



TECNOLÓGICO
DE MONTERREY.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2013

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES



*Annuario giuridico della — Law Yearbook of the
Università degli Studi di Perugia*

International Annual Review in collaboration with
Tecnológico de Monterrey (Campus de Ciudad de México) &
Escuela Libre de Derecho (México)

Editor in Chief Antonio Palazzo - Università di Perugia

Co-Editor in Chief Mario I. Álvarez Ledesma - Tecnológico de Monterrey

Scientific Board

Franco Anelli, *Università Cattolica del Sacro Cuore*; Rainer Arnold, *Universität Regensburg*; Mario Ascheri, *Università Roma Tre*; Antonio Bartolini, *Università di Perugia*; Maurizio Borghi, *Bournemouth University*; Mauro Bove, *Università di Perugia*; Francesco D. Busnelli, *Scuola Superiore S. Anna Pisa*; Hedley Christ, *University of Brighton*; Marco Comporti, *Università di Siena*; Juan Luis González Alcántara Carrancá, *Universidad Nacional Autónoma de México*; Francesco P. Luiso, *Università di Pisa*; Agustín Luna Serrano, *Académie des Privatistes Européens*; Maurizio Lupoi, *Università di Genova*; Giovanni Marini, *Università di Perugia*; Salvatore Mazzamuto, *Università Roma Tre*; Manuel A. Munive Páez, *Escuela Libre de Derecho México*; Andrea Orestano, *Università di Perugia*; Massimo Paradiso, *Università di Catania*; Calogero Pizzolo, *Universidad de Buenos Aires*; Vito Rizzo, *Università di Perugia*; Umberto Santarelli, *Università di Pisa*; Andrea Sassi, *Università di Perugia*; Francesco Scaglione, *Università di Perugia*; Peter Stein, *University of Cambridge*; Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*; Andrea Triscioglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Universiteit Leuven*, *Università di Siena*; David Zammit, *University of Malta*; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*, *Università degli Studi Internazionali di Roma*.

Editorial Board of Europe

Managing Editors: Valentina Colcelli (valentina.colcelli@progetti.unipg.it); Andrea Sassi (andrea.sassi@unipg.it); Stefania Stefanelli (stefania.stefanelli@unipg.it). Members: Silvio Pietro Cerri; Roberto Cippitani.

Editorial Board of Latin America

Managing Editor: Manuel A. Munive Páez (mmunive@eld.edu.mx). Members: José Castillo Nájera; Carlos Ortega.

ISSN 1722-1110

2013

Registration at the Tribunale di Perugia on 24 July 2003, no. 33

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-40 DIANA R. BERNAL LADRÓN DE GUEVARA
La tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes en México
- 41-72 SILVIO PIETRO CERRI
Apporti tra conviventi e obbligazioni naturali nel diritto italiano
- 73-90 HEDLEY CHRIST
What does it mean to be Human in Human Rights Laws?
- 91-118 RAFAEL COELLO CETINA
Reflexiones sobre la articulación de la convención americana de derechos humanos y de la constitución política de los estados unidos mexicanos, conforme al principio de supremacía constitucional
- 119-144 RAFAEL ESTRADA SÁMANO
Aproximación filosófica e histórica a los derechos fundamentales
- 145-164 HÉCTOR F. FERNÁNDEZ CRUZ
Los derechos de los consumidores en la regulación económica
- 165-218 MANUEL L. HALLIVIS PELAYO
Hacia una homologación metodológica del control de convencionalidad en latinoamérica
- 219-242 VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI
Derechos humanos y democracia como factor de integración regional

- 243-274 JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO
La comunidad de Estados latinoamericanos y caribeños (CELAC), un nuevo hito en la integración jurídica americana
- 275-320 ANDREA SASSI
Esclusione legale ed esclusione volontaria nel sistema italiano dell'indegnità a succedere
- 321-336 FRANCESCO SCAGLIONE
Rapporto educativo e status del minore nel diritto italiano
- 337-398 STEFANIA STEFANELLI
Attribuzione di status e diritti del figlio incestuoso nell'ordinamento italiano

In Memoriam

- 399 *In memory of Pietro Barcellona* (Antonio Palazzo)
- 400 *In memory of Francesco Di Pilla* (Antonio Palazzo)

DIANA R. BERNAL LADRÓN DE GUEVARA^(*)

LA TUTELA NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES EN MÉXICO

ABSTRACT: The paper is a recognition of the not jurisdictional remedies in the Mexican fiscal law. In order to achieve this goal, the author analyses the system of administrative and jurisdictional remedies in comparison with not jurisdictional ones. In particular, the article is focused on the function of “Procuraduría de la Defensa del Contribuyente” as an instrument to improve the not jurisdictional remedies for the guarantee of the consumers’ rights.

SUMMARY: 1. Introducción. — 2. Medios de control de los actos de autoridad en materia fiscal: a) Control jurisdiccional y administrativo; b) Tutela no jurisdiccional. — 3. Los derechos de los contribuyentes. — 4. La función de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente como organismo no jurisdiccional de tutela de los derechos de los contribuyentes.

1. — *Introducción.*

Tradicionalmente se ha considerado que para la existencia de un Estado de Derecho se requiere de un catálogo de derechos humanos tutelados por el orden jurídico, un poder público estructurado y acotado por el derecho, con una serie de límites a su ejercicio y con medios de control apropiados y órganos autónomos imparciales que resuelvan controversias mediante la aplicación de ese derecho, lo que no sólo implica a los juzgados y tribunales del Poder Judicial de la Federación, sino a los tribunales administrativos de carácter autónomo, que en el caso de México es el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

^(*) Magistrada del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; Procuradora en Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (México). Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse acotado por normas jurídicas que establezcan requisitos formales que condicionen el ejercicio de ese derecho.

De esta forma, históricamente los Estados de Derecho han acudido a otras fórmulas o instrumentos para preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los gobernados. Surge así en diversos países la figura del *Ombudsman* o Defensor de derechos, el cual se puede definir como el organismo en el cual su titular es un funcionario de alto nivel que actúa con autonomía y responde comúnmente ante el Poder Legislativo; recibe quejas en contra de autoridades y funcionarios, las investiga y emite, en su caso, recomendaciones, informando a la sociedad sobre su cumplimiento o rechazo. «Su origen se remonta a Suecia, en su Constitución de 1809, con el fin de establecer un control adicional para el cumplimiento de las leyes, supervisar la aplicación real de éstas por la administración, y crear un nuevo camino, ágil y sin formalismos, por el cual los individuos pudieran quejarse de las arbitrariedades y violaciones cometidas por autoridades y funcionarios»⁽¹⁾.

El *Ombudsman* o Defensor de derechos es el representante o portavoz del ciudadano, cuyo papel es ser intermediario entre los gobernados y los poderes públicos. En México encuentra su fundamento constitucional en el artículo 102, apartado B, que dispone que el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Es decir, se trata de organismos que tienen como función primordial la vigilancia de los actos de las autoridades administrativas, instauran procedimientos sumarios y extraordinarios de salvaguarda de derechos,

⁽¹⁾ Cfr. J. CARPIZO, *El Sistema Nacional No-Jurisdiccional de Defensa de los Derechos Humanos en México: Algunas Preocupaciones*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 17-4-2013, p. 4.

se constituyen en un medio alternativo de solución de controversias en plazos más breves, tienen facultades de investigación para verificar la lesión a los derechos de los gobernados y pueden emitir recomendaciones a las autoridades del Poder Ejecutivo Federal, con el fin de restablecer las prerrogativas de las ciudadanas y los ciudadanos.

2. — *Medios de control de los actos de autoridad en materia fiscal.*

a) Control jurisdiccional y administrativo

México cuenta con una amplia tradición en la defensa de los derechos de los pagadores de impuestos. Además de los recursos en sede administrativa, representados de manera fundamental hoy en día por el recurso de revocación, nuestro tribunal especializado en materia fiscal, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, tiene más de 75 años de funcionamiento, constituyendo el control jurisdiccional de legalidad de los actos de las autoridades fiscales federales.

Asimismo, contamos con un extraordinario medio de control de constitucionalidad concreto, el juicio de garantías, hoy fortalecido por la nueva Ley de Amparo que entró en vigor el pasado de 3 abril del presente año.

Así es, desde 1925 en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el caso de Maclovio Maldonado, abrió la puerta por vez primera a la procedencia del juicio de amparo para proteger los derechos o garantías de los gobernados contenidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el amparo fiscal, después de sufrir diversas vicisitudes, adquiere plena carta de naturalización a partir de la década de los sesenta, llegando incluso a lo que se conoce como el auge del amparo fiscal, que representa la época en que gran número de los casos conocidos por la Corte son sobre esta materia.

Es pertinente comentar que la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, al asumirse como la defensora no jurisdiccional de los derechos de los pagadores de impuestos y, al tener entre sus facultades, la

de defensa y representación legal prevista en el artículo 5, fracción II, de la LOPDC, estima que los cambios de paradigmas y postulados que trae consigo la nueva Ley de Amparo, deben verse como un área de oportunidad.

Algunos de los cambios más relevantes para la Procuraduría son: la introducción formal del concepto de interés legítimo y el amparo colectivo.

En cuanto al primero, en su Criterio 04/2013 PRODECON recién estableció que, en su carácter de Defensor no jurisdiccional de derechos, interpretará lo más amplio posible este concepto a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio *pro homine*, con el fin de garantizar a los contribuyentes el efectivo acceso a la justicia fiscal federal en su sentido más amplio.

Respecto al amparo colectivo, previsto en el artículo 5, fracción I, párrafo tercero, de la nueva Ley de Amparo, la cuestión es si podría ser aplicable a la materia fiscal, además de que el nuevo ordenamiento no regula el trámite, procedimiento y efectos que debiera tener la resolución de este tipo de amparos. Sin embargo, el *Ombudsman* del contribuyente por naturaleza puede y debe llegar a ser el organismo legitimado para promover acciones colectivas en defensa de los derechos fundamentales de los que los gobernados gozan en materia tributaria, lo que garantizaría la promoción de litigios donde efectivamente se vieran involucradas violaciones graves y trascendentes a tales derechos.

Por otra parte, la nueva Ley de Amparo segrega a la materia tributaria de uno de los más importantes y nuevos beneficios que contiene: la declaratoria general de inconstitucionalidad. Para el *Ombudsman* de los contribuyentes la defensa constitucional no puede excluir de los efectos generales de la declaratoria de inconstitucionalidad a esta materia.

b) Tutela no jurisdiccional

Será en septiembre de este año 2013 cuando la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), organismo descentralizado, no sectorizado, con autonomía técnica, funcional y de gestión, cumpla sus primeros dos años de ejercer sus relevantes y, en ocasiones, inéditas, atribuciones, encaminadas sobre todo a la defensa no jurisdiccional de los

derechos de los pagadores de contribuciones federales.

El artículo 1° de la Ley Orgánica de la Procuraduría (LOPDC), establece expresamente que la finalidad del nuevo organismo es garantizar el derecho de los contribuyentes a recibir justicia en materia fiscal en el orden federal mediante, entre otras facultades, la representación y defensa de aquéllos, lo que se entiende como la función de ser abogada patrona de los sujetos de imposición.

En la primera iniciativa, de las dos que finalmente fueron dictaminadas en Comisiones legislativas para la aprobación de la LOPDC, y que fue la presentada por la entonces senadora Martha Tamayo, el organismo era concebido, ante todo, como una defensoría de oficio que operaría en apoyo de los contribuyentes más vulnerables, es decir, aquéllos que difícilmente tendrían acceso a la representación legal particular.

Afortunadamente, gracias a la intervención del diputado Juan Carlos Pérez Góngora, quien presentó la segunda de las iniciativas, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente nació verdaderamente fortalecida en sus facultades, lo que le permite desplegar un campo mucho más amplio de tutela y protección no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes y asumirse así, como un verdadero defensor de derechos u *Ombudsman*, sobre todo, a través de la emisión de Recomendaciones públicas no vinculatorias a las autoridades fiscales federales.

3. — *Los derechos de los contribuyentes.*

El origen de los derechos humanos ha sido analizado desde diversas posiciones filosóficas e ideológicas. La postura iusnaturalista concibe su origen al lado del origen del ser humano y otras los consideran parte de la expansión de la cultura occidental. Empero, hoy se acepta de modo más homogéneo que la conceptualización de los derechos humanos se dio con la aparición del Estado liberal y la consecuente desaparición del Estado absolutista, más precisamente el 26 de agosto de 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que emitió la Asamblea Nacional

Francesa. En ese contexto, el propósito del pensamiento liberal era rescatar al hombre del poder monárquico, para lo cual buscó desarrollar las libertades públicas, pero además se constituyó como un modelo de organización social, jurídica y política cuyo eje y fin fuera el hombre y no el poder, ya que a éste lo puso al servicio del hombre, que es la razón de ser del Estado ⁽²⁾.

Algunos de los elementos característicos del Estado liberal son la soberanía popular, la democracia, la división de poderes, la constitución, los derechos humanos, entre otros. En cuanto a la soberanía, a partir de 1789 los liberales convirtieron al pueblo en soberano, en titular originario del poder, y al monarca o gobernante en servidor del pueblo, quien es la única fuente legítima del poder político, ya no el monarca. La democracia es la forma de expresión de la voluntad popular, es su consecuencia necesaria, ya que sólo el pueblo puede gobernarse a sí mismo y sólo él puede darse a sí mismo la ley. Para los liberales franceses la democracia significaba la formulación de la ley, la integración del gobierno y el control de quienes gobiernan, por lo que en el Estado liberal “decir la ley” ya no es atributo del monarca, sino voluntad del pueblo o voluntad general; la ley ya no es una imposición, sino que es el querer y los valores de los miembros de la sociedad. Por su desconfianza del poder, que había sido usado y abusado en contra del pueblo, los liberales trataron a toda costa de controlar a quienes lo ejercían, a fin de que el pueblo pudiera corregir desviaciones en la actuación de sus gobernantes ⁽³⁾.

También los derechos humanos son un elemento del Estado liberal en dos vertientes: Por un lado resaltan el valor y dignidad del ser humano, la que debe ser respetada por la autoridad y por los demás miembros de las sociedad; por el otro constituyen un límite a la acción del Estado en relación con los individuos, dando a éstos un ámbito de libertad, el cual debe ser garantizado por el Estado mediante las funciones de seguridad y justicia ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Cfr. V.E. MARTÍNEZ BULLE GOYRI, *Derechos Humanos y Estado Liberal*, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 1, 2006, pp. 49-50.

⁽³⁾ *Idem*, pp. 51-55.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

Los derechos reconocidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que fue la primera que los contuvo, fueron los de libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión, a los que se conoce como la primera generación de los derechos humanos. En el artículo 13 de esa Declaración se estableció que *«para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, proporcionalmente a su capacidad»*, es decir, se incorporó, por primera vez, el principio de generalidad consistente en que todos los integrantes de la sociedad tienen la obligación de pagar impuestos.

A su vez, en el artículo 14 de la citada Declaración se estableció que *«todo Ciudadano tiene derecho, ya por sí mismo o por sus representantes, a constatar la necesidad de la contribución pública, a consentirla libremente, a vigilar su empleo y a determinar su cuantía, su base, la recaudación y su duración»*, mientras que el artículo 15 dispuso que *«la Sociedad tiene derecho a pedir a todos sus Agentes públicos cuentas de su administración»*, con lo que se estatuyeron dos controles: uno en materia tributaria y el otro en materia administrativa.

Así, de acuerdo con el artículo 14 citado, ya no era posible establecer un impuesto o una contribución sin la aprobación de la representación de la soberanía popular.

