerando-as, portanto, objeto de reivindicação de sua soberania.¹¹

A Constituição da Bolívia, de 2009, evidenciou princípios básicos para aprovar Tratados. Dentre esses princípios, os Tratados devem estar em harmonia com a natureza, defesa da biodiversidade, incluindo plantas, animais, microorganismos e qualquer matéria viva, bem como a soberania alimentária e proibição referente aos elementos tóxicos e Organismos Geneticamente Modificados (OGM's).¹²

de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. [...]

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 15, 23, 27 e 28, *passim*).

¹¹ Disposiciones Transitorias. Primera: La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 44).

¹² **Artículo 255.** I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo.

II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de:

1. Independencia e igualdad entre los estados, no intervención en asuntos internos y solución pacífica de los conflictos.
2. Rechazo y condena a toda forma de dictadura, colonialismo, neocolonialismo e imperialismo.
3. Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación.
4. Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos.
5. Cooperación y solidaridad entre los estados y los pueblos.
6. Preservación del patrimonio, capacidad de gestión y regulación del Estado.
7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva.
8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente.
9. Acceso de toda la población a los servicios básicos para su bienestar y desarrollo.
10. Preservación del derecho de la población al acceso a todos los medicamentos, principalmente los genéricos.
11. Protección y preferencias para la producción boliviana, y fomento a las exportaciones con valor agregado (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 139-140).

A Carta boliviana de 2009 segue enaltecendo a prevalência e superioridade dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico interno, caso estes sejam mais favoráveis. Referidos instrumentos internacionais, sendo mais benéficos, serão considerados nesse ponto, *acima* da Constituição.¹³

É sabido, historicamente, que o Chile se apropriou das terras bolivianas que atingiam o Oceano Pacífico (séc. XIX), suprimindo seus domínios terrestres com saída para o mar. Existe uma conhecida máxima boliviana: *el mar y nuestro; reconquista y un deber*. Nesse sentido, a Constituição da Bolívia, de 2009, deixa explícito o desejo de retomar o acesso marítimo.¹⁴

A Carta boliviana de 2009 destacou também, a expressão “*bloco de constitucionalidade*”. Referido “bloco constitucional” será integrado pelos Tratados e Convênios Internacionais e de Direito Comunitário. No plano da aplicação das normas jurídicas bolivianas, deverá ser observada, de forma harmônica, a Constituição do País e os Tratados Internacionais.¹⁵

A Carta equatoriana de 2008 foi bastante abrangente com relação às matérias relacionadas aos recursos naturais internacionais. De início, a Constituição do Equador declara a

¹³ **Artículo 256.** I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera **preferente sobre ésta**. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 140-141) (grifo nosso).

¹⁴ **Artículo 267.** I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo.

II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano.

Artículo 268. El desarrollo de los intereses marítimos, fluviales y lacustres, y de la marina mercante será prioridad del Estado, y su administración y protección será ejercida por la Armada Boliviana, de acuerdo con la ley (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 143).

¹⁵ **Artículo 410.** I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.

2. Los tratados internacionales (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 201-202).

plataforma continental, insular e marítima, como parte integrando do território. Em seguida, declara exercer direitos sobre os espaços marítimos e a Antártida.¹⁶

A Constituição equatoriana de 2008 dedica dispositivo específico para os Tratados, que devem ser interpretados segundo os princípios: a favor do ser humano, não restrição de direitos, aplicação direta e cláusulas abertas.¹⁷ A Constituição equatoriana também destaca a importância da arbitragem internacional e regional *latino-americana*, com base nos princípios da transparência, equidade e justiça internacional.¹⁸

No plano da aplicabilidade, assim como a Carta boliviana de 2009, a Constituição equatoriana de 2008 indica a necessidade de integrar o ordenamento jurídico constitucional com os Tratados e demais instrumentos internacionais. A ordem de aplicação das normas compreende a Constituição e os instrumentos internacionais. Sendo mais favoráveis – os instrumentos internacionais – prevalecem no ordenamento jurídico nacional.¹⁹

A Constituição da Colômbia de 1991 destaca a interpretação dos direitos e deveres da Carta, o que deve ocorrer em sintonia com os Tratados Internacionais integrados ao seu

¹⁶ **Art. 4.** El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este territorio comprende el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio suprayacente continental, insular y marítimo. Sus límites son los determinados por los tratados vigentes. El territorio del Ecuador es inalienable, irreductible e inviolable. Nadie atentará contra la unidad territorial ni fomentará la secesión. La capital del Ecuador es Quito. El Estado ecuatoriano ejercerá derechos sobre los segmentos correspondientes de la órbita sincrónica geoestacionaria, los espacios marítimos y la Antártida. (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 651).

¹⁷ **Art. 417.** Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los **principios** pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 793) (grifo nosso).

¹⁸ **Art. 422.** No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 794).

¹⁹ **Art. 424.** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; [...] (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 795).

ordenamento jurídico.²⁰ Conforme dito anteriormente, a Carta colombiana almeja a formação de uma comunidade latino-americana de nações, com organismos supranacionais, incluindo parlamentos *andino* e *latino-americano*.²¹

A Constituição do Peru, de 1993, previu expressamente a questão internacional das duzentas milhas, referente ao seu espaço marítimo.²² Peru estabelece que os Tratados fazem parte do Direito nacional, admitindo que o nacional possa recorrer a Tribunais Internacionais, caso tenha seus Direitos constitucionais violados.²³ A Carta peruana segue dizendo que as normas constitucionais, referentes aos direitos e liberdades, devem ser interpretadas conforme os preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).²⁴

A Carta venezuelana de 1999 – assim como outras, citadas anteriormente – destaca a hierarquia constitucional dos Tratados, prevalecendo na medida em que contenham direitos mais favoráveis aos previstos na Constituição.²⁵ Assim como a Colômbia, a Carta venezuelana – citando novamente – propõe a formação de uma comunidade latino-americana e caribenha de nações, via organizações supranacionais, a fim de defender,

²⁰ **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 522).

²¹ **Artículo 227.** El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latino-americano (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 573).

²² **Artículo 54.** El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 260).

²³ **Artículo 55.** Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 205. Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 260).

²⁴ DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS - Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 304).

²⁵ **Artículo 23.** Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 473).

dentre outros, interesses ambientais comuns. Indo além, destina atenção especial as relações ibero-americanas (Portugal e Espanha).²⁶

A Constituição do Paraguai, de 1992, expressa como relevante os tratados, acordos e convênios celebrados, compreendendo que são integrantes do direito positivo nacional.²⁷ A Carta guatemalteca de 1985 vai mais longe, indicando que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, colocam-se em nível superior ao ordenamento jurídico interno.²⁸ A Constituição da Guatemala, de 1985, enumera expressamente os bens do Estado, dentre eles, a zona marítima terrestre e a plataforma continental.²⁹

Da mesma forma, encontram-se, a título de exemplos, a Constituição do México – já centenária – de 1917³⁰; a Constituição do Panamá, de 1972³¹; a Constituição da Costa

²⁶ **Artículo 153.** La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 508-509).

²⁷ **Artículo 137.** DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 191).

²⁸ **Art. 46.** Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 252).

²⁹ **Art. 121.** Son bienes del estado: [...]; b. Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley; [...]; d. La zona marítimo terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 271).

³⁰ **Art. 42.** El territorio nacional comprende:

I. El de las partes integrantes de la Federación;

II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;

IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;

V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;

VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 462-463).

³¹ **Art. 3.º** El territorio de la República de Panamá comprende la superficie terrestre, el mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica de acuerdo con los tratados de límites celebrados por Panamá y esos Estados. El territorio nacional no podrá ser jamás cedido, traspasado o enajenado, ni temporal ni parcialmente, a otros Estados.

Art. 4.º La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Art. 317. La Autoridad del Canal de Panamá y todas aquellas instituciones y autoridades de la República vinculadas al sector marítimo, formarán parte de la estrategia marítima nacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 626).

Rica, de 1949³². A Carta Costa-Riquense indica claramente que os Tratados podem prevalecer sobre o ordenamento jurídico interno, nos termos da Carta e conforme os princípios de Direito Internacional.³³

A Constituição de El Salvador, de 1983, assim como as anteriores, expressa em detalhes os seus limites territoriais e os bens do Estado, dentre eles, a plataforma insular e continental. Ressalta também – assim como a Carta peruana – a previsão expressa de jurisdição e soberania sobre as duzentas milhas marítimas.³⁴ A Carta salvadorenha deixa claro que em caso de conflito entre a lei e o Tratado, prevalecerá este.³⁵ Já a Constituição de Honduras, de 1982, estabelece a execução obrigatória de sentenças arbitrais e judiciais de caráter internacional.³⁶ Empreendidas as pesquisas sobre os textos constitucionais latino-americanos e caribenhos, preliminarmente, resta compreendido, que:

³² **Art. 5.º** El territorio nacional está comprendido entre el mar Caribe, el Océano Pacífico y las Repúblicas de Nicaragua y Panamá. Los límites de la República son los que determina el Tratado Cañas-Jerez de 15 de abril de 1858, ratificado por el Laudo Cleveland de 22 de marzo de 1888, con respecto a Nicaragua, y el Tratado Echandi Montero-Fernández Jaén de 1.º de mayo de 1941 en lo que concierne a Panamá. La Isla del Coco, situada en el Océano Pacífico, forma parte del territorio nacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 116).

³³ **Art. 105.** La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Tal potestad no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones mediante ningún convenio ni contrato, directa ni indirectamente, salvo por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 136).

³⁴ **Art. 84.** El territorio de la República sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberanía es irreductible y además de la parte continental, comprende: El territorio insular integrado por las islas, islotes y cayos que enumera la Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 9 de marzo de 1917 y que además le corresponden, conforme a otras fuentes del Derecho Internacional; igualmente otras islas, islotes y cayos que también le corresponden conforme al derecho internacional. Las aguas territoriales y en comunidad del Golfo de Fonseca, el cual es una bahía histórica con caracteres de mar cerrado, cuyo régimen está determinado por el derecho internacional y por la sentencia mencionada en el inciso anterior. El espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular correspondiente; y además, El Salvador ejerce soberanía y jurisdicción sobre el mar, el subsuelo y el lecho marinos hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea, todo de conformidad a las regulaciones del derecho internacional. Los límites del territorio nacional son los siguientes: AL PONIENTE, con la República de Guatemala, de conformidad a lo establecido en el Tratado de Límites Territoriales, celebrado en Guatemala, el 9 de abril de 1938. AL NORTE, y AL ORIENTE, en parte, con la República de Honduras, en las secciones delimitadas por el Tratado General de Paz, suscrito en Lima, Perú, el 30 de octubre de 1980. En cuanto a las secciones pendientes de delimitación los límites serán los que se establezcan de conformidad con el mismo Tratado, o en su caso, conforme a cualquiera de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales. AL ORIENTE, en el resto, con las Repúblicas de Honduras y Nicaragua en las aguas del Golfo de Fonseca. Y AL SUR, con el Océano Pacífico (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 188-189).

³⁵ **Art. 144.** Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 205).

³⁶ **Art. 15.** Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respecto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010c, p. 336).

1. os Tratados e demais instrumentos internacionais, já contidos e/ou após introduzidos no ordenamento interno do respectivo país – na maioria das Cartas Constitucionais – possuem proeminência ou preponderância, em face do ordenamento jurídico nacional infraconstitucional;
2. em algumas Constituições, e em determinadas situações, os instrumentos internacionais vão mais longe: sendo mais benéficos, possuem hierarquia superior (mais valia) e complementar a própria Constituição;
3. em algumas Constituições, os Tratados e demais instrumentos internacionais só podem ser aprovados, para posterior introdução no ordenamento jurídico do respectivo país, se estiverem consentâneos aos princípios constitucionais específicos, dentre eles, os direitos ambientais;
4. várias Constituições indicam expressamente o ambiente marinho com sua fauna e flora – plataforma continental e insular – integrado ao patrimônio do Estado, sendo que algumas Cartas Constitucionais indicam expressamente as duzentas milhas marítimas;
5. algumas Constituições aderem expressamente aos preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH (dentre outras Declarações, a exemplo da Carta argentina), como parte integrante do ordenamento constitucional;
6. algumas Constituições indicam a necessidade de formatar – via tratados internacionais – organismos internacionais ou comunitários, gerenciadores de uma ordem *supranacional* latino-americana e caribenha de nações, para persecução de interesses comuns, sobretudo internacionais ambientais.

3 PARTE II – DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DESTINADOS À PROTEÇÃO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Compreende-se preliminarmente, que as questões internacionais – especialmente ambientais – são materializadas de “dentro para fora”, ou seja, partindo do interesse do país em normatizar no seu ordenamento jurídico as questões internacionais, começando pela sua Constituição; e de “fora para dentro”, ou seja, aderindo, recepcionando e aplicando os textos e os princípios internacionais no ordenamento jurídico interno ou nacional.

Em sequência complementar à Parte I, serão investigadas nessa oportunidade as Constituições estrangeiras latino-americanas e caribenhas no aspecto do Direito

Internacional dos recursos naturais. Ressalta-se, mais uma vez, que as pesquisas aqui materializadas serão celebradas de forma exemplificativa, com destaque aos dispositivos constitucionais estrangeiros compreendidos como mais evidentes, em vista do tema delimitado. Em complemento, ater-se-á mais ao aspecto formal dos textos.

Nesse sentido, algumas Cartas Latino-Américas e Caribenhas engendraram amplo plexo de dispositivos constitucionais destinados à proteção ambiental nacional e/ou internacional. Somando essas normas constitucionais ventiladas na sequência, aos dispositivos constitucionais expostos anteriormente – referentes aos Tratados e demais instrumentos internacionais – compreende-se que tais Constituições estrangeiras (ao menos no aspecto formal) conferem “ampla base normativa” aos respectivos Países, nas ações relacionadas às questões ambientais internacionais, sobretudo no terreno do *Direito Internacional Ambiental*.

De forma inaugural, cite-se a Constituição da Venezuela, de 1999. A Carta venezuelana explicitou sua soberania sobre a área continental marítima e insular, incluindo os recursos genéticos, as espécies migratórias e os componentes intangíveis, insertos na plataforma continental, zona marítima contígua e zona econômica exclusiva evidenciando, para tanto, as condições que determinam o *Direito Internacional Público*.³⁷

A Carta venezuelana de 1999 segue declarando a necessidade (bem como o dever) das gerações atuais protegerem e manterem o ambiente, em benefício de si mesmas, e para o “mundo futuro”. A Constituição da Venezuela insere nessa gama programática:

³⁷ **Artículo 11.** La soberanía plena de la República se ejerce en los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro de las líneas de base rectas que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se hallen. El espacio insular de la República comprende el archipiélago de Los Monjes, archipiélago de Las Aves, archipiélago de Los Roques, archipiélago de La Orchila, isla La Tortuga, isla La Blanquilla, archipiélago Los Hermanos, islas de Margarita, Cubagua y Coche, archipiélago de Los Frailes, isla La Sola, archipiélago de Los Testigos, isla de Patos e isla de Aves; y, además, las islas, islotes, cayos y bancos situados o que emerjan dentro del mar territorial, en el que cubre la plataforma continental o dentro de los límites de la zona económica exclusiva. Sobre los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contígua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley. Corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 470).

diversidade biológica, recursos genéticos, processos ecológicos, princípios bioéticos, costas (marítimas e insulares), clima e a camada de ozônio.³⁸

A Constituição da Bolívia, de 2009, conforme explicitado na Parte I, possui ampla gama de dispositivos ambientais. Traçando um paralelo com a Constituição brasileira de 1988, considerada uma Carta “ambientalista”, nota-se que a atual Carta da Bolívia – no aspecto formal – foi muito além, em quantidade e qualidade, no *plano ambiental*. Sabe-se que a atual Constituição brasileira é alcunhada pelos especialistas como Carta “verde”; nessa linha, pode-se considerar a Carta boliviana (bem como a equatoriana, de 2008), em um nível acima, no superlativo: “verdíssima”.

A Constituição boliviana evidenciou a água, a biodiversidade e o espectro eletromagnético, sendo dever do Estado promover o desenvolvimento e a investigação sobre os recursos naturais e a biodiversidade. Ressalte-se que a Constituição boliviana declara o bem ambiental “água” um direito fundamentalíssimo (superlativo); e pugna pela busca de formas alternativas de energia. Atente-se que a Carta boliviana também declara, expressamente, a imprescritibilidade dos delitos ambientais.³⁹

³⁸ **Artículo 127.** Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010b, p. 503).

³⁹ **Artículo 347.** I. El Estado y la sociedad promoverán la mitigación de los efectos nocivos al medio ambiente, y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la imprescriptibilidad de los delitos ambientales.

Artículo 348. I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. [...]

Artículo 373. I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad. [...]

Artículo 378. I. Las diferentes formas de energía y sus fuentes constituyen un recurso estratégico, su acceso es un derecho fundamental y esencial para el desarrollo integral y social del país, y se regirá por los principios de eficiencia, continuidad, adaptabilidad y preservación del medio ambiente.

Artículo 379. I. El Estado desarrollará y promoverá la investigación y el uso de nuevas formas de producción de energías alternativas, compatibles con la conservación del ambiente (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 182-191, *passim*).

A Carta boliviana de 2009 também indica que a utilização dos recursos naturais renováveis ocorrerá de forma sustentável, considerando, dentre outras, suas características biofísicas e socioeconômicas.⁴⁰

A atual Constituição do Equador, de 2008, conforme anunciado em passagem anterior, pode ser considerada, assim como a atual Carta boliviana – ao menos no aspecto formal – uma Carta “verdíssima”. Ressalte-se que essa “ampliação constitucionalista” juntamente com “recepção nacional aos textos internacionais” a favor das questões ambientais, vem sendo evidenciada, na maioria das Constituições estrangeiras elaboradas pós séc. XXI, inclusive de outros continentes. Cite-se como exemplo, um país do continente africano: Constituição de *Madagascar*, de 2010 (4.^a República), que declara as questões ambientais no Preâmbulo.⁴¹

De início, fica bem demonstrada no texto da Constituição do Equador, de 2008, a busca de tecnologia a favor de energias alternativas limpas, almejando-se também uma sustentabilidade alimentária; e proibindo-se uso de agrotóxicos ou similares, bem como

⁴⁰ **Artículo 348.** I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento.

II. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país. [...]

Artículo 354. El Estado desarrollará y promoverá la investigación relativa al manejo, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y la biodiversidad. [...]

Artículo 380. I. Los recursos naturales renovables se aprovecharán de manera sustentable, respetando las características y el valor natural de cada ecosistema.

II. Para garantizar el equilibrio ecológico, los suelos deberán utilizarse conforme con su capacidad de uso mayor en el marco del proceso de organización del uso y ocupación del espacio, considerando sus características biofísicas, socioeconómicas, culturales y político institucionales. La ley regulará su aplicación (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 182-192, *passim*).

⁴¹ Persuadé de l'importance exceptionnelle des richesses de la faune, de la flore et des ressources minières à fortes spécificités dont la nature a doté Madagascar et qu'il importe de préserver pour les générations futures, [...] Considérant la situation géopolitique de Madagascar et sa participation volontariste dans le concert des nations, et le pays faisant siennes, notamment: - la Charte internationale des droits de l'homme; - les conventions relatives aux droits de l'enfant, aux droits de la femme, à la protection de l'environnement, aux droits sociaux, économiques, civils et culturels. Convicto da excepcional importância da riqueza da fauna, flora e recursos minerais com fortes especificidades cuja natureza dotou Madagáscar e que é importante preservar para as gerações futuras, [...] Considerando a situação geopolítica de Madagascar e sua participação voluntarista no concerto das nações, e o país fazendo o seu próprio, em particular: - a Carta Internacional dos Direitos Humanos; - convenções sobre os direitos da criança, os direitos das mulheres, a proteção do ambiente, os direitos sociais, econômicos, civis e culturais. [Tradução nossa]. Disponível em: <<http://mjp.univ-perp.fr/constit/mg2010.htm#pr>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Organismos Genéticamente Modificados (OGMs). Por fim, destina-se à recuperação/restauração ambiental como um “dereito da natureza”: *concepção biocentrista*.⁴²

Indo mais longe, a Carta equatoriana afirma que a proteção da *floresta amazônica* é relevante para o equilíbrio ambiental do planeta: *concepção global*. A Constituição equatoriana declaró expressamente o ecossistema amazônico, considerado um bem jurídico ambiental supranacional ou transnacional (denominada também *pan-amazônia*), em vista que referido ecossistema abrange vários países, além do Equador: Peru, Colômbia, Bolívia, Venezuela, Guiana, Brasil e outros.⁴³

Busca-se também a eficiência energética com tecnologias limpas e renováveis, evitando-se a contaminação atmosférica. A Carta do Equador, de 2008 (assim como a boliviana,

⁴² **Art. 32.** La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. [...]

Art. 66. [...] 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. [...]

Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. [...]

Art. 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74. Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 659-678, *passim*).

⁴³ **Art. 250.** El territorio de las **provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta**. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del *sumak kawsay*. [...]

Art. 259. Con la finalidad de precautelar la biodiversidad del ecosistema amazónico, el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas de desarrollo sustentable que, adicionalmente, compensen las inequidades de su desarrollo y consoliden la soberanía. [...]

Art. 282. El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra. Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental. [...]

Art. 321. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 740-762, *passim*).

de 2009) também declara, expressamente, a *imprescritibilidade dos delitos ambientais* (artigo 396).⁴⁴

A Constituição do Equador, de 2008, vai além, indicando que as áreas cobertas de água pelo mar territorial e zonas marítimas, inclusas a biodiversidade, o patrimônio genético e o espectro radioelétrico, que devem ser exploradas dentro dos princípios ambientais estabelecidos na Constituição.⁴⁵

A Carta equatoriana declara a necessidade pública de preservação dos ecossistemas, bem como da biodiversidade e a integridade do patrimônio genético. Segue enunciando a necessidade de aplicar tecnologias “limpas” e fontes de energia alternativas, alertando que a soberania energética não pode prevalecer sobre a “soberania alimentar”. Mais

⁴⁴ **Art. 395.** La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.
3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. [...]

Art. 396. El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles. [...].

Art. 413. El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 785-791, *passim*).

⁴⁵ **Art. 408.** Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioelétrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 789-790).

profundamente, a Carta equatoriana de 2008 proíbe, dentre outras coisas, uso de armas químicas e biológicas, bem como substâncias orgânicas contaminantes, persistentes altamente tóxicos, e agroquímicos internacionalmente proibidos.⁴⁶

A atual Constituição do Equador, de 2008, explicitou os princípios da prevenção, precaução e eficiência, considerando estratégicos, dentre outros, a energia em todas as suas formas, bem como os recursos naturais não renováveis, a *biodiversidade*, o *patrimônio genético* e a água.⁴⁷ Por fim, a Constituição equatoriana declara a biodiversidade (bem como o patrimônio genético) *responsabilidade intergeracional*, sendo responsabilidade de o Estado regular a conservação e manejo, dentre outros, dos ecossistemas marinhos e marino-costeiros.⁴⁸

Ações conjuntas entre países *latino-americanos* e *caribenhos*, certamente levariam à proteção e utilização sustentável dos recursos naturais internacionais – com destaque a fauna/flora – a um nível razoável de eficácia, ainda inatingível. Se no plano das normas constitucionais nacionais e internacionais – aspecto formal – essa questão está muito bem resolvida, o aspecto operacional coletivo, *de forma macro*, encontra-se incipiente, claudicante e inoperante.

⁴⁶ **Art. 14.** Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Art. 15. El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 655).

⁴⁷ **Art. 313.** El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 760).

⁴⁸ **Art. 400.** El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país. [...].

Art. 406. El Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinoscosteros (NEGÓCIO; CIPRIANO, 2010a, p. 788).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos termos dessa pesquisa/investigação empreendida, pode-se considerar, com perspectivas alvissareiras, com base em determinados aspectos normativos constitucionais. Foram explicitados, de forma abundante, os textos atuais de inúmeras Constituições latino-americanas e caribenhas, que evidenciam – na maioria das vezes, em nível superior ao texto da Carta brasileira de 1988 – as questões internacionais e ambientais conectadas às Américas do Sul e Central, e Caribe.

Quanto aos instrumentos internacionais – Tratados, Declarações, Pactos, Convenções e outros – sua recepção, na maioria dos países latino-americanos e caribenhas, é ampla e de hierarquia superior ao ordenamento jurídico nacional. No plano específico ambiental (nacional e internacional), referidas Constituições latino-americanas e caribenhas dedicam, igualmente, inúmeros dispositivos programáticos e garantidores, do bem jurídico ambiental visto de forma macro. Não foram descuradas, nos textos constitucionais, as questões relacionadas ao *Direito Internacional Ambiental*.

Conforme anunciado na fase preliminar dessa pesquisa, após as explanações referentes ao aspecto formal dos textos constitucionais, as evidências foram devidamente aclaradas. De fato, seguindo os termos previstos e almejados expressamente em algumas Constituições estrangeiras (boliviana, equatoriana, colombiana, venezuelana, nicaraguense, e outras), é necessário formatar uma *união supranacional* latino-americana e caribenha.

A América do Sul, em uma análise comparativa, em vista das ações empreendidas pela comunidade Europeia (União Europeia), encontra-se décadas atrás, tanto no aspecto formal quanto operacional. Em análise superficial mais profunda, vê-se que os países de cada continente estão se organizando no sentido de agir regionalmente. Os exemplos internacionais comparados são amplamente conhecidos. Basta empenhar-se em segui-los.

As questões ambientais, não é despidendo repetir, desconhecem fronteiras físicas ou jurídicas, terrestres ou aquáticas/marítimas. As ações coletivas ambientais, de forma macro, só atingirão eficácia no plano internacional continental, com atuação conjunta entre países latino-americanos e caribenhas. Conclui-se que o plano normativo constitucional pesquisado, está potenciando vários caminhos para atingir esse fim, oferecendo instrumentos ao *Direito Ambiental Internacional*, especialmente à fauna e à flora, com sua biodiversidade e patrimônio genético.

REFERÊNCIAS

ALONSO GARCÍA, Enrique; LOZANO CUTANDA, Blanca (Directores). **Diccionario de derecho ambiental**. Madid: Iustel, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

CANOTILLO, J. J. Gomes (Coord.). **Introdução ao direito do ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. Cascais: Princípia, 2012.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. I. Brasília: FUNAG, 2010a.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. II. Brasília: FUNAG, 2010b.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. III. Brasília: FUNAG, 2010c.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. IV. Brasília: FUNAG, 2010d.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro (Org.). **Constituições da América Latina e Caribe**. v. V. Brasília: FUNAG, 2010e.

Submissão em: 2 dezembro 2018

Pareceres favoráveis em: 21 fevereiro 2019

A R T I G O S

La Regulación de la Promesa de Matrimonio en el Código Civil Portugués

The Regulation of the Promise of Marriage in the Portuguese Civil Code

ENCARNACIÓN ABAD ARENAS¹

Resumen: En el presente estudio se analiza la vigente regulación de la promesa de matrimonio a la luz del Código Civil portugués de 1966 y las implicaciones que comporta para los promitentes.

Palabras clave: sponsales, promesa de matrimonio, daños resarcibles, retractación.

Abstract: In the present study, the current regulation of the promise of marriage is analyzed in the light of the Portuguese Civil Code of 1966 and the implications for the promisors.

Keywords: betrothal, promise of marriage, compensable damages, retraction.

¹ Doctora Europea en Derecho Civil por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Profesora del Máster Universitario de Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías y del Máster Universitario en Derecho de Familia: temas y lecturas básicas, test resueltos, actividades y programación de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). Profesora Colaboradora Externa del Máster Universitario en Arbitraje y Mediación de alternativas a la resolución de conflictos; Máster Universitario en Derecho Civil: Grupos Familiares y sistemas hereditarios; Máster Acceso a la Procura y Directora de Trabajos de Fin de Máster del Máster de Acceso de la Abogacía de la UNED. También, es Tutora Inter-Campus, con *venia docendi* de la asignatura Derecho Civil de la Unión Europea de la UNED y Profesora Colaboradora en calidad de Jurista de reconocido prestigio en la obra digital Big Data del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE), en el ámbito docente del Postgrado de Derecho, en las áreas de Derecho Procesal Civil, y Derecho Civil. Asimismo, este artículo doctrinal ha sido fruto de una estancia post-doctoral realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra (Portugal).

I Consideraciones Preliminares

En primer lugar, y previamente a la entrada en vigor del CC portugués de 1966, conviene precisar que las disposiciones que regulaban la institución de los esponsales o promesa de matrimonio fueron, de una parte, el art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910 y, de otra, el art. 1.067 CC portugués, de 1 de julio de 1867².

Estos preceptos – que eran una reproducción textual uno del otro–, declaraban expresamente la nulidad de la institución; se referían indistintamente, a donativos y gastos sin establecer distinción alguna entre aquéllos y, finalmente, aunque en ellos sí se hacía referencia a la obligación de restituir o indemnizar, lo cierto es que no se aludía al plazo para ejercitar las mencionadas acciones.

En la actualidad, y de conformidad con la ordenación sistemática del CC portugués de 1966, las previsiones dedicadas a la promesa de matrimonio se encuentran recogidas en

² Establecían los citados preceptos: “O consentimento dos contrahentes, para o casamento, só póde prestar-se irrevogavelmente no proprio acto da celebração d’elle. -So, portanto, nullos os contractos, em que as partes se obriam para o futuro, debaixo do titulo de esponsaes, desposorios ou qualquer outro, a contrahir casamento, quer haja, quer não, estipulação e clausulas penaes”. x Único. “A disposiçãO dêste artigo não obsta, contudo, a que a pessoa, que, sob promessa de casamento, recebeu nesse intuito quaisquer donativos ou autorizou alguma despesa, seja obrigada à restituição daqueles, ou à indemnização desta, se lhe fôr exigida.” (CUNHA GONÇALVES, 1932, p. 35 y 77). Trad.: “-El consentimiento de los contrayentes para el matrimonio solo puede prestarse en el mismo acto de celebración. -Son, por tanto, nullos los contratos en que las partes se obliguen para el futuro bajo el título de esponsales, desposorios o cualquier otro, a contraer matrimonio, tengan o no, cláusulas penales”. “-La disposición de este artículo no impide, sin embargo, a que la persona que, bajo promesa de matrimonio, recibe por este orden cualquier donación o autoriza cualquier gasto, está obligada a restituir aquellos, o a indemnizar esto, si es indispensable” (ESCOSURA, 2010, p. 201).

los arts. 1.591, 1.592, 1.593, 1.594 y 1.595³ integrados en el Libro IV: “*Direito da Família*”, Título II: “*Do casamento*”, Capítulo II: “*Promessa da casamento*”.

El vigente art. 1.591 CC fruto de la reforma practicada por Lei n. 9/2010, de 31 de maio, en Diário da República, 1.^a série, n. 105, de 31 de maio de 2010, se presenta en idénticos

³ Literalmente establecen: Artigo 1.591: “O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594, mesmo quando resultantes de cláusula penal”. Trad.: Art. 1.591: “-El contrato mediante el cual, a título de compromiso, esponsales o cualquier otro, dos personas se comprometen a contraer matrimonio no da derecho a exigir la celebración de la boda, ni a reclamar, a falta de cumplimiento, otras indemnizaciones que no sean las previstas por el artículo 1.594, incluso la cláusula penal resultante”. Artigo 1.592: “-1. No caso de o casamento deixar de celebrar-se por incapacidade ou retractação de algum dos promitentes, cada um deles é obrigado a restituir os donativos que o outro ou terceiro lhe tenha feito em virtude da promessa e na expectativa do casamento, segundo os termos prescritos para a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico. -2. A obrigação de restituir abrange as cartas e retratos pessoais do outro contraente, mas não as coisas que hajam sido consumidas antes da retractação ou da verificação da incapacidade”. Trad.: Art. 1.592: “-1. En caso de que el matrimonio no puede ser celebrado por la incapacidad o retirada de alguno de los promitentes, cada uno de ellos será obligado a devolver las donaciones que otro o un tercero le haya realizado en virtud de la promesa y en la expectativa del matrimonio, de acuerdo con los términos establecidos para la nulidad o anulación del negocio jurídico. -2. La obligación de devolver las cartas y retratos personales del otro promitente, pero no las cosas que han sido consumidas antes de la retractación o verificación de la discapacidad”. Artigo 1.593: “-1. Se o casamento não se efectuar em razão da morte de algum dos promitentes, o promitente sobrevivente pode conservar os donativos do falecido, mas, nesse caso, perderá o direito de exigir os que, por sua parte, lhe tenha feito. -2. O mesmo promitente pode reter a correspondência e os retratos pessoais do falecido e exigir a restituição dos que este haja recebido da sua parte”. Trad.: Art. 1.593: “-1. Si el matrimonio no se produce por causa del fallecimiento de alguno de los novios, el promitente sobreviviente puede conservar las donaciones del fallecido, pero en este caso, perderá el derecho a exigir los que, por su parte, hizo. -2. El promitente podrá retener la correspondencia y retratos personales del fallecido y exigir el reembolso de lo que ha recibido de él”. Artigo 1.594: “-1. Se algum dos contraentes romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que o outro se retracte, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas, quer das obrigações contraídas na previsão do casamento. -2. Igual indemnização é devida, quando o casamento não se realize por motivo de incapacidade de algum dos contraentes, se ele ou os seus representantes houverem procedido com dolo. -3. A indemnização é fixada segundo o prudente arbítrio do tribunal, devendo atender-se, no seu cálculo, não só à medida em que as despesas e obrigações se mostrem razoáveis, perante as circunstâncias do caso e a condição dos contraentes, mas também às vantagens que, independentemente do casamento, umas e outras possam ainda proporcionar”. Trad.: Art. 1.594: “-1. Si alguno de los dos promitentes rompe la promesa sin justa causa o por culpa suya, o da lugar a otro que se retracte, debe indemnizar a la parte inocente, así como a los padres de este o terceros que también hayan actuado en nombre de los padres, por los gastos originados y, por las obligaciones contraídas en previsión de matrimonio. -2. Igual indemnización será debida, cuando la boda no se produzca por motivo de incapacidad por alguno de los promitentes, si él o sus representantes actuaron con dolo. -3. La indemnización es fijada de acuerdo con el arbitrio del Tribunal, para su cálculo se tendrá en cuenta, no sólo en la medida en que los gastos y las obligaciones se consideran razonables dadas las circunstancias del caso y las condiciones de las partes, sino también las ventajas que independientemente del matrimonio, uno u otro todavía pueden proporcionar”. Artigo 1.595: “-O direito de exigir a restituição dos donativos ou a indemnização caduca no prazo de um ano, contado da data do rompimento da promessa ou da morte do promitente”. Trad.: Art. 1.595: “-El derecho a buscar la devolución de las subvenciones o compensaciones expirará el plazo de un año a partir de la fecha del incumplimiento de la promesa o la muerte del promitente” Las traducciones han sido extraídas del Decreto-Ley N.º 47344/66, 25 de noviembre (Código Civil) versión traducida al español, facilitada por OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

términos que el derogado art. 1.591 CC de 1966, con la salvedad, de la supresión de la expresión “de sexo diferente”, equiparándose con ello –al igual que en la mayoría de los Códigos europeos–, la promesa de matrimonio realizada por pareja heterosexual de la efectuada por pareja homosexual.

Por su parte, dos han sido los preceptos introducidos por el legislador dedicados a la regulación en materia de restitución de las donaciones efectuadas a causa de la promesa de matrimonio, en caso de imposibilidad de celebración del futuro vínculo matrimonial. Son: de un parte, el art. 1.592 para supuestos de incapacidad o retractación de una de las partes, que –a diferencia del régimen anterior– prevé un régimen distinto para las donaciones que el establecido para los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” en previsión del futuro matrimonio y, de otra, el art. 1.593 para el caso de fallecimiento de uno de los promitentes. Supuesto que, aunque carente de regulación en el régimen anterior, lo cierto es que ahora es concebido como una novedad, salvándose con ello la inexistencia de un precepto de tal importancia en el Código precedente.

Respecto al art. 1.594 CC referido a la obligación de indemnizar, conviene precisar que aunque no se trata de una disposición innovadora, debido a que dichas soluciones ya eran resultado de la necesaria articulación de la obligación de indemnizar como consecuencia del incumplimiento de la promesa de matrimonio, de conformidad con los principios generales de responsabilidad civil, lo cierto es que su diferencia con los dos preceptos previos radica en que esta obligación únicamente recae sobre el promitente culpable, mientras que en aquellos otros la obligación de restituir recae de forma indistinta sobre ambas partes, independientemente de que medie o no “culpa”.

Además, dentro de las particularidades que presenta el precepto, entre otras, destacan las siguientes: De una parte, el hecho de que el alcance de la obligación indemnizatoria sea extensible también a los padres del promitente inocente e, incluso a terceros; de otra, la medida del daño resarcible, limitada a los “gastos efectuados” y “obligaciones contraídas” a causa de la promesa de matrimonio y, finalmente, que la indemnización sea fijada al arbitrio de la autoridad judicial.

Para finalizar, con el texto contenido en el art. 1.595 el legislador ha salvado lo concerniente al plazo de la caducidad –que no de prescripción– de las acciones tanto para exigir la obligación de restitución contemplada por los arts. 1.592 y 1.593 CC, como para la obligación de indemnización prevista por el art. 1.594. Precepto que hace referencia a un aspecto que no se encontraba contemplado por el régimen precedente de la institución.

En definitiva, estos preceptos que regulan la promesa de matrimonio en la legislación portuguesa –conocida antiguamente con la acepción de *esponsales o desposorios*–, son disposiciones cuya aplicabilidad es extensible tanto al matrimonio civil, como a la promesa de matrimonio católico.

II la ineficacia de la promesa de matrimonio

En este punto, y frente a la necesidad de comprender el nuevo esquema establecido por el vigente Código, es necesario confrontar el art. 1.591 con las disposiciones correspondientes a la legislación previa, es decir, con el art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910 y, con el art. 1.067 CC portugués, de 1 de julio de 1867⁴. Preceptos, en los que se declaraba de forma expresa la “nulidad” de los *esponsales o desposorios*, pero como un efecto necesario de prescripción y, en consecuencia, el consentimiento de los promitentes únicamente podía ser prestado de forma irrevocable en el propio acto de celebración de las nupcias.

En este sentido, con el nuevo texto se omite de forma intencionada e, incluso, justificada el término “nulidad” de la promesa de matrimonio, en el entendido de que el “contrato” es la fuente de las obligaciones de indemnizar, de forma tal, que su incumplimiento originará la indemnización prevista y regulada en el art. 1.594 CC –es decir, que la obligación de indemnizar prevista en el mencionado precepto nace del incumplimiento de la promesa de matrimonio y, por tanto, la responsabilidad del promitente culpable se debe considerar como una responsabilidad de carácter contractual, proveniente del incumplimiento del deber jurídico de contraer nupcias nacido de la promesa⁵–.

En suma, con esta redacción se consagra y mejora *apertis verbis* la solución referida a la declaración de nulidad contenida en los textos predecesores, debido a que se ha precisado que la promesa de matrimonio no da derecho a exigir la celebración del matrimonio (ABILIO NETO, 2010, p. 1.264).

Tratándose, en definitiva, de una consagración que –de forma explícita– aparta innecesariamente la ejecución específica de las obligaciones nacidas del contrato-promesa

⁴ Sobre el estado de la legislación en el momento inmediatamente posterior a la promulgación del CC portugués, *vid.*, Tarrasa Romans (1866, p. 450).

⁵ *Vid.*, En este sentido, las aportaciones sobre la “Verstragstheorie” por Dölle (1964, p. 62).

de matrimonio en general, siempre que a ésta se oponga la naturaleza de la obligación asumida (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS; OLIVEIRA, 2008, p. 143). Además, el texto contenido en el precepto no alberga dudas respecto del mantenimiento del principio básico que rige todo acto matrimonial. Principio que, asentado sobre el consentimiento de los promitentes, debe ser manifestado en el momento de la celebración del matrimonio “*matrimonia libera esse debent*”, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 2.233. 1 y 1.617 del texto legal.

Por otra parte, dos son los rasgos más significativos –dejando aparte el supuesto de las donaciones realizadas por virtud de la promesa de matrimonio– que presenta el art. 1.591 CC y que, en definitiva, definen en este ordenamiento el régimen de la promesa. Son:

De una parte, la concepción de la promesa de matrimonio como el “contrato” por el que dos personas –con independencia del sexo que ostenten– se comprometen a contraer matrimonio entre sí, pero del que no surge obligación alguna para contraerlo y, de otra, que en caso de que la promesa sea infringida con “culpa” por alguno de los promitentes, sí ello origina perjuicios o daños en el promitente inocente, el promitente culpable no responderá por la totalidad de los gastos o daños originados, sino únicamente por los realizados en virtud de la promesa y, en expectativa de la celebración de las futuras nupcias.

De ahí que este ordenamiento declare la ineficacia del vínculo de la celebración del matrimonio y de las otras indemnizaciones conectadas a la promesa que prevean causas de resarcimiento para el supuesto de disolución unilateral “sin justa causa”, aún cuando obedezca a una cláusula penal. Solución que también ha sido compartida sustancialmente por CC suizo⁶ al juzgar nula la sanción convencional eventualmente estipulada, por el CC español y, por el CC italiano (*Vid.*, en este sentido, ABAD ARENAS, 2014a, p. 307-351; y ABAD ARENAS, 2018, p. 10-14).

II.1 La Promesa de Matrimonio y el Principio de Libertad Matrimonial

En este sentido, el legislador –en la línea seguida por otros ordenamientos– ha introducido en el art. 1.594. 1 CC la disposición de que “[...] se comprometem a contrair matrimónio

⁶ *Vid.*, los arts. 90 a 93 contenidos en CC suizo, de 10 de diciembre de 1907, en el Capítulo I de la Parte primera: “*Del Derecho matrimonial*”; Título III: “*Del matrimonio*”; Libro II: “*Del Derecho de familia*”. Capítulo que lleva por rúbrica: “*Del compromiso*”.

não dá direito a exigir a celebração do casamento”. Disposición que coherente con el concepto de matrimonio –entendido como **un negocio jurídico bilateral** que exige la plena libertad en la declaración del consentimiento– y, con el principio de libertad de matrimonio –ya que debe ser fruto de la libre decisión de los contrayentes– se trata de una norma fundada en el derecho absoluto de las partes a contraer nupcias y, en el consiguiente carácter incoercible del consentimiento matrimonial. Por tanto, **con este principio se rechaza la posibilidad de utilizar mecanismos coactivos para emitir el consentimiento matrimonial dirigido a forzar el cumplimiento de la promesa dada**, debido a que el incumplimiento de dicha promesa de matrimonio no admite su cumplimiento forzoso, al excluir la libertad, salvaguardándose con ello el principio de libertad matrimonial. En idéntica línea, se han pronunciado la legislación italiana y la española (*vid.*, dentre otros, ASÚA GONZÁLEZ, 2000, p. 468).

A mayor abundamiento y, como es sabido, en la mayoría de los casos, la voluntad de los promitentes se pone de manifiesto con anterioridad a la ceremonia –ya sea en la forma civil o religiosa–, generándose con ello la realización de numerosos trámites, como sería el caso, por ejemplo, de la organización de todo el proceso preliminar de las publicaciones. De ahí que la promesa de matrimonio genere una razonable y objetiva confianza o esperanza –asentada en las palabras o intenciones de uno de los prominentes en el otro– en que tendrá lugar su cumplimiento y, en la consiguiente, realización del matrimonio proyectado. Confianza que puede originar la realización de una serie de gastos u obligaciones ya por los prometidos o, por sus parientes o familiares más próximos, que de no ser por aquélla no se habrían realizado.

Por tanto, si acontece de forma excepcional el contrato-promesa de matrimonio sobre la forma clásica de pedida de la novia o, sobre cualquier otra forma social, a mayor abundamiento será la confianza que cada uno de los promitentes deposite en el otro y, en consecuencia, mayor será la responsabilidad moral de ambas partes respecto de la futura celebración de las nupcias.

De lo anterior, se explica el hecho de la inexistencia de fundamento alguno para ignorar por el Derecho la existencia de un contrato-promesa de matrimonio, ni aún siquiera para declarar el hecho de la nulidad de la convención que exime al promitente responsable o culpable por la ruptura de la obligación de indemnizar los daños originados a la otra parte.

Por cuanto atañe a este último aspecto, conviene precisar que esta limitación de la obligación de indemnizar se encuentra asentada sobre el principio de preservar la libre determinación

de la voluntad de los promitentes, hasta el mismo instante de la celebración de las nupcias. De ahí, que la indemnización no pueda exceder de ciertos límites, conforme a la imposibilidad de incluir en la promesa de matrimonio –dada la naturaleza que presenta el vínculo matrimonial– la reparación de ciertos daños.

Por tanto, la limitación prevista por el art. 1.591 CC respecto de las indemnizaciones que el promitente inocente puede reclamar al otro, se refieren única y exclusivamente a las derivadas del incumplimiento de la promesa de matrimonio –con exclusión de otras–, es decir, a los “gastos hechos” y las “obligaciones contraídas” en consideración al matrimonio prometido [art. 1.594 CC]. De ahí, que éste no pueda atribuirse derecho alguno sobre cualquier otra reparación, como sería el caso, por ejemplo, del supuesto de los daños morales sufridos con el pretexto de que se ha ofendido a su persona o a su buen nombre⁷. En idéntica línea, se pronuncia el CC español.

Otra cuestión que deriva de la anterior, se concreta en la limitación del *quantum* indemnizable [art. 1.592. 3 CC]. *Quantum* que para su cálculo requiere atender tanto a la medida en que los gastos y las obligaciones sean razonables según las circunstancias del caso y la condición de los contratantes, como a las ventajas que con independencia del matrimonio puedan todavía proporcionar unos y otras y, por tanto, con la finalidad de evitar la especulación y el enriquecimiento indebido, el gasto necesariamente debe ser real.

En síntesis, las novedades más significativas que presenta el precepto, se concretan en las siguientes: Se suprime la referencia a personas de “diferente sexo”, equiparándose con ello las parejas homosexuales a las heterosexuales; se elimina el derecho a exigir la celebración del matrimonio, rigiendo el principio de libertad de matrimonio; se omite la declaración de la “nulidad” de la promesa y, se obliga al promitente incumplidor a indemnizar los daños causados, al tiempo que se limita el alcance de los daños y el *quantum* de obligación.

En definitiva, este precepto –con algunas diferencias– no se aparta del régimen aceptado por la mayoría de los países europeos e, incluso, del Derecho canónico que, en la actualidad, en su Canon 1.062 se refiere de forma incidental al derecho especial establecido por la Conferencia Episcopal para la disciplina jurídica de los esponsales.

⁷ En este sentido, y conforme a la legislación anterior, *vid.*, las argumentaciones de Tavares (1922, p. 715).

II.2 Requisitos de la Promesa de matrimonio

II.2.a La bilateralidad de la promesa

Por cuanto atañe a los requisitos necesarios para que se originen los efectos descritos por los arts. 1.592 y ss., CC. Son:

En primer lugar, y partiendo de la premisa de que la promesa de matrimonio consiste en un “contrato”, necesariamente deberá ser realizada de forma bilateral, no siendo suficiente la mera unilateralidad, subrayándose con ello, la necesidad de un intercambio recíproco de intenciones de las que resulte el serio propósito de las partes de unirse en matrimonio (ABILIO NETO, 2010, p. 1.263).

En este punto, conviene precisar que, aunque también podría resultar de simples declaraciones tácitas, lo cierto es que no debe confundirse con una fáctica situación de compromiso, de forma contraria a los que sucede con el léxico previsto por el BGB –este Código ha desarrollado tanto la elaboración de conceptos como el “Das verlöbniss” que abarca tanto el contrato-promesa de celebración de las futuras nupcias o, el cortejo “Brautstand”, como admite la posibilidad de establecer acciones independientes, cuya finalidad es la evaluación de dicho *status* (WACKE, 1989, p. 93) a la situación de hecho y, a la relación establecida entre los promitentes por virtud del contrato-promesa– (DÖLLE, 1964, p. 63-64).

De modo que de la redacción del art. 1.591 CC concretada en “[...] contrato [...] pelo el qual, [...] duas pessoas [...]” se evidencia que esta legislación no atribuye relevancia alguna a este efecto para el supuesto de promesas unilaterales, de forma contraria a lo que sucede en el Código de Derecho canónico, donde se alude de forma expresa à “matrimonii promissio sive unilaterialis sive bilateralis” [§ 1062. 1].

En segundo lugar y, en consonancia con el carácter que presenta (BEITZKE, 1983, § 5, p. 20 y ss.) se encontrará sujeta a las disposiciones válidas para el negocio jurídico⁸. De ahí, que, en principio, no exista fundamento alguno para aplicar a la promesa las reglas especiales de contrato de matrimonio en caso de ausencia de los vicios de la voluntad, de

⁸ *Vid.*, en este sentido, los arts. 240 y ss., del CC portugués de 1966.

conformidad con las modificaciones introducidas por éstas en el régimen común de negocio jurídico, basado en la estabilidad y seguridad que la Ley pretende garantizar al matrimonio una vez celebrado (DÖLLE, 1964, p. 69). Adicionalmente, las posibilidades de retractación ofrecidas a los promitentes, en las que no se aplica sanción alguna, cuando no se dañe a la otra parte o haya un justo motivo para la ruptura de la promesa de matrimonio, alcanza idéntico interés al que tenía en otras circunstancias la anulación de la promesa (DÖLLE, 1964, p. 70).

En definitiva, se trata de una promesa de matrimonio que, frente a su naturaleza contractual, requiere para su formalización de forma bilateral, no atribuyéndose relevancia alguna a la unilateralidad. Asimismo, al encontrarse sometida a las disposiciones válidas que regulan el negocio jurídico, no le serán de aplicación las reglas especiales de contrato de matrimonio, para el caso de ausencia de los vicios de la voluntad.

II.1. b La capacidad

Por cuanto a los requisitos de validez de la promesa de matrimonio, y en concreto a la “capacidad” de los promitentes, conviene puntualizar que aunque la legislación portuguesa no se pronuncia a tal respecto, lo cierto es que, siguiendo la línea establecida por otros Códigos europeos, entiende que no se encuentra demasiado sentido al hecho de que personas carentes de la capacidad necesaria para contraer nupcias puedan formalizar promesa válida de matrimonio. Línea en la que se ha pronunciado el legislador español, al prever que, en principio, solo podrán celebrar la promesa de matrimonio aquellas personas que tengan capacidad para contraer nupcias y, a la que se ha equiparado el legislador italiano (ABAD ARENAS, 2018, p. 91 y ss).

Finalmente, también se abandona por este ordenamiento la aplicación a la promesa de matrimonio de la exigencia del plazo *internupcial* [art. 1.605 CC] para la celebración del nuevo vínculo matrimonial, al tratarse indudablemente de un impedimento de carácter impeditivo (ORTEGA PARDO, 1949, p. 6 y ss.).

II.1.c La forma de la promesa

Por lo que a la “forma” del contrato atañe, conviene precisar que el art. 1.591 CC no plantea solución alguna al respecto, por lo que de conformidad con lo preceptuado en el art. 219 del texto legal debe considerarse aplicable a la promesa de matrimonio el *principio*

de libertad de forma, conforme al cual se prescinde de que la promesa sea reducida a su formalización por escrito, debido a que la validez de los negocios no se encuentran sujetos a forma especial alguna, salvo que la Ley así lo exija y, por tanto, disfruta de la eficacia limitada que la Ley le atribuye⁹.

En definitiva, el contrato-promesa de matrimonio será válido con independencia de la existencia de cualquier escrito, debido a que el legislador portugués autoriza *sensu contrario* cualquier forma de celebración de la promesa de matrimonio, pudiendo realizarse de forma expresa o tácita¹⁰.

III La OBLIGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN

En este sentido, conviene precisar que, en el régimen anterior, el enfoque adoptado para la obligación de la restitución era distinto al previsto en la legislación vigente. Si bien en aquella legislación tanto el art. x único del art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910, como su posterior, el x único del art. 1.067 CC portugués, de 1 de julio de 1867, se referían de forma indistinta a “donaciones” y “gastos”, no estableciendo distinción alguna entre aquéllos¹¹. Adicionalmente, y por cuanto atañe a las causas originadoras del incumplimiento de la promesa de matrimonio, conviene matizar que eran semejantes a las previstas, en la actualidad, por los arts. 1.592 y 1.593 CC.

En este sentido, conviene puntualizar que aquellas disposiciones presentaban unos términos confusos e implícitos, debido a que confundían el régimen jurídico de los “donativos” con el de los “gastos” y, por tanto, les era de aplicación idénticos principios. De ahí que se sostuviese por este ordenamiento que la obligación de restituir debía resolverse por el uso de los mismos fundamentos que explicaban la indemnización de los gastos –es decir, los principios de responsabilidad civil– y, en consecuencia, únicamente tenía legitimidad pasiva, aquél de los promitentes que se retratase “sin justo motivo” (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS; OLIVEIRA, 2008, p. 35).

⁹ En este sentido, Acórdão da Relação de Lisboa, de 3 de março de 1971, no Boletim do Ministério da Justiça 205, p. 256.

¹⁰ En este punto, Abad Arenas (2014b, p. 263 y ss.), precisa que: “En idéntico sentido, se mueve la legislación española la cual tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, ya no contiene dicha exigencia de forma en el texto contenido en su art. 42.”.

¹¹ No obstante, está distinción puede verse en la Sentencia del Superior Tribunal de Justicia, de 14 de março de 1939. In: *Revista Leg., Jur.*, ano 72, p. 204.

II.2 Supuestos de Incapacidad o de Retirada de la Promesa de Matrimonio por uno de los Promitentes

En primer lugar, conviene precisar que el legislador con el texto contenido en el art. 1.592 CC ha aclarado cuál es el destino de las donaciones efectuadas a causa de la promesa de matrimonio y, en virtud de la celebración del futuro matrimonio, cuando aquél no tenga lugar por incapacidad o, por la retirada de una de las partes.

A mayor abundamiento y, para que proceda la obligación de restitución, conviene puntualizar que dos son las condiciones de necesario cumplimiento: De una parte, la necesidad de que los donativos hayan sido recibidos por las partes y, de otra, que se hayan realizado durante el periodo esponsalicio y en virtud de la celebración del futuro vínculo matrimonial. Condiciones que no han planteado controversia alguna ni en doctrina ni en jurisprudencia.

Por tanto, esta obligación –consistente en restituir los donativos recibidos por los promitentes– que existirá –con independencia de “culpa”– desde el mismo instante en que el matrimonio no tenga lugar ya sea por retractación o, por incapacidad de alguna de las partes, recaerá tanto sobre el promitente culpable, como sobre el promitente inocente, debido a la inexistencia de distinción entre aquéllos, originando lo anterior que ambas partes queden obligadas a la restitución de las donaciones, de forma contraria a lo que sucede con la obligación de indemnizar –circunscrita a los “gastos realizados” y “obligaciones contraídas”, en virtud del futuro vínculo matrimonial– prevista por el art. 1.594 CC –precepto limitado únicamente al promitente culpable–.

De lo anterior, se desprende que no se trata de cualquier sanción contra el beneficiario, sino de la mera consecuencia jurídica del incumplimiento de la condición de que las donaciones en cuestión se presumen subordinadas, de forma similar a lo que sucede con las donaciones para el matrimonio.

De ahí que dicha obligación de restitución sea extensible a ambos promitentes independientemente de que medie o no culpa en la no celebración de las nupcias, siempre y cuando se haya recibido por la otra parte o por tercero la donación, ya que, en definitiva, la razón de la restitución siempre será la misma.

Asimismo, y para que el incumplimiento de la promesa de matrimonio –originado por alguna de las dos causas previstas en el art. 1.592. 1 CC– origine la obligación de restitución,

conviene precisar que no será suficiente que las donaciones se hubiesen realizado entre los promitentes o, a uno de ellos por un tercero con posterioridad a la promesa, sino que resulta esencial que éstas se realicen “[...] por causa de la promesa y, en virtud de la celebración del futuro vínculo matrimonial [...]”, no obstante, y de conformidad con esta legislación, nada impide que sean anteriores a la realización de la promesa de matrimonio.

Adicionalmente, conviene puntualizar que aunque ni en el texto, ni en la Ley existe razón alguna para excluir de este ámbito las ropas o los objetos de uso personal exclusivo, como sería el caso, de las joyas que uno de los promitentes haya podido recibir del otro o de un tercero¹², lo cierto es que quedarán excluidas de dicha conceptualización y, por tanto, del ámbito restitutorio, tanto aquéllas donaciones realizadas conforme a los usos sociales, como sería el caso, de los regalos de navidad, de cumpleaños o, de una relación de amistad, que en definitiva nada tienen que ver con la futura celebración del matrimonio, como los donativos destinados al consumo –es decir, las cosas consumibles– o, que efectivamente hayan sido consumidas con anterioridad a la discapacidad o retirada de la promesa de matrimonio. Salvedad que sin duda se aproxima más a las limitaciones propias de enriquecimiento sin causa, siendo más favorable, indudablemente, para el obligado, cuando el consumo se convierte en un verdadero enriquecimiento (PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, 2010, p. 61).

En síntesis, en este ordenamiento la restitución de los donativos se justifica en la inexistencia de que la comprobación de la condición de que se presumen subordinados opera bajo la nulidad o anulación de negocio, prevista por el art. 274. 1¹³ del texto legal. Y no como prevé, por ejemplo, el § 1.301 BGB, según los principios de enriquecimiento sin causa (GERNHUBER; COESTER-WALTJEN, 1980, p. 87 y ss.).

Por su parte, dos son las consecuencias más importantes que prevé el art. 1.592. 2 CC. Son: De una parte, que el deber de restitución comprende no solo las cosas de valor económico capaces de enriquecer el patrimonio del beneficiario, sino que también se extiende a aquellas otras de valor estimativo, afectivo o subjetivo, como sería el caso de

¹² *Vid.*, el art. 20 del Anteproyecto de Gomes da Silva.

¹³ Dice el mencionado precepto: “-1. Os actos de disposição dos bens ou direitos que constituem objecto do negócio condicional, realizados na pendência da condição, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, salvo estipulação em contrário” Trad.: “-1. Los actos de disposición de los bienes o derechos que son objeto de negocio condicional, realizados a la espera de condición, están sujetos a la eficacia o ineficacia del negocio, a menos que se estipule lo contrario”.

los retratos y las cartas y, de otra, que la obligación de restitución alcanza todo lo recibido por el promitente o su valor equivalente, en los términos previstos por el art. 289. 1¹⁴ del texto legal.

No obstante, lo anterior conviene precisar que, si el beneficiario hubiese enajenado de forma gratuita los bienes recibidos, y no fuese posible hacer efectiva contra el enajenante la restitución de su valor, el comprador quedará obligado en lugar de aquél, pero solamente en la medida de su enriquecimiento.

En definitiva, en caso de no celebrarse el matrimonio por incapacidad o por retractación de alguno de los promitentes, cada uno de ellos estará obligado a restituir todas las donaciones recibidas e, incluso, las cartas y retratos personales que el otro promitente o, un tercero le hubiera dado en virtud de la promesa de matrimonio y de la expectativa del aquél, según los términos que se establecen para la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico, quedando únicamente excluidas de la obligación de restitución las donaciones realizadas conforme a los usos sociales y las cosas que hayan sido consumidas antes de producida la retractación o, de haberse verificado la incapacidad de uno de los promitentes.

II.3 Supuesto de Fallecimiento de uno de los Promitentes

En este caso, el legislador con el texto contenido en el art. 1.593 CC, ha establecido para este supuesto, un régimen de restitución diferente al previsto para los supuestos de imposibilidad de matrimonio por retractación de una de las partes o, de incapacidad [art. 1.592 CC].

Distinción que inexistente en su legislación precedente, aunque aparece mencionada en el Anteproyecto de Pires de Lima¹⁵, lo cierto ha sido que la solución adoptada por Ley no

¹⁴ “1- Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente” Trad.: “1. Tanto la declaración de nulidad como de anulación del negocio tiene efecto retroactivo, debiendo ser restituído todo lo recibido y, si la restitución en especie no fuera posible, su valor correspondiente”.

¹⁵ Establecía el art. 6. 2 del Anteproyecto de Pires de Lima, que: “-2. Parece-nos que no caso de o casamento se não celebrar por fallecimiento de um dos promitentes não se justifica a restituição. Trata-se de um facto superior à vontade dos nubentes, e parece-nos deverem manter-se, por respeito para com o morto, e numa certa medida, os efeitos do noivado.”. Trad.: “-2. Parece que, si el matrimonio no se celebra por el fallecimiento de uno de los promitentes, la restitución no está justificada. Se trata de un hecho superior a la voluntad de los promitentes, debiendo mantenerse, por respeto al fallecido, y hasta cierto punto, los efectos del matrimonio”.

se encuentra contenida en el mencionado Anteproyecto, sino en un Anteproyecto posterior, concretamente, en el Anteproyecto de Gomes da Silva.

En este Anteproyecto no solo no se suprimía la obligación de restituir –ya fuese a favor del supérstite o, de los herederos del fallecido–, sino que se dejaba la solución al libre arbitrio de aquél, originándose con ello la posibilidad de que dichos donativos no fuesen transmitidos a los herederos del promitente fallecido –en el entendido de no existir razón alguna para apartar su derecho a la restitución– y, encontrándonos, por tanto, ante una restricción fundada en una causa justificada de reciprocidad (PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, 2010, p. 62).

De forma tal que, si el supérstite exigía la restitución de las donaciones efectuadas, perdía de forma simultánea el derecho de conservar las donaciones recibidas, debiendo restituirlas a los herederos del difunto, es decir, que el ejercicio del derecho de conservar lo recibido –lo que es lícito y legítimo–, originaba como contrapartida, la pérdida de poder ejercitar el derecho a exigir la restitución de las donaciones efectuadas por él al promitente difunto.

En este sentido, la Ley portuguesa siguiendo el enfoque propuesto por Gomes da Silva¹⁶, se aparta del principio de reciprocidad que rige la solución expuesta en líneas previas, tanto para la correspondencia intercambiada como para los retratos personales ofrecidos por los novios entre sí. Principio que, aunque encuentra una justificación perfecta para los casos de donaciones de carácter pecuniario, ciertamente carece de capacidad de respuesta respecto de los objetos carentes de valor económico, es decir, aquéllos que pertenecen al círculo de los recuerdos más íntimos de los promitentes.

De ahí que se explique la solución, a primera vista unilateral del supérstite, concibiéndose lícito y legítimo ejercitar el derecho de retener la correspondencia y los retratos personales del fallecido y, por ende, exigir los que éste hubiese recibido de su parte.

En definitiva, en este ordenamiento se prevé para el caso de fallecimiento, la posibilidad de conservar los regalos por el supérstite, originándose con ello la imposibilidad de exigir la devolución de los regalos que el promitente hubiese realizado al fallecido. Adicionalmente, el supérstite podrá conservar las cartas y retratos, pero a diferencia del supuesto anterior, en este caso sí podrá solicitar los que el difunto hubiera recibido de su parte. No obstante,

¹⁶ *Vid.*, en este sentido, el art. 21. 2 del Anteproyecto de Gomes da Silva.

en caso de que el supérstite hiciese un uso indebido de las cartas o retratos del difunto –en términos contrarios a la protección jurídica previstos por los derechos de la personalidad [art. 71. 1 CC]–, los familiares o herederos de aquél, podrán utilizar los medios adecuados a las circunstancias del caso [art. 71. 2 CC].

IV LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO: REQUISITOS

En la legislación portuguesa el art. 1.594 CC se concibe como la disposición más importante respecto de la determinación del régimen jurídico que ostenta la promesa, de ahí que en el precepto se establezca de forma minuciosa y detallada los términos de la indemnización originados del incumplimiento de los “esponsales” o “promesa de matrimonio” por uno de los promitentes.

En este sentido, el primer requisito se circunscribe a la acepción de la “culpa” contenida en su apartado primero. Esta culpa que debe ostentar el promitente, debe indudablemente referirse a la “ilicitud” de su conducta. Ilicitud que el art. 1.591 CC, al omitir de forma intencional la declaración de “nulidad” de la promesa de matrimonio –contenida en la legislación o régimen precedente–, la considera, posiblemente, como una “ilicitud contractual”.

Asimismo, conviene precisar que la descripción exacta de la ilicitud de la conducta del promitente estará en función del tipo de comportamiento que en los términos del precepto sirve de fundamento a la obligación de indemnizar.

De lo anterior, dos son los supuestos que se plantean, de una parte, en caso de que esta obligación de indemnizar se origine de la ruptura de la promesa de matrimonio, la conducta del agente aunque deberá traducirse en un acto lícito –de conformidad con el requisito de la libre determinación de la voluntad de las partes de emitir su consentimiento al matrimonio–, lo cierto es que no por ello deja de ser un acto ilícito, amparándose en la violación del deber jurídico de contraer matrimonio, que el promitente había asumido como la libre y espontánea realización de la promesa de matrimonio.

Sin embargo, conviene tener presente que la ilicitud basada en la ruptura de la promesa de matrimonio elimina su ilicitud en relación con cualquier otro aspecto, debido a que la indemnización contemplada por el art. 1.594 CC se constituye como un caso de responsabilidad por hechos lícitos, basado en una ofensa de intereses que la Ley quiere salvaguardar.

Por otra parte, en los supuestos de que la indemnización provenga del hecho de que uno de los promitentes origine con su conducta la retractación del otro o, que haya contribuido a su propia incapacidad para contraer el matrimonio, la ilicitud consistirá en una violación de los deberes accesorios en la conducta que ese promitente ha asumido con la celebración de la promesa de matrimonio. De forma tal que, al comprometerse a contraer matrimonio con el otro promitente, ambos quedan obligados de forma implícita a mantener el compromiso dado para el futuro. No obstante, conviene precisar que su contenido será variable en función de las circunstancias del caso y de las condiciones que ostenten las partes. De modo que la violación de este deber de comportamiento considera lícita la retractación de la otra parte, pero obliga al promitente incumplidor a indemnizar al promitente inocente o, a las demás personas que tengan derecho a indemnización [art. 1.594 CC].

Asimismo, resulta necesario puntualizar que para que proceda la obligación de indemnización no será suficiente que el promitente haya actuado de forma “ilícita”, sino que también se requiere que medie “culpa”.

Téngase presente que este ordenamiento no ha prosperado en lo concerniente al carácter que debe reunir este requisito, sino que únicamente se limita a exigir que la ruptura de la promesa de matrimonio se realice “sin justo motivo”, con la finalidad, de asegurar la norma a la flexibilidad necesaria para que se adapte a las distintas circunstancias de cada caso. Por tanto, la idea fundamental sobre la que se asienta la fórmula legal (justa causa), es la de eximir de la obligación de indemnizar al promitente al que no le sea posible exigir –ya en vista de hechos posteriores o anteriores a la promesa, pero conocidos con posterioridad a su formalización– que mantenga el compromiso asumido y, en consecuencia, en relación con lo anterior, se tendrán en cuenta: las consideraciones acaecidas de carácter objetivo; las circunstancias particulares de cada caso en concreto y, las condiciones socio-economías que ostenten las partes.

Otra cuestión que se suscita se concreta en qué consiste el término “justo motivo” en el contexto del art. 1.594 CC y, en este sentido, conviene precisar que la acepción puede tener lugar tanto por un hecho censurable realizado por el otro promitente, como por una circunstancia acaecida de carácter fortuito. Por tanto, dentro de este concepto, entre otros, se incluyen, como Ortega Pardo (1949, p. 7 y ss.), precisa:

las infidelidades de carácter reiterado realizadas por el otro promitente; la conducta deshonrosa de los progenitores; la difamación o injuria emitida por una de las partes a la otra, aunque con posterioridad se hubiera retractado; los vicios de juego; los

malos tratos, las enfermedades incurables o incapacidades de permanente contraídas por una de las partes e, incluso las mutilaciones sufridas.

En este sentido, Rescigno (1965, p. 232)¹⁷ entiende que “el ‘justo motivo’ a que se refiere el precepto ha de ser entendido en función de las organizaciones y concepciones de la vida de los promitentes y del ambiente familiar y social del que provienen pudiéndose incluso extender a otros problemas de índole familiar”.

Por otra parte, conviene precisar que en caso de que el promitente rompa la promesa de matrimonio con “justo motivo”, pero amparada en razones no imputables a la otra parte, ni será obligado a indemnizar, ni tendrá derecho a indemnización. Asimismo, para que quede exento de la obligación de indemnizar, pero al mismo tiempo tenga derecho a ser indemnizado por la otra parte, será necesario que además de que medie “justo motivo” para la ruptura o retractación de la promesa, este motivo proceda de un hecho que sea imputable por “dolo” o “culpa” al otro contrayente.

Por último, y en el supuesto de que la ruptura de la promesa de matrimonio se realice como consecuencia de la incapacidad acaecida en alguno de los promitentes, para que el otro promitente tenga derecho a ser indemnizado será necesario que el promitente incapaz o sus representantes hubiesen actuado con dolo.

III.1 El Daño Indemnizable

Como ya se ha anunciado en líneas previas, los daños indemnizables quedan reducidos o limitados a la indemnización de los “gastos hechos” y “obligaciones contraídas” en consideración al matrimonio prometido. Por tanto, se establece un régimen limitado y básico, debido a que del tenor literal contenido en el art. 1.594. 1 CC se deduce que el propósito del legislador se concreta en limitar a las consecuencias –patrimoniales directas– derivadas del incumplimiento y, no a otras, el alcance de esta obligación.

A mayor abundamiento, el art. 1.594 CC conjugado con la parte final del art. 1.591 ha introducido dos importantes matizaciones en la doctrina general de la responsabilidad civil: De una parte, excluye del ámbito del precepto la indemnización del *lucro cesante* y,

¹⁷ En este sentido, Cunha Sá (2005, p. 186) sostiene que las observaciones de Rescigno pueden ser aprovechadas por el derecho portugués donde por ejemplo se coloca también el problema de apreciar la gravedad de las injurias como fundamento de separación litigiosa de personas o bienes o de divorcio.

de otra, del *quantum* de la indemnización excluye cualquier otro daño emergente, que sea distinto del derivado de los “gastos realizados” y las “obligaciones contraídas” en virtud de la celebración de las futuras nupcias.

De lo anterior, se desprende que únicamente se trata de reparar los daños emergentes comprendidos en el interés contractual negativo de las personas dañadas o lesionadas (DÖLLE, 1964, p. 76), es decir, los gastos realizados para comprar los muebles del futuro domicilio conyugal, los originados de la fiesta de compromiso y, los derivados del viaje, de la ceremonia o de objetos destinados a servir únicamente por ocasión del matrimonio, cuando no puedan ser utilizados para finalidades diferentes.

Adicionalmente, el resto de las indicaciones establecidas por el apartado tercero del precepto no pasan de tener la consideración de limitaciones “aparentes”, en la medida en que se trata de simples adaptaciones de Directivas de orden general, de aplicabilidad tanto en materia de responsabilidad civil contractual, como extracontractual (PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, 2010, p. 66).

III.2 La Limitación del *Quantum* Resarcible

Por cuanto atañe a la limitación del *quantum* reembolsable, conviene precisar que el art. 1.594. 3, prevé que, para atenderse a su cálculo, se deberá tener en cuenta tanto la medida en que los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” **sean razonables según las circunstancias del caso y la condición de los contratantes**, como **las ventajas que con independencia del matrimonio puedan todavía proporcionar unos y otras**.

De modo que del texto del precepto se desprende la necesidad de que el gasto sea real –ya que han de mostrarse razonables según las circunstancias el caso y la condición de los contratantes– debiendo evitarse la especulación y el enriquecimiento indebido y, en consecuencia, cuando se trate de gastos total o parcialmente recuperables, la cuantía será la diferencia entre los gastos hechos y lo que se obtenga de su venta (GARCÍA CANTERO, 1959, p. 60; JEMOLO, 1954, p. 68).

Por tanto, con la limitación concretada en que los “gastos realizados” y “obligaciones contraídas” deberán ser **razonables dadas las circunstancias del caso y las condiciones de las partes**, la Ley limita la obligación debida por el promitente a los

daños originados del incumplimiento de la promesa que hayan acaecido sin causa adecuada, tal y como se prevé de los Principios de responsabilidad civil (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS; OLIVEIRA, 2008, p. 157; ORTEGA PARDO, 1949, p. 60). Por el contrario, y a diferencia del legislador portugués, el legislador español no ha establecido de forma expresa criterio alguno para establecer límites razonables al *quantum reembolsable* (ABAD ARENAS, 2014b, p. 268 y ss.).

Adicionalmente, la idea de que el cálculo de la indemnización intenta cumplir las ventajas que con independencia del matrimonio los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” puedan proporcionar al promitente lesionado, también representan una concretización más sobre el criterio general, que conforme a lo establecido por el art. 566 CC, manda adoptar para la fijación de la indemnización. En este sentido, en caso de que los muebles comprados o el ajuar adquirido, por ejemplo, tengan alguna utilidad para el promitente inocente, este hecho influirá en la determinación por el daño por él sufrido.

Para finalizar, la novedad más destacable que presenta el art. 1.594. 3 CC –en relación a los principios generales de responsabilidad civil–, se concreta en la introducción del término “[...] o prudente arbitrio do tribunal [...]” para la fijación de la indemnización ya medie “dolo” o, “culpa” del obligado. Este equilibrio equitativo que la disposición pone a disposición del Tribunal comporta tener en cuenta tanto la ponderación de la situación económica de las partes, como baremar la posibilidad que podría acarrear una fuerte indemnización. Indemnización que podría constituirse como un instrumento de fuerte presión en el promitente inocente o en sus familiares sobre la libertad del otro promitente, respecto de la celebración del matrimonio. También el CC suizo en su art. 92 hace referencia a la indemnización equitativa¹⁸.

V la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

V.1 Legitimación Activa y Pasiva

Por cuanto atañe a la **legitimación pasiva** de la indemnización del daño, conviene precisar que ésta compete, al prometido que rompe sin “justa causa” o que por su “culpa” ha originado la retractación de la contraparte a celebrar el matrimonio o, que dolosamente

¹⁸ Vid., las anotaciones de Ardriano Serra en la Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 21 de agosto de 1964, no *Revista Leg., Jur.*, ano 98, Nt. 2 final, p. 95.

por sí mismo o por sus representantes contribuye a su propia incapacidad. Este requisito de culpa requerido para que surja la responsabilidad y, que no se encuentra incluido por el legislador español en el concepto de ruptura injustificada de la promesa, se justifica posiblemente en que no toda ruptura injustificada necesariamente debe tener la consideración de culposa¹⁹.

En cuanto a la **legitimación activa**, corresponderá, en principio, al promitente inocente, es decir, aquél que no hubiese roto la promesa o, dicho de otra forma, al futuro promitente víctima del incumplimiento o, al que la otra parte le niega el matrimonio sin justa causa.

Asimismo, también gozará de tal legitimación el promitente inocente cuando rompa su promesa justificadamente y en virtud de culpa que sea imputable a la otra parte²⁰. Es decir, cuando se vea obligado a romper la promesa de matrimonio y, en consecuencia, a no celebrar el matrimonio prometido por haber dado la otra parte, con su conducta, motivo para ello (REINA; MARTINELL, 1995, p. 272).

Por otra parte, conviene precisar que el legislador haciendo bascular el tema en una cuestión de confianza, entiende que el que interpone la acción no debe ser necesariamente el destinatario de la promesa de matrimonio, sino que puede incluir a todos aquéllos que se encuentran con el prometido/s en estrecha relación a causa de su promesa, por lo que su confianza en que el matrimonio se habrá de celebrar es digna igualmente de protección. De ahí, que en el art. 1.594. 1 CC se haga alusión a los padres y a quienes actúen en nombre o lugar de éstos para solicitar el resarcimiento de los gastos incurridos u obligaciones contraídas a causa del matrimonio proyectado, evitándose con ello que éstos tengan que recurrir al ejercicio de acciones genéricas como sería el caso de la acción de enriquecimiento²¹ sin causa y sus especiales requisitos. Por tanto, se reconoce dicha legitimación en favor de quien efectivamente hubiese sostenido los gastos o asumido las obligaciones siempre de forma equitativa y cuando estuviesen vinculados directamente con la promesa de matrimonio²².

¹⁹ En este punto, Busto Lago (1998, p. 276) entiende que “la culpa habría que buscarla en la no justificación del incumplimiento de la promesa, de forma que, en el Ordenamiento Jurídico español, la culpa del promitente incumplidor estuviese incluida en el concepto de ruptura injustificada de la promesa.”.

²⁰ En este sentido, García Cantero (1959, p. 56) afirma que “posee legitimación activa la parte que ha roto justamente por culpa del otro prometido.”.

²¹ Esta acción también se encuentra regulada en el § 812 del BGB.

²² En este encuadramiento también se mueve la Legislación alemana, en la que se alude a los padres y a quienes actúen en nombre o lugar de éstos [§ 1.298. 1 BGB].

En definitiva, se concede el derecho de indemnización, tanto al promitente inocente como a los padres o terceros que hubiesen asumido el lugar de aquéllos. De ahí, que se deba interpretar y aplicar la expresión legal de que han actuado “en nombre” de los padres.

V.2 El Plazo del Ejercicio de la Acción y Concreción del “*Dies a Quo*”

En primer lugar, conviene precisar que, ni en el x único del art. 24 del Decreto Núm. 1, de 25 de diciembre de 1910, ni en el x único del art. 1.067 CC portugués, de 1 de julio de 1867, se hacía alusión alguna al “plazo” para el ejercicio del derecho de restitución o de indemnización.

Será con posterioridad, concretamente, en el art. 8 del Anteproyecto de PIRES DE LIMA cuando por primera vez surja en los proyectos preparatorios de la nueva legislación civil, la idea de prever para estos derechos un plazo de caducidad, a semejanza de lo que sucede, en la mayoría de las legislaciones extranjeras (DÖLLE, 1964, p. 6).

El sentido el art. 1.595 CC utiliza de forma intencional el término “caduca”, con la finalidad, de establecer de forma clara y concisa –de acuerdo con los criterios fijados en el art. 298. 2²³– que se está ante un plazo de caducidad y no de prescripción²⁴.

Por tanto, a estos ordenamientos que contienen un pronunciamiento expreso de caducidad, no le serán de aplicación, ni las normas sobre interrupción legal, ni las de suspensión de la prescripción y, en consecuencia, el acto de conciliación no interrumpirá la acción, sino que su interrupción será consecuencia de la presentación de la demanda²⁵. Asimismo, y

²³ “2. Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição”. Trad.: “2. Cuando, por la ley o por acuerdo de las partes, el derecho deba ejercerse en un plazo determinado, las reglas de caducidad se aplican a menos que la ley se refiera expresamente a la prescripción”.

²⁴ En este sentido, Abad Arenas (2014b, p. 308-310; 2018, p. 123-124), precisa que en idénticos términos se manifiesta el legislador español, conforme a la redacción del art. 43. 2 CC, la cual contiene un pronunciamiento expreso de caducidad. También, la doctrina italiana, aún a pesar de la falta de inexactitud que presenta el art. 81 CC italiano de 1942, se pronuncia de forma unánime al calificar este plazo de caducidad y no de prescripción. Adicionalmente, tanto el legislador alemán, como el suizo se manifiestan a tal respecto, pero a diferencia del caso portugués y del español, en su & 1.302 y en su art. 93, respectivamente, hacen referencia de forma expresa a la prescripción.

²⁵ En el mismo sentido, Lasarte Álvarez (2010, p. 41), entiende que esta imposibilidad de interrupción es conforme con la relativa relevancia jurídica de los esponsales no seguidos de la celebración de matrimonio. También, Granizo Fernández y Albacar López (1991, p. 502) matizan que “al ser el plazo de caducidad comporta que no admita causas de interrupción, debido a que éstas, como tiene declarado una constante de la jurisprudencia, son sólo de aplicación a la prescripción”. Y, añaden que “en orden a este extremo, ello no es de rigurosa aplicación.”.

por lo concerniente al ejercicio de la acción, conviene precisar que al contener la acción un plazo de caducidad –que no de prescripción–, el no ejercicio de ésta en dicho plazo lo que comportará será su extinción.

El “plazo de la acción” para exigir tanto la restitución de los donativos o regalos, a que se refieren los arts. 1.592 y 1.593 CC, como la indemnización, prevista y regulada por el art. 1.594 caducarán en el plazo de un año. Aspecto que presenta un perfecto paralelismo, tanto con legislación española, como con la italiana.

Por lo que al *dies a quo* se refiere, conviene precisar que el art. 1.595 CC establece que comenzará a contar desde el día de la ruptura de la promesa [art. 1592 y 1.593 CC] o, del fallecimiento del promitente [art. 1.594 CC]. No obstante, en caso de inexistencia de declaración formal de la ruptura de la promesa de matrimonio o de la retractación del promitente, se origina la dificultad de precisar el día exacto en que comienza a contar el plazo de caducidad, es decir, el momento inicial de su cálculo, debido a que se trata de un hecho de carácter negativo que puede presentar serias dudas de hecho sobre el momento en que dicha negativa queda acreditada. En este sentido, con la finalidad de evitar fraudes de ley se debe entender que esta negativa debería ser definitiva y, como con acierto sostiene García Cantero (1959, p. 61): “si en los esponsales se ha señalado fecha, a ella se deberá atender en principio, salvo que la conducta contraria a la promesa haya sido positiva”. Mientras que en el supuesto de que la acción encuentre su fundamento en haber dado a la otra parte un motivo justificado para efectuar la ruptura, o la retractación al compromiso, el plazo de un año previsto por el precepto deberá comenzar a contar a partir del momento en que el demandante tuvo conocimiento de ese motivo (GARCÍA CANTERO, 1959, p. 61).

En definitiva, en este ordenamiento esta ausencia de declaración formal se concibe como una pura cuestión de *facto*. Cuestión que es solventada por el juez mediante un examen cuidadoso de las circunstancias acaecidas en cada caso concreto.

Punto en el que siguiendo la solución establecida en otras legislaciones pertenecientes a la familia romano-francesa y, que también podría ser de aplicación a la portuguesa, conviene precisar que para la fijación del *dies a quo* podría ser útil el requerimiento hecho por la parte inocente a la parte que realiza el incumplimiento (ASÚA GONZÁLEZ, 2000, p. 478). De modo que si faltase al compromiso de la fijación de una fecha para contraer el matrimonio, sería aconsejable un requerimiento de carácter formal, con la finalidad de

determinar claramente la postura de la otra parte, debiendo interpretarse el silencio realizado después de haberse formulado dicho requerimiento como una negativa de carácter tácita (GARCÍA CANTERO, 1959, p. 61).

En definitiva, la prueba de la ruptura o de la retractación que tienen la consideración de declaraciones recepticias perfectamente identificables, no originan más dificultades que las derivadas de las declaraciones tácitas de voluntad, las cuales son ampliamente admitidas por el Derecho portugués²⁶.

5.3 La Carga de la Prueba

Otra cuestión que se plantea en la legislación portuguesa, conforme a la omisión que presenta el texto de su articulado, se concreta en determinar a quién le incumbe demostrar el “justo motivo” de la ruptura de la promesa de matrimonio o la “culpa” en la retractación. Si bien esta legislación no establece –al menos directamente– sí corresponderá al promitente inocente que, en reclamo de su indemnización, alega y prueba la falta de “justo motivo” de la ruptura por el otro promitente, como sucede en la responsabilidad extracontractual o sí, por el contrario, le incumbe al demandado alegar y probar el “justo motivo” de su ruptura, como establecen las reglas de responsabilidad contractual.

En este sentido, conviene puntualizar que la solución a esta cuestión, indudablemente, dependerá del fundamento que tenga la obligación de indemnización en este ordenamiento.

Así, en régimen precedente, en el que se afirmaba de forma explícita la nulidad del contrato-promesa de matrimonio, la obligación de indemnizar impuesta al promitente culposo parece ser que únicamente podía enlazarse con la responsabilidad extracontractual, a través de la situación ilícita por él creada y, en consecuencia, no podía asentarse sobre la

²⁶ Dicen respectivamente: Artigo 217: Declaração expressa e declaração tácita: “1 - A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. “2 - O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz”. Y, artigo 218: “O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção”. Trad.: “1 - La declaración de negocios puede ser expresa o tácita: es expresa cuando se hace por medio de palabras, escritos o cualquier otro medio de expresión directa de la voluntad, y tácita, cuando se desprende de los hechos que, con toda probabilidad, se revelan”. “2 - El carácter formal de la declaración no significa que se considere tácitamente concedida, siempre que el formulario se haya observado en los hechos que de la sentencia se deduce”. Art. 218: “El silencio equivale a declaración negocial, cuando ese valor le sea atribuido por la ley, el uso o la convención”.

base del incumplimiento de un contrato, que era nulo; ni en la culpa en la constitución de un contrato (NOVARA, 1950, p. 91), por tratarse de un hecho posterior a la celebración de la promesa de matrimonio, no debiéndose, por tanto, confundir el contrato-promesa de matrimonio con el contrato prometido.

En la actualidad, el legislador con la redacción dada por el art. 1.591 CC elimina de forma intencional y justificada el término “nulidad” puesto sobre la promesa de matrimonio, dándose con ello a entender inequívocamente que de su incumplimiento nace la obligación de indemnizar prevista en el art. 1.594 y, por tanto, la responsabilidad del promitente culpable debe considerarse una responsabilidad de carácter contractual, proveniente del incumplimiento o violación del deber jurídico de contraer las futuras nupcias nacido de la promesa de matrimonio²⁷.

Sobre esta base, al promitente culpable le incumbirá como demandando (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS; OLIVEIRA, 2008, Nt. 3, p. 152) alegar y probar la existencia del “justo motivo” de la ruptura o, alegar y probar –como demandante– que fue la otra parte quien de forma culpable dio lugar a su retractación, si de ella quiere exigir indemnización.

De forma tal, que se considera también apartada la teoría sostenida en Francia, apoyada tanto por Demolombe (2011, pp. 42 y ss.), como por Josserand (1930, p. 381), que sostenían y apoyaban la obligación de indemnizar en el “abuso del derecho”. Conforme a esta teoría los promitentes, de acuerdo con el principio de mutuo consenso en la celebración del matrimonio, ostentaban el derecho de revocación unilateral de la promesa de matrimonio, pero lo que no podían era realizar un abuso de ese mismo derecho en perjuicio del otro promitente, revocando la promesa sin “justo motivo”, por mero capricho o ligereza.

En definitiva, esta teoría basada en el “abuso del derecho” en la legislación portuguesa ha sido desechada porque no es la facultad de revocación unilateral de la promesa la que impide el nacimiento a partir de ella del Derecho a exigir la celebración del matrimonio, máxime cuando la libertad esencial para contraer nupcias, la ostentan todas las personas hasta el mismo momento de la realización del matrimonio (ROUAST, 1952, Nt. 84, p. 72) y, porque si la indemnización es reclamada por el promitente que de forma culpable dio

²⁷ Esta es la opinión dominante en Alemania, en este sentido, sobre la *verstragstheorie*, *vid.*, Dölle (1964, Nt. 8, p. 2).

lugar a la retractación de la otra parte, lo cierto es que esta teoría no especifica cuál es el Derecho cuyo ejercicio abusivo constituirá el promitente en la responsabilidad frente al otro (PEREIRA COELHO; MOURA RAMOS; OLIVEIRA, 2008, Nt. 4, p. 149).

VI Reflexiones Conclusivas

Con el vigente CC portugués de 1966 se modifica el sistema de la promesa de matrimonio, al introducirse algunos cambios que aclaran determinados extremos de la figura. De forma tal que, en la actualidad, y de conformidad con la ordenación sistemática del texto legal, las previsiones dedicadas a la promesa de matrimonio se encuentran recogidas en los arts. 1.591, 1.592, 1.593, 1.594 y 1.595 integrados en el Libro IV, Título II, Capítulo II: “Promessa da casamento.”.

No obstante, conviene precisar que el primero de sus preceptos, el art. 1.591 dedicado a la ineficacia de la promesa, aunque se presenta en idénticos términos que su predecesor, lo cierto es que sustituye acertadamente la expresión “de sexo diferente”, equiparando al igual que en la mayoría de los Códigos europeos, la promesa de matrimonio realizada por pareja heterosexual a la pareja homosexual. Además, este precepto presenta, entre otras, ciertas modificaciones de interés, destacando entre éstas: se elimina el derecho a exigir la celebración del matrimonio, rigiendo el principio de libertad de matrimonio; se omite la declaración de la “nulidad” de la promesa y, se obliga al promitente incumplidor a indemnizar los daños causados, al tiempo que se limita el alcance de los daños y el *quantum* de obligación.

Por su parte, dos son los preceptos que dedica esta legislación a la regulación de la obligación de restitución de las donaciones:

De una parte, el art. 1.592 para los supuestos de incapacidad o retractación de una de las partes. Precepto que a diferencia del régimen anterior prevé un régimen distinto para las “donaciones” que el previsto para los “gastos efectuados” y las “obligaciones contraídas” en previsión del futuro matrimonio. En este sentido, el legislador establece que cada uno vendrá obligado a restituirse los regalos o donaciones que ellos o un tercero se hubiesen realizado en virtud de la promesa de matrimonio y, en la expectativa de la celebración de las futuras nupcias, excluyéndose la devolución de los regalos de uso social y de las cosas consumidas con anterioridad al acaecimiento de la ruptura de la promesa.

De otra, el art. 1.593 para el caso de fallecimiento de uno de los promitentes, prevé que el superviviente conserve los regalos del promitente fallecido, sin posibilidad alguna de ejercitar el derecho a exigir la devolución de los que él le hubiese realizado. Así como podrá retener la correspondencia y los retratos personales del difunto, supuesto en el que podrá exigir los que éste hubiera recibido por su parte.

Dentro de las novedades de interés que presenta el art. 1.594 CC según la redacción de 1966, conviene destacar las siguientes: a) se identifica un supuesto de responsabilidad a cargo de la parte que rechaza sin justa causa continuar la promesa de matrimonio o, que con su propia culpa ha dado justa causa a la negativa de la otra parte; b) la obligación de indemnizar será extensible además de al promitente abandonado, a sus padres o terceros que hayan actuado en nombre de los padres y, que hayan efectuado gastos o, contraído obligaciones en previsión del futuro matrimonio; c) se limita la medida del daño resarcible a los gastos efectuados y a las obligaciones contraídas a causa de la promesa –excluyéndose el lucro cesante o los daños morales–; d) la indemnización será fijada de acuerdo con el arbitrio del Tribunal y, e) La referencia a la necesaria proporcionalidad entre los gastos realizados y las condiciones socio-económicas que ostenten las partes.

Finalmente, con el art. 1.595 se solventa la laguna relativa al plazo de la acción para exigir tanto la obligación de restitución contemplada por los arts. 1.592 y 1.593, como para la obligación de indemnización prevista por el art. 1.594 CC, debido a que se establece la previsión de un plazo de caducidad –que no de prescripción– concretado en un año desde el día de la ruptura de la promesa de matrimonio o del fallecimiento de uno de los promitentes.

REFERENCIAS

ABAD ARENAS, Encarnación. **Esponsales y responsabilidad en el derecho civil italiano**. Madrid: Dykinson, 2018. Colección e-book.

ABAD ARENAS, Encarnación. **La ruptura de la promesa de matrimonio**. Madrid: Marcial Pons, 2014b.

ABAD ARENAS, Encarnación. La promesa de matrimonio en el código civil español: revisión del régimen jurídico y de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de los esponsales. En: **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, núm. 742, p. 307-351, 2014a.

ABILIO NETO. **Código civil anotado**. 17. ed., revista e actualizada. Lisboa: Ediforum, 2010.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. Comentarios a los artículos 42 y 43 del código civil. En: RAMS ALBESA, Joaquín; MORENO FLÓREZ, Rosa María (Coord.). **Comentarios al Código Civil**. Barcelona: Bosch, 2000. p. 467 a 481.

BEITZKE, Günther. **Familienrecht ein Studienbuh**. 23. ed. München: Beck, 1983.

BUSTO LAGO, José Manuel. Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de la promesa de matrimonio. En: **Revista de Derecho Privado - RDP**, año 82, n. 4, 1998. p. 259 a 285.

CUNHA GONÇALVES, Luís da. Tratado de direito civil. En: **Comentário ao código civil português**. v. VI, Coimbra: Ed. Coimbra, 1932.

CUNHA SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Lisboa: Almedina, 2005. Reimpressão da Edição de 1973.

DEMOLOMBE, Charles. **Cours du code civil**. T. III. Paris: Nabu, 2011.

DÖLLE, Hans: **Familienrecht**. Karlsruhe, Ed. Verlag, v. I, Nt. 8, 1964.

ESCOSURA, Patricio de la; AUTRAN, Isidro. **Código civil português**: traducido al castellano, y precedido de um prologo (1868). Spain: Kessinger, 2010.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. El vínculo de matrimonio civil en el derecho español. En: **Cuadernos del Instituto Jurídico Español**. Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones científicas. Delegación de Roma, n. XI, 1959. (Con una presentación de Amadeo De Fuenmayor Champín).

GERNHUBER, Joachim; COESTER-WALTJEN, Dagmar. **Lehrbuch des familienrecht**. 3rd ed. München: Verlag, 1980.

GRANIZO FERNANDEZ, Mariano Martín; ALBACAR LÓPEZ, José Luis. **Código civil**: doctrina y jurisprudencia. Madrid: Trivium, 1991.

JEMOLO, Arturo Carlo. **El matrimonio**. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redfín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**: conforme aux programmes officiels des facultés de droit. v. I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1930.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Principios de derecho civil**: derecho de familia. v. VI. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NOVARA, Gianpaolo. **La promessa di matrimonio**. Genova, 1950.

ORTEGA PARDO, Gregorio. Incumplimiento de la promesa de matrimonio. En: **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Año 4, núm. 3-4, p. 3-64, 1949.

PEREIRA COELHO, Francisco; MOURA RAMOS, Rui; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família**: v. I. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Código civil anotado**: artigos 1576 a 1795. v. IV. 2. ed. revista e atualizada. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

REINA, Victor; MARTINELL, Josep María. **Curso de derecho matrimonial**. Madrid: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas, 1995.

RESCIGNO, Pietro. L'abuso del diritto. In: **Rivista di Diritto Civile**, n. I, p. 205-290, 1965.

ROUAST, André. **Traité pratique de droit civil français**: a cura di Marcel Planiol e George Ripert: le famille, mariage, divorce, filiation, parigi. v. II, 1952.

TARRASA ROMANS, Manuel. **Estudios de derecho civil de España comparado con el romano y el extranjero según el orden del proyecto de código civil español**. Salamanca: [S. n.], 1866.

TAVARES, José. **Os principios fundamentais do direito civil**. I. Coimbra: Coimbra Ed. 1922.

WACKE, Andreas. Verlöbnis. En: **Münchener kommentar zum bürgerlichen
gesetzbuch**: familienrecht. v. V. München, 1989.

Submissão em: 25 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 31 outubro 2018

Caso Winston Caesar Vs República de Trinidad y Tobago o las Violaciones de los Derechos Humanos Conforme a Leyes Coloniales

JESÚS DAVID ROJAS HERNÁNDEZ¹

Resumen: Presentamos un breve estudio del caso Caesar Vs la República de Trinidad y Tobago, condenado por el delito de tentativa de violación sexual a 20 años de prisión con trabajos forzados y a recibir 15 azotes con el “gato de nueve colas”, decidido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en 2005, dictada después de 22 años de ocurrido el primer hecho denunciado y que refleja el hecho de mantener leyes coloniales contrarias a los Derechos Humanos, bajo el peregrino argumento de ser leyes buenas. Así, se formulan algunas consideraciones sobre la aplicación de la transculturización de costumbres y leyes contrarias a los instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos con una investigación en el que se revisan todos los antecedentes existentes sobre el tema y se tiene una visión completa acerca de él, basados en la documentación que, bajo una relativa permanencia, da una mayor confiabilidad a los resultados, permitiendo determinar la importancia de la defensa de los Derechos Humanos en todo Estado suscriptor de la Carta de las Naciones Unidas, para llegar a la conclusión de que el reconocimiento de los Derechos Humanos es piedra angular de justicia, paz y libertad en todas las naciones, partiendo de la dignidad inherente al ser humano.

¹ Doctorado en Ciencias de la Educación (ULAC 2016). Magíster Scientiarum en Ciencias Jurídicas (UNEFA, 2018). Abogado Venezolano (UCAB 1992), con Especializaciones en Derecho Procesal (UCAB 1997), Derecho Administrativo (UCAB 2002), Derecho Penal Internacional (ULAC 2011), Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ULAC 2014), Derecho Internacional Humanitario (ULAC 2018). Profesor de Pre y Post Grado en distintas Universidades venezolanas. Autor de numerosas publicaciones.

1 INTRODUCCIÓN

Hoy en día la preocupación de los Estados que conforman la Comunidad Internacional, que teóricamente mantienen un mismo norte, es buscar y hacer prevalecer la justicia². En especial referencia en aquellos hechos y localidades donde se infringen los derechos fundamentales de los seres humanos, y es así, cuando hablamos de los derechos humanos, una conquista milenaria en la historia de humanidad.

Ahora bien, uno de los pasos alcanzados hasta nuestros días por tan anhelado sueño, es la existencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), la cual fue posible luego del mayor genocidio cometido por el Estado Alemán Nazi durante la II Segunda Guerra Mundial contra Judíos, Gitanos, Homosexuales, Locos, Comunistas, entre otros grupos cruel y sistemáticamente eliminados, luego de dos explosiones nucleares contra poblaciones civiles japonesas, todo en el marco de una conflagración mundial que cambió la faz de la tierra y al ser humano para siempre.

Por la Carta de San Francisco suscrita el 26 de Junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, había la creación de la Organización de las Naciones Unidas con el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales [...] y realizar la cooperación

² “[...] La historia de los derechos humanos ha sido la del desarrollo de éstos dentro de la racionalización, la secularización, la positivización, la generalización y finalmente, la universalización con la herramienta de la internalización. Los derechos humanos, pues, han pasado de una etapa formativa o constitutiva, a otra de tipo estructural interna y de allí se ha producido su expansión, en el interior de los estados en una primera etapa y después en todo el mundo [...]” (TRAVIESO, 2005, p. 305).

internacional en la solución de problemas internacionales [...] y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (art 1).

El presente trabajo constituye un breve estudio del caso Caesar Vs la República de Trinidad y Tobago, decidido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en sentencia del 11 de marzo de 2005, dictada después de 22 años de ocurrido el primer hecho denunciado, como una muestra de la decidida convicción de un estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas por adhesión, ya que obtuvo su independencia en 1962 (TRINIDAD, 1962), de mantener leyes coloniales británicas contrarias a los Derechos Humanos, bajo el peregrino argumento de ser leyes buenas y de cómo esa nueva República se ve influenciada por mentalidades coloniales que conformaron esa sociedad, bajo leyes bárbaras que según la Carta de San Francisco la Sociedad Británica no podía dictar en Gran Bretaña³ pero que dictaba y aplicaba a sus colonias⁴.

Nuestro recorrido reseñará los hechos y la percepción jurídica de la resolución de un caso analizado y decidido por un Tribunal Internacional, sentencia que Trinidad y Tobago se negó ejecutar, la situación de antecedentes y el proceso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimismo de las referencias contenidas en la sentencia a las penas crueles, degradantes e inhumanas y la flagelación como forma de tortura o degradación del ser humano.

³ En virtud de las obligaciones que le imponía la Carta de las Naciones Unidas y en particular “[...] el artículo 56 de la misma Carta dispone que ‘todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55’, entre los cuales está ‘el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos’ [...]” (NIKKEN, 2007, p. 12) con lo cual le quedaba vedado proponer, dictar, promulgar y aún ejecutar normas violatorias de los derechos humanos en sus territorios coloniales.

⁴ “[...] el colonialismo como fenómeno curioso de la era moderna, ha tomado diferentes formas y generado diferentes efectos alrededor del mundo. Su definición, entendida en los términos de expansión económica, se traducía en la práctica en un control estratégico de los mercados así como asegurar los recursos naturales y la mano de obra.

En consecuencia, cuando dicho fenómeno es analizado por los intelectuales de estas sociedades, como el caso del Dr. Eric William, se concluye que la descolonización no es solo un proceso histórico cuyos alcances se limitan solo a la esfera política y económica, sino que es además un proceso que debe incluir la parte intelectual [...]” (REYES TORRES, 2012).

Con este estudio, podremos llegar a formular algunas consideraciones sobre la aplicación de la transculturización de costumbres y leyes coloniales⁵ contrarias a los instrumentos de

⁵ “[...] Siendo el colonialismo una forma de dominación por principio de cuentas de carácter existencial, en la que el dominado es una cosa y no un sujeto para el dominador [...]

Ha llegado el último año de la “Segunda década por la erradicación total del colonialismo”, según Resolución aprobada por la ONU. [...] 1514 (XV) que cumple medio siglo de haber sido aprobada. Varios países latinoamericanos conmemoran dos siglos de haber iniciado su lucha independentista. Mientras tanto, el colonialismo sigue vigente, lo mismo en Palestina, que en la patria Saharai, en Puerto Rico y Las Malvinas. No hay excusa. No hay pragmatismo que valga. No hay acomodo admisible. No se vale mirar para el otro lado. Lo cierto es que nuestro templo sigue ocupado y profanado por los mercaderes. Hay que asumir el hecho irrefutable de que ese lastre histórico –el colonialismo– está ahí, a las puertas del planeta, amenazante [...].

Escribir u opinar sobre el colonialismo en los albores del siglo veintiuno podría parecer anacrónico o carente de propósito. Para muchos es cosa del pasado, que en todo caso mueve a la nostalgia y quizá a algún acto patriótico ante la estatua ecuestre de algún padre de la patria; pero nada más. Esto, sobre todo, ahora que se cumplen doscientos años del inicio de la lucha de independencia en diversos países latinoamericanos.

En efecto, el colonialismo *clásico* como forma extrema de dominación política, económica, social y cultural, virtualmente ha desaparecido del planeta. Está superado históricamente. Pero prevalece como problema político que afecta directamente a millones de seres humanos en varios continentes y que amenaza a otros pueblos formalmente independientes y realmente dominados por grandes potencias, o que intentan zafarse de esa condición de dependencia y sometimiento.

“En todo caso, la dominación colonial constituye una flagrante violación a los más elementales derechos humanos de los pueblos que enfrentan este flagelo aún con vida en pleno siglo veintiuno, equiparable a la esclavitud y al apartheid.

Durante los pasados siglos han surgido y se han desarrollado nuevas formas de dominación. Donde antes había colonias hoy encontramos Estados nacionales, si bien la mayoría enfrenta formas nuevas de dominación e injusticia enmarcadas en el neocolonialismo o “colonialismo nuevo”. O lo que algunos han llamado en fecha reciente *recolonización*, para referirse a los desmanes cometidos por el neoliberalismo en su afán regresivo por apoderarse de todo.

Lo que no puede suceder es que se ignore que el colonialismo es un asunto no resuelto, que hoy día sigue habiendo lucha anticolonial en diversas latitudes, que esos pueblos requieren y merecen solidaridad y apoyo. Entre estos: el pueblo Saharai, el pueblo Palestino, las Malvinas, Puerto Rico, Gibraltar, la Samoa *americana*, Bermuda, las Islas Caimán, Nueva Caledonia, Aruba, Bonaire y Curazao, Martinica, Guadalupe y la Guayana *francesa*, San Martín, las islas Vírgenes *estadounidenses*, las Islas Vírgenes *británicas* y otros.

Lo que debe quedar claro es que el fin del colonialismo concierne a la humanidad entera, como le concierne cualquier relación que genere desigualdad e injusticia. Que, más allá de la retórica, ningún pueblo podrá decir que es totalmente libre mientras haya pueblos privados de su libertad esencial. Que el derecho inalienable a la autodeterminación, la soberanía y la independencia es universal [...].”

A las alturas del siglo veintiuno, el derecho internacional vigente es muy claro y preciso en lo que tiene que ver con el problema del colonialismo.

Desde el momento mismo de su fundación en 1945, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la Organización de Naciones Unidas (ONU) se manifestó sobre este particular. En el Artículo 73 (Capítulo XI, Declaración relativa a territorios no autónomos) de la carta de la ONU se afirma lo siguiente:

“Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan:

- a. a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dicho pueblos y su protección contra todo abuso;
- b. a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto; [...].

Esa posición, sin duda tímida y genérica de entonces, fue trascendida quince años después, al aprobarse en 1960 la Resolución 1514 (XV), también conocida como la Carta Magna de la Descolonización.

Una de las grandes contradicciones de la carta de la ONU al pronunciarse por el fin del colonialismo en 1945, fue que varios de los países fundadores más prominentes eran —y siguen siendo— potencias coloniales. Sobre todo Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña, miembros permanentes del Consejo de Seguridad de dicha organización internacional [...].” (REYES TORRES, 2012).

Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos que la ex colonia británica sigue aplicando en contra de los derechos inherentes a toda persona humana.

Mediante este tipo de investigación se revisan todos los antecedentes existentes sobre el tema y se tiene una visión completa acerca de él, por lo cual esta investigación se basa en la documentación que bajo una relativa permanencia puede servir para suministrar o conservar una información, dándole así una mayor confiabilidad a los resultados.

La investigación documental permite determinar la importancia de la defensa de los Derechos Humanos en todo Estado suscriptor de la Carta de las Naciones Unidas, norma rectora en materia de protección de los derechos fundamentales del ser humano por el simple hecho de serlo, aplicando las técnicas y avances jurídicos y científicos para lograr unas conclusiones más exactas y fidedignas con el fin de organizarla sistemáticamente, describirla e interpretarla aplicándola a los objetivos de la investigación, originando así un profundo conocimiento y, en consecuencia, una nueva fuente de información para el estudio de los Derechos Humanos.

La modalidad del tipo de investigación fue descriptiva, en que se caracteriza un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores, describiendo las implicaciones del fenómeno y está dirigida esencialmente a dar una visión de la importancia de los Derechos Humanos para que los resultados sirvan para establecer un protocolo de trabajo en la investigación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y su interacción entre sí.

El diseño de investigación es de tipo bibliográfico, ya que se utilizan datos recolectados en fuentes típicas de la investigación documental, jurídica, bibliográfica, expedientes y sentencias que tienen relación con el objeto de dicha investigación. Se sustentó la información descrita en la doctrina, códigos, leyes e informes técnicos.

2 PRELIMINARES

En este sentido, los Derechos Humanos surgen luego de la II Guerra Mundial con la creación de las Naciones Unidas como una garantía de todos los países miembros, respecto a toda persona con los siguientes caracteres, universales, Imprescriptibles, Inherentes, Interdependientes, no jerarquizables entre sí, inalienables, personalísimos, necesarios,

indivisibles e innatos con el objetivo de evitar la repetición de catástrofes contra la humanidad como las cometidas por el régimen nazi.

Es por eso que progresivamente se implementó a través de Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales, Doctrina y Jurisprudencia un verdadero sistema internacional de los Derechos Humanos, incluyendo organizaciones capaces de verificar y sancionar la comisión de infracciones a los Derechos de los individuos por parte de los Estados a quienes en principio corresponde defenderlos y protegerlos en su territorio sin importar el lugar donde hayan ocurrido los hechos o la nacionalidad de la víctima o del perpetrador.

En este marco cabe acotar que al Sistema de Protección que progresivamente se fue implantando, se fueron adhiriendo los países que aun no pertenecían a la Organización de las Naciones Unidas y las Organizaciones regionales que forman el Sistema de Naciones Unidas, conforme al artículo 4 de la Carta de San Francisco supra reseñada.

Este es el caso de República de Trinidad y Tobago que es un país geográficamente conformado por dos islas, con una superficie total de 5.128km², al sur del Mar de Caribe, muy cerca de las costas venezolanas, de las que está separado por el golfo de Paria.

Con una población de 1.440.000 para el 2011, con una distribución por religión de (24%) de católicos, (9,1%) anglicanos, (22,5%) de hindúes, (7,2%) de baptistas y (11%) de musulmanes, tiene como forma de gobierno de República parlamentaria. Trinidad y Tobago es un país de desarrollo humano alto, y se situó en 2013 en el puesto 67 del Índice de Desarrollo Humano (IDH), el décimo de América y Caribe. La desigualdad en el país está muy por debajo de los niveles habituales en la región. En cuanto a la distribución de la renta en el país, ésta ha mantenido la misma estructura en los últimos 10 años, la evolución del Coeficiente GINI en estos años (2000-2010) es en promedio de 40,3% para Trinidad y Tobago.

Con la Constitución del 1 de agosto de 1976 Trinidad y Tobago se convirtió en República dentro de la *Commonwealth*, según ella el Poder Legislativo reside en un Parlamento Bicameral el Senado de 31 miembros y la Cámara de Representantes de 41, estos últimos se eligen por 5 años. El Presidente es el Jefe del Estado constitucional, elegido por un Colegio Electoral conformado por miembros de ambas Cámaras. Los senadores son nombrados por el Presidente: 16 a propuesta del Primer Ministro, 6 a propuesta del Jefe

de la Oposición y 9 elegidos discrecionalmente entre los miembros relevantes de las organizaciones económicas y sociales.

El gobierno está presidido por el Primer Ministro quien ostenta la dirección general y control efectivo del gobierno, y responde de forma colegiada ante el Parlamento.

Hoy día, Trinidad y Tobago es un país estable con una democracia joven pero consolidada. Cuenta con unos medios de comunicación plurales y muy activos. Constituye un buen ejemplo de convivencia interétnica e interreligiosa y se ha consolidado como un factor de estabilidad en la región anglófona del Caribe (TRINIDAD Y TOBAGO, 2016).

Para evaluar el desempeño de Trinidad y Tobago en el respeto de la normativa internacional sobre Derechos Humanos, para el presente trabajo de investigación se ha tomado el Caso Caesar Vs Trinidad y Tobago, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la base de las violaciones denunciadas, la actitud de los representantes de esa República para enfrentar los hechos, la gravedad de las infracciones y la inconsciencia de los mismos representantes del Estado denunciado para admitir que su legislación, jurisprudencia y actuación en la sede del Sistema Interamericano de Derechos Humanos resultan gravemente violatorios de los estándares internacionales para el hemisferio americano.

Los estándares internacionales sobre Derechos Humanos pueden aplicarse a través de la promulgación del derecho nacional (Constituciones) o con la denuncia ante los organismos encargados de protegerlos en el continente americano, previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos o también llamada Pacto de San José (CONVENCIÓN, 2012)⁶, Trinidad y Tobago se adhirió a la referida Convención el 28 de mayo de 1991 y procedió a denunciarla competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 26 de mayo de 1998, surtiendo efecto un año después de la denuncia, esto es 26 de mayo de 1999. Con todo, es posible, por lo menos en principio, que un tribunal base su jurisdicción directamente en el derecho internacional y ejerza jurisdicción contenciosa analizando la legislación nacional.

Ahora bien, la finalidad del presente estudio es reflejar la perversa influencia de las potencias colonialistas en las nacientes Repúblicas sobre la aplicación de normas y prácticas

⁶ Por su parte, Trinidad y Tobago se adhirió a ella el 03 de abril de 1991 y depositada el 28 de mayo de 1991, procediendo a denunciarla Competencia de la CIDH el 26 de mayo de 1998.

contrarias a los Derechos Humanos a que estaban obligadas por la Declaración Universal de Derechos Humanos en la metrópoli, pero aplicando un doble rasero legislaban contrariándolas y pretendiendo concientizar a las referidas poblaciones de sus bondades, pero silenciando deliberadamente que eran contrarias a sus obligaciones internacionales, lo que explica claramente situaciones por el Apartheid africano y la aplicación de penas que laceran aun hoy día a la humanidad entera, que por su trascendencia, se entiende que menoscaba la conciencia jurídica de toda la humanidad.

Es decir, que lo primero que debe señalarse es que los Derechos Humanos son una obligación internacional libérrimamente asumida por cada uno de los Estados que conforman el Sistema de las Naciones Unidas⁷, por la convicción colectiva de los ciudadanos que tales Estados representan, que poseen tales derechos mínimos como individuos de la especie humana, por el sólo hecho de serlos y que deben extenderse a toda la humanidad.

En este sentido procederemos a analizar la importancia de la obligación internacional de la República de Trinidad y Tobago para asegurar el respeto de los Derechos Humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para ello procederemos a:

- I. establecer los antecedentes históricos que dan lugar a la situación planteada en el caso: Caesar Vs Trinidad y Tobago juzgado por la Corte Interamericano de Derechos Humanos y sentenciado el 11 de marzo de 2005;
- II. determinar la conceptualización e importancia de los Derechos Humanos previstos en la Convención Interamericano de Derechos Humanos;
- III. analizar la evolución histórica del caso en la Corte Interamericano de Derechos Humanos;

⁷ Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction Light & Power Company LTD de fecha 05 de febrero de 1970 en la cual el Tribunal expresó que existen obligaciones de los estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, las cuales resultan por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de los persona humana [...] (citado por MANIGLI, 2012, p. 227).

IV. valorar los objetivos de la Convención Interamericano de Derechos Humanos y la legislación interna aplicada a Caesar.

Con la entrada en vigencia de la Convención Americana de los Derechos Humanos, nos trae dentro de las instituciones jurídicas, la protección internacional de los Derechos Humanos, la cual hace un llamado a cada Estado de aplicar de manera subsidiaria al derecho interno de cada Estado, en la lucha por la justicia y en contra de la impunidad por la inobservancia de los Estados del respeto y garantía de los Derechos Humanos; cuestión esta que viene a justificar la búsqueda jurídica de esta institución que, para esta investigación representa su principal objeto de estudio, ya que las mismas han sido desarrolladas como una serie de principios y garantías que consolidan la valorización de los Derechos Humanos.

Dentro de las facultades que nos trae la Convención Americana de Derechos Humanos, una es la competencia de un tribunal internacional para aplicar su jurisdicción al Estado que incurra en violaciones o no proteja los Derechos Humanos, como forma subsidiaria a la ineficacia de las normas y órganos competentes conforme al derecho interno, las cuales si bien no facultarían para el juzgamiento de autores individuales de tales violaciones, permite requerir al Estado garante la responsabilidad y condenar a las indemnizaciones a que hubiese lugar respecto a las víctimas de violaciones de uno cualesquiera de los Derechos Humanos.

El nacimiento de Convenciones como la estudiada fue consecuencia directa de las atrocidades cometidas en nuestro planeta, por razones irracionales tales como políticas, ideológicas y religiosas entre otras, y por el simple hecho de desentender la tolerancia entre los seres humanos, por lo que estos hechos terminaban en la impunidad de los verdaderos responsables creando una sociedad de yugos y verdugos, en la que se olvidaban judicialmente estos hechos, sin remedio alguno; contradiciendo así los fines de justicia e igualdad que deben existir en toda sociedad.

En consecuencia, en esta nueva normativa jurídica se manifiesta el interés de tutelar el derecho humano, a fin de que la justicia se aplique en forma ecuánime para un desenvolvimiento armónico de la sociedad. Es de señalar que el derecho internacional de los derechos humanos representa un ordenamiento que esencialmente tiende a proteger un sistema de valores, inexcusable para el desenvolvimiento del ser humano dentro del sistema social.

De allí, la importancia de resaltar la valorización legal internacional del Principio de Respeto de los Derechos Humanos establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos

y demás Pactos Internacionales que directa e indirectamente se hubiese formulado para asegurar la integridad en la protección del Sistema de Derechos Humanos.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CASO WINSTON CAESAR

A continuación narramos los hechos que dieron lugar al presente caso.

Todo se inicia el día 11 de noviembre de 1983, cuando el señor Winston Caesar fue arrestado en Trinidad por haber cometido una supuesta violación sexual el día 08 del mismo mes y año. Cinco (5) días después le otorgaron libertad bajo fianza.

El 10 de enero de 1992, el ciudadano Winston Caesar fue condenado por el delito de tentativa de violación sexual a 20 años de prisión con trabajos forzados y a recibir 15 azotes con el “gato de nueve colas⁸”.

La sentencia fue recurrida sin éxito. La Corte de Apelaciones de Trinidad y Tobago, aparentemente confirmó su condena sin fundamentación alguna.

Durante el desarrollo del proceso penal seguido en su contra, el nacional Trinitario Winston Caesar estuvo encarcelado en cuatro, de las cinco prisiones de Trinidad y Tobago. Compartía la celda con cuatro o cinco hombres y dormía en el suelo en una colchoneta muy delgada o en un pedazo de alfombra vieja. No había servicios sanitarios, había poca ventilación y la celda era calurosa. Desde su encarcelamiento, la presunta víctima ha padecido serios problemas de salud que no fueron adecuadamente atendidos.

En 1996, el condenado Winston Caesar fue trasladado a la Prisión de Carrera. En dicha prisión, las penas corporales son llevadas a cabo sólo durante algunos períodos al año.

Winston Caesar tenía conocimiento de dichos períodos para ejecutar las penas corporales, por lo que sus sentimientos de miedo y aprehensión aumentaban ante la proximidad de éstos. Winston Caesar fue llevado en tres o cuatro ocasiones diferentes a una celda junto con otros reclusos, donde permanecían toda la noche. Las mañanas siguientes, los demás prisioneros fueron sometidos, uno por uno, a penas corporales. En dichas ocasiones el

⁸ “Gato de nueve colas” (nueve tiras anudadas de cuero sin curtir fijadas a un mango). (TRINIDAD Y TOBAGO, 1996).

ciudadano Winston Caesar presenció cuando cada uno de ellos volvía gravemente herido a la celda, sin embargo, él no fue flagelado, sino que lo regresaron a su celda sin explicación alguna.

El 5 de febrero de 1998 el penado Winston Caesar fue sometido a 15 azotes, en cumplimiento de su sentencia, con el “gato de nueve colas”⁹ (instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro. Las cuerdas están asidas a un mango. Las nueve cuerdas de algodón son descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal, en cumplimiento de su sentencia). Este instrumento debido a su diseño, provoca contusiones y laceraciones en la piel del sujeto a quien se le aplica. Su finalidad es causarle deliberadamente grave sufrimiento físico y psíquico, se dice incluso que, debido al ensangrentamiento que ocasiona, dicho instrumento no se usa nuevamente.

Después de la ejecución de la pena corporal, el ciudadano Winston Caesar permaneció dos meses en la enfermería y no recibió ningún tratamiento médico por la flagelación, salvo analgésicos orales. Como consecuencia de la pena corporal, el flagelado Winston Caesar ha padecido síntomas de depresión y ansiedad aguda de tal gravedad, suficiente para diagnosticarle, al menos, un trastorno de adaptación.

3.1 Procedimiento Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Presentación de la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, D.C. en los Estados Unidos de América: el día 14 de mayo de 1999 la firma de abogados inglesa Lovells;

- informe de admisibilidad: el 10 de octubre de 2001, casi cuatro años más tarde;

- informe de fondo: el 10 de octubre de 2003, la Comisión decidió presentar el caso ante la Corte (debe acotarse que la República de Trinidad y Tobago no contestó el informe en los lapsos previstos para ello), para determinar la violación de los siguientes artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos:

- artículo 1 (1.1 La obligación de respetar los derechos);

⁹ A partir de la enmienda de 2000, la Ley de Penas Corporales (Para Delincuentes Mayores de 16 años) de 1953 es únicamente aplicable a los delincuentes varones mayores de 18 años, por lo que cambió su nombre a Ley de Penas Corporales (Para Delincuentes Mayores de 18 años) (*infra* párr. 49.9) (CORTE, 2005c).

- artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno – obligación de dar efecto legal interno a los derechos consagrados en los artículos antes mencionados);
- artículo 5 (5.1 y 5.2. Derecho a la integridad personal y el derecho a un trato humano);
- artículo 7 (Derecho a la libertad personal);
- artículo 8 (8.1 Garantías judiciales (El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable);
- artículo 25 (Protección Judicial. El derecho a la protección judicial).

3.2 Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Remisión del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, República de Costa Rica el 26 de febrero de 2003;
- petitorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: que la Corte se pronunciara sobre la violación de Trinidad y Tobago de los citados artículos de la Convención Americana;
- fecha de la audiencia: 15 de noviembre de 2004.

Pese a que la Corte Interamericana es plenamente competente para conocer sobre el presente caso, el Estado no participó en el proceso ante este Tribunal (*infra* párrs. 24, 30, 34 y 39). A pesar de esta decisión, la Corte, como cualquier otro organismo internacional con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*).

3.3 Sobre la Competencia y Admisibilidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La República de Trinidad y Tobago¹⁰ ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 28 de mayo de 1991, por ende ese mismo día dicho Estado reconoció la

¹⁰ “[...] Las condiciones de los centros de detención seguían siendo motivo de honda preocupación y, en algunos casos, constituyeron trato cruel, inhumano y degradante. [...] Los Tribunales siguieron imponiendo penas de castigo corporal, pero se desconocía si había llegado a ejecutarse alguna pena de este tipo a lo largo del año (2004). En diciembre, los hermanos Winty y Keith Roberts fueron cadenados a penas de prisión y a 15 y 10 golpes de vara, respectivamente, por violación y otros delitos [...]” (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2004, p. 239-240).

competencia contenciosa de la Corte. Posteriormente, el 26 de mayo de 1998, Trinidad y Tobago denunció la Convención y dicha denuncia surtió efectos un año después, es decir el 26 de mayo de 1999.

Por ello, la Corte estimó que la mayoría de los hechos denunciados ocurrieron durante la ratificación de tratado y la denuncia de la Convención por parte de Trinidad y Tobago, a excepción de algunos hechos relacionados con el proceso penal llevado en contra de Winston Caesar, en consecuencia se declara competente para conocer la misma conforme a los artículos 62.3 y 78.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos

4 DE LA SENTENCIA DE LA CIDH

El 26 de mayo de 1998 Trinidad y Tobago denunció la Convención y dicha denuncia surtió efecto un año después, el 26 de mayo de 1999, de conformidad con el artículo 78 de la Convención, según el cual una denuncia no tiene por efecto desligar al Estado Parte denunciante de las obligaciones contraídas en la Convención con respecto a los actos que puedan constituir una violación de la Convención y que fueron efectuados por el Estado antes de la fecha de entrada en vigor de la denuncia.

4.1 Análisis de la Sentencia de la CIDH

En fecha 11 de marzo de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia respecto del caso que ha denominado: Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago, del cual tuvo conocimiento dos años antes, en virtud que el 26 de febrero de 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda en contra del Estado de Trinidad y Tobago, por presunta violación del derecho¹¹ del ciudadano trinitario Winston Caesar, de recibir un trato humano y a la protección judicial.

En la sentencia la Corte argumentó que el Estado, al no otorgar el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en su legislación interna y al autorizar una forma de castigo

¹¹ “[...] Hemos hablado en grado sumo lo que implica la libertad como derecho, también afirmamos que en los casos de suspenderse este derecho a la libertad personal, la detención debe tratar de causar el menos sufrimiento al sujeto, pues la privación ya de por sí es una enorme carga; bajo el manto de la prisión, el individuo no pierde su condición humana ni sus derechos, sino todo lo contrario; allí nacen o se pueden ejercer otros derechos y garantías a su favor; hablamos no solo de una justicia imparcial, idónea, autónoma, independiente, expedita y equitativa, sino que vamos más allá y nos ubicamos en el asunto de la prisión, con relación a ella, dejando a un lado ab initio y por descartado la permanencia de la dignidad del hombre a pesar del trance que vive [...]” (ÁLVAREZ CHACÍN, 2011, p. 91-92).

incompatible con el derecho¹² a un trato humano, es responsable de la violación de las obligaciones que le impone el artículo 2 de la Convención.

En tal sentido, se observa que, la legislación de Trinidad y Tobago prevé la imposición de penas corporales, según la Ley de Penas Corporales (Para Delincuentes Mayores de 18 años), por lo que un tribunal tiene la potestad de ordenar que un delincuente varón mayor de 18 años sea golpeado o azotado con un objeto llamado “gato de nueve colas”, además de cualquier otra pena que le sea aplicable, cuando se le condena por ciertos delitos.

Señala igualmente la sentencia, que la flagelación debe aplicarse tan pronto sea posible y en ningún caso después de que hayan transcurrido seis meses de dictada la sentencia.

La presunta víctima en este caso, el ciudadano Winston Caesar, fue condenado por la *High Court* de Trinidad y Tobago por el delito de intento de violación y fue sentenciado a 20 años de cárcel con trabajos forzados y a recibir 15 latigazos con el gato de nueve colas. La *Court of Appeal* de Trinidad y Tobago confirmó su condena y su sentencia y, 23 meses después de la confirmación definitiva de la misma, el castigo de flagelación del señor Caesar fue ejecutado.

Asimismo, la Comisión afirmó que, dada la naturaleza de las violaciones por las cuales el Estado debería ser considerado responsable, Trinidad y Tobago debe proveer al señor Caesar de una reparación efectiva, que incluya una vez expuestas las consideraciones precedentes, indemnización por los daños morales que sufrió.

La Comisión solicitó además a la Corte que, ordene al Estado que adopte las medidas legislativas y de otra índole que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable; para derogar el castigo de azotamiento previsto por la Ley de Penas Corporales; y para garantizar que las condiciones de detención en las cárceles del Estado satisfagan los estándares mínimos de un trato humano de conformidad con la Convención.

¹² “No somos nada sin derechos. Los derechos no son nada sin nosotros. En ese camino no hemos hecho más que comenzar” (HERRERA FLORES, Joaquín, citado en DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2016, p. 30).

Resulta pertinente indicar que la República de Trinidad y Tobago¹³, no contestó a los requerimientos de la Comisión ni de la Corte desatendiendo así su derecho a la defensa y a desvirtuar todos los señalamientos que le ha efectuado en el presente caso, y en este sentido, la Corte ha estimado, en casos anteriores, que cuando el Estado no contesta la demanda de manera específica, se presumen como verdaderos los hechos sobre los cuales guardó silencio, siempre que de las pruebas existentes se puedan inferir conclusiones consistentes sobre los mismos.

Por lo que fueron examinadas las pruebas recibidas, a saber: la Comisión presentó las declaraciones juradas rendidas ante fedatario público (*affidavit*) por la presunta víctima y por los peritos.

5 TESTIMONIO DEL CIUDADANO WINSTON CAESAR

La víctima describió las condiciones de su detención en algunas de las prisiones en que había estado, donde compartía celda con 4 o 5 hombres, y dormía en el suelo en una colchoneta muy delgada; además, la celda era caliente, no contaba con ventilación carecía de servicios higiénicos. En la Prisión de Máxima Seguridad sólo hay agua por media hora en las mañanas y en las tardes, además, entre semana, se le permite salir al patio por cerca de una hora cada mañana y tarde; los fines de semana se le permite ir al patio sólo en las mañanas.

De igual manera señaló que ha perdido casi todos sus dientes y no ha recibido ningún tratamiento dental. También ha padecido hemorroides de las cuales fue operado; sin embargo, sigue sufriendo de ellas, razón por la cual requiere otra cirugía. En 1998 los médicos descubrieron que el señor Caesar tiene en el área de la ingle un quiste que necesita ser extraído.

6 PERITAJE DEL SEÑOR DESMOND ALLUM

Expuso acerca de la historia de la Ley de Penas Corporales, respecto de la cual se refirió, *inter alia*, a la reforma de 1994 que estipula que la sentencia de flagelación debe ser ejecutada dentro del plazo de seis meses de dictada la sentencia, salvo cuando esté pendiente una apelación. También afirmó que las condiciones predominantes en las cárceles de Trinidad y Tobago son insatisfactorias.

¹³ “[...] La nota esencial de un estado es la existencia de un poder del mismo. Este poder no puede derivarse de otro ninguno, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho. El contenido de este poder de dominación es completamente indiferente para su existencia. Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado.” (JELLINEK, 1981, p. 367-368).

7 PERITAJE DEL SEÑOR ROBERT FERRIS

Como psiquiatra forense y director clínico del *Forensi and Secure Services* para el *Oxfordshire Mental Health Care Trust*, se entrevistó en la Prisión de Máxima Seguridad de Trinidad y Tobago con el señor Winston Caesar.

El perito expresó que el señor Caesar no padece ninguna enfermedad mental, y que ha sufrido depresión y ansiedad durante su encarcelamiento.

El señor Caesar experimentó emociones propias de quien será sometido a un castigo físico doloroso y brutal. Asimismo, el intenso sufrimiento mental causado por la sentencia de pena corporal, pudo agravarse por el largo retraso en que ésta se llevó a cabo y por las repetidas falsas alarmas de aplicación del castigo. Respecto de la pena, el señor Caesar sufrió tal miedo y humillación, que se desmayó. La pena corporal ocasionó a la presunta víctima hematomas y posiblemente laceraciones en su espalda, sin embargo, no tiene cicatrices.

El señor Caesar sufrió efectos psicológicos posteriores al castigo corporal, tales como síntomas post-traumáticos incluyendo depresiones, recuerdos de conversaciones sostenidas antes del castigo y la sensación de que algo golpea su espalda, lo cual le provoca un movimiento involuntario en su hombro.

8 ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PARA DECIDIR

Todos los instrumentos internacionales¹⁴ de derechos humanos de alcance general, sean de carácter regional o universal, contienen preceptos de contenido similar al artículo 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Dichos preceptos generales se complementan con la prohibición expresa de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes previstos en instrumentos internacionales específicos y para efectos del presente caso, se fundamentan en la prohibición de la imposición de penas corporales.