Por otra parte, desde su reconocimiento como tales, los derechos humanos siempre fueron atribuidos exclusivamente a los individuos, quienes eran sus únicos titulares, pero con el paso del tiempo esa postura ha cambiado y actualmente, si bien los sujetos titulares de los derechos humanos siguen siendo por antonomasia las personas físicas, también lo es que tales derechos empiezan a ampliar su esfera y titularidad. Esto es así, en virtud de que también se ha reconocido que los seres humanos, ya sea por naturaleza o necesidad, se asocian entre sí, con la finalidad de alcanzar el beneficio de la colectividad y los ordenamientos jurídicos establecen la personalidad de estos entes formados por varias personas asociadas como si fueran un solo individuo, reconociéndoles la capacidad de ostentar derechos y ser sujetos de obligaciones⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Cfr. PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Serie de Cuadernos de la Procu-*

Por ello, en algunos casos las personas jurídicas colectivas ⁽⁶⁾ pueden ser titulares de derechos fundamentales, y esto se debe a la progresividad de los derechos humanos, característica que los hace evolucionar de la misma forma en que las necesidades de las sociedades se desenvuelven y por ello se impone el reconocimiento no sólo a las personas físicas en lo individual como sujetos de derechos fundamentales, sino también se hace extensiva la protección a esas mismas personas físicas aunque estén encubiertas por personas jurídicas colectivas.

Además, en la actualidad no sólo se protegen los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de la colectividad (por ejemplo a un medio ambiente limpio), entre otros. Sin embargo, el reconocimiento que se hace a las personas jurídicas colectivas como titulares de derechos fundamentales se encuentra limitado a la particularidad de su naturaleza; por ejemplo, de ninguna manera puede considerarse que estas personas sean sujetos activos del derecho a la vida o del derecho a la libertad de creencias, ya que como sujeto colectivo no es posible reconocerles tales derechos, pero sí es posible asegurar que son sujetos de derechos fundamentales como el derecho a la propiedad, a la libre asociación o bien a la protección de su identidad ⁽⁷⁾.

En cuanto a los derechos de los contribuyentes, en México tenemos algunos antecedentes desde los tiempos de la guerra de independencia, pero de manera concreta es en la Constitución Política de la República Mexicana, promulgada el 12 de febrero de 1857, en cuyo artículo 30, fracción III, se establece por primera vez la obligación de todo mexicano de contribuir, en la forma proporcional y equitativa dispuesta por las leyes,

raduría de la Defensa del Contribuyente, II, *Derechos Humanos de los Contribuyentes. Personas Jurídicas Colectivas*, Número VI, 2011.

⁽⁶⁾ Por persona jurídica colectiva se entiende a «ciertas entidades (normalmente grupos de individuos) a las cuales el Derecho considera como una sola entidad para que actúe como tal en la vida jurídica». INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, 2004.

⁽⁷⁾ Cfr. PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente*, II, *Derechos Humanos de los Contribuyentes. Personas Jurídicas Colectivas*, Número VI, 2011.

para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y municipio en que se resida. La citada disposición pasó a ser el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Con relación a lo anterior, cabe destacar el importante cambio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido en sus criterios, pasando de la conocida Tesis Vallarta que sostenía la improcedencia del juicio de amparo en contra de violaciones a artículos constitucionales no comprendidos en el entonces denominado capítulo de las garantías individuales de la Constitución Federal (como lo es el artículo 31 referido), hasta la plena aceptación de la procedencia de ese juicio contra disposiciones y leyes tributarias. Ello también ha implicado, por parte del Máximo Tribunal, un reconocimiento de los derechos de los contribuyentes contenidos en la fracción IV del citado precepto, dando forma a los principios que derivan de la propia Constitución y que rigen las relaciones que nacen con motivo de la actividad recaudadora del Estado, los cuales son: proporcionalidad, equidad y legalidad.

El principio de proporcionalidad tributaria consiste «en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva, es decir, los gravámenes deben fijarse atendiendo a la auténtica posibilidad económica de cada sujeto pasivo»⁽⁸⁾.

A su vez, el principio de equidad tributaria consiste en «el derecho de todos los gobernados ubicados en una cierta condición objetiva a recibir un tratamiento idéntico al que se le da a quienes se ubican en similar situación de hecho, y uno distinto a quienes se encuentran en situación diversa»⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. Tesis II.2º.T.Aux.3 A, «*Renta. El artículo 107, último párrafo, de la ley del impuesto relativo vigente en 2003, al prever que se presume, salvo prueba en contrario, que los donativos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 106 del propio ordenamiento que no sean declarados son ingresos omitidos de la actividad preponderante del contribuyente, no viola los principios de proporcionalidad y equidad tributaria.*», Segundo Tribunal Colegiado Auxiliar con residencia en Naucalpan de Juárez, Estado de México, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, febrero de 2010, p. 2905.

⁽⁹⁾ *Ibidem.*

La legalidad consiste en que «la determinación de los sujetos pasivos de las contribuciones, su objeto y, en general, sus elementos esenciales, se encuentren en la ley y para ello es suficiente que en ellas se precisen en forma razonable, de manera que cualquier persona de entendimiento ordinario pueda saber a qué atenerse respecto de sus obligaciones fiscales»⁽¹⁰⁾.

Los derechos constitucionales de los contribuyentes que han sido definidos, son parte de la gama de derechos fundamentales cuyo reconocimiento está consagrado en el artículo 1º constitucional y, por tanto, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos, por lo que también las garantías para su protección gozan de una nueva tutela jurídica.

En este sentido cabe traer a colación que el 10 de diciembre de 1948, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, que es hoy el documento defensor por antonomasia de tales derechos, en la cual se reconocen derechos que si bien no son exclusivos de los contribuyentes, sí les son propios como personas, tales como: *a)* el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona (artículo 3), *b)* derecho a la igualdad ante la Ley (artículo 7), *c)* derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 8), *d)* derecho de audiencia (artículo 10), *e)* derecho y tutela de la propiedad individual y colectiva (artículo 17), y *f)* derecho al mínimo vital (artículo 25).

Por otra parte, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, adoptada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, se reconoce expresamente en el artículo 8, denominado “Garantías Judiciales”, el derecho de toda persona a ser juzgada al amparo del debido proceso en materia penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, haciendo así extensiva la “tutela jurisdiccional” a las obligaciones que derivan de la relación tributaria, y se consagran

⁽¹⁰⁾ Tesis aislada P.XI/96, «*Legalidad tributaria. dicha garantía no exige que el legislador esté obligado a definir todos los términos y palabras usadas en la ley*», Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, febrero de 1996, p. 169.

expresamente los siguientes derechos fundamentales de los contribuyentes: ser oído con todas las garantías para la determinación de los derechos y obligaciones correspondientes en el orden fiscal; la jurisdicción en todos los aspectos de la relación jurídica tributaria (material y formal); el principio del juez natural (independiente e imparcial y establecido por la ley con anterioridad al caso en el que ha de fallar); la indemnización de toda persona en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial; garantías en materia punitiva que se aplican respecto de los delitos y penas relacionados con el derecho tributario y las infracciones tributarias con sanciones punitivas para aquellos delitos previstos en el derecho penal. Se trata de derechos procedimentales que permiten hacer efectivos los derechos sustantivos reconocidos por el orden jurídico⁽¹¹⁾.

El primer antecedente de reforzamiento de los derechos y las garantías de los contribuyentes como contrapartida natural a su obligación constitucional de contribuir al gasto público del Estado (Federación, Estados, Municipios y Distrito Federal), mediante la expedición de un cuerpo normativo que contuviera los derechos básicos de aquéllos en sus relaciones con la administración tributaria, lo tenemos en la Ley Española de 1998, la cual enumera las garantías fundamentales de los contribuyentes y, correlativamente, la obligación de las autoridades de respetarlas y prestar la información y asistencia necesaria para el debido cumplimiento de la responsabilidad de los particulares.

En México, el 23 de junio de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, la cual contiene preceptos que hacen énfasis en derechos procedimentales como son:

- Derecho a ser informado y asistido por las autoridades fiscales en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, así como del contenido y alcance de las mismas.
- Derecho a obtener, en su beneficio, las devoluciones de impuestos que

⁽¹¹⁾ Cfr. PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Derechos Humanos de los Contribuyentes*, Número IV, 2011.

procedan en términos del Código Fiscal de la Federación y de las leyes fiscales aplicables.

- Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte.
- Derecho a conocer la identidad de las autoridades fiscales bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos en los que tengan condición de interesados.
- Derecho al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes que de ellos o de los terceros con ellos relacionados, conozcan los servidores públicos de la administración tributaria.
- Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos de la administración tributaria.
- Derecho a que las actuaciones de las autoridades fiscales que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que les resulte menos onerosa.
- Derecho a formular alegatos, presentar y ofrecer como pruebas documentos conforme a las disposiciones fiscales aplicables, incluso el expediente administrativo del cual emane el acto impugnado, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente resolución administrativa.
- Derecho a ser oído en el trámite administrativo con carácter previo a la emisión de la resolución determinante del crédito fiscal, en los términos de las leyes respectivas.
- Derecho a ser informado, al inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que éstas se desarrollen en los plazos previstos en las leyes fiscales, para cuyo efecto se le deberá entregar la carta de los derechos del contribuyente y asentarlos en la actuación que corresponda.
- Derecho a corregir su situación fiscal con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades fiscales, mediante la presentación de la declaración normal o complementaria que, en su caso, corresponda, el cual no está sujeto a autorización de la autoridad.

- Derecho a señalar en el juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como domicilio para recibir notificaciones, el ubicado en cualquier parte del territorio nacional, salvo cuando tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la Sala competente de dicho Tribunal, en cuyo caso el señalado para recibir notificaciones deberá estar ubicado dentro de la circunscripción territorial de la Sala.

Asimismo, la carta de los derechos de los contribuyentes expedida por la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente establece lo siguiente:

- Las contribuciones deben tomar en cuenta la capacidad contributiva de las personas, respetando el derecho al mínimo vital, en protección a la dignidad y necesidades básicas de la persona humana.
- La recaudación de las contribuciones debe regirse por los principios de igualdad, legalidad, certidumbre, comodidad y economía.
- Recibir de las autoridades fiscales información clara, precisa y oportuna, que los auxilie en el ejercicio de sus obligaciones tributarias.
- Formular peticiones o solicitudes de forma respetuosa a la autoridad, quien deberá responderlas en breve término.
- Recibir la devolución de las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan conforme a las leyes fiscales.
- Corregir su situación fiscal, de conformidad con lo señalado en las disposiciones legales aplicables.
- Obtener la certificación y copia de las declaraciones presentadas, previo el pago de los derechos que en su caso establezca la ley.
- Gozar del efectivo acceso a la justicia fiscal, a fin de revocar, modificar o anular las resoluciones de las autoridades fiscales que consideren violatorias de sus derechos.
- Conocer el estado de tramitación de los procedimientos de los que sea parte.
- Ofrecer como prueba el expediente administrativo del cual emane el acto impugnado, así como la información que obre en poder de la autoridad fiscal, los cuales deberán ser presentados en el momento procesal oportuno.

- Formular alegatos y aportar los documentos que coadyuven a su defensa ante los órganos competentes.
- Ser tratado con el debido respeto y consideración por las autoridades fiscales y los servidores públicos correspondientes.
- A que las autoridades fiscales lleven a cabo las actuaciones que lo involucren en la forma que resulte menos onerosa; y
- Formular quejas y sugerencias en relación con el funcionamiento de la Administración tributaria.

4. — *La función de la procuraduría de la defensa del contribuyente como organismo no jurisdiccional de tutela de los derechos de los contribuyentes.*

En el apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se contiene la obligación del Congreso de la Unión y de las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, de establecer organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los cuales conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen esos derechos. Tales organismos están facultados para formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Asimismo, el precepto constitucional en comento establece que todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten los organismos de protección de los derechos humanos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

Este tipo de organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

El sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos fundamentales, funciona a través de organismos conocidos como *Ombudsman*, cuyas funciones comprenden la promoción y protección de los derechos de las personas, a fin de garantizar la imparcialidad y legalidad principalmente de los actos de la Administración Pública.

Si bien cada institución tiene sus propias características, es posible indicar algunas semejanzas, con base en las directrices que la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), señaló para este tipo de instituciones nacionales y locales de promoción y protección de los derechos humanos, las que consisten en:

- a) Servir de fuente de información al gobierno y al pueblo de cada país sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos.
- b) Contribuir a la educación de la opinión pública y fomentar su conciencia y respeto de los derechos humanos;
- c) Considerar cualquier situación particular que pueda existir en la esfera nacional y que el gobierno desee someter a su consideración, y deliberar y hacer recomendaciones al respecto;
- d) Dar opinión sobre cualesquiera cuestiones concernientes a los derechos humanos que los gobiernos sometan a su consideración;
- e) Estudiar y mantenerse constantemente al tanto de la situación de las leyes, decisiones judiciales y medidas administrativas relativas a la promoción de los derechos humanos, y preparar y presentar informes a este respecto a las autoridades competentes;
- f) Desempeñar cualquier función que el gobierno desee encomendarle en relación con los deberes que le incumben en virtud de las convenciones internacionales sobre derechos humanos en que sea parte.

Los organismos no jurisdiccionales de defensa de los derechos de las personas responden a la necesidad de controlar las actividades del Estado y, en particular, de la actividad administrativa, mediante mecanismos idóneos para evitar el desborde estatal, posibilitando que el Estado realice sus funciones tendientes al logro del bien común, sin que ello implique

menoscabo de los derechos de la persona⁽¹²⁾.

El sistema *Ombudsman* es un sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos fundamentales, ya que los organismos que lo conforman aspiran a reivindicar la dignidad de la persona frente a las arbitrariedades de las autoridades, así dichas instituciones propugnan también por el reconocimiento, ejercicio y defensa de los derechos fundamentales.

En México, el sistema no jurisdiccional de protección de derechos fundamentales surgió en 1990 con la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, fue hasta el año 2006 cuando se estableció un ombudsman especializado en la materia tributaria, con la creación de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, publicada el 4 de septiembre de 2006, en cuya Exposición de motivos se destacó la necesidad de contar en nuestro país con un *Ombudsman* fiscal, similar a los existentes en los países anglosajones, que defendiera a los pagadores de impuestos contra una arbitrariedad, o contra un exceso de la autoridad.

En este sentido, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente se incorporó a nuestro sistema jurídico como el *Ombudsman* fiscal por antonomasia, compartiendo la misma naturaleza que las defensorías del pueblo en la protección de los derechos fundamentales de la persona, pero específicamente en lo que se refiere a los derechos de los pagadores de impuestos.

Su importancia resalta porque de manera paralela a la obligación constitucional de pagar impuestos, están los derechos de los contribuyentes, que como hemos visto anteriormente, también son derechos humanos que deben ser promovidos, protegidos, respetados y garantizados por todas las autoridades, especialmente la autoridad fiscal.

En este orden de ideas, el propio titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha reconocido la trascendencia de contar con un *Ombudsman* en materia tributaria, porque si bien es cierto que todo contribuyente tiene el

(12) Cfr. PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Derechos Humanos de los Contribuyentes*, Número IV, 2011.

derecho de acudir a las instancias jurisdiccionales a defender sus derechos, no menos cierto es que no todos los contribuyentes están en posibilidad de informarse ni en la aptitud económica y técnica para hacer valer esos derechos, de ahí la importancia social de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, la cual goza de autonomía frente a la autoridad a la que vigila, lo que le permite cumplir su función⁽¹³⁾.

Esa autonomía deriva también del proceso de elección del primer Ombudsman fiscal del país, por parte del Senado de la República, de una terna propuesta por el titular del Poder Ejecutivo Federal.