La jurisprudencia internacional y las resoluciones de otras autoridades, descritas a continuación, han considerado que el castigo corporal es incompatible con las garantías internacionales contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

¹⁴ “[...] con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos y de otras organizaciones, la soberanía ha quedado limitada, debido a que estos organismos la han suplantado en gran medida [...] cuando se habla de soberanía caduca o limitada, es al referirse a la soberanía de los Estados débiles que justifican su debilidad y refugian la entrega de su autogestión justificando el hecho en salvaguardar intereses nacionales. Cuando se observa, a través de la historia, el curso de las relaciones internacionales, se puede identificar cómo, en muchas ocasiones, la soberanía de un estado, el poder de auto determinar su política interior, ha sido violentada por intereses regionales en búsqueda de solucionar conflictos que atentan contra los intereses de organizaciones como las Naciones Unidas y en otras ocasiones, únicamente contra intereses locales de un imperio [...]” (MARCANO SALAZAR, 2007, p. 90).

La Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura¹⁵ ha declarado que, el artículo 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, refleja la prohibición internacional de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y ha establecido, más ampliamente, que

los castigos corporales son incompatibles con la prohibición de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contenida, *inter alia*, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [(CORTE, 2005a)], la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Por otra parte, las normas de Derecho Internacional Humanitario prohíben absolutamente la imposición de castigos corporales en situaciones de conflictos armados (CORTE, 2005a), así como en tiempos de paz.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que para que un trato sea considerado como inhumano o degradante y, en grado extremo, como tortura, debe alcanzar un mínimo nivel de severidad. La evaluación de este nivel mínimo es relativa y depende de las circunstancias de cada caso, tales como la duración del trato y de sus consecuencias físicas y mentales (CORTE, 2005a).

Por su parte, en el caso Celebici, la Cámara de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia analizó estándares normativos del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, con base en los cuales definió trato inhumano o cruel como; “[...] un acto o omisión internacional que [...] juzgado objetivamente es intencionado y no accidental, que causa graves sufrimientos o daños mentales o físicos, o constituye un serio ataque a la dignidad humana” (CORTE, 2005b).

En atención a la regulación de las penas corporales de flagelación en Trinidad y Tobago la Corte considera que la naturaleza misma de éstas refleja una institucionalización de la violencia que, pese a ser permitida por la ley (TALEVA SALVAT, 2004, p. 12), ordenada por las autoridades judiciales y ejecutada por las autoridades penitenciarias, constituye una sanción incompatible con la Convención (creemos que “[...] el gran desafío del próximo

¹⁵ “[...] Con el correr del tiempo la concepción filosófica de los derechos humanos se ha ido transformando y en la actualidad, el desafío es la promoción universal de aquellos para que exista una correlatividad entre la letra y la realidad. Es decir, los derechos humanos deben ser realmente efectivos, convalidados por la práctica, no quedarse en la mera enunciación o descripción de principios ideales o abstractos. No debe existir un mundo dividido, sectores con plenitud de derechos y otros con absoluto cercenamiento o carencia de los mismos.” (TALEVA SALVAT, 2004, p. 11-12).

siglo es la concreción de una estructura material y espiritual que coloque a la humanidad de todas las tierras, libre de miedo y de necesidades insatisfechas y que pueda acceder a una vida digna [...]”). Como tales, las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación *per se* del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma¹⁶. En consecuencia, la Ley de Penas Corporales debe ser considerada contraria a los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.

En consecuencia, el dolor y el daño físico causados por la flagelación fueron exacerbados por la angustia, el estrés y el miedo durante el período en que el señor Caesar estuvo esperando su pena corporal en la cárcel. Más aún, en tres o cuatro diferentes ocasiones fue expuesto al sufrimiento de otros reclusos sometidos a penas similares. De esta manera, el señor Caesar fue sometido a la amenaza de un abuso físico inminente y fue intencionalmente forzado a presenciar los efectos de dicha pena en otros reclusos, lo que le ocasionó angustia y miedo severo. Ahora bien, la Convención sobre los Derechos del Niño, hace referencia a que el sometimiento a juicio penal de las personas no debe exceder de un plazo ‘razonable’, que deben ser juzgadas ‘sin dilaciones injustificadas o indebidas’, ‘sin demoras’. Establecer entonces que es lo razonable es una tarea discrecional a cargo de los jueces. Sin perjuicio de estos términos, las leyes procesales han dado pautas para explicar y delimitar la posible ambigüedad de ellos en temas de derecho represivo (RODRÍGUEZ JORDÁN, 2005, p. 112).

De conformidad con las normas y las prácticas internas del Estado, el médico de la prisión se encontraba presente antes y durante la flagelación de la presunta víctima para revisar su condición física y, con base en los resultados de dicho examen, decidir si el castigo podía ejecutarse.

Los representantes argumentaron que al permitir que la flagelación se llevara a cabo, pese a su conocimiento de la condición médica del denunciante Winston Caesar, el médico de la prisión violó sus deberes éticos (CORTE, 2005b). La Comisión argumentó que estas circunstancias dan origen a serios cuestionamientos acerca de la compatibilidad de la conducta del personal médico de las prisiones estatales con los estándares internacionales

¹⁶ “[...] El compromiso que contiene la carta de las Naciones Unidas conforma una obligación vinculante para todos los miembros de las Naciones Unidas y se complementa con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, la cual constituye un ideal común por el que todos los pueblos y países deben ocuparse y preocuparse de su cumplimiento [...]” (TALEVA SALVAT, 2004, p. 12).

que regulan su conducta, en particular, aquellos establecidos en los Principios de Ética Médica Aplicables¹⁷ a la Función del Personal Médico en la Protección de Personas Detenidas y Privadas de Libertad contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de las Naciones Unidas.

También ha quedado demostrado que, después de la flagelación, el Estado no suministró al señor Winston Caesar ningún tratamiento médico, excepto el suministro de analgésicos, sin tomar en cuenta el hecho de que había sido herido y que su condición médica ya era precaria. Esta conclusión encuentra apoyo en el informe del señor Robert Ferris, en el cual declaró que no encontró documentos de ningún tipo relativos a la pena corporal impuesta al penado Winston Caesar, a sus consecuencias o a algún tratamiento suministrado¹⁸.

Al hacer referencia a la cuestión de las condiciones de detención, la Corte Interamericana también ha evaluado otros instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia de otras instituciones de protección de derechos humanos.

La Corte ha declarado que frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante¹⁹, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables.

La Corte ha señalado en su decisión que debe destacar que, con posterioridad a la emisión de la sentencia del *Court of Appeal* de Trinidad y Tobago el 28 de febrero de 1996, el

¹⁷ “[...] deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas [...]” (NOEL RODRÍGUEZ, 2005, p. 7).

¹⁸ “[...] he querido distinguir entre ‘expectativas deónticas’, que sólo implican el deber de otros de hacer o no hacer aquello que es objeto de expectativas positivas o negativas, y ‘expectativas cognitivas’, consistentes en la creencia más o menos fundadas de que sucederá o no sucederá lo que es objeto de expectativas positivas o negativas [...]” (FERRAJOLI, 2009, p. 53).

¹⁹ “[...] Cincuenta años después de su proclamación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha convertido en el texto sagrado de lo que Elie Wiesel ha llamado <una religión laica de alcance planetario>. El Secretario General de la ONU, (en aquel tiempo) Kofi Annan ha calificado la Declaración Universal como <el patrón por el que medimos el progreso humano>. La premio Nobel Nadine Gordimer la ha descrito como <el documento esencial, la piedra de toque, el credo de la humanidad que sin duda resume todos aquellos otros credos que guían la conducta humana>. Los derechos humanos se han convertido en el mayor artículo de fe de una cultura laica que teme no creer en nada más. Se han convertido en la lengua franca del pensamiento moral global, tal como el inglés se ha convertido en la lengua franca de la economía global [...]” (IGNATIEFF, 2003, p. 75).

condenado Winston Caesar aún tenía la posibilidad de presentar un “solicitud especial de venia para apelar” ante el *Privy Council*.

En el presente caso, los jueces internos estaban autorizados para condenar al ciudadano Winston Caesar a ser flagelado con el “gato de nueve colas” en aplicación de las leyes de Trinidad y Tobago, específicamente de la Ley de Penas Corporales²⁰.

De igual forma es importante enfatizar que, si bien Winston Caesar no apeló su sentencia ante el *Privy Council*, al momento de los hechos era improbable que una apelación ante dicha institución, respecto a la aplicación de penas corporales, tuviera éxito. Al respecto, el perito Desmond Allum señaló que:

[...] una de las razones principales por las cuales no se ha presentado una impugnación sustancial a la legalidad de una sentencia de penas corporales es la “cláusula de exclusión” [(CORTE, 2005b)]. Esta cláusula ha asegurado efectivamente que los tribunales de Trinidad y Tobago no puedan impugnar la constitucionalidad de una sentencia de castigo corporal, dado que ésta es anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1976, y consecuentemente, fue “salvada” en la ley como buen derecho (*as good law*).

Así, en consecuencia de lo anteriormente señalado, el Estado no proveyó a la presunta víctima de un recurso efectivo para impugnar la imposición de la mencionada pena corporal. La Corte considera que Trinidad y Tobago es responsable por la violación del artículo 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del ciudadano Winston Caesar (La Corte ha declarado, con base en los hechos del caso la violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, del artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 5.1 y 5.2 del mismo instrumento; y del artículo 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1 y 2 de la misma).

Ha establecido, en varias ocasiones, que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (PROTECCIÓN, 2017).

²⁰ “[...] cabe destacar que la Comisión Interamericana viene de expresar su posición frente a la fórmula de la ‘cuarta instancia’ desarrollada en parte por otros órganos de control internacionales y que se encuentra interrelacionada con el agotamiento de los recursos internos. En efecto, ya se ha señalado que la naturaleza coadyuvante o complementaria de los sistemas de protección internacional ha dado lugar a la fijación de pautas generales que determinan la conceptualización sobre el límite al uso de esos sistemas. La Comisión considera que el efecto de la regla del agotamiento de las vías internas consiste en asignar a la Comisión un carácter esencialmente subsidiario [...]” (ALBANESE, 1997, p. 873-874).

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*)²¹, la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinaciones de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno.

Para establecer una compensación por el daño inmaterial padecido por la víctima, la Corte tomó en cuenta las circunstancias agravantes de la imposición de la pena corporal

²¹ “1. *Restitutio in integrum*.

En su parte considerativa (párr. 39), la sentencia a la que se refiere este voto señala, de nueva cuenta, que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior”.

A este respecto, es pertinente recordar que la jurisprudencia y la doctrina internacionales entienden, de tiempo atrás, que la *restitutio in integrum* es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha *restitutio* no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias. Esta ha sido la línea seguida, reiteradamente, por la Corte Interamericana en un buen número de resoluciones. Estimo conveniente abandonar de una vez las referencias a la *restitutio*, que puede servir como horizonte ideal de las reparaciones, pero no corresponde a un objetivo verdaderamente alcanzable. Por ende, carece de sentido, en mi concepto, insistir en que “la reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución”.

Restitutio in integrum significa, en sentido estricto –que es también su alcance literal–, restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que ocurriera la conducta ilícita y se vieran afectados los bienes jurídicos de ciertas personas. Eso es lo que se dice y se pretende al hablar de “plena restitución”, que no es una restitución a secas, inevitablemente parcial y relativa. Aquella restitución plena –que implica un retorno pleno– es conceptual y materialmente imposible.

Cuando se teme la comisión de un delito o la realización de un hecho contrario a la norma, hay que echar mano de medidas preventivas que impidan la lesión o alejen el peligro. Ahora bien, el delito o el hecho ilícito –sea que se consumen, sea que permanezcan en algún punto del proceso ejecutivo– traen consigo una alteración irreversible que ninguna *restitutio* podría desconocer o suprimir. Esto se mira claramente cuando viene al caso la muerte de una persona, pero también acontece en otras hipótesis: así, en el supuesto de la privación de libertad, que suele mencionarse como medida eminentemente reparable. En tal caso será factible colocar nuevamente al individuo en el goce de su libertad, pero no lo será devolverle la libertad perdida, o dicho de otra manera, hacer que retorne a un momento anterior al instante en que ocurrió esa pérdida. Hacerlo sería mucho más que una reparación jurídica: un verdadero milagro. Otro tanto se puede decir del quebranto de la salud, que puede ser reparada, o de la destrucción de un objeto, que puede ser sustituido.

En fin de cuentas, la *restitutio* sólo representa un punto de referencia, un horizonte ideal, en el doble sentido de la palabra: una idea y un arribo inalcanzable. Lo que se quiere –mejor todavía: lo único que se puede– no es tanto restituir íntegramente la situación previa a la violación cometida –en su tiempo, su espacio, sus características, su absoluta continuidad, para siempre modificados–, sino construir una nueva situación que se asemeje, tan fielmente como sea posible, a la que antes se tuvo. Con este propósito es que se aportan al sujeto elementos de reparación, compensación, satisfacción, retribución, liberación, complemento, sustitución, etcétera. Así se rescatarán los bienes jurídicos de la víctima, al menos en parte, y se le colocará en una posición muy parecida a la que antes tuvo. Empero, lo perdido se habrá perdido para siempre. De esta diferencia inevitable entre lo que fue y lo que puede ser resulta, lógicamente, el sistema de reparaciones en su vertiente resarcitoria [...]” (VOTO Concurrente).

con el “gato de nueve colas”, específicamente la angustia, el profundo miedo y la humillación padecidos por el señor Caesar antes y durante la flagelación. Además, la Corte ha observado que la demora en ejecutar la sentencia de flagelación incrementó la angustia de la víctima mientras esperaba a ser castigado. Como consecuencia del castigo corporal, señor Caesar continúa padeciendo dolor en sus hombros y también ha padecido, *inter alia*, de síntomas de depresión, miedo y ansiedad lo suficientemente graves como para que el perito Robert Ferris le diagnosticara, al menos un trastorno de adaptación. Por último, desde su encarcelamiento, la víctima ha padecido serios problemas de salud que no han sido tratados adecuadamente por las autoridades.

9 DE LA DECISIÓN

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió proferir sentencia condenatoria en contra del Estado de Trinidad y Tobago, en virtud de haberse comprobado la violación de derechos humanos en la persona del señor Winston Caesar, en los siguientes términos:

- tomando en cuenta todos los elementos del presente caso la Corte estimó pertinente fijar, en equidad, la suma de US\$50,000.00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) como indemnización por concepto de daño inmaterial a favor del señor Caesar;
- la Corte ha declarado que la imposición de penas corporales por flagelación es absolutamente incompatible con la Convención. El carácter aberrante de dicha pena ha llevado a la Corte a declarar que el ciudadano Winston Caesar fue sometido a tortura, así como a otros tratos inhumanos y degradantes debido a las condiciones de su detención;
- después de examinar las pruebas presentadas en el presente caso, es claro que los problemas físicos y psicológicos del denunciante Winston Caesar que aún persisten, no han sido tratados adecuadamente. Así, la Corte considera apropiado ordenar que el Estado deba proveer a la víctima Winston Caesar, a partir de la notificación de la presente Sentencia, por el tiempo que sea necesario, sin cargo alguno, por medio de los servicios nacionales de salud, un adecuado tratamiento médico y psicológico, incluida la provisión de medicamentos, según las prescripciones de especialistas debidamente calificados;
- por haber declarado que la Ley de Penas Corporales es incompatible con los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, la Corte requiere al Estado que adopte, dentro de un lapso razonable, las medidas legislativas o de otra índole, necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales.

- así, ha establecido que la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5. La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su impugnabilidad, también lo es en virtud que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales;
- asimismo, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la “cláusula de exclusión” contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones de sus derechos humanos;
- en relación con los párrafos precedentes, la Comisión y los representantes también alegaron que el sistema penitenciario del Estado mantiene a las personas privadas de libertad en condiciones que no respetan sus derechos a la integridad física y mental y a recibir un trato humano. Al respecto, la Corte declaró que las condiciones de detención a las cuales fue sometido el señor Winston Caesar son contrarias al artículo .2 de la Convención y son representativas del sistema carcelario de Trinidad y Tobago. Por esta razones, la Corte considera oportuno requerir al Estado, como una garantía de no repetición, que adopte, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a las normas internacionales de derechos humanos en este tema.

10 SÍNTESIS

Luego de transcurridos 22 años desde que ocurriera el primero de los hechos denunciados, la Corte en su sentencia declaró por unanimidad que el Estado de Trinidad y Tobago, violó los siguientes artículos consagrados en la Convención:

- 5.1 y 5.2 (derecho la integridad y a un trato humano) en relación con el 1.1 (obligación de respetar los derechos). (Al respecto, la Corte señaló en los párrafos 72 y 73 de la sentencia que:

[...] la ejecución de penas corporales de flagelación, es un instrumento utilizado para infligir una forma de castigo cruel, inhumana y degradante [...] y que [...] las penas

corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental [...]);

- 2 (dar efecto legal interno a los derechos consagrados en la Convención en relación con el 5.2 y 8.1 (Garantías Judiciales), derecho a ser juzgado en un plazo razonable);
- 25 (Protección Judicial), en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

11 PENAS CRUELES, DEGRADANTES E INHUMANAS Y LA FLAGELACIÓN COMO FORMA DE TORTURA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su primer pronunciamiento, se refiere a la pena impuesta al señor Winston Caesar, puesto que en Trinidad y Tobago, las normas que autorizan la imposición de penas corporales están contenidas en dos leyes, una de las cuales es la Ley de Penas Corporales. Esta prevé la aplicación de penas corporales para ciertos delitos a través de latigazos con una vara de tamarindo u objetos similares, y flagelación con un objeto denominado “gato de nueve colas”, además de cualquier otra pena que le sea aplicable.

En el caso que nos ocupa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia, señala que Trinidad y Tobago, “debe adoptar las medidas legislativas o de otra índole necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales”. Dicha ley data de 1953 que prevé los azotes en la Sección 2, señalando que todo varón²² de más de dieciséis años de edad

²² “[...] Myra Bhagwansingh, de 45 años de edad, madre de cuatro hijos, fue condenada el 28 de febrero de 1996 a doce años de cárcel y a un castigo adicional de 10 latigazos con el ‘gato de nueve colas’ (nueve tiras anudadas de cuero sin curtir fijadas a un mango). Se trata de la primera mujer condenada a un castigo corporal en Trinidad y Tobago. Fue declarada culpable de haber arrojado ácido a Raffick Mohammed y haberle causado lesiones graves. Según el periódico *Trinidad Guardian*, el incidente tuvo lugar en la tienda de ropa de Mohammed el 29 de agosto de 1991.

Esta primera condena de una mujer a castigo corporal ha puesto a las autoridades penitenciarias en una difícil situación. Todos los funcionarios adiestrados para administrar los azotes son varones y el recluso ha de ser desnudado por completo. Según un artículo aparecido en la prensa, un funcionario de prisiones ha declarado que cabe temer que los derechos humanos de una mujer quedarían violados si tuviera que sufrir el castigo ante funcionarios varones. También ha señalado que toman con gran seriedad quién trata con las mujeres reclusas, y que por tanto no saben cómo solucionar este caso. Asimismo manifestó sentirse preocupado por la forma en que una mujer podría resistir los azotes, a los que describió como ‘algo que haría berrear a hombres hechos y derechos’.

La pena de azotes se impone a varones en Trinidad y Tobago de forma ordinaria y también como forma de disciplina carcelaria. Puede ser administrada solamente una vez por el mismo delito y no puede pasar de 20 azotes. Debe cumplirse tan pronto como sea posible y prescribe a los seis meses. En algunos casos el juez puede condenar a azotes con una rama de tamarindo o abedul. Sólo el presidente del país y los tribunales pueden revocar una pena de azotes [...]”. (TRINIDAD Y TOBAGO, 1996).

declarado culpable de delitos violentos, uso de fluidos corrosivos o sustancias explosivas, violación, robo con violencia o con agravantes, puede ser condenado a azotes, además de cualquier otra pena que le corresponda.

De acuerdo a dicha ley, la pena de azotes se impone a varones en Trinidad y Tobago de forma ordinaria y también como forma de disciplina carcelaria. Puede ser administrada solamente una vez por el mismo delito y no puede pasar de 20 azotes. Debe cumplirse tan pronto como sea posible y rescibe a los seis meses. Sólo el presidente del país y los tribunales pueden revocar una pena de azotes.

De acuerdo a la investigación realizada, en casi todos los casos la sentencia es ejecutada en la prisión de máxima seguridad de la isla de Carrera, con una <sal de azotes> especial. Se coloca al condenado desnudo boca abajo y esposado en un banco ajustable. Nunca sabrá quién le ha azotado, y que mira hacia abajo o el verdugo va enmascarado. Se hallan presente muchas personas, entre las que figuran el médico de la cárcel, el enfermero, el director del centro penitenciario, y varios altos funcionarios. El médico debe comprobar el ritmo de pulsaciones y respiraciones del condenado, su presión sanguínea y otros indicadores antes y después de los azotes. Puede interrumpir el castigo si considera que el condenado no está en condiciones de resistir el castigo.

Entonces según el contexto de la sentencia, se refiere primero que con las penas corporales de flagelación (los 15 latigazos con el gato de 9 colas), se inflige una forma de castigo cruel, inhumano y degradante y estas constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental.

En cuanto a la normativa internacional existente, debe decirse que el primer instrumento internacional que elaboró una definición de la tortura, fue la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, adoptada el año 1975, en su artículo 1, inciso 1, señala:

se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona a penas o sufrimientos graves, ya sean físicos y mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras.

Posteriormente, la Organización de las Naciones Unidas aprobó en el año 1984, el primer tratado internacional sobre la tortura estableciendo una definición más amplia del término,

así vemos que el artículo 1 numeral 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes enuncia:

se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En igual orden, la Organización de Estados Americanos en el año 1985, se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Efectivamente, este tratado, en su artículo 1, prevé

se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No están comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo (CONVENCIÓN, 1985).

Conviene entonces hacer una diferenciación entre la tortura de los demás tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. En este sentido, debemos mencionar que la antes citada Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y las Penas o Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, del año 1975, en el artículo 1, inciso 1 señala, que la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante, es por ello, que la tortura es el mal trato por excelencia, la madre de los malos tratos.

Este mismo criterio ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos separando la tortura de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo cual no permite concluir que los elementos diferenciales entre la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es que la tortura es mucho más grave y los dolores que genera son más intensos que los que producen los demás tratos.

Es importante conocer las diferencias entre la tortura y los otros malos tratos, y en este sentido, por ejemplo, tratados como la CIPST o la Convención de las NN.UU. contra la

Tortura establecen obligaciones especiales a los Estados frente a la tortura no así respecto de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes²³.

12 DISTINCIÓN ENTRE LA TORTURA COMO GRAVE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Efectivamente, de acuerdo a las circunstancias en que ocurra la tortura, este puede ser considerada como una grave violación a los derechos humanos o si se produce en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil, como un crimen de lesa humanidad (ESPINOZA RAMOS, 2013).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estima que cuando se trata de violación de los Derechos Humanos, la tortura, la desaparición forzada de personas y la ejecución extrajudicial, constituyen las tres graves violaciones a los derechos humanos, pues contraviene derechos inderogables reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, en cuanto a la Tortura como crimen de lesa humanidad, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha dicho que los crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad son: la violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid; también ha dicho que la práctica sistemática o a gran escala de la tortura es un crimen contra la humanidad.

²³ “[...] De los tres instrumentos internacionales que recogen una definición de la tortura (la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1975, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985) la que define de una manera más garantista a la tortura es la CIPST, pues no exige que los dolores (elemento material) sean graves ni requiere *un dolus specialis* (elemento subjetivo) para su comisión.

Si bien la tortura ha sido definida por tratados y una declaración, no existe definición de las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Sin embargo, la jurisprudencia internacional se ha encargado de definirlos. En ese sentido, han señalado que se diferencian de la tortura porque éstas son menos graves o, si se prefiere, los sufrimientos que ocasionan son menos intensos que la tortura. La tortura viene a marcar un mayor estigma [...]” (ESPINOZA RAMOS, 2013).

La Corte Penal Internacional ha aplicado los pronunciamientos del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (ESPINOZA RAMOS, 2013) para desentrañar el significado de crimen de lesa humanidad y en este sentido señala que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos. Su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.

13 ESTATUTO DE ROMA EN RELACIÓN A TRINIDAD Y TOBAGO

El Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, acordando el establecimiento de una corte penal internacional (CPI). Trinidad y Tobago suscribieron el mismo el 23 de marzo de 1999 y lo ratificó el 6 de abril de 1999, siendo el segundo país que realiza dicha ratificación, por ende Trinidad y Tobago es un Estado Parte.

Con ocasión a las reflexiones de los aportes históricos de la Región del Caribe en el desarrollo de la Corte Penal Internacional (COALICIÓN, 2107), se refiere que en el año 1998, Trinidad y Tobago, representada por el entonces Primer Ministro Arthur N. R. Robinson, remitió a la XLIV Asamblea General de la ONU un nuevo punto en la agenda para el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

Para finales de ese año, y con el apoyo de otros países incluyendo a todos los miembros de la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM), resultó la adopción de una resolución por consenso llamando a la creación de una Corte Penal Internacional. Esta intervención el apoyo de la región fue vital para la adopción del Estatuto de Roma en 1998.

Ahora bien, la suscripción del Estatuto de Roma es un logro importante obtenido por la comunidad internacional tendente a establecer de manera permanente, y con competencia general, a un tribunal internacional encargado de juzgar penalmente a individuos que hayan instigado, cometido, o permitido, en el ejercicio de sus funciones oficiales, la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos, como lo son el genocidio, los

crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra²⁴, por ello es inentendible la vigencia de la Ley de Penas Corporales en Trinidad y Tobago.

Tal como lo refiriera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el castigo corporal constituye un trato cruel, inhumano o degradante²⁵ y que, como tal, contraviene una serie de normas internacionales de derechos humanos, a continuación se cita:

- el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que se adhirió Trinidad y Tobago el 21 de diciembre de 1978 declaran que: ‘Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes’;
- el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a la que Trinidad y Tobago se adhirió el 29 de mayo de 1991) declara: ‘Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano’;
- el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su determinante ‘comentario general’ sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, subrayó que la prohibición absoluta de castigo cruel, inhumano o degradante ‘debe abarcar el castigo corporal’;

²⁴ “[...] ¿Cómo separar las dos caras de una misma moneda? Nuestra idea es tan sencilla como cruda: los derechos humanos es la otra cara de la moneda de la guerra, o en otras palabras, la guerra es el caldo de cultivo o el suelo nutriente del mito de los derechos humanos. ¿En qué sustentamos nuestra idea? Sostienen Maldonado Torres (2007) que la ‘no-ética de la guerra’ fue naturalizada por la colonialidad del poder, del saber y del ser a partir de la colonización del ‘nuevo mundo’ en 1942: Cuando los colonizadores llegaron a las Américas no aplicaban el código ético que regulaba su comportamiento en sus reinos. Sus acciones eran reguladas por la ética o, más bien, por la no-ética de la guerra [...] se ha mantenido y extendido en el tiempo y en el espacio geográfico (lo geopolítico) y consiste en la normalización, en los países periféricos (hoy relucientes ex colonias, pero penetradas por el óxido de la colonialidad del poder) del sistema mundo europeo/ europa americano capitalista/ patriarcal moderno/ colonial, de los hechos extraordinarios que ocurren sólo en tiempos de guerra y violencia generalizada: sobre exportación de la fuerza de trabajo sin distinción de sexo ni edades, asesinatos, masacres, degradación y violación de la mujer, desapariciones forzadas, desplazamientos masivos, abuso de poder, encarcelamientos ilegales, torturas, etc., etc., lo que hace que los derechos humanos se representen, y representarán siempre que se mantenga la colonialidad del poder, el muro de contención para que los oprimidos y explotados de la periferia detengan (¿o simplemente contengan?) la marejada de situaciones aberrantes propiciadas por la naturalización de la no-ética de la guerra que, cada día que pasa, y como consecuencia de la concientización política de los sujetos y movimientos sociales, es identificada más directamente con la voluntad de los poderosos [...]” (PÉREZ ALMEIDA, 2011, p. 150-151).

²⁵ “[...] Amnistía Internacional no ha adoptado ninguna propuesta específica sobre qué pena debería sustituir a la pena de muerte. Su postura es que ninguna alternativa debe constituir un trato o pena cruel, inhumano o degradante, ni infringir las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos [...]” (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 1999, p. 41).

- la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de las Naciones Unidas, prohíbe también el castigo corporal (Trinidad y Tobago no lo ha ratificado);
- el principio 6 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión declara que ‘Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’.

En el Estatuto de Roma observamos que la Tortura es descrita en los “Crímenes de Lesa Humanidad” y “Crímenes de Guerra”. Así observamos que el Artículo 7 establece:

[...] A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, y sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control, sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Y siguiendo el mismo orden, el artículo 8 prevé:

[...] 1 La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes;

2 A los efectos del presente Estatuto se entiende por “crímenes de guerra”;

ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos [...].

La normativa antes transcrita y de las precedentes consideraciones en torno a la tortura y otros tratos crueles²⁶ inhumanos y degradantes, nos permite clarificar que la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, tales como la tortura, pero cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una

²⁶ “[...] Cuando el Parlamento Inglés promulgó en 1689 la Declaración de derechos para fijar derechos naturales como derechos positivos, incluyó el derecho de toda persona, acusada de un delito, a un juicio imparcial y público, por jurado; así como también prohibió los castigos crueles [...]” (SELSER, p. 43).

población civil y basta que sea un solo acto ilícito de tortura sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad (CENTRO, 2017).

En este mismo sentido, refiere Gómez López (1998), lo siguiente;

[...] La tortura viola una de las prohibiciones absolutas –no torturar- que establece un deber de tutela para el Estado a un derecho esencial para la vida de la “familia humana”, así como la misma viola un derecho humano fundamental e inalienable socavando la dignidad humana, es así que cuando la tortura se comete en forma masiva y sistemática por agentes del estado o por otras personas que obran con la instigación, el asentimiento o la aquiescencia del Estado o de sus servidores, se constituye en un delito internacional y en un crimen de lesa humanidad, es decir que ofende a la comunidad internacional [...].

Lo anterior permite concluir que en el caso asignado no es posible la aplicación del Estatuto de Roma, toda vez que no estamos en presencia de un delito cometido de forma masiva y sistemática, siendo que corresponde a la legislación interna de Trinidad y Tobago investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a sus autores materiales e intelectuales.

14 ACTUACIONES DEL FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional a los efectos de iniciar una investigación para realizar los exámenes preliminares en los distintos continentes, debe dar cumplimiento inicial de los requerimientos del Estatuto.

En efecto, corresponderá al Fiscal, examinar a un país cuando un Estado acepta que posee el deber de investigar y enjuiciar los crímenes de lesa humanidad, y ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional para iniciar una investigación.

Los requerimientos mencionados remiten a los siguientes criterios:

- de orden temporal (que los crímenes en cuestión hayan sido cometidos luego del 1.º de julio de 2002 o luego de la fecha de entrada en vigencia del Estatuto en ese Estado);
- de orden material (crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra).

Hechas las observaciones anteriores, se debe señalar que la Corte, posee jurisdicción sólo en los territorios y sobre los nacionales de Estados que sean Partes, a menos que

haya sido remitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, caso en el cual, se analizará si pueden ser admitidas.

En el marco de las consideraciones anteriores, numeramos las condiciones para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer su jurisdicción:

- 1) un Estado Parte remite la situación a la Corte Penal Internacional;
- 2) el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite una situación a la Corte Penal Internacional;
- 3) un país que no es Estado Parte al Estatuto, emite una declaración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 (3), aceptando la jurisdicción de la Corte; y
- 4) el Fiscal de la Corte Penal Internacional, decide iniciar una investigación de oficio, teniendo en cuenta comunicaciones o información que haya recibido de individuos, grupos, Estados, Organizaciones No Gubernamentales ONG.

En el mismo orden de ideas, pareciera que lo apropiado en el caso que nos ocupa, es que el Fiscal ante la Corte Penal Internacional, ‘Inicie de oficio’ una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte, en cuyo caso se iniciaría lo que se conoce como la Fase de Investigación, en la cual no se establece ningún plazo específico para emitir la decisión de iniciar una investigación sobre una situación.

Esta investigación de Oficio, podría ocurrir en los casos de Crímenes de Lesa Humanidad, en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a la República de Colombia por matanzas realizadas por Fuerzas Paramilitares con apoyo comprobado de la Fuerza Pública, realizado en forma sistemática, en contra de campesinos, pueblos originarios o supuestos colaboradores de las Guerrillas de ese país, durante los períodos de Conflicto Armado de Carácter no Internacional que ocurren en ese país desde la primera mitad del Siglo XX, pero con particular énfasis en aquellos ocurridos luego del 01 de Julio de 2002 y más actuales, los asesinatos contra ex combatientes y líderes sociales ocurridos luego de los Acuerdos de Paz de La Habana, entre la FARC-EP y la República de Colombia.

En este sentido, la Fiscalía posee las siguientes opciones de procedimiento:

- determinar en la Fase Preliminar que no cumple con los requerimientos necesarios para iniciar una investigación;

- continuar monitoreando los procedimientos nacionales y reuniendo información por un periodo indefinido, con el fin acumular los elementos legales y objetivos para una decisión;
- iniciar una investigación de oficio, para lo cual deberá obtener la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.

De acuerdo con la Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el señor Winston Caesar fue sometido a un castigo corporal de flagelación, en aplicación de la sentencia emitida por la *High Court* de Trinidad y Tobago, en los términos de la Ley de Penas Corporales.

Consideró que la naturaleza misma de esta pena, refleja una institucionalización de la violencia²⁷ que, pese a ser permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales y ejecutada por las autoridades penitenciarias, constituye una sanción incompatible con la Convención de San José.

Como ya se ha aclarado, esa incompatibilidad, una vez que la Convención de San José entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber aceptado la modificación su legislación, de conformidad con la obligación general establecida en el artículo 2 de la Convención, la adopción de las disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en dicho tratado. En consecuencia, por el hecho que el Estado no derogó o de cualquier manera anuló dicha ley²⁸ después de la ratificación de la Convención, la Corte declaró que Trinidad y Tobago incumplió con las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, en relación con el artículo 5.1 y 5.2 de la misma.

²⁷ “[...] Puede resultar tentador relacionar el concepto de los derechos humanos con afirmaciones como la siguiente: los seres humanos poseen una dignidad natural o innata, poseen un valor natural e intrínseco y son sagrados. El problema con estas afirmaciones es que no son claras sino controvertidas. No son claras porque confunden lo que se desea que sean los hombres y las mujeres con lo que sabemos que son en la práctica. A veces, los hombres y las mujeres se comportan con extraordinaria dignidad, pero esto no es lo mismo que afirmar que todos los seres humanos poseen una dignidad innata; ni siquiera que poseen una capacidad de mostrarla. Dado que estas ideas sobre la dignidad, el valor y la sacralidad humana parecen confundir lo que es con lo que debe ser, son controvertidas, y como son controvertidas, es probable que fragmenten el compromiso con las responsabilidades prácticas que conllevan los derechos humanos en lugar de reforzarlo [...] Las personas pueden no estar de acuerdo en por qué tenemos derechos, pero sí pueden coincidir en que son necesarios [...]” (IGNATIEFF, 2003, p. 76).

²⁸ “[...] El artículo 50 de la Convención europea determina: si la decisión del tribunal declara que una decisión tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una parte contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente convenio, y si el derecho interno de dicha parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta decisión o medida, la decisión del tribunal concederá, si procede, a la parte lesionada una satisfacción equitativa [...]” (ALBANESE, 1997, p. 875).

De tal manera que, la Corte concluye que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos estos violatorios de normas perentorias de derecho internacional. Asimismo, la Corte es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante.

Por lo que, el Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante (“Caesar”; Párrafo 70).

Por su parte, el derecho internacional se dirige hacia la prohibición absoluta de la imposición de castigos físicos, por ser crueles, inhumanos y degradantes. En particular, en el sistema regional de protección de los derechos humanos²⁹, los estados se encuentran obligados a abstenerse de imponer penas corporales, pues dichas penas constituyen una forma de tortura.

En relación con el Estado de Trinidad y Tobago, la CADH estimó que la sola existencia de una ley que autorizara la aplicación de este tipo de penas implicaba la “institucionalización de la violencia³⁰”, y que ello era incompatible con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, el caso de Winston Caesar, se denota y se debe investigar penalmente en su jurisdicción Trinidad y Tobago, la presenta responsabilidad penal del Juez que dictó la sentencia en primera instancia y el Juez ante la Corte, en cuanto a la revisión de los alegatos de la defensa, cuya infracción es imprescriptible, conforme al Pacto de San José.

²⁹ “[...] Para UNESCO los derechos humanos son una protección de manera institucionalizada de los derechos de la persona humana contra excesos del poder cometidos por los órganos del Estado y de promover paralelamente el establecimiento de condiciones humanas de vida, así como el desarrollo multidimensional de la personalidad humana [...]” (TALEVA SALVAT, 2004, p. 11).

³⁰ “El discurso de los derechos humanos se inscribe en los algunos han llamado la razón utópica. Y no sin razón, si por utopía entendemos la fuerza que expresa y concretiza nuestro cotidiano y porfiado empeño porque ideales, aspiraciones, esperanzas y sueños se hagan también realidad cotidiana y duradera en toda la extensión del tejido social, de la vida política, del quehacer público y privado. En otras palabras, porque la espiritualidad de la humanidad irrumpa fecundamente en el resto de la realidad histórica.” (CUSSIANOVICH, Alejandro, citado en DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2016, p. 30).

Igualmente referimos la responsabilidad del médico y enfermeras que lo atendieron durante y posterior a la ejecución de la sentencia de flagelación y a los funcionarios que realizaban su custodia, toda vez que, le infringieron formas de tortura psicológica cuando lo trasladaban en las fechas que sus compañeros iban a ser flagelados para que observara las consecuencias de dicho actos, vale decir, Winston Caesar sufrió una constante intimidación por parte de dichos custodios, lo cual constituyen infracciones igualmente imprescriptibles.

Sin embargo, Trinidad y Tobago mantiene su postura³¹ de considerar legítima la soberanía para que la Ley de Penas Corporales continúe vigente, aún cuando dicha legislación atenta contra los principios y normas fundamentales de derechos humanos.

15 CONCLUSIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE PENAS DENIGRANTES E INHUMANAS

Es importante señalar, que la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el mes de diciembre del año 1984, establece en su artículo 5 claramente que “nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Igualmente, lo establece el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Del mismo modo, el Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 11, ordinal 1.º, que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Así, consideramos que el reconocimiento de los Derechos Humanos es la piedra angular³² de la justicia, la paz y la libertad en todas las naciones, partiendo de la dignidad inherente al ser humano y apoyándose en La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada

³¹ “[...] ese control de convencionalidad que realizan todos los órganos del Estado, incluye particularmente a las medidas judiciales para hacer efectivos los derechos reconocidos en la CADH, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH. Esas medidas judiciales son precisamente sentencias y demás actos judiciales, para lo cual, el derecho a la tutela judicial efectiva en el orden interno, requiere de recursos y acciones que hagan eficaz la protección de los referidos derechos. [...] En todo caso [...] el estado debe garantizarle a toda persona el acceso a un recurso judicial efectivo para la protección de sus derechos, incluidos los de fuente convencional [...]” (AYALA CORAO, 2012, p. 35).

³² “[...] la noción del ámbito protegido es útil para aludir al bien o bienes amparados por el derecho fundamental. La generalización de la expresión obedece probablemente a si capacidad representativa de unos linderos que deben ser rebasados para que la protección *ius* fundamental exista, la cual comprende posibilidades de ejercicio o de goce (disfrute) de las libertades o bienes cobijados por el derecho. [...] La expresión supuesto de hecho (Tatbestand), que proviene de la teoría de las normas y ostenta una especial relevancia en el derecho Penal, ha sido también empleada, aunque con un valor dogmático menos al que posee en materia penal, en el campo de los derechos fundamentales, y pretende abarcar las condiciones que deben cumplirse para que se produzca la consecuencia jurídica de la norma [...]” (CASAL HERNÁNDEZ, 2010, p. 87).

por la Asamblea General el 9 de Diciembre de 1975, así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46 del 10 de Diciembre de 1984, fortaleciendo la necesidad del Derecho Internacional de garantizar³³, a toda costa, el desarrollo del ser humano en un ambiente libre de violaciones a sus Derechos Fundamentales.

Después de las consideraciones anteriores, no es extraño entonces que algunas legislaciones, aún posean en su ordenamiento jurídico, normas que son contradictorias a los principios de las múltiples convenciones, pactos y declaraciones que garantizan la dignidad y el respeto a los valores humanos^{34, 35}.

Para finalizar, la Organización de Estados Americanos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago,

³³ “[...] Nuestra jurisprudencia ha dejado claramente asentado el criterio de que el derecho a la defensa no sólo se aplica al ámbito del proceso penal, sino que por el contrario éste se extiende a todas aquellas situaciones en las que puede resultar afectado los derechos e intereses legítimos de los particulares. [...] el derecho a la defensa es aplicable en cualquier esfera en la cual un sujeto deba ser juzgado, esto es, cuando deba declararse frente al mismo la voluntad concreta de la ley para dirimir un conflicto de intereses o derechos [...]” (ROJAS HERNÁNDEZ, 2004, p. 187-188).

³⁴ Creemos que la premisa según la cual, el desarrollo y evolución de las ciencias sociales latinoamericanas, responde a criterios teóricos específicos (ROITMAN, 2017).

³⁵ Se señala la necesidad de las ciencias sociales para fundamentar proyectos de cambio social, modelos de dominación política y propuestas de orden social. En ese sentido citamos a Souza Silva, que señala que, para transformar a los ‘inferiores’ en ‘superiores’, el problema del colonizador pasa a ser la ignorancia de los primitivos, razón por la cual no les queda más que “imponerles” la civilización. Así, establece que hay técnicas de colonización, cultivadas hoy, con otros nombres y bajo otras estrategias: la colonialidad del poder, colonialidad del saber y colonialidad del ser:

- Creación de élites criollas. Para crear acceso fácil a mercados cautivos, se establecen élites criollas occidentalizadas, generosamente beneficiadas con el saqueo de las riquezas nacionales.
- Creación de deudas externas. Para crear élites dependientes, se establecen deudas externas para que sean deudas eternas.
- Creación de ejércitos para proteger las élites. Como la colonización no beneficia a la mayoría, se establecen ejércitos para proteger las élites ante el potencial de revuelta de sociedades indignadas con la hipocresía, desigualdad, violencia e injusticia.
- Formación de “inocentes útiles”. Se establece la educación a partir de la pedagogía de la respuesta, para que la escuela sea un lugar donde sememorizan las respuestas del superior, y donde la dicotomía superior-inferior es naturalizada: “unos nacen favorecidos y otros desfavorecidos”.
- Destrucción de la economía local. En una colonia, se debe destruir su autonomía económica.

De las premisas expuestas, llegamos a la conclusión según la cual, los estudios sociales en Latinoamérica, deberán adaptarse a una nueva y surgente identidad de la Región y romper con las ataduras colonizadoras para conformar una verdadera ciencia social latinoamericana.

Uruguay y Venezuela, como estados miembros, deberán estar vigilantes de las premisas dictadas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que realiza su trabajo sobre la base de los tres pilares fundamentales:

- sistema de Petición Individual;
- el monitoreo de la situación de los Derechos Humanos en los Estados Miembros; y
- la atención a líneas temáticas prioritarias.

No obstante a lo expuesto en este trabajo, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos mantiene facultades adicionales que no derivan directamente de ella, entre ellos, el de procesar peticiones individuales relativas a Estados que aún no son parte de la Convención.

16 CONCLUSIONES

El desarrollo del presente estudio nos permitió pasar a tener una visión particular sobre la aplicación del principio del deber de aplicación universal de los derechos humanos sobre los mecanismos legislativos y decisiones judiciales.

De acuerdo a lo que señalamos en la introducción, pudimos observar que las autoridades políticas de la República de Trinidad y Tobago, han mantenido en vigencia con sutiles reformas, leyes coloniales inglesas que imponen penas corporales, degradantes y crueles, como parte de las sentencias proferidas por los tribunales de justicia de esa República en franca, abierta y contundente violación, pseudolícita de la doctrina y de los tratados de derechos humanos y que por ello, trascienden la esfera de intereses de toda la comunidad internacional que se ve forzada a denunciarlo en los foros internacionales.

17 RECOMENDACIONES

Recomienda a todos los Estados y demás sujetos de derecho internacional adoptar las medidas necesarias en el marco del artículo 56 de la Carta de San Francisco para proscribir las leyes coloniales o no que impongan penas crueles, inhumanas o degradantes contrarias a la jurisprudencia, doctrina y tratados en materia de derechos humanos en la República de Trinidad y Tobago y en todos aquellos Estados que se encuentren en similar situación.

La necesidad de los derechos humanos son en esencia para buscar, proteger y desmontar los discursos formalistas de doble rasero de las potencias coloniales que defienden

los derechos humanos para sus ciudadanos, pero utilizan la propaganda para convencer a las poblaciones de sus colonias o ex colonias sobre la necesidad de promulgar y ejecutar normas contrarias a los derechos humanos porque resultan, en definitiva, beneficiosas para su Pueblo, aún cuando fueron promulgadas para controlar poblaciones colonialmente subordinadas con el único propósito de sojuzgarlas para el servicio de la potencia colonial dominante, como por ejemplo, además del caso analizado, Ruanda, la República Democrática del Congo, Sierra Leona, Sudán, entre otros.

REFERENCIAS

ALBANESE, Susana. **Derechos humanos**: estudio de casos y opiniones consultivas. v. II. Buenos Aires: Ed. Belgrano, 1997.

ÁLVAREZ CHACÍN, Francisco. **Manual de derechos humanos**. Caracas: Vadell, 2011.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. **Error capital**: la pena de muerte frente a los derechos humanos. Madrid: Los Libros de la Catarata, 1999.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Mujer condenada a castigo corporal. Marzo de 1996. Resumen Índice AI: AMR 49/07/96/s. Disponible en: <<http://www.derechos.net/amnesty/doc/america/tobago.html>>.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Informe 2004. **Resonaron las voces de los jamás escuchados**. Madrid, 2004.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. En: Revista Derecho para Todos, número 1, 2000. Disponible en: <<http://nodo50.org/derechosparatodos/Derechos.Revista/Derechos1-Amnistía->>>.

ANDER-EGG, Ezequiel. **Técnicas de investigación social**. 19. ed. Buenos Aires: Hvmánitas, 1982.

AYALA CORAO, Carlos. **Hacia el control de convencionalidad**. II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: la justicia constitucional en el estado social de derecho. Caracas: FUNEDA, 2012.

BLOCH, Marc. Disponible en: <www.investigacionesjuridicas.com.es>.

BOESNER, Demetrio. Ética y realismo político. En: **Revista de Ética y Valores en un Mundo Globalizado**. Caracas, número 23, marzo 2009.

CARTA de San Francisco, suscrita el 26 de Junio de 1945.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. **Los derechos fundamentales y sus restricciones**. Caracas: Legis, 2010.

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. Parecer técnico sobre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, la imprescriptibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistías. Disponible en: <http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/ICTJ_parecer.pdf>. 2017.

COALICIÓN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Disponible en: <<http://www.iccnw.org>>. 2017.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978, ratificada por Venezuela el 14 de julio de 1977. **Gaceta Oficial**, N.º 31.256, de esa misma fecha y la denunció el 10 de septiembre de 2012.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA. Artículo 2. Disponible en: <www.defensoria.gob.ve/dp/.../ins...oea/07_cia_prevenir_tortura.pdf>. Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas). 2005c.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Disponible en: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.doc>. 2005a.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Corte I.D.H., (Ser. C) N.º 123.2005. In: Human Rights Library. University Minnesota. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/123-esp.html>>. 2005b.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Curso básico de derechos humanos. Fundación Juan Vives Suriá. Escuela de Derechos Humanos. En: Amnistía Internacional. Informe 2004. Editorial Amnistía Internacional. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Voto%20GarcíaSerie_c_91_esp.doc> y en: <http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/TRINIDADYTOBAGO_FICHA%20PAIS.pdf> y en: <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_123_esp.pdf>. 2016.

ESPINOZA RAMOS, Benji G. La tortura: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <<http://alvarezylalaabogados.com/abogados/docs/articulos/bespinozar/Tortura-Gaceta%20Penal.pdf>>. 2013.

ESTATUTO de Roma para el Tribunal Penal Internacional. Roma, Italia. 17 de julio de 1998. Ratificado por Venezuela. **Gaceta Oficial**, número 5.507 extraordinaria. Diciembre 13, 2000.

FERNÁNDEZ, Yolanda; GIMÉNEZ, María Corina. La jurisdicción universal y su posibilidad de ejercicio por parte de Venezuela. Trabajo de Grado (Derecho)– Universidad Metropolitana, Caracas, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2009.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. **Crímenes de lesa humanidad**. Bogotá (Colombia): Doctrina y Ley, 1998.

HERRERA, Enrique. **Práctica metodológica de la investigación jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

HUGO, Cerda. **Elementos de la Investigación**. Bogotá (Colombia): Sypal, 2004.

IGNATIEFF, Michael. **Los derechos humanos como política e idolatría**. Barcelona: Paidós, 2003.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Traducción de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.

MARCANO SALAZAR, Luis M. **El estado y el derecho constitucional y comparado**: cuarta edición aumentada y ajustada a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas: Moilibros, 2007.

MANIGLI, Pablo Luis. **Manual interamericano de derechos humanos**. Bogotá (Colombia): Doctrina y Ley, 2012.

NIKKEN, Pedro. **La garantía internacional de los derechos humanos**. Caracas: Jurídica Venezolana, 2007.

NOEL RODRÍGUEZ, María. **Mujeres madres en prisión en América Central**. San José (Costa Rica): EUNED, 2005.

ONU. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www.derechos.org.ve/que-son/declara/index.html>>.

MANIGLI, Pablo Luis. **Manual interamericano de derechos humanos**. Bogotá (Colombia): Doctrina y Ley, 2012.

PÉREZ ALMEIDA, Gregorio. **Ensayos heterodoxos en derechos humanos**. Caracas: El Perro y la Rana, 2011. (Colección Heterodoxia. Serie Aforemas).

PROTECCIÓN de Derechos Humanos en la Convención Interamericana. Badell & Grau. Disponible en: <<http://www.badellgrau.com/?pag=38&ct=1032>>. 2017.

REYES TORRES, Andrea C. Caracas. La descolonización y sus efectos en la conformación de nuevas instituciones políticas en el Caribe Británico: caso Trinidad y Tobago. 2012. Disponible en: <http://www.google.co.ve/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CEgQFjAE&url=http%3A%2F%2Fservicio.bc.uc.edu.ve%2Fmultidisciplinarias%2Festudios_culturales%2Fnum10%2Fart2.pdf&ei=2cxwU8e6LY3QsQTmYBo&usg=AFQjCNENILWckUs1bcSTRclm5X6jukPQxA>.

RODRÍGUEZ JORDÁN, Marcelo. **Tratados internacionales de derechos humanos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2005.

ROITMAN, Marcos. Pensamiento sociológico y realidad nacional en América Latina.

Disponibile en: <http://cursos.institutopedrogual.edu.ve/file.php/43/Unidad_5_ALC/Pensamiento_sociologico_y_realidad.pdf>. 2017.

ROJAS HERNÁNDEZ, Jesús David. **Los principios del procedimiento administrativo sancionador como límites de la potestad administrativa sancionatoria**. Caracas: Paredes, 2004.

SELSER, Gregorio. **La violación de los derechos humanos en los Estados Unidos**. Caracas: Centauro, 1993.

TALEVA SALVAT, Orlando. **Derechos humanos**. Buenos Aires: Valleta, 2004.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Historia de los derechos humanos y garantías: análisis en la comunidad internacional y en la Argentina**. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

TRINIDAD AND TOBAGO. Independence Act, 1962.

TRINIDAD Y TOBAGO. Mujer condenada a castigo corporal. Marzo de 1996. Resumen Índice AI: AMR 49/07/96/s. Disponible en: <<http://www.derechos.net/amnesty/doc/america/tobago.html>>.

TRINIDAD Y TOBAGO: República de Trinidad y Tobago. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Oficina de Información Diplomática. Ficha País. Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/TRINIDADYTOBAGO_FICHA%20PAIS.pdf>. Acceso en: 2016.

VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, N.º 36.860. Caracas.

VOTO concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso Bamaca Velásquez vs. República de Guatemala (CIDH). Disponible en: <www.defensoria.gob.ve/dp/.../ins...oea/07_cia_prevenir_tortura.pdf>.

Submissão em: 8 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 12 novembro 2018

Estudio Comparativo Entre las Sentencias en el Proceso Penal y la Calificación de las Insolvencias en Sede Concursal¹

LUIS ALBERTO RUIZ TOMAS²

¹ Los datos estadísticos de este artículo han sido obtenidos a través de la aplicación informática del Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Base-de-datos-de-la-estadistica-judicial—PC-AXIS-/> (7/10/2018).

² Doctor en Derecho, área de conocimiento mercantil e internacional. Profesor de Derecho y Relaciones Internacionales en la Universidad Europea de Valencia (España). Profesor doctor contratado en la Universidad Europea. Director del Máster de Derecho y Empresa Marítima. Abogado y Economista.

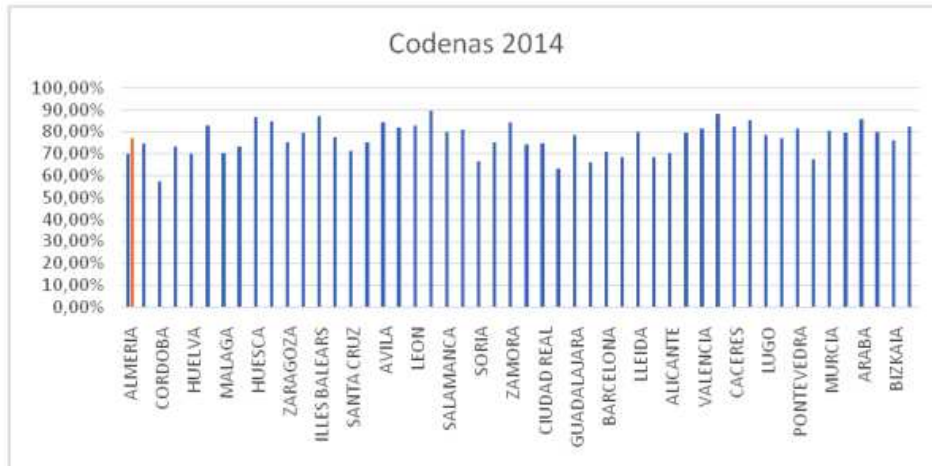
En el presente artículo intentamos realizar una comparación entre las resoluciones emitidas por los Juzgados Penales y los Mercantiles en la fase de calificación de la insolvencia, en términos de absoluciones o culpabilidades. Nuestro objetivo será determinar si existe el mismo grado de homogeneidad en el tiempo y territorio entre los dos órdenes. Para ello, en primer lugar, vamos a estudiar las resoluciones que se han dictado en los últimos 10 años por parte de los Juzgados de lo Penal, agrupados por Provincias.

Entenderemos que, si existe un alto grado de homogeneidad en el porcentaje de sentencias absolutorias/condenatorias entre las diferentes provincias y además permanece relativamente constante en una serie temporal de diez años, podremos pensar que existen unos criterios uniformes aplicados de modo semejante en todo el territorio.

Hemos escogido como periodo de estudio los años 2005 – 2014 utilizando el total de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales durante cada anualidad.

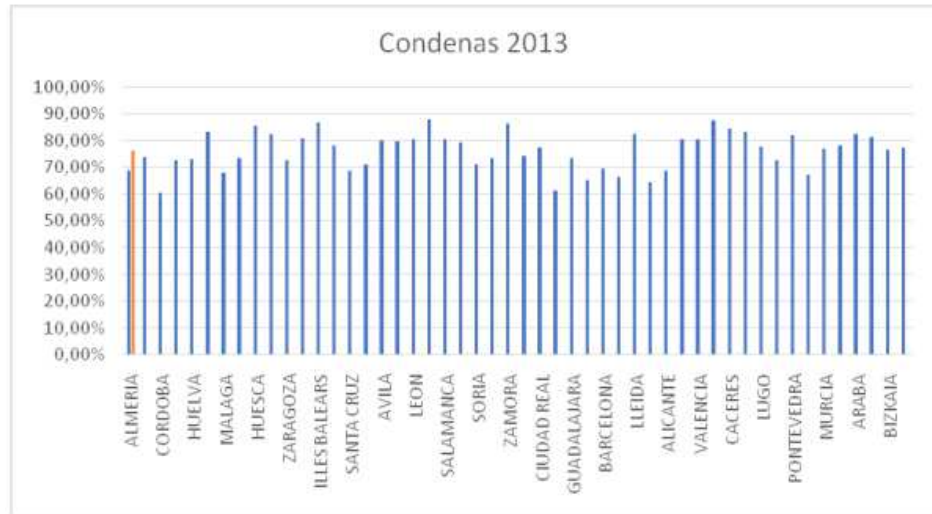
A) SENTENCIAS DICTADAS POR LOS ORGANOS PENALES

Vamos a comenzar nuestro estudio, con una serie de gráficos de las anualidades de estudio para medir el grado de homogeneidad que existe en el tiempo y en el territorio.



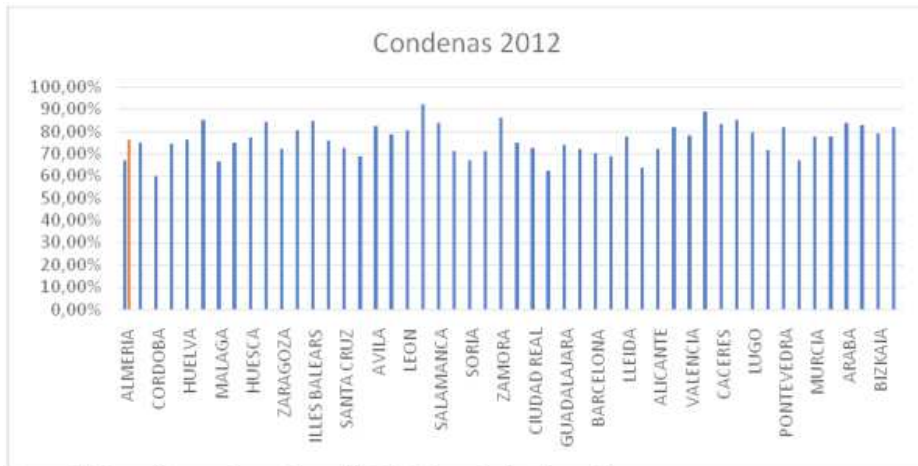
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

La media de sentencias condenatorias se sitúa cerca del 80% y las diferencias entre las provincias son relativamente pequeñas.



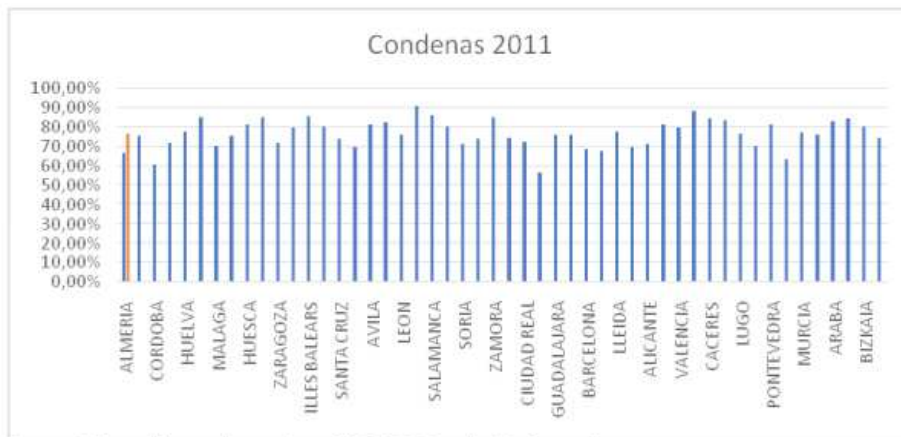
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

El ejercicio 2013 es semejante al posterior y las variaciones entre provincias siguen la misma tendencia.



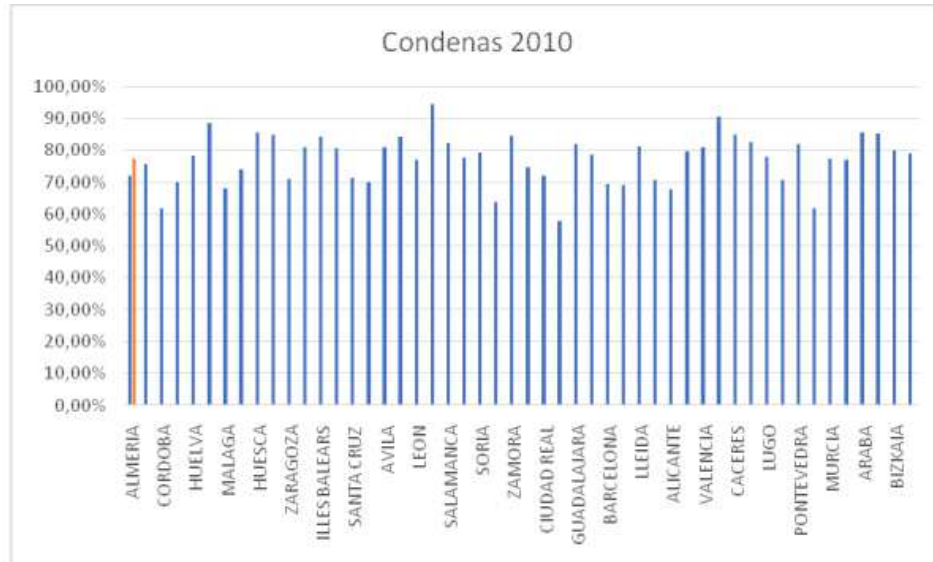
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

Observamos una vez más como la media se sitúa en el mismo lugar que en los posteriores y anteriores y que incluso en las propias provincias los criterios son los mismos dictando igual número de sentencias condenatorias de un ejercicio a otro.



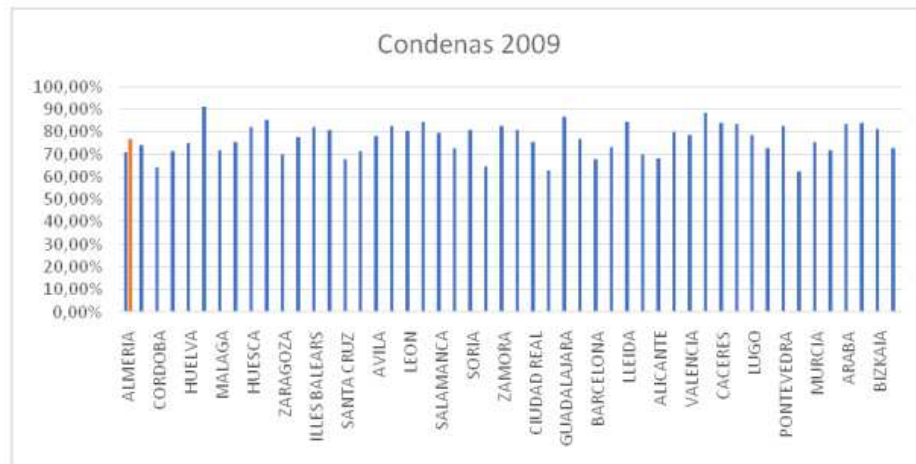
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

Volvemos apreciar un gráfico semejante al anterior y un valor medio prácticamente inalterable.



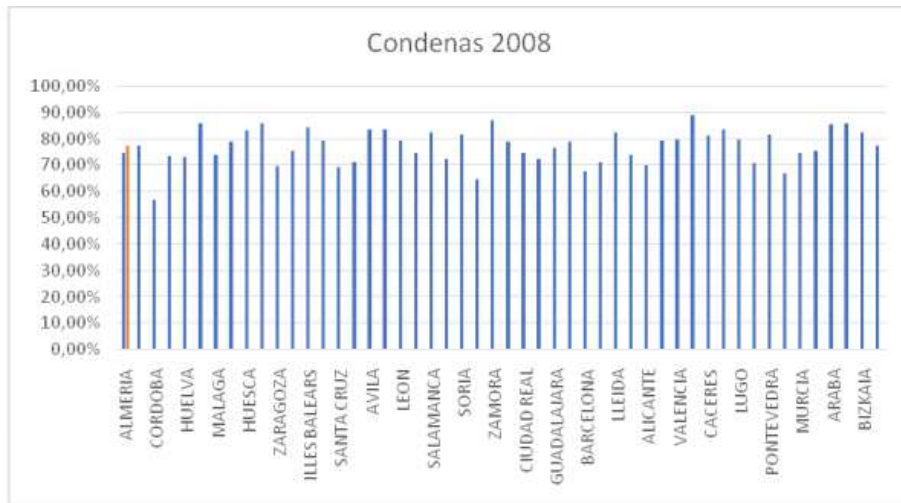
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

Volvemos a destacar de las gráficas un valor medio constante en el tiempo.