Entre las facultades del *Ombudsman* de los contribuyentes se encuentran las siguientes:

- Atender y resolver las solicitudes de asesoría y consulta que le presenten los contribuyentes por actos de las autoridades fiscales federales.
- Representar al contribuyente ante la autoridad correspondiente, promoviendo en su nombre los recursos administrativos procedentes y juicios hasta la total resolución de sus conflictos fiscales.
- Conocer e investigar de las quejas de los contribuyentes afectados por los actos de las autoridades fiscales federales por presuntas violaciones a sus derechos y, en su caso, formular recomendaciones públicas no vinculatorias, respecto a la legalidad de los actos de dichas autoridades.
- Proponer al Servicio de Administración Tributaria las modificaciones normativas internas para mejorar la defensa de los derechos y seguridad jurídica de los contribuyentes.
- Identificar los problemas de carácter sistémico que ocasionen perjuicios a los contribuyentes, a efecto de proponer las recomendaciones correspondientes.
- Emitir opinión sobre la interpretación de las disposiciones fiscales y aduaneras.
- Fungir como órgano de interlocución al realizar reuniones periódicas y extraordinarias con autoridades fiscales, contribuyentes e instituciones

⁽¹³⁾ Cfr. Discurso pronunciado por el Secretario de Hacienda y Crédito Público el 7 de febrero de 2013 en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, con motivo de la inauguración de la Delegación Regional Noreste-Golfo Norte de la Prodecon.

especializadas, para detectar los problemas o temas de desacuerdo y proponer alternativas de solución.

- Fomentar y difundir una nueva cultura contributiva realizando campañas de comunicación y difusión social respecto de los derechos y garantías de los contribuyentes.

Las características que invisten al *Ombudsman* son⁽¹⁴⁾:

➤ Medio no jurisdiccional de protección de los derechos humanos. El procedimiento ante el *Ombudsman* es un procedimiento paraprocesal que se crea como instrumento alternativo a los procedimientos jurisdiccionales tradicionales, con el objeto de contribuir al acceso a la justicia y, por lo tanto, evitar la dilación en la administración de justicia, coadyuvando a la solución de los conflictos derivados de violaciones a los derechos humanos. Los gobernados han encontrado en el Ombudsman un instrumento confiable para defenderse, eficaz y rápidamente, de vulneraciones a sus derechos cometidas por servidores públicos⁽¹⁵⁾.

Al respecto, el artículo 5, antepenúltimo párrafo, de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, establece que las quejas que los contribuyentes presenten a la Procuraduría, no constituirán recurso administrativo ni medio de defensa alguno, ni su interposición afectará o suspenderá los plazos, trámites y procedimientos que lleven a cabo las autoridades fiscales. Además, las quejas son independientes del ejercicio de los medios de defensa que establecen las leyes, lo que hace evidente el carácter no jurisdiccional de la Prodecon.

➤ Sus determinaciones no constituyen instancia. Los procedimientos ante el *Ombudsman* son instrumentos extraordinarios que no sustituyen a los tramitados ante los tribunales ordinarios, sino que auxilia a resolver, en forma expedita y menos rígida, los conflictos surgidos entre gobernantes

⁽¹⁴⁾ Cfr. PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, El Ombudsman y la Opinión Pública*, Número VIII, 2012.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

y gobernados, por lo cual, se conserva al margen de la competencia de los órganos jurisdiccionales con pleno respeto a la división de poderes y a la independencia de los jueces y tribunales⁽¹⁶⁾.

En ese sentido, la Ley Orgánica de la Prodecon establece en cuanto al procedimiento de protección de derechos humanos ante este *Ombudsman* fiscal, que la formulación de quejas y reclamaciones, así como las Recomendaciones que emita la Procuraduría, no constituyen instancia y no afectarán el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan corresponder a los afectados conforme a las leyes, ni suspenderán ni interrumpirán sus plazos preclusivos, de prescripción o caducidad, ni afectarán los trámites o procedimientos que lleven a cabo las autoridades fiscales (artículo 5, antepenúltimo párrafo).

➤ Mínimas formalidades en el procedimiento. Los procedimientos ante el *Ombudsman* son sencillos y con un mínimo de formalismos, a efecto de que el acceso a la institución quede garantizado. Entonces, a diferencia de otras opciones procesales – las cuales, por lo general, son siempre costosas, complicadas y lentas – el *Ombudsman* ofrece un procedimiento ágil, gratuito y flexible⁽¹⁷⁾.

Esta característica se consigna en el artículo 15, primer párrafo, de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, en el que se establece que los procedimientos que se sigan ante la Procuraduría deberán ser breves, sin más formalidad que la de precisar con objetividad la pretensión del contribuyente.

➤ Legitimación procedimental. En los procedimientos seguidos ante el *Ombudsman* no se exigen las mismas formalidades que en los procedimientos de carácter jurisdiccional, por lo que en aquéllos no es menester que se pruebe la existencia de un interés particular y directo por parte del gobernado, sino que basta con que indique su nombre y domicilio; lo que origina que se

⁽¹⁶⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁷⁾ *Ibidem.*

puedan recibir quejas provenientes de todos los sectores sociales, incluso promovidas por un tercero ⁽¹⁸⁾.

Esta característica también corresponde al procedimiento de queja ante la Prodecon, pues el artículo 16 de su Ley Orgánica señala que «cualquier persona podrá presentar quejas o reclamaciones para denunciar presuntas ilegalidades contra sus derechos tributarios y acudir ante las oficinas de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente para presentarlas, ya sea directamente o por medio de representante».

➤ Facultad de investigación. El *Ombudsman* tiene la facultad de investigar con profundidad el asunto que sea sometido a su competencia por los gobernados quejosos. Para ello podrá solicitar la información que estime necesaria a las autoridades involucradas en la queja expuesta o a cualquiera que posea información o documentos vinculados con el asunto del que conoce. Aunque los procedimientos que llevan estos organismos protectores de derechos varían de uno a otro, en la mayoría de ellos el incumplimiento del requerimiento de información o documentación trae aparejada una sanción administrativa, y en algunos casos incluso una sanción de carácter penal. De igual forma, el *Ombudsman* puede, a efecto de conocer la verdad de los hechos que le son planteados a través de la queja, admitir todo tipo de pruebas que ofrezcan las partes.

En este tema, la Prodecon, como *Ombudsman* especializado en materia fiscal, tiene facultades para realizar investigaciones en caso de violación a los derechos de los contribuyentes, en términos de los artículos 4 y 5, fracciones III y IX de su Ley Orgánica, lo que la ratifica su posición como un organismo de protección no jurisdiccional de derechos fundamentales. Estas facultades de investigación se ejercen en el procedimiento de quejas, dentro del cual, la Prodecon podrá, en términos del artículo 20 de su Ley Orgánica, solicitar un informe a la autoridad involucrada, así como la documentación adicional que estime necesaria, además de «efectuar todas las demás acciones que conforme a derecho juzgue convenientes para el mejor conocimiento y acreditamiento del asunto».

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

Es de resaltarse que conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, las autoridades fiscales federales y servidores públicos de cualquiera de los tres niveles de gobierno (federal, estatal o municipal), están obligados a atender y enviar puntual y oportunamente, la información que les requiera la Procuraduría y la que sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos que se investigan; so pena de ser sancionados en los términos que establece dicha ley; el incumplimiento de esta obligación, dará lugar a la responsabilidad administrativa que derive de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

➤ Autonomía. Una de las características que debe tener todo Organismo Defensor de los Derechos Humanos, es su autonomía para tramitar y resolver las quejas puestas a su conocimiento. Esa autonomía debe manifestarse tanto durante el procedimiento de investigación, como al momento de resolverse el expediente respectivo. Así, la actividad del *Ombudsman* debe ser independiente de toda presión, de ahí que se le otorgue autonomía jurídica, técnica y presupuestaria, a fin de que no dependa de nadie, ni esté subordinado a ningún órgano público⁽¹⁹⁾.

Por otra parte, con el fin de exponer en forma más clara el papel no jurisdiccional de tutela de los derechos de los contribuyentes que ejerce la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, detallaremos una de las varias funciones que ejerce.

La queja es un procedimiento expedito y ágil que pueden ejercer los contribuyentes, cuyo objetivo es conocer e investigar los actos de las autoridades fiscales que se estimen violatorios de sus derechos a efecto de emitir recomendaciones públicas y proponer, en su caso, medidas correctivas a las autoridades involucradas.

Una vez presentada la queja o reclamación, la Prodecon analiza si es de su competencia y de ser el caso, la queja o reclamación se admite y se requiere a la autoridad involucrada el informe sobre el acto o actos que se

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

le atribuyen. Rendido el informe se analizan los hechos, los argumentos y las pruebas aportadas por las partes, e incluso se recaba información adicional, con el propósito de verificar que la actuación de la autoridad fiscal esté apegada a Derecho y se emite un dictamen que puede ser en dos sentidos: una recomendación pública cuando se compruebe violación a los derechos del contribuyente o un acuerdo de no responsabilidad cuando no se comprueben las irregularidades imputadas a la autoridad responsable.

En el caso de que se compruebe que las autoridades o servidores han violado los derechos del contribuyente quejoso, al haber incurrido en actos u omisiones ilegales, la recomendación que se emita señalará a las autoridades involucradas, las prácticas en que hubieren incurrido y propondrá, en su caso, la adopción de las medidas correctivas necesarias, además de denunciar ante las autoridades competentes la posible comisión de delitos y de actos que puedan dar lugar a responsabilidad civil o administrativa de las autoridades responsables.

Las recomendaciones son públicas y no tienen carácter imperativo o vinculatorio para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigen, por lo que, por sí mismas, no podrán anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o reclamación que les dio origen. Tampoco procede algún recurso o medio de defensa en contra de las recomendaciones.

No obstante lo anterior, la fuerza de una recomendación está en la autonomía y en la autoridad moral del *Ombudsman* de los pagadores de impuestos que la emite, así como en el costo político que representa para la autoridad responsable no aceptarla. En el caso de las recomendaciones que son aceptadas por las autoridades fiscales se da un seguimiento a su cumplimiento, pues éstas quedan obligadas a entregar, dentro de los diez días hábiles siguientes, las pruebas que acrediten que han cumplido con la recomendación de que se trate.

Para conocer mejor esta importante labor de tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes que lleva a cabo la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, se exponen a continuación algunos casos concretos.

En la Recomendación 03/2011⁽²⁰⁾, derivada de la queja que presentó una contribuyente, quien mediante el portal electrónico del Servicio de Administración Tributaria y a través de un escrito libre, solicitó la condonación de varias multas impuestas por concepto de incumplimiento en la presentación de la declaración y pago provisional respecto a diversos impuestos. La autoridad recaudadora resolvió negar las solicitudes de condonación, aduciendo esencialmente que al tratarse de multas formales por incumplimiento o extemporaneidad en materia de presentación de obligaciones no es aplicable la figura de la condonación.

El *Ombudsman* de los contribuyentes dictaminó que la respuesta dada por la autoridad a las solicitudes de condonación de multas presentadas por la contribuyente, es lesiva de los derechos de ésta porque si bien la resolución de ese tipo de solicitudes es una facultad discrecional que no requiere mayor fundamentación que el señalamiento del artículo normativo que la contiene, no menos cierto es que ello no las exenta de cumplir el requisito contenido en el artículo 16 constitucional de motivar su determinación, la cual no debe ser sólo suficiente, sino exhaustiva y exacta, que analice y resuelva de manera específica los argumentos esgrimidos por el solicitante y especifique la razón de su determinación de fondo, lo que en la especie no sucedió porque se limitó a señalar que no procede la condonación de las multas impuestas a la contribuyente por derivar de una sanción impuesta con motivo del incumplimiento a las disposiciones fiscales, pero sin analizar la situación particular de la solicitante, máxime que el precepto legal en el que la autoridad basó su decisión (artículo 74 del Código Fiscal de la Federación), no establece qué multas son susceptibles de condonarse y qué multas no.

Además, la autoridad no observó el texto del artículo 74 del Código Fiscal de la Federación, que ordena que al resolver sobre la condonación de multas, se deben apreciar discrecionalmente las circunstancias del caso, sin que de las resoluciones que dictó se desprenda que se haya apreciado, analizado y valorado la situación económica y social real de la contribuyente,

⁽²⁰⁾ El texto completo de las Recomendaciones se pueden consultar en www.prodecon.gob.mx.

quien manifestó tener 74 años de edad, con problemas de salud, sin trabajo fijo, cuyo único ingreso es una pensión de \$2,000.00 mensuales, que no tiene contador que la auxilie para la presentación de sus declaraciones ni recursos para contratarlo, aunado a que no tiene bienes, por lo que los montos de la multa impuesta rebasan su capacidad económica, siendo su única pretensión demostrar que se encuentra imposibilitada para enfrentar esa carga determinada por las autoridades tributarias; situaciones que jamás fueron controvertidas o puestas en duda por la autoridad, sino que indebidamente las consideró ajenas a las solicitudes, en contravención a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, en el sentido de que «en todo caso la actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe, correspondiendo a la autoridad fiscal acreditar que concurren las circunstancias agravantes que señala el Código Fiscal de la Federación en la comisión de infracciones tributarias».

Asimismo, dado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho al “mínimo existencial” como un derecho fundamental reconocido por los Tratados Internacionales de los que México es parte, cuya esencia radica en la forma en que debe de abstenerse el Estado de gravar cuando una persona reúne las condiciones relativas a la obligación de contribuir, en los siguientes términos: *«el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna»* (amparo en revisión 2237/2009, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), la autoridad señalada como responsable en el procedimiento de queja debió abstenerse de afectar a la contribuyente en cuestión negándole la condonación solicitada sin valorar su situación particular, pues al negarle dicha condonación se está afectando la situación de vulnerabilidad en que se ubica una persona pensionada de la tercera edad para subsistir digna y autónomamente, pasando por alto lo que establecen los artículos 4, fracciones III y V, 5, fracción II, letras a, b y d, de la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, acerca de que las instituciones públicas y de gobierno deben propiciar un trato justo

y proporcional en las condiciones de acceso y disfrute de los satisfactores necesarios para el bienestar de las personas adultas mayores de 70 años, brindando una atención preferente de acuerdo con las características y circunstancias de tales personas, a fin de garantizar el respeto a sus derechos, entre ellos, el derecho a una vida digna.

Lo anterior en congruencia con el texto vigente del artículo 1° constitucional, sobre la interpretación conforme de las normas relativas a derechos humanos, así como la interpretación que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el asunto Varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla), estableciendo que todas las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezca a la persona, sin que estén por ello facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desapplicarlas en los casos concretos, por lo que, dentro del ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, situación que en el caso descrito no sucedió, lo que llevó a la Prodecon a emitir la recomendación consistente en la adopción de la medida correctiva consistente en que la autoridad realizara una ponderación de los derechos fundamentales de la contribuyente, con el fin de generar el mayor beneficio y evitar una afectación en sus recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente dadas sus características, y condonara las multas que le fueron impuestas, cumpliendo además con lo ordenado por el artículo 1° constitucional, promoviendo, respetando, protegiendo y garantizando los derechos humanos de la contribuyente de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En la Recomendación 05/2012, se analizó el caso de un contribuyente cuyas cuentas bancarias fueron aseguradas precautoriamente por la autoridad fiscal, por lo que solicitó a ésta el levantamiento de tal aseguramiento y acudió a esta Procuraduría manifestando desconocer el motivo del proceder de la autoridad, cuya actuación le generó daños económicos. Posteriormente, la contribuyente presentó escrito ante esta Procuraduría en el que informó la liberación de sus cuentas bancarias, pero amplió los actos motivo de su

queja al manifestar que con el embargo practicado por la autoridad, se le causaron daños y perjuicios.