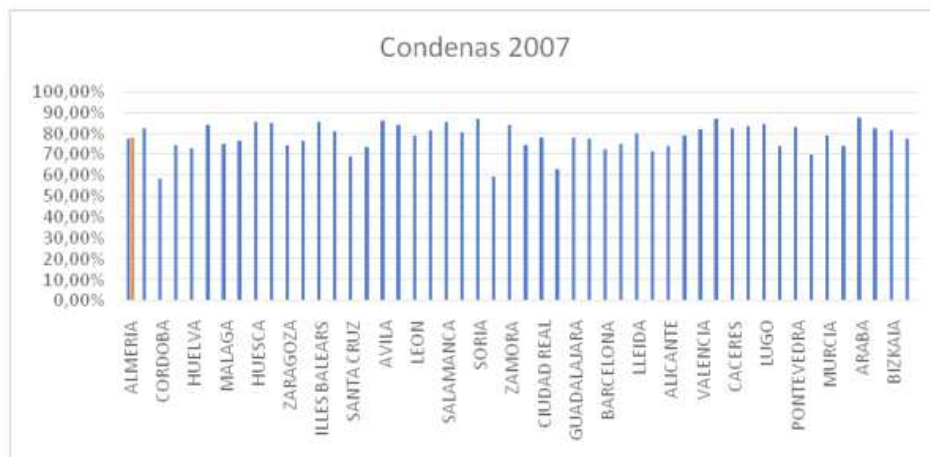
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

En el ejercicio 2009 nos encontramos ante el mismo panorama judicial, la media de resoluciones condenatorias continúa en torno al 80%.



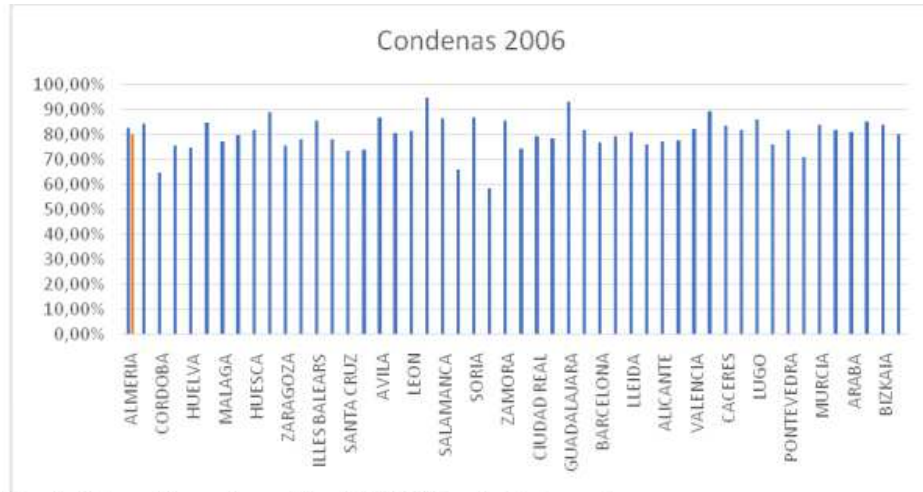
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

En este año judicial podemos observar que, pese a que la media de sentencias condenatorias ha aumentado con respecto a los años posteriores en algunas décimas, ésta continúa prácticamente igual.

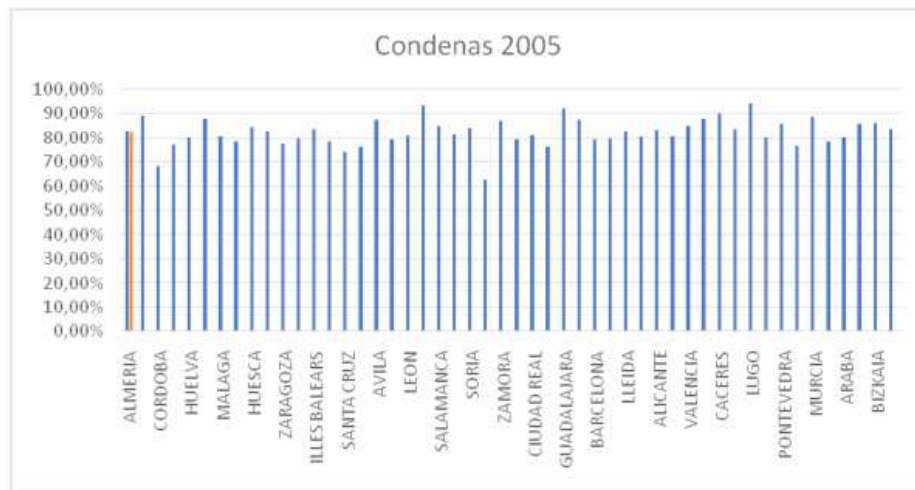


Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

Continuamos con la tendencia, aunque mínima, al alza. En el 2007 ésta se encuentra en el 78,10% y podemos apreciar que casi la totalidad de provincias obtienen la misma media de resoluciones condenatorias.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo el valor medio.

Y, por último, en 2005, nos encontramos la misma situación judicial. Todas las provincias dictan parecido número de resoluciones condenatorias, y la media nacional permanece prácticamente constante.

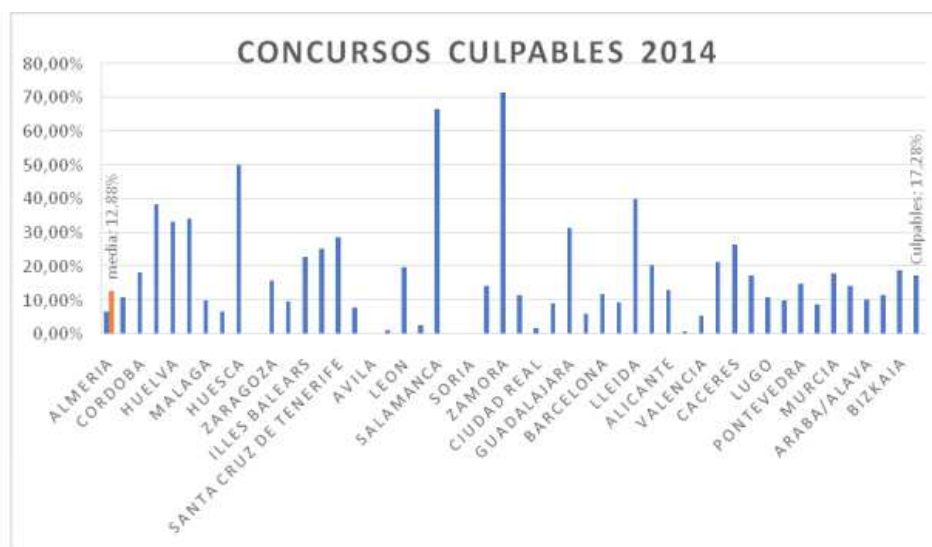
Por lo tanto, estudiando los gráficos anteriores podemos concluir que la media en las resoluciones a lo largo de la serie de 10 años permanece constante en torno al 80%, exactamente la media se sitúa en 77,68%.

A pesar de la mínima variación de la media de un ejercicio a otro, todas las provincias obtienen los mismos resultados comparados entre sí en los distintos ejercicios, por lo que entendemos que existe uniformidad por parte de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación de la norma

B) SENTENCIAS DICTADAS POR LOS ORGANOS MERCANTIL

En este apartado pretendemos estudiar, al igual que hemos hecho en el proceso penal, el comportamiento en las resoluciones de los diversos juzgados de lo mercantil en una serie histórica de 10 años.

Para ello hemos estudiado las sentencias dictadas en el marco de la sección sexta del proceso concursal por parte de los Juzgados de lo Mercantil. Hemos analizado las últimas diez anualidades con datos disponibles por parte del Consejo General del Poder Judicial, esto es la serie 2014-2005³, obteniendo los siguientes resultados.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo la media.

³ Todos los datos de la presente sección han sido obtenidos del CGPJ a través de la siguiente dirección electrónica: http://www6.poderjudicial.es/Menu.aspx?px_type=PX&px_db=06.-Juzgados+de+lo+Mercantil&px_language=es&rxid=099d11e0-e098-4507-8af1-f9e76490c207 (Fecha consulta 7/10/2018)

Analizando los resultados obtenidos podemos observar que existe una desviación muy significativa entre las declaraciones de culpabilidad de las diferentes provincias que encuadran nuestro sistema territorial. Existen provincias como por ejemplo Valencia, Bizcaia y Castellón, muy por debajo de la media de sentencias de culpabilidad frente a otras provincias como Salamanca, Zamora y Huesca, entre otras con un porcentaje notablemente superior a la media, alcanzando en algunos casos el 70% de las sentencias dictadas cuando la media se sitúa en 12,88%.

Resulta paradójico que los juzgados que más concursos conocen son los que menos declaran como culpables, en cambio las provincias que menos conocen siempre tienen alguno culpable. Encontramos, por ejemplo, casos llamativos como el de Salamanca, que de tan solo tres concursos sentenciados dos de ellos resultan culpables, o Zamora, en el que de sus siete concursos cinco de ellos son culpables, obteniendo, por tanto, una media de 66,67% y 71,43% respectivamente. Medias significativamente superiores a la estatal de 12,88%.

De hecho, teniendo muchos más concursos sentenciados los juzgados de lo mercantil de Castellón, en concreto ciento dos en el año 2014, número bastante considerable si lo comparamos con otras provincias como por ejemplo Soria, que tan solo ha conocido de dos concursos, llama la atención que de tal cantidad de concursos sólo uno de ellos se calificó como culpable, obteniendo una media de culpabilidad de tan solo el 0,97%.

Da la casualidad de que las cinco provincias que tienen la mayor media de declaración de concursos como culpables no conocen de demasiados concursos. Así observamos,

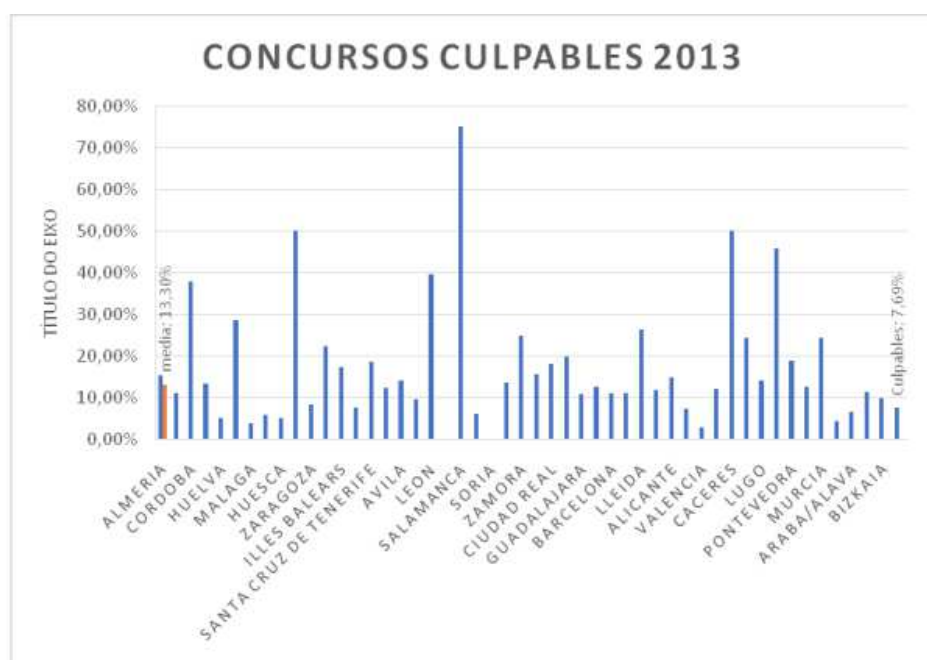
		Concursos culpables	Total	% Culpables
1	Salamanca	2	3	66,67%
2	Zamora	5	7	71,43%
3	Huesca	5	10	50%
4	Lleida	16	40	40%
5	Granada	10	26	38,46%

Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Y en cambio, las provincias que tienen gran cantidad de asuntos relativos al concurso de acreedores se encuentran entre las provincias en que menos concursos culpables se declaran.

		Concursos culpables	Total	% Culpables
1	Barcelona	135	1.143	11,81%
2	Madrid	46	512	8,93%
3	Valencia	25	443	5,64%
4	Murcia	53	296	17,91%
5	Alicante	31	237	13,08%

Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo la media.

Podemos observar cómo en este año las desviaciones entre las declaraciones de culpabilidad no son únicamente relativas a las provincias, sino que ahora es el conjunto de las resoluciones de las provincias de una comunidad autónoma lo que ocasiona que haya disparidad entre diferentes comunidades autónomas de España.

Encontramos por ejemplo Andalucía, la cual está compuesta por más provincias que el resto, lo que llevaría a suponer que entre los órganos judiciales de éstas sería más difícil

haber similitud de resoluciones. Sin embargo, la estadística muestra que de las ocho provincias de las que se compone Andalucía, menos Córdoba y Jaén, el resto están muy por debajo o rozando la media nacional de culpabilidad, que se encuentra en este 2013 en el 13,30%. Así por ejemplo Málaga obtiene una media del 4,07%, pues de los 123 concursos conocidos por sus tribunales únicamente 5 fueron calificados como culpables.

El ejemplo de Andalucía no es el único y más sorprendente, pues en el País Vasco, tanto Álava, como Guipúzcoa y como Vizcaya se encuentran bastante por debajo de la media. Y en cambio las cuatro provincias de Galicia dictan mayor número de resoluciones de culpabilidad que la media nacional.

Por otro lado, ya en el 2013 ocurría lo mismo que en el 2014, cuanto mayor número de concursos se conoce en una determinada provincia menor cantidad de concursos culpables sentencian.

		Concursos culpables	Total	% culpables
1	Barcelona	110	980	11,22%
2	Madrid	57	446	12,78%
3	Valencia	9	302	2,98%
4	Islas Baleares	40	228	17,54%
5	Bizcaia	21	212	9,91%

Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Y en cambio las provincias que menos concursos enjuician (no considerando las que conocen de menos de tres concursos pues pueden alterar la media) son las que mayores concursos culpables tienen en comparación.

		Concursos culpables	Total	% culpables
1	Salamanca	3	4	75%
2	Ávila	1	7	14,29%
3	Zamora	2	8	25%
4	Soria	0	8	0%
5	Teruel	5	10	50%

Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Es por ello por lo que podemos concluir que no solo existe disparidad de resoluciones entre las provincias, sino que ello se transmite también a las comunidades autónomas, siendo, por tanto, algunas más favorecedoras que otras.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ. En rojo la media.

Podemos observar cómo en este 2012 la media nacional de culpabilidad es mayor que con respecto a sus dos siguientes ejercicios, situándose en un 14.68% a pesar de sólo conocer de 4.027 concursos en toda España, número inferior a los posteriores años.

No obstante, no encontramos grandes diferencias con respecto a los dos siguientes ejercicios. Así, sigue habiendo un notable contraste en las sentencias de calificación de culpabilidad tanto en provincias como en Comunidades Autónomas, pues Galicia sigue estando por encima de la media de culpabilidad, y en cambio El País Vasco y Andalucía consideran que los concursos que conocen no son culpables.

Asimismo, Valencia y Castellón continúan permaneciendo en el grupo de provincias más benevolentes, y en contraposición se encuentra Salamanca, que a pesar de que no conoce gran cantidad de concursos, siempre obtiene un porcentaje notablemente superior a la media, en este supuesto alcanzando el 100% de sentencias de culpabilidad.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Pese haber sido sentenciados menos concursos en el 2011 en comparación con los siguientes años, debido principalmente a la crisis económica que se ve reflejada en nuestros resultados, podemos observar que la media de concursos culpables es superior, pues si lo comparamos con tan solo tres años después, supera en tres puntos la media de 2014, habiendo sido sentenciados en ese año un total de 5.599 concursos.

Esto nos permitiría concluir que cuantos menos concursos conozcan, mayor media de concursos culpables sentenciados hay.

Todos los años, y como es lógico, el número de población de cada provincia y la riqueza empresarial de ésta se plasma en las estadísticas, mostrando gran disparidad en el número de procedimientos concursales conocidos de una provincia a otra. Si bien, se puede apreciar que en el 2011 esto se agudiza, pues solo seis provincias conocen más de cien concursos, en cambio el resto se mantiene en torno a los treinta.

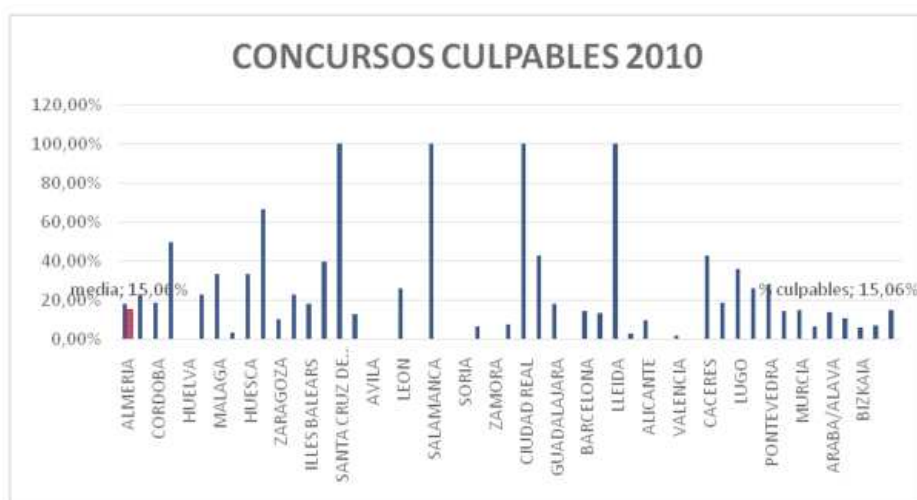
Si estudiamos el porqué de este resultado tan dispar que ocasiona que la media se eleve, podemos elucubrar que es debido a que las provincias que menos concursos tienen entre sus tribunales siempre declaran alguno, o la gran mayoría de ellos, como culpables, lo que ocasiona que se incremente la media nacional, y más en este año en el que la mayoría de las provincias conocieron de pocos procedimientos concursales.

Por ejemplo, si analizamos los resultados de las provincias que menos concursos han estudiado, siempre, como hemos indicado anteriormente, obviando aquellas provincias

que no alcanzan los tres concursos, observamos que la media de éstas es muy superior a la media nacional.

		Concursos culpables	Total	% culpables
1	Granada	2	5	40%
2	Santa Cruz de Tenerife	1	5	20%
3	Cuenca	2	5	40%
4	Cáceres	3	6	50%
5	Teruel	2	6	33,33%

Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.



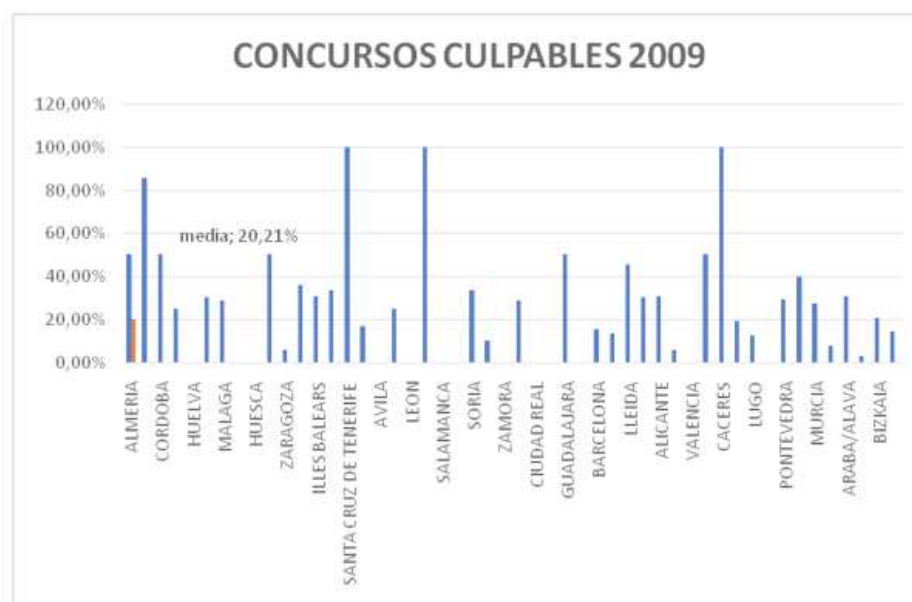
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

A pesar de que es posible que algunas provincias no sentencien como culpable ninguno de sus concursos, resulta llamativo que de las nueve provincias de las que se compone Castilla y León seis de ellas no hayan declarado culpable ninguno de los concursos que enjuiciaron.

Más llamativo resulta que cinco de las provincias que en 2010 consideraron que entre sus asuntos no había ninguno que debiera calificarse como culpable, tuvieron la misma opinión durante tres años seguidos, desde este año hasta el 2012. Este es el caso, por ejemplo, de Castellón, cuyo historial demuestra que siempre se encuentra muy por debajo del promedio nacional, rozando, en la mayoría de los casos, el 0%.

Continuamos ante un escenario territorial en el que hay gran antagonismo entre las diferentes Comunidades Autónomas y las Provincias por las que éstas se integran con respecto a otras.

Las Comunidades de Galicia y Andalucía siguen encontrándose por encima de la media en la declaración de culpabilidad, y en cambio las del País Vasco y Cataluña no superan dicho promedio, a excepción de Lleida, que en el 2010 superó con creces la media nacional, pues de los 29 concursos enjuiciados los 29 fueron declarados culpables.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Como hemos analizado en los demás años, en el 2009 sigue habiendo una diferencia entre las sentencias de calificación de culpabilidad de las provincias españolas pese a que el número de procedimientos concursales este año es muy inferior, por supuesto, al de 2014, pero también con respecto a 2010, donde en tan solo un año se pasa de enjuiciar 2.105 concursos a 861.

La única provincia que supera el centenar de procedimientos es Barcelona, si bien si lo comparamos con los concursos enjuiciados por sus tribunales en cualquier año siguiente es una cifra bastante inferior.

A pesar de esta disminución de procedimientos, las provincias de la Comunidad Valenciana continúan con el mismo comportamiento.

En todos estos años Valencia no ha superado en ningún momento los 6 puntos en el índice de culpabilidad de sus tribunales y Castellón siempre se encuentra en el 0%, excepto en el 2009 y 2013, que, a pesar de situarse en torno a los 7 puntos, se encontraban muy por debajo de la media de culpabilidad de esos años. Convirtiéndose, así, en unas de las provincias más benevolentes de España.

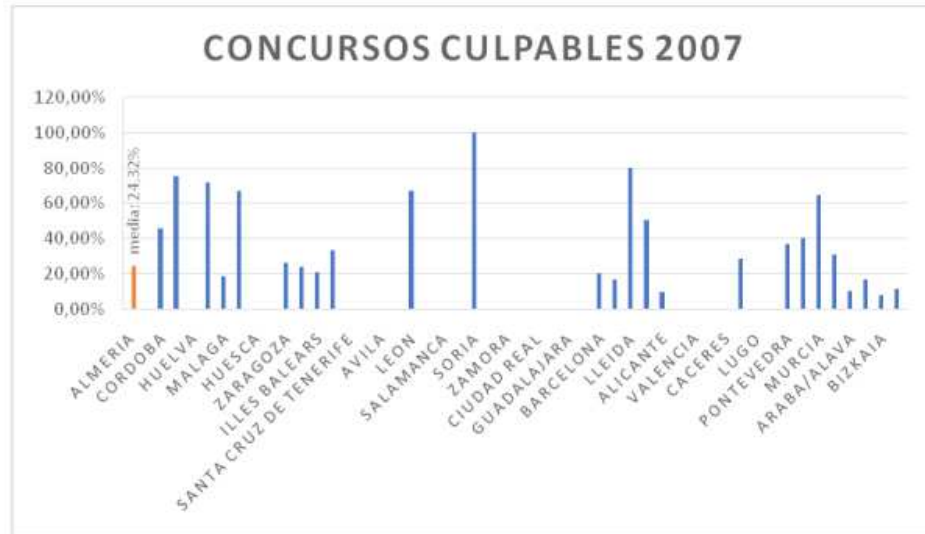


Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Si bien no podemos tener muy en cuenta estos datos pues hay muchas provincias que no llegan a conocer tres concursos, lo que puede alterar la media, a la vista de los datos estudiados nos percatamos de que o las Provincias se encuentran muy por encima de la media de culpabilidad o en el 0%, pues en el término medio solo aparecen las Islas Baleares y Pontevedra.

Ante un panorama en el que la mayoría de los Tribunales Españoles aun no enjuician demasiados procedimientos concursales, salvo aquellas provincias con mayor riqueza empresarial, nos encontramos por ejemplo con Andalucía, que de sus ocho provincias seis ya conocen concursos, y resulta que la mitad de ellas se sitúan por encima de la media nacional a la hora de dictar sentencias de calificación de culpabilidad. Y en cambio las provincias del País Vasco se encuentran todas ellas por debajo del promedio, tal y como continuarán haciendo en los posteriores años.

Es por ello por lo que hay que concluir que, como ocurre con todos los años analizados hasta este momento, sigue existiendo una desviación muy significativa entre las declaraciones de culpabilidad de las diferentes provincias.



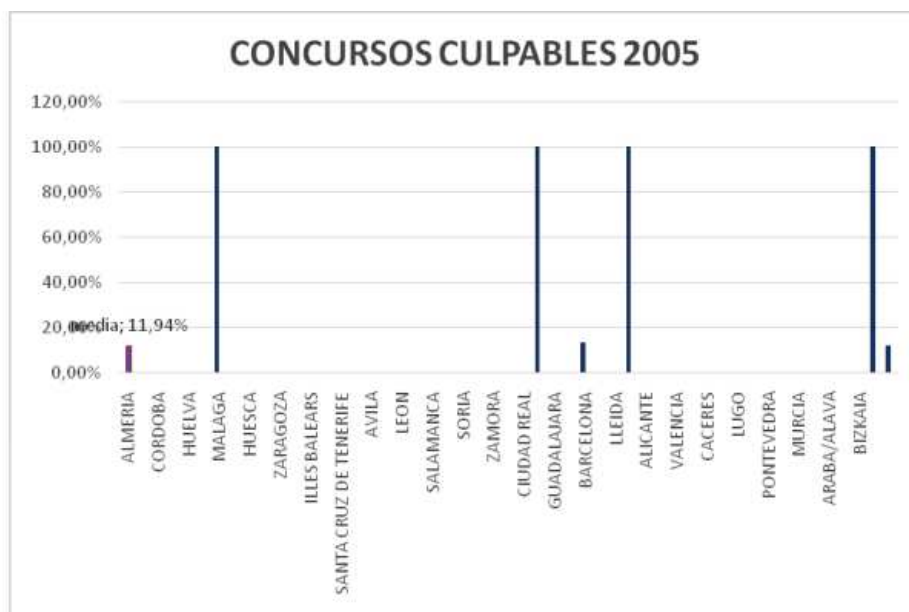
Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

A la vista de la estadística y de las escasas sentencias de calificación dictadas no se puede concluir un comportamiento de cada provincia con respecto a la declaración de culpabilidad de los concursos.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Lo mismo ocurre en 2006, donde no podemos obtener conclusiones pues no hay casuística suficiente para poder analizar el comportamiento de nuestros tribunales de justicia.



Fuente: Elaboración propia con datos del CGPJ.

Durante este ejercicio 2005 no resultan muy significativos los datos al ser relativamente reciente la Ley Concursal, y todavía no haberse aperturado un número representativo de secciones de calificación como muestra la tabla que adjuntamos a continuación, y en donde podemos observar que en muchas provincias no se ha dictado ninguna sentencia de calificación, y en aquellas en las que sí el número es todavía muy reducido. Como se puede comprobar, por ejemplo, en la provincia de Barcelona, que ha tenido uno de los mayores números de asuntos concursales en estos años y durante el ejercicio 2005 tan solo dictó 23 sentencias.

CONCLUSIONES

A la vista de los datos que nos proporciona la estadística del Consejo General de Poder Judicial, observamos cómo hay una gran diferencia entre el orden penal y el mercantil. Comprobamos como entre provincias que algunas califican un número significativo de concursos como culpables, y en cambio otras que apenas consideran culpables los concursos por ellas enjuiciados. Mientras que en el orden penal no existe esta diferencia.

Ahondando en nuestras conclusiones, podemos detectar en el orden mercantil que no solo existe disparidad de resoluciones entre las provincias, sino que este fenómeno se transmite también a las comunidades autónomas, siendo, por tanto, algunas más favorecedoras que otras. Hecho que no sucede en el proceso penal

En base a los datos extraídos de la estadística, podemos determinar que en sede concursal existe gran disparidad entre las calificaciones de los procedimientos concursales de una provincia a otra, lo que puede producir injusticias a la hora de calificar los concursos en función de qué provincia, o comunidad autónoma, sea la competente para ello.

En definitiva, no conocemos las razones que pueden determinar esta disparidad de calificaciones entre las provincias. Si bien resulta llamativo que, en determinados años, como ocurrió en el 2013, 2011 y 2010, las provincias que más concursos calificaban se encontraban por debajo de la media de concursos culpables, y en otros ejercicios, como el de 2011, 2010 o 2009, las provincias que menos concursos conocían eran las que superaban ampliamente el promedio nacional de calificación de culpabilidad.

Quizá este fenómeno sea debido por la sobrecarga de trabajo de los tribunales con mayor número de procedimientos, dado que tienen más concursos que enjuiciar y por lo tanto más procedimientos con los que comparar sus circunstancias y determinar si cumple alguno de los supuestos recogidos en los artículos 164 y 165 LC. Pero la cuestión es que en nuestro sistema territorial encontramos un gran contraste en las provincias que califican de un modo u otro en función de su situación geográfica. Cuestión que como hemos visto anteriormente no sucede en el orden penal.

Submissão em: 9 outubro 2018

Pareceres favoráveis em: 22 fevereiro 2019

Moda e Impressão 3D: um novo paradigma?

Fashion and 3D Printing: a new paradigm?

MARIA VICTÓRIA ROCHA¹

A impressão 3D é a máquina de costura do Século XXI

Abstract. Fashion articles are largely copied by knockoffs and make alike industries, leading fashion originals industry to lose money. The fashion industry is constantly adapting itself to imitation and piracy. Copy affects high fashion industries. Fast fashion companies that make knockoffs, even before the original designs are sold, are most benefited by the practice, often hurting small highly qualified designers that don't have ways to react. Also, fast fashion copying of original designers led these to lose money, and, in order to protect their designs, to use trademarks in the design, thus leading to less creativity, to sell bridge lines, to immediacy selling, and to create their own outlets. But copying is not only bottom up, the *haute couture maisons* copy from one another to define trends. Trend forecasting agencies are essential to reduce the risks of fashion lottery, in all companies, both of high fashion and fast fashion.

Fashion goods may be protected by Copyright, Models and Designs, Trademarks and Other Distinctive Signs, Patents and Utility Models, Rules Against Unfair Competition, E-commerce, Domain, Names, Advertising Law, and by the *sui generis* right of Producer of Data Bases. There may also be overlapping of protections. Nevertheless, piracy rules in what concerns fashion.

3D Printing entered the fashion world late, as compared to other areas, because the technology and materials were not suitable for the fashion world, lacking flexibility, but once it entered the fashion industry it is changing the way this industry functions, leading to a new model. With this new way of producing and distributing several questions emerge, many of them related to Intellectual Property.

¹ Doutora em Propriedade Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, em 2000. Mestre em Direito pela Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, na área do Direito Comercial, em 1993. Licenciatura em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 1986. Licenciatura em Línguas e Literaturas Modernas (Inglês/Alemão) pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto, em 1983. Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). Advogada/Consultora. Especialista em Propriedade Intelectual, Fashion Law e Direito da Publicidade. A autora optou por não escrever ao abrigo do novo acordo ortográfico.

Our aim in this work is to see what how 3D printing as the power to transform the fashion industry and raise a few questions, especially regarding intellectual property piracy, that can be much stronger than what already happens.

Keywords: Fashion; Fashion Law, Copyright; Industrial Property; Patents; Utility Models; Designs; Models; Trademarks; Logos; Unfair Competition; Advertising; Piracy; 3D Printing.

Palavras-chave: Moda; Lei da Moda; Direito de Autor; Propriedade Industrial; Patentes; Modelos de Utilidade; Modelos e Desenhos; Marcas; Logótipos; Concorrência Desleal; Publicidade; Pirataria; Impressão 3D.

1 A MODA COMO OBJECTO DE PROTECÇÃO PELO DIREITO DE AUTOR E PELA PROPRIEDADE INDUSTRIAL: NOÇÕES GERAIS

Antes de mais, cabe esclarecer que o nosso estudo apenas se dirige à moda em sentido estrito, enquanto indústria da moda ligada ao vestuário, calçado, carteiras e acessórios. Não entraremos na moda em outros sectores de actividade, e muito menos na moda em sentido mais amplo, enquanto comportamento mutável, nas mais diversas áreas da vida em sociedade, quer de um ponto de vista diacrónico, quer de um ponto de vista sincrónico. Para pegarmos num exemplo deste sentido amplo, pense-se nos hábitos existentes na era pré-digital quando comparados com os comportamentos advindos com a digitalização, o surgimento e expansão da *Internet*, dos telemóveis, etc.² Vamos também restringir-nos à moda no sector do vestuário e acessórios.

² Vejam-se os vários conceitos de moda no Dicionário da Língua Portuguesa, Academia das Ciências de Lisboa e Fundação Calouste Gulbenkian, II Vol., G-Z, Lisboa, Verbo, 2001. Desenvolvidamente, sobre a história da moda, <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Moda>>. Último acesso em 30 maio 2017; Crane (2012, p. 11 ss.); Palma (2014, p. 11-13); Raustiala; Sprigman (2012, p. 22-27); Wilson (2003, p. 16-46); Scafidi (2015, p. 17-26).

O termo moda, em sentido estrito, provém do termo francês *mode*, aparecido em torno de 1482 ligado directamente ao vestuário. Historicamente, o nascimento da moda remonta ao período de Luís XIV de França. A corte real da época, reunida em Versalhes, representou o principal centro de nascimento e de difusão de novos modelos. Atribui-se ao alfaiate inglês, que se transferiu para Paris, Charles Frederick Worth, a origem da alta-costura e mesmo a invenção da moda, com as características que lhe são próprias de sazonalidade, exigência de oferta de novas tendências, para satisfação do consumidor.

Tradicionalmente o vestuário era feito à mão. A invenção da máquina de costura, em meados do século XIX, foi essencial para a passagem do “feito à medida” (*taylor-made*) para o pronto-a-vestir (*ready-to-wear*). Na sequência da Revolução Industrial dá-se a “democratização” da moda. O que era privilégio de poucos passa a poder ser usado pela generalidade. No decurso do século XX o vestuário feito à mão tendeu progressivamente a desaparecer e hoje, com raras excepções, que representam pequenos nichos de mercado, o pronto-a-vestir domina completamente a indústria da moda. Nos EUA, em 1911, já havia uma indústria florescente em Nova Iorque, que cresceu com a Primeira Guerra Mundial, porque não havia possibilidade de ir a Paris procurar as últimas tendências. *Designers* americanos como Clarie McCardell, tornaram-se sensação. Com a grande depressão havia

A indústria da moda é global, embora os locais criativos de onde surgem as tendências da moda sejam a Europa e os EUA, logo seguidos do Japão. Em Paris, Milão, Londres, Nova Iorque, Los Angeles e Tóquio há uma grande concentração de estilistas e de retalhistas, assim como as casas-mãe dos maiores produtores de moda. São as casas de alta-costura, como Gucci, Prada, Armani, Ralph Lauren, Chanel, Balenciaga, Calvin Klein, Kenzo, Diane von Furstenberg, entre outras, que continuamente criam novas coleções mostradas sazonalmente nos grandes desfiles de moda, onde são apresentadas as coleções de Outono/

fortes restrições relativamente às peças importadas. Aquando da segunda guerra mundial os EUA já tinham um importante papel na indústria da moda, como cada vez mais marcas internacionais, fábricas de pronto-a-vestir e custos mais baixos.

Para os bens de luxo, no entanto, pouco tinha mudado em meados do século XX. Nos primeiros anos do pós-guerra, Paris manteve-se como o centro da alta-costura para senhoras, enquanto para os homens era Londres (Savile Row Jermyn Street). Com a recuperação da economia, nos anos 50, as empresas italianas e americanas cada vez mais começaram a competir com França, tanto na alta-costura como no pronto-a-vestir. Pierre Cardin foi um dos estilistas que cedo percebeu o fenómeno, concedendo licenças a diversas empresas, que podiam fabricar mas sempre com a sua marca, à época de grande prestígio. A época do pós-guerra foi de contínua diversificação e crescimento para a indústria da moda nos EUA. Nos anos 50 surgem estilistas como Bill Bass; e nos anos 60 Halsto, nos anos 70 Ralph Lauren e Diana von Furstenberg. Nos anos 70 a moda começou a tornar-se verdadeiramente global. Pontos de venda de *boutiques* com marcas de topo foram abrindo em vários países, com recurso a licenças, com particular destaque para os países árabes ricos em petróleo.

Nos anos 80 e 90 a indústria da moda continuou a sua globalização. Itália teve um papel fundamental, com empresas como Gucci, Giorgio Armani, Versace, Prada, Valentino. O Japão entrou em força no mercado com estilistas como Rei Kawakubo ou Issey Miyake. Com a queda do muro de Berlim e o fim do comunismo na Rússia, o país torna-se um importante mercado com muito dinheiro.

Cada vez o público é mais atraído pela moda de diversos países, com as passagens de modelos *top* em Paris, Milão, Roma ou Nova Iorque (designadas *fashionweeks*). O *boom* económico dos anos 90 criou milhões de novos consumidores com especial apetência para bens de luxo de pronto-a-vestir. Em meados dos anos 90, a moderna concepção de indústria da moda está instalada com grandes fábricas e grupos empresariais, que vão substituindo os *ateliers* e as empresas familiares, com marcas protegidas e concedendo licenças um pouco por todo o mundo (pense-se no Grupo Finanzario Tessile (GTF), na Louis Vuitton - Moët Hennessy (LVMN) e na Pinault - Printemps - La Redoute (PPR). Ao mesmo tempo começa a surgir outro mercado da moda, o chamado mercado da *fast-fashion*. No fim do século XX, com a crescente diminuição de tarifas alfandegárias e de custos de transporte passa a recorrer-se a mão-de-obra barata como a China ou o Bangladesh, que produzem a preços incrivelmente baixos. Os retalhistas da *fast-fashion* passam a recorrer a esta cadeia global de produção, com artigos baratos mas com muito *design*. Estão neste mercado, por exemplo a gigante empresa galega Zara, a inglesa Topshop, a H&M, fundada na Suécia em 1947, a americana, de Los Angeles, Forever 21. Estas, outras empresas do mesmo género, produzem a um ritmo muito acelerado cópias ou peças inspiradas nas tendências da alta-costura a preços muito mais baixos (estamos perante os fenómenos das *look alike*, *knockoff*, que desenvolveremos no corpo do artigo). A digitalização e o advento da *Internet* fizeram convergir o mercado físico e o mercado *online*. Hoje o *e-commerce* é fundamental também no domínio da moda, permitindo comprar sem sair de casa peças de todo o mundo. As empresas de moda, em geral, têm uma página *web*, com possibilidade de compra *online*; outras optam por ter *Facebook*, ou as duas em simultâneo. Há também grandes cadeias de intermediários que nos permitem o acesso a peças de marcas, sobretudo de alta-costura, com quase todos, senão todos, os grandes estilistas mundiais. A título de exemplo, veja-se a italiana *yoox.com*. ou a portuguesa *farfetch.com*. Há ainda as múltiplas possibilidades oferecidas pelo *eBay.com*, desde os leilões, peças em segunda mão ou às lojas ligadas ao *eBay*. Com a crescente protecção a nível da segurança dos pagamentos, cada vez mais pessoas utilizam o comércio electrónico para comprar peças que de outra forma não poderiam adquirir a preços tão baixos e sem sair de casa, pois que se teriam de deslocar aos pontos de venda, por vezes muito distantes, com o conseqüente acréscimo de despesas e muito menor comodidade. As peças *tailormade* são cada vez mais raras e por isso são importantes nichos de mercado.

Inverno e Primavera/Verão para o ano seguinte. Por exemplo, as colecções de Outono/Inverno do ano seguinte têm lugar em fevereiro/março, e desfiles em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. As colecções de Primavera/Verão do ano seguinte têm lugar em setembro/outubro, em desfiles de moda em Nova Iorque, Londres, Milão e Paris. Para além destes desfiles, há muitos outros, designadamente em Roma, Madrid, Barcelona, Rio de Janeiro, São Paulo, Tóquio, Lisboa, Porto, etc., mas aqueles são os mais emblemáticos (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.687-1.776, *passim*, em especial p. 1693).

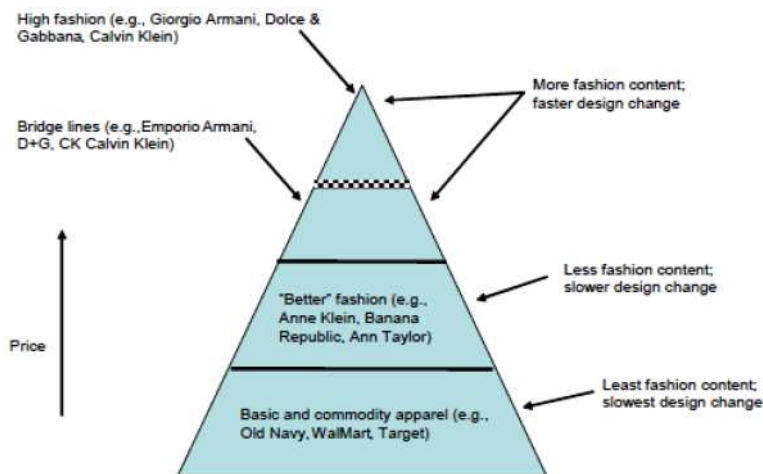


Figure A

Como resulta da figura A, de Raustiala e Sprigman (2006, p. 1.694), os produtos da indústria da moda estão segmentados em categorias amplas, formando o que os autores designam por “pirâmide da moda” (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.693). No topo se encontra uma categoria de estilistas que engloba três diferentes tipos de produtos. Primeiro existe um mercado muito pequeno da alta-costura, ou seja, roupa personalizada desenhada quase inteiramente para mulheres, exclusivos com preços muito elevados. Directamente abaixo, um mercado muito mais amplo do pronto-a-vestir segmentado em colecções de prestígio e colecções de preços mais acessíveis (as denominadas *bridge lines*). Mais abaixo temos uma gama de pronto-a-vestir ainda de qualidade, mas bastante mais ampla porque os preços são mais baixos. Na base temos as peças comerciais com preços muito mais baixos e com uma ampla gama de consumidores.

Uma das grandes diferenças entre as categorias da pirâmide é o preço, que sobe da base para o topo da pirâmide, em função do *design* envolvido e dos ciclos de vida mais curtos.

Na alta-costura, no pronto-a-vestir de top *designers*, e nas *bridge lines*, há *design* muito importante envolvido e ciclos muito curtos. No pronto-a-vestir bom, há menos *design* envolvido e a mudança de *design* não é tão rápida. Esta tendência acentua-se no sector básico. Isto não quer dizer que não haja mudança de *design* e mudanças cíclicas nos dois sectores mais baixos da pirâmide. O que quer dizer é que o vestuário à venda nas casas de costura de níveis elevados, como é o caso de Alexander MacQueen, ou Balenciaga, contém mais inovação no *design*, relativamente aos segmentos mais baixos. Embora os sectores mais baixos da pirâmide produzam colecções novas numa base regular, as diferenças entre as peças novas e as peças antigas são, em geral, menores em termos de inovação.

Há empresas que actuam em vários níveis da pirâmide, como é o caso emblemático de Armani, que produz desde o topo da alta-costura, às colecções de pronto-a-vestir *premium*, com marcas diferenciadas (*bridge lines*) e desce ao bom pronto-a-vestir (*better clothing*) distribuído em *shoppings* com a marca *Armani Exchange*. Um crescente número de empresas vende nos seus próprios *outlets* (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.694-1.695).

O grau de concentração na indústria da moda é baixo, quando comparado com o que acontece na música e no audiovisual. Esta descentralização pode ser uma explicação para a baixa protecção através do Regime da Propriedade Intelectual, porque os vários intervenientes não se conseguem organizar e fazer *lobbying* para serem mais protegidos (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.695).

Para além das diversidades de regime, que são muitas, o que une todos os Direitos de Propriedade Intelectual é o facto de incidirem sobre bens imateriais, que se distinguem por completo dos suportes físicos em que se plasmam. As criações de moda, enquanto bens imateriais, seja na área do vestuário, calçado, carteiras ou acessórios, têm apetência para serem protegidas pelo Direito de Autor³ e pelos diversos direitos da Propriedade Industrial⁴, tais como patentes ou modelos de utilidade, modelos e desenhos, marcas, logótipos, denominações de origem, indicações geográficas e recompensas. O nome da empresa deve ser protegido também através do Direito Comercial⁵. No contexto do

³ Entre nós [Portugal] no Código do Direito de Autor e Direitos Conexos (CDADC) e diplomas anexos.

⁴ Entre nós [Portugal] no Código da Propriedade Industrial (CPI) e diplomas anexos.

⁵ Código Comercial; Código das Sociedades Comerciais e Registo Nacional de Pessoas Colectivas. Cf. Rocha (2017a, p. 189-265).

comércio electrónico há que não esquecer a protecção através dos nomes de domínio⁶ e dos próprios *websites* que funcionam como o estabelecimento comercial virtual da empresa.

Não vemos razão para que não seja abrangida a protecção pelo direito *sui generis* do fabricante das bases de dados⁷. Além disso, existe a protecção através das normas contra a concorrência desleal, entre as quais se inclui a protecção do segredo comercial⁸, e através do direito da publicidade⁹.

2 IMPRESSÃO 3D

A impressão 3D consiste numa denominação global que inclui as diversas técnicas de fabricação aditiva. Não faltará muito tempo até ser possível fabricarmos em nossas casas quase tudo, o que significa numa nova era de fabricação e consumo fundada no *make it yourself*, no consumidor-fabricante, *prosumer*.¹⁰ Este é mais um contributo para a constatação de que já se iniciou a 4ª revolução industrial¹¹. A impressão 3D permite aos fabricantes a produção de objectos a pedido e próximo dos locais de distribuição ou consumo, diminuindo ou suprimindo os custos de transporte e armazenamento. A tecnologia permite que os consumidores disponham de imediato dos objectos impressos, que podem ser personalizados, incluindo a obtenção de peças de substituição, se estão esgotadas as peças

⁶ Para os domínios pt. FCCN-Federação para a Computação Científica Nacional; SILVA (2011, p. 257-277).

⁷ A Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11/03/1996 foi transposta para o Direito interno português pelo Decreto-Lei n.º 122/2000, de 04/07, onde este direito está consagrado. Leia-se, sobre o tema, entre outros, Bouza Lopez (2001); Venâncio (2007).

⁸ Cf. artigos 317º e 318 do Código do Propriedade Industrial, doravante designado por CPI.

⁹ 1. Normas fundamentais; art. 60.º n.º 2 da CRP; Código da Publicidade (DL n.º 330/90, de 23 de outubro); Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais (DL n.º 57/2008, de 26 de março); Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho). Há ainda diversa legislação sectorial, e legislação relacionada com os suportes utilizados (afixação de publicidade nas Estradas Nacionais (DL n.º 105/98, de 24 de abril); Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro); Lei da Rádio (Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro); Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido (Lei n.º 27/2007, de 30 de julho); Publicidade domiciliária por telefone e por telecópia (Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro); Comunicações publicitárias em rede (art. 20.º e 21.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro); Comunicações não solicitadas para fins de *marketing* directo (art. 13.º-A e 13.º-B da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto). Na publicidade é muito relevante a auto-regulação (Código de Conduta do ICAP – Instituto Civil de Autodisciplina da Comunicação Comercial; Código de Conduta da Associação Portuguesa de *Marketing* Directo Relacional e Interactivo).

¹⁰ Cf., entre outros, Carrancho Herrero (2014, p. 43-45); LeGoffic; Audi Vivès-Albertini (2015a, p. 40-55, em especial p. 40 ss.); Haffner (2016, p. 21-26); Ramalho (2015, p. 21-38, em especial, p. 21-23, que também se pode consultar (embora *em draft*) em: <<https://ssrn.com/abstract=2723981>>. Último acesso em: 7 mar. 2017); Rimmen (2017, p. 51-81, em especial p. 51-22); Schmoll et al (2015, p. 1.041-1.044, em especial p. 1.041-1.042); Vigiùè (2014, p.47-173, em especial, p. 47-59).

¹¹ Indústria 4.0. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Industria_4.0>. Último acesso em: 7 mar. 2017.

de origem. Com a evolução, serão cada vez mais os consumidores a realizar as peças que desejam. A impressão tridimensional constitui uma realidade há décadas, embora esteja hoje em plena expansão¹². A técnica, que existe há mais de trinta anos¹³, é “proteiforme e evolutiva” (LeGOFFIC; AUDI VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 41). O que é comum na tecnologia 3D é que o seu funcionamento pode ser descrito em duas etapas. Na primeira fase desenha-se a figura que se pretende num computador com um *software* de desenho/modelação 3D, criando-se um arquivo/ficheiro que, numa segunda fase, se carrega na máquina de impressão 3D. O desenho/modelo assistido por computador, vulgarmente denominado de ficheiro *Computer Aided Design* (CAD) ou, mais modernamente, em especial na área da arquitectura e construção, *Building Information Modeling* ou *Building Information Model* (BIM)¹⁴ constitui uma verdadeira maquete digital, pronta para sair para o mundo físico. É codificado num formato, sendo o mais comum o .stl (formato *standard*

¹² Em pormenor, consulte-se o Wohlers Report (2016); Tran (2015, p. 508 ss.); Hegab (2016, p. 1-17, também disponível em formato .pdf e em *open access* em <<http://mfr.edp-open.org/>>. Último acesso em: 17 mar. 2017); Gkartzou; Kumoulos; Costas, 2017, p. 1-14, também disponível em .pdf e em *open access*, em <<http://mfr.edp-open.org/>>. Último acesso em: 17 mar. 2017.

¹³ A técnica existe há mais de Trinta anos. Sob o nome de “estereolitografia”, o Engenheiro Charles Hull desenvolveu pela primeira vez a técnica precursora da impressão 3D. Patenteou nos EUA em 1984 um sistema de fabricação por camadas sucessivas mediante a utilização de um material sensível aos raios ultra-violetas e, em 1988, fez surgir a primeira impressora 3D, a SLA.250. A impressora usava a técnica da fotopolimerização, traduzida na solidificação de uma substância sintética pela luz. Como a tecnologia está em evolução constante, foram patenteados muitos outros processos de fabricação aditiva. A *Fusion Deposition Model* (FDM) permite a deposição de material liquefeito, por camadas. A técnica abrange apenas materiais em plástico. Cf. LeGoffic; Audi Vivès-Albertini (2015a, p. 41); e <https://pt.wikipedia.org/wiki/Impress%C3%A3o_3D>. Último acesso em: 7 mar. 2017. A *Electronic Beam Melting* (EBM) permite a impressão de peças em metal. O pó de metal ou fio de metal é fundido usando um feixe de electrões como fonte de calor. As ligas de titânio são amplamente utilizadas com esta tecnologia o que a torna uma escolha adequada para o mercado de implantes médicos, indústria aeronáutica e aeroespacial e outras aplicações mecânicas altamente exigentes, nomeadamente na indústria automóvel. Cf. <https://en.wikipedia.org/wiki/Electron_beam_additive_manufacturing>. Último acesso em: 7 mar. 2017. O Processo Three Dimensional Printing -3DP (*fritage laser*) funciona mediante um sistema de fusão de partículas em pó. Um *laser* reduz os materiais a pó, o pó é desdobrado em camadas finas e colorido pelo uso de colas coloridas. É um processo muito eficaz atendendo aos critérios de qualidade, precisão e preço, usado sobretudo para protótipos e para impressão 3D a pedido (LeGOFFIC; AUDI VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 41). Em 2005 surge a primeira impressora em cores. Estes são apenas exemplos de algumas das muitas tecnologias que já foram patenteadas. A origem e evolução da tecnologia 3D são referidas pela generalidade dos autores até agora citados. Veja-se também <https://pt.wikipedia.org/wiki/Impress%C3%A3o_3D>. Último acesso em: 7 mar. 2017. O lado negro desta tecnologia tem a ver com a possibilidade de se imprimirem em 3D objectos como armas e outros materiais ilícitos. O “mercado negro” pode ser muito acelerado. Cf., quanto às armas, facilmente produzidas por *hackers* <https://en.wikipedia.org/wiki/3D_printed_firearms>. Último acesso em: 19 abr. 2017, <<https://3dprint.com/139537/3d-printed-guns/>>. Último acesso em: 19 abr. 2017. Inclusive, é preocupante a crescente possibilidade de *hacking* de planos de bombas atómicas. Sobre o tema, veja-se, entre outros <<https://phys.org/news/2016-12-threat-hacking-nuclear.html>>. Último acesso em: 19 abr. 2017.

¹⁴ Os BIM são frequentemente vistos como a nova geração de ferramentas CAD. Traduzem-se num conjunto de informações geradas e mantidas durante todo o ciclo de vida de um edifício. O BIM abrange geometria, relações espaciais, informações geográficas, as quantidades e as propriedades construtivas de componentes (por exemplo, detalhes dos fabricantes). O BIM pode ser utilizado para demonstrar todo o ciclo de vida da construção, incluindo os processos construtivos e fases de instalação. Desenvolvidamente, veja-se <<https://pt.wikipedia.org/wiki/BIM>>. Último acesso em: 15 mar. 2017, e <https://paginas.fe.up.pt/~projfeup/bestof/12_13/files/REL_12MC08_01.PDF>. Último acesso em: 16 mar. 2017.

de fabricação aditiva). O ficheiro CAD/BIM pode ser obtido de várias formas: pela digitalização de um objecto existente, através de um *scanner* 3D, através de *software* de modelação 3D¹⁵, ou num *website* de partilha de ficheiros em rede¹⁶. O ficheiro CAD/BIM é convertido num formato G-Code ou outro¹⁷ para a maquete digital ser impressa num objecto em três dimensões (LeGOFFIC; AUDI VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 41; VIGUIÈ, 2014, p. 53). Ao contrário da brocagem ou recorte, que implicam subtrair a matéria, a tecnologia 3D consiste numa técnica de fabricação aditiva, acrescenta matéria, tradicionalmente, camada por camada. Esta forma de produção, sem perda de matéria ou resíduos abundantes, é mais amiga do ambiente e tem menores custos frente às tradicionais fórmulas substractivas em que sobra sempre material (CARRANCHO HERRERO, 2014, p. 44; LeGOFFIC; AUDI VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 42; VIGUIÈ, 2014, p. 49). A tecnologia 3D está cada vez mais desenvolvida e acessível ao utilizador. Permite que se fabriquem produtos de qualquer tipo, pelo que interessa a todos os sectores da indústria. Atravessa sectores tão diversos como a indústria automóvel (ex.: protótipos, moldes, peças), aeronáutica (ex.: peças de avião, propulsores para naves espaciais), alimentar (ex. chocolates¹⁸, pizzas, queijos), de construção imobiliária (acaba de ser construída uma casa como um todo em 24h em 3D, sem separação das partes, como era tradicional, mesmo na impressão 3D¹⁹), da moda (ex.: joias, roupa sem cortes e costuras, como a da estilista Iris Van Herpen), da ortopedia (ex.: próteses e implantes médicos), da indústria farmacêutica, dos brinquedos, dos acessórios e peças sobressalentes, entre outras. A possibilidade que já existe da impressão biológica ou *bioprinting*, traduzida na impressão de tecidos e órgãos humanos, levanta complexos problemas éticos²⁰.

¹⁵ A título de exemplo, temos programas como o 3ds max, o AutoCAD 3D, o Blender, o Catia, o Cinema 3D, o Revit, o Solid Works, o SketchUp, o ZBrush, o SciaEngineer, o Allplan, o Revit, o BentleyArchitecture, o ArchiCad, o VectorWorks, o TeklaStructures, o Cype, ou o TecnoMETAL.

¹⁶ Por exemplo, a Thingiverse (pertencente à Makerbot), a Sculpteo, e a SketchUp. Estes fornecedores de impressão digital em rede surgiram como *startups* de ajuda ao consumidor ainda não completamente familiarizado com os programas CAD. A vontade de familiarizar os consumidores com as impressoras 3D levou também ao surgimento dos *FabLab*, que se traduzem em oficinas abertas ao público onde se levam a cabo estes serviços e são verdadeiros locais de troca e aprendizagem e evolução tecnológica. Com detalhe, Viguiè (2014, p. 51-53) e <https://en.wikipedia.org/wiki/Fab_Lab>, último acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁷ Veja-se o Makenware, o Slic3r, o KISSlicer, o Cura, o ReplicatorG.

¹⁸ Para o caso do chocolate, veja-se o interessante estudo de Li et al (2014, p. 322.332).

¹⁹ Esta notícia data de 13 mar. 2017. Veja-se <<https://www.youtube.com/watch?v=xktwDfasPGQ>> a casa, efectuada como um bloco, foi obtida graças à tecnologia inovadora 3D usada pela Apis Cor. Cf. <<http://apis-cor.com/en/>> ambos os websites com último acesso em 14 mar. 2017.

²⁰ Sobre o tema, entre outros, Li (2014, p. 282-304); Ramalho (2015, p. 24). Veja-se também a notícia de 16 mar. 2017 sobre a impressora capaz de imprimir a pele humana em 3D: <<http://www.tvi24.iol.pt/tecnologia/impressora-3d/ja-existe-uma-impressora-capaz-de-fabricar-pele-humana>> (último acesso em: 20 mar. 2017), com utilidade em transplantes de pele e em testes de produtos cosmético-farmacêuticos.

Neste artigo propomos apenas centrar-nos na impressão 3D aplicada à moda, tentando indicar soluções para algumas das questões mais prementes²¹.

²¹ Como apontam Schmoll et al (2015, p. 1.041), as questões jurídicas que a tecnologia 3D levantada ainda há pouco começaram a ser tratadas pela doutrina. A análise do impacto em matéria de Propriedade Industrial terá que ficar para outra ocasião, pese embora ser fundamental nesta área.

Não obstante, permitimo-nos fazer uma nota sobre este aspecto. Em matéria de modelos ou desenhos, a protecção está muito próxima da do Direito de Autor, podendo, inclusive, haver protecções cumulativas, embora os requisitos de protecção não se confundam. Os desenhos ou modelos protegem a aparência de um produto, ou de parte do produto, desde que haja novidade (em sentido objectivo) e carácter singular. Os modelos ou desenhos, sozinhos ou conjugados com o direito de autor, têm vocação para ser protegidos nas várias hipóteses de impressão 3D, sejam objectos artesanais ou industriais. Um aspecto fundamental tem a ver com a protecção das peças de montagem (sobresselentes, de reposição de um produto complexo). Essas peças devem ser protegidas neste contexto se e na medida em que tenham características que não dependem apenas de um resultado técnico e não sejam elementos de ligação mecânica. O fabrico através da impressão 3D pode constituir contrafacção, excepto nas hipóteses em que os direitos de exclusivo não podem ser protegidos. Ao contrário do que se passa em matéria de Direito de Autor, aqui há que ter em conta que o registo é constitutivo (com excepção dos modelos e desenhos não registados protegidos na UE, por prazo não superior a três anos, e com uma protecção contra a cópia - *copyright approach*). Além disso, as excepções dos actos realizados a título privado não estão submetidas ao requisito da “fonte lícita”, como veremos ser condição em matéria de direito de autor. Desenvolvidamente, sobre a protecção dos modelos e desenhos, Gonçalves (2015, p. 129 ss); Gonçalves et al (2015, p. 317-387) Rocha (2017a, p. 205-228). Sobre o cúmulo de protecções através do Direito de Autor e do Direito Industrial, Rocha (2013, p. 883-898). Sobre os modelos e desenhos na impressão 3D, LeGoffic; Audi Vivès-Albertini, 2015b, p. 15-25, em especial, sobre os modelos e desenhos, p. 15-16; Schmoll et al (2015, p. 1.044-1.045).

Quanto às patentes (ou modelos de utilidade), estão em causa, neste contexto a patenteabilidade dos processos de impressão 3D e a extensão da protecção conferida às patentes de produtos. A protecção das invenções por patentes (ou modelos de utilidade) também depende de registo, e os requisitos são a novidade (absoluta), a actividade inventiva e a aplicação industrial. Há determinadas invenções que, como é sabido, só podem ser protegidas por patentes, sendo legalmente impossível a impressão por modelos de utilidade. Desde a sua origem que as tecnologias 3D têm sido objecto de patentes, que vão caindo no domínio público ao fim dos vinte anos de protecção a contar do pedido (no caso dos modelos de utilidade, ao fim de seis anos com duas renovações de dois anos, ou seja, dez anos). A caducidade permite que o uso da tecnologia caída no domínio público se faça em *open source*. A *Replicating Rapid Prototyper (RepRap)*, que constitui a primeira impressora capaz de imprimir as suas próprias peças, resultou da queda no domínio público da impressão por estereolitografia, caducada em 2009. As patentes mais importantes em matéria de impressão por laser expiraram em 2014, e foi anunciada a “explosão” da impressão 3D, tal foi o entusiasmo gerado. Mas, se existe esta vantagem da democratização da tecnologia, surge ao mesmo tempo o perigo do surgimento de registos de “patentes oportunistas”. Ou seja, o risco de ver os recursos públicos novamente reapropriados, dado o entusiasmo que o mundo económico e electrónico tem neste “el dorado” potencial, pedindo o registo de múltiplas patentes para evitar a síndrome Kodak, que depois de ter sido absoluta líder no mundo da fotografia, não investiu no mundo digital, a ponto de se ter declarado insolvente em 19 de janeiro de 2012 (cf. LeGOFFIC; AUDI VIVÈS-ALBERTINI, 2015b, p. 17); Dugua (2012). Se alguns pedidos se justificam, muitos tentam apenas aspirar a um monopólio de exploração. Para impedir os registos oportunistas, nos EUA, a *Electronic Frontier Foundation (EFF)* lançou um apelo público, incentivando os internautas a utilizar uma possibilidade permitida pelo direito de patentes, de assinalar a uma entidade competente – nos EUA, à USPTO –, a quem foi solicitada uma patente, a existência de anterioridades impeditivas do registo. Esta faculdade também existe entre nós, perante o INPI e perante o Instituto Europeu de Patentes, embora a sua aplicação não esteja tão facilitada como nos EUA, onde existe a plataforma AskPatents, que visa manter o equilíbrio entre os monopólios imateriais e o domínio público.

A segunda questão que se coloca tem a ver com os requisitos de patenteabilidade em matéria de patentes. O âmbito de protecção deverá ser determinado, de acordo com o CPI, pelas reivindicações que podem ser acompanhadas por uma descrição e por desenhos, que podem ser em 3D. A descrição é um suporte necessário das

3 A PROTECÇÃO DA MODA PELA PROPRIEDADE INTELECTUAL

3.1 Moda e Direito de Autor

Na UE e em muitos países, como em Portugal, os artigos de moda, enquanto imateriais, podem ser protegidos pelo Direito de Autor, desde que as peças em causa satisfaçam os requisitos de protecção pelo CDADC, isto é, sejam criações humanas, do intelecto, de alguma forma exteriorizadas (ou seja, cognoscíveis pelos sentidos humanos, mesmo que permaneçam inéditas), dotadas de originalidade (conceito de imputação subjectiva da obra ao autor, que significa apenas que se exige que a obra seja uma criação independente e não seja algo banal, ou seja, que a obra tenha um mínimo de criatividade), pertencente ao domínio da arte (cf. arts. 1º e 2º CDADC). Tanto temos base para a protecção da fase bidimensional

reivindicações, mas os desenhos, facultativos, têm um papel complementar de esclarecer as reivindicações e as descrições, mas não podem ser seus substitutos. Ficam fora do âmbito da patente. O ficheiro CAD criado a partir do nada ou por uma forma de inteligência artificial sem intervenção humana, não poderá, em si, ser protegido por patentes. As criações artísticas e os planos estão fora de protecção pelo direito de patente. O produto ou processo patenteado e as vantagens técnicas daí recorrentes é que podem ser patenteadas.