Al rendir su informe la autoridad señalada como responsable manifestó que ordenó la inmovilización de las cuentas bancarias de la contribuyente porque ésta se opuso al ejercicio de sus facultades de comprobación, sin acreditar tal circunstancia, pues incluso la contribuyente había presentado aviso de cambio de domicilio fiscal con antelación al ejercicio de dichas facultades. Posteriormente la propia autoridad manifestó que ya había girado oficio a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, solicitando el levantamiento del aseguramiento precautorio de las cuentas bancarias del contribuyente, al comprobar que su domicilio fiscal sí se encuentra dentro de su circunscripción territorial.

Sin embargo, el contribuyente manifestó ante esta Procuraduría que al no haber tenido acceso a sus cuentas bancarias en determinadas fechas mientras estuvo vigente el aseguramiento de las mismas, no pudo pagar oportunamente algunas contribuciones, por lo que tendría que cubrir recargos, actualizaciones y multas, así como intereses moratorios por un crédito bancario que no cubrió en tiempo, aunado a que el propio banco le informó que como consecuencia del bloqueo de sus cuentas, las chequeras que había solicitado fueron destruidas, lo que también generó retraso en el pago a sus proveedores y empleados, viéndose obligado a recurrir a financiamientos externos que le generaron costos adicionales.

En respuesta a lo anterior la autoridad manifestó que al no haber sido posible notificar a la contribuyente la orden de visita domiciliaria en el domicilio fiscal que tenía registrado en su base de datos, se consideró que impidió el inicio de las facultades de comprobación de la autoridad fiscal y por ello, se decretó el aseguramiento precautorio de sus cuentas bancarias, pero que como posteriormente la contribuyente solicitó el levantamiento de ese aseguramiento y manifestó que realizó cambio de domicilio fiscal, exhibiendo aviso de actualización o modificación de su situación fiscal, se ordenó el levantamiento del aseguramiento precautorio de las cuentas bancarias, por lo que no ocasionó al contribuyente daño o perjuicio alguno.

Empero, al analizar los documentos exhibidos tanto por la contribuyente

como por la autoridad, este *Ombudsman* observó que la autoridad señalada como responsable carecía de facultades para emitir tanto la orden de visita domiciliaria dirigida a la contribuyente quejosa, como la orden de aseguramiento de cuentas bancarias, y que si bien es cierto que restituyó los derechos de la contribuyente, ordenando liberar sus cuentas bancarias, durante cierto periodo de tiempo tales cuentas sí estuvieron aseguradas, una de las cuales era indispensable para que la contribuyente cumpliera con sus obligaciones patronales y contractuales, por lo que la ilegal actuación de la autoridad le ocasionó daños y perjuicios, actualizando con ello la hipótesis prevista en el segundo párrafo del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, que establece que en la recomendación que dicho organismo emita, se propondrán las medidas correctivas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos, y si procede, la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado.

En ese orden de ideas, tomando en cuenta lo que establece el artículo 1° constitucional acerca de la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como que la violación a éstos obliga a la autoridad responsable a la reparación del daño causado, en términos de preceptos constitucionales (artículo 113), y legales (Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y Ley del Servicio de Administración Tributaria, así como de otros instrumentos internacionales, como el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que faculta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a ordenar que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, así como a que, si fuese procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, se concluyó que el Estado tiene la obligación de cumplir con la reparación del daño y perjuicio ocasionado a los contribuyentes por violaciones a sus derechos fundamentales cometidos por parte de servidores públicos, esto aunado a que la Ley Orgánica de esta Procuraduría no solamente la faculta sino que le

ordena que en las recomendaciones se consigne la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado cuando estos procedan.

Por tanto, se concluyó recomendar a la autoridad responsable emitir las medidas correctivas consistentes en reparar los daños y perjuicios causados a la contribuyente, así como que se abstuviera de practicar aseguramientos precautorios de cuentas bancarias a los contribuyentes, sin cerciorarse previamente, con todo cuidado, que se encuentran localizables, especialmente cuando haya sido debidamente presentado el Aviso de Actualización del Domicilio Fiscal, además de que cumpliera con lo ordenado por el artículo 1º constitucional promoviendo, respetando, protegiendo y garantizando los derechos humanos del contribuyente de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, buscando la protección más amplia del gobernado.

Por otra parte, en la Recomendación 32/2012, derivada de una queja presentada por un contribuyente al que la autoridad fiscal le rechazó, tanto en la última acta parcial como en el acta final, las deducciones que realizó para efectos de impuesto sobre la renta e impuesto empresarial a tasa única y, por consecuencia, el acreditamiento del impuesto al valor agregado, motivando esa determinación en supuestos no establecidos en Ley, y sin que se valoraran debidamente los escritos y pruebas presentadas por el contribuyente para desvirtuar los hechos determinados en la última acta parcial; esta Procuraduría consideró que la actuación de la autoridad fiscal transgredió en perjuicio de la quejosa sus derechos fundamentales de legalidad, seguridad y certeza jurídicas tutelados por los artículos 1º, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues la autoridad rechazó deducciones a la contribuyente, exigiéndole mayores requisitos a los establecidos en el Código Fiscal de la Federación para los comprobantes fiscales que aquélla exhibió.

Al rendir su informe la autoridad manifestó que rechazó las deducciones efectuadas por la contribuyente porque del análisis a los comprobantes fiscales exhibidos y de la verificación que realizó, conoció que el proveedor que los expidió tenía un estatus de “No Localizado”, por lo que consideró que los gastos declarados por la quejosa no fueron realizados, además de que

ésta tiene registrada la actividad preponderante de «montaje e instalación de estructuras metálicas», pero que en las facturas que obran en su poder está impresa la actividad de “consultoría”, por lo que no existe coincidencia, como tampoco entre el concepto facturado como «mano de obra por cosecha, capacitación y localización de fruta», por el cual la contribuyente no presentó la declaración de impuestos desde la fecha de inicio de operaciones y no tiene registrada ninguna obligación fiscal.

Agregó la autoridad que las facturas del proveedor carecen de requisitos fiscales para su deducción, toda vez que no cumplieron con el requisito de describir el servicio de conformidad con el artículo 29-A, primer párrafo, fracción V, del Código Fiscal de la Federación vigente en el ejercicio revisado, además de que no tiene registrada la obligación del impuesto sobre la renta como retenedor de los ingresos por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado, se encuentra sin obligaciones fiscales y no retuvo ni enteró cantidad alguna por tal concepto.

Con relación a lo anterior, esta Procuraduría analizó las constancias exhibidas por la quejosa y por la autoridad responsable y encontró que por no haber localizado al proveedor que expidió las facturas exhibidas por la quejosa, la autoridad determinó que no se realizaron los servicios consignados en las mismas, y rechazó las deducciones tanto para impuesto sobre la renta como para impuesto empresarial a tasa única y, como consecuencia, consideró indebido el impuesto al valor agregado acreditable, lo que resulta de manera sustancial violatorio de los derechos fundamentales del contribuyente, ya que el solo hecho de que un tercero (proveedor) se encontrara o no localizable en su domicilio fiscal y estuviere o no al corriente de sus obligaciones fiscales, no puede entrañar en la esfera jurídica de la hoy quejosa la consecuencia de que la autoridad fiscal rechace las deducciones que efectuó, sobre todo cuando la propia contribuyente acreditó dar cumplimiento a los requisitos legales para tales deducciones y porque no existe disposición jurídica alguna que así lo establezca, lo que cobra relevancia en un Estado de derecho basado en el principio fundamental de que «las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite» y el artículo 5° del Código Fiscal de la Federación mandata la aplicación estricta de cualquier norma que establezca cargas a los particulares.

Asimismo, este *Ombudsman* de los contribuyentes observó de las documentales que obran en el expediente, que el tercero que expidió los comprobantes fiscales exhibidos por la quejosa, sí estaba dado de alta en el Registro Federal de Contribuyentes, así como que su domicilio fiscal fue verificado por la autoridad, pues tenía autorización para imprimir comprobantes fiscales, hecho que no fue negado ni refutado por la autoridad, aunado a que el domicilio impreso en las facturas que fueron expedidas a favor de la contribuyente y que fueron exhibidas por la autoridad al rendir su informe, concuerda fielmente con el domicilio del cual la propia autoridad solicitó la verificación, y que coincide también con el que se encuentra registrado en el Sistema Informático de la autoridad, consistente en Reporte General de Consulta de Información de Contribuyente.

Lo anterior llevó a esta Procuraduría a concluir que se vulneraron los derechos fundamentales de legalidad, certeza y seguridad jurídicas del contribuyente quejoso, al emitir la autoridad actos sin el suficiente sustento legal, indebidamente fundados y motivados, imponiendo una carga adicional al contribuyente al exigirle mayores requisitos a los que marca la Ley y generando consecuencias por supuestos incumplimientos de un tercero, respecto del cual el contribuyente no tiene la obligación de verificar si ha cumplido sus obligaciones fiscales o si está localizable para la autoridad, toda vez que los artículos 29 y 29-A del Código Fiscal de la Federación, solamente establecen requisitos formales para los comprobantes fiscales, los cuales no tienen relación con la localización del proveedor, sobre todo si se toma en cuenta que las operaciones analizadas se realizaron en 2008, y la “no localización” que atribuye la autoridad fue en 2011.

De igual forma, se consideró que la autoridad vulneró los derechos fundamentales del contribuyente, en virtud de que no hizo una adecuada valoración de las pruebas que le exhibió, ya que no sustentó legalmente los motivos del rechazo de las deducciones y no valoró correctamente los argumentos del contribuyente al no establecer un razonamiento lógico jurídico a través del cual se haya hecho constar la valoración individual y conjunta de los medios de convicción y a su vez tampoco estableció por qué los alcances probatorios de los mismos no fueron suficientes para acreditar los hechos.

En ese sentido, esta Procuraduría de la Defensa del Contribuyente estimó necesario que las autoridades fiscales observen y den plena vigencia con sus actuaciones a lo dispuesto en el nuevo texto del artículo 1° constitucional que entró en vigor el 11 de junio de 2011, y que el Máximo Tribunal ha interpretado para el efecto de que todas las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben procurar, al aplicar las normas legales, la protección más amplia de los derechos fundamentales de los gobernados.

En tal virtud, esta Procuraduría recomendó a la autoridad responsable adoptar de inmediato las medidas correctivas consistentes en no desestimar los comprobantes que la quejosa utilizó para la deducción de los servicios contratados al haber quedado acreditado que los mismos cumplen con los requisitos de los artículos 29, 29-A, del Código Fiscal de la Federación y artículo 31 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, así como que cumpla con lo ordenado por el artículo 1° constitucional, promoviendo, respetando, protegiendo y garantizando los derechos humanos de la contribuyente quejosa, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, buscando la protección más amplia de la gobernada.

Otra muestra de la tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes que ejerce la Prodecon es la recomendación número 02/2013 sobre mejores prácticas administrativas, dirigida al Servicio de Administración Tributaria y aceptada por éste órgano, en la cual se propone que las autoridades transparenten e informen con oportunidad los criterios jurídicos interpretativos de las normas fiscales, facilitando a los contribuyentes el exacto cumplimiento de sus obligaciones tributarias, principalmente en casos de complejidad evidente, así como que en situaciones iguales de hecho adopten los mismos criterios jurídicos o de interpretación normativa.

Esta recomendación propugna por el reconocimiento del derecho a las buenas prácticas o a la buena administración, el cual ha sido reconocido en ordenamientos jurídicos de otros países, como la Constitución Italiana que en el año de 1947 estableció en su artículo 97 el compromiso del buen funcionamiento de la Administración; la Constitución Española de 1978

que establece la exigencia para que la Administración actúe de forma eficaz, coordinada e imparcial entre otros mandatos.

Incluso, este derecho ya se encuentra reconocido en el artículo 41 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, cuya tutela debe estar a cargo, entre otros, de los Defensores de Derechos Humanos, quienes tienen como uno de sus propósitos el fomentar y recomendar la adopción de mejores prácticas por parte de las autoridades. Por ejemplo, el artículo 43 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece, al referirse al “Defensor del Pueblo”, que ante él se podrán reclamar los «*casos de mala administración de las instituciones, órganos y organismos*».

El análisis que la Prodecon hizo sobre las buenas prácticas obedece a que la Administración pública está obligada a conducirse de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, coordinación, así como con objetividad a los intereses generales y como garante de los derechos de los contribuyentes, este Ombudsman tiene la obligación de detectar, observar, recomendar y fomentar la adopción de las mejores prácticas por parte de las autoridades fiscales, a fin de cumplir de manera eficaz con su función esencial consistente en garantizar a los pagadores de impuestos un verdadero acceso a la justicia fiscal en el orden federal denunciado prácticas que no son las mejores y que en muchos casos resultan las más onerosas, no sólo para el contribuyente, sino para todos los involucrados en la relación jurídico-tributaria.

En tal sentido, se consideró que es fundamental que la autoridad hacendaria establezca estándares que permitan no sólo fomentar la certeza jurídica, sino hacer predecible la aplicación de la ley mediante estrategias que incidan en la reducción de la discrecionalidad, incrementen la calidad del sistema impositivo y elevan la confianza de los pagadores de impuestos.

Lo anterior permite afirmar que si por tutela entendemos protección, la Prodecon efectivamente ejerce una tutela no jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes, toda vez que vigila a las autoridades, asesora a los pagadores de impuestos y emite recomendaciones fundadas y motivadas sobre casos concretos.

Las recomendaciones no son coercitivas para las autoridades a las que

van dirigidas; no pueden anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiesen presentado las quejas o reclamaciones, pero sí señalan en forma puntual las medidas correctivas concretas que debe adoptar la autoridad infractora para restituir en sus derechos fundamentales al gobernado o gobernados afectados. Es decir, será la propia autoridad involucrada la que debe corregir, depurar, modificar o cancelar el acto o actos materia de la recomendación, por respeto a los principios más fundamentales del Estado de Derecho y en atención a la recomendación de la Procuraduría.

Si bien es cierto que las recomendaciones carecen de mecanismos para hacerlas exigibles, también lo es que no por ello se pueden considerar un simple exhorto, petición o ruego a la autoridad a la que se atribuye el acto materia de la queja, ya que su eficacia se apoya en el respeto y señalamiento público de un acto que transgrede los derechos de los gobernados.

Las recomendaciones del *Ombudsman* fiscal mexicano constituyen uno de los más importantes instrumentos en la tutela de los derechos fundamentales, pues se trata de documentos que ponen en evidencia a las autoridades fiscales cuando han incurrido en vulneración de tales derechos.

La publicidad es el elemento clave de las recomendaciones. La Prodecon tiene la obligación de difundir y poner al alcance de cualquier interesado las recomendaciones que emite y que derivan de sus procedimientos de investigación y análisis. Dicha publicidad persigue el objetivo de obtener el concurso y consenso de la sociedad y la opinión pública, como forma de presión para que las autoridades destinatarias lleguen a aceptar los postulados propuestos en las recomendaciones, las acaten y con ello mejoren su actuación y prácticas administrativas en beneficio de los contribuyentes y sus derechos.

Así, la Prodecon es un organismo de tutela no-jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes, con facultades más amplias que las de los tribunales para calificar la naturaleza de las violaciones a tales derechos, ya que mientras los tribunales tienen que tomar en cuenta esencialmente el principio de legalidad y, en su caso, el de constitucionalidad, el *Ombudsman* de los pagadores de impuestos puede conocer de actos y prácticas de las

autoridades fiscales federales que no sólo sean ilegales, sino también irrazonables, injustas, inadecuadas o erróneas, con lo que su facultad y eficacia es más amplia.