Constitui contrafacção dos direitos do titular da patente o fabrico em 3D do objecto patenteado. Também constituem contrafacção a utilização de um processo 3D patenteado. Não importa que o contrafactor não tivesse conhecimento da patente. Ao contrário do direito de autor, não existe a excepção da coincidência fortuita de resultados. Não interessa que o processo de impressão seja diverso do processo original de fabrico, na medida em que se trate de uma patente de produto. Também não se distingue consoante o fabrico seja efectuado de uma fonte lícita ou ilícita, ao contrário do que acontece em matéria de direitos de autor. É indiferente que o produto/objecto seja obtido de um ficheiro CAD, através de um *software* de concepção, quer pelo utilizador, através de um scanner 3D, ou através de um ficheiro CAD cujo *download* se faça a partir da *Internet*, mesmo que o ficheiro tenha sido colocado em linha legalmente. A infracção afecta, não apenas as cópias servis, mas também as cópias semelhantes às invenções protegidas (por ex., cor ou matéria diferente, alterações nas dimensões do objecto impresso, etc.). A impressão de um objecto 3D equivalente ao patenteado também infringe os direitos do titular da patente (cf. doutrina dos equivalentes), desde que cumpra a mesma função técnica e produza o mesmo resultado industrial. O aperfeiçoamento de um produto patenteado através de uma impressora 3D é contrafacção, desde que as características essenciais da invenção sejam reproduzidas. Quanto às peças sobresselentes, que são particularmente interessantes em matéria de impressão 3D, tudo depende de saber se a peça permite uma simples reparação ou se se trata de uma reconstrução. Normalmente tratar-se-á de uma reconstrução, ainda que parcial. Mas tudo depende do âmbito da patente e, portanto, das reivindicações. Sobre as patentes e modelos de utilidade, veja-se Gonçalves (2015, p. 35ss.) Gonçalves (2015, p. 347 e ss.); Gonçalves et al (2015, p. 165-294); e Gonçalves et al (2015, p. 294-308); Rocha (2017a, p. 111-1500; Rocha (2017a, p. 151-160). Sobre patentes e impressão 3D, desenvolvidamente, LeGoffic; Audi Vivès-Albertini, 2015b, p. 16-23); Schmoll et al (2015, p. 1.045-1.047); Ballardini; Noorgård; Minssen (2015, p.850-866).

As marcas também podem ser alvo de contrafacção no contexto da impressão 3D, quer sejam nominativas, figurativas, mistas ou tridimensionais. No caso das marcas nominativas, figurativas ou mistas, a infracção ou colocação da marca no objecto impresso, seja porque a marca já figurava no ficheiro CAD, ao mesmo tempo que foram colocados os contornos do objecto, seja porque foi aposta no objecto depois de impresso. No caso das marcas tridimensionais é a impressão do objecto 3D que reproduz ou imita a marca tridimensional (ex.: garrafa da Coca-Cola). Com ressalva das hipóteses de excepções para usos livres, as utilizações de marcas válidas neste contexto, constituirá contrafacção, no contexto do princípio da especialidade, ou rompendo com o dito princípio no caso das marcas de prestígio. Sobre as marcas, veja-se Gonçalves (2015, p. 161 e ss.); Gonçalves et al (2015, p. 388-466); Rocha (2017a, p.161-188). Desenvolvidamente, sobre a impressão de marcas em 3D, LeGoffic; Audi Vivès-Albertini (2015b, p. 23-25); Schmoll et al (2015, p. 1.047-1.050).

da peça como para a sua eventual fase tridimensional. Tanto temos base para a protecção da fase bidimensional da peça como para a sua eventual fase tridimensional.²²

É certo que, em geral, será difícil uma peça de moda satisfaça os requisitos de protecção pelo Direito de Autor, sendo mais adequada a sua protecção via modelos ou desenhos, mas também é certo que, sobretudo se tivermos alta costura e as peças de moda para teatro ou cinema, há uma imensidão de obras de arte traduzidas em peças de moda, seja vestuário ou acessórios.

A moda, enquanto peça em três dimensões, está excluída da protecção através do Direito de Autor em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso dos EUA. Esta falta de protecção não resulta de nenhuma excepção, mas do ponto de vista doutrinal e jurisprudencial, segundo o qual os objectos utilitários devem ficar fora do *Copyright*. Um *sketch* em duas dimensões de um projecto de moda pode estar protegido pelo *Copyright* como obra de pintura ou desenho. Todavia, a peça, por exemplo, o vestuário em três dimensões produzido a partir desse *sketch*, não está protegida de forma separada e a cópia que utiliza a peça em três dimensões como modelo não está sujeita a violação de *copyrights*. Segundo a doutrina e a jurisprudência, isto se deve ao facto de o vestuário ser um objecto útil e ao facto de o *copyright* só se aplicar quando a componente expressiva do artigo seja separável da sua função utilitária. Por exemplo, se é bordada uma joia num vestido, a joia pode ser protegida pelo *copyright*, porque está separada fisicamente e conceptualmente do vestido. Mas poucos projectos de moda têm esta separação. Os elementos expressivos, na maior parte dos casos, não estão *bottled on* sob a forma de uma aplicação separável, mas fazem parte da forma do próprio vestuário, por exemplo, o corte das mangas, o tipo de cintura, a forma das calças.²³

²² Na concepção tradicional do *Droit d'Auteur* francês define-se a originalidade como “marca da personalidade do autor”. É uma noção subjectiva e personalista que parece ser muito restritiva, no sentido de exigir uma elevada criatividade para efeitos de protecção. Todavia, a expressão é enganadora porque nunca foi objectivo do Direito de Autor continental, que tem a sua origem no sistema francês pós-revolução francesa, proteger apenas as obras em que a criatividade é elevada. Sempre foram protegidas as *petite monnaie/calderilla/KleineMünze/change/trocos*, obras em que a criatividade é mínima. Por isso, o conceito foi adaptado para indicar que a obra deve ter algo do autor, por pouco que seja. A exigência da personalidade do autor é uma frase enganadora, porque a exigência de criatividade é minimalista, segundo a melhor doutrina, basta que haja um *apport* de actividade intelectual. Cf. Jimenez (2014, p. 12). Em pormenor, veja-se o nosso estudo: Rocha (2008, p. 755-757 e bibliografia e jurisprudência aí referidas); Ascensão (2012, p.74); Akester (2013, p. 73-78); Leitão (2011, p. 69-76); Mello (2016, p. 99-112). Em pormenor vejam-se os nossos estudos: Rocha (2008, p. 733-792, em especial p. 763-767, e bibliografia aí citada); Rocha (2011, p. 159-209, em especial, p. 159-169 e bibliografia aí citada); Rocha (2017a, p. 25-49, em especial p. 47).

²³ Veja-se Jimenez (2014, p. 16-17); Colman (2014, p. 45-54); Raustiala; Sprigman (2006, p. 1.687-1.772, em especial p. 1.699-1.700); Raustiala; Sprigman (2012, p. 27-36); Abreu (2016, p. 159 -168).

Perante esta limitação, houve muitas dezenas de propostas no sentido de alargar a protecção. A última proposta deu origem ao *Innovative Design Protection Act* (IDPA), que veio prever uma protecção de três anos para os *designs* de moda contra cópias substancialmente idênticas. Todavia, o projecto só era considerado copiado depois de ter havido uma notificação com um pré-aviso de 21 dias ao autor das presumíveis cópias, com indicação de quais os direitos que se consideravam violados e em que data é que os artigos que se consideravam copiados tinham sido divulgados ao público. A razão desta obrigação de notificação prévia residia na tentativa de sanar a disputa a nível extrajudicial.

A lei de protecção do *design* inovador, de 2012, implicaria a extensão da protecção de direitos autorais por três anos para projectos de moda se eles fossem o resultado do esforço criativo de um *estilista* e fornecessem uma variação única, distinta, não trivial e não utilitária em relação aos projectos anteriores para tipos semelhantes de artigos nos EUA. A proposta foi alvo de intensos debates. Tanto quanto sabemos, ainda não foi aprovada, pelo que nos EUA a protecção da moda está, em regra, excluída do âmbito dos direitos de autor (*copyrights*), sendo, aparentemente, mais fraca do que a protecção da UE, onde, com mais ou menos exigências se pode cumular a protecção via Direito de Autor e Propriedade Industrial (JIMENEZ 2014, p. 12; COLMAN, 2014, p. 45-54; WOODS; MONROIG, 2015)²⁴. Como enfatiza Guillermo C. Jimenez, todavia, as propostas no sentido da protecção da moda através do *copyright* nos EUA continuarão a ser apresentadas e, eventualmente a tornarem-se lei, uma vez que, entre outros factores, haverá pressão internacional nesse sentido, dado que os EUA fazem parte da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS (no âmbito da Organização Mundial do Comércio), e não estão a cumprir as obrigações neste sentido, decorrentes dos dois tratados²⁵.

Dentro dos domínios referidos pelo CDADC, a moda dever-se-á considerar uma obra do domínio artístico, uma que se expressa através de formas, volumes, texturas, diferentes materiais, cores, etc.

²⁴ Desenvolvidamente, sobre as várias propostas de protecção da moda nos EUA através do *Copyright*, e com interessantes sugestões de alteração à proposta de 2012, Callahan (2012, p. 195-223, em especial, p. 203-226).

²⁵ Na concepção tradicional do *Droit d'Auteur* francês define-se a originalidade como "marca da personalidade do autor". É uma noção subjectiva e personalista que parece ser muito restritiva, no sentido de exigir uma elevada criatividade para efeitos de protecção. Todavia, a expressão é enganadora porque nunca foi objectivo do Direito de Autor continental, que tem a sua origem no sistema francês pós-revolução francesa, proteger apenas as obras em que a criatividade é elevada. Sempre foram protegidas as *petite monnaie/calderilla/KleineMünze/change/trocos*, obras em que a criatividade é mínima. Por isso, o conceito foi adaptado para indicar que a obra deve ter algo do autor, por pouco que seja. A exigência da personalidade do autor é uma frase enganadora, porque a exigência de criatividade é minimalista, segundo a melhor doutrina, basta que haja um *apport* de actividade intelectual. Cf. Jimenez (2014, p. 12).

Também entendemos que não se exige novidade em sentido objectivo como requisito da protecção da obra pelo Direito de Autor, ao contrário do que é a regra em matéria de Propriedade Industrial. A protecção da obra pelo Direito de Autor começa com a exteriorização, por qualquer forma, mesmo que a obra permaneça inédita. Basta que seja susceptível de ser cognoscível pelos sentidos humanos, directa ou indirectamente. Em regra, não é necessário qualquer registo, ou qualquer forma de exploração, salvo, entre nós, a imposição do registo no caso dos jornais e publicações periódicas (art.º 5º CDADC), que nem sequer é efectuado na Inspeção Geral das Actividades Culturais (IGAC), mas na Entidade de Regulação da Comunicação Social (ERC), e o título de obra inédita (art.º 4º, nº 3 CDADC). Pelo contrário, em regra, os direitos privativos da Propriedade Industrial pressupõem um registo constitutivo (cf. arts. 4º, 5º e 7º CPI)²⁶.

A exigência de novidade em sentido objectivo casa mal com direitos que se obtêm sem qualquer registo e mesmo para obras que permaneçam inéditas. Embora haja diversas correntes relativamente ao conceito de originalidade, entre as quais os que defendem que a novidade em sentido objectivo tem que existir em matéria de direito de autor, ou os que, apenas nas situações de coincidência criativa, dão relevo à novidade em sentido objectivo, para nós e para a grande maioria da doutrina não se exige qualquer novidade em sentido objectivo em matéria de direito de autor. A originalidade é um conceito de imputação subjectivo da obra ao autor²⁷.

²⁶ Para mais detalhes, veja-se Gonçalves et al (2015), anotações aos artigos referidos.

²⁷ Afastando a novidade em sentido objectivo, quer entre nós, quer na jurisprudência da União Europeia, Akester (2013, p. 78); na Jurisprudência da UE vejam-se os Acórdãos Infopaq, Processo C5/08, de 16 de julho de 2009, 45; Acórdão Eva-Maria Painer, Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C145/10, de 1 de dezembro de 2011, 90-92; Mello (2016, parte do requisito da criatividade como exigência de protecção entendidos como marca da individualidade, ou seja da paternidade, p. 48-50 e p. 100-102).

No sentido do afastamento do requisito da novidade objectiva também se pronuncia Rebello (1993, p. 87-88); na jurisprudência nacional, veja-se, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de dezembro de 1990, B.M.J. nº 402, 1991, p. 567-582. No mesmo sentido (2008, p. 748-755); Rocha (2011, p. 159-169); Rocha (2017a, p. 25-49). Ascensão (2012, p. 99-103) também parte do princípio de que não é necessária qualquer novidade em sentido objectivo, todavia excepciona os casos de coincidência criativa. O autor refere novidade subjectiva e objectiva. A primeira é indispensável e está implícita na exigência de individualidade, ou originalidade. A novidade objectiva, ou carácter distintivo, será exigível nas hipóteses raras de coincidência criativa, apenas podendo ser protegida a obra criada em primeiro lugar. Discordamos da posição do autor por não encontrar motivo para que a segunda obra, numa hipótese de coincidência criativa, não possa ser protegida. O argumento de que a primeira obra já poderia ter caído no domínio público e de que seria fazer renascer os direitos de autor ao proteger a segunda obra, porque na realidade são uma só, não nos convence. Trata-se de duas criações independentes e, do nosso ponto de vista, ambas merecem protecção, são duas obras. Mais longe vai Leitão (2011) ao parecer fazer coincidir criatividade com novidade. Na verdade, a passagem do texto é um tanto confusa porque o autor afirma que “A criatividade em sentido lato coincide com a novidade da obra”, mas remete para uma citação de Desbois que diz exactamente o oposto (LEITÃO, 2011, p. 74 e nota 120).

3.2 Direito Industrial

A moda também pode ser protegida através dos diversos direitos da Propriedade Industrial.

3.2.1 Patentes e modelos de utilidade

As patentes ou modelos de utilidade podem proteger a moda, na medida em que se trate de invenções do domínio científico ou tecnológico e se os requisitos da novidade objectiva, salto inventivo e aplicação industrial estiverem preenchidos (cf. arts. 51º ss e 117º ss. CPI). Este tipo de protecção visa a solução técnica de problemas técnicos. Pense-se em novas texturas que absorvem o suor, ou impedem um excessivo aquecimento do corpo em elevadas temperaturas, ou em técnicas 3D de modelação e impressão vestuário sem costuras²⁸, ou novos tipos de solas antiderrapantes, para mencionarmos apenas alguns exemplos²⁹.

²⁸ Com a chegada da impressão 3D a baixo custo as empresas vão ter que repensar os seus modelos de negócio. A impressão 3D, com o seu modelo de fabricação aditiva, já funciona bem para desenvolver moldes para objectos de joalheria, bijuteria ou sapatos personalizados. Mas também já começou a ser usada no vestuário. A estilista Iris van Harpen começou a apresentar peças de vestuário efectuadas através de impressão 3D no seu desfile intitulado “Crustallization”, em 2009, na *fashion week* de Amesterdão e tem continuado a mostrar peças de moda em 3D nas *fashion weeks* de Paris, e noutros locais, em colaboração com arquitectos e empresas de materiais 3D. A *Nike* já usa a impressão 3D para o fabrico de protótipos e mesmo para a fabricação do seu calçado de desporto. A *New Balance* também já usa a impressão 3D para o ajuste personalizado do seu calçado. Com a continuação dos avanços no âmbito da impressão 3D, quer em termos de materiais, quer de tecnologia, as impressoras 3D provavelmente começarão a expandir-se. O seu papel ao lado das máquinas de costura na fabricação de peças de vestuário e acessórios será, a breve trecho, um lugar-comum. O lado negro da tecnologia é a imensa possibilidade que se abre à contrafacção, especialmente na área da joalheria e bijuteria, nos acessórios e no calçado. Usando um *scanner* 3D em combinação com uma impressora 3D, poderão ser efectuadas réplicas em tudo idênticas. Com a evolução no sentido do consumidor-produtor (*prosumer*), uma pessoa média terá os meios necessários para fazer as cópias idênticas em casa (*cottagecounterfeiting*). Se, por um lado, o fenómeno poderá implicar um maior policiamento da pirataria, especialmente por parte dos fabricantes de marcas de luxo, por outro será necessário mudar a forma de fazer o negócio, adaptando-se a esta nova realidade, designadamente fabricando em 3D e colocando as peças na Internet para acesso em 3D. Desenvolvidamente, sobre o tema, veja-se o nosso Rocha (2017b, p. 1-29). Veja-se também Jimenez (2014, p. 20).

²⁹ A patente e os modelos de utilidade são direitos exclusivos que se obtêm sobre invenções (soluções novas para problemas técnicos). Podem obter-se patentes para quaisquer invenções em todos os domínios da tecnologia e ciência, quer se trate de produtos ou processos, bem como para os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos. Os modelos de utilidade têm requisitos de protecção, muito semelhantes aos das patentes, mas não é possível proteger invenções que incidam sobre matéria biológica ou sobre substâncias ou processos químicos ou farmacêuticos. Até agora, os modelos de utilidades implicam um procedimento administrativo mais simplificado e acelerado do que o das patentes. Relativamente aos modelos de utilidade, é possível efectuar dois tipos de pedido: pedido com exame e pedido sem exame. Quanto às patentes, não existe a possibilidade de solicitar um pedido sem exame, pelo que as buscas são officiosas e a novidade é sempre uma novidade objectiva absoluta, enquanto nos modelos de utilidade podemos estar perante uma novidade objectiva relativa. O requerente do modelo de utilidade pode pagar apenas a taxa de pedido e protelar, ou não chegar a pagar, a taxa de exame. O modelo de utilidade é flexível na sua relação com as patentes. A pedido do requerente, a invenção submetida a protecção por modelo de utilidade pode ser objecto de protecção por patente (ou vice-versa), pelo que o requerente dispõe do prazo de um ano para proceder à apresentação sucessiva de um pedido de patente ou de modelo de utilidade. Mais desenvolvidamente, consulte-se Gonçalves (2015, p. 35-126 e p. 347-

Em qualquer dos casos, as patentes e os modelos de utilidade terão um interesse relativo em matéria de moda (em sentido estrito) por duas razões fundamentais. Por um lado, porque na grande maioria dos casos não existe novidade objectiva, muito menos em sentido absoluto, como é exigência das patentes (art. 55º CPI). O raciocínio é semelhante para os modelos de utilidade, em que, apesar de a novidade objectiva poder ser relativa, quando não são efectuadas buscas, os modelos de utilidade estão sujeitos a reclamação. Na indústria da moda há mais *re-workings*, ou seja, adaptações, do que situações de novidade. Mas o argumento mais relevante talvez seja o facto de o processo de concessão das patentes e modelos de utilidade ser muito demorado e dispendioso, sendo o retorno incerto. Ou seja, esta demora não se adequa muito à indústria da moda (em sentido estrito), que tem um ciclo de vida sazonal, curta e com retorno incerto (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.704-1.705). De qualquer modo, pode haver interesse em patentear (ou proteger através de modelos de utilidade) novas técnicas de fabrico de tecidos, por exemplo, por serem mais macios, não se sujarem, serem mais amigos do ambiente, absorverem melhor o suor, oferecerem menos resistência à água, etc.

3.2.2 Modelos e desenhos

Os modelos ou desenhos desempenham um papel muito importante na protecção da moda. Podem ser protegidos desde que se trate de um modelo ou desenho novo (novidade relativa), com carácter singular e aplicável a um produto (cf. art.º 173º ss.). O desenho ou modelo protege as características da aparência da totalidade, ou de parte, de um produto. Essas características podem respeitar a aspectos como linhas, contornos, cores, forma, textura ou os materiais do próprio produto ou da sua ornamentação.

Podem ser protegidos os desenhos ou modelos que preencham, cumulativamente, as duas condições: novidade, em sentido objectivo, e carácter singular. Para que um desenho ou modelo possa ser registado, não pode ser confundível com qualquer outro produto

353); Rocha (2017a, p. 111-159); SILVA (2011, p. 8-96); página web do INPI, <www.inpi.pt> (último acesso em: 29 maio 2017). Sobre as patentes em matéria de moda, Gottlieb (2014, p 59-62). Todavia, na Proposta de Lei 132/XIII do novo CPI, que se esperava ser aprovado em 29 de setembro de 2018, facto que não aconteceu dadas as manifestas imperfeições do mesmo, considera-se sempre necessária a análise dos requisitos substantivos, também em matéria de modelos de utilidade. A manter-se esta solução, os modelos de utilidade deixarão de ter qualquer interesse entre nós. Para a leitura da Proposta veja-se <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d544d794c56684a53556b755a47396a&fich=ppl132-XIII.doc&Inline=true>> (último acesso em: 28 set. 2018).

anterior (cf. arts. 176º, 177º e 178º CPI)³⁰. Podem ser registados os desenhos ou modelos que, não sendo inteiramente novos, realizem combinações novas de elementos já conhecidos. O INPI só realiza exame quanto aos requisitos de novidade e carácter singular quando invocados por terceiros em reclamação (daí a novidade ser relativa)³¹.

Aqui, várias questões são relevantes. Em primeiro lugar, a moda aparece naturalmente com uma tendência natural para ser protegida através de modelos e desenhos, uma vez que estes protegem a ornamentação, mas também pode haver uma protecção cumulativa através dos modelos ou desenhos e os direitos de autor. Muitas empresas *start-up* que poderiam estar protegidas por direitos de autor, por a criação de moda estar protegida pelo direito de autor, sem necessidade de qualquer registo, optam pela protecção através dos modelos ou desenhos para garantir a novidade em sentido objectivo, uma vez que, de acordo com a posição que defendemos, os direitos de autor não protegem a novidade em sentido objectivo, tanto mais que são territoriais e não registados. A falta da obrigatoriedade de registo casa mal com a exigência de novidade objectiva, mesmo que relativa. Isto implica que, se não houver uma protecção através da Propriedade Industrial, seja em nível nacional, comunitário, ou internacional, a novidade não está garantida. Por isso, é usual uma *start-up* começar por requerer uma protecção via modelos ou desenhos, que, no máximo, garante um exclusivo de cinco anos a partir do pedido, com sucessivas renovações de cinco anos até ao limite de 25 anos e, passado este período, caducando o modelo ou desenho, estando o produto já estabelecido no mercado como pertencente àquela empresa, depois continue a protecção via direitos de autor, designadamente contra a reprodução e transformação (cf. art.º 68º CDADC), até ao final do prazo de protecção, que, em matéria de direitos de autor abrange, em regra a vida do autor mais setenta anos a contar de um de janeiro do ano seguinte ao da sua morte, no contexto da União Europeia (cf. arts. 30º ss. CDADC, ou de cinquenta anos a contar da sua morte, por aplicação da Convenção de Berna). Reconhecemos que o prazo de protecção por via dos direitos de

³⁰ A exigência dos dois requisitos parece redundante. Bastaria a exigência do carácter singular. Na verdade, para que o “utilizador informado” analise se o produto se confunde com outro anterior, é pressuposto que haja novidade. Pode dizer-se que o legislador não se contentou com a novidade, que se afere por comparação par a par, mas quis ser mais exigente, impondo que o “utilizador informado” (que não é o simples consumidor, mas também não tem que ser o perito na área) descubra algum tipo de criatividade no produto, que poderá ser maior quanto menor forem as imposições técnicas para o produto desempenhar a função a que se destina. Ou seja, o legislador quer algo mais do que a simples novidade objectiva. Mas, assim sendo, não bastaria o requisito do carácter singular?

³¹ Mais desenvolvadamente, consulte-se Gonçalves (2015, p. 129-167); Gottlieb (2014, p. 55-59); Ribeiro (2008, p. 483 ss); Rocha (2017a, p. 205-228); SILVA (2011, p. 97-118); página web do INPI, <www.inpi.pt> (último acesso em: 29 maio 2017).

autor na UE é excessivo, mas, preenchidos os requisitos de protecção como obra, todas as obras devem ter o mesmo tratamento, sejam ou não utilitárias, de acordo com a legislação em vigor.

A protecção da moda por esta via é particularmente interessante porque na moda interessa muitas vezes mais à estética do que a funcionalidade do produto. Embora a generalidade dos produtos tenha uma funcionalidade prática (com a excepção da bijuteria), não é este o princípio que move a moda. Os estilistas criam peças que procurem despertar algo no consumidor, apelando sua sensibilidade estética. É importante projectar nas peças tendências, estilos apelativos, que levem o consumidor à compra. Este propósito é cumprido, sobretudo pelos elementos exteriores. Pelo que a protecção do *design* através do registo dos modelos ou desenhos é de especial interesse para a moda (RIBEIRO, 2008, p. 483 ss.).

Todavia, o registo do modelo ou desenho é demorado e implica custos, com retorno incerto, com uma protecção de cinco anos a contar do pedido com renovações sucessivas até 25 anos. Este sistema não se adapta bem à indústria da moda, que é sazonal, com mudanças de seis em seis meses, ou até de mais curto prazo.

No âmbito da UE, o Regulamento/CE/6/2002 do Conselho, de 12 de dezembro de 2001, é um precioso diploma porque veio, por um lado, permitir um regime unificado dos modelos e desenhos na UE para que, como consta do Considerando 7, haja uma maior eficácia na protecção, no sentido de promover a excelência da produção comunitária, encorajando os processos de inovação para que surjam novos produtos e possam ser lançados investimentos produtivos.

Por outro lado, para além do sistema tradicional de protecção do modelo ou desenho, sujeito a registo, com a duração que pode chegar a 25 anos, com as sucessivas renovações de cinco anos, idêntico aos modelos e desenhos nacionais, foi criada uma importante inovação introduzida pelo art.º 1º, que se traduz num modelo ou desenho comunitário não registado, que concede uma protecção gratuita automática, gratuita, que nasce a partir do momento da publicação ou divulgação do produto na UE, com uma duração de três anos, com protecção contra a cópia (*copyright approach*), desde que preenchidos os requisitos tradicionais da novidade objectiva (relativa) e do carácter singular.

Este último modelo de protecção se adapta às indústrias sazonais, dispensando custos. Para sectores de actividade que têm um ciclo de vida económica curto, como a indústria

ligada à moda, é juridicamente suficiente esta protecção – três anos é mais do que suficiente – e protege-se o produto desde a sua publicação ou divulgação, salvaguardando-o apenas contra a reprodução não autorizada, numa aproximação ao sistema do direito de autor. Para os produtos com vida comercial tendencialmente curta, como é o caso da moda, a necessidade de registo para efeitos de protecção é um procedimento não idóneo e excessivo, atento o facto de que estes bens, em regra, se destinam a ficar no mercado por períodos inferiores a um ano.

3.2.3 Marcas

As marcas são particularmente valiosas em matéria de Direito da Moda. A marca é um sinal ou conjunto de sinais, que identifica no mercado os produtos ou serviços de uma empresa, distinguindo-os dos de outras empresas concorrentes (cf. art.º 222º ss CPI). Para ser protegida, como regra, a marca tem que ser registada. Também, como regra, o registo apenas protege a marca relativamente aos produtos e aos serviços especificados no pedido de registo, ou a produtos ou serviços afins, de acordo com o princípio da especialidade. Apenas as marcas de prestígio rompem com esse princípio (art.º 242º CPI). As marcas podem ser nominativas, compostas apenas por elementos verbais, como palavras, incluindo nomes de pessoas, letras ou números; podem ser marcas figurativas, compostas por elementos gráficos, como desenhos, imagens ou figuras; podem ser marcas mistas, compostas por elementos verbais e figurativos; há ainda marcas sonoras, compostas por sons que possam ser escritos numa pauta; há marcas tridimensionais, compostas pela forma do produto ou pela sua embalagem, ou por ambos; há marcas compostas por *slogans* publicitários, que podem ser simultaneamente protegidas pelo Direito de Autor e que são cada vez mais importantes, na medida em que a publicidade é uma forma de comunicação muito persuasiva (cf. art. 222º CPI e art. 2º, nº 1, al. m CDADC)³².

Para poderem ser registadas, as marcas têm que ter carácter distintivo. Não podem ser registadas as marcas compostas exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam

³² Para além das marcas que se destinam a identificar e distinguir produtos ou serviços, existem também as marcas colectivas, que podem ser de associação ou de certificação. O registo da marca colectiva confere ao seu titular o direito de disciplinar a comercialização dos produtos, nas condições estabelecidas na lei, nos Estatutos ou nos Regulamentos internos. Uma marca de associação pertence a uma associação de pessoas singulares ou colectivas, cujos membros o usam, ou têm intenção de usar, para produtos ou serviços relacionados com o objecto da associação. Uma marca de certificação é um sinal pertencente a uma pessoa colectiva que controla os produtos ou os serviços, ou estabelece normas a que estes devem obedecer. Este sinal serve para ser utilizado nos produtos ou serviços submetidos àquele controlo, ou para os quais as normas foram estabelecidas. Cf. arts. 228º a 322º CPI.

os produtos ou serviços, por elementos usuais na linguagem comercial, por formas impostas pela natureza do produto, ou formas do produto necessárias à obtenção de um resultado técnico ou formas que lhe confirmam um valor substancial. A cor única não pode ser protegida, a menos que a marca (com excepção das cores) tenha adquirido na prática comercial eficácia distintiva (*secondary meaning*). As marcas podem combinar elementos genéricos com elementos distintivos, mas apenas os elementos distintivos são apropriáveis.

Não podem ser registadas as marcas susceptíveis de induzir o consumidor em erro, nomeadamente a respeito da natureza, das qualidades, da utilidade ou da proveniência do produto ou do serviço.

Não podem ser registadas as marcas contrárias à lei e à ordem pública ou que ofendam à moral e aos bons costumes, bem como as marcas que constituam infracção de direitos alheios ou que possam favorecer a prática de actos de concorrência desleal³³.

Há a destacar dois desenvolvimentos muito importantes em nível de marcas na União Europeia. Após o processo de discussão que se iniciou em abril de 2013, foram publicados no Jornal Oficial da União Europeia, nos dias 23 e 24 de dezembro, dois novos diplomas que introduzem alterações muito importantes de registo de marcas em toda a União: a Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (reformulação), e o Regulamento (UE) 2015/2424 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho sobre a marca comunitária e revoga o Regulamento (CE) n.º 2869/95 da Comissão relativo às taxas a pagar ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos). As alterações introduzidas ao regulamento comunitário procuram melhorar as condições para que as empresas possam aceder ao registo de marcas e proteger os seus direitos contra eventuais infracções à escala da UE, de entre elas destacando-se alterações institucionais, alterações ao nível das taxas³⁴, e alterações ao nível do pedido, exame, registo e protecção de marcas.

³³ Desenvolvidamente, sobre marcas, consulte-se Gonçalves (2015, p. 161-344); Rocha (2017a, p. 161-188); Silva (2011, p. 121-242); página web do INPI, <www.inpi.pt> (último acesso em: 29 maio 2017).

³⁴ As alterações no domínio das taxas foram: a introdução do sistema “one-class-per-fee”, cf. <<https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation>> (último acesso em: 29 maio 2017).

Entre as alterações ao nível institucional, interessa-nos destacar a alteração do nome do IHMI, que passou a designar-se Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (IPIUE) (*European Union Intellectual Property Office - EUIPO*); também a designação das marcas comunitárias foi alterada, passando a designar-se marcas da UE (*European Union trademarks*)³⁵.

Quanto às alterações em nível do pedido, do exame, do registo e protecção de marcas interessa-nos salientar o facto de ter sido eliminada a obrigatoriedade de representação gráfica da marca, o que abre um caminho, há muito desejado, para as marcas não tradicionais, tais como as marcas olfactivas, as marcas sonoras que não se podem representar numa pauta, as marcas tácteis e marcas gustativas, entre outras. Há muito que se desejava a protecção das marcas olfactivas, havendo mesmo lojas, como a MaximoDutti, onde se entra e se sente um odor especial, mas esse odor não podia ser registado por não ser susceptível de representação gráfica. Com a entrada em vigor do Regulamento a marca olfactiva já pode ser protegida enquanto marca da EU. Aliás, numa visão ampla, em tempos o IHMI concedeu o registo como marca a uma bola de ténis com odor a relva acabada de cortar³⁶. Note-se, todavia, que a Directiva, no seu Considerando 13, mantém as sete exigências do célebre Acórdão Sieckmann³⁷, ou seja, que para ser marca o sinal possa ser representado de forma clara, precisa, autónoma, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva. A posição do EUIPO, até hoje, tem sido muito restritiva, apenas admitindo a registo as marcas não tradicionais sonoras, ou seja, os sons que não se escrevem numa pauta. Todavia, um recente Acórdão do TJUE³⁸ veio surpreender a doutrina (que o critica de forma veemente), ao admitir o registo da cor vermelha das solas dos sapatos Louboutin, registo há muito desejado pelo estilista, mas sempre negado.

³⁵ Sobre outras alterações institucionais consulte-se <<https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation>> (último acesso em: 29 maio 2017).

³⁶ Outras alterações de relevo podem ser consultadas no IPIUE. O novo Regulamento entrou em vigor no dia 23 de março de 2016 (algumas alterações só começaram em vigor em outubro de 2016), estando já em marcha no IPIUE o plano de adaptação às novas regras de todos os procedimentos, dos sistemas informáticos e das *guidelines*. Mais informação em <<https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation>> (último acesso em: 29 maio 2017).

³⁷ O Acórdão Sieckmann pode ser consultado em <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9e a 7 d 2 d c 3 0 d 6 b 2 9 0 9 8 4 d 1 1 c 6 4 b c a 8 d 2 6 e 0 e 2 b 9 4 5 c 3 d 9 . e 3 4 K a x i L c 3 q M b 4 0 R c h 0 S a x y N a h 9 0 ? d o c i d = 4 7 5 8 5 & p a g e I n d e x = 0 & d o c l a n g = P T & m o d e = 1 s t & d i r = & o c c = f i r s t & p a r t = 1 & c i d = 1 1 8 7 7 0>> (último acesso em: 29 set. 2018).

³⁸ O Acórdão, de 12 de junho de 2018, pode ser consultado em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/cp180084pt.pdf>> (último acesso em: 29 set. 2018).

A nova Directiva de Harmonização vem aproximar os registos nacionais de algumas das regras que anteriormente apenas vigoravam para as marcas comunitárias, de modo a uniformizar alguns aspectos entre os vários Estados-Membros e, com isso, facilitar a actividade transfronteiriça das empresas. De entre as principais alterações introduzidas, salienta-se a eliminação da obrigatoriedade de representação gráfica da marca, facilitando-se a apresentação de marcas não tradicionais^{39/40}.

A marca ajuda o prestígio do produto. Daí que a indústria da moda invista bastante em policiar o uso não autorizado das suas marcas. Aliás, muitos produtos ligados à moda que são vendidos tradicionalmente em feiras de rua, mas com o advento da digitalização, na própria *Internet* são contrafações patentes que violam o Direito de Marcas. Pode, todavia, haver uma forma mais sofisticada de cópia, que se traduz na cópia de modelos ou desenhos, ou de objectos protegidos por direitos de autor, ou por ambos, em vez da cópia de marcas, ou outros sinais distintivos. Por exemplo, a H&M ou a Zara têm as suas próprias marcas, pelo que não há, a este nível, qualquer violação do direito de marcas. Se o produto de moda não está protegido por direitos de autor ou por modelos ou desenhos, ou seja, se há uma cópia do projecto de *design* não sancionada, a marca, ainda assim, pode ser protegida.

Uma forma interessante de protecção consiste em que o projecto de *design* integre a marca de tal forma que a marca passe a ser um elemento do *design*. Por exemplo, o xadrez distintivo da Burberry's é marca registada e muito vestuário e acessórios da Burberry's incorporam este xadrez no *design*. Há outros casos em que o vestuário e

³⁹ Apesar de a Proposta Inicial de Directiva, apresentada em 2013, conter uma norma que determinava o fim do exame oficioso dos motivos relativos de recusa de marcas ainda efectuado por alguns institutos nacionais na UE, muitos dos esforços desenvolvidos por Portugal levaram a que se conseguisse arredar essa norma do diploma e preservar a liberdade de os Estados-Membros poderem optar por manter ou não esse exame oficioso, em função das suas particularidades e condicionalismos próprios. No dia 14 de janeiro de 2016 iniciou-se o prazo máximo de três anos para Portugal transpor esta Directiva. O novo sistema que Portugal terá que instituir, para que o INPI possa passar a proceder à apreciação da validade dos registos, terá um prazo máximo de implementação de sete anos. Com mais detalhe, <<https://oami.europa.eu/ohimportal/pt/eu-trade-mark-regulation>> (último acesso em: 29 maio 2017).

⁴⁰ Para um estudo aprofundado sobre marcas, veja-se Serens (2007); Carvalho (2009, p. 217-245). Em pormenor, sobre marcas olfactivas, em pormenor, relatando também este caso, <<https://www.slideshare.net/filipeduarte980/marcas-olfativas>> (último acesso em: 30 maio 2017). Sobre as novas marcas, referindo também este caso, veja-se também Gonçalves (2015, p. 195-197). O caso pode ser consultado no Jornal Oficial do IHMI, 1999, p. 1.238 ss. e foi bastante controverso, tendo sido apenas concedido pela 2ª Câmara de Recurso do IHMI, de 11 fev. 1999. Inicialmente o registo havia sido negado. O registo foi concedido porque se entendeu que para preencher o requisito da representação gráfica o que importava não era o odor em si, mas descrição da marca olfactiva, argumento que não consideramos válido à luz da legislação então em vigor que exigia representação gráfica.

acessórios incorporam de forma proeminente uma marca na parte visível do produto. É o caso da Louis Vuitton, com um padrão coberto com a marca LV. A tendência parece ser crescente e, nestes casos, a marca pode ter uma forte protecção contra a cópia. Todavia, em muitos dos produtos de moda, em particular, no vestuário, as marcas aparecem no interior ou apenas, de forma subtil, por exemplo, nos botões (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2012, p. 29-30; RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.700-1.702).

Neste contexto há ainda a referir o *tradedress*, ou seja, os vários elementos que compõem a forma tridimensional do produto, a forma como o produto se apresenta ao consumidor. O *tradedress* do produto se traduz no conjunto dos diversos elementos que compõem a confecção ou a configuração do próprio produto. Embora seja um elemento decorativo e estético, é uma forma de identificar a proveniência do produto. É um fenómeno que atinge sobretudo os produtos que têm marcas próprias, produtos com marcas de grandes cadeias distributivas.

Quanto ao *tradedress* (previsto entre nós no art. 240º CPI) há que dizer que nos EUA, originariamente, se limitava à embalagem do produto, mas os Tribunais foram desenvolvendo o conceito de forma a envolver toda a imagem do produto, incluindo a sua forma, tamanho, cor, combinações de cor, textura, etc.. O *tradedress*, entendido em sentido *lato*, pode ser uma forma de, através do direito de marcas proteger cada vez mais o *design*. Todavia, por um lado o *tradedress* apenas se aplica aos aspectos estéticos, não funcionais do *design*. Por outro lado, só se protege o *tradedress* que, além de ornamental, seja indicativo da fonte. Isto não acontece muito no domínio da moda. Os consumidores podem apreciar muito um *design* de moda, mas não ligam, em regra, os elementos de um concreto *design* uma marca, a uma fonte. Isto não quer dizer que não aconteça. Por exemplo, os consumidores mais atentos, por certo que associam à marca Chanel às características dos casacos Chanel. E isto acontece também com outras marcas. Por esta via, pode haver protecção do *design* através do *tradedress*, embora não *seja muito comum* (JIMENEZ, 2014, p. 13-16; MISHTAL, 2014, p. 26-43; RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2012, p. 29-30; RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.702-1.704).

Não cremos que o *tradedress* possa ser entendido entre nós desta forma tão ampla. Na verdade, o art.º 240º, onde está previsto, é um artigo infeliz em todos os sentidos. Como refere Gonçalves (2015, p. 261), trata-se de uma originalidade do nosso direito de marcas, a “imitação de marca *virtual*”. A marca que o artigo considera imitada pela marca requerida na realidade não existe. O que existe é algo diverso, é um pedido de marca confundível

com a apresentação do produto que pertence a outro titular. Não há qualquer confusão entre a marca registrada e a marca cuja protecção se requer.

Na verdade, o que está em causa, aqui, é um acto de concorrência desleal e é nessa sede que a questão se deveria resolver. Mas, assim sendo, o legislador de 2003 consagra uma solução desastrosa. Ao deslocar o problema para o direito de marcas ficciona a existência de uma marca que não existe, e que se traduz na apresentação do produto em termos de embalagem e rótulo e obriga o detentor legítimo da marca a requerer uma nova marca para proteger a apresentação do produto, ou seja, o *tradedress*. A solução é inaceitável: o eventual prejudicado só pode se defender ou solicitar o registo de uma marca que inclua a marca já registada mais a apresentação do produto. Fica claramente prejudicado, designadamente em termos de custos, quando a questão se podia resolver via regras contra a concorrência desleal, sendo essa a sede própria. Aliás, se o interessado recorrer o disposto no art. 239º, nº 1, al. c) resolve por completo a sua pretensão⁴¹. Aquilo que se faz nos EUA resolve-se entre nós via normas contra a concorrência desleal.

3.2.4 Outros sinais distintivos

Outros sinais distintivos podem também ter muito interesse. É o caso dos logótipos (art.º 304º-A ss CPI). O logótipo é o sinal adequado a identificar qualquer entidade que preste serviços ou comercialize produtos, distinguindo-a das outras. Pode ser utilizado, nomeadamente, em estabelecimentos, anúncios, impressos ou correspondência. É o modo como a entidade é conhecida junto do público. Não podem ser registados os logótipos compostos exclusiva ou essencialmente por elementos que descrevam a entidade, ou as suas características, ou por elementos que sejam usualmente empregues na linguagem do comércio, por falta de capacidade distintiva. Um logótipo composto exclusiva ou essencialmente por estes elementos apenas pode ser registado se tiver adquirido, na prática comercial, eficácia distintiva (*secondary meaning*). Sempre que estes elementos estejam combinados com elementos distintivos (palavras ou grafismos), o logótipo pode ser registado. Os elementos descritivos, genéricos ou usuais não apropriação exclusiva do respectivo titular. Não podem ser registados os logótipos que possam causar um engano do consumidor a respeito da natureza ou das características da entidade (GONÇALVES, 2015, p. 354-258; ROCHA, 2017a, p. 199-203; SILVA, 2011, p. 243-255)⁴².

⁴¹ Com críticas contundentes à solução legislativa, Gonçalves (2015, p. 261).

⁴² Também INPI, <www.inpi.pt> (último acesso em: 30 maio 2017).

Também podem ter muito interesse as denominações de origem e as indicações geográficas (cf. art.º 305º ss. CPI). Quando um nome geográfico (de uma região, de um local ou de um país), para além de informar o consumidor sobre a origem de um produto, também garante que o produto reúne determinadas características e qualidades, podemos estar perante uma denominação de origem ou uma indicação geográfica. As denominações de origem e as indicações geográficas inspiram confiança no consumidor, porque desempenham uma função de qualidade, pelo que podem ser um instrumento muito valioso para as empresas, acrescentando valor às suas marcas. Se as denominações de origem ou as indicações geográficas forem registadas, passam a ser um direito de propriedade industrial que confere aos seus titulares a possibilidade de reagir contra utilizações indevidas e abusivas em produtos que as desprestigiam. As denominações de origem e as indicações geográficas, para além de atribuírem ao produtor um direito exclusivo resultante da conquista de um lugar único determinado pela tipicidade e qualidade dos produtos e de conferirem um valor acrescido às marcas, são um meio privilegiado ao dispor dos seus utilizadores/titulares, pois permitem alcançar o consumidor através de critérios de exigência cada vez mais elevados em termos de qualidade e autenticidade dos produtos que adquirem no mercado. Para que determinado produto possa ser protegido como Denominação de Origem é necessário haver uma maior ligação entre o produto e a região de origem, ou seja, as suas qualidades e características devem-se, não apenas aos factores humanos, mas também, às condições naturais. Há uma interdependência entre os factores naturais e humanos e o produto. As Indicações Geográficas têm requisitos menos exigentes. A ligação do produto ao seu local de origem é muito mais ténue, bastando que a reputação ou uma determinada qualidade (e não todas as qualidades) ou outra característica (não todas as características), possam ser atribuídas à origem geográfica, sem influência dos factores naturais e humanos (GONÇALVES 2015, p. 358-364; SILVA, 2011, p. 276-306)⁴³.

4 COMÉRCIO ELECTRÓNICO E TUTELA DOS NOMES DE DOMÍNIO

Não podemos esquecer que hoje há dois mercados de moda. Para além das lojas físicas, o comércio electrónico tornou-se fundamental e está em constante crescendo. Isso acontece em diversos sectores, mas também adquiriu particular relevância em todas as áreas da moda. Aliás, neste âmbito podemos ter três realidades. Há empresas que vendem

⁴³ Também INPI, <www.inpi.pt> (último acesso em: 30 maio 2017).

no mercado tradicional das lojas físicas, mas vendem simultaneamente na *Internet* e em nível mundial, como é o caso das grandes empresas de retalho⁴⁴; há pequenas empresas que vendem apenas na *Internet*, sobretudo através das páginas do *Facebook*, e há empresas que, embora não vendam *online*, têm uma página *web* para anunciar as lojas físicas onde estão presentes. São cada vez mais escassas as lojas que não têm uma qualquer ligação ao comércio electrónico, e cada vez surgem mais lojas virtuais. Neste contexto, é de importância fundamental o registo dos nomes de domínio da empresa. Não podemos esquecer que o estabelecimento comercial no domínio electrónico é a página *web* ou página de *Facebook* em que são apresentados os produtos. Também é muito importante o *Website* da empresa que funciona como o seu estabelecimento comercial virtual e pode ser protegido de várias formas, designadamente, seja por direitos de autor, seja por direitos privativos da propriedade industrial, seja via direito *sui generis* do fabricante da base de dados.

5 REGRAS CONTRA A CONCORRÊNCIA DESLEAL

A protecção também pode ser efectuada através das regras contra a concorrência desleal, entre nós prevista nos arts. 317º e 318º CPI, mas que se aplica transversalmente no âmbito do Direito de Autor. Inclusive, parece-nos que o regime contra a concorrência desleal deveria integrar um diploma próprio, dada à sua transversalidade. De entre os vários actos de concorrência desleal, tem, desde logo, particular interesse a protecção dos segredos de indústria e de comércio (art. 318º CPI) que foram alvo de recente intervenção comunitária, através da Directiva da Directiva (UE) 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho, relativa à protecção de *know-how* e informações confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais. Os segredos comerciais são, cada vez mais, uma das formas mais utilizadas pelas empresas para protecção da criação intelectual, sendo valorizados ao ponto de serem utilizados como complemento ou como alternativa aos direitos da propriedade industrial. A Directiva procura harmonizar dentro da UE os níveis de protecção de que devem beneficiar o *know-how* e informações de natureza confidencial. O regime jurídico pretende ainda reforçar a protecção actualmente existente para os segredos comerciais, instituindo um conjunto de mecanismos civis que, sem colocar em causa os direitos e liberdades fundamentais ou o interesse público, permitam prevenir e reprimir práticas ilícitas neste

⁴⁴ Nota do Editor-Associado. O termo “Retalho”, utilizado em Portugal, tem equivalente, no Brasil, a “varejo”.

domínio. Os Estados-Membros tinham até 9 de junho de 2018 para transpor esta nova Directiva para os respectivos ordenamentos jurídicos internos⁴⁵.

De qualquer modo, há outros tipos de concorrência desleal muito comuns no âmbito da moda. O mercado da moda é um dos mercados no qual existe mais concorrência desleal. Pelo elevado *cash flow* que os bens desta categoria e, mais amplamente os bens de luxo pessoal geram, e pela relativa simplicidade com que os processos de contrafação e imitação parasitária são possíveis por parte de terceiros, nomeadamente pertencendo a outras economias. Inclusive o fenómeno é mais intenso em fase de recessão económica⁴⁶. As formas mais usadas de concorrência desleal traduzem-se no uso de sinais distintivos de outros (que também viola o direito de marcas e de outros sinais distintivos), a imitação servil e a criação de confusão por outros meios. A imitação servil existe quando a empresa concorrente não se limita a copiar os elementos funcionais de um vestuário, por exemplo, porque esses não estão protegidos contra a cópia, uma vez que deles depende a funcionalidade do produto, mas imitam o corte, os tecidos, as combinações de cores, os padrões, os moldes e desenhos. Outros actos de confusão conseguem-se quando o consumidor atento, mesmo sabendo que se trata de uma imitação, compra com a finalidade de induzir os outros a pensar que se trata de um original, dado que a cópia é tão bem efectuada (BERGAMASHI, 2009, p. 11-13). Caso não haja protecção pelo Direito de Autor ou pelos modelos ou desenhos, os *look a like* ou *knock off*, se forem cópias ilícitas, podem ser subsidiariamente protegidos através das normas contra a concorrência desleal. O aspecto é idêntico, mas o preço é muito mais baixo pela ausência de custos de

⁴⁵ Em pormenor sobre os segredos de negócio, Gottlieb (2014, p. 63-65); Silva (2014, p. 259-305); Silva (2015b, p. 223-257).

⁴⁶ Desenvolvidamente, Bergamashi (2009, p. 1-26, em especial, pp. 1-7). O autor demonstra com estatísticas que as economias mais afectadas com as crises globais de 2007/2008/2009, no âmbito do vestuário, variaram. As vendas na Europa baixaram discretamente graças à abertura de vários pontos de venda nos mercados emergentes do Leste, como a República Checa, a Rússia ou a Hungria; o mercado dos EUA foi particularmente apenado por causa da crise dos canais distributivos, as denominadas *department stores*; o mercado japonês foi afectado pela recessão em 2009; os mercados emergentes da Ásia Oriental cresceram, sendo a China o mercado com maior aumento de vendas. O mercado do vestuário de luxo foi afectado, sobretudo pelo fenómeno do *down-trading* dos consumidores no confronto com as marcas de prestígio (*premium brands*). As mulheres diminuíram as aquisições de bens com elevado conteúdo simbólico e os homens reduziram as roupas de luxo. Nos períodos analisados, o autor observou uma uniformidade de comportamentos dos consumidores em nível global: menor propensão para a aquisição de produtos de luxo e consumos menos ostensivos, adiando o seu consumo a médio prazo; procura do valor intrínseco, por exemplo, moldes artesanais, fios finos; incremento de reutilização de produtos adquiridos no passado (*chic-onomic*); incremento da despesa em falsos, seja contrafeitos, seja imitações de bens de luxo, aspecto que nos interessa destacar. Os consumidores de 2007 a 2009 tentaram fazer o *shop in your closet*, reutilizando, muitas vezes com novas combinações, produtos adquiridos no passado. As eventuais novas aquisições foram de poucos produtos-chave ou acessórios, ou produtos de linhas mais abaixo dos produtos de luxo, seja de produtos da segunda ou da terceira linha.

pesquisa, desenvolvimento e comercialização das peças. Estas imitações, uma vez que são realizadas à escala industrial, têm cada vez melhores técnicas que permitem a elevada qualidade do produto, cuja venda se espalha em nível global através do comércio electrónico. No *look a like* a marca não é imitada, mas pode ser indevido por parte da empresa que copia desfrutar do investimento da empresa cujos produtos são copiados, que gasta em investimento e desenvolvimento dos bens e na sua publicidade. Normalmente são imitados os produtos de consumo *fast moving*, ou seja, bens de uso comum das grandes cadeias de distribuição, mas também as casas de moda de alta-costura são copiadas sem contrafacção da marca e mediante canais de distribuição não especializados.

A deslealdade está no aproveitamento indevido do investimento e da notoriedade e prestígio dos produtos da marca que são copiados. Nos *look a like* ou *knock off* pode haver uma exploração da confiança que, em regra, o produto de marca imitada tem, uma vez que esta consegue comunicar à sua clientela o seu diferencial qualitativo relativamente a produtos similares (BERGAMASHI, 2009, p. 14-15). A força do *look a like* ou *knock off* deve-se a uma associação entre os produtos, que até pode ser inconsciente, e se o for, é subliminar e, portanto, ainda mais perigosa. O imitador consegue, desta forma, uma atenção para os seus produtos que, de outro modo, não teria. Pouco interessa que o produto imitado tenha uma marca própria, distinta do produto imitado. Ele obteve um apoio ilícito e desleal (BERGAMASHI, 2009, p. 15 e nota 25)⁴⁷.

6 DIREITO DA PUBLICIDADE

A publicidade tem um papel fundamental na moda, no sentido de a dar a conhecer, pelo que se aplicam à moda, todas as normas relacionadas com o Direito da Publicidade, em particular, os princípios da verdade e da licitude, da protecção contra a publicidade enganosa e da protecção dos direitos do consumidor. As empresas de moda gastam milhões em anúncios publicitários em todos os tipos de suportes, pelo que há que salvaguardar esse

⁴⁷ Sobre a Concorrência desleal em geral, leia-se Gonçalves (2015, p. 365-393), autor que demonstra a importância da distinção entre os dois modelos de concorrência existentes, entre nós o modelo profissional, mais restritivo porque apenas tutela os interesses privados dos concorrentes, e o modelo social, que tem como pioneira a Alemanha, e que se estendeu a outros regimes como o espanhol, em que a concorrência desleal deixa de ser vista como um instituto destinado a resolver conflitos entre concorrentes, para passar a ser um instrumento de condutas no mercado, protegendo ao mesmo tempo os interesses dos consumidores e o interesse público do bom funcionamento do mercado; leia-se ainda Silva (2011, p. 315-342), dando conta dos diversos conceitos de concorrência e afirmando, de acordo com posição com a qual concordamos inteiramente, que a Disciplina da Protecção contra a Concorrência Desleal não faz parte do Direito Industrial.

investimento, desde que lícito, através das diversas normas relativas ao Direito da Publicidade⁴⁸.

7 TUTELA DO DIREITO *SUI GENERIS* DO FABRICANTE DAS BASE DE DADOS

As criações de moda são, em geral, apresentadas através de catálogos, seja *online* (o que é a situação normal), seja *offline*, seja em simultâneo (ex.: revista La Redoute). Na medida em que estas bases sejam criativas, podem ser protegidas, entre nós e na UE, através do Direito de Autor sobre as bases de dados. Em todo caso, independentemente dessa protecção e mesmo para bases de dados não criativas, existe a protecção do direito *sui generis* do fabricante das bases de dados⁴⁹.

8 A INCIDÊNCIA DA PIRATARIA NA MODA

O fenómeno da pirataria, em geral, mas no âmbito particular da moda, está amplamente difundido, atingindo os direitos centrais que protegem a moda, ou seja, o *design*, quer sob a forma de violação de direitos de autor, quer sob a forma de violação dos modelos e desenhos e as marcas. A violação dos direitos de autor e da propriedade industrial, já habitual nas feiras, tornou-se num verdadeiro mercado paralelo, graças também ao comércio electrónico, que facilitou muito a circulação das falsificações. Dada à deslocalização da produção para a China, ou outros países do Sudeste Asiático, onde a mão-de-obra é barata e o sistema de protecção de Propriedade Intelectual é muito frágil, se é que existe. É fácil que os projectos e as peças aí fabricadas saiam facilmente do contexto do segredo das empresas europeias e norte-americanas que para aí deslocam toda ou parte da produção, e sejam apropriadas por empresas locais, que a custo zero, em termos de *know-how*, pois que se baseiam na imitação, fabricam peças concorrentes a preços incrivelmente mais baixos. De entre os países do Sudeste Asiático, a China lidera a contrafacção, sendo a responsável por cerca de 70% da contrafacção em nível mundial. Mas também há países peritos em contrafacção em zonas mediterrânicas, com liderança para a Turquia. A globalização permite que os produtos contrafeitos, de origem chinesa ou outra, entrem na UE através de várias alfândegas mais débeis, como é o caso, em

⁴⁸ Com mais detalhe, sobre o Direito da Publicidade, veja-se Amorim (2017); Martínéz Escribano et al (2015).

⁴⁹ Cf. Decreto-Lei 122/2000, de 4 de julho, que transpôs a Directiva 96/9, relativa à protecção jurídica das bases de dados. Em pormenor, na doutrina, destacamos Bouza Lopez (2001); Venâncio (2007).

Itália, de Nápoles. O canal mais utilizado, normalmente, é o mar, em que os produtos contrafeitos vêm em contentores que são descarregados nestas alfândegas mais débeis. Portanto, em termos de contrafacção, não apenas está organizada a produção, como também a distribuição. Quanto aos pontos de venda, para além das tradicionais feiras, bancadas em festas populares, vendas nas praias e vendas em lojas físicas, hoje em dia a contrafacção não se faz apenas em canais de venda *físicos*, porque se podem adquirir com facilidade produtos contrafeitos através da *Internet*. Aliás, a *Internet* constitui um dos canais preferidos, graças, também, à possibilidade de anonimato. É frequente o recurso às lojas *online*, uma vez que a Directiva do Comércio electrónico⁵⁰ dá origem a diversas interpretações quanto à responsabilidade dos intermediários. O problema principal do comércio electrónico está na impossibilidade física de ver o produto, que se adquire com base em reproduções fotográficas, muitas vezes retiradas directamente da casa-mãe, não permitindo ao comprador saber se o bem é original ou falso. No sector da moda o problema ainda é mais intenso, uma vez que os bens à venda são reproduções de marcas famosas e os consumidores, muitas vezes inconscientemente, mas muitas outras vezes de forma consciente e deliberada, adquirem o bem por força do valor simbólico atribuído à marca. Os operadores legais do sector sofrem, não apenas pela redução das vendas e da facturação, mas também danos ligados à sua imagem. Por isso, é fundamental, em nível de comércio electrónico, descobrir quem é que pode ser responsabilizado, distinguindo o provedor de serviços activo dos que têm uma função de meros intermediários⁵¹. O intermediário é aquele cuja responsabilidade está limitada pelo art. 14º da Directiva 2000/31 e isso depende do papel meramente passivo, técnico e automático, com a consequência de não controlar as informações transmitidas ou guardadas na memória. Este papel, todavia, foi posto em causa na jurisprudência francesa relativamente às controvérsias de Louis Vuitton e Christian Dior Couture contra o eBay, pelo uso das suas marcas na venda mercadorias contrafeitas. O eBay, que baseia os seus próprios lucros no número de transacções efectuadas, não pode ser considerado um simples provedor de serviços, invocando a limitação da sua responsabilidade tal como é concedida a simples intermediários. Em ambos os casos o gestor do *site* da *Internet* foi considerado parte fundamental das transacções entre vendedores e potenciais adquirentes e condenado⁵².

⁵⁰ Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho do Conselho de 8 de junho de 2000, relativa a alguns aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio electrónico no mercado interno (L. 178/1, de 17-07-2000).

⁵¹ Cf. TJUE, 23 de março de 2010, Google Adwords (C-236/08 e C-238/08).

⁵² Trib. Com. de Paris, 30 de junho de 2008, Louis Vuitton Malellier v. eBay, <<http://www.zdnet.fr/i/edit/ne/2008/06/jugement-LVMH-ebay.pdf>> (último acesso em: 30 maio 2017); Trib. Com. de Paris, 30 de junho de 2008, Christian Couture v. eBay, <<https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-1ere-chambre-b-jugement-du-30-juin-2008/>> (último acesso em: 30 maio 2017).

Mas as decisões estão longe de ser líquidas, embora o eBay tenha alterado o seu regulamento para garantir protecção contra a contrafacção e se tenha sempre mostrado muito colaborativo (ex.: remoção proactiva da contrafacção evidente; remoção de publicidade relativa a objectos contrafeitos por relatados pelos proprietários das marcas; remoção dos *sites* de vendedores de objectos contrafeitos; colaboração com as autoridades legais, de modo que os contrafactores sejam perseguidos penalmente; aplicação de limites de venda para os objectos maioritariamente expostos à contrafacção; limitação das actividades dos vendedores de determinadas categorias; fornecimento de instrumentos gratuitos para os proprietários de direitos que permitam identificar a de modo eficaz a publicidade e de relatá-la ao eBay para que sejam de imediato removidos)⁵³.

O modelo em que assenta a Propriedade Intelectual na UE é um modelo forte de protecção contra a pirataria. A digitalização e o desenvolvimento da Sociedade da Informação, com a difusão das obras e dos direitos da propriedade industrial em rede, implicaram, o surgimento de novos Tratados, Regulamentos e Directivas para fazer face aos desafios tecnológicos, em particular na área do *software*, da indústria da música e da indústria audiovisual. No âmbito dos direitos de autor, consagraram-se dispositivos tecnológicos de protecção e de informação para a gestão dos direitos de autor e direitos conexos, regulados em Portugal, como nos restantes países da União Europeia, de acordo com os Tratados OMPI 1996 (respectivamente, arts. 11º e 12º do Tratado sobre direito de autor e arts. 18º e 19º do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas) e a Directiva 2001/29/CE (InfoSoc), relativa à harmonização de determinados aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação (arts. 6º e 7º). Inclusive, as medidas de protecção e os sistemas de informação foram regulados de forma tão intensamente protectora que colocam em causa o equilíbrio entre a protecção e as utilizações livres, criando um paradoxo, em que na sociedade da informação os utilizadores podem ficar pior do que na era analógica, por não lhes ser permitida a retirada das medidas de protecção e os sistemas de informação e gestão, mesmo para usos livres sem que cometam um crime com pena de prisão até um ano ou multa (cf. arts. 217º a 228º CDADC)⁵⁴.

⁵³ Vide <<http://pages.ebay.com/help/policies/overview.html>> e <<http://pages.ebay.com/seller-center/listing/create-effective-listings/vero-program.html>> (último acesso em: 30 maio 2017).

⁵⁴ Desenvolvidamente, Garrote Fernández-Díez; Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, p. 2.047-2.051, em comentário ao art.160º TRLPI); Leitão (2011, p. 368); Rocha (2012-2013, p. 429-446). Vicente (2009, p. 506 e ss.) Na prática, todavia, a efectivação dos direitos não se realiza em todos os países da UE, porque se há países onde a vigilância é menos apertada, pelo que raramente alguém é criminalizado, ou há menos propensão para bloquear conteúdos ilícitos, noutros países, como na Alemanha, essa vigilância é muito apertada. Mais, é muito discutível, no contexto da UE e mesmo em Portugal, o que são utilizações privadas lícitas e o que são utilizações públicas, ilícitas.

Há países em que se corta o acesso à *Internet* quando há uma violação, tornando os utilizadores em infoexcluídos. Contam-se entre estas iniciativas a Lei HADOPI, em França⁵⁵ e Leis SINDE e LASSALLE⁵⁶, em Espanha⁵⁷, projectos PIPA⁵⁸ e SOPA⁵⁹ e

No âmbito do Direito de Autor, com raras excepções, Sociedade da Informação actual traduz-se nos excessivos prazo de protecção concedidos aos autores e titulares de direitos de autor, bem como, mais recentemente, aos produtores e artistas musicais, pela transposição da Directiva 2011/77/UE do parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2011 que alterou a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (os artistas musicais e os produtores de fonogramas passam a ter um prazo de protecção dos seus direitos patrimoniais de setenta anos a contar da data da primeira divulgação). Com uma duração excessiva, a comunidade é privada desproporcionalmente de desfrutar de bens culturais que ficam em regime de monopólio privado até à queda no domínio público. Para Ascensão, por exemplo, o facto de a duração dos direitos patrimoniais de autor a nível comunitário ser já a vida do autor mais setenta anos contados a partir de 1.º de janeiro do ano a seguir à morte deste, é manifestamente excessivo. Tanto mais que a protecção poderá atingir 150 anos ou mesmo mais, basta pensarmos numa obra realizada na juventude de um autor que morre muito velho. Podemos acrescentar as situações de colaboração, em que o prazo começa a correr após a morte do último de uma série de colaboradores, e este morre em idade propecta. Temos que concordar que se trata de um absurdo. Isto, todavia, não é privativo do Direito de Autor. Como salienta o autor, o problema de fundo está na forma como se perspectiva o domínio público. Este não deve ser visto “como um cemitério de obras que perderam valor comercial: é antes o destino normal das obras, quando se esgotam as razões de atribuição de protecção autoral”. Desta forma, há todo o interesse em que tais obras/prestações estejam disponíveis no domínio público, de modo a fomentar a criatividade e a evolução da comunidade. Aliás, no contexto da UE, as restrições à concorrência traduzidas nos direitos de exclusivo (economicamente, monopólios individuais) apenas se justificam porque a tutela da criatividade e do investimento que potenciam são benéficas, mas só enquanto forem benéficas. O ponto de partida e de chegada é sempre o da liberdade de acesso e uso dos bens culturais, cumprida a função autoral que justifica a concessão de exclusivos por um dado período, função essa também ressalvada no art. 42º, nº 2 da Constituição. E isto também para protecção dos próprios consumidores. A hipertrofia dos direitos de autor, dos direitos conexos e do direito *sui generis* do fabricante da base de dados, em que se protege o investimento na organização de informação, faz-se sempre à custa da liberdade da concorrência e da protecção do consumidor. Com mais pormenor, Ascensão (2008, p. 23 ss.) Em nível do direito industrial, a duração já é mais aceitável, vinte anos a contar do pedido para as patentes, seis anos com duas renovações de dois anos cada, ou seja, dez anos para os modelos de utilidade, 25 anos para os modelos ou desenhos registados, com a limitação dos três anos para os modelos ou desenhos comunitários não registados. Quanto aos sinais distintivos, devem acompanhar todo o percurso da duração da empresa ou produto/serviço, pelo que têm uma duração indefinida.