La figura del *Ombudsman* de los pagadores de impuestos respeta plenamente la división de poderes y la independencia de los juzgadores, pues su función es ser un interlocutor especializado en materia fiscal que busca proteger la dignidad de aquéllos, al ser un intermediario entre ellos y la autoridad fiscal.

Esto de ninguna forma quiere decir que el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos de los pagadores de impuestos sea antagónico a la tutela no jurisdiccional que lleva a cabo la Prodecon, sino que, con sus características de defensor de derechos, es complemento de los órganos jurisdiccionales en su tarea de administración de justicia, y protección y reparación de los derechos de los contribuyentes.

BIBLIOGRAFÍA

- CARPIZO MCGREGOR, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*. México, Editorial Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- CISNEROS FARÍAS, Germán, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coordinadores), *Control de la administración pública. segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, Luis, *Derechos de los Contribuyentes*, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, UNAM, 2000.
- ISLAS COLÍN, Alfredo e ISLAS COLÍN, Marco Antonio, *El ombudsman: Control no jurisdiccional y protección de derechos humanos*. México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- MARTÍNEZ BULLE GOYRI, Víctor Manuel, *Derechos Humanos y Estado Liberal, en Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 1, 2006.

- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Los Procedimientos Administrativos Materialmente Jurisdiccionales como Medios de Control en la Administración Pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 28.
- PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Números IV, V, VI y VIII, 2011 y 2012.
- RÍOS ESTAVILLO, Juan José y BERNAL ARELLANO, Jhenny Judith, *Hechos violatorios de Derechos Humanos en México*, México, Editorial Porrúa-Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sinaloa, 2010.
- VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia, *Derecho Fiscal*, México, Oxford, 2011.

SILVIO PIETRO CERRI^(*)

APPORTI TRA CONVIVENTI E OBBLIGAZIONI NATURALI NEL DIRITTO ITALIANO

ABSTRACT: The aim of the article is the analysis of the protection of common law marriage in the Italian legal system, where a specific regulation provided by laws does not exist. In particular, the author analyses the patrimonial means related to the freedom of contract, in order to guarantee economic stability to the subjects of the common law marriage, after its termination. In this context, the essay systematically organizes the aforesaid means within the Italian legal system.

SOMMARIO: 1. Unioni di fatto e contratto di convivenza. — 2. Contenuto del contratto. — 3. Rapporti patrimoniali e tutela del componente debole. — 4. Apporti in regime di convivenza e obbligazioni naturali. — 5. Liberalità tra conviventi. — 6. Convivenze e regimi di comunione. — 7. Attribuzioni con efficacia *post mortem* e previsioni *post conviventiam*.

1. — *Unioni di fatto e contratto di convivenza.*

Pur essendo ancora prive nell'ordinamento italiano di un *corpus* normativo organico positivo, le unioni di fatto⁽¹⁾ trovano implicito riconoscimento

^(*) Università per Stranieri di Perugia.

⁽¹⁾ Sull'argomento la letteratura è pressoché sterminata: v., per tutti, A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 398 ss.; AA.VV., *La famiglia di fatto* (Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976), Montereleggio, 1977; C. GRASSETTI, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, p. 639 ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983; F.D. BUSNELLI e F. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?* (Atti del convegno di Roma, Tor Vergata, 3 dicembre 1987), Napoli, 1988, p. 1 ss.; V. ROPPO, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Digesto civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 188 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991; V. FRANCESCHELLI, *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Torino, 1998, p. 365 ss.; V. ROPPO e A.M. BENEDETTI, *Famiglia di fatto - Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XIV,

giuridico nella Costituzione (cfr. art. 2 Cost.), in base a cui è certamente possibile parlare di formazione sociale meritevole di tutela all'interno della quale i soggetti svolgono la propria personalità ⁽²⁾.

Roma, 1999, p. 1 ss.; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Tratt. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, a cura di T. Auletta, t. I, Torino, 1999, p. 499 ss.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 194 ss.; M. MONTEVERDE, *La convivenza more uxorio*, in *Il diritto di famiglia. Tratt. Bonilini-Cattaneo*, I, *Famiglia e matrimonio*, 2^a ed., Torino, 2007, p. 928 ss.; A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1300 ss., il quale, esaminando i rapporti tra convivenza *more uxorio* e famiglia legittima (p. 1303) sottolinea in proposito che «La storia del matrimonio è segnata dalla interrelazione fondamentale con il concetto di famiglia, che, nonostante l'evolversi delle sue dimensioni, oggi a piccolo nucleo, ne è la proiezione naturale sino ad individuarne secondo le Costituzioni contemporanee la stessa sussistenza (vedi, ad es., art. 29 Cost. it.). Non vi è famiglia senza matrimonio. / Deriva che le unioni tra uomo e donna senza matrimonio sono convivenze e non famiglia e la loro rilevanza giuridica può derivare da accordi contrattuali che ne regolano soltanto il rapporto a tempo determinato». Sul punto anche A. DE CUPIS, *Crisi della famiglia legittima e supplenza della famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 606 ss., il quale, in particolare, esclude *in toto* (p. 611) una suppletività della situazione di fatto a quella legittima.

In ordine alla evoluzione lessicale affrontata dalla letteratura giuridica al fine d'indicare la famiglia non fondata sul matrimonio cfr., per tutti, M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., p. 188 ss.; quanto ai possibili contenuti del lemma «convivenza» v. M. PROTO, *Sulle attribuzioni patrimoniali nella convivenza extraconiugale*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 343 ss.

⁽²⁾ Così P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 3 ss.; A. BARBERA, *Sub art. 2. Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 80 ss.; M. BESSONE, *Sub art. 29 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 86 ss.; G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 930 ss.; F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 143 ss.; G. MERCOLINO, *I rapporti patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Dir. fam.*, 2004, p. 919 ss.; M. DOGLIOTTI, *Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto. Spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 345 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 9 ss.; E. ROSSI, *La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia*, in S. PANIZZA e R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Pisa, 2002, p. 105 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 4^a ed., Milano, 2005, p. 25; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 5^a ed., Torino, 2010, p. 31 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 10, Torino, 2009, p. 259 s.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, p. 622.

Per la giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1960; Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1782 e, più di recente, Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1411, che sottolinea come sia la libertà di contrarre matrimonio che la scelta di volgere ad una

Proprio l'assenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di un impianto normativo volto a disciplinare, in generale, la convivenza *more uxorio*⁽³⁾, ha

unione di tipo stabile debbano considerarsi collegate allo sviluppo della persona umana; i dettami della Consulta sono stati recepiti dalla giurisprudenza ordinaria: v., di recente, Trib. Bologna, 14 aprile 2010, in *Resp. civ.*, 2010, p. 772, con nota di M. CROCCITTO, *Il risarcimento del danno da uccisione in favore del convivente more uxorio*.

(3) Pur mancando una legge organica sulle convivenze (sulle varie tipologie v. A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, cit., p. 1300 ss.), il legislatore nazionale ha disciplinato con sempre crescente intensità, e al di là della filiazione (in ordine alla quale vi è stata eliminazione di ogni residua discriminazione tra i figli legittimi e naturali, nel rispetto dell'art. 30 Cost., grazie alla l. 10 dicembre 2012, n. 219), alcuni profili, tra cui possono richiamarsi: a) l'art. 199 c.p.p., riguardo alla facoltà di astenersi dal deporre concessa al convivente dell'imputato; b) gli artt. 342 *bis* e 343 *ter* c.c., introdotti *ex lege* 4 aprile 2001, n. 154, sulla estensione, al convivente, degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; c) l'art. 6 della l. 4 maggio 1983, n. 184, così come sostituito *ex lege* 28 marzo 2001, n. 149, riguardo agli effetti della convivenza precedente al matrimonio, sulla stabilità del vincolo ai fini dell'adozione; d) l'art. 408 c.c., così come novellato *ex lege* 9 gennaio 1994, n. 6, riguardo alla scelta dell'amministratore di sostegno, la quale può cadere anche sulla persona stabilmente convivente; e) l'art. 129 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, con riferimento ai soggetti che non possono essere considerati terzi, e che non hanno diritto ai benefici derivanti dall'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, nei limiti dei danni alle cose. Cfr. inoltre, in proposito, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 622, il quale sottolinea come sia ormai percepibile che «la convivenza crei effetti protettivi, in base al principio di solidarietà», e i riferimenti normativi in proposito sono rinvenibili, tra l'altro, nelle ipotesi di: a) successione nel contratto di locazione per uso abitativo: la sentenza della Corte costituzionale n. 404 del 7 aprile 1988 ha, infatti, dichiarato illegittimo l'art. 6 della l. 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione per il convivente *more uxorio* superstite; b) subentro nell'assegnazione dell'alloggio di edilizia economica e popolare: la Corte costituzionale, con sentenza n. 559 del 20 dicembre 1989 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, 1° e 2° comma, della legge della Regione Piemonte 10 dicembre 1984, n. 64, nella parte in cui non era prevista la cessazione della stabile convivenza come causa di successione nell'assegnazione, ovvero in termini di presupposto della voltura della convenzione a favore del convivente affidatario della prole; c) risarcimento del danno per la perdita del convivente derivante da fatto illecito altrui: la Consulta, con sentenza n. 372 del 27 luglio 1994, ha stabilito che «la tutela risarcitoria deve fondarsi su una relazione di interesse del terzo col bene protetto dalla norma incriminatrice, argomentabile, in via di inferenza empirica, in base a uno stretto rapporto familiare (o parafamiliare, come la convivenza *more uxorio*)» (sul punto anche Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1366); d) liquidazione della pensione di guerra per la donna, nel caso di nascita di un figlio e di convivenza *more uxorio* (cfr. art. 37, d.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915, così come modificato dall'art. 38 della l. 23 dicembre 1998, n. 448).

portato parte della dottrina a dare maggiore considerazione all'autonomia contrattuale delle parti coinvolte⁽⁴⁾, le quali potranno contare su una tutela reciproca, per lo più, in ordine a profili di tipo patrimoniale: tale sembra costituire, attualmente, la via maggiormente percorribile, anche in considerazione del fatto che un contratto tra conviventi, per aspetti che – verosimilmente – incidano «su profili personalissimi dell'esistenza», difficilmente sarà sottoponibile a sindacato esterno, e ciò anche ove riveli caratteri di evidente sproporzione tra le prestazioni.

Si tratta in ogni caso di un tema che, storicamente, è rimasto per molto tempo privo di reale attenzione da parte del legislatore: non a caso, la stessa giurisprudenza si è tenuta lontana dal pronunciarsi in argomento sino a poco tempo fa⁽⁵⁾, essendo l'impianto sociale, relativo al nostro ordinamento,

⁽⁴⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, cit., p. 1313, il quale sottolinea in proposito che: «In attesa che il nostro legislatore regoli le diverse tipologie di convivenza ed i relativi strumenti di tutela, è affidata alla negoziazione privata ogni possibile esigenza sottesa ai diversi casi di convivenza, sia per attuare l'interesse concreto del mantenimento e del diritto all'abitazione, sia per disciplinare la tutela di altri diritti fondamentali dei soggetti del rapporto»; sul punto anche G. FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX e Ant. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000, p. 316, la quale osserva in proposito che «In un contesto culturale e politico che vede la ferma opposizione cattolica a qualsiasi disciplina della famiglia di fatto [...] la via che ad alcuni appare meno irta di ostacoli è proprio quella della valorizzazione degli accordi»; v. ancora ID., *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 596, la quale inoltre rinviene, nel contratto, la «via maestra per regolare i rapporti di natura patrimoniale tra i conviventi durante lo svolgimento della vita comune ed in seguito al suo venir meno»; V. ZAMBRANO, *La famiglia di fatto. Epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Milano, 2005, p. 63.

Lo strumento contrattuale è certamente da tenere in considerazione, tuttavia, come correttamente osservano anche altri studiosi, deve rilevarsi «l'opportunità di giungere a un organico progetto di tutela normativa delle unioni non formalizzate»: in questi termini M. COLELLA, *Rapporti patrimoniali tra conviventi e uso dello strumento contrattuale* (nota a Trib. Bologna, 16 febbraio 2011), in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 756; ma v. anche F. DE SCRILLI, *I patti di convivenza*, in *Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2002, p. 850 ss.; sottolinea, infine, D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, p. 434, che «l'accordo, nato in base al potere riconosciuto ai privati dall'art. 1322 c.c., non ha certo la capacità di surrogarsi ad un riconoscimento che l'ordinamento giuridico non ha operato».

⁽⁵⁾ Cfr. Cass. 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, p. 947, con nota V. CARBONE, *Casa in comodato vita natural durante per una breve convivenza more uxorio*; nonché in *Vita notariale*, 1994, p. 225. Nella fattispecie, il ricorrente, il quale aveva convissuto con la convenuta,

ancora lontano da una concreta evoluzione in seno alla opinione pubblica, solo recentemente “scossa” dalla normativa dei Paesi dell’Unione. Sia a livello nazionale che sovranazionale, inoltre, si rinviene da tempo il proliferare del fenomeno della “contrattualizzazione” del diritto di famiglia, sia a livello di legittima che di fatto, e lo strumento negoziale si profila in termini d’istituto idoneo alla garanzia del soggetto debole, cioè a dire, nella maggior parte dei casi, il minore ovvero uno dei coniugi⁽⁶⁾.

concedendole in comodato vita natural durante un appartamento, di questo pretendeva il rilascio, sostenendo come il patto dovesse considerarsi: *a)* illecito per contrarietà all’ordine pubblico e al buon costume in quanto basato su convivenza *more uxorio*; *b)* penalizzante nell’ipotesi di cessazione della convivenza. La S.C. tuttavia – richiamando le sentenze costituzionali nn. 404 del 7 aprile 1988 e 559 del 20 dicembre 1989, nonché la propria sentenza n. 4489 del 29 novembre 1976 – conferma la decisione dei giudici di appello, i quali la quale non dichiaravano la risoluzione del contratto oggetto della controversia, e sottolinea in proposito che «La convivenza tra uomo e donna in stato libero non costituisce causa di illiceità e quindi di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali dall’uno a favore dell’altra o viceversa solo perché il contratto sia collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non è illecita non potendo considerarsi di per sé contraria né a norme imperative, non esistendo norme di tale natura che la vietino, né all’ordine pubblico, che comprende i principi fondamentali informativi dell’ordinamento, né a buon costume inteso – naturalmente a norma delle disposizioni del codice civile (v. artt. 1343 e 1354 di tale codice) – come il complesso dei principi etici costituenti la morale sociale in un determinato tempo e in un determinato luogo.»

⁽⁶⁾ Cfr. sul punto M. COLELLA, *op. cit.*, p. 756, la quale ricorda come gli accordi negoziali fossero sino a qualche tempo fa tradizionalmente considerati estranei all’ambito familiare, dal momento che la famiglia perseguiva un interesse “superiore” a quello dei singoli componenti, e dovendo il profilo strettamente patrimoniale rimanere subordinato a quello personale; ma v. anche V. ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 63 s., nonché G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. e impr./Europa*, 2004, p. 17 ss. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 150 ss.; F. D’ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 2001, p. 86; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi «more uxorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 737; G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 183, secondo il quale «Lo stesso mutare della coscienza sociale e del costume hanno contribuito a rendere socialmente accettati situazioni e rapporti in passato considerati “devianti”. Si tratta, d’altra parte, di una fase storica segnata da una nuova considerazione dello stesso matrimonio, che pone l’accento più sul profilo del “matrimonio rapporto” che non su quello del “matrimonio atto”. Il tramonto di una concezione “istituzionale” della famiglia e l’approdo ad una sua ridefinizione in termini di “formazione sociale” apre la strada al riconoscimento di quelle altre formazioni sociali, ed in primo luogo perciò della

Nelle convivenze la via negoziale, in veste di regola del caso concreto⁽⁷⁾ si rinviene, nella normalità dei casi, in termini di c.d. contratto di convivenza⁽⁸⁾.

famiglia di fatto, che ne condividono la funzione di luogo in cui si realizza la solidarietà di coppia e si attua la funzione educativa. Trasformazione della famiglia legittima e riconoscimento della famiglia di fatto sembrano così andare di pari passo»; ID., *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 598, il quale osserva che «Un accordo, quando vi sia, costituisce certo lo strumento a disposizione dei privati per dare ai propri interessi un assetto coerente con il proprio personale progetto di vita».

Come ricorda G. FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, cit., p. 316 (ma v. in proposito anche D. RICCIO, *op. cit.*, p. 430 ss.), mentre l'uso dello strumento negoziale è da tempo propugnato dalla dottrina, la giurisprudenza si è avvicinata a tale prospettiva solo recentemente, ammettendo finanche una prassi la quale «registra un certo ricorso allo strumento convenzionale e si incarica di fissare in schemi tipo le clausole più frequenti e più opportune». Per la giurisprudenza cfr. Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Vita notarile*, 1994, p. 225; nonché in *Corr. giur.*, 1993, p. 947, con nota di V. CARBONE, *Casa in comodato vita natural durante per una breve convivenza more uxorio*; secondo Trib. min. Reggio Calabria, 17 ottobre 1994, in *Dir. fam.*, 1995, p. 611, con nota F. GIGLIOTTI, *Rottura della convivenza more uxorio e affidamento del figlio naturale: rilevanza dell'accordo parentale sulle condizioni della «separazione»*, «Allorché i “partners” di una famiglia di fatto cessino dal convivere e, nell'interesse della prole da essi concepita e generata, raggiungano un accordo extragiudiziale sull'affidamento della prole stessa, sui rapporti parentali con essa (ivi compreso il cd. diritto di visita e permanenza del genitore non affidatario), nonché sul contributo economico di entrambi al mantenimento, all'allevamento ed all'educazione dei minori, è ammissibile e legittimo l'intervento, a richiesta dei genitori, del Tribunale per i minorenni che, constatata la conformità dell'accordo agli interessi della prole, ne omologhi il contenuto»; App. Milano, 4 dicembre 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 247, secondo cui «Nel momento in cui cessa la convivenza “more uxorio”, sussiste l'interesse dei genitori naturali a ottenere un provvedimento giudiziale che regoli l'affidamento della prole e i rapporti con l'altro genitore attraverso la conferma degli accordi raggiunti in modo che il loro comportamento venga fissato in modo autoritativo anche al fine di prevenire future conflittualità»; ma v. anche Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 529, con nota M. DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza more uxorio e presupposizione*, discutibilmente sottolinea, infine, Trib. Savona, 29 giugno 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 596, con nota critica di G. FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, come eventuali pretese tra conviventi possano fondarsi sulla base di un'applicazione analogica dell'art. 143 c.c. al contratto di convivenza.

⁽⁷⁾ Come sottolineato da M. COLELLA, *op. cit.*, p. 757, la locuzione «regola del caso concreto» deve intendersi quale serie di regole che i conviventi si impongono reciprocamente, tuttavia con validità per il singolo caso e senza potersi imporre a livello generale.

⁽⁸⁾ V. in proposito A. MASCIA, *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Matelica, 2006, p. 269, nonché, in precedenza, F. TAVANO, *La famiglia di fatto*, Milano, 2005, p. 97.

Con il contratto di convivenza – è bene sottolinearlo – non s’instaura tra le parti un «obbligo reciproco a convivere», bensì viene data forma ad accordi aventi contenuto di tipo patrimoniale, volti principalmente a conferire certezza sia ai rapporti economici tra i componenti dell’unione, sia a regolare l’ipotesi in cui la convivenza abbia termine⁽⁹⁾.

Quanto ai profili di liceità e meritevolezza del c.d. contratto di convivenza, è opportuno rilevare quanto segue.

Per ciò che concerne il primo aspetto, ad oggi può considerarsi estinta la tradizionale identificazione tra convivenza al di fuori della famiglia legittima e *negotium contra bonos mores*, di talché non vi sono dubbi sulla liceità dell’impianto causale di un negozio volto ad una libera unione stabile tra due soggetti⁽¹⁰⁾; per la liceità dell’oggetto contrattuale deve inoltre richiamarsi quanto disposto dall’art. 1418 c.c., il quale dispone la nullità del contratto solo in caso di contrarietà a norme imperative, e salvo che la legge disponga diversamente. Sotto il profilo della conformità a buon costume ed ordine pubblico, gli accordi di convivenza non contrastano con il primo nell’ipotesi in cui l’intento dei conviventi sia quello di garantirsi, anche a mezzo della fissazione di basi economiche per una comunità familiare, un futuro insieme; con riferimento ai principi di ordine pubblico, d’altra parte, questi ultimi possono considerarsi violati nell’ipotesi in cui i conviventi intendano disciplinare contrattualmente non solo l’ambito patrimoniale della comunione di vita, bensì anche profili di tipo personale insuscettibili di costituire prestazi-

⁽⁹⁾ Come sottolinea anche A. MASCIA, *op. cit.*, p. 270, si tratta in sostanza di «uno strumento che i conviventi possono azionare per gestire i propri rapporti, studiarli, concordarli, modificarli, ma soprattutto per realizzare quella cautela che non può che definirsi prodromica alla reale e concreta tutela, perché scelta e voluta da loro».

⁽¹⁰⁾ Sul punto V. ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 67, secondo la quale «l’abrogazione dell’art. 156, co. 1, c.c. – già in parte anticipata dalla Corte costituzionale – impedisce di configurare la convivenza *more uxorio* del coniuge come illecita, a condizione che egli si separi dalla propria famiglia legittima. Nulla sembra pertanto ostare a considerare altresì lecita la causa di un accordo che una tale convivenza intendesse regolare»; ma v. anche C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall’abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso* (nota a Cass., 21 marzo 2013, n. 7214), in *Fam. e dir.*, 2013, p. 657.

one ex art. 1174 c.c., ovvero nel caso in cui vi sia rinuncia alla recedibilità *ad nutum*⁽¹¹⁾.

Sotto il profilo della meritevolezza previsto dal 2° comma dell'art. 1322 c.c. per i contratti atipici, nonostante parte della dottrina adduca una presunzione della medesima in capo al contratto di convivenza, altra impostazione sostiene, più correttamente, come debba considerarsi al contrario necessaria, di volta in volta, una disamina della fattispecie concreta riguardo all'attuazione dei valori costituzionali del personalismo, del solidarismo e dell'associazionismo⁽¹²⁾.

2. — *Contenuto del contratto.*

In relazione al possibile contenuto del contratto di convivenza, come accennato, deve escludersi la possibilità di dedurre in contratto profili strettamente personali del rapporto, e ciò sia in termini di obbligazione che di condizione. Dovranno ammettersi, d'altra parte: *a)* dichiarazioni volte ad indicare l'effettivo inizio di convivenza nonché, al fine di evitare eventuali contenziosi sul punto, la fissazione della residenza comune⁽¹³⁾; *b)* dichiarazioni d'intenti con cui i conviventi prendano impegno a tenere determinati

⁽¹¹⁾ M. COLELLA, *op. cit.*, p. 758. Cfr. inoltre D. RICCIO, *op. cit.*, p. 451; v. anche F. DE SCRILLI, *op. cit.*, p. 859 s., la quale osserva in proposito come «le clausole che vincolino il partner alla fedeltà, alla convivenza, alla coabitazione o all'assistenza morale (...) sembra che mal si attaglino al contesto in cui sono calate, ossia una convivenza *more uxorio* in cui rileva (...) l'*affectio* sussistente tra i soggetti, senza peraltro dimenticare che tale tipo di comunità può essere interrotta (contrariamente a quel che accade per il matrimonio, stante il mancato automatismo connesso alla domanda di separazione) senza bisogno di addurre alcunché».

⁽¹²⁾ V. in proposito P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 489 ss.; F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 156 ss.; G. MACCARRONE, *Sulla regolamentazione delle relazioni di coppie extralegali*, in *Riv. notariato*, 1997, p. 745 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. sul punto V. ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 68; nonché D. RICCIO, *op. cit.*, p. 453, il quale sottolinea che «L'accorgimento appare consigliabile anche alla luce di quella giurisprudenza che attribuisce a queste risultanze un valore meramente presuntivo, consentendo all'interessato di superarle semplicemente mediante la produzione di un contratto in cui la controparte abbia dichiarato di risiedere in un altro luogo».

reciproci comportamenti⁽¹⁴⁾.

Quanto al tipico contenuto patrimoniale del contratto di convivenza, la maggior parte di tali accordi tende, nella prassi, alla esclusiva disciplina di particolari ambiti del regime patrimoniale della unione di fatto, tra cui: obblighi contributivi a mezzo di attività lavorativa casalinga o professionale; obblighi di corresponsione di determinate somme; regime di talune categorie di beni (tra cui la casa familiare); ambito successorio; ipotesi di scioglimento del contratto⁽¹⁵⁾.

È opportuna, quindi, una breve indagine di alcune fattispecie concrete.

Riguardo alle ipotesi contributive, nel contratto di convivenza può indicarsi il reciproco impegno di contribuzione al *ménage* familiare a mezzo della corresponsione di somme e/o beni, ovvero della prestazione di attività lavorativa⁽¹⁶⁾: tuttavia, dal momento che l'art. 160 c.c. è rivolto esclusivamente alla famiglia legittima, i meri conviventi potranno derogare al criterio contributivo di cui all'art. 143 c.c., relativo «alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo»⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ M. COLELLA, *op. cit.*, p. 759.

⁽¹⁵⁾ Osserva V. ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 69 che «sarebbero riprodotti in via pattizia, da parte dei conviventi, il c.d. regime primario della famiglia e il regime convenzionale, sia pur con gli adattamenti richiesti dalla diversità del rapporto».

⁽¹⁶⁾ Questione molto dibattuta è quella riguardante eventuali limiti temporali degli obblighi di contribuzione. È ragionevole subordinare gli effetti del vincolo obbligatorio alla durata della convivenza, e ciò, ad esempio, a mezzo di condizione risolutiva potestativa, al fine di evitare il protrarsi degli obblighi oltre la cessazione della unione di fatto: cfr. in proposito G. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, p. 115, il quale inoltre sottolinea, riguardo alla possibilità di fissare un limite temporale di durata minima del periodo di corresponsione del mantenimento o della contribuzione – e ciò a prescindere dalla durata del rapporto – come al fine di evitare contrasti col principio generale d'ordine pubblico che vieta l'assunzione di vincoli giuridici di durata eccessiva, la clausola debba considerarsi valida ove siano stabiliti limiti di tempo opportuni a fronte del caso concreto (p. 116 s.).

Non può ammettersi, infine, un regime analogo a quello previsto *ex art.* 230 *bis* c.c. in tema d'impresa familiare, ovvero all'istituto del fondo patrimoniale (sul punto D. RICCIO, *op. cit.*, p. 464), mancando il presupposto della sussistenza di una famiglia fondata sul matrimonio civilmente riconosciuto.

⁽¹⁷⁾ M. COLELLA, *op. cit.*, p. 759.

Sembra prospettabile anche la figura del mantenimento vitalizio, e ciò, ad esempio, nell'ipotesi in cui sia stabilita la corresponsione di somme da parte del convivente in condizioni economiche più avvantaggiate rispetto all'altro, in favore di quest'ultimo: a differenza di ciò che accade con la rendita vitalizia, tuttavia, di regola gli obblighi promananti dal mantenimento vitalizio consistono in prestazioni di fare, nonché prestazioni in natura di vitto, alloggio, vestiario ed assistenza medica⁽¹⁸⁾.

3. — *Rapporti patrimoniali e tutela del componente debole.*

E proprio nell'attuale e dibattuto tema dei rapporti patrimoniali nella c.d. convivenza *more uxorio*, tra le questioni maggiormente affrontate sia in ambito giurisprudenziale che dottrinario vi è quella concernente la tutela del convivente il quale, in costanza di convivenza, abbia prestato il proprio contributo patrimoniale nella gestione del *ménage* familiare e, nello specifico, attraverso elargizioni di somme per l'acquisto di beni per la stabile comunione di vita, ovvero a mezzo della prestazione lavorativa personale: infatti, in mancanza di dati formalmente precostituiti e, quindi, certi in ordine alla provenienza delle risorse, nell'ipotesi in cui la convivenza venga a cessazione si presenta il problema del recupero di quanto prestato.

È necessaria, quindi, una disamina riguardante il regime dei rapporti patrimoniali tra i componenti delle unioni di fatto, nonché l'ambito dei possibili strumenti giuridici volti a tutelare, in caso di squilibrio economico rilevante

⁽¹⁸⁾ Cfr. D. RICCIO, *op. cit.*, p. 457 s., il quale osserva in proposito come tra i possibili rapporti tra conviventi nella unione di fatto «il contratto di mantenimento vitalizio potrebbe però assumere un ulteriore connotato caratterizzante, idoneo ad allontanarlo definitivamente dalla rendita vitalizia. Nello schema negoziale potrebbe infatti mancare la cessione della proprietà di determinati beni dal vitaliziato al vitaliziante»; ma v. anche F. DE SCRILLI, *op. cit.*, p. 862, la quale ricorda come la prassi abbia anche «evidenziato, quale strumento atto a soddisfare le esigenze economiche in esame, il contratto di mantenimento vitalizio, con il quale un soggetto aliena all'altro un bene mobile o immobile (o gli cede un capitale) a fronte della controprestazione principale di essere mantenuto vita natural durante».

tra le parti, quella più debole⁽¹⁹⁾. Come già rilevato, infatti, alla stregua di quanto accade nel matrimonio, nell'ambito della convivenza *more uxorio* la sussistenza di una relazione affettiva stabile involve necessariamente anche rapporti di tipo patrimoniale tra le parti⁽²⁰⁾; tuttavia, mentre nel matrimonio gli apporti di tipo patrimoniale debbono considerarsi improntati agli obblighi di matrice coniugale⁽²¹⁾, nelle unioni di fatto sono privi di una giustificazione fondata sullo *status*, di talché, nella eventualità di una crisi della coppia, si pone il problema d'individuare adeguati strumenti di tutela⁽²²⁾.

La complessità delle questioni è testimoniata dalle difficoltà di qualificare giuridicamente gli apporti compiuti dai conviventi.

In proposito, la giurisprudenza ha dato conto delle attribuzioni gratuite di un convivente, in favore dell'altro, attraverso la più varia qualificazione nonché giustificazione delle stesse: dalla qualifica in termini di donazione remuneratoria, a quella in termini di obbligo morale e sociale (obbligazioni naturali) e, infine, di vero e proprio elemento costitutivo della unione di fatto⁽²³⁾ invece dell'adempimento di un obbligo preesistente.

⁽¹⁹⁾ Cfr. T. BONAMINI, *Sull'arricchimento senza causa tra conviventi more uxorio*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 361.

⁽²⁰⁾ In proposito L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, II, Bologna, 2008, p. 1047.

⁽²¹⁾ Cfr. A. FUSARO, *Gli apporti tra conviventi*, in F. BRUNETTA D'USSEAU e Ant. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, p. 321.

⁽²²⁾ V. G. FERRANDO, *Famiglia di fatto: gioielli e mobili antichi vanno restituiti alla fine della convivenza?*, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 284, il quale osserva in proposito che «La convivenza, non diversamente dal matrimonio determina inevitabilmente una commistione dei patrimoni dei partners, la messa a disposizione dei propri beni, l'acquisto di beni o servizi destinati a soddisfare bisogni comuni con denaro dell'uno o dell'altro, la prestazione di lavoro nell'impresa o nello studio professionale e così via. Senza contare che possono intervenire accordi per regolare i modi di contribuzione alla vita comune o i diritti che spettano alla sua cessazione. Questo intreccio, che si giustifica nell'adesione a un comune progetto di vita, deve essere dipanato quando l'intesa si spezza».