Na União Europeia, a Directiva 2001/29 (InfoSoc) harmonizou vários aspectos do direito de autor e dos direitos conexos no mercado interno, em especial na sociedade de informação, prevendo no seu art. 5º um conjunto de 21 limites e excepções ao direito de autor que implicaram alterações ao nosso art. 75º CDADC. Tais excepções e limites são taxativos, e devem respeitar a regra dos três passos da Convenção de Berna. De qualquer modo, são limites e excepções bastante insatisfatórios, porquanto a maioria não se aplica no âmbito da sociedade da informação, ainda, por constituírem uma lista não obrigatória, o que implica que não haja harmonização dentro da UE em matéria de utilizações livres, como seria imperativo, porque não fica claro o que sejam usos privados e usos públicos, havendo forte incerteza a este nível e conflitualidade a este nível, por último, porque não é certo se deve ou não haver uma interpretação restritiva destas excepções e limites, pese embora seja essa a orientação preconizada pelo TJUE, o próprio Tribunal já adoptou critérios mais flexíveis. Urge uma revisão desta Directiva. Aliás, a Directiva sobre obras órfãs surgiu, para colmatar a rigidez desta enumeração taxativa, sobretudo quando interpretada de forma estrita, e os prazos excessivos de protecção (Directiva 2012/28/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro). Questiona-se se não seria melhor adoptar na UE um regime mais próximo do sistema de Copyright anglo-americano, contemplando o *fair use*, em vez de uma lista taxativa. Em pormenor, Pereira (2016, p. 31 ss.); Rendas (2015, p. 26-39).

⁵⁵ Para uma visão global da lei: <http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁵⁶ <<https://hipertextual.com/2013/03/que-es-la-ley-lasalle>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

⁵⁷ Para uma visão global da lei: <http://en.wikipedia.org/wiki/Ley_Sinde>. Acesso em: 30 abr. 2013.

⁵⁸ Para uma visão global do projecto: <http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act>. Acesso em: 30 abr. 2015.

⁵⁹ Para uma visão global do Projecto: <http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act>. Acesso em: 30 abr. 2015.

Tratado ACTA⁶⁰.

A violação, tanto de direitos de autor como de direitos da propriedade industrial, pode implicar crimes, com molduras penais excessivamente elevadas, em especial no caso dos direitos de autor, contra-ordenações e responsabilidade civil. Há também sanções acessórias, designadamente de perda dos objectos pirateados e possibilidade de intentar providências cautelares⁶¹.

Apesar de a cópia ser sistemática, ao contrário do que aconteceu com a indústria do *software*, a indústria musical e a indústria audiovisual, a indústria da moda apenas embarcou numa forte reacção contra a pirataria em matéria de marcas e demais sinais distintivos pirateados. Nos EUA, inclusive, o Council of Fashion Designers of America (CFDA) não menciona “Piracy” ou “IPRights”, no seu *website*⁶². Isto é apenas o resultado do que muitos, na indústria da moda, têm observado: que a liberdade de copiar é tomada como garantia (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.716).

Enquanto nos EUA a protecção da moda através da Propriedade Intelectual parece ser mais frágil por não estar protegida pelo *Copyright*, na UE a Directiva 98/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 1998, inclui a possibilidade de cúmulo, total ou pelo menos em teoria, o sistema europeu é bastante mais protector.

Perante um regime fraco de direitos da propriedade intelectual, como é o caso dos EUA, e um regime forte, como aparenta ser o regime que vigora na UE, dever-se-ia notar uma influência na indústria da moda. Esta tenderia a estar estagnada nos EUA e a desenvolver-se muito na UE. Mas não é isso que acontece. Não há grandes variações de comportamento.

Além disso, o mercado é global, as empresas trabalham em todas as jurisdições, nomeadamente as com legislação menos protectora, como é o caso dos EUA, ou,

⁶⁰ Para uma visão global do Tratado, que não está em vigor por falta das necessárias ratificações: <http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁶¹ A forte protecção, quer em nível de direito de autor, quer em nível de direitos da propriedade industrial resultou da transposição para o ordenamento português Directiva 2004/48/CE de 29 de abril, do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o respeito dos direitos de propriedade intelectual, mais conhecida como Directiva do *Enforcement*, operada pela Lei n.º 16/2008 do DR de 01 abr. 2008. Cf. arts. 195º a 228º CDADC e arts. 320º a 345º CPI.

⁶² <<http://www.cfda.com>>. Acesso em: 30 maio 2017.

aparentemente, mais protectora, como é o caso da UE. Todavia, a indústria dos EUA continua florescente e a imitação efectua-se nos dois sistemas⁶³.

Note-se que nos EUA não há qualquer dogma em não proteger via direitos de autor as obras utilitárias. Trata-se apenas de uma opção de política legislativa. A protecção do edifício em três dimensões é possível desde 1990 (Architectural Works Copyright Protection Act - AWCPA)⁶⁴.

Apesar da ampla possibilidade de protecção legal na EU, não há muitos litígios na Europa envolvendo *design* de moda e podemos observar cópia em larga escala, inclusive, há empresas a vender vestuário e acessórios similares tanto na União Europeia como nos EUA. Os dois maiores *fashion copists* europeus, a H&M (de origem sueca) e a Zara (de origem galega), com centenas de lojas a retalho e de vendas *online*, são empresas europeias que, depois do enorme sucesso obtido na Europa, se expandiram para os EUA. Há poucos casos famosos de disputas em razão da pirataria em matéria de direitos de autor. As empresas normalmente actuam a um nível global, em diferentes jurisdições. A compra de retalhistas dos EUA muitas vezes ocorre na UE e vice-versa, sobretudo quando estamos perante o comércio *online*. A diferença nas regras jurídicas aplicáveis não tem efeito na prática que regula a inovação e a concorrência em cada uma das jurisdições.

⁶³ A *Internet* é mundial, os direitos de propriedade intelectual são territoriais. No contexto dos direitos de autor, por exemplo, pensemos na diferença entre o *fair use*, próprio dos países anglo-saxónicos, e nas limitações e excepções taxativas e não harmonizadas, mesmo na UE, previstas na Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos dos direitos conexos na sociedade da informação (InfoSoc). Pense-se ainda na duração dos direitos patrimoniais, harmonizada na UE, por regra, de setenta anos a contar de 1.º de janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, e das regras dos países que apenas aderiram à Convenção de Berna, com os cinquenta anos de protecção a partir da morte do autor. Cria-se uma enorme insegurança porque, em função da lei aplicável, o resultado pode ser completamente diverso em termos de protecção. Tanto mais que a matéria de moda há países como os EUA onde esta não é protegida através do Direito de Autor/Copyright. Seria necessária uma harmonização das leis nacionais, mediante Tratados, para garantir idêntica protecção a nível global. Aliás, dentro da UE urge também harmonizar esta matéria, em função das deficiências da Directiva InfoSoc, tal como já aconteceu com as obras órfãs. Sobre as questões gerais de Direito Internacional Privado leia-se Vicente (2010). Neste âmbito são particularmente importantes os Regulamentos Roma I e Roma II, quanto à lei aplicável em matéria contratual e extracontratual na UE e o Regulamento (UE) 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Quanto à questão relativamente à lei de protecção aplicável às criações de moda pelo Direito de Autor, Abreu (2016, p. 164-168.1).

⁶⁴ L. n.º 101-650, 104 Stat. 5089, em vigor desde 1.º de dezembro de 1990. Deste modo, houve uma aproximação ao antigo caso *Mazer v. Stein*, de 1954 em que foi decidido que uma estatueta usada como parte de uma base de uma lâmpada podia ser protegida pelo *copyright* (347 U.S. 201, 1954) que protegeu uma obra artística utilitária. Desenvolvidamente, Raustiala; Sprigman (2006, p. 1.745-1.751). Aliás, o que aconteceu com as obras de arquitectura aconteceu com a protecção através de um direito *sui generis* no caso da protecção Topografias dos produtos semicondutores (SCAPA, de 1984, sucessivamente alterado) e dos cascos dos barcos (*BoatHulls*), (VHDP), parte do Digital Millennium Act.

9 A MUDANÇA NA INDÚSTRIA DA MODA CAUSADA PELA IMPRESSÃO 3D

Por enquanto, as possibilidades da impressão 3D na moda ainda são limitadas, sobretudo pela falta de materiais, e os custos que ainda envolve a impressão 3D de uma peça de moda, mas a situação está a mudar rapidamente (DAGIRMANJIAN, 2014). A tecnologia 3D tem um desenvolvimento tão rápido que é apenas uma questão de tempo até as peças de moda poderem ser impressas em variadíssimos materiais e por preços bastante mais baixos. Quanto mais baratas e usáveis no dia-a-dia forem as peças de moda impressas em 3D, maior será o crescimento do mercado para este tipo de bens. Actualmente já há vários *designers* a experimentar, plataformas *online* onde se podem adquirir peças de moda em 3D, sobretudo no âmbito dos acessórios, e plataformas 3D onde é possível imprimir os ficheiros CAD efectuados em casa. Num futuro próximo, quase toda a gente terá capacidade monetária para comprar uma boa impressora 3D e imprimir os seus *designs* em suas casas. A indústria da moda tem que se adaptar a esta nova realidade, nomeadamente vendendo ficheiros CAD, de modo a que os consumidores possam imprimir peças autênticas e não copiadas, em vez de as comprarem nas lojas. Além disso, é desejável que as empresas de moda estejam associadas a plataformas de impressão 3D, que podem fornecer os ficheiros, permitir a sua adaptação ao concreto consumidor, ou/ou fornecer os serviços de impressão 3D. Estamos a assistir ao emergir de um novo mercado da indústria da moda (VAN HALTEREN, 2016, p. 19-20).

A tecnologia 3D vem revolucionar a forma como até hoje tem funcionado a indústria da moda.

9.1 Retorno ao *Tailor-Made*

A primeira mudança tem a ver com facto de podermos passar de uma indústria quase totalmente baseada no pronto-a-vestir (*prêt-a-porter*) para uma indústria baseada em peças moldadas ao corpo e gostos de cada um. Com a impressão 3D volta-se ao *tailor-made*, às peças feitas à medida, personalizadas (*costumised*). Numa evolução em espiral, não voltamos propriamente ao passado, ao tempo em que as costureiras nos faziam os vestidos por medida, picando-nos de vez em quando com os alfinetes, nem aos alfaiates tradicionais, todos com as suas máquinas de costura, mas a máquina de costura, substituída pela impressora 3D, permite, com menos custos e muito maior versatilidade, passar do *prêt-a-porter* para o *tailor-made*. A impressão 3D traduz-se numa técnica brilhante

para fazer protótipos muito rapidamente e para passar dos protótipos para as peças a serem vendidas, sendo essas personalizadas em função do corpo e das escolhas do consumidor. O *software* de modelação 3D permite que as roupas (ou calçado) inovadoras se adaptem a cada pessoa para se ajustarem perfeitamente ao seu corpo. Inclusive, a modelagem 3D na moda para a impressão 3D tem mais semelhanças com a arquitectura, com o modelar um edifício arquitectónico, do que com a modelagem de roupas em tecido tradicional. É só passar as medidas para o *software* e modelar o que se tiver em mente. Com os filamentos em TPU de plástico flexível, podem ser projectadas roupas com as formas mais incomuns, mantendo a flexibilidade do tecido. Cristiano Ronaldo (CR7) usa as suas chuteiras em impressão 3D, feitas à medida⁶⁵. Manda produzir as chuteiras em 3D com base na podologia robotizada. Primeiro são analisadas as características do pé, perna, joelhos; a partir daí detectam-se padrões de lesões para as evitar. As chuteiras com o recurso à impressão 3D são mais leves, totalmente personalizadas, flexíveis e adaptadas aos pés de CR7. Outro exemplo é a colecção Outono Inverno 2018, em que o director criativo da Balenciaga, Demna Gvasalia, usou a impressão 3D na alta-costura⁶⁶. Gvasalia usou *scans* 3D do corpo das modelos num programa CAD para atingir a modelação (*tailoring*) que desejava. Os *scans* em 3D foram impressos em 3D, moldados e fundidos com uma espuma leve, os *tweeds* e os veludos foram colados à espuma para criar os casacos acabados, impressos em 3D. Gvasalia afirma que isto é apenas o começo e que a impressão 3D tem um potencial imenso para inovar, sobretudo quando se fazem parcerias com pessoas que não são da área da moda, como é o caso de arquitectos, informáticos, e outros.

A pioneira da Impressão 3D foi a *designer* holandesa Iris Van Harpen, que já desde 2009 imprime roupas em 3D, sem costuras, com peças cada vez mais elaboradas e maleáveis (VIGUIÈ, 2014, p. 48 e p. 52)⁶⁷.

A XYZ Workshop criou o famoso vestido InBloom, numa impressora Ultimaker 3D, com plástico PLA, reinventando a moda, mais uma vez, através de impressão 3D⁶⁸. O inBloom

⁶⁵ <<https://guiadoboleiro.com.br/2016/03/16/chuteira-cristiano-ronaldo-nike-mercurial-superfly-v-mais-rapida-da-historia/>>. Acesso em: 28 set. 2018.

⁶⁶ <<https://www.youtube.com/watch?v=W5evvgRRFHI&t=195s>>. Acesso em: 28 set. 2018.

⁶⁷ Sobre a impressão 3D no Direito de autor veja-se o nosso Rocha (2017b, p. 1-29). Veja-se também <<https://www.youtube.com/watch?v=BC7zUQljysc>>. Acesso em: 28 set. 2018.

⁶⁸ <<http://www.xyzworkshop.com/>> e <<https://www.youtube.com/watch?v=o2hR3UY7i3I>>. Acesso em: 28 set. 2018.

levou 450 horas de impressão, 1,7 kg de plástico flexível de 2,85 mm e o tecido foi criado a partir de um desenho floral geométrico. O projecto para *download* gratuito encontra-se em www.youmagine.com.

Há várias empresas a vender sapatos impressos em 3D *online* que se podem adaptar às necessidades de cada um, de entre elas destacamos a Continuum⁶⁹.

9.2 Diminuição dos Custos de Transporte

Outra mudança na indústria da moda que a impressão 3D permite é a quase dispensa de transporte. Há uma aproximação entre produção e consumo, com dispensa dos intermediários, em especial, as transportadoras. Uma empresa pode criar a peça em duas dimensões, ou seja, o concreto ficheiro CAD e mandar imprimir a peça no lugar da sua sede. Pense-se numa empresa no Porto, Portugal, local onde está a sede, que pode criar concretos ficheiros CAD de um determinado modelo de sandálias e basta ter uma impressora 3D com qualidade para imprimir as sandálias no Porto e uma pequena equipa para controlar a qualidade. Se a empresa do Porto quiser abrir uma filial em Hong Kong e outra no Brasil, pode fazê-lo sem grandes custos, bastando enviar por *e-mail*, por exemplo, os concretos ficheiros CAD das sandálias para esses países, que chegam lá quase instantaneamente e lá apenas são precisas de impressoras 3D e de qualidade e de uma pequena equipa que controle a produção para que as peças em 3D aí sejam produzidas. A distribuição passa a ter um âmbito muito mais restrito, quando comparado com o que acontece agora, em que se procuram os países onde a mão-de-obra é mais barata para fazer as diferentes partes de uma peça, podendo os tecidos ser comprados, por exemplo, na Índia, o corte ser efectuado na China, os fechos e os botões serem cosidos no Bangladesh, e a totalidade da peça ser montada em Portugal. Ou seja, para tornar as peças com preços competitivos, uma mesma peça pode ser fabricada em várias partes do mundo, onde a mão-de-obra é mais barata e depois escolhe-se um país, de mão-de-obra igualmente barata, onde a peça é montada. Tudo isto envolve múltiplos custos de transporte. No contexto da impressão 3D a fábrica-mãe pode ter cadeias de distribuição muito mais reduzidas, sobretudo se optar por comercializar as peças *online*. Já podemos antever aqui vantagens em termos de custos e grandes resistências por parte dos intermediários. Mas não podemos perder de vista que a ideia final em toda a área da impressão 3D é fazer

⁶⁹ <<http://continuumfashion.com/shoes.php>>. Acesso em: 29 set. 2018.

coincidir o produtor com o consumidor, ou seja, o Produtor e o Consumidor passarem a coincidir. Daí a expressão “Prosumer”: Producer/Consumer, sem intermediários. Embora não estejamos numa fase tão avançada, já se nota a menor necessidade de intermediários e a possibilidade de o consumidor poder participar no processo de fabrico, por exemplo, pedindo à empresa que a peça seja modelada ao seu corpo e escolhendo personalizar a peça a partir da escolha dos materiais, combinação de cores, entre outros aspectos. Em resumo, a menor complexidade da cadeia de produção e distribuição, possibilitada pela democratização da impressão 3D (as impressoras 3D, caídas as patentes ou modelos de utilidade, por decurso do prazo, são cada vez mais baratas, o mesmo acontecendo a quedas das patentes ou modelos relativamente aos materiais), fará, por certo, baixar os custos de produção e venda.

9.3 Diminuição da Mão-de-Obra Indiferenciada

O novo modelo de produção, como acontece com a generalidade das indústrias tecnológicas, requer menos mão-de-obra indiferenciada. Todavia, na fase actual em que poucas são as peças que se fazem por completo em 3D, é ainda necessária mão-de-obra para ligar as partes impressas em 3D (imagine-se um vestido impresso em 3D, mas em que é necessário aplicar decorações, ou uma carteira impressa em partes que é necessário juntar). Embora grande parte da mão-de-obra indiferenciada seja desnecessária, ainda é necessária mão-de-obra que, todavia, poderá ser do próprio país onde a peça é produzida. Ou seja, é possível antecipar a necessidade de mão-de-obra do próprio país (ex.: portuguesa), havendo, assim, mais postos de emprego nos países industrializados, uma vez que as peças são deslocalizadas dos países aonde tradicionalmente são feitas, como o Bangladesh, o Paquistão, a Índia, o México, ou mesmo a China, para aonde hoje as peças são montadas. Portanto, a mão-de-obra continuará a ser necessária para os acabamentos e para controlar a qualidade das peças. Para além disso, como a forma de moldar uma peça de moda se torna cada vez mais parecida com uma obra de arquitectura (incluindo as fases bidimensional e tridimensional), e como cada vez mais são necessários meios informáticos, surgem equipas multidisciplinares que englobam *designers*, arquitectos, engenheiros, especialistas em informática, gestores, economistas, entre outros, todos eles envolvidos de algum modo na realização da peça de moda. Não podemos ainda esquecer os contributos dos consumidores que, em muitos casos, se podem tornar co-autores, desde que a empresa de produção de moda assim o permita. É natural que surjam resistências por parte dos trabalhadores indiferenciados e respectivos sindicatos.

9.4 Uma Indústria da Moda mais Amiga do Ambiente

Em quarto lugar, a indústria da moda baseada na tecnologia 3D é mais amiga do ambiente porque é menos poluente. Desde logo, porque a técnica usada é aditiva e não substractiva, pelo que não há desperdícios, ou há muito menos desperdícios. Além disso, porque permite que materiais, como plásticos que são uma praga, sobretudo nos oceanos, sejam reciclados e convertidos em filamentos flexíveis, que serão a matéria-prima usada na indústria da moda, sem prejuízo da possibilidade de se utilizarem materiais biodegradáveis e de reciclar as próprias peças impressas em 3D. A impressão 3D tem o potencial para ter um impacto positivo no meio ambiente porque todos os plásticos flexíveis podem ser reciclados e alguns materiais usados também são eles próprios biodegradáveis. Além disso, não há desperdício porque a tecnologia é aditiva e também se podem prever as quantidades a produzir. A Adidas, a Nike e a New Balance, entre outras, fazem já há alguns anos sapatilhas em 3D e a Adidas em 2018 colocou no mercado umas sapatilhas e peças de vestuário desportivo que cumprem com os requisitos da moda sustentável, uma vez que usou plásticos reciclados no Oceano Atlântico⁷⁰. Há que ter cada vez mais em conta este aspecto, dado que a indústria da moda é uma das mais poluentes e tem que mudar.

9.5 Aproximação da indústria da moda ao mundo virtual

Na medida em que as criações se fazem em ficheiros CAD e em que as aquisições se fazem *online*, designadamente em plataformas 3D, que permitem a compra através do *download* dos ficheiros, ou a partilha dos ficheiros, ou que permitem a impressão nas plataformas 3D, há uma aproximação de uma indústria, tradicionalmente física, à realidade virtual. Cada vez mais se desmaterializa esta indústria.

9.6 Conclusão

Em conclusão, quanto a este ponto, a tecnologia 3D está em constante evolução e tem permitido aos estilistas experimentarem diferentes formas e materiais, criando objectos que não podem ser feitos através das máquinas de costura. Desde que a tecnologia o permita, os limites são os da imaginação. O que travou a rápida entrada da impressão 3D na moda, ao contrário de outros sectores (veículos automóveis, construção civil, aeronáutica, etc.), foi precisamente a desadequação da tecnologia 3D inicial à moda, que exige leveza,

⁷⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=D_p0twaHvZc&t=4s>. Acesso em: 28 set. 2018.

flexibilidade, conforto. Mas as tecnologias têm evoluído rapidamente, graças à evolução dos rígidos filamentos iniciais para os filamentos flexíveis, filamentos elásticos TPU e TPE, que permitem produzir roupas muito confortáveis. No âmbito dos acessórios de moda, estas novas tecnologias utilizadas possibilitam uma riqueza inimaginável, com formas nunca anteriormente atingidas. O limite é a imaginação do estilista, *designer*, ou do próprio consumidor que fabrica e consome.

10 A IMPRESSÃO 3D POTENCIA O AUMENTO DA PIRATARIA NA INDÚSTRIA DA MODA

A mudança de paradigma na indústria da moda que a impressão 3D permite, potencia, ao mesmo tempo a pirataria já existente. Basta um *hacker* ter acesso ao ficheiro para a cópia se verificar. Acesso esse instantâneo, com a possibilidade de disseminação também instantânea e para todo o mundo do ficheiro copiado.

Podemos pensar que os problemas de *enforcement* são mais complexos em matéria de direito de autor, dado que os direitos de autor não estão sujeitos a registo, pelo que quem imprime em 3D terá dificuldade em saber se a fonte em que se baseia é lícita.

Há também dificuldades em admitir a legalidade da criação de ficheiros CAD, a sua disseminação *online* e a impressão 3D para efeitos estritamente privados, dado que dificilmente se cumprem os três passos da Convenção de Berna (entre nós previstos no art.º 75º, nº 4 CDADC), porque, em regra, sempre será afectada a exploração económica da obra e os interesses do seu autor. O mesmo acontece em matéria de direitos privativos da propriedade industrial, em que o uso privado é permitido, apenas sendo abrangida a impressão com finalidade económica ou comercial (cf. art.º CPI). Portanto, os bens pirateados podem ser impressos pelos consumidores para usos privados e nada pode ser feito contra isso. Apenas poderá ser intentada uma acção caso o consumidor tente comercializar o bem. Todavia, como dissemos acima, esta norma tem que mudar porque os lucros das empresas já são afectados a partir do momento em que o consumidor decide imprimir os bens falsificados em vez de comprar os autênticos (VAN HALTEREN, 2016, p. 42).

Esta situação apenas poderá ser evitada tornando ilegal a impressão 3D deliberada de falsificações, mesmo em ambiente privado. De qualquer forma, será difícil identificar a actividade ilegal e conseguir o *enforcement*. Poderá ter, contudo, o efeito preventivo de

assustar os consumidores que pretendam imprimir réplicas falsificadas. Também deverá ser considerada ilegal a actividade dos compradores que deliberadamente compram bens pirateados. Tornar a compra ilegal, embora seja muitas vezes difícil de fazer a prova, também conduzirá a que os consumidores pensem duas vezes antes de comprar um bem pirateado. Aliás, a recepção já é crime, pelo que esta solução não é novidade e já está prevista e punida na lei (VAN HALTEREN, 2016, p. 42).

Uma importante forma de diminuir a pirataria seria considerar que os ficheiros CAD que contêm a obra, ou qualquer direito privativo da propriedade industrial, deviam ser protegidos, uma vez que não têm autonomia e assim alargar-se-ia a protecção do conteúdo ao ficheiro. Pela nossa parte, cremos que entramos num domínio em que se deve esbater a tradicional distinção entre o suporte e o imaterial nele incorporado. Uma vez que o concreto ficheiro CAD incorpora o bem imaterial, que depois será impresso em 3D, transformando-se num objecto tridimensional (tal como acontece na arquitectura, em que também existe uma fase bidimensional e uma fase tridimensional), cremos que o próprio ficheiro deve ser protegido pelo Direito de Autor e pelos diversos direitos privativos da Propriedade Industrial. Ou seja, o próprio ficheiro CAD deve ser considerado obra, modelo ou desenho, marca ou outro sinal distintivo, patente ou modelo de utilidade. A ser assim, parece-nos ser mais fácil a protecção via Direito de Autor, uma vez que não depende de registo, pelo que se trata apenas de uma questão de interpretação doutrinal e/ou jurisprudencial, do que a protecção do ficheiro através dos direitos privativos da Propriedade Industrial, uma vez que, entre nós, em regra, o registo é constitutivo. Quando o CPI refere a protecção pela patente ou modelo de utilidade, pelos modelos ou desenhos, pelas marcas ou outros sinais distintivos, refere que estes direitos imateriais se aplicam a produtos. Ora, em bom rigor, o ficheiro CAD só se aplica a um produto com a impressão, ou seja, com a conversão do bem que só existe de uma forma virtual, num bem palpável, em três dimensões. Daí que se possa levantar o problema. Pela nossa parte, parece-nos que devemos fazer uma interpretação analógica e proteger os ficheiros CAD pelos direitos privativos da Propriedade Industrial. Seguindo este raciocínio, o ficheiro CAD, será protegido como marca ou outro sinal distintivo se incorpora uma marca ou outro sinal distintivo; será protegido como modelo ou desenho se incorpora um modelo ou desenho; será protegido como patente ou modelo de utilidade, integrando as reivindicações, se integrar uma invenção no domínio da técnica ou ciência. Esta interpretação fortalece a protecção do ficheiro CAD, pois que, com o registo dos direitos privativos da propriedade industrial o próprio ficheiro é abrangido pelo registo, ficando protegido. Caso assim não se entenda,

então terá de surgir a possibilidade do registo do ficheiro CAD como novo direito privativo da Propriedade Industrial, associado ao registo da marca ou outro sinal distintivo, do modelo ou desenho, ou da patente ou modelo de utilidade que nele se incorporam. Pela nossa parte, defendemos que uma interpretação abrangente, mesmo que implique o recurso à analogia, nos parece preferível (VAN HALTEREN, 2016, p. 21-40 e p. 43). Todavia, a protecção não deverá ser excessiva, ou seja, as peças de moda só devem ser protegidas, mesmo incorporadas em ficheiros CAD protegidos, se estiverem satisfeitos os requisitos gerais de protecção como obra, marca ou outro sinal distintivo, desenho ou modelo, patente ou modelo de utilidade. Uma protecção excessiva não é desejável, dado que pode prejudicar a concorrência que é desejável manter como aspecto essencial do desenvolvimento da indústria da moda (VAN HALTEREN, 2016, p. 41-43).

Algumas peças de moda podem já ser copiadas através da impressão 3D de forma rápida, barata e simples. Os contrafactores apenas têm de investir numa impressora 3D, que actualmente se obtém por preços razoáveis e em materiais que também já se obtém facilmente. Também pode ser necessário comprar uma peça para fazer o *scan* 3D ou adquirir o ficheiro CAD a terceiros, ou *hack* nos *websites* das empresas de moda. Efectuado este investimento inicial, será possível ganhar muito dinheiro imprimindo réplicas, ou com a venda dos ficheiros CAD. O ideal seria arranjar alguma forma de identificar a pessoa do comprador de impressoras 3D, mas tal será algo muito difícil de implementar, além de que nos parece uma medida excessiva, afectando a liberdade e autonomia privada (VAN HALTEREN, 2016, p. 42; FERRITY, 2015). Propomos, em alternativa, que no preço das impressoras 3D um montante se destine aos titulares de direitos de autor e de direitos privativos da propriedade industrial, à semelhança do que se passa com a cópia privada, regulada, entre nós, em matéria de direito de autor pela Lei n.º 49/2015, de 5 de junho⁷¹. Propomos ainda que haja a protecção dos ficheiros CAD por medidas de carácter tecnológico e por informações para a gestão electrónica dos direitos, à semelhança do que se passa no CDADC (art.º 217º ss e art.º 223ºss). Também seria interessante um sistema de autodestruição do ficheiro, uma vez usado pelos seus legítimos titulares.

A impressão 3D de peças de moda implicará um aumento do *cibercrime*, porque será normal que os *hackers* entrem nas bases de dados das empresas para copiar os ficheiros

⁷¹ Com mais detalhe, leia-se <https://apdsi.pt/wp-content/uploads/prev/Lei_da_Copia_Privada_-_versao_consolidada-.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

CAD e imprimir as peças de moda em 3D. Isto conduzirá ao surgimento de um mercado-negro novo de ficheiros CAD. A legislação deverá tratar os ficheiros CAD como incluídos na protecção dada às obras e demais direitos privativos da propriedade industrial neles incluídos, de forma a abrangê-los (VAN HALTEREN, 2016, p. 44).

Descobrir os contrafactores pode ser uma tarefa muito árdua, porque eles puderam mover-se com muita facilidade no mundo virtual e porque será muito difícil distinguir as réplicas das peças autênticas. Além disso, hoje em dia o controlo dos bens pirateados faz-se nas fronteiras. Com a impressão 3D deixa de haver controlo transfronteiriço. Deveria haver polícias especializadas para detectar este tipo de crimes. Essa tarefa, entre nós, poderia caber à ASAE, que, no entanto, deveria ser dotada de meios para o efeito, o que não acontece manifestamente no presente (VAN HALTEREN, 2016, p. 44). Isto, sem prejuízo do que afirmamos acima, quanto às medidas tecnológicas de protecção, sistemas de informação e gestão de dados e eventual possibilidade de auto-destruição dos ficheiros legítimos.

Se os ficheiros são falsos e as peças impressas não passam por um departamento de qualidade, poderão surgir perigos para os consumidores. É certo que temos uma responsabilidade objectiva do produtor, mas temos o problema acima exposto de detectar quem é o produtor (VAN HALTEREN, 2016, p. 44-45).

O mercado-negro surgido com a impressão 3D conduzirá a enormes perdas financeiras no sector da moda, já hoje fustigado por essas perdas (VAN HALTEREN, 2016, p. 45).

Além disso, as empresas de moda serão afectadas na sua reputação quando os bens pirateados não tiverem qualidade e os consumidores os associarem as empresas atingidas pela cópia ilícita (VAN HALTEREN, 2016, p. 45).

11 CONCLUSÕES

A impressão 3D traz imensas possibilidades para a indústria da moda. O papel que esta tecnologia desempenha nas nossas vidas diárias está em crescimento constante. Mais tarde ou mais cedo em cada casa haverá uma impressora 3D e isto tornará possível a impressão 3D por parte dos consumidores, que se convertem em produtores (Prosumers). O grande desafio que a tecnologia 3D coloca à indústria da moda é a pirataria. Quando a impressão 3D passa a ser acessível ao público, os consumidores são capazes de criar

ficheiros CAD que contém peças de moda e que podem ser impressos em 3D, sem ser possível distinguir as réplicas dos originais protegidos, e isto de forma instantânea e disseminada a nível global. Também será possível fazer o *upload* e partilhar o ficheiro CAD que será usado para imprimir em 3D as peças pirateadas. Existe, inclusive, a possibilidade de criar negócios *online* para a vendas destes ficheiros CAD. Em resumo, há dois grandes problemas no que toca à pirataria neste contexto: a criação do ficheiro CAD (por exemplo, a partir de um *scan* em 3D ilícito de uma peça de moda protegida, ou do *hacking* de um ficheiro) e a impressão em 3D destes ficheiros, por um lado e, por outro, o *upload* e partilha destes ficheiros CAD que são necessários para a impressão 3D.

A indústria da moda já é uma indústria em que impera a pirataria, mas a impressão 3D potencia o problema.

A conclusão geral a que podemos chegar é a de que a legislação aplicável em Portugal não se adapta às necessidades e preocupações da indústria da moda, em relação com a pirataria realizada através da tecnologia 3D. Primeiro porque apenas algumas peças de moda têm capacidade para ser protegidas por direitos de autor e direitos da propriedade industrial; para além disso, porque a cópia privada é legal. Todavia, mesmo que a legislação mude, não será possível prevenir por completo a pirataria. Há que mudar a forma de fazer o negócio, tal como antes aconteceu com a indústria fonográfica e audiovisual. Portanto, mais do que lutar contra a impressão 3D, a indústria da moda deverá cada vez mais adaptar-se e ter em conta as possibilidades que a tecnologia 3D lhe proporciona, designadamente, permitindo aos consumidores a possibilidade de serem co-autores das peças, e tendo sempre plataformas 3D associadas à manufactura das mesmas. O utilizador deverá ter um fácil acesso a essas plataformas, seja para aquisição das peças nelas existentes, seja para imprimir peças por si criadas.

Quanto à Propriedade Intelectual, considerando todo o percurso tecnológico a que temos assistido, estamos convictos de que a revolução 3D constitui apenas mais um desafio e sabemos que o Direito, neste âmbito, nasceu e tem evoluído em função destas mudanças tecnológicas, pelo que, por certo, saberá adaptar-se como tem feito até hoje.

REFERÊNCIAS

- ABREU, L. Carvalho. Reconhecimento e lei aplicável à protecção das criações da moda pelo direito de autor. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, [S. l.], v. 8, n. 8, p. 159-168, dezembro 2016.
- AKESTER, P. **Direito de autor em Portugal, nos Palop, na União Europeia e nos tratados internacionais**. Coimbra: Almedina, 2013.
- AMORIM, Ana Clara de Azevedo. **A tutela da lealdade nas relações de mercado, a propósito do ilícito publicitário**. Coimbra: Almedina, 2017.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de autor e direitos conexos**. Coimbra: Coimbra Ed., 2012 (reimpressão).
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A questão do domínio público. In: **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 23 ss.
- BALLARDINI, Rosa Maria; NOORGÅRD, M.; MINNSEN, T. Enforcing patents in the era of 3D printing. In: **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 10, n. 11, p. 850-866, 2015.
- BARNETT, J. M.; GROLLEAU, G., EL HARBI, S. The fashion lottery: cooperative innovation in stochastic markets. in: **USC Legal Studies Research Paper**, n. 8-21, 2008.
- BARRÈRE, C.; DELABRUYÈRE, S. Intellectual property rights on creativity and heritage: the case of the fashion industry. In: **European Journal of Law and Economics**, v. 32, nº 3, p. 305–339, december 2011.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. **Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor**. Madrid: Tecnos, 1997.
- BERGAMASHI, M. Imitazione e concorrenza nell'abbigliamento di moda: un'interpretazione economico-aziendale della normativa vigente. In: **Paper numero 98**, Brescia, Ed. Dipartimento di Economia Aziendale, Università degli Studi de Brescia, p. 1-26, dicembre 2009.
- BOUZA LOPEZ, M. A. **El derecho sui generis del fabricante de base de datos**. Madrid: Reus, 2001.

CALLAHAN, C. F. Fashion frustrated: why the innovative design protection act is a necessary step in the right direction, but not quite enough. In: **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, v. 7, n. 1, p. 195-223, 2012.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa. El concepto de obra plástica y la impresión en 3D. In: ROGEL VIDE, Carlos. (Dir.); ESPÍN ALBA, Isabel (Coord.). **Propiedad intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor**. Madrid: Fundación Aisge / Reus / aseda, 2014. (Colección de Propiedad Intelectual).

CARVALHO, Maria Miguel. “Novas” marcas e marcas não tradicionais: objecto. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Direito industrial**. v. VI. Coimbra: Almedina/APDI, 2009. p. 217-245.

COLMAN, C. Copyright. In: JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, B. (Ed). **Fashion law: a guide for designers, fashion executives, and attorneys**. 2nd ed. Nova York: Fairchild Books, 2014.

CORNISH, W.; LLEWELYN, D.; APLIN, T. Intellectual property: patents, copyrights, trademarks & allied rights. 8. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2013.

CORREIA, António de Arruda Ferrer (Org.). **Protecção de título de jornal**. Lisboa: SPA, 1989.

CORREIA, António de Arruda Ferrer; SERENS, M. Couceiro Nogueira. A tutela dos títulos de obras de engenho. In: **Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)**, v. 13, p. 65-96, 1987.

CRANE, D. Fashion and its social agendas: class, gender, and identity in clothing. Chicago: University of Chicago Press, 2012.

DAGIRMANJIAN, J. The future of 3D printing and sustainable fashion. In: Purible, 22 set. 2014. Disponível em: <www.purible.com/stories/3Dprinting>. Acesso em: 27 set. 2018.

DUGUA, V. P. Y. La lente descente aux enfers de Kodak. In: **Le Figaro**, Paris, 4 de janeiro de 2012.

EASTERLIN, R. Does economic growth improve the human lot? some empirical evidence. In: **Nations and households, economic growth: essays in honor of Moses Abramovitz**, Nova Iorque: Academic Press, 1974. p. 90-93.

ECHMANN, H.; VON FALCKENSTEIN R.; KÜHNE, M. **Designsgesetz**. 5. ed. actual. Munique: Beck'sche Kurz-Kommentare; Band45, BECK'S, 2015.

ESPÍN ALBA, Isabel. **Obras huérfanas y derecho de autor**. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2014.

FANO, E. La tutela del design nel mondo della moda tra registrazione e diritto d'autore: una comparazione tra Europa e Stati Uniti. Disponível em: <<http://www.marchiedisegni.eu/wp-content/uploads/2016/10/Tutela-del-design-nel-mondo-della-moda.pdf>>. Último acesso em: 30 maio 2017.

FERRITY, C. The Impact of 3D printing on the fashion industry. In: Taylor Wessing, 02-2015. Disponível em: <www.united-kingdom.taylorwessing.com/download/articel_fashion3d_printing>. Acesso em: 28 set. 2018.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). **Comentarios a la ley de propiedad intelectual**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007 (comentário ao art. 160º TRLPI).

GKARTZOU, Eleni; KOUMOULOS, E. P.; COSTAS, A. Charitidis. Production and 3D printing processing of bio-based thermoplastic filament. In: **Manufacturing Review**, v. 4, n. 1, p. 1 ss., 2017.

GONÇALVES, Luís Manuel Couto. **Manual de direito industrial, propriedade industrial e concorrência desleal**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

GONÇALVES, Luís Manuel Couto et al (Coord.). **Código da propriedade industrial anotado**. 2. ed. rev. actual. Coimbra: Almedina, 2015.

GOTTLIEB, G. Design patents, utility patents and trade secrets. In: JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, B. (Ed). **Fashion law: a guide for designers, fashion executives, and attorneys**. 2nd ed. Nova York: Fairchild Books, 2014.

HAFFNER, Maria Charlotte. 3D im urheberrecht, eine urheberrectliche analyse

ausgewählter verfahren zur bilderzeugung und – bearbeitung, zur objectvermessung und –replication. In: GRÜNBERGER, M.; KLASSE, N. (Herausg.). **UFITA**, n. 278, Baden-Baden: Nomos, 2016.

HEGAB, Hussien Abdelaziz. Design for additive manufacturing of composite materials and potential alloys: a review. In: **Manufacturing Review**, v. 3, n. 11, p. 1 ss., 2016.

HEIDLINGER, R. The threshold of originality under EU copyright law. In: CO-REACH INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE NEW MEDIA Beijing Workshop, 18 de Outubro (2011). Disponível em: <<http://www.coreachipr.org/documents/Roman%20Heidinger%202011.pdf>>. Último acesso em: 30 maio 2017.

JIMENEZ, Guillermo C. A survey of fashion law key issues and trends. In: JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, B. (Ed). **Fashion law: a guide for designers, fashion executives, and attorneys**. 2nd ed. Nova York: Fairchild Books, 2014.

JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, B. (Ed). **Fashion law: a guide for designers, fashion executives, and attorneys**. 2nd ed. Nova York: Fairchild Books, 2014.

KUR, A.; DREIER, T. **European intellectual property law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

LE GOFFIC, Caroline; VIVÈS-ALBERTINI, Aude. A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual. In: **Propriedades Intelectuais**, v. 3, p. 40-55, 2015a. (1.^a Parte).

LE GOFFIC, Caroline; VIVÈS-ALBERTINI, Aude. A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual. In: **Propriedades Intelectuais**, v. 4, p. 15-25, 2015b. (2.^a Parte)

LEITÃO, L. M. Teles de Menezes. **Direito de autor**. Coimbra: Almedina, 2011.

LI, P. 3D bioprinting technologies: patents, innovation and access. In: **Law, Innovation and Technology**, v. 6, n. 2, p. 282-304, 2014.

LI, P.; MELLOR, S.; GRIFFIN, N. J.; WAELDE, C.; HAO, L.; EVERSON, R. Intellectual property and 3D printing: a case study on 3D chocolate printing. In: Journal LIEMPD, M. Van. A beginner's guide to 3D printing. <www.3dprintingguide.com.nz>. 2013.

LI, P.; MELLOR, S.; GRIFFIN, N. J.; WAELDE, C.; HAO, L.; EVERSON, R. Intellectual property and 3D printing: a case study on 3D chocolate printing. In: **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, v. 9, n. 4, p. 322-332, 2014.

LIPOVETSKY, G. **O império do efémero**: a moda e o seu destino nas sociedades modernas. 2. ed. Lisboa: D. Quixote, 2010.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. **Bioteecnologias(s) e propriedade intelectual**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2007. (Coleção Teses de Doutoramento).

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. **Bioteecnologias(s) e propriedade intelectual**. v. 2. Coimbra: Almedina, 2007. (Coleção Teses de Doutoramento).

MARTINÉZ ESCRIBANO, C.; HERRERO SUÁREZ, C.; MARTÍN GARCIA, L.; HÉRNADEZ-RICO, J. M. Derecho de la publicidad. In: **Lex Nova**, Madrid, Ed. Thomson Reuters, 2015.

DIETMAR, Harhoff; RETO, M. Hilty et al. **Urheberrecht und innovation in digitalen märkten**: studie im auftrag des bundesministeriums der justiz und für verbraucherschutz. München: Max-Planck Institut für Innovation und Wettbewerb, 2013.

MELLO, A. de Sá e. **Manual de direito de autor e direitos conexos**. 2. ed. actual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2016.

MICALLEF, J. **Beginning design for 3D printing**. Nova York: Apress Media LLC, 2015.

MISHTAL, M. Trademarks and trade dress. In: JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSUN, B. (Ed). **Fashion law**: a guide for designers, fashion executives, and attorneys. 2nd ed. Nova York: Fairchild Books, 2014.

OTERO LASTRES, José Manuel. Rasgos conceptuales del diseño industrial. In: FERNANDÉZ-NÓVOA, Carlos; OTERO LASTRES, José Manuel; BOTANA AGRA, Manuel (Org.). **Manual de la Propiedad Industrial**. 2. ed. Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 361-384.

PALMA, Cristina. La contraffazione del marchio nell abbigliamento e negli accessori.

Tese de Doutoramento, 2014. Disponível em: <<http://www.studiotorta.it/premio/pdf/tesi2015/tesi/2014-CristinaPalma-Lacontraffazionedelmarchionellabbigliamentoenegliaccessori.pdf>>. Último acesso em: 9 junho 2017.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direitos de autor e liberdade de informação**. Coimbra: Almedinha, 2008. (Coleção Teses).

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O novo regime das obras órfãs. In: **Revista de Direito Intelectual**, v. 1, p. 31 ss., 2016.

PEREIRA, António Maria Filho. Título das publicações periódicas: alguns aspectos do seu regime jurídico. In: **Revista da Ordem dos Advogados (ROA)**, v. 11, p. 78 ss., 1951.

POULLIET, E. **Traité théorique et pratique des dessins et modèles**. Paris: Marchal et Billard, 1911.

RAMALHO, Ana. Impressão 3D, direito de autor e outros direitos de propriedade intelectual. In: **Revista de Direito Intelectual**, v. II, p. 21-36, 2015.

RAUSTIALA, K.; SPRIGMAN, C. The piracy paradox: innovation and intellectual property in fashion design. In: **Virginia Law Review**, v. 92, n.º 8, p. 1.687-1.776, dezembro 2006.

RAUSTIALA, K.; SPRIGMAN, C. **The knock off economy: how imitations parks innovation**. Oxford: Oxford University Press, 2012. Capítulo I, p. 22-27.

REBELLO, L. F. **Introdução ao direito de autor**. v. I. Lisboa: SPA/Dom Quixote, 1993.

REBELLO, L. F. **Código do direito de autor e dos direitos conexos anotado**. Lisboa: Âncora, 2002.

RENDAS, Tito. Fair use na União Europeia (ou os estereótipos das copyright wars). In: **Propriedades Intelectuais**, v. 3, p. 26-39, junho 2015.

RIBEIRO, B. Q. A tutela jurídica da moda pelo regime dos desenhos ou modelos. In: **Direito Industrial**, v. V, p. 483 ss., 2008.

RIMMEN, M. The maker movement, copyright law, remix culture and 3D printing. In: **The University of Western Australia Law Review**, 41, n. 2, p. 51-81, 2017.

ROCHA, Maria Victória. A originalidade como requisito de protecção da obra pelo direito de autor. In: **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)**. Tomo 22, p. 339-368, 2001.

ROCHA, Maria Victória. A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho. In: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Org.). **Congresso Empresas e Sociedades, Homenagem aos Professores Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed, p. 167-199, 2007.

ROCHA, Maria Victória. A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho: soluções e problemas no direito português. In: **Actas de Derecho Industrial e Derecho de Autor (ADI)**, Tomo 27, p. 353-380, 2006-2007.

ROCHA, Maria Victória. Contributos para a delimitação da ‘originalidade’ como requisito de protecção da obra pelo direito de autor. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. v. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 733-792.

ROCHA, Maria Victória. Dispositivos tecnológicos de protecção, informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no direito português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores. In: **Actas de Derecho de Industrial y Derecho de Autor (ADI)**, v. 33, p. 429-446, 2012-2013.

ROCHA, Maria Victória. Impressão 3D e direito de autor. In: **Revista Electrónica de Direito (RED)**, FDUP, p. 1-29, Junho, 2017b.

ROCHA, Maria Victória. Obras de arquitectura como obras protegidas pelo direito de autor. In: ALMEIDA, C.F, de; GONÇALVES, L.M; TRABUCO, C. (Org.). **Contratos de direito de autor e de direito industrial**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 159-209.

ROCHA, Maria Victória. Protecção cumulativa do *design* como obra e como desenho ou ROCHA, Maria Victória. Portugal, nº 104. In: VANHEES, H. (Ed.). **International Encyclopaedia of laws: intellectual property**. Netherlands: Kluwer Law International, 2017a.

modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português. In: TÓBIO RIVAS, A. Maria; FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A.; PLAZA, A. Tato (Ed.). **Estudios de derecho mercantil**: libro de homenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 883-898.

RUIZ MUÑOZ, Miguel. Diseño industrial y derecho de autor en Europa. In: **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)**, tomo 27, p. 381-424, 2006-2007.

SÁIZ GARCÍA, Concepción. **Objeto y sujeto del derecho de autor**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SCAFIDI, Susan. Fashion law: diseñando una nueva disciplina. In: BELLO KNOLL, Susy Inés; ECHEVARRIA, Pamela (Coord.). **Derecho y moda**: Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 17-26.

SERENS, M. Couceiro Nogueira. **A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca**: parte II. Coimbra: Almedina, 2007. (Coleção Teses de Doutoramento).

SCHRICKER, Gerhard. Abschied von der gestaltungshöhe im urheberrecht?. In: BECKER, Jürgen; LERCHE, Peter; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrgs.). **Wanderer zwischen musik, politik und recht, festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65**. Baden-Baden: Geburtstag, 1994.

SHERMAN, L. The state of fashion immediacy. 2017. Disponível em: <<https://www.businessoffashion.com>> (último acesso em: 30 maio 2017).

SCHMOLL, A.; BALLESTREM, J. Graf; HELLENBRAND, J., SOPPE, M.. Dreidimensionales drucken und die vier dimensionen des immaterialgüterrecht. In: **GRUR**, v. 11, p. 1.041-1.144, 2015.

SILVA, Nuno Sousa e. A proposta de directiva em matéria de segredos empresa: estado e propostas. In: **Revista de Direito Intelectual (RDI)**, Ed. APDI, v. 2, p. 259-305, 2014.

SILVA, Nuno Sousa e. Direitos conexos. texto policopiado. 2015b.

SILVA, Nuno Sousa e. Uma introdução ao direito de autor europeu. In: **Revista da Ordem dos Advogados (ROA)**, ano 73, p. 1.331-1.387, outubro/dezembro 2013.

SILVA, Nuno Sousa e. Um retrato do regime português dos segredos de negócio. In: **Revista da Ordem dos Advogados (ROA)**, ano 75, p. 223-257, janeiro/junho 2015a.

SILVA, Pedro Sousa e. **Direito industrial**: noções fundamentais; Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 257-277.

SPAETH, Sebastian; HAUSBERG, Piet. Can open-source hardware disrupt manufacturing industries? the role of platforms and trust in the rise of 3D printing. In: FERDINAND, Jan-Peter; ýPETSCHOW, Ulrich; Dicke, ýSascha (Hergs.) **The decentralized and networked future of value creation**: 3D printing and its implications for society industry and sustainable development. Berlin: Springer, 2016. p. 59-73.

TRAN, Jasper. The law and 3D printing. In: **The John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law**, Chicago (Illinois, United States), Ed. The John Marshall Law School, v. 31, n. 4, p. 508 ss., 2015.

ULMER, Eugen. Der schutz der industriellen formgebung. In: **GRUR Int.** v. 1, n. 2, 1959.

VAN HALTEREN, J. L. A. F. Counterfeiting fashion through 3D printing: the legal implications for the fashion industry. Masterthesis (LL.M. Law and Technology)– University Tilburg, Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Tilburg, 2016. Disponível em: <www.core77.com/posts/24765/Computational-Couture-Software-to-Crowdsource-your-Closet>. Acesso em: 28 set. 2018

VENÂNCIO, P. D. **O direito sui generis na protecção jurídica de bases de dados**. Porto: UCP, Escola de Direito do Porto, 2007 (texto policopiado).

VICENTE, Dário Moura. **Direito internacional privado**: ensaios. v. III. Coimbra: Almedina, 2010.

VICENTE, Dário Moura. Direito de autor e medidas tecnológicas de protecção. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Direito da Sociedade da Informação**. v. VII. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 506 ss.

VIGUIÈ, Clara. La démocratisation des imprimantes 3D et le droit d’auteur. In: **RIDA**, p. 47-164, outubro 2014.

WILSON, E. **Adorned in dreams**: fashion and modernity. New Brunswick (New Jersey): Rutgers University Press / London: Taurus, 2003.

WOHLERS REPORT 2016. **3D printing and additive manufacturing state of the industry**: annual world wide progress report. Fort Collins (Colorado, USA): Wohler / Lund University, 2016.

WOODS, M.; MONROIG, M. Fashion design and copyright in the US and EU. In: World Intellectual Property Organization (WIPO). Coyright Law Division. Geneva. November 17, 2015. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_ge_15/wipo_ipr_ge_15_t2.pdf>. Último acesso em: 10 jun. 2015.

WIPO - World Intellectual Property Organization. **Intellectual property handbook**. Geneva: World Intellectual Property Organization, 2008.

ZACHARIASON, R. **Blueprint reading for electricians**. Clifton Park: Delmar Cengage, 2009.

ZARRI, L.; BRUNI L. (a cura di). La grande illusione false relazioni e felicità nelle economie di mercato. Working Paper nº 39, março de 2007. Disponível em: <www.aiccon.it>. Último acesso em: 30 maio 2017.

Submissão em: 2 outubro 2018
Pareceres favoráveis em: 2 janeiro 2019

La Constitución Española de 1978 y su Ascendencia Sobre la Constitución Brasileña de 1988: constitucionalismo social y valores superiores¹

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES²

CHARLES SILVA BARBOSA³

JAIRO RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ⁴

Resúmen. Superado el absentismo estatal y superadas las fases del constitucionalismo liberal y democrático, fortalece la identidad de la historia constitucional de Brasil y España, incluso en el tempo, ya que el último marco normativo español, representado por la Constitución de 1978, es contemporáneo al movimiento constitucional brasileño que dio lugar a la Constitución de 1988. Guardadas las distinciones sociales, políticas y culturales entre los dos Países, hay una nítida ascendencia de la Constitución Española de 1978 sobre la Constitución Brasileña de 1988, especialmente en la carga axiológica atribuida a los “valores superiores”.

Palabras clave: Constitución. España de 1978. Brasil de 1988. Constitucionalismo Social. Valores Superiores. Influencias.

¹ Este artículo científico fue traducido del portugués para el español por Jairo Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé.

² Postdoctorado en Derecho por la Università degli Studi di Roma La Sapienza y por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Doctor en Derecho Público y Máster en Derecho Privado por la Universidade Federal da Bahia. Profesor de los Cursos de Pregrado y Posgrado en Derecho de la Universidad Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doctorado). Profesor y Coordinador del Núcleo de Estudios Fundamentales de la Faculdade Baiana de Direito. Profesor de los Cursos de Pregrado de la Faculdade Ruy Barbosa y de la Faculdade Independente do Nordeste. Profesor del Curso Brasil Jurídico, de la Rede Telepresencial LFG, de la Escola Judicial del Tribunal Regional do Trabalho, de la Escola de Magistrados da Bahia y de la Fundação Faculdade de Direito. Profesor-visitante en diversas Instituciones, tales como: Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Università degli Studi di Roma Tre, Università degli Studi di Milano, Università di Genova, Università di Pisa, Università del Salento, Universidade Autónoma de Lisboa y Martin-Luther-Universität. Pesquisador y Líder de Grupo de Pesquisa vinculado al CNPq. Director y miembro del Instituto dos Advogados da Bahia, miembro del Instituto dos Advogados Brasileiros y del Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Miembro del Conselho Nacional de Pesquisa y Pós-Graduação. Conferencista y Autor de diversas obras jurídicas por las Editoras Saraiva, Juruá y Juspodivm.

³ Doctor y Máster en Derecho Público (Universidade Federal da Bahia). Especialista en Derecho Constitucional (UNISUL/IDP), conformación para el magisterio superior. Pregrado en Derecho y Ciencias Contables. Especialista en Sistemas de Información, conformación profesional por la Carl Duisberg Gesellschaft - Alemania. Pesquisador y Líder de Grupo de Pesquisa vinculado al CNPq. Fue consultor, coordinador y gerente de división de sistemas y procesos de información en diversas instituciones nacionales e internacionales. Ex-asesor jurídico del Ministério Público Federal, con actuación en la Procuraduría Regional Eleitoral y en la Procuraduría de la República. Consultor Independiente en el área jurídica/ciencia de la información. Jefe de la Consultoría Jurídica de la Presidencia del Tribunal de Justicia de Bahia. Profesor Universitario (pregrado y posgrado).

⁴ Pregrado en Derecho por la Universidad Federal de Bahía, habiendo recibido el diploma de honor al mérito (lâurea acadêmica). Posgrado en Derecho y Proceso del Trabajo, en marcha, por la Faculdade Baiana de Direito. Maestría en Derecho Público, con énfasis en Derecho Constitucional del Trabajo, en marcha, por la Universidade Federal da Bahia. Profesor de Derecho Procesal del Trabajo del Brasil Jurídico –Ensino de Alta Performance. Abogado.

1 INTRODUCCIÓN

La fase absentista de Estado, conquista importante para la afirmación histórica de los derechos del individuo, comienza a partir de una concepción según la cual era necesario limitar la actuación del poder estatal, antes ejercido, en regla, de forma inestable y opresora, en flagrante desvalorización de elementos civilizatorios mínimos.

Hay una identidad histórica que marca el desarrollo de esta fase en diversas partes del mundo, sobre todo a partir de las acciones practicadas predominantemente a partir de las teorías contractuales de los siglos XVII y XVIII.

La identidad constitucional entre Brasil y España también se sitúa en este punto. A pesar de la distancia temporal, ambas sociedades políticas experimentaron severas rupturas, que fueron seguidas de intentos restauradores del *status libertatis* de los individuos frente al Estado.

Aunque sea ininterrumpida la lucha de los individuos por la afirmación de los derechos de libertad en relación al Estado, el hecho es que las batallas políticas, sociales y económicas que pasan a ocurrir, de forma más intensa, están relacionadas a la presencia del Estado en la vida de los individuos, para promover la igualdad.

Es justamente en el campo de esa necesidad de superación de la fase absentista que la historia constitucional de Brasil y España tiene su mayor identidad, incluso en el tiempo, ya que el último marco constitucional español, representado por la Constitución de 1978, es contemporáneo al movimiento constitucional brasileño que planteó la Constitución de 1988.

El constitucionalismo liberal y el democrático ceden espacio para el constitucionalismo social y, en este punto, se evidencia una severa influencia de los delineamientos constitucionales españoles en relación al momento brasileño, que tiene como resultado la Constitución Ciudadana de 1988, cuya normatividad central también es extremadamente influenciada por la Constitución Española de 1978.

El presente escrito trata sobre esta identidad.

2 EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL – BREVES REFERENCIAS

La comprensión de la historia del constitucionalismo en España no prescinde del análisis sobre el intenso movimiento social que se desarrolló durante los siglos XIX y XX y que condujo al proceso de constitucionalización a partir de 1808.

La Constitución Española de 1812, Constitución de Cádiz, constituye un marco de este proceso, un símbolo apto para representar las alteraciones sociales y políticas que se desarrollaban en medio a la tensión entre el pensamiento liberal y el absolutismo.

La marca significativa de esta tensión es la inestabilidad de aquel momento, que terminó por culminar en el alejamiento de la Constitución de 1812, por medio de un decreto firmado por Fernando VII en 1814.

A pesar del escenario de avances y retrocesos, el hecho es que el texto de la Constitución de 1812 insertó en el ideario civilizatorio de la sociedad española la clara perspectiva de la necesidad de establecer una separación de poderes y reconocer a los ciudadanos derechos fundamentales.

No tenía una organización capitular específica, pero contenía en su texto dispositivos inspirados en la Revolución Francesa y documentos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dirigidos a la protección del ser humano, en su esencia.

No obstante, esa protección de lo humano aún estaba marcada por el patrimonialismo, en un proceso de segmentación social que confería privilegios a determinadas clases, natural por la inspiración burguesa de sus disposiciones. Era marcadamente confesional, considerada la severa influencia de la Iglesia Católica Apostólica Romana en aquella época, con la imposición de una única religión, posición limitativa presente y común a los Estados, considerado el fuerte elemento teológico que caracterizaba a las sociedades políticas.

El núcleo de derechos y garantías fundamentales se orientaba a tutelar la libertad, con prohibición a la tortura. Se implementaba el sufragio, aunque restringido.

Para la cuestión de fondo de la presente investigación, se destaca la presencia en aquel texto de un título específico para la “*instrucción pública*”, lo que revelaba la histórica preocupación con la educación y la formación de los ciudadanos españoles, clarísima referencia, aunque de hecho embrionaria, en relación a lo que más tarde se denominaría constitucionalismo social, circunstancia muchas veces olvidada cuando se trata de investigar los orígenes del movimiento.

Las influencias de aquella Constitución en países de Europa y América son notables, sobre todo en lo que se refiere al intento de implementación de un modelo liberal en contraposición al pensamiento absolutista. En Brasil, la influencia ocurrió a través de los portugueses, que tenían en la Constitución de Cádiz un modelo a ser seguido, así como por los estudiosos franceses, con las ideas liberales, presente en el texto de dicho documento constitucional (NEVES, 2003, p. 79-80).

No se objetiva en este artículo examinar el largo recorrido histórico que marca el desarrollo del constitucionalismo español, en cuyo ámbito se desencadenaron diversos momentos constitucionales –en la perspectiva de Bruce Ackerman–, pero tan sólo destacar su remota origen y los influjos políticos y sociales que se sitúan en la génesis de su formación, representada, al fin y al cabo, por la Constitución de 1812.

2 MOMENTOS CONSTITUCIONALES DE TRANSICIÓN – BRASIL Y ESPAÑA

La sociedad española atravesó nueve grandes momentos de transición, representados por la creación de nuevas constituciones. Brasil, a su vez, pasó por ocho de esos momentos constitucionales, en cuyo ámbito, también como en España, se observan ascensos y caídas, en la lucha por la afirmación de los derechos humanos y, por consiguiente, en la protección de las personas en sus relaciones intersubjetivas con y ante el Estado y, como posteriormente reconocido, también en las relaciones privadas.

También se identifican en la historia española episodios lamentables, que representan la ineficacia del entonces nuevo sistema constitucional que tendía a romper con la lógica subalternizante de la violación de derechos fundamentales, como ocurrió con la Constitución Brasileña de 1934, en tan poco tiempo sobrepujada por el modelo autoritario de la Carta de 1937.

Como en otros puntos de la (in) evolución constitucional brasileña, el Estatuto Real de 1834 representó nítido retroceso en relación al texto de 1812, no sólo por la reducida cantidad de artículos, sino también por la ausencia de disposición de derechos, a revelar los percances que marcaron la historia en el proceso de afirmación de los derechos fundamentales.

Esta percepción histórica es absolutamente indispensable para que se pueda comprender la estructura y conformación normativa implementada por la Constitución Española de 1978, culminación última en casi dos siglos de contiendas sociales y políticas, tendientes a la superación del ideario absolutista, así como de las severas violaciones a derechos humanos que se produjeron en Europa posguerra.

Muchas son las diferencias que separan a Brasil de España, pero inmensas también son las convergencias entre los dos Estados, sobre todo en lo que se refiere a los progresos alusivos a los derechos y garantías fundamentales, circunstancia derivada de las influencias ideológicas y normativas del sistema constitucional español que reflejaron sobre la Constituyente Brasileña de 1988.

Aunque la Constitución de 1978 sea un producto de lo que se denomina “Transición Española”, resultante de la conversión del régimen franquista de 1975 en un modelo monárquico constitucional, el hecho es que esa transición sirvió de inspiración para otra transición, ocurrida en Brasil, que representó la superación del régimen autoritario de la Carta de 1967 y de su Enmienda n. 1/1969, para un modelo democrático y republicano, implementado por la Constitución de 1988, que trae como paradigma vértice la dignidad de la persona humana y como más pulsante consecuencia lógica el respeto a los derechos y garantías fundamentales.

Este pasaje de la dictadura a la democracia representa una piedra de toque en la historia de ambos Estados, por lo que, especialmente en la perspectiva del constitucionalismo social, lo que se observa es una convergencia normativa, a partir de la influencia de la Constitución Española de 1978 en la creación del texto de la Constitución Brasileña de 1988.

3 EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LAS INFLUENCIAS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988: VALORES SUPERIORES

Los rasgos fundamentales que justifican el desarrollo del constitucionalismo social están claramente presentes en el texto de la Constitución Española de 1978, especialmente en relación a la vertiente sociológica, en la medida en que en aquel país, incluso más

intensamente que en Brasil, se observaron movimientos sociales que, se colocaban con extrema fuerza en contraposición al *status quo*. Aquellos movimientos fueron decisivos en la manifestación del Poder Constituyente, que propició la introducción de un sistema normativo de protección de derechos sociales, marcado con especial legitimidad democrática.

El examen de la cuestión social no prescinde del análisis de marcos históricos como la Revolución soviética, que se mostró de gran influencia para el reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones. De igual suerte, especialmente para el derecho latinoamericano, de suma importancia es el escenario mexicano de 1906, bajo el gobierno de Porfirio Díaz, que, por medio de sucesivas reelecciones, conducía el México desde 1876.

La insurgencia que entonces se desarrolló experimentaba significativa influencia de la doctrina anarcosindicalista, caracterizada por el pensamiento de Mikhail Bakuni, urdida a finales del siglo XIX en Europa, especialmente en España, Italia y Rusia. Los jóvenes intelectuales integrantes del grupo *Regeneración*, liderados por Ricardo Flore Magón, se insurgieron contra la dictadura Díaz y lanzaron manifiesto, cuyas propuestas sirvieron de fundamento para el texto constitucional del 5 de febrero de 1917, que, además de promover severa separación entre Estado y Iglesia, se convirtió en la primera Constitución a reconocer expresamente derechos sociales, especialmente en lo que toca a la clase obrera.

Con la misma orientación social es que surge en Rusia del 16 de enero de 1918 la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, que constituyó la primera parte de la Constitución soviética del 10 de julio de 1918⁵.

En cuanto al reconocimiento de los derechos sociales, sobrelleva la Constitución de Weimar de 1919. Sin embargo, a pesar de la significativa influencia en el constitucionalismo moderno, en especial por el énfasis dado a los derechos fundamentales, las dificultades que habían llevado a la I guerra mundial no habían sido removidas.