⁽²³⁾ Come sostiene L. BALESTRA, *Convivenza e situazioni di fatto. I rapporti patrimoniali*, in *Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 1128 ss., spec. p. 1130, pur non potendosi parlare, nella convivenza *more uxorio*, di doverosità di comportamenti, le reciproche assistenza e contribuzione alla comunanza di vita dovrebbero considerarsi in

Nello specifico, il richiamo allo schema della donazione remuneratoria⁽²⁴⁾ era appannaggio delle decisioni maggiormente risalenti, secondo cui alle attribuzioni effettuate tra conviventi doveva ritenersi sottesa una natura indennitaria, relativa alla riparazione del torto subito dal partner (donatario) durante la convivenza. Tali donazioni, peraltro, venivano considerate «nulle per illiceità della causa, ogniquale volta vi fosse la dimostrazione che erano dirette a consentire l'avvio o la prosecuzione di una illecita relazione»⁽²⁵⁾; d'altro canto, doveva ritenersi ammessa la prestazione diretta a «riparare torti»⁽²⁶⁾ inflitti a donne sedotte e conviventi e facendosi riferimento, nella fattispecie, all'ipotesi di donazione remuneratoria di cui al 1° comma dell'art. 770 c.c.: l'elargizione a vantaggio della donna trovava giustificazione, pertanto, in un obbligo di coscienza, ma si profilava la necessità del rispetto della forma notarile, al fine di evitare nullità e ripetibilità di quanto donato (con conseguente diritto, in capo agli eredi, di esercitare le ordinarie azioni

termini di elementi costitutivo-caratterizzanti della convivenza: l'assenza di vincoli formali all'interno della coppia impedisce di parlare di obblighi giuridici, ma per poter sostenere l'esistenza stessa della famiglia sarà necessario che gli obblighi di cui all'art. 143 c.c. siano costantemente concretizzati in comportamenti conformi. Intesi in tal modo, i contenuti della convivenza *more uxorio* risulterebbero finanche maggiormente intensi di quelli della famiglia legittima in quanto i coniugi possono, di comune accordo, scegliere di non adempiere a uno o più dei doveri matrimoniali senza che, per ciò stesso, venga meno il matrimonio: ciò non è, invece, possibile nella unione di fatto.

⁽²⁴⁾ Con riferimento alle donazioni remuneratorie cfr. per tutti Ant. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 145 ss.; A. CICU, *Donazione remuneratoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 1246; A. TORRENTE, *In tema di donazione remuneratoria e liberalità remuneratoria d'uso*, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 266; P. GALLO, *La donazione remuneratoria*, in *Tratt. Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 405; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 5ª ed., Torino, 2010, p. 383 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass., 28 aprile 1944, n. 301, in *Rep. Foro it.*, 1943-1945, *Obbligazioni e contratti*, n. 1088. V. anche, sul punto, le osservazioni di L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, p. 66 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., 7 ottobre 1954, n. 3389, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 872, la quale, seguendo l'orientamento giurisprudenziale di legittimità allora maggioritario, sottolineava come l'adempimento di obbligo, morale e sociale, di riparazione al «pregiudizio arrecato alla donna dalla seduzione e dalla successiva convivenza *more uxorio* con il seduttore» non possa essere inteso in termini di «adempimento né di un dovere giuridico né di una obbligazione naturale», dovendo al contrario considerarsi come donazione remuneratoria.

di riduzione nell'ipotesi in cui, una volta aperta la successione, le attribuzioni precedentemente fatte in favore del convivente risultassero lesive di quanto spettante ai legittimari⁽²⁷⁾).

In epoca successiva la giurisprudenza ha qualificato le attribuzioni tra conviventi come obbligo morale di assistenza tra i medesimi: pur non essendo garantito l'adempimento, la prestazione, una volta eseguita spontaneamente, si connota anche sotto un profilo giuridico, non potendo essere oggetto di ripetizione, secondo quanto prescritto *ex art.* 2034, 1° comma c.c.⁽²⁸⁾.

In sostanza, deve quindi farsi chiarezza, nello specifico, in ordine a due profili fondamentali, cioè a dire: 1) alla natura ed al regime cui considerare soggetti gli apporti effettuati da un convivente in favore dell'altro; 2) alla sorte degli acquisti effettuati da un solo convivente e, quindi, all'applicabilità, per via analogica, del regime di comunione legale⁽²⁹⁾.

4. — *Apporti in regime di convivenza e obbligazioni naturali.*

In relazione alla questione *sub* 1)⁽³⁰⁾, l'opinione prevalente in dottrina⁽³¹⁾ qualifica, più precisamente, le attribuzioni tra conviventi in termini di ob-

⁽²⁷⁾ M. COLELLA, *op. cit.*, p. 752.

⁽²⁸⁾ I profili di distinzione tra donazioni remuneratorie ed obbligazioni naturali sono rinvenibili nella sussistenza o meno dell'*animus donandi* in capo al *tradens*: sul punto cfr. P. GALLO, *La donazione remuneratoria*, cit., p. 424; M. ERMINI, *Tipologie donative*, in *Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno, e coordinato da Zoppini, II, *Successioni, donazioni, beni*, 1, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p. 430.

⁽²⁹⁾ Cfr. L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 1047 s., il quale parla in proposito di «Esigenze che non solo sono espressione della necessità di soddisfare bisogni imprescindibili di vita, ma, in modo più ampio, possono ad esempio sottendere la volontà di manifestare il proprio affetto verso il partner mediante regali o acquisti che rappresentino un investimento nell'interesse della stabile unione».

⁽³⁰⁾ Per la questione *sub* 2), v. *infra*, § 6.

⁽³¹⁾ Per tutti A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, cit., p. 1303, il quale precisa che «Il diritto civile riconosce quale adempimento di obbligazione morale *ex art.* 2034 le prestazioni patrimoniali tra conviventi dirette a soddisfare i sacrifici compiuti per l'assistenza prodigata durante il periodo di vita comune, mentre considera illecite le attribuzioni dirette

bligazioni naturali ⁽³²⁾ solo ove sussistano determinate condizioni, cioè a dire nell'ipotesi in cui l'atto dispositivo rivesta i caratteri della spontaneità e della proporzionalità, quest'ultima in relazione sia alla situazione economica complessiva del *tradens*, che alla natura del comportamento posto in essere ⁽³³⁾.

a convincere la parte più debole alla convivenza.»; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000, spec. pp. 139 ss., 210 ss.; v. inoltre G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia*, cit., p. 86 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 31 ss.; D. RICCIO, *op. cit.*, p. 445, secondo il quale i doveri di reciproca assistenza e contribuzione tra i componenti della convivenza *more uxorio* debbono considerarsi riconducibili allo schema di obbligazione naturale, e ciò a prescindere dalla circostanza che le relative prestazioni alimentari, ovvero di mantenimento, siano effettuate in costanza, ovvero al termine, della convivenza medesima.

⁽³²⁾ In ordine alle c.dd. obbligazioni naturali cfr., *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 357; E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1979, p. 353; C. BARNINI, *Obbligazione naturale*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 366 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2004.

Ipotesi di particolare interesse riguarda gli atti di liberalità effettuati nell'ambito della convivenza *more uxorio*: come sottolinea Cass., 24 novembre 1998, n. 11894, in *Contratti*, 1999, p. 470 ss., con nota di A. AMBANELLI, *I regali al convivente more uxorio*, ove tali elargizioni siano effettuate al fine di consentire la prosecuzione del rapporto di convivenza, le medesime non debbono ritenersi configurare né obbligazione naturale, né eventuale, liberalità d'uso quanto, piuttosto, una donazione, di talché il *tradens* potrà ripetere suddetti atti dispositivi solo ove i medesimi risultino essere stati effettuati «a prescindere da quelle determinate occasioni che il costume sociale normalmente festeggia e l'altra parte non abbia dato la prova che la situazione economica del donante era compatibile con la natura dei vari atti di liberalità».

⁽³³⁾ Nel primo senso, Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, 2004, p. 530, la quale sottolinea l'importanza di tenere in considerazione l'elemento della proporzionalità in seno al rapporto tra attribuzione e mezzi economici del soggetto adempiente ad un'obbligazione naturale; nel secondo, Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2301. Per la giurisprudenza di merito cfr., di recente, App. Palermo, 15 maggio 2010, in *leggiditaliaprofessionale.it*, la quale osserva che «Nella convivenza *more uxorio* anche l'esborso di somme effettuato da uno dei soggetti di tale rapporto rappresenta un adempimento di obbligazione naturale, purché sussista un rapporto di proporzionalità tra le somme sborsate ed i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi. Ne deriva che, laddove, come accaduto nel caso concreto, non sussista tale rapporto di proporzionalità, anche per l'impossibilità di desumere con esattezza la portata dei doveri morali e sociali reciprocamente assunti dalle parti in occasione della loro convivenza, le somme sborsate, non potendo essere ricondotte

In tal senso, è stato posto l'accento sull'aspetto solidaristico della convivenza, in quanto dette attribuzioni costituiscono adempimento di un dovere morale e sociale che presidia il rapporto; alle obbligazioni naturali debbono tuttavia applicarsi regole diverse da quelle previste per le obbligazioni propriamente giuridiche, ed essendo, quello della *soluti retentio*, l'unico effetto collegato alla obbligazione naturale (che ne sancisce, quindi, l'irripetibilità⁽³⁴⁾), vi sarà impedimento sia alla esecuzione coattiva dell'obbligazione, sia alla compensazione tra obbligazione naturale ed obbligazione civile, sia alla convalida, sia infine all'apponibilità, all'obbligazione, di garanzie accessorie quali pegno, ipoteca ovvero fideiussione.

Si è sostenuto, in particolare, come debba considerarsi in termini di atto di adempimento di obbligazione naturale ogni attribuzione spontanea, compiuta a fini di «assistenza morale e materiale»⁽³⁵⁾, la quale rispetti i menzionati criteri di proporzionalità, dovendo al contrario definirsi in termini di donazione remuneratoria l'attribuzione compiuta, per riconoscenza nei confronti del convivente, la quale vada oltre l'aspetto solidaristico prima evidenziato a fronte del particolare motivo che determina la volontà del donante⁽³⁶⁾: ciò, a condizione che il valore dell'attribuzione sia proporzionale alle «particolari prestazioni ricevute» in quanto, altrimenti, l'eccedenza darebbe vita ad una donazione pura⁽³⁷⁾.

all'adempimento di un obbligo morale strettamente connesso alla situazione di convivenza more uxorio, potranno essere ripetute non trovando, in siffatta situazione, applicazione la disposizione di cui all'art. 2034 c.c.».

⁽³⁴⁾ *Ex multis*, G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 31 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 84 ss.

⁽³⁵⁾ In tal senso G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia*, cit., p. 100.

⁽³⁶⁾ Cfr. sul punto A. PALAZZO, *Problemi generali*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 10, Torino, 2009, p. 203 ss.; ma v. anche G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 384, secondo il quale non è necessario che il motivo remuneratorio risulti dall'atto, bensì può desumersi «da elementi estranei» al medesimo.

⁽³⁷⁾ Cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia*, cit., p. 100 s., secondo il quale il punto di distinzione tra le due fattispecie andrebbe ravvisato nella «proporzionalità dell'attribuzione patrimoniale compiuta rispetto alle capacità di lavoro professionale e casalingo ed al tenore di vita di chi la esegue».

Riguardo alle spese sostenute dal convivente ai fini della vita comune ⁽³⁸⁾, quindi, può dirsi che famiglia legittima e unioni di fatto trovano istituzionalizzazione dei rispettivi obblighi, rispettivamente, nel dovere di contribuzione e assistenza da una parte, e nell'obbligazione naturale dall'altra ⁽³⁹⁾. La convivenza, infatti, può indubbiamente considerarsi fonte di reciproci doveri che, anche a fronte di assenza di formalizzazione del vincolo, rimangono radicati nella scelta di un modello familiare affettivo basato pur sempre sul consenso, e che si traduce nell'autonoma sottoposizione ad impegni e responsabilità di una comunione di vita ⁽⁴⁰⁾.

Tra le principali questioni riguardanti le obbligazioni naturali vi è, inoltre, quella concernente la novabilità di queste ultime, inserite nei contratti di convivenza: l'orientamento prevalente in ordine alle possibili interpretazioni del 2° comma dell'art. 2034 c.c. sostiene come la stipula di accordi tra membri delle unioni di fatto non sia, generalmente, suscettibile di novazione, dando luogo semplicemente a nuovi, autonomi contratti i quali rinvergono, a loro volta, il proprio comparto causale nella sussistenza di una stabile re-

⁽³⁸⁾ V. App. Genova, 26 marzo 2001, in *Giur*, 2001, p. 1741, secondo cui «Le attribuzioni patrimoniali operate tra conviventi *more uxorio* al fine di contribuire al mantenimento del nucleo familiare configurano adempimento di un'obbligazione naturale, con conseguente irripetibilità di quanto versato».

⁽³⁹⁾ La figura dell'obbligazione naturale è stata utilizzata anche per giustificare somme corrisposte da un convivente all'altro al termine della convivenza medesima: cfr. Cass., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. civ.*, 1989, p. 498, ove si contrapponevano due ex partner in quanto l'uomo, al termine della convivenza, pur essendosi impegnato a versare una somma a favore della donna (sottoscrivendo a tal fine alcune cambiali), si rifiutava tuttavia di adempiere, anche opponendosi a decreto ingiuntivo. La S.C. confermava quanto già deciso nel merito – in base a cui l'attore doveva intendersi vincolato da obbligazione naturale –, anche richiamando altra, risalente sentenza di legittimità (1969) secondo la quale «nelle attribuzioni patrimoniali fatte dall'uomo alla donna in occasione della cessazione di un rapporto amoroso su base affettiva può ravvisarsi l'adempimento di un'obbligazione naturale». Considerato, inoltre, che i giudici di merito avevano riconosciuto in termini di adempimento di obbligazione naturale la somma di fatto corrisposta mediante assegno e riscossa dalla donna, la S.C. conclude sostenendo come tale somma dovesse considerarsi «definitivamente entrata a far parte del patrimonio della donna», impedendo, la conseguente *soluti retentio*, «che la somma medesima potesse essere chiesta in restituzione, oppure calcolata in compensazione, da parte del *solvens*».

⁽⁴⁰⁾ Cfr. L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 235.

lazione di tipo affettivo ⁽⁴¹⁾. Più precisamente, si sostiene come nessun negozio volto a novazione sia suscettibile di trasformare un'obbligazione naturale in obbligazione civile al fine di rendere giuridicamente obbligatorio il relativo adempimento ⁽⁴²⁾, e ciò per più ragioni, in quanto, anche a fronte

⁽⁴¹⁾ V. in proposito Trib. Bologna, 16 febbraio 2011, cit., il quale, con particolare riferimento ad una remissione del debito operata in quietanza, sottolinea come si debba in generale ammettere «la possibilità per i privati di stipulare contratti gratuiti atipici ovvero dare corso ad atti unilaterali (...) volti alla definizione di situazioni in essere caratterizzate dalla rilevanza di un preesistente dovere morale, in cui l'obbligazione naturale non interviene come rapporto giuridico preesistente da accertare o novare nel nuovo contratto, ma semplicemente come interesse lecito alla produzione dell'effetto contrattuale».