⁵ “Inspirada en el ejemplo histórico de la Revolución francesa, la Revolución soviética ha hecho una Declaración de derechos. La primera Constitución soviética ha sido publicada el 10 de julio de 1918. Pero antes de esta fecha, el 16 de enero de 1918, había aparecido una Declaración de los derechos del pueblo trabajador e explotado, que constituía la primera parte de la Constitución. Este documento, redactado por Lenin, es considerado en la literatura soviética como el documento constitucional más completo del primer periodo de la Revolución soviética: ‘La Declaración tiene un valor revolucionario enorme –dice un comentador oficial–; su importancia sobrepasa con mucho a la que tuvo en su tiempo la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano; he aquí un documento en que se invita a comparar con la Declaración de 1789.’ (MIRKINE-GUETZEVITCH, 1931, p 47).

Con la eclosión de la II Gran Guerra no hubo oportunidad para que se hiciera efectiva aplicación de las normas de promoción de los derechos fundamentales. En 1945 se aprobó la Carta de las Naciones Unidas, con el objetivo de proporcionar el fundamento jurídico para la permanente acción conjunta de los Estados, en defensa mundial de la Paz. En esta senda, influenciada por la idea de reorganización de los Estados y de justicia social, surge la Declaración Universal de los derechos humanos, de 1948.

Como esclarece Mirkin-Guetzevitch, la socialdemocracia alemana, en cuyo ámbito se ha levantado la bandera de defensa al régimen democrático y la protección de la República contra los asaltos del bolchevismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 115), constituyó un panorama embrionario de la Constitución de Weimar, que desarrolló de forma expresa el derecho al trabajo y a una existencia digna, entonces proclamado por la Revolución de 1848 y inscrito en la Constitución francesa de la segunda República.⁶

Es consenso en la doctrina que el marco histórico del constitucionalismo social puede ser localizado en las Constituciones mexicana (1917), soviética (1918) y alemana (1919). La Ley Fundamental de Bonn, de 1949 y, especialmente, la creación del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951, sirven de referencias del desarrollo del nuevo derecho constitucional, en cuyo ámbito se identifica la “fecunda producción teórica y jurisprudencial, responsable por la ascensión científica del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica”. Se destaca, además, la Constitución de Italia, de 1947, y la subsiguiente instalación de la Corte Constitucional, en 1956 (BARROSO, 2006).

Como inspiración para el debate sobre el nuevo derecho constitucional, con significativo valor sobrellevan las experiencias “a lo largo de la década de 70, la redemocratización y la reconstitucionalización de Portugal (1976) y España (1978).” (BARROSO, 2006).

Estos breves apuntes revelan que la lucha por la afirmación de los derechos fundamentales constituye un proceso difuso, que involucra a todos los países del mundo, casa uno en su

⁶ Mirkin-Guetzevitch (1931, p. 36) esclarece que: “Si examinarnos los orígenes de la Constitución alemana, veremos que la socialdemocracia alemana ha protegido la República contra los asaltos del bolchevismo. Los socialistas fueron los defensores del régimen democrático naciente, y esto hace que quede su recuerdo en el texto de la Constitución; la ideología socialista no puede contentarse con el parlamentarismo Occidental y la democracia formal de Occidente. El socialismo va más lejos, evidentemente, que la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, la responsabilidad ministerial, el sufragio universal, etc. El derecho al trabajo, a una existencia humana digna, derecho proclamado por la Revolución de 1848 y inscrito en la Constitución francesa de la Segunda República, se encuentra hoy día más explícitamente desenvuelto en la Constitución de Weimar.”

paso, considerada la conformación social, política y económica, así como el grado de violación y respuesta implementada por el pueblo.

En España, ultrapasadas las fases del constitucionalismo liberal y democrático, se constata, en 1931, un movimiento tendiente a las garantías sociales. Sin embargo, en 1936, se instala un sistema absoluto y concentrado, totalmente refractario a las conquistas sociales y políticas, que sólo se rompe en 1975, época en que se abre el camino para la instalación de la monarquía parlamentaria.

Es importante advertir que el concepto de libertades públicas como meros derechos a la abstención del Estado en vista de la autonomía de los individuos quedó superado por el reconocimiento de tres nuevas formas de efectos jurídicos a estas libertades: (1) los efectos horizontales de los derechos fundamentales; (2) los derechos de protección y (3) los derechos a la organización y a los procedimientos (SILVA, 2010, p. 235-236), que “la procedimentalización del derecho adquiere un sentido menos formalista, a medida que los procedimientos se articulan con los principios enunciadores de los derechos fundamentales.” (SOARES, 2010, p. 188).

A pesar de que ese deseado consenso sobre las cuestiones de justicia política no resulte viable de ser fundado en el *Ethos* que impregna la sociedad, los individuos aún comparten la expectativa de cooperar unos con otros, de manera justa y sin violencia (HABERMAS, 1999, p. 99).⁷

Así como la Constitución Brasileña de 1988 encuentra, en diversos puntos, sintonía con la Constitución de 1934 y 1946, la Constitución Española de 1978 tiene severa identidad con segmentos importantes del Orden Constitucional de 1931, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales.

España y Brasil presentan distinciones significativas en sus delineamientos de Estado y Gobierno. Esta circunstancia condujo a fuertes diferencias entre las disposiciones constitucionales fijadas en el Texto Español de 1978 y el Texto Brasileño de 1988. Sin embargo, en lo tocante a los derechos sociales, lo que se observa es que la experiencia

⁷ No original: “Der angestrebte Konsens in Fragen der politischen Gerechtigkeit kann sich nicht mehr auf ein traditionell eingewöhntes, die gesamte Gesellschaft durchdringends Ethos stützen. Aber noch immer teilen die Mitglieder moderner Gesellschaften die Erwartung, dass sie fast rund gewaltlos miteinander kooperiert können.”

española ejerció gran influencia en la estructura y contenido firmado en la Constitución de 1988, lo que indica que esta dimensión de los derechos fundamentales posee una independencia significativa en relación a la formación del Estado y gobierno.

Mirkine-Guetzevitch describe esta circunstancia como un “hecho curioso” y argumenta que la cuestión del reconocimiento de los derechos sociales no encuentra relación directa con la forma de gobierno, tampoco con la mayor o menor intensidad con que la democracia es establecida en determinado Estado. Los elementos sociales surgen en la medida en que pasan sobre las Constituciones la amenaza social y los resultados destructores de la experiencia rusa (HABERMAS, 1999, p. 99).⁸

Advierte, sin embargo, acerca de la insuficiencia de la explicación histórica, porque lo que importa no es saber por qué se estimó la necesidad de insertar en la nueva Constitución los derechos sociales; lo que importa es el hecho de que estos derechos hayan aparecido en las Constituciones, que, a su vez, fueron redactadas en una época en que ningún partido podía ignorar la cuestión social. “En el siglo XX, el sentido social del derecho, no es sólo una doctrina, no es sólo una escuela jurídica, es la propia vida.” (HABERMAS, 1999, p. 37).⁹

Se deriva, pues, de ese reconocimiento la emancipación del ciudadano político para el ciudadano social. Del ciudadano que se dona y desea participar de los destinos del Estado

⁸ Refiere, además: “En los países donde el Poder constituyente ha sido confiado a los elementos más moderados y muy alejados de la doctrina socialista, se ve afirmar en el texto de las Constituciones la existencia de derechos ‘sociales’. Aún más: la Constitución que establece más plenamente el carácter social de las libertades individuales y que llega a limitar los derechos de propiedad agraria, es una Constitución monárquica, es la del reino servio-croata-esloveno (artículo 43). Lo mismo en otra Constitución monárquica, la de Rumania, se encuentra una definición muy larga de los nuevos derechos ‘sociales’ del hombre. Por el contrario, en ciertas Constituciones republicanas no se encuentra una sección relativa a los derechos de los ciudadanos (Constitución de Letonia), o se encuentra una lista de derechos que no va más allá de la enumeración clásica de las libertades individuales. Nos encontramos en presencia de un hecho curioso: la introducción de los elementos sociales en las declaraciones de los derechos no está de ningún modo en relación directa con la proporción más o menos grande de la democracia de un país dado. La aparición de los nuevos elementos sociales no es solamente el resultado de la participación de los socialistas en la obra de las Asambleas constituyentes; los derechos sociales aparecen también en las Constituciones que han sido redactadas con una débil participación o sin el concurso de los socialistas. Es la historia política de los diversos países la que puede responder a esta cuestión: los elementos sociales aparecen en la medida en que se agitan sobre los espíritus de las Constituciones la amenaza social y los resultados destructores de la experiencia rusa.”

⁹ Resalta, además: “Sin embargo, esta explicación histórica no es suficiente. Lo que importa no es saber por qué los elementos moderados de un país han estimado necesaria la inscripción, en la nueva Constitución, de la defensa de los derechos sociales; lo que importa es el hecho, de que estos derechos han aparecido en la Constitución. [...] Las nuevas Constituciones han sido redactadas en una época en que ningún partido político podía ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho, no es sólo una doctrina, no es solo una escuela jurídica, es la vida misma”.

(a menudo simplemente siguen el destino ya trazado, sin fuerzas para modificarlo) para el ciudadano que demanda del Estado condiciones que viabilicen la materialización de esta participación.

La percepción de que ese sentimiento de pertenencia al Estado debe ser privilegiado y estimulado por el propio Estado por medio de políticas que, de forma cada vez más incisiva, objetiven la inclusión de los individuos en el espacio de ciudadanía, despierta para el grave problema que impide tal objetivo: las graves desigualdades sociales.

El “espacio sin ciudadanos” es expresión utilizada por Milton Santos para representar las “extensas áreas vacías de hospitales, puestos de salud, escuelas secundarias y primarias, información general y especializada, o sea, áreas carentes de servicios esenciales a la vida social ya la vida individual.” (SANTOS, 2007, p. 59)

Sentido extendido por el autor para las periferias que, a pesar de la densidad demográfica, tales servicios están igualmente ausentes. “Es como si la gente no estuviera allí.”

Resalta Mirkine-Guetzevitch que se asistió no sólo a la transformación de la teoría general del Estado, sino también a la doctrina de los derechos individuales. El Estado no sólo puede limitarse al reconocimiento de la independencia jurídica de los individuos, porque también está obligado a crear un mínimo de condiciones necesarias para asegurar su independencia social (MIRKINE-GUETZEVITCH, 1931, p. 37).

Extrapolando las relaciones recíprocas entre trabajo y capital, trabajo y propiedad, trabajo y empleador, las nuevas declaraciones de derechos surgen para involucrar la totalidad de la vida social –familia, escuela, etc.–, todo el conjunto de relaciones sociales, por lo que se asistió un gran intento de racionalización de la política (MIRKINE-GUETZEVITCH, 1931, p. 37).

Aunque estas nuevas Constituciones, que organizaron la vida pública de los pueblos afectados por la guerra, no hayan logrado éxito en realizar totalmente esta racionalización de la vida social, el valor del intento no es disminuido por el hecho de que esos derechos sociales hayan permanecido sólo en el papel. Es que el acceso al texto de la Constitución tiene un significativo valor educativo para la población y, además de los dispositivos proclamar los derechos sociales, definen tendencia y señalan los principios de un nuevo proceso de garantía de esos derechos que deben ser realizados en el *porvenir* (MIRKINE-GUETZEVITCH, 1931, p. 37).

No se puede perder de vista que la libertad involucra el proceso que permite la libertad de acción y decisiones, y las oportunidades actuales que las personas poseen, derivadas de las circunstancias personales y sociales (SEN, 1999, p. 17).

En la época del desarrollo de la Constituyente de 1987, la Constitución Española de 1978 se presentaba como la experiencia más reciente y con mayor proximidad material de los anhelos históricos que marcaban los deseos de cambio presentes en la sociedad brasileña.

El texto español de 1978, en su “Título Preliminar”, inaugura con disposición normativa que representa serio compromiso con los derechos sociales, disposición que irradia fuerza sobre los demás dispositivos, especialmente en razón de los “valores superiores”, *verbis*: “Artículo 1 - 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como **valores superiores** de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.” (ESPANHA, 1978).

Sigue con los fundamentos de la soberanía nacional y la titularidad del poder atribuida al pueblo español: “Artículo 1 - 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.”.

Peces-Barba Martínez destaca que:

Por primera vez en la cultura jurídica unos principios que el constituyente ha llamado valores superiores, son el contenido de una norma y también por primera vez una norma íntegra, unos valores como de cisión del constituyente, para ser la guía general de todos los operadores jurídicos en la dinámica creadora y aplicadora del Derecho. [...]

Hasta la Constitución Española se consideraba imposible, o no se había intentado de manera solvente, la compatibilidad entre el punto de vista normativista sistemático y el de los criterios de moralidad o de justicia, en la tarea de acotar y de independizar al fenómeno jurídico. Kelsen distingue entre el modelo dinámico donde el sistema de normas se identifica por la forma, órganos y procedimientos para la producción de normas, que es, dice, el propio del Derecho, y el sistema estático que se identifica por los contenidos materiales de las normas, deducidos de una norma básica material, que es propio de los sistemas morales y del Derecho Natural (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987. p. 374-375).

El “Título I. De los derechos y deberes fundamentales” es abierto con el “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”.

Se observa que la localización topográfica de la referencia al principio de la dignidad de la persona humana, que en el texto de la Constitución Brasileña está en el “Título I - Principios Fundamentales”, constituye mera característica organizativa y formal del documento, en la medida en que la naturaleza de fundamento del Estado, señalada a la dignidad de la persona humana, está expresamente presente en ambos textos constitucionales, lo que resulta suficiente, considerada la orientación que emana del principio de la unidad.

De igual suerte, a pesar de la ausencia de identidad en la categorización terminológica, también se identifican en el texto de la Constitución Brasileña de 1988 los denominados “valores superiores”, referidos con destaque axiológico en la Constitución Española de 1978, elementos indispensables para la comprensión de la ciudadanía amplia.

La misma comprensión que defiende Peces-Barba Martínez al analizar el texto de la Constitución Española de 1978, más precisamente en lo tocante a los “valores superiores”, se aplica a la Constitución Brasileña de 1988, no sólo en la vertiente de organización normativa, sino sobre todo en relación a la propia efectividad de la interpretación jurídica.

Sustenta que “[...] estamos en un sistema jurídico que explicita y normativiza en la Constitución su sistema de valores, que es así, dato previo del sistema, aunque abierto, que al desarrollarse y completarse con la interpretación que hacen los operadores jurídicos es también resultado, y resultado siempre sin completar.”¹⁰

Este resultado a completar, referido por el autor, puede ser comprendido en la perspectiva de que para ser ciudadano no basta tener derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la igualdad ante la ley. Es necesario participar de los destinos del Estado, así como ser destinatario de los derechos sociales; es decir, aquellos que garantizan la participación del individuo en la riqueza colectiva: el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, entre otros (PINSKY, 2008).

Otfried Höffe afirma que la justicia social no exige la igualdad de resultados, los cuales pueden ser desperdiciados por responsabilidad de la propia persona. Además, no se deben

¹⁰ Refiere, también, que “Supone así un progreso sobre otros puntos de vista sistemáticos, como el del iusnaturalismo racionalista donde el sistema de valores, la norma básica material es dato previo, del que se deducen lógicamente las consecuencias que forman el ordenamiento. En este caso no habrá resultado sino sólo dato previo. También sobre el alemán de la Ley fundamental de Bonn donde es la jurisprudencia la que deduce del análisis del conjunto del sistema, los valores que lo informan. En este supuesto no habrá dato previo sino únicamente resultado” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987. p. 85).

negar las diferencias de rendimiento individual. De acuerdo con la situación, cada uno se hace merecedor de las oportunidades compatibles con su talento (HÖFFE, 2004, p. 58).¹¹

En particular, Peces-Barba afirma que: “La igualdad material, menos elaborada, lleva a señalar como criterio preponderante y más racional, la idea de la igual satisfacción de las necesidades básicas (vivienda, educación, sanidad, seguridad social) y que está, junto con la libertad prestación, en la raíz de los derechos económicos sociales y culturales [...]” (HÖFFE, 2004, p. 386).

Es absolutamente irrefutable que con el constitucionalismo social deben establecerse mejores posibilidades de distinción entre el individuo político y el individuo social, pretensión que, justamente por el denominado “espacio sin ciudadanos”, carece de efectividad en el ámbito de muchos Estados republicanos y democráticos, como es el caso de Brasil, en cuyo ámbito, a pesar de la extrema proximidad normativa, el déficit de implementación de los derechos sociales en el plano práctico representa una significativa distinción con relación al escenario español contemporáneo.

4 CONCLUSIÓN

Así como en la España de 1978, en Brasil, la Constitución de 1988 representa el momento de la ruptura del paradigma civilista de la propiedad para la instauración del paradigma de la dignidad de la persona humana. Llegan, respectivamente, al aniversario de 40 y 30 años con una incuestionable actualidad normativa, especialmente en lo que se refiere a los derechos y garantías fundamentales.

Guardadas las distinciones sociales, políticas y culturales entre los dos países, hay una nítida ascendencia de la Constitución Española de 1978 sobre la Constitución Brasileña de 1988, especialmente en lo que se refiere a la carga axiológica atribuida a los “valores superiores”.

¹¹ No original: “Noch weniger gebietet die soziale Gerechtigkeit gleiche Ergebnisse. Diese kann mannämlich bei eigener Verantwortung verspielen. Ausserdem braucht man nicht Unterschiede des eigenen Einsatzes zuleugnen. Der immerwiederneue Versuch, ein Ergebnisgleichheit herzustellen, ist eine Chancengerechtigkeitszusage, mag von sozialem Neid, gelegentlich auch schlechtem Gewissen beflügelt sein; auf die Gerechtigkeit kann sich schwerlich berufen. Entsprechend verlangt die Gerechtigkeit nicht, im Bildungsbereich jedem dasselbe kommen lassen. Denn manche wären über-, andere unterfordert, so dass man beiden Gruppen Gerechtigkeit verweigerte. Nach der Alternative verdient jeder die seiner Begabung, seinen Leistungswillen und seiner Leistungsbereitschaft angemessenen Chancen, mithin sowohl der gewöhnlich als auch der weniger Begabte und der Hochbegabte, nicht zuletzt der (etwas musikalisch oder künstlerisch speziell Begabte).”

Es inequívoco que la cuestión social, las reivindicaciones que emergen de segmentos específicos de la comunidad política, así como las necesidades de preservación de la vida en sociedad siguen en constante crecimiento. Sin embargo, cuando se observan las disposiciones constitucionales de ambos textos, se constata que no se demanda tanto la evolución normativa, sino la efectiva realización de los derechos constitucionalmente previstos.

En un ambiente de crecientes lesiones de masa, que marca a los Estados en la contemporaneidad, se observa que tanto la Constitución Española, como la Constitución Brasileña, poseen estructura y contenido capaces de vencer el significativo desafío de continuar a proveer posibilidades normativas necesarias para la ecualización de los conflictos inherentes al complicado proceso civilizatorio en el *porvenir*, incluso a partir de mutua complementación e interacción, desarrollada en el ámbito del transconstitucionalismo.

REFERENCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

ESPAÑA. Constitución de 1978. Disponible en: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acceso en: 5 mayo 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Die einbeziehung des anderen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1999.

HÖFFE, Otfried. **Wirtschaftsbürger, staatsbürger, weltbürger: politesche ethikim zeitalter der globalisierung**. München: Beck, 2004.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. **Las nuevas constituciones del mundo**. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves. **Corcundas e constitucionais: a cultura política da independência (1820-1822)**. Rio de Janeiro: FAPERJ; Revan, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los valores superiores. In: **Anuário de filosofia del derecho**. Madrid: Tecnos, 1987.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **Historia da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 7. ed. São Paulo: Edusp, 2007.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Anchor, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Submissão em: 29 novembro 2018
Pareceres favoráveis em: 17 fevereiro 2019

El objeto de los Derechos Reales y la Constitución de los Mismos sobre cosa Materialmente Determinada

SEBASTIÁN JUSTO COSOLA¹

¹ Ateneo de la Academia Nacional del Notariado. Doctor en Derecho (Univ. Austral). Especialista en Documentación y contratación notarial (Universidad Notarial Argentina). Escribano (Universidad Nacional de La Plata). Notario en ejercicio titular del Registro 7 del Partido de Junín, Buenos Aires, República Argentina.

1 LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano, las **cosas** eran *entes o porciones* limitadas que pertenecían al mundo *externo* del sujeto, a las que él mismo aplicaba reglas de *aprovechamiento*. Sobre esto, explica Petit (2013, p. 165) que la palabra *res* (cosa) es tan amplia que abarca todo aquello que a las personas les proporciona cierta utilidad, y por ende, su estudio general importa a los efectos de analizar cuáles son los beneficios que estas generan. De ahí que para el autor, los derechos reales consisten en los diferentes beneficios que el hombre puede obtener de una cosa (PETIT, 2013, p. 229).

Pero también otras descripciones se ofrecieron al respecto. Se ha dicho que la alocución *res* implica, en sentido restricto, una alusión a la materialidad o corporeidad –a la *cosa* (PEÑA GUZMÁN, 1952, p. 19)–, mientras que en sentido genérico también se comprenden las nociones relacionadas a lo incorpóreo, los *iura*, tanto reales como personales (DI PIETRO-ÁNGEL; LAPIEZA ELLI, 2010, p. 119-130) –el objeto (PEÑA GUZMÁN, 1952, p. 19)–. El derecho real es entonces un señorío inmediato sobre una cosa *necesariamente determinada y de existencia actual* (DI PIETRO-ÁNGEL; LAPIEZA ELLI, 2010, p. 195), con una función económica relevante: la *apropiación* y el *disfrute* de los bienes (DI PIETRO-ÁNGEL; LAPIEZA ELLI, 2010, p. 196), por cuanto existe en él un vínculo entre una persona determinada y una cosa, que en principio genera un pasivo indefinido –toda la sociedad–, que se *halla obligada a respetar ese ejercicio* (CARAMÉS FERRO, 1964, p. 23).

Es sensato recordar que en Roma no solamente se destacaban el aprovechamiento y el goce humano. Por ello también otras características se vuelven relevantes para destacar:

la cosa debe ser útil, accesible y también deseable (ARANGIO-RUIZ, 1986, p. 181), lo que genera una primera distinción desde la acción de naturaleza procedimental (*actio*) que origina las primeras diferenciaciones entre los *derechos reales* y los *derechos personales* (ARANGIO-RUIZ, 1986, p. 193)². La referida distinción aunque era desconocida en Roma, y las primeras creaciones académicas comenzaron posteriormente al desarrollo de las acciones, a las que Juan Vallet considera –como la mayor para de la doctrina española autorizada– equivocadas incluso desde los aspectos meramente conceptuales (VALLET DE GOYTISOLO, 1973a, p. 212). Puede decirse que el germen de la distinción entre derechos reales y personales puede encontrarse en la sanción de la famosa ley *Poetelia Papiria*, que sustituye la ejecución contra la persona –propia del *nexum*– para dirigirla contra el patrimonio (ALTERINI, 2018, p. 203).

Finalmente, se ha argumentado que la noción de cosa se limita a los objetos *materiales* o *corpóreos*, y únicamente a aquellos que jurídicamente son *comerciables* (IGLESIAS, 1958, p. 205). Por lo demás, todos los autores son pacíficos en reconocer que es atribuible a Gayo la primera clasificación de las cosas en corporales e incorpóreas, siendo según las propias descripciones las primeras aquellas que se pueden tocar –fundos, esclavos, un vestido, el oro o la plata– y las segundas aquellas que no pueden tocarse, porque consisten en un *derecho* –la herencia, el usufructo, en fin, las obligaciones en el modo en las que se han contraído (GAIUS, 1975, p. 85)–.

2 OBJETO DE LOS DERECHOS REALES: PARTE GENERAL EN EL DERECHO PROYECTADO

Al proyectar la teoría sobre el objeto de los derechos reales, Ripert y Boulanger (2007, p. 15) enseñaban que las cosas que eventualmente pueden llegar a ser utilizadas por el hombre existen en el mundo *en cantidad ilimitada*. Toda una evolución de discusión académica en torno al análisis del objeto de los derechos reales lleva a considerar una especie de clasificación y división en los mismos, por cuanto existe acuerdo en reconocer que en origen, la cuestión tiene que ver con lo terminológico. En efecto, la palabra bienes designaba en principio a las cosas, pero en los tiempos más cercanos –y debido

² Dice el autor: “Los juristas plantean la distinción, antes que en el campo de los derechos subjetivos, en el de las acciones: en materia de defensa de los derechos patrimoniales, la *actio in rem* se contraponen con la *actio in personam*, y mientras la primera representa la posición avanzada de la propiedad y de los otros derechos sobre las cosas, la segunda es la defensa normal de los derechos de crédito”.

especialmente al progreso de la vida jurídica– la primera designación alcanza una mayor proyección, llegándose a considerar que son bienes *todos los elementos de riqueza susceptibles de apropiación humana*. De aquí que se distingue a las *cosas* objeto del derecho –denominados bienes *corpóreos*– y los propios derechos, denominados *bienes incorpóreos* (RIPERT; BOULANGER, 2007, p. 15).

En relación a lo antedicho, Jorge Alterini sostenía que el *Código Civil francés* presentaba a la propiedad en armonía con el bien común (PORTALIS, 2004, p. XXXV), lo que implicaba en cierta manera adecuar a su tratamiento no sólo algunas de las cuestiones elementales y principistas generales –hoy asociadas a la libertad desde los cánones constitucionales–, sino también a las cuestiones técnicas relacionadas con su *objeto*. El desarrollo del objeto del derecho de propiedad en el *code* –enfático como objeto *determinado*– proyectaba las cuestiones relacionadas con *la extensión, con la determinación de los límites y las partes, incluso las cuestiones del catastro*, la determinación de la propiedad general –en profundidad, en el espacio aéreo, en el derecho de superficie y en la proyección del derecho minero–, y los procedimientos de deslindes, entre otros temas relevantes (RIPERT; BOULANGER, 2007, p. 215-247, *passim*) que nuestra doctrina acostumbra a desarrollar en el análisis de la *parte general del objeto del derecho real*.

Las realidades en torno al objeto de los derechos reales de otros países afines a nuestro estudio son necesarias para comprender las interpretaciones en desarrollo, y además porque son, en cierta medida, parcialmente diversas. Así, mientras algunas obras en *España* se esmeran por verificar el tratamiento de la teoría general de los derechos reales en conjunto con el derecho de propiedad (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, 2017, p. 25-80, *passim*), otros autores como Albaladejo (1997, p. 303) sostienen llanamente que el objeto del derecho real es la propia cosa sobre la cual se ejerce un poder directo e inmediato a secas. Diez Picazo y Gullón (2013, p. 25) en cambio, sostienen que los derechos reales –o derechos de cosas– intentan regular los conflictos que se suscitan entre personas que *aprovechan* tanto la titularidad como la utilización o disfrute de las mismas; los derechos reales son en definitiva los derechos referidos únicamente a las *cosas*, independientemente que en ese país se discuta con vehemencia si el sistema de derechos reales pertenece a la órbita de los *numerus apertus* o del *numerus clausus*, según se pondere la autonomía de la voluntad o el orden público económico (DIEZ PICAZO; GULLÓN, 2013, p. 40-42), por cuanto también se sostiene (TAPIA RAMÍREZ, 2016, p.

47) que ninguno de los dos sistemas en estado puro pueden ser los realmente adecuados para el desenvolvimiento económico y social de la nación (PERALTA MARISCAL, 2015, p. 41).

En otros países como México, autorizada doctrina afirma que es un error considerar como objeto de los derechos reales a las cosas y a los bienes y no *a la conducta humana*, por cuanto se prioriza el poder económico del titular y no *sus facultades en su verdadera esencia* (ROJINA VILLEGAS, 2012, p. 27-40, *passim*). Sin embargo, también allí se sostiene que los bienes presentan un concepto jurídico y un concepto económico: el primero de ellos está referido a *toda cosa material o inmaterial al que pueda dársele un valor, ser susceptible de apropiación privada y por ende, ser objeto de un derecho subjetivo personal o real*, mientras que el segundo se encuentra dirigido a considerar a todas las cosas que satisfacen las necesidades de las personas destinadas a producir *riqueza y felicidad*. Desde esta perspectiva, se invierte la regla: las cosas son el género y los bienes, la especie. Para que las cosas sean bienes, tienen que producir la mencionada riqueza y felicidad (ROJINA VILLEGAS, 2012, p. 49), y además de ello, deben ser cosas corpóreas o incorpóreas que pueden ser adquiridas (ALESSIO ROBLES, 2015, p. 81). En sintonía con lo antedicho, se termina por afirmar –en razón de que la legislación civil de este país utiliza indistintamente los términos bienes y cosas–, que las cosas pueden o no pueden ser susceptibles de apropiación; las primeras son cosas en sentido lato, las segundas son los bienes (DE LA MATA PIZAÑA; GARZÓN JIMÉNEZ, 2013, p. 81).

Finalmente, desde *Perú* se enseña que para construir una relación funcional entre una persona y una cosa, el elemento esencial del derecho real debe ser una *atribución que la persona obtiene sobre un bien material que excepcionalmente, puede ser incorporal* (GONZÁLEZ BARRÓN, 2013, p. 170). Desde allí se distingue entre *objeto* y *contenido*, atribuyéndole a los bienes la categoría de *entes de la realidad externa humana totalmente diferenciables del sujeto, totalmente individualizados y autónomos, susceptibles de apropiación y portantes de valor económico* (GONZÁLEZ BARRÓN, 2013, p. 171-188, *passim*), diferenciables de los derechos – estos últimos, siempre dentro de la órbita de los derechos personales–, y en consonancia con otras doctrinas, relacionados con las cosas en una relación de género –bienes, relacionados con todas las entidades corporales e incorpóreas que pueden ser objeto de los derechos reales– y especie –las cosas, entidades únicamente corporales (GONZÁLEZ BARRÓN, 2013, p. 192-193)–.

3 EL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA: DOCTRINA CLÁSICA DEL CCA

En la nota al libro tercero, Vélez Sarsfield sostenía que tanto las *cosas* como la *posesión* son los elementos de los *derechos reales*. Para el centenario codificador argentino, las *cosas* eran únicamente las corporales, dejando de lado la noción generalizada que también entiende dentro de ese concepto a las incorpóreas (ALLENDE, 1962, p. 8). La reforma al Código Civil Argentino (CCA) instaurada por la ley 17.711/68 generó diferentes doctrinas y debates, y como entre nosotros advierte Mario Zinny (2009, p. 20-23), no pocas confusiones, tanto en la cuestión referida a los términos utilizados como en consideración de los verdaderos alcances del objeto de los derechos reales. Es que la interpretación concierne tanto al significado lingüístico como a los extralingüísticos –como los comportamientos humanos (ETALA, 2016, p. 255)–, en razón de ello, no solo el tema de la cuestión terminológica es relevante, sino también la aplicación del principio de la analogía, que en este tema y en ciertas disciplinas, como la del derecho de minería, no es posible adecuar (CATALANO, 1999, p. 23).

Casi en el origen de la glosa académica nacional, José Machado comentaba que los objetos en el derecho civil pueden ser materiales –dentro de la órbita de los sentidos y por ende, sujetos a aprehensión– e inmateriales –dentro de la órbita de la inteligencia, sin posibilidad de ser aprehendidos (MACHADO, 1900, p. 177)–. Pero no es la única clasificación que proyecta el autor en su célebre obra que expone y comenta al CCA; a esa le agrega otra, trascendente para el tema que hoy ocupa mi atención, que pone de resalto que los derechos en general pueden ser considerados en relación al objeto que afectan: son personales cuando afectan a la persona, y son reales cuando afectan a las cosas (MACHADO, 1900, p. 177). Para el autor, la palabra *cosa* comprende *todo lo existente* (MACHADO, 1900, p. 179).

El maestro Guillermo Allende aceptaba que el objeto del derecho real sea la *cosa determinada* sobre la cual el sujeto extrae una determinada ventaja, que será diferente de acuerdo al derecho real que se proyecte (ALLENDE, 1967, p. 154)³. En sintonía, Marina Mariani de Vidal (1993, p. 10), que además distingue el doble significado de la palabra bien

³ Mas adelante el autor enfatizará en relación al análisis del objeto de los derechos: “En efecto: un hecho en el derecho personal; una ‘cosa corporal’ en el derecho real”.

para el CCA: una amplia, relativa a las cosas –objeto material con valor– y una restringida, relativa a los objetos inmateriales con valor –los derechos patrimoniales–.

Desde otra posición, el maestro Alberto Molinario (1965, p. 55) sostuvo que el objeto de los derechos reales no eran solo las cosas, sino los *bienes*, ya que los mismos abarcan las cosas corporales e incorpóreas⁴, y muchas veces el objeto del derecho real lo componen bienes que no son cosas (MOLINARIO, 1965, p. 45)⁵. Este desarrollo también es desarrollado por Luis Peña Guzmán (1975, p. 75) destinando inclusive importancia capital a la introducción de la energía como objeto material incorpóreo y sensiblemente perceptible.

Edmundo Gatti proyectaba la idea que comprueba que existe un aspecto externo y uno interno en torno al análisis del objeto en la teoría de los derechos reales. Desde lo externo, se pondera la relación jurídica siendo el objeto *la conducta del sujeto pasivo* –la abstención de la comunidad–. Desde lo interno en cambio, se pondera el aspecto económico, entonces el objeto de los derechos reales es la cosa misma (GATTI, 2012, p. 185-186; GATTI, 2005, p. 29-54, *passim*).

Jorge Alterini enseñaba que las cosas son el objeto exclusivo de los derechos reales, y pese a que algunos autores se inclinaban a establecer que el objeto del derecho real puede no ser una cosa, la relevante reforma del CCA de hace poco más de cincuenta años sostuvo la versión restringida de las cosas⁶, reducida a la idea de que las mismas son

⁴ Y aclara el autor: “La potestad total o parcial se ejerce, tratándose del derecho real, sobre un objeto que debe ser actual, esto es, existente al tiempo de la constitución y subsistencia del derecho. [...] Mas el objeto del derecho real no solamente ha de ser actual, sino que también debe hallarse perfectamente determinado. Si es inmueble debe estar delimitado, por lo menos, en sus títulos; y si es mueble, la naturaleza del mismo lo hace perfectamente determinado”.

⁵ Se refiere al usufructo de créditos y a la prenda que tiene por objeto un crédito. En contra Gunther González Barrón, que sostiene que los denominados “derechos sobre derechos” que originarían un derecho real sobre los créditos en realidad son meras limitaciones de los derechos de crédito, ya que se constituyen como un derecho inferior al derecho de crédito que delimitan. Dice el autor: “No se trata de un derecho sobre otro derecho, sino de un derecho que es cedido a un tercero pero en un ámbito más limitado. Así, la constitución de un usufructo sobre un crédito no es otra cosa que la constitución de un derecho sobre ese crédito, pero a través de una cesión con efectos limitados.” (GONZÁLEZ BARRÓN, 2013, p. 189).

⁶ Acerca de la reforma instaurada por la ley 17.711/68 al CCA, existen posturas interesantes que en su oportunidad, generaron nuevos debates en torno a la importancia de las cosas en el Código Civil. Desde mi visión, dos de ellas merecen destacarse: la primera, determinante de la discusión de la reforma para designar a las cosas con las palabras “corporales”, propias del Código de Vélez, y “materiales”, introducida por la reforma. En efecto, si bien en general se coincide con que la referencia a lo material es directamente proporcional con la referencia a los bienes inmateriales en terminología del mismo cuerpo legal, hay opiniones que merecen destacarse, como aquellas que sostienen que lo corporal se sostiene desde la forma, y lo material desde la sustancia. Otra de las posiciones relevantes es la propuesta de enfatizar a las cosas desde su “nueva” perspectiva, en torno a si las mismas son registrables o no registrables. Sobre lo primero, (V. ADROGUÉ, 1986, p. 7). Sobre lo segundo, V. Carranza, 1974, p. 353-363.

objetos corporales o materiales (ALTERINI, 1981, p. 12). Para el maestro del derecho civil contemporáneo, el objeto de los derechos reales *no son los bienes, sino las cosas* (ALTERINI, 1970, p. 73). Esa posición es la que mantuvo con coherencia durante toda su obra, individual o en coautoría (GATTI; ALTERINI, 1998, p. 133-135) –de los últimos aportes que realizó, la actualización de la obra de Lafaille, para quien el objeto de los derechos reales era la cosa como objeto corporal susceptible de valor, pero también los instrumentos públicos y privados por su carácter representativo– claramente argumentando inclusive con sólidos fundamentos ciertos temas sujetos a confusión (LAFAILLE; ALTERINI, 2010, p. 19-23)⁷. Es prudente recordar en este punto, que la misma orientación de Alterini es sostenida por Areán, en comentario actualizado al CCA, también interpretando que el objeto de los derechos reales son las cosas y nunca el crédito (AREÁN, 2012, p. 3). Y también por otros autores, como López de Zavalía, quien además propondría con énfasis que los bienes que *no son cosas dan lugar a situaciones diferentes*, por lo cual la teoría de los derechos intelectuales tiene que ser separada de los derechos reales; para el autor, en efecto, bienes y cosas no son lo mismo (LÓPEZ DE ZAVALÍA, 1989, p. 184-185).

Desde el análisis del objeto, también es relevante considerar que la mayor parte de la doctrina clásica era conteste en destacar el valor patrimonial de las cosas, mientras que una doctrina minoritaria también destacaba el valor afectivo, sentimental (CIFUENTES; SAGARNA 2011, p. 368). En definitiva, un resumen de los aportes de la doctrina nacional puede visualizarse en el claro ensayo de Cornejo referido al tema que se considera en estas líneas (CORNEJO, 1989, p. 985), y al excelente desarrollo de Kemelmajer de Carlucci, inclusive actualizado con las modernas tendencias bioéticas de implicancia relevante en el análisis del tema (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2005, p. 5-183).

4 LOS APORTES PROVENIENTES DE LAS JORNADAS

El VII Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Córdoba hace exactamente treinta años, dedica el tema III al tratamiento de la registración de los derechos reales

⁷ Allí Alterini sostiene que el CCA parte de la idea de considerar a las cosas como objeto de los derechos reales sobre algunas regulaciones que el autor considera “descripciones fictas alejadas de la realidad”. Se refiere a la prenda de créditos, al usufructo de créditos y a la utilización de la categoría de cosas por su carácter representativo. Así lo describe: “El instrumento cartular es una cosa como papel, pero es difícil admitir que se convierta en un inmueble por representación; el sistema de Vélez se queda con la ficción, pero es contraproducente, por disvalioso, prescindir de la realidad”. Por ello sostiene que la utilización de la categoría de cosas por el carácter representativo es al solo y único efecto de “mantener la formulación dogmática de que el único objeto posible del derecho real es la cosa”.

sobre partes materiales de la cosa (REVISTA, 1988). La presentación de las conclusiones resulta ser novedosa, y pienso que significativas si se tiene en cuenta la proyección actual del derecho positivo. El tema fue abordado sobre dos partes bien diferenciadas, la general y la especial de los derechos reales:

- a) en la primera, la mayoría concluye es posible constituir derechos reales sobre partes materialmente determinadas, y si es de un inmueble en favor de titulares distintos ello no implica la cotitularidad de los derechos. También se destaca que es posible la posesión sobre una parte materialmente determinada de un inmueble;
- b) en la segunda, se establece que los derechos reales de disfrute pueden constituirse sobre partes determinadas de un inmueble, permitiéndose en el caso de usufructo únicamente en el supuesto de usufructo, y en la hipoteca sobre un inmueble cuando esas partes puedan ser divididas como parcelas independientes, o cuando es el resultado de una partición, mientras que en el ejercicio del condominio con uso y goce sobre partes materialmente determinadas no implica la constitución de distintos derechos reales sobre partes materiales.

En referencia a la publicidad de los mismos, la parte materialmente determinada de la cosa debe individualizarse con precisión conforme a los procedimientos establecidos por cada ley local, debiendo advertirse su existencia de las constancias de la matrícula para poder alcanzar los requisitos impuestos por el principio de especialidad. En razón de la honestidad intelectual, debe recordarse que en el seno de la comisión también se expresó la minoría, estableciendo en líneas generales que en la estructura del CCA no puede admitirse la constitución de derechos reales sobre parte material de la cosa con todas las demás derivaciones. De ellas, resulta importante declarar el valor de la *publicidad cartular*: para el despacho en minoría, es la única manera publicitaria que tienen los terceros para el conocimiento de existencia de dichas cláusulas.

Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (2001) trataron el tema del objeto de los derechos reales (CONGRESOS 2005, p. 206). Un antecedente al normativismo actual propio de la redacción del proyecto de unificación del año 1998 –aunque no desde su terminología– surge de las mencionadas conclusiones, que proponen que el objeto de los derechos reales sean las cosas, sus partes materiales, y los derechos si la ley así lo establece, concediendo al titular derechos de persecución y preferencia teniendo en cuenta la relación directa que

el mismo tiene con el objeto. En idéntico sentido, las conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (2007).

Por su parte, de las conclusiones de la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (2015) surge que *persiste la posibilidad de establecer el usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre sobre parte material a través de la confección de un croquis*. Asimismo, se establece que en el derecho real de superficie es posible la hipoteca, y puede corresponder la misma tanto al dueño como al superficiario, siendo en el último caso una variante tanto de cosa ajena como de cosa propia.

5 OBJETO DE LOS DERECHOS REALES EN EL CCCN: INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial da la Nación (CCCN) presenta un nuevo tratamiento de los bienes, que claramente, viene a generar una orientación diferente en el tema, inclusive dentro de la teoría de los derechos reales. Uno de los autores del entonces anteproyecto de Código unificado, Ricardo Lorenzetti, presenta el tema bajo el título de nuevo paradigma, advirtiendo que el nuevo derecho positivizado no solamente incorpora a los bienes patrimoniales, sino también aquellos que recaen sobre el cuerpo humano, de las comunidades indígenas y los demás bienes en relación a las personas y a los derechos de incidencia colectiva (LORENZETTI, 2016, p. 85). En referencia a las cosas, recuerda que el Código Civil Argentino (CCA) definía a las mismas como objetos materiales susceptibles de tener un valor, teniendo en cuenta que cosa es todo lo que existe, que pueden ser propiedad de lo hombre y todo aquello que se encuentra en la naturaleza y que escapa a la apropiación humana exclusiva, proyectando desde el punto de vista jurídico todo lo que tiene valor entre los bienes de los particulares, todo vinculado desde un enfoque estrecho relacionado con lo económico (LORENZETTI, 2016, p. 88). Como afirma el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), el código en vigencia continúa la categoría tradicional simplificando su enunciación (LORENZETTI, 2016, p. 89), aunque con algunos matices interesantes que resaltar: mientras que para el Vélez Sarsfield el concepto jurídico de cosa se encuentra alcanzado tanto por la materialidad como por el valor económico, de los fundamentos del actual CCCN se desprende que el criterio de consideración de la naturaleza de la cosa es mucho más amplio, ya que entre otras consideraciones, siguen siendo objeto del derecho real las cosas que están fuera del comercio por inenajenabilidad relativa, o que tuviesen enajenación

prohibida por cláusula de no enajenar, o las que tienen valor económico aparentemente nulo pero que pueden tener valor para su propietario, incluso el sentimental (COSSARI, 2016, p. 25). Sobre esto, es bueno tener presente que Marina Mariani de Vidal y Adriana Abella advierten que no debe dejar de prestarse atención al punto de vista jurídico de las cosas, que es el que verdaderamente destaca la noción de valor (MARIANI DE VIDAL; ABELLA, 2016, p. 35).

En definitiva, el cambio instaurado en el código vigente en relación al CCA es más que relevante: a la consideración más “amplia” en torno a la naturaleza de las cosas, también se innova en la inclusión de los bienes como objeto de los derechos reales, que a partir del análisis de lo establecido en el título preliminar, las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio (art. 15), pudiendo esos derechos recaer sobre *bienes susceptibles de valor económico*, considerándose a las cosas como bienes materiales (art. 16). Algunos autores como Claudio Kiper (2016, p. 23-24) destacan que en materia de objeto de los derechos reales, esta nueva proyección positiva resulta ser una gran novedad, con algunos aciertos pero también con ciertos interrogantes⁸. Otros profesores en cambio como Gabriel Ventura, no están de acuerdo con poner de manifiesto que la incorporación de los bienes son efectivamente una verdadera novedad, porque entiende que esa realidad ya estaba incorporada en el CCA que admitía la constitución de *derechos reales sobre derechos*, todo tratado y desarrollado ampliamente por la doctrina general citada (prenda de créditos, usufructo) (VENTURA, 2017, p. 32).

En efecto, considerado el *derecho real como un poder jurídico de estructura legal que se ejerce directamente sobre su objeto* (art. 1882), el mismo *se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa* (art. 1883). Según el CCCN, *el objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley* (art. 1883 *in fine*).

⁸ Expresa el autor: “No es sencillo encontrar en el Código un derecho real sobre un derecho, pero se abre la puerta. Puede que así se considere al crédito instrumentado objeto de la prenda. Otro caso puede ser el derecho de superficie aun cuando no se plantó, construyó o forestó (Art. 2120)”; “No dice que la cosa sea cierta y determinada, y actualmente existente, pero son recaudos que cabe exigir, salvo supuestos de excepción”. Idéntica opinión es brindada por el autor en Lorenzetti (2015, p. 9-20).

6 OBJETO DE LOS DERECHOS REALES EN EL CCCN: PARTE GENERAL

Ya el proyecto del año 1998 había innovado en este tema del objeto de los derechos reales, aunque con diferente técnica legislativa, haciendo alusión al mismo desde las cosas que están en el comercio, pudiendo constituirse sobre la totalidad, sobre parte material o por una alícuota, y también sobre los derechos que se encuentren previstos especialmente⁹. La introducción de la palabra *alícuota*, que hoy no existe en la actual redacción, se debía al intento por bosquejar las dudas que se generan al intentar delimitar la expresión del ejercicio de los derechos reales “por el todo o por una parte indivisa”, y también especialmente por toda referencia a “parte”; la noción de alícuota es una noción ideal porque carece de materialidad (ALTERINI et al, 2018, p. 164-165).

Desde aquí se intentó no prescindir de la realidad de los derechos reales, pero evitar las denominadas ficciones que el CCA mantenía, en base a la coherencia de considerar que el único objeto posible de los derechos reales eran las cosas (ALTERINI et al, 2018, p. 161)¹⁰.

En el análisis del objeto entonces, el CCCN presenta a la cosa, con toda su amplia naturaleza, –en su totalidad o en parte material–, asumiendo el principio que las cosas, como objetos materiales susceptibles de valor económico, son el objeto principal. Los derechos, si bien también pueden ser objeto de los derechos reales, lo serán únicamente cuando la ley así lo exprese (ALTERINI et al, 2018, p. 162). Desde mi perspectiva entonces, el principio que analiza los bienes como objeto de los derechos reales es de excepción.

La doctrina en general menciona como ejemplos de derechos reales sobre créditos: el usufructo de la herencia (art. 2130, inc. d), la prenda de créditos (art. 2219), y como ejemplo de constitución de derechos reales sobre derechos reales en el derecho real de superficie forestal –derecho de garantía sobre derecho del superficiario de plantar forestar

⁹ Para analizar este tema, v. Vázquez (2002, p. 115-129).

¹⁰ Como argumentan los autores, en el proyecto en referencia se eliminó la categoría de las cosas por su carácter representativo, intentándose de esta manera alejarse de *las ficciones* que se analizaban en relación al usufructo de créditos y prenda de créditos, siendo que en la dogmática del código el crédito no era el objeto de los mencionados derechos, sino el instrumento.

o construir (art. 2120) (2016, p. 302), con la especial referencia a la legitimación para hipotecar (art. 2206) (VÁZQUEZ, 2002)–.

En efecto, en la actualidad, el objeto actual de los derechos reales se compone de (ABREUT DE BEGHER, 2016, p. 52; CLERC, 2016, p. 12):

- a) las *cosas*, con valor o susceptibles de tenerlo, que estén o no en el comercio, de existencia actual, siendo las mismas determinadas y pudiendo ser singulares o consideradas desde la universalidad;
- b) los *bienes* que expresamente la ley autoriza ya referidos anteriormente.

6.1 Los Derechos Reales Sobre Partes Materiales de las Cosas (VENTURA, 2017, p. 35)

Es el caso de los constituidos sobre cosa ajena: a) la *servidumbre* que puede tener por objeto la totalidad o la parte material del inmueble ajeno (art 2163); b) la del *usufructo* que puede ejercerse sobre la totalidad o sobre una parte material (art. 2130), al igual que las similares situaciones que surgen del derecho real de *uso* (art. 2154) y al derecho real de *habitación* (art. 2158) y finalmente con ciertos matices, c) la del derecho de *superficie* que puede constituirse sobre parte en sentido horizontal y parte del terreno en sentido vertical (art. 2116). En los derechos reales constituidos sobre cosa propia no es posible admitir esta posibilidad.

Los efectos que pueden llegar a generarse sobre cada figura pueden ser diversos y de la más variada índole. A modo de ejemplo, ya había adelantado Marcelo Urbaneja que de ser posible la admisión del objeto de los derechos reales sobre parte materialmente determinada –en el entonces CCA–, en el caso del usufructo constituido sobre diferentes partes materiales de un inmueble, sus titulares no serían co-usufructuarios sino titulares cada cual de su usufructo, dando lugar a la existencia de múltiples usufructos, también con ciertas derivaciones interesantes, por ejemplo, la de la inaplicabilidad de la concreción cartular y por ende, registral del derecho de acrecer (URBANEJA, 2011, p. 227-228). Y así, el análisis de cada figura implicada.

Volviendo a los casos previstos y enumerados, en la totalidad de ellos no es menester la configuración de los planos, según la opinión de Ventura, bastando *su determinación*

mediante la descripción que consigne el notario en el título respectivo (VENTURA, 2017, p. 35).

7 CATASTRO: NOCIONES ELEMENTALES

El sistema catastral regulado en la ley nacional 26.209 persigue como finalidad que tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cobijen en su seno organismos administradores de diversos datos de los objetos territoriales y registros públicos tanto de derecho público como de derecho privado de cada jurisdicción (ALTERINI et al, 2018, p. 832). Es el denominado catastro el que representa en un documento cartográfico los elementos que componen la parcela, y es el que brinda la base del título que se va a otorgar, por cuanto su misión es velar porque siempre haya exactitud entre lo que se mensura y el derecho constituido, transmitido o extinguido (SABENE, 2013, p. 25). El registro catastral es un registro de hechos (SABENE, 2013, p. 25).

Varios son los elementos del catastro que interesan y forman parte del ejercicio diario de la función notarial. Esencialmente, los que Marinelli (2009, p. 30-31) denomina *documentos interactivos básicos*: cartografía y planimetría, y dentro de esta última, los planos modificatorios de los estados geométricos en origen *debidamente aprobados registrados y anotados* tales como los de *mensura, subdivisión y/o unificación, anexión, integrados, servidumbre, prescripción, propiedad horizontal y remanentes*.

Conviene destacar en este aspecto –tan siquiera de modo apresurado–, ciertas nociones que cobran importancia. Al referirnos al estado parcelario, hacemos referencia a la parcela, y más específicamente a sus elementos esenciales y complementarios; la ubicación georeferenciada del inmueble, sus límites en relación a la causa jurídica que los origina, las medidas lineales, angulares y superficiales pertenecen al primer grupo, mientras que son complementarios la valuación fiscal y sus linderos (ALTERINI et al, 2018, p. 835).

La *cedula catastral* entonces, entendida como el documento de naturaleza registral donde se asientan las constancias catastrales, que es un formulario con contenido enunciativo predeterminado y completado por el agrimensor actuante de acuerdo a las normativas emitidas por los organismos encargados de velar por la conformación del *estado parcelario*, que contiene: a) datos del inmueble generales –ubicación, linderos, límites, medidas lineales, angulares y superficiales–; b) datos registrales, como matrícula, nombre y domicilio del titular; c) nomenclatura y número de partida del inmueble, y d)

restricciones, concesiones administrativas, inscripciones relevantes, mejoras, valuaciones administrativas, etcétera (SABENE, 2013, p. 189-190). La constitución del estado parcelario se efectiviza con la registración del contenido de los documentos, cumpliendo de esta manera con el principio de especialidad (DILLON et al, 2017, p. 363). Es prudente destacar como lo hizo la escribana María Laura Rey¹¹, que a todo efecto el estado de verificación de los objetos territoriales tiene tres partes bien diferenciadas: a) la verificación del estado parcelario (advertir si existe o no modificación de un elemento esencial de la parcela); b) verificación del estado de ocupación, y c) relevamiento de las mejoras edilicias aun no empadronadas.

Por otro lado, el *certificado catastral* no deja de ser una constancia que emite la autoridad catastral con carácter previo a cualquier acto de transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre inmuebles (SABENE, 2013, p. 199), que reitera ciertos aspectos relevantes establecidos en la cédula catastral y que en la actualidad impone, en las demarcaciones que así lo receptan, el valor del objeto territorial para el año y para el acto, con todas las implicancias fiscales que de ello se derivan.

No deja de llamar la atención la figura del *croquis*, y mucho más específicamente porque en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires la misma forma parte del derecho positivo vigente¹². Dentro de lo que se denomina *documentación gráfica*, el *croquis* es un esquema, un diagrama, de cualquier elemento gráfico que se confecciona como preliminar de algo (MOLINA QUIROGA; VIGGIOLA, 2008, p. 99). Los croquis sirven para adelantar las ideas antes de que las mismas se canalicen legalmente por las vías correspondientes, y desde mi perspectiva, si son realizados bajo el criterio de la buena fe (art. 9) y suscriptos desde la autonomía de la voluntad entre partes (art. 961) no cabe ninguna duda que generan un compromiso. En la más reciente obra publicada de derechos reales, la buena fe, por primera vez y dentro de una parte general, esta elevada a la categoría de principios esenciales de los derechos reales (ALTERINI et al, 2018, p. 138-140).

¹¹ Esc. María Laura Rey, exposición del día 28/05/2018 en el Ateneo de la Academia Nacional del Notariado.

¹² El artículo 2 del Decreto Ley 11643/63 referido a las normas de funcionamiento del registro de la propiedad bonaerense dispone que: “El acceso documental de documentos al registro está dirigido a las sentencias, a las escrituras públicas o a los documentos auténticos, y para los casos particulares que señala la reglamentación, tiene carácter de documento auténtico el documento privado suscripto por las partes siempre que la firma de las mismas este certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente” (Art. 2). Por su parte, el artículo 1 inciso d) del decreto 5479/65, reglamentario del decreto ley mencionado, establece como documentos auténticos a “los croquis de delimitación de superficie, en los casos de locación, usufructo, servidumbre, uso y habitación”.

8 DOS APORTES EXTRAORDINARIOS FUERA DE ORDEN

El análisis de Juan Vallet de Goytisolo referido a la teoría de las cosas como objeto de los derechos es monumental. Jurídicamente, se acepta desde Savigny que el objeto de los derechos parte de un dualismo: en los reales, las *cosas*, en los personales, el *crédito* (VALLET DE GOYTISOLO, 1973b, p. 129). Pero filosóficamente, la contraposición *persona-cosa* es el problema metafísico fundamental (VALLET DE GOYTISOLO, 1973b, p. 128)¹³. Para el autor, el *objeto es un concepto meta-jurídico* que como la persona, el derecho recoge y valora. Pero esencialmente, la cosa proyecta un interés desde una *relación jurídica*; ese interés puede referirse *a toda la cosa, a una parte de la cosa o en un quid a verificar en o con aquella cosa* (LINARES DE URRUTIGOITY; PUJOL DE ZIZZIAS, 2002, p. 131). Desde esta posición, el interés que mueve y proyecta al derecho en el derecho real se refiere, tanto *a la totalidad de las relaciones de la cosa o solo a una determinada relación de la cosa*, en definitiva, la cosa es el contenido de la relación y no el objeto en sí (LINARES DE URRUTIGOITY; PUJOL DE ZIZZIAS, 2002, p. 132)¹⁴.

Desde otra admirable teoría, Francesco Carnelutti enseña que el concepto de objeto jurídico en la piedra angular de la estructura misma del derecho. El objeto en general es una observación de la realidad, mientras que el objeto jurídico es lo que se observa desde el derecho (CARNELUTTI, 1955, p. 141). Esta noción cobra relevancia en una relación que compromete a dos personas en conflicto de intereses sobre una cosa. Esa situación jurídica, que reconoce como elementos a las partes, al bien y a la relación (CARNELUTTI, 1955, p. 144), profundiza la cuestión desde el análisis de la persona –elementos personales (CARNELUTTI, 1955, p. 149)– y desde la cosa –elementos reales (CARNELUTTI, 1955, p. 165)–. Dentro de la situación jurídica los sujetos del derecho son dos, que además al mismo tiempo se contraponen; el objeto en cambio es uno solo, y por ello la característica del sujeto es la dualidad y la del objeto la unidad (CARNELUTTI, 1955, p. 166).

Pero cobra especial relevancia para el tema que ocupa mi atención la clasificación que el jurista realiza de las cosas; especialmente la que se refiere a la categoría –fundada en la relación cuantitativa del todo a la parte y en que la noción de cosa es esencialmente

¹³ Entre nosotros, el tema del objeto de los derechos reales desde el derecho y desde la filosofía –en claro análisis del alcance de los objetos de los derechos reales, entendiendo el espacio aéreo, el subsuelo y el derecho de superficie– esta fantásticamente argumentado en el ensayo de Linares de Urrutigoity y Pujol de Zizzias (2002, p. 41-62).

¹⁴ Esta posición tiende en lo general, a opinar negativamente sobre el problema de “los derechos sobre los derechos” como posibilidad que un derecho sea objeto de otro derecho.

económica—, de cosas simples y complejas (CARNELUTTI, 1955, p. 174). Se parte de la idea de considerar **que cada cosa es un todo o una parte**, porque las cosas pueden dividirse a su vez, en una o más cosas por un lado, y por el otro varias cosas pueden reunirse en una sola (CARNELUTTI, 1955, p. 174). La obra del hombre genera distintas cosas a partir de una sola (cosas simples) o genera también una única cosa a partir de la reunión de varias de ellas (cosas compuestas). Existe sobre esto una consecuencia relevante: una vez divididas, las cosas simples hacen perder la utilidad del todo anterior, de igual forma que las cosas compuestas: la reunión de las partes hacen perder la utilidad anterior¹⁵. La esencia de la cosa compuesta es la agrupación de las cosas singulares para obtener de ellas la mayor utilidad (CARNELUTTI, 1955, p. 177).

9 CONCLUSIONES

De los artículos citados del CCCN se desprende que ya no emergen dudas que es posible la constitución de derechos reales sobre partes materiales de la cosa, en aquellos casos conformados sobre la cosa ajena ya enumerados, y con la situación especial del derecho de superficie según los cánones legales y académicos hasta hoy ofrecidos.

En torno a las clasificaciones argumentadas por la doctrina, debe tenerse en cuenta que el criterio de divisibilidad del objeto y desde el:

- a) la proyección de cosas que al dividirse, forman otras cosas;
- b) la proyección de las cosas que al reunirse, forman un todo complejo.

Con esto quiero decir que el recurrir a realizar una división o una reunión únicamente obedece al interés de las personas, el que puede ser en beneficio de la individualidad –cosa simple o también, en ciertos casos especiales, también en beneficio de una colectividad. Con esto pretendo generar un retorno al inicio del presente ensayo, que es la exposición de las cosas desde el derecho romano: las personas humanas que recurren a las cosas buscan un aprovechamiento, una utilidad, en fin, un determinado beneficio.

Entre nosotros, Nicolás Soligo Schuler se refiere al tema que hoy he desarrollado adoptando un criterio tridimensional (hecho + valor + norma). Dentro del campo axiológico-valorativo, el autor advierte –con anterioridad a la puesta en vigencia del CCCN– que si existiera

¹⁵ Dice el autor: “El bloque de piedra partido en adoquines ya no sirve como bloque; y las tablas con las que se hizo el mueble ya no sirven como tablas”.

alguna prohibición de poder constituir derechos reales sobre partes materiales de la cosa, la misma importaría *romper el sendero de las relaciones reales imaginables entre una persona y una cosa*, precisamente porque desde la estructura de la *justicia*, su fraccionamiento siempre genera *seguridad jurídica* (SOLIGO SCHULER, 2010, p. 475). Desde mi posición cercana al iusnaturalismo, la justicia como centro de los valores determina una pléyade de ellos, entre los que cabe mencionar a la seguridad jurídica. Sin embargo, el derecho actual ordena seguir el criterio que corrobora que la justicia, –no como valor, sino como institución edificada a partir de la sentencia judicial– se contrapone con la seguridad jurídica –sobre todo la cartular, ya que lo dicho y corroborado en el documento hace *cosa juzgada justa* no requiriendo la argumentación judicial salvo inconvenientes propios de las partes intervinientes (simulación o fraude) o del propio funcionario o escribano (falsedad)–. En ese caso, la propia voluntad de las partes de realizar la constitución de los derechos reales sobre parte material de la cosa es un acto justo, que merece tener cabida y respaldo en el derecho positivizado, como actualmente lo tiene y proyecta. Esa sola voluntad, establecida de acuerdo a los cánones del derecho y de la ética actual y tutelada por un escribano o funcionario competente, importa aseverar que el resultado a obtener estará naturalmente investido de seguridad jurídica.

En pos de la mencionada justicia + seguridad jurídica, sostengo que la manera de acceder al registro delimitando esa cosa material determinada es a través del plano de mensura. La aprobación legal del mismo genera la seguridad jurídica emergente del acto de justicia de las partes, esto es, la que se concluyó en el momento de afectar tal o cual fracción o alícuota de la cosa en su mayor amplitud. Esto supone además la concreción de otros valores que anteceden a la justicia, como los relacionados con la certeza que para todos los actos de naturaleza técnica, se supone implícita si se han cumplido de acuerdo a los cánones legales. En los temas de rigor técnico, la justicia, para determinar la seguridad jurídica debe edificarse sobre la certeza.

Eso no obsta a que por ejemplo, en jurisdicciones como la de la provincia de Buenos Aires sea posible la construcción y el acceso al registro del mencionado *croquis*, si se cumple acabadamente con lo prescripto en la ley referida reglamentada, precisamente porque de la articulación de los artículos implicados se genera la denominación de documento auténtico, con todo lo que ello acarrea. Si el croquis es de buena fe, cualquier inconveniente que pueda generarse podrá ser subsanado, quizás con la confección, en base al croquis, del plano de mensura.

REFERENCIAS

- ABREUT DE BEGHER, Liliana. **Derechos reales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.
- ADROGUÉ, Manuel I. Reforma civil: cosa y posesión. En: ADROGUÉ, Manuel I.; GUTIERREZ ZALDIVAR, Álvaro; ARRAGA PENIDO, Mario O.; AMUY, Juan C. **Temas de derechos reales**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1986.
- ALBALADEJO, Manuel. **Compendio de derecho civil**. Barcelona: José M. Bosch, 1997.
- ALESSIO ROBLES, Miguel. **Temas de derechos reales**. México (DC): Porrúa, 2015.
- ALLENDE, Guillermo L. **Metodología y modernas orientaciones en materia de derechos reales**. Buenos Aires: Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, 1962.
- ALLENDE, Guillermo L. **Panorama de derechos reales**. Buenos Aires: La Ley, 1967.
- ALTERINI, Ignacio E. **Transmisiones inmobiliarias**. Buenos Aires La Ley, 2018.
- ALTERINI, Jorge Horacio. Derechos reales. En: LLAMBÍAS, Jorge J.; ALTERINI, Jorge Horacio. **Código civil anotado**. t. IV-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.
- ALTERINI, Jorge Horacio. **La locación y los derechos reales con función equivalente**. La Plata: Platense, 1970.
- ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio E.; ALTERINI, María E.; ALTERINI, Francisco J. **Tratado de los derechos reales: parte general**. t. I. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, 2018
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A. **Derechos reales**. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

AREÁN, Beatriz. Derechos reales. En: LLAMBÍAS, Jorge J.; AREÁN, Beatriz. **Código civil anotado**. t. IV-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.

CARAMÉS FERRO, José M. **Curso de derecho romano**. Buenos Aires: Perrot, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoría general del derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

CARRANZA, Jorge O. Una nueva categoría de cosas: registrables y no registrables. En: MORELLO, Augusto M.; PORTAS, Néstor L. (Coordinadores). **Examen y crítica de la reforma del código civil: contratos-reales**. t. 3. La Plata: Platense, 1974.

CATALANO, Edmundo F. **Curso de derecho minero**. Buenos Aires: Zavalía, 1999.

CIFUENTES, Santos (Dir.); SAGARNA, Fernando A. (Coord.). **Código civil: comentado y anotado**. t. IV. Buenos Aires: La Ley, 2011.

CLERC, Carlos M. **Derechos reales en el nuevo código civil y comercial de la nación**. Buenos Aires: Erreius, 2016.

CONGRESOS Y JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (Libro). Buenos Aires: La Ley, 2005.

CORNEJO, Américo Atilio. **El objeto de los derechos reales**, 1989.

COSSARI, Nelson G. A. Derechos reales. En: ALTERINI, Jorge Horacio (Dir. Gen.); ALTERINI, Ignacio E. (Coord.); COSSARI, Nelson G. A. (Dir. Tomo). **Código civil y comercial comentado: tratado exegético**. t. IX. Buenos Aires: Thomson Reuters / La Ley, 2016.

DE LA MATA PIZANA; Felipe; GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. **Bienes y derechos reales**. México: Porrúa, 2013.

DIEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. v. III, t. 1. Madrid: Técnos, 2013.

DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge R.; CAZAYOUS, Marta E.; PAPAÑO, Javier A. **Manual de derechos reales**. Buenos Aires: Astrea, 2017.

DI PIETRO-ÁNGEL, Alfredo; LAPIEZA ELLI, E. **Manual de derecho romano**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

ETALA, Carlos A. **Diccionario jurídico de interpretación y argumentación**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.

GAIUS. **Institutas**: II- 12-14. La Plata: Librería Jurídica, 1975.

GATTI, Edmundo. **Derechos objetivos (poderes y facultades) y relaciones jurídicas (absolutas y relativas)**. Buenos Aires: LexisNexis / Abeledo-Perrot, 2005.

GATTI, Edmundo. **Derechos reales**: teoría general. Buenos Aires: Lajouane, 2012.

GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge Horacio. **El derecho real**: elementos para una teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther. **Tratado de derechos reales**. t. I. Lima: Jurista, 2013.

GUARDIOLA, Juan José. Derecho de superficie. En: CLERC, Carlos M. (Dir.). **Derechos reales en el nuevo código civil y comercial de la nación**. Buenos Aires Erreius, 2016,

IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**: instituciones de derecho privado. Barcelona: Ariel, 1958.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. De los derechos reales. En: ZANNONI, Eduardo A. (Dir.); KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coord.). **Código civil y leyes complementarias**: comentado, anotado y concordado. t. 10. Buenos Aires: Astrea, 2005. Fabiana Carlucci de Sabatini (Col.).

KIPER, Claudio Marcelo. **Tratado de derechos reales**. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

LAFAILLE, Héctor; ALTERINI, Jorge Horacio. **Tratado de los derechos reales**. t. I. Buenos Aires: La Ley-Ediar, 2010.

LINARES DE URRUTIGOITY, Martha; PUJOL DE ZIZZIAS, Irene. Objeto del derecho real de superficie. En: **Revista del Notariado**, Ciudad de Buenos Aires, n. 867, 2002.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. **Derechos reales**. t. 1. Buenos Aires: Zavalía, 1989.

LORENZETTI, Ricardo L. (Dir.). **Código civil y comercial de la nación comentado**. t. IX. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

LORENZETTI, Ricardo L. **Fundamentos de derecho privado: código civil y comercial de la nación**. Buenos Aires: La Ley, 2016.

MACHADO, José O. **Exposición y comentario del código civil argentino**. t. VI. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1900.

MARIANI DE VIDAL, Marina. **Curso de derechos reales**. Buenos Aires: Zavalía, 1993.

MARIANI DE VIDAL, Marina; ABELLA, Adriana N. **Derechos reales en el código civil y comercial**. t. 1. Buenos Aires: Zavalía, 2016.

MARINELLI, Luis C. **Registro de la propiedad, catastro territorial y la actividad notarial: enfoques prácticos**. La Plata: FEN, 2009.

MOLINA QUIROGA, Eduardo; VIGGIOLA, Lidia. Locación de obra. En: BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.); ZANNONI, Eduardo A. (Coord.). **Código civil y leyes complementarias**. t. 8. Buenos Aires: Astrea, 2008.

MOLINARIO, Alberto D. **Derecho patrimonial y derecho real**. Buenos Aires: La Ley, 1965.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. **Curso de derecho privado romano: derechos reales.** Tucumán: Violetto, 1952.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. **Derecho civil: derechos reales.** t. I. Buenos Aires: TEA, 1975.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L. **Sistemas de derechos reales: *numerus apertus* y *numerus clausus*.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

PETIT, Eugéne. **Derecho romano.** México (DC): Porrúa, 2013.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discurso preliminar del código civil francés: estudio Introdutorio de Jorge H. Alterini.** Buenos Aires: La Ley, 2004.

REVISTA NOTARIAL. Conclusiones. Córdoba, n. 56, n. 2, 1988.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol.** t. VI. Buenos Aires: La Ley, 2007.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano.** t. III. México (DC): Porrúa, 2012.

SABENE, Sebastian E. **Registro catastral.** Buenos Aires: Zavalía, 2013.

SOLIGO SCHULER, Nicolás A. Los derechos reales sobre partes materiales de la cosa. En: **Revista Notarial**, La Plata, n. 965, 2010.

TAPIA RAMÍREZ, Javier. **Bienes: derechos reales, derecho de autor y registro público de la propiedad.** México (DC): Porrúa, 2016.

URBANEJA, Marcelo E. Usufructo inmobiliario: aspectos notariales y registrales. En: LAMBER, Rubén A. (Dir.). **Usufructo: aplicaciones civiles y comerciales.** Buenos Aires: Heliasta, 2011.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. **Estudio sobre el derecho de cosas.** Madrid: Montecorvo, 1973a.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. **Panorama de derecho civil**. Barcelona: Bosch, 1973b.

VÁZQUEZ, Gabriela A. El objeto de los derechos reales en el proyecto de código civil de 1998. En: VALLESPINOS, Carlos G. (Dir.). **Cuestiones esenciales en derechos reales**. Buenos Aires: LexisNexis, 2002.

VENTURA, Gabriel B. Derechos reales. En: BUERES, Alberto J. (Dir.). **Código civil y comercial de la nación y normas complementarias**. t. 4A. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

ZINNY, Mario A. **Manual de derechos reales**. Rosario: Juris, 2009. Silvia M. Massiccioni (Col.).

Submissão em: 17 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 4 novembro 2018

ECOS ACADÊMICOS

Psicologia do Testemunho e Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: da gramática teórica à investigação empírica¹

CARLOS ALBERTO POIARES²

MARIA CUNHA LOURO³

¹ Este artigo corresponde ao artigo publicado em Poiares, C. (Ed.) (2012). *Manual de Psicologia Forense e da Exclusão Social: Rotas de investigação e de intervenção*. Vol. I. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas 105-129, atualizado em função da investigação e do ensino dos autores.

² Doutor em Psicologia (Universidade do Porto); Licenciado em Direito (Universidade de Lisboa); Jurisconsulto; Professor e Vice-Reitor da Universidade Lusófona; Presidente da PSIJUS – Associação para a Intervenção Juspiscológica; Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica (AIPJ).

³ Doutora em Ciências Forenses (Psicologia Forense); Licenciada e Mestre em Psicologia Criminal e do Comportamento Desviante (ULHT); Psicóloga forense na Junta de Freguesia de Santa Clara (Lisboa) e no setor privado; Vice-Presidente da PSIJUS – Associação para a Intervenção Juspiscológica; representante de Portugal na Assembleia Geral da Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica (AIPJ).

1

A Psicologia do Testemunho costuma ser referenciada como um segmento da Psicologia Forense, ao lado de outros sub-ramos, que erigem em objeto de estudo a justiça e os seus actores, bem como a ação dos diversos dispositivos de controlo social e respetivos personagens: é o caso, entre outras vertentes, da Psicologia Criminal, da Psicologia da Polícia ou da Psicologia dos Comportamentos Aditivos.

A Psicologia Forense, visando ao estudo dos comportamentos dos sujeitos em situação no *forum* judicial, procura aceder às mensagens discursivas por aqueles veiculadas, descodificá-las, compreendê-las e explicá-las, abrangendo todos os domínios por que se reparte a ação jurisdicional – desde a componente criminal à cível, da familiar à dos menores, da laboral à rodoviária. Quando nos referimos aos *atores em* situação no processo judicial estamos a recorrer à noção de *ator social*, desenvolvida por A. Touraine (1982) e pretendemos abranger *todos esses atores* sem excepção; de facto, do Transgressor ao Legislador, da Vítima ao Aplicador (=advogados, juízes, Ministério Público), dos polícias às testemunhas, peritos, opinião pública, opinião política, *media*, comunidade técnica e comunidade científica – ninguém está imune aos trabalhos de indagação e de investigação da Psicologia Forense, como já temos preconizado (POIARES, 2001). A Psicologia Forense constitui efetivamente uma visão globalizante do trabalho dos psicólogos na justiça, razão por que a sua própria designação não é uniforme, em todos os tempos e países, como já assinalámos (POIARES, 2001 e 2009): Psicologia Judiciária, Psicologia Jurídica ou Psicologia da Justiça correspondem a outras asserções, com ligeiras diferenças de amplitude, que têm sido utilizadas ao longo das décadas pregressas – por vezes, mas erroneamente, em registo de sinonímia.

A Psicologia do Testemunho aparece, então, como mais uma área da Psicologia Forense, ao lado das já enunciadas, elegendo como objeto a apreciação e valoração da credibilidade e da fiabilidade dos depoimentos prestados em Tribunal ou perante os dispositivos (formais ou institucionais) de controlo social, especialmente os órgãos de polícia criminal (O.P.C.). Todavia, como já demonstrámos em outros momentos, (POIARES, 2000, 2001 e 2009), a Psicologia do Testemunho traduz o ponto inaugural do interesse das pesquisas psicológicas na justiça, funcionando como *casa-mãe* do conhecimento científico psicoforense: poder-se-á considerar que é a causa e a consequência da fundação da Psicologia Forense, sendo a emergência desta contemporânea à fundação da Psicologia enquanto disciplina científica. Na realidade, ao mesmo tempo que James e Wunt (1879) desenvolviam os primeiros esforços na formação da Psicologia científica, outros autores lançavam as bases da Psicologia Forense, numa perspectiva criminal e do testemunho, como veremos.

2

Conclui-se, pois, que o estudo da validade dos depoimentos carreados pelas testemunhas aos processos significou a pedra angular da Psicologia Forense, com a qual quase se confundia, assumindo dimensão relevante neste ramo psicológico; do mesmo passo, este campo de saber passou a abranger a busca de resposta para outras questões, nomeadamente a nível dos delinquentes e das vítimas (personalidades e comportamentos). Contudo, o núcleo de estudos sobre os depoimentos implicou a emancipação da Psicologia do Testemunho, convertendo-a em área autónoma e especializada da Psicologia Forense. Na verdade, desde os alvares do positivismo, na viragem do século XIX para o século XX, coetaneamente com a nascença da Psicologia, como vimos, surgiram os primeiros trabalhos de natureza psicológica no âmbito forense, de que são elucidativos exemplos as obras de Gross (1898), Munsterberg (1908), Fiore (1914), Pessoa (1913, 1930), Altavilla (1924); mais tarde, Mira y Lopez (1932) e Costa (1954) (POIARES, 2001 e 2009). Ora, todas estas produções técnico-científicas apresentam um denominador comum, um traço que as aproxima, consistente na preocupação com a verdade judicial e sua obtenção; e não foi por acaso que, da mesma forma que a Psicologia e o correspondente ramo clínico tiveram na sua génese fisiologistas e médicos, a Psicologia Forense foi iniciada, nas primeiras fases de desenvolvimento, por juristas (atores judiciais e professores de Direito). Da Agra (1986) apresentou, há quase três decénios, uma perspetiva sobre a génese da Psicologia, que a faz alicerçar-se não só no pensamento filosófico e no modelo médico, mas também no saber e nas práticas disciplinares, exercidas estas pelos operadores da

justiça; por outras palavras, a Psicologia afilia-se na Filosofia, na Medicina e na Fisiologia – mas também no Direito, particularmente na gestão da ordem/desordens sociais que lhe cumpre realizar e no respetivo *braço armado e operativo*, a Justiça (POIARES, 2001).

Como já defendemos nos dois trabalhos a que nos reportámos, os problemas do testemunho e da sua validação assumiram papel crucial para a constituição da Psicologia Forense enquanto ramo da Psicologia; com efeito, foi a partir da constatação que as testemunhas mentem, com frequência, e que tanto podem mentir conscientemente, com voluntariedade, como inconscientemente, que os estudiosos do comportamento humano – os psicólogos, mas também os juristas – começaram a debruçar-se sobre essa realidade com que os Tribunais se deparavam nos quotidianos da gestão disciplinar. Estas preocupações não surgiram, porém, de um momento para o outro nem a centúria de Oitocentos foi o cenário temporal que as viu nascer: na Índia e na China, há mais de três mil anos, os aplicadores das leis sabiam que era vulgar que os testemunhos fossem falseados e as medidas que tomavam para averiguar da consistência ou inconsistência dos mesmos tinham já em conta mecanismos fisiológicos do controlo da ansiedade – o suor nas palmas das mãos ou a secura da boca (DIGES; ALONSO-QUECUTY, 1993; QUEIRÓS, 2001). As expressões faciais, os afluxos de sangue às faces, fazendo o sujeito corar, eram considerados comportamentos indiciadores de mentira, como acontecera já no famoso julgamento de Salomão, quando mandou cortar a criança em duas, esperando pelas reacções das querelantes. Como temos referido (POIARES, 2005), à falta de um dispositivo que se coloque no corpo do sujeito, acendendo uma luz de cada vez que ele mente – à semelhança do nariz do Pinóquio – há que buscar no corpo e nos discursos do indivíduo indícios da mentira – não há “mentirómetro”, mas existem vias científicas que permitem destrinçar mentiras e verdades.

No dealbar do século XX várias foram as experiências realizadas com vista à equacionação desta problemática, designadamente com Clarapède, Binet – o pai dos testes de inteligência – e Pessoa, que utilizou o animatógrafo nos estudos que desenvolveu (PESSOA, 1913/1930).

A maior parte das investigações produzidas naquela época, como em momentos ulteriores, no decurso do século pregresso, assentaram predominantemente nos processos psicológicos básicos: a sensação, a atenção, a percepção e a memória, incidindo, de forma privilegiada, em ensaios com situações simuladas.

3

Os erros judiciários que, entretanto, eram detectados – ou apenas imputados aos Tribunais –, chegavam ao conhecimento da opinião pública, da imprensa e, de modo geral, das comunidades, tornando visível que, por múltiplas razões, os juízes não eram infalíveis, antes pelo contrário, sendo mais frequentes do que se supunha as condenações que resultavam de déficit de conhecimento para captar a indução ao erro de testemunhas, tendo provocado homicídios, legalmente apelidados de execuções, de muitos inocentes (FLORIOT, 1972). Em muitos casos, o erro dos operadores judiciários decorria dos depoimentos levados à barra dos Tribunais sem que aqueles dispusessem de formação que lhes permitisse diferenciar entre uma narrativa fiável, que tinha correspondência com a verdade, de outra que, por motivos conscientes ou não, adulterava a realidade. No fundo, o problema radicava no possível fracasso da Justiça na missão que lhe estava confiada; e este terceiro poder, de certo modo diminuído face aos outros dois, em virtude de não ser legitimado pelo sufrágio popular, tornava-se mais vulnerável quando sobre ele recaíam acusações de errar na gestão dos crimes e dos castigos. Aos Tribunais, então como na atualidade, competia responder, para além de toda a dúvida razoável, a este binómio de questões: o que é a verdade? Onde está, *neste caso concreto*, a verdade? Toda a problemática da aplicação da lei, outrora como agora, radica em questões que passam, inevitável e inequivocamente, pela fiabilidade dos depoimentos e, também, pela credibilidade (ou não) de quem os carrega ao espaço aplicativo, os Tribunais. Poder-se-á questionar: o que é a verdade judicial? A resposta não é linear; diremos, como já o escrevemos, em outro texto, que a *verdade não é mais do que aquilo que resulta provado em Tribunal* (POIARES, 2005). Apenas isso. Por alguma razão, relacionada com os depoimentos judiciais, um Tribunal proferiu, no início do século XX, uma resposta negativa a uma questão em que se perguntava se estava provado que houvera uma revolução, no dia 5 de outubro [de 1910] em Lisboa! Revolução que derrubou a monarquia e implantou a República democrática...

4

Assim, ainda que este caso possa ser apreciado como portador de um aspecto lendário, ou anedótico, o mesmo indicia, indubitavelmente, a fragilidade de que a Justiça se reveste quando assenta em depoimentos, principalmente quando essas narrativas são trazidas ao cenário forense por atores aos quais cabe apresentar uma versão dos acontecimentos que observam, isto é, que captaram pelos sentidos. A testemunha cuja razão de ciência é

direta é alguém que esteve na cena do acontecimento ou que obteve informação diretamente; porém, o sujeito alcança essa informação através dos já mencionados processos básicos e o produto da captação varia em razão da atenção que teve ao evento, da forma como o percebeu – e aqui o processo descendente de percepção (ou apercepção) é fundamental – e da memória; em toda esta conjugação podem ter surgido vieses no processamento da informação, que irão necessariamente condicionar a recuperação das memórias no momento em que comparece para depor; por outras palavras: os eventuais enviesamentos na obtenção da informação são, frequentemente, renovados na fase da narração – o que determina que, como diz o povo, “quem conta um conto acrescenta-lhe um ponto”, ou seja, o acontecimento que o indivíduo presenciou – viu, escutou, cheirou – é objeto de uma apreensão e, por via dos eventuais vieses ao nível dos processos básico, é reconvertido – a reconstrução do real – dando origem a um testemunho que não possui já a dimensão da realidade, mas da sua reconstituição, de acordo com as idiossincrasias do narrador-testemunha: é o que temos designado como o *acontecido* (=acontecimento após a *personalização* ou reconstrução por parte da testemunha) (POIARES, 2008).

5

A Psicologia do Testemunho se baseia fundamentalmente nas narrativas que os depoentes trazem nos processos, em todos os tempos em que são convocados para prestar depoimento. Nesta conformidade, o Tribunal, isto é, o órgão aplicador, que integra os advogados, os representantes do Ministério Público, os juízes e, por vezes, ainda que raramente no nosso sistema judicial, os jurados, tem que apreciar, valorar e fiabilizar os testemunhos com vista à prolação da decisão. Quando não há confissão, espontânea e sem reservas – e a própria confissão, outrora reputada a *rainha de provas*, nunca foi, nem é, linear e não se compadece com visões simplistas (ALTAVILLA, 1955-1981); quando a prova não radica em peritagens; quando não ocorreu detenção em flagrante delito – e, mesmo no caso de este acontecer, não é líquido que se possa desprezar a prova testemunhal, pelo menos através da recolha dos depoimentos dos sujeitos que efectuaram a detenção; quando a prova documental não existe ou é insuficiente, o Tribunal tem de recorrer à produção – ou, muitas vezes, à validação da prova feita – mediante as narrativas testemunhais: aqui se situa o elemento nevrálgico e legitimador da Psicologia do Testemunho, que tem constituído um universo especializado dentro da Psicologia Forense. Ora, a díade central na valoração da prova testemunhal consiste na credibilidade e na fiabilidade; com efeito, um indivíduo pode ser considerado extremamente credível – dispõe

de estatuto acima de toda a suspeita – e ser pouco (ou nada) fiável em face a um acontecimento sobre o qual é chamado a depor, o que pode decorrer de n factores: estava desatento, o ângulo de perceção era frágil, entrou em estereotipações face a um dos envolvidos, possui crenças que lhe afectam a neutralidade testemunhal, deixou-se suggestionar pelas conversas que ouviu ou manteve sobre o acontecimento, desde que ocorreu até à data de depoimento... ou por um ou mais destes factores, a testemunha cuja credibilidade é insuspeita, acabará a falsear o depoimento, o que fará inconscientemente, mas pode ser suficiente para levar um inocente ao calabouço... Por outro lado, uma testemunha nada credível, por exemplo porque tem uma história de vida delinquencial, pode ser uma testemunha fiável. A credibilidade constitui, pois, um traço associado à personalidade do depoente, enquanto que a fiabilidade é um estado (POIARES, 2008a). Todavia, o aplicador – neste caso, o juiz – tem que decidir em função do juízo de fiabilidade que faz da testemunha, em função não só – nem principalmente – de quem é a testemunha (credibilidade), mas sobretudo em razão do grau de fiabilidade que ela lhe transmite, sendo consabido que, inúmeras vezes, ao juiz (ou juízes) compete validar a fiabilidade de uma ou umas testemunhas contra outra ou outras.

6

Se a credibilidade corresponde, como vimos, a um traço, que pode resultar do contexto social – ou socioeconómico, ou profissional –, que o juiz assimila ou não, já a fiabilidade decorre mais da forma como comunica, da postura, da atitude, do saber-estar do depoente na cena judicial. Os Tribunais são, como é consabido, espaços ritualizados, formais e formalizantes, que se ocupam (também) de uma liturgia densa e tensa e até imperceptível para a comunidade não técnica: o segredo, digamos assim, da justiça passa também por essa densidade formal, que se exhibe desde os locais cénicos, com as elevações de mesas e cadeiras, os tons de voz, as vestes, que apelam à formalidade, ao cerimonial, à distância entre quem aplica a lei e os outros – testemunhas incluídas –, o que tende a colocar estas em eventual desajustamento face a uma gramática que lhes é desconhecida. Desse provável desajustamento poderão emergir condicionantes da fiabilidade, desde logo pelo modo como as instâncias (=perguntas) são formuladas, razão por que as leis vedam perguntas capciosas ou sugestivas, pela pluralidade de interlocutores das testemunhas (advogado(s), juízes, procurador) e pelo próprio cenário, que pode ser descodificado pela testemunha como hostil – o que passa também pelo estatuto sociocultural dos depoentes e pelas respectivas aptidões.

O juiz (ou os juízes, em caso de Tribunal coletivo) dos acontecimentos (fatos, na terminologia jurídica) apenas conhece o que dos autos consta: o julgador não estava lá, não observou coisa alguma, tendo recebido um processo que imputa comportamentos proscritos e puníveis ao(s) arguido(s). Nalguns casos, contudo, o juiz recebe ecos da mediatização do caso – o que, desgraçadamente, cada vez aparece mais recorrentemente entre nós. Arguido(s) e vítima(s) arrolam testemunhas, procurando formar, por essa via, a convicção do juiz e, destarte, obterem vencimento na resolução do caso controvertido. Ao juiz importa, não tendo havido confissão séria, flagrante delito, prova documental ou pericial, validar depoimentos, ou seja, acreditar que o que sucedeu tem correspondência com os depoimentos das testemunhas *A, B, C, D, E...*, que constam dos elencos testemunhais de uma ou de outra parte – ou de ambas. A lei, que o impede de não julgar invocando a obscuridade do caso (artigo 8º do Código Civil), garante-lhe o direito de decidir por íntima convicção (artigos 127º do Código de Processo Penal e 655º do Código de Processo Civil) (LOURO, 2008). Que espaço, então, para a credibilidade das testemunhas? Como vai o juiz fiabilizar uns depoimentos em detrimento de outros? Ou, no mesmo depoimento, como vai acreditar num segmento da narrativa e invalidar os demais, ainda que verbalizados pelo mesmo emissor-testemunha? O juiz – já o dissemos – não estava *lá*, no cenário real do acontecimento real. Suscita-se, então, uma questão deveras interessante: ouvindo as testemunhas que desfilam pela sala de audiências, o juiz funciona como testemunha dos testemunhos, isto é, das narrativas, estando envolvido com esse cortejo de depoimentos na mesma situação em que a testemunha estava quando assistiu ao acontecimento: o julgador vai depender dos seus próprios processos psicológicos básicos para reter o que se lhe afigura mais relevante na produção da prova. Ora, se as testemunhas converteram, por reconstrução do real, o acontecimento em acontecido, o juiz vai alcançar o acontecido dos acontecidos (que as testemunhas levaram até ao Tribunal) – ou, por outras palavras, o meta-acontecido; se o acontecido produzido pelas testemunhas é o meta-acontecimento, o juiz realiza agora o seu acontecido – a meta-meta-memória –, por estar exposto, como receptor e interveniente, às narrações feitas pelas testemunhas; também ele vai reconstruir o *real*, isto é, aquilo que lhe foi apresentado como real mas que, como vimos, é sempre uma mera reconstrução do facto sob apreciação judicial, a sua *reciclagem* ou *pessoalização* dos factos (POIARES, 2008).

7

As testemunhas expressam-se principalmente através dos discursos (=mensagens) de que são portadoras no contexto processual: por isso são atores sociais na justiça. O discurso é, como refere Miaille (1979), um corpo ordenado e coerente de proposições; mas, com esse conjunto de enunciados, o sujeito verbaliza as suas crenças, expectativas, representações, preconceitos e estereotipações sobre determinadas questões, procurando convencer o outro da sua argumentação. Porém, como é evidente, o discurso não se esgota na fala: abrange o intradiscurso, ou seja, a razão por que se pronunciam estas ou aquelas constelações proposicionais, por outras palavras, a lógica e a racionalidade do discurso; e, no contexto das falas do emissor, há que contar com outras espécies discursivas: (i) os ditos, isto é, o que é proferido pelo sujeito; (ii) os não-ditos, aquilo que o falante não enuncia porque provavelmente considera desprovido de valor, sem interesse; (iii) os interditos, quer dizer, o que o sujeito não diz porque não quer, porque entende que nunca ou, pelo menos, nesse momento, não pode (ou não deve) dizer; (iv) os entreditos – o que o indivíduo sugere, ainda que não o afirme direta e linearmente, as meias-palavras, dadas ao recetor como pontas soltas que o falante está convencido que aquele religará; e, (v) os sobreditos, aquelas afirmações que o sujeito tende a repetir, quase ritualmente, procurando enfatizar determinada questão. A comunicação verbal (CV) possui um objeto concreto de discurso, que pressupõe uma finalidade de emissão; a sua produção acontece com tempo e lugar específicos, o que remete para o conceito de eco-temporalidade, ou seja, as coordenadas de tempo, espaço e contexto; como refere Adam (2001), insere-se numa rede complexa de determinações de natureza sociopolítica, ideológica, cultural, económica, psicológica e de interesses do indivíduo; mas também a esfera da afetividade pode assumir expressão significativa (POIARES, 2009). Se este é o âmbito da comunicação verbal (CV), há que não esquecer a comunicação não-verbal (CNV), que compreende, entre outros comportamentos, a postura, os gestos e tiques, a expressão do olhar, a atitude do falante, o grau da comunicabilidade, em suma, o saber-estar (e saber-como-estar) na sala de audiências; trata-se de uma linguagem em sentido estrito, porém esclarecedora, como explica Peraya (2001), que complementa a CV, com a qual forma o conceito de discursividade, funcionando na conjugação entre *o corpo e a fala*, como acentua Rodrigues (2007). Realce-se, no entanto, que as formas de comunicação e discursividade atingem dimensão diferente no cenário da sala de Tribunal, desde logo pela ocorrência de fenómenos *stressantes* e ansiogénicos, designadamente a presença dos operadores judiciários, a confrontação com o arguido ou a vítima, a ambiência da população em sala, a presença de agentes policiais, entre outros.

Nesta sequência, temos:

DISCURSIVIDADE

CV	CNV
Discurso	Gesticulação
[Intradiscurso]	Tiques
Ditos	Proxémia
Não-ditos	Olhar
Interditos	Atitude
Entreditos	
Sobreditos	

A comunicação não-verbal deve se perspetivar como uma parte indivisível do processo de comunicação e não como uma unidade isolada. Auxilia a repetição, a contradição, a acentuação de uma determinada palavra ou frase e regula a comunicação verbal. É a linguagem das emoções, identificadas através das expressões faciais, da postura, dos atos explícitos, dos gestos que demonstram e regulam o comportamento do indivíduo; permitindo estabelecer, desenvolver e manter relações sociais, as emoções e as atitudes são expressas sobretudo através dos meios não-verbais (RODRIGUES, 2007). A comunicação verbal tem uma correspondência arbitrária entre a informação e a sua expressão, isto é, entre a palavra e o objeto não existe uma similaridade, apenas uma convenção ou consenso cultural. Na comunicação não-verbal há algo particularmente similar ao objeto expresso: a linguagem do corpo tem raízes evolutivas mais arcaicas e, portanto, mais universais, é mais utilizada para definir o tipo de relação do que para dar informação. A conexão entre o físico e o emocional manifesta-se nas expressões verbais e corporais e desenvolve-se na interação social (LOURO, 2008).

É clássico dividir as diferentes dimensões da expressão da linguagem não-verbal em cinesia, paralinguística e proxémica. A cinesia corresponde à linguagem corporal, incluindo gestos, movimento do corpo, expressões faciais, movimentos oculares e postura. Franzir o sobrolho, deixar os ombros caídos ou inclinar a cabeça são condutas compreendidas no campo da cinesia. Num esforço de orientação no mundo relativamente desconhecido da conduta não-verbal, Ekman e Friesen desenvolveram um sistema de classificação dos comportamentos não-verbais: Emblemas, Ilustradores, Demonstrações de afecto,

Reguladores e Adaptadores; toda a interação face a face tem um papel comunicativo, os movimentos do corpo dão informações sobre as atitudes e intenções comunicativas, assim como sobre questões relacionadas com a informação transmitida pela comunicação verbal (RODRIGUES, 2007).

A paralinguística ocupa-se dos aspectos semânticos da linguagem, prestando mais atenção à forma como se dizem as coisas do que ao seu conteúdo. A voz, a entoação, o ritmo do discurso, as pausas são considerados elementos paralinguísticos. Através de vocalizações, transmitimos diferentes emoções: autoridade, sossego, raiva, felicidade, segurança... Empregar o tom de voz adequado a cada contexto ou situação é uma poderosa, eficaz e assertiva ferramenta de comunicação. Na proxémica, o sentido do *Eu* do indivíduo não está limitado pela sua pele. Desloca-se dentro de uma espécie de borbulha privada, que representa a quantidade de espaço que sente dever existir entre ele e os outros. Este espaço pode variar em função de cada cultura (DIGES; ALONSO-QUECUTY, 1993); (RODRIGUES, 2007).

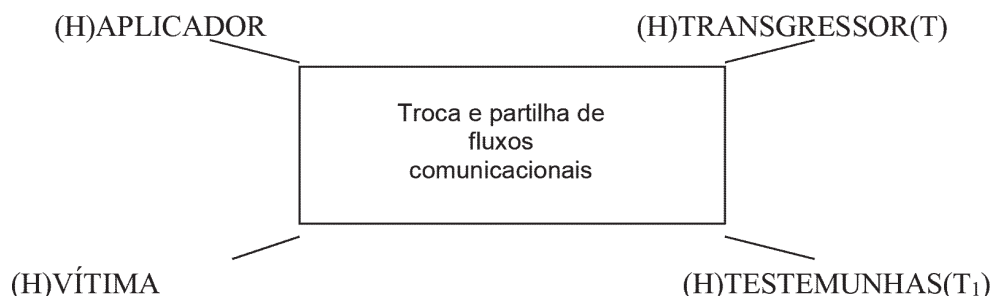
Ao Tribunal são carreados depoimentos por testemunhas cujos graus de credibilidade (C) podem ser diferentes, o mesmo acontecendo com o nível de fiabilidade (F) de cada uma, em cada caso concreto. O juiz terá de ponderar, em presença de cada testemunho, as variáveis C e F. Se C corresponde, como referimos, a um traço, em princípio com carácter mais duradouro ou permanente, F não deriva necessariamente de C e pode se revelar, na mesma testemunha, diferente entre parcelas de um mesmo depoimento.

Coloca-se, então, a questão de saber se existem, para o juiz, motivações ajurídicas de decisão. Vejamos: para além da solução jurídica, que decorre da aplicação de regras de Direito a factos considerados provados, a que o julgador procede ao abrigo de princípios e regras jurídicos (LARENZ, 1978), como chega a um juízo sobre os factos em litígio? Como dá alguns como provados e considera não provados outros? Ou, ainda, como parcialmente provados? Para reputar provado o facto X e não provado o Y, o juiz tem de percorrer depoimentos, apreciá-los, valorá-los, classificá-los. Como vai processar a informação recebida e chegar à sentença de facto? Naturalmente que tal decorrerá de considerar que algumas testemunhas são mais fiáveis que outras. Haverá algo, no comportamento em audiência dessas testemunhas, que as torne mais fiáveis nos seus depoimentos? Será que a credibilidade das testemunhas conta? Aqui habita o quadro central da investigação que iniciámos sobre Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar.

8

Altavilla (1955/1981) abordou o juiz como personagem principal do processo judiciário e explorou o tema de maneira muito interessante (PESSOA, 1913/1930); (LOURO, 2009).

Durante cerca de dois anos (1978-1979) um dos autores deste estudo assistiu, por razões profissionais (era técnico de uma comissão da Presidência do Conselho de Ministros, trabalhando no Arquivo do 2º Tribunal Militar Territorial), a plúrimos julgamentos, cuja diferença principal em relação aos Tribunais comuns residia no facto de, ainda que de Tribunal coletivo se tratasse, dos três juízes apenas um era de carreira (dito *togado*), sendo os demais oficiais superiores das Forças Armadas. Dado que os coletivos eram apenas dois, foi possível detetar a influência que alguns comportamentos, verbais e não-verbais, protagonizados pelos arguidos (então chamados *réus*), pelas testemunhas e pelas vítimas tinham nos julgadores. A cena judicial é, como referem Ost e Van De Kerchove (1990), um espaço onde se desenrola um jogo tensional entre os diversos atores envolvidos (LOURO, 2008). Neste elenco judicial representam funções cruciais aqueles que estão presentes na sala de julgamento: [o(s) Aplicador(es), o(s) Transgressor(es), a(s) Vítima(s), as Testemunhas, o(s) Perito(s)]; mas também aqueles que não comparecem *pessoalmente* no local de instrução (o Legislador, isto é, o Poder Político; a Opinião Pública; a Opinião Política, ou seja o não-poder, os políticos da Oposição, que aparecem frequentemente a debitar opiniões para os julgamentos, direta ou indiretamente, visando arrecadar dividendos eleitorais; os *media*, cuja interação nos processos é enorme e, não raramente perversa; as Comunidades Técnica e Científica; a Opinião Corporativa, cada vez mais intensa no nosso país, por exemplo as associações de magistrados, de polícias ou de outras classes profissionais; e os dispositivos de controlo social). Todos eles trocam, entre si, mensagens discursivas, ora em discurso direto, ora em discurso indireto, estabelecendo-se um sistema de interações discursivas (SID), mediante o qual cada actor presente – ou, mesmo quando materialmente ausente –, pode ser influente, como é o caso dos *media* ou da Comunidade Científica, e exerce pressão sobre os demais, de molde a motivá-los para as suas posições (POIARES, 1996, 1999, 2005, 2008). Nesta sequência, o Tribunal se converte em espaço de troca e partilha de informação, algo que se pode analogizar à *troca de mercadorias* a que se referia Marx (POIARES, 2008), no qual se assiste a um jogo de tensões (LOURO, 2008). Ora,



Das correntes de informação transportadas para o contexto judiciário, com todas as eventuais influências dos actores que povoam o circuito criminalizador, resulta uma miscegenação dos fluxos comunicacionais, que o juiz filtra, convertendo-se em decisão por força de uma equação:

$${}^4\text{Decisão} = \frac{\text{Perspectiva de A}}{X(T) + Y(V) + Z(T_1)}$$

No espaço de confluência das mensagens que se trocam ocorre o que se pode designar como *efeito Lavoisier*, dado que não se cria nem se perde informação, apenas se transforma (de acontecimento em acontecido e deste em meta-acontecido) (POIARES, 2008), numa trajetória de subjetividades (ALTAVILLA, 1955-1981) rumo à Sentença, formalmente objetiva, porém subjetivada, pois da sucessão de subjetividades não pode nascer a objetividade (LOURO, 2008). A letra (H) traduz, aliás, a componente da história pessoal de cada personagem, remetendo para essa subjetividade individual, o lado projetivo que, por vezes, se deteta em juízo, provindo de qualquer dos atores. O espaço do retângulo constante do esquema apresentado é o local onde se realiza o designado *efeito Lavoisier*. Mas antes que esse efeito aconteça, com a transformação da informação, outro ocorre: aquilo a que vimos designando efeito *snooker*, numa analogia com o que se passa no conhecido jogo: cada ator presente na audiência é portador de uma mensagem discursiva sobre a matéria de facto controvertida, sendo que cada fluxo comunicacional entra no campo judicial e colide com outros fluxos, carreados por outros atores: por exemplo, ao nível das testemunhas e dos seus depoimentos, frequentemente contraditórios; essas rotas

⁴ A = Aplicador; T = Transgressor; V = Vítima; T₁ = Testemunhas, sendo X, Y e Z o número de Transgressores, Vítimas e Testemunhas.

de colisão são produtoras da conversão da informação: uns fluxos acabam imobilizados, afastados do centro, enquanto outros “sobrevivem” e vão formar o caudal de matéria dada como provada. Assim, é depois de verificado o momento seletivo, ou *snooker*, que tem lugar a transformação dos fluxos comunicacionais, gerando o quadro final que conduz o juiz à decisão. Para esta é tributária a prestação de cada ator-depoente: testemunhas, vítima incluída, bem como os técnicos e peritos, se convocados, mas também o arguido, apesar de a este não estar reservado o estatuto de testemunha e as suas declarações não serem precedidas de juramento e, conseqüentemente, não poder incorrer em crime de perjúrio – o direito à mentira que lhe cabe.

Na década de oitenta, no Centro de Estudos Judiciários, o então Director, Laborinho Lúcio, introduziu uma disciplina de *Motivações Não Jurídicas da Decisão*, na qual o juiz era objeto de estudo.

Mais recentemente, em 2002/2003, a área de Psicologia Criminal e do Comportamento Desviante, agora 2º Ciclo (Mestrado) em Psicologia Forense e da Exclusão Social, na unidade orgânica de Psicologia da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT, Lisboa) inaugurou o estudo da Psicologia do Testemunho, abrangendo trabalhos teóricos e empíricos, ainda que estes confinados a ensaios em sala de aula e, frequentemente, precedendo aviso aos estudantes sobre as finalidades prosseguidas.

Após três anos de investigação e fruto da celebração, em 2004, de um Protocolo entre o Centro de Estudos Judiciários (CEJ), então dirigido por Mário Mendes, e ULHT, tornou-se possível lançar duas linhas de investigação: uma, sobre Psicologia do Testemunho, e outra, incidindo sobre Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar. Nascia, desta maneira, afiliada na Psicologia do Testemunho, a investigação sobre as motivações não jurídicas da decisão, visando indagar se existem motivações ajurídicas no ato de decidir judicialmente – e, em caso afirmativo, pesquisar quais e de que natureza. Saltou-se, pois, para a versão realista da investigação, sem recurso a laboratórios, como inda agora alguns teimam em fazer, com amostras recolhidas, quantas vezes dentre estudantes, quantas vezes com sujeitos a quem se paga, desaparecendo o fator mais pesado num julgamento – a ansiedade. Face a este faz-de-conta da investigação, optámos pela visão de realismo, em ambiente natural, com atores, cenários e tempos reais.

Para habilitar estes dois rumos de um mesmo programa de investigação, o convénio celebrado com o CEJ permite a gravação em vídeo de julgamentos – inicialmente em

Setúbal, posteriormente também em Lisboa, no Tribunal da Boa-Hora, agora no *Campus* de Justiça.

A primeira rutura com a maioria das pesquisas em Psicologia do Testemunho passa pelo facto de os nossos estudos serem desenvolvidos com atores reais (desde os operadores judiciários aos arguidos, vítimas e testemunhas), em tempo e cenário reais (no Tribunal, com os seus ritmos e liturgias); não se recorre à simulação da realidade, mas à própria realidade, com os seus dramas, angústias e incertezas. Partimos ainda de uma outra perspetiva do testemunho que, não afastando a relevância – e, conseqüentemente, a abordagem – dos processos psicológicos básicos, evoluiu para outra estação complementar: o julgamento enquanto sede onde se joga o *xadrez motivacional*, consubstanciado no sistema de Interações Discursivas (SID) e na troca de mensagens entre atores, que lhe é subjacente (POIARES, 1996, 1999, 2005). No fundo, em Psicologia do Testemunho e no contexto das motivações joga-se um xadrez interativo entre todos os atores, cada um sendo portador de uma mensagem, destinada a influenciar os outros e, *ipso facto*, a decisão.

9

Assim, em 2005, instalámos um dispositivo de investigação, no Centro de Estudos de Psicologia Forense e da Intervenção Juspsicológica – *Panóptico*, atualmente alocado à PSIJUS – Associação para a Intervenção Juspsicológica e no Tribunal de Setúbal. As então finalistas do curso, Patrícia Marques, Ana Carina Valente e Maria Cunha Louro foram as primeiras a preparar as monografias de licenciatura ao abrigo do Protocolo com o CEJ. Foram assistidos vários julgamentos, que se gravaram e foram visionados por aquelas estudantes e pelo ora autor deste texto.

Destes trabalhos resultou a elaboração de dois instrumentos de avaliação das motivações ajurídicas do sentenciar: a GAMAS – Grelha de Análise das Motivações Ajurídicas do Sentenciar (POIARES, 2005) e a GO – Grelha de Observação (LOURO, 2005), os quais pretendem avaliar: (i) se existem motivações de natureza ajurídica na decisão; e (ii) a se confirmar esta existência, se as motivações prevaletentes são fundadas na comunicação verbal ou na comunicação não-verbal.

10

A GAMAS é constituída por quarenta *itens*, sendo vinte sobre a CV e vinte sobre a CNV, numa escala dicotômica (*verifica-se e não se verifica*). O preenchimento da grelha deve ser feito durante a audiência, por dois ou três observadores, em simultâneo, de molde a permitir a análise *interjures*, havendo uma cotação para a CV (de zero a vinte pontos) e outra para a CNV (de zero a vinte pontos, também). Comporta três dimensões, abrangendo o(s) arguido(s), vítima(s) e testemunha(s), de acusação e de defesa, e a razão da decisão, consistindo em informação sobre o Tribunal, os meios de prova e as razões de adesão ao depoimento do arguido e das testemunhas: é nesta parte que se encontra o elenco dos comportamentos sob avaliação (repartidos por vinte *itens* de CV e outros tantos de CNV). Os observadores assinalam, em cada testemunha, quais os comportamentos verbais e não-verbais que apresentaram, registando-os numa folha de cotação. As cotações obtidas em cada análise (arguido(s), vítima(s) e testemunha(s)) são posteriormente avaliadas, procurando estabelecer as consonâncias ou dissonâncias dos *itens* que se verificaram no mesmo julgamento, de molde a concluir-se quais os *itens* da CV e da CNV mais assinalados. Posteriormente, é apreciada a decisão, no sentido de se determinar quais os depoimentos em que o juiz (ou juízes) fundamenta a Sentença; verificado o registo de CV+CNV das testemunhas referidas como fundamentadoras da decisão, determina-se quais os comportamentos (verbais ou não-verbais) que, naquele processo concreto, foram contribuintes da decisão (v. Anexo I).

Para homogeneizar o trabalho de cotação dos observadores, elaborou-se um *Caderno de Instruções*, que define inequivocamente o sentido de cada comportamento incluído nos *itens* da CV e da CNV.

11

A grelha de observação (GO) é constituída por trinta *itens*, divididos em dois âmbitos, a comunicação verbal (CV) e comunicação não-verbal (CNV), nomeadamente características vocais (*itens* 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 26, 28), não vocais (*itens* 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 22, 23, 29, 30), e ambas (*itens* 13, 21, 25, 27) (Anexo II).

Para a cotação dos *itens*, utilizou-se uma escala de *Lickert* de frequência de zero a quatro, correspondendo o zero a *nenhuma vez*, um a *raramente*, dois a *moderadamente*, três a *muitas vezes* e quatro a *sempre*.

Para tentar controlar esta problemática de interpretação ambígua no tocante às respostas, optou-se por na aplicação da grelha de observação a cada personagem judicial (arguido; vítima; testemunha arrolada pelo arguido; e testemunha arrolada pela vítima) haver dois observadores em simultâneo para cada personagem judicial que prestará depoimento, tentando contornar, desta forma, a subjetividade inerente à observação directa. O perigo mais frequente mencionado na literatura sobre esta questão é o etnocentrismo e a subjetividade dos observadores (LAPERRIÈRE, 2000); como forma de contornar tais questões, formaram-se três equipas de observadores, cada equipa contando com dois observadores

A grelha inclui dados sociodemográficos, dados culturais, informação referente ao Tribunal e ao processo, e um espaço designado a que o observador possa anotar detalhes que considere importantes: estes itens são relevantes na medida em que quanto maior o número de informação relativa aos indivíduos mais conclusões se podem retirar. Procura-se, por conseguinte, encontrar as melhores ferramentas de informação, fazer a investigação sob diferentes modos e proceder à seleção destes dados, avaliando as informações assim como a respectiva pertinência em relação ao estudo.

Para a observação dos julgamentos, a autora elaborou um *Caderno de Instruções*, explicitando o que se pretende avaliar através de cada *item* das duas dimensões em presença: a CV e a CNV; deste modo, cada observador dispunha de elementos sólidos para saber o que valorar e como. Poderá dizer-se que o *Caderno de Instruções* permite que os observadores o utilizem como uma bússola, guiando-os pelo interior dos problemas a desvendar e homogeneizando o método de obtenção da informação.

12

Constatámos, nos primeiros dois anos de aplicação de ambos os instrumentos, que a gravação das audiências poderia conduzir ao viés, por desejabilidade social das personagens envolvidas, quer os atores judiciários quer as partes ou as testemunhas. A grande vantagem da gravação em vídeo reside em permitir o visionamento e o controlo sobre a qualidade dos trabalhos dos observadores. Face a esse problema – não previsto no início do processo de pesquisa – passámos a observar julgamentos com filmagens e, noutros casos, sem o recurso à videogravação. O trabalho prossegue e existem resultados que, espera-se, poderão ser divulgados a médio prazo – independentemente de algumas divulgações

parcelares entretanto efetuadas. Todavia, neste momento é já possível dar resposta à primeira questão: existem motivações ajurídicas do sentenciar e são muito relevantes no ato de decidir exercitado pelos magistrados judiciais.

13

Ao abrigo deste programa de investigação foram realizados diversos trabalhos, destacando-se:

SOUSA, Flávia Maria Mendonça. *Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: Factos que condicionam a justiça no âmbito da decisão judicial*. 2016.

FELISBERTO, Ana Margarida. *Motivações ajurídicas da decisão: A construção da credibilidade da testemunha*. 2016

FERREIRA, Ângela. *Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: Nos interstícios da verdade (in)formal*. 2010.

LOURO, Maria Cunha. *Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: A emergência do saber em detrimento do poder*; tese de mestrado. 2009.

LOURO, Maria Cunha. *Psicologia das Motivações Ajurídicas – o que é a verdade?* 2008.

LOURO, Maria Cunha. *Comunicação discursiva entre actores judiciários – Estudo da Psicologia das Motivações Ajurídicas*; monografia de licenciatura não publicada. 2005.

LUÍS, Ricardo. *A génese da credibilidade e a convicção decisória*; tese de mestrado. 2009.

ANASTÁCIO, Marisa. *Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: o lado invisível da decisão*; tese de mestrado. 2009.

CALADO, Ana. *Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: em busca da motivação*; tese de mestrado. 2009.

GONÇALVES, Sónia. *Comportamentos verbais e não-verbais de juízes em sede de julgamento – Estudo das Motivações Ajurídicas do Sentenciados*; tese de mestrado. 2007.

PINTO, Susana. *Psicologia do Testemunho e das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: genealogia e hibridações*; monografia de licenciatura não publicada. 2006.

16 A investigação a que temos procedido na linha de Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar já nos permitiu extrair algumas conclusões, como referimos; todavia, como toda a pesquisa científica, faz-se de pequenos passos e, por vezes, de *saltos qualitativos*. Continuando no percurso que definimos, é expectável que, volvidas algumas centenas de julgamentos, possamos alcançar dados fiáveis. Para tanto, é conveniente que esta investigação deixe de estar confinada aos grandes centros e avance pelas comarcas do interior, do país rural e das regiões autónomas.

14

Contrariando a tendência mais clássica, que confina o estudo da Psicologia do Testemunho e, por arrasto, das motivações, aos processos criminais, Cátia Matias Monteiro avançou para a pesquisa no âmbito dos processos cíveis, tendo aplicado o instrumento GAMAS, em versão especialmente concebida para os procedimentos não criminais (GAMAS-Justiça Cível, 2011) numa amostra recolhida no Tribunal Cível de Lisboa, cujos resultados divergiram dos alcançados em sede penal, porquanto a prova documental é muito mais frequente neste campo da Justiça, em detrimento da prova testemunhal. Apresentou, em provas públicas, a dissertação *Psicologia das Motivações Ajurídicas do Sentenciar: Da fundação à especialização*.

15

Anteriormente, na mesma linha, mas sem utilização de instrumento específico, Joana Margarido investigara o mesmo tema, em Tribunal de Família e Menores, de que emergiu a dissertação *Motivações Ajurídicas do Sentenciar no Direito tutelar e educativo*, denotando forte presença de motivações não jurídicas, relacionadas particularmente com a idade dos sujeitos submetidos à esfera judicial.

(Lisboa, maio de 2018)

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, E. **Psicologia judiciária I: o processo psicológico e a verdade judicial**. Coimbra: Arménio Amado, 1981.

COSTA, R. **Psicologia do Testemunho**. [S. n.], 1954.

DA AGRA, C. Projecto da psicologia transdisciplinar do comportamento desviante e auto-organizado. In: **Análise Psicológica**, v. IV, n. 3-4, p. 311-318, 1986..

DIGES, M.; ALONSO-QUECUTY, M. **Psicología forense experimental**. Valencia: Promolibro, 1993.

FLORIOT, R. **Erros judiciários**. Lisboa: Círculo de Leitores, 1972.

HORTON, P.; HUNT, C. **Sociologia**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1981.

LAPERRIÈRE, A. A observação directa. In: GAUTHIER, B. **Investigação social: da problemática à colheita de dados**. Loures: Lusociência, 2000.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

LOURO, Maria Cunha. **Comunicação discursiva entre actores judiciários: estudo da psicologia das motivações ajurídicas**. 2005.

LOURO, Maria Cunha. **Psicologia das motivações ajurídicas: o que é a verdade?** 2008.

MIAILLE, M. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes, 1979.

MIRA Y LOPEZ, Emilio. **Manual de psicologia jurídica**. Barcelona: Salvat, 1932.

OST, F.; VAN DE KERCHOVE, M. Les rôles du judiciaire et le jeu du droit. In: DIGNEFFE, F. (Coord.). **Acteur social et délinquance: une grille de lecture du système de justice pénale**. Bruxelas: Pierre Mardaga, 1990. p. 271-294.

PESSOA, A. **A prova testemunhal**: estudo da psicologia judiciária. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1930.

POIARES, Carlos Alberto. **A gramática das rupturas ou já gastámos as palavras pela rua, meu amor**. 2008b.

POIARES, Carlos Alberto. **Análise psicocriminal das drogas**: o discurso do legislador. Porto: Almeida & Leitão, 1999.

POIARES, Carlos Alberto. **Análise psicocriminal das drogas**: o discurso do legislador. Tese de doutoramento. Porto. Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, 1996.

POIARES, Carlos Alberto. Da justiça à psicologia: razões e trajectória: a intervenção juspsicológica. In: **Sub Júdice**, p. 22-23, 2001.

POIARES, Carlos Alberto. Justiça, exclusão social e psicologia ou estranhas formas de vida. In: **ARS IVDINCANDI**: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2008a. p. 967-981.

POIARES, Carlos Alberto. Psicologia do testemunho: contribuição para a aproximação da verdade judicial à verdade. In: Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados (Coord.). **Direitos do homem**: dignidade e Justiça. Lisboa: Principia, 2005. p. 143-160.

QUEIRÓS, C. O polígrafo e a detecção de mentiras. In: **Sub Judice** 22/23; Psicologia e justiça: razões e trajectos. Coimbra: DocJuris, 2001, p. 59-68.

RODRIGUES, Isabel Maria Galhano. **O corpo e a fala**: comunicação verbal e não-verbal na interacção face a face. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

TOURAINÉ, A. **Pela sociologia**. Lisboa: D. Quixote, 1982.

URRA, J. **Tratado de psicologia forense**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

ANEXO

**GRELHA PARA ANÁLISE DAS MOTIVAÇÕES
AJURÍDICAS DO SENTENCIAR
(GAMAS)
Carlos Alberto Poiares
2005**

Tribunal de _____
Nº convencional _____
Número de arguidos _____
Decisão _____

Data: _____

Assistente de Investigação

(A) ARGUÍDO

DIMENSÃO SOCIODEMOGRÁFICA

Naturalidade: Urbana _____
Rural _____
Freguesia _____
Concelho _____
Idade _____

Género: Masculino _____ Feminino _____
Profissão _____

Estado civil: Solteiro(a) _____
Casado(a) _____
União de facto _____
Divorciado(a) _____
Separado(a) de facto _____
Em processo de separação _____
Viúvo(a) _____

DIMENSÃO CULTURAL

Etnia _____
Habilitações literárias. _____

Letrado _____
Ensino primário completo incompleto
Preparatório completo incompleto
Secundário último ano concluído _____
Licenciatura _____
Outro _____
Qual? _____
Residência: Urbana Rural
Freguesia _____
Concelho _____

Tipo de alojamento: _____

ANAMNESE JUDICIAL

Dimensão clínica:
Saúde mental:
referência de diagnóstico _____

Acompanhamento Sim Não

Adicções _____
Substância(s) _____

Toxicodependente _____

Consumidor _____

Patologias físicas _____
Deficiência Sim Não
Qual? _____

Dimensão forense:
Realizada avaliação psicológica forense
Sim Não

Conclusões _____

Decisão sobre inimizabilidade Sim Não

Conclusões _____

Antecedentes criminais Sim Não
Crimes anteriormente cometidos _____

Medidas de coacção _____
Prisão preventiva Sim Não

Tempo _____

Medidas aplicadas:
Suspensão do processo _____

Multa _____

Prisão _____

Multa com pena suspensa _____
 Prisão com pena suspensa _____
 P T F C _____
 Outras _____
 Acompanhamento terapêutico Sim Não
 Qual? _____
 Cumpriu? Sim Não _____
 Revogação da suspensão da pena Sim Não
 Razão _____
 Cumpriu a pena Sim Não _____
 Tempo de reclusão cumprido _____
 Liberdade condicional Sim Não
 Revogação da liberdade condicional Sim Não
 Razão _____
 Crime(s)
 actual(ais) _____
 Prisão preventiva Sim Não
 Duração _____

(B) VÍTIMA

DIMENSÃO SOCIODEMOGRÁFICA

Naturalidade: Urbana
 Rural
 Freguesia _____
 Concelho _____
 Idade _____

Género: Masculino Feminino

Profissão _____

Estado civil: Solteiro(a)
 Casado(a)
 União de facto
 Divorciado(a)
 Separado(a) de facto
 Em processo de separação
 Viúvo(a)

DIMENSÃO CULTURAL

Etnia _____
 Habilitações literárias.
 Iltrado
 Ensino primário completo incompleto

Preparatório completo incompleto
 Secundário último ano concluído ____
 Licenciatura Outro Qual? _____
 Residência: Urbana Rural
 Local e tipo de alojamento: _____

ANAMNESE JUDICIAL

Dimensão clínica:
 Saúde mental: referência de diagnóstico ____
 Acompanhamento Sim Não
 Adições
 Substância(s) _____
 Toxicodependente
 Consumidor
 Patologias físicas
 Deficiência Sim Não
 Qual? _____
 Consequência do crime? _____
 Dimensão forense:
 Realizada avaliação psicológica forense
 Sim Não
 Conclusões _____
 Acompanhamento terapêutico Sim Não
 Qual? _____
 Cumpriu? Sim Não _____
 Recidivas de vitimação Sim Não ____

(C) TESTEMUNHA

DIMENSÃO SOCIODEMOGRÁFICA

Naturalidade: Urbana
 Rural
 Freguesia _____
 Concelho _____
 Idade _____

Género: Masculino Feminino

Profissão _____

Estado civil: Solteiro(a)
 Casado(a)
 União de facto
 Divorciado(a)
 Separado(a) de facto
 Em processo de separação

Viúvo(a)

DIMENSÃO CULTURAL

Etnia _____

Habilitações literárias.

Letrado

Ensino primário completo incompleto

Preparatório completo incompleto

Secundário ~~Vítima~~ ano concluído _____

Licenciatura Outro Qual? _____

Residência: Urbana Rural

Tipo de alojamento: _____

ANAMNESE JUDICIAL

Dimensão clínica:

Saúde mental: referência de diagnóstico _____

Acompanhamento Sim Não

Adições Substância(s) _____

Toxicod dependente Consumidor

Patologias físicas

Deficiência Sim Não

Qual? _____

Dimensão forense:

Já foi ouvido nas fases de inquérito ou de instrução? _____

(D) RAZÃO DA DECISÃO

(Fundamentação)

Relativamente ao aplicador

Tribunal: colectivo singular

Género do aplicador: masculino feminino

masculino feminino

masculino feminino

Jurídica

Confissão espontânea e sem reservas

Sim Não

Prova documental

Sim Não

Prova pericial

Sim Não

Prova testemunhal

Não

Quantas testemunhas formaram a convicção do Tribunal? _____

Arroladas pelo arguido Sim Não

Arroladas pela vítima Sim Não

Representação por advogado:

Arguido

Oficioso Particular

Sim Não

RAZÕES DA ADESÃO AO DEPOIMENTO DO ARGUIDO

Influência do *status* socioeconómico _____

Influência da dimensão cultural e étnica _____

Influência da situação profissional _____

Relevância do registo criminal: _____

Atribua a cada item pontuação de acordo com a seguinte tabela: 0 = não se verifica 1 = verifica-se

Comunicação verbal:

1. Clareza __
2. Lógica __
3. Hesitações __
4. Pensa sobre as questões que considera duvidosas _____
5. Discurso rápido e sem dúvidas __
6. Recurso a apelos emocionais __
7. Invocação de *locus* controlo interno __
8. Invocação de *locus* controlo externo __
9. Desorganização discursiva __
10. Discurso adequado __
11. Discurso desadequado __
12. Discurso agressivo __
13. Coerência __
14. Incoerência __
15. Insiste na versão mesmo quando contraditado __
16. Contradições frequentes __
17. Contradição muito acentuada __
18. Responde antes de formulada a pergunta __
19. Risos __
20. Verborreia __

Total: _____

Comunicação não-verbal:		4.	Pensa sobre as questões que considera duvidosas
1.	Postura corporal rígida	___	___
2.	Postura corporal flexível	___	___
3.	Postura agressiva	___	5.
4.	Desmotivação / Desinteresse	___	6.
5.	Motivação / Interesse	___	7.
6.	Firmeza	___	8.
7.	Rapidez / desembaraço na resposta	___	9.
8.	Pausas	___	10.
9.	Insegurança	___	11.
10.	Autoconfiança	___	12.
11.	Movimentação frequente do corpo	___	13.
12.	Gesticulação	___	14.
13.	Tiques	___	15.
14.	Olhar frontal	___	16.
15.	Olhar que percorre todos os actores	___	17.
16.	Esfrega muito as mãos	___	18.
17.	Cruza as pernas	___	19.
18.	Alonga as pernas	___	20.
19.	Riso	___	Verborreia
20.	Entusiasmo no depoimento	___	___
Total: _____		Total _____	

Intradiscurso _____

Articulações entre o discurso e o intradiscurso _____

RAZÕES DA ADESÃO AO DEPOIMENTO DA VÍTIMA

Relevância dos danos físicos ou psicológicos sofridos: _____

Influência do *status* socioeconómico _____

Influência da dimensão cultural e étnica _____

Influência da situação profissional _____

Atribua a cada item pontuação de acordo com a seguinte tabela:

0 = não se verifica 1 = verifica-se

Comunicação verbal:

1.	Clareza	___
2.	Lógica	___
3.	Hesitações	___

Comunicação não-verbal:

21.	Postura corporal rígida	___
22.	Postura corporal flexível	___
23.	Postura agressiva	___
24.	Desmotivação / Desinteresse	___
25.	Motivação / Interesse	___
26.	Firmeza	___
27.	Rapidez / desembaraço na resposta	___
28.	Pausas	___
29.	Insegurança	___
30.	Autoconfiança	___
31.	Movimentação frequente do corpo	___
32.	Gesticulação	___
33.	Tiques	___
34.	Olhar frontal	___
35.	Olhar que percorre todos os actores	___
36.	Esfrega muito as mãos	___
37.	Cruza as pernas	___
38.	Alonga as pernas	___
39.	Riso	___

<p>40. Entusiasmo no depoimento _____</p> <p style="text-align: center;">Total _____</p> <p>Intradiscurso _____</p> <p>Articulação entre o discurso e o intradiscurso _____</p> <p>RAZÕES DA ADESÃO AO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL</p> <p>Test Testemunha membro de forças de segurança:</p> <p>Sim Não Qual? _____</p> <p>Testemunha funcionário(a) público em exercício de funções: Sim Não</p> <p>Relação/dependência com o arguido:</p> <p>Sim Não Qual? _____</p> <p>Influência exercida na decisão _____</p> <p>Relação/dependência com a vítima:</p> <p>Sim Não Qual? _____</p> <p>Influência exercida na decisão _____</p> <p>Testemunha ocular Sim Não</p> <p>Testemunha abonatória Sim Não</p> <p>Outra natureza. Qual? _____</p> <p>Influência do <i>status</i> sócio-económico _____</p> <p>Influência da dimensão cultural e étnica _____</p> <p>Influência da situação profissional _____</p> <p>Atribua a cada item pontuação de acordo com a seguinte tabela:</p> <p>0 = não se verifica 1 = verifica-se</p> <p>Comunicação verbal:</p> <p>1. Clareza _____</p> <p>2. Lógica _____</p> <p>3. Hesitações _____</p> <p>4. Pensa sobre as questões que considera duvidosas _____</p> <p>5. Discurso rápido e sem dúvidas _____</p> <p>6. Recurso a apelos emocionais _____</p> <p>7. Invocação de <i>locus</i> controlo interno _____</p> <p>8. Invocação de <i>locus</i> controlo externo _____</p> <p>9. Desorganização discursiva _____</p> <p>10. Discurso adequado _____</p> <p>11. Discurso desadequado _____</p> <p>12. Discurso agressivo _____</p> <p>13. Coerência _____</p> <p>14. Incoerência _____</p>	<p>15. Insiste na versão mesmo quando contraditado _____</p> <p>16. Contradições frequentes _____</p> <p>17. Contradição muito acentuada _____</p> <p>18. Responde antes de formulada a pergunta _____</p> <p>19. Risos _____</p> <p>20. Verborreia _____</p> <p style="text-align: center;">Total _____</p> <p>Comunicação não-verbal:</p> <p>21. Postura corporal rígida _____</p> <p>22. Postura corporal flexível _____</p> <p>23. Postura agressiva _____</p> <p>24. Desmotivação / Desinteresse _____</p> <p>25. Motivação / Interesse _____</p> <p>26. Firmeza _____</p> <p>27. Rapidez / desembaraço na resposta _____</p> <p>28. Pausas _____</p> <p>29. Insegurança _____</p> <p>30. Autoconfiança _____</p> <p>31. Movimentação frequente do corpo _____</p> <p>32. Gesticulação _____</p> <p>33. Tiques _____</p> <p>34. Olhar frontal _____</p> <p>35. Olhar que percorre todos os actores _____</p> <p>36. Esfrega muito as mãos _____</p> <p>37. Cruza as pernas _____</p> <p>38. Alonga as pernas _____</p> <p>39. Riso _____</p> <p>40. Entusiasmo no depoimento _____</p> <p style="text-align: center;">Total _____</p> <p>Intradiscurso _____</p> <p>Articulações entre o discurso e o intradiscurso _____</p> <p>Observações: _____</p> <p>_____</p>
--	--

Arguido Vítima

Testemunha: Arrolada pelo arguido

Arrolada pela vítima

ANEXO 2

Grelha de Observação

(Maria Cunha Louro, 2005)

Tribunal : _____

Procº nº : _____

Crime : _____

Dados Sociodemográficos:

▶ Naturalidade: Urbana

Rural

▶ Idade: ____

▶ Género: Masculino

Feminino

▶ Estado civil: _____

Profissão: _____

Dados Culturais:

▶ Etnia: _____

▶ Habilitações Literárias:

▶ Residência: Urbana Rural

▶ Tipo de Alojamento:

Personagem Judicial

Instruções:

Quantificar, quanto à frequência com que sobrevêm durante o julgamento, os comportamentos abaixo referidos, empregando a seguinte escala:

0 – Nenhuma vez 1 – Raramente

2 – Moderadamente 3 – Muitas vezes

4 – Sempre

1-Postura Rígida	0	1	2	3
	4			
2-Gesticular	0	1	2	3
	4			
3-Inclina-se para a frente	0	1	2	3
	4			
4-Relaxado	0	1	2	3
	4			
5-Balança a cabeça	0	1	2	3
	4			
6-Braços na posição aberta	0	1	2	3
	4			
7-Pernas cruzadas	0	1	2	3
	4			
8-Mantém contacto visual	0	1	2	3
	4			
9-Inquieto (mexe-se muito)	0	1	2	3
	4			

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç ã O

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.

2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.

3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.

4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.

5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.

6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.

6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a resignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto.

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.