⁽⁴²⁾ Sottolinea in proposito P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, cit., p. 231 s., come non sembri assumere, «la novabilità dell'obbligazione naturale in una diversa obbligazione naturale (...) un rilievo disciplinare effettivo, posto che se il debitore si obbliga a dare un quintale di grano invece che una somma di denaro ciò che conterà ai fini della irripetibilità della prestazione sarà comunque e solo la sua conformità al dovere gravante su di lui in ragione della morale sociale; sebbene l'oggetto della prestazione moralmente dovuta possa divenire oggetto di un accordo (forse più facilmente accostabile alla figura della *datio in solutum* che non ad una novazione) privo però di effetti giuridici vincolanti». Ciò in quanto, «sebbene sia difficilmente contestabile la conformità della disciplina delle vicende dell'obbligazione civile a principi di razionalità ed equità, ciò non autorizza ad estenderne l'applicazione all'obbligazione naturale, la quale esiste e si fonda su un ordinamento diverso, anche se spesso dotato di quella stessa razionalità ed equità che ispira la disciplina giuridica del rapporto obbligatorio. / Deve quindi essere almeno in parte condivisa l'osservazione critica secondo cui solo al momento del suo spontaneo adempimento il dovere morale acquisisce rilievo giuridico e diviene quindi oggetto di disciplina, ciò che riduce il significato di vicende precedenti a tale adempimento, le quali, pur potendo avvenire in fatto, rimangono normalmente estranee a necessità di disciplina, come la decisione del soggetto di concordare la modalità di adempimento del proprio obbligo morale col suo creditore naturale. Tale intesa, qualora intervenga tra i due soggetti del rapporto naturale, avrà la sua più ovvia collocazione nell'ambito degli accordi non giuridici; pur dovendosi riconoscere (...) la possibilità da parte del promittente e del promissario naturali di esprimere, senza ambiguità, l'intento giuridico positivo, superando la presunzione di non giuridicità che accompagna normalmente tali fattispecie». Cfr. in proposito anche le osservazioni di M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Il diritto di famiglia. Tratt. Bonilini-Cattaneo*, I, *Famiglia e matrimonio*, 2^a ed., Torino, 2007, p. 535: «Un primo problema che si presenta è se questi obblighi possano formare oggetto di un contratto, se una obbligazione naturale possa diventare una obbligazione giuridica qualora la sua fonte diventi un contratto, posto che è noto l'orientamento sfavorevole della generalità degli interpreti ad ammettere la novazione, la promessa, la ricognizione di una obbligazione naturale».

di una lettura restrittiva del 2° comma dell'art. 2034 c.c., le obbligazioni naturali: *a)* debbono ritenersi insuscettibili di qualsiasi trasformazione o alterazione a mezzo di novazione, promessa di pagamento, ricognizione ovvero prestazione di mezzi di garanzia: neppure nell'ipotesi in cui il debitore dell'obbligazione naturale si assuma formalmente l'impegno di adempiere può sussistere novazione, in quanto l'elemento causale delle obbligazioni naturali consiste in un dovere morale o sociale; *b)* sono intrasmissibili *mortis causa*, rimanendo pertanto rimesso, il loro eventuale adempimento tardivo, alla mera coscienza dell'erede⁽⁴³⁾.

Altra parte della dottrina⁽⁴⁴⁾ sostiene, al contrario, come l'obbligazione naturale che intercorre tra due conviventi *more uxorio* sia inseribile all'interno di uno schema contrattuale dotato d'impianto causale autonomo, di talché si addiverrebbe all'indiretto adempimento dell'obbligazione originaria a mezzo dell'esecuzione della nuova obbligazione «contrattualmente costituita»; a fronte della conclusione del contratto, la relativa obbligazione verrebbe semplicemente affiancata a quella naturale.

In realtà, non si tratta di novazione in senso tecnico in quanto è sufficiente, al fine dell'estinzione di entrambe le obbligazioni, che il debitore esegua la prestazione di tipo contrattuale⁽⁴⁵⁾, tanto più che, come accennato,

⁽⁴³⁾ Sul punto M. COLELLA, *op. cit.*, p. 756; v. inoltre F. DE SCRILLI, *op. cit.*, p. 855, nonché D. RICCIO, *op. cit.*, p. 447.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. in proposito F. DE SCRILLI, *op. cit.*, p. 855 s.; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 536. ma v. anche G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 156, il quale sottolinea come il legislatore abbia da una parte voluto stabilire, con l'art. 2034 c.c., la mancata giuridicità delle obbligazioni naturali, e ciò escludendo che siano applicabili gli istituti relativi alla parte generale delle obbligazioni civili; d'altra parte non deve considerarsi sbarrata «la via alla creazione *ex novo*, mediante lo strumento negoziale», di obbligazioni civili le quali abbiano identico contenuto di «una preesistente obbligazione naturale».

⁽⁴⁵⁾ Come correttamente osserva sul punto M. COLELLA, *op. cit.*, p. 757, in ogni caso, «in materia di contratti di convivenza, specie quando questi abbiano carattere programmatico di ampio respiro, il punto non è tanto quello della novazione dell'obbligazione naturale, quanto piuttosto quello di disciplinare gli aspetti giuridici di fatti che avrebbero potuto essere fonte di obbligazioni naturali. L'esistenza del contratto stipulato dai conviventi impedirà però l'insorgere delle obbligazioni naturali, se non altro, per la priorità d'intervento e al con-

in presenza di obbligo giuridico tecnicamente inteso non ha senso parlare di obbligazione naturale.

In definitiva, con riferimento alle attribuzioni effettuate gratuitamente tra conviventi, sarà configurabile l'ipotesi di obbligazione naturale ogniqualvolta: *a)* le stesse abbiano, quale fine ultimo, lo svolgimento della comunanza di vita, e siano ricollegabili ai doveri morali e sociali propri di quest'ultima, *b)* l'obbligo non giuridico, alla base della prestazione, risulti suscettibile di adempimento a carattere patrimoniale, e *c)* la prestazione risulti proporzionata al dovere di cui costituisce esecuzione.

5. — *Liberalità tra conviventi.*

Ciò detto, va osservato che tra i medesimi conviventi possono intercorrere atti di liberalità occasionali, in relazione ai quali dovrà valutarsi, da una parte, se quanto prestato debba considerarsi ripetibile e, dall'altra, se e quando tali attribuzioni integrino delle «liberalità d'uso».

La Cassazione ha spesso considerato l'aspetto riguardante il valore del *donatum*⁽⁴⁶⁾, rilevando la necessità di tenere in considerazione alcuni elementi

tratto andrà riconosciuta causa autonoma rispetto a quella delle obbligazioni naturali. Nel patto di convivenza i partner pongono le reciproche prestazioni in corrispondenza biunivoca, la causa dell'accordo viene allora definita autonoma perché consiste nello scambio di reciproche prestazioni, mentre l'esistenza del rapporto di fatto, causa dell'obbligazione naturale, viene relegata al mero ruolo di motivo che ha indotto le parti alla contrattazione.».

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Cass., 24 novembre 1998, n. 11894, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 686, secondo la quale «Un'elargizione di gioielli, fatta nell'ambito di un rapporto *more uxorio* allo scopo di consentire la prosecuzione della convivenza, non è assimilabile alla liberalità d'uso, caratterizzata dal fatto che colui che la compie intende osservare un uso, cioè adeguarsi a un costume vigente nell'ambiente sociale di appartenenza, costume che determina sia le diverse occasioni in cui queste devono farsi, sia la misura dell'elargizione in funzione della posizione sociale delle parti, nel senso che la donazione non deve comportare un depauperamento apprezzabile del patrimonio di chi la compie. Pertanto – cessata la convivenza (nella specie protrattasi oltre sette anni, tra due soggetti tra i quali esisteva una differenza di età di circa 35 anni) – il donante può ripetere tali gioielli, qualora questi siano stati donati a prescindere da quelle “determinate occasioni” che il costume sociale normalmente festeggia e l'altra

fondamentali tra cui la circostanza della donazione, il rapporto tra i soggetti nonché, più in generale, la tutela del convivente in condizioni economiche più deboli⁽⁴⁷⁾.

Non può non considerarsi, tuttavia, come si profili alquanto difficoltoso stabilire se il valore di un dono risulti o meno corrispondente ad usi o condizioni del *tradens*, e ciò in quanto, nel rapporto di convivenza, i doni possono risultare giustificati semplicemente dal protrarsi della vita comune⁽⁴⁸⁾, senza che ricorrano, pertanto, particolari circostanze.

Ove si profili, nella fattispecie concreta, una donazione, dovrà inoltre: a) da una parte, distinguersi tra donazione remuneratoria e liberalità d'uso⁽⁴⁹⁾, anche tenendo conto della quasi totale identità delle ipotesi previste nei due commi dell'art. 770 c.c., la quale «consente sempre di salvare una donazione

parte non abbia dato la prova che la situazione economica del donante era compatibile con la natura dei vari atti di liberalità». Per la giurisprudenza di merito v. per tutti Trib. Palermo, 3 settembre 1999, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 284, con nota di G. FERRANDO, *Famiglia di fatto: gioielli e mobili antichi vanno restituiti alla fine della convivenza?*, secondo cui «anche a volere escludere il requisito della modicità del valore, talvolta inteso restrittivamente dalla Corte di legittimità, non può disconoscersi che solo attraverso un'inconcepibile forzatura dovrebbe ritenersi che due conviventi, legati stabilmente da un solido vincolo affettivo, possano validamente scambiarsi doni anche di rilevante valore – senza incorrere nella sanzione di nullità della dazione – soltanto con le forme sacramentali codicisticamente indicate», in quanto «tale conclusione (...) finirebbe con lo svilire a tal punto lo spirito sotteso alle consegne di beni tra conviventi legati da un vincolo affettivo duraturo, ordinariamente correlato a disparate ragioni – non necessariamente connesse a specifiche ricorrenze – e comunque riconducibili alla relazione di fatto, da apparire come una mera petizione di principio non più collegata al sentire sociale e al rapido mutamento dei costumi».

⁽⁴⁷⁾ Come ricorda M. COLELLA, *op. cit.*, p. 753, è proprio in base a tali elementi che, sin dagli anni Cinquanta, la giurisprudenza ha avuto la tendenza all'utilizzo delle figure di liberalità d'uso ed obbligazione naturale.

⁽⁴⁸⁾ In tal senso G. FERRANDO, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1462.

⁽⁴⁹⁾ Con riferimento alle interrelazioni tra remuneratoria e liberalità d'uso v. A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, p. 178 ss., nonché P. GALLO, *La donazione remuneratoria*, in *Tratt. Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, pp. 425-428. Quanto alle liberalità d'uso viste, essenzialmente, sotto il profilo formale, v. almeno G. PALAZZOLO, *Donazioni di modico valore e liberalità d'uso*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 10, Torino, 2009, p. 85 ss.

rimuneratoria priva della forma solenne sol che la si qualifichi (e la possibilità di una simile trasformazione si realizza senza grandi difficoltà)» in termini di liberalità non donativa, prevista dal 2° comma dell'art. 770 c.c. «Alla base vi è un atteggiamento di fondo, che potrebbe definirsi in senso lato equitativo, in virtù del quale si palesa incongrua, alla stregua del rapporto sottostante, la richiesta di restituzione di un bene che, al momento della consegna, aveva costituito espressione dell'*animus donandi* del disponente»⁽⁵⁰⁾; b) dall'altra, distinguersi a seconda che i comportamenti siano o meno riconducibili alla nozione di dovere morale-sociale di assistenza, con la conseguente necessità d'individuazione delle relative attribuzioni patrimoniali.

Come già ampiamente rilevato, inoltre, nel caso in cui il rapporto di convivenza venga meno, determinate situazioni rimangono prive di adeguata tutela, e tra le medesime è rinvenibile, per lo più, l'interesse dei conviventi all'assistenza reciproca: a tal fine risulta utile il ricorso allo schema contrattuale proprio d'istituti quali la donazione modale ovvero il contratto di mantenimento.

La donazione modale si connota per l'onere, a carico del donatario, il cui contenuto può integrare obblighi di assistenza e mantenimento, con soddisfazione pertanto degli interessi individuali di ciascun convivente, e nell'ipotesi in cui i legittimari del convivente intendano esperire azione di riduzione dovranno, allo scopo di calcolare la riunione fittizia, detrarre il valore delle prestazioni in adempimento del *modus* da quello della donazione medesima.

Diversamente, a mezzo del contratto di mantenimento le parti raggiungono certamente il medesimo risultato, stipulando un contratto oneroso di natura aleatoria: quando l'alea non sia più ravvisabile, tuttavia, l'accordo dovrà qualificarsi in termini di liberalità, e di quest'ultima dovrà seguire la disciplina. Si pensi, ad esempio, al caso dell'imminente decesso del mantenuto: in un caso del genere, infatti, è ragionevole il sospetto che il contratto di mantenimento possa in realtà dissimulare, al fine di eludere la normativa a tutela dei legittimari, una donazione.

⁽⁵⁰⁾ L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 1052 s.

6. — *Convivenze e regimi di comunione.*

In ordine agli acquisti effettuati in costanza di convivenza *more uxorio*, alla stregua di quanto può accadere nella famiglia legittima, anche nelle unioni di fatto si profila l'ipotesi che tra i due partners s'instauri *de facto* una comunione di beni avente ad oggetto il mero godimento, la quale, pertanto, non può essere considerata alla stessa maniera di una comunione legale come, invece, da taluno sostenuto⁽⁵¹⁾. Le principali questioni riguardano la disciplina degli acquisti, che è estranea al regime di cui all'art. 177 c.c. (rimanendo i beni di

⁽⁵¹⁾ In base a tale prospettiva erano analogicamente applicabili gli artt. 177 e ss. c.c., al fine di evitare il vizio di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost.; vi era tuttavia un ulteriore dibattito, fra i sostenitori di tale impostazione, con riferimento alla derogabilità al regime di comunione attraverso – come per il matrimonio – un consenso dato per atto pubblico: *a)* taluni a sostegno della comunione legale in termini di fondamentale strumento, in seno alla riforma del '75, per conseguire una effettiva parificazione tra generi nell'ambito del nucleo familiare legittimo; *b)* altri rilevavano come, piuttosto, il regime di comunione non possa considerarsi necessariamente volto al raggiungimento di predetta parità nei rapporti patrimoniali, in quanto proprio la relativa derogabilità da parte dei coniugi costituirebbe, in linea di principio, un controsenso (cfr. sotto tale ultimo profilo App. Firenze, 12 febbraio 1991, in *Dir. fam.*, 1992, p. 633: «l'assenza nella disciplina della comunione legale, dello scopo di protezione di esigenze fondamentali e irrinunciabili del coniuge, e l'assegnazione della stessa al settore individualistico dei rapporti coniugali sono confermate dal rilievo che il legislatore, se ha manifestato una preferenza di ordine generale nei confronti della comunione, tuttavia ha lasciato ai coniugi la possibilità di derogare ad essa e di optare per il regime di separazione dei beni con una convenzione matrimoniale (...), o con una scelta del regime di separazione (...), oppure, infine con un mutamento convenzionale del regime patrimoniale, senza bisogno di un'autorizzazione giudiziale *ad hoc*»).

Si tratta in ogni caso d'impostazione ormai superata, e attualmente propria di orientamento minoritario, sia in dottrina che in giurisprudenza. Per la dottrina v. F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, p. 287 ss., nonché, più di recente, M. COLELLA, *op. cit.*, p. 754; quanto alla giurisprudenza, cfr. Trib. Bari 21 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1999, p. 254; nonché, la più risalente Pret. Torino, 17 marzo 1988, in *Dir. fam.*, 1990, p. 1314, in base alla quale, nell'ipotesi di unione di fatto, «in prospettiva di matrimonio, ciascun bene mobile apportato dai *partners* per lo svolgimento della vita comune debba considerarsi conferito in comunione pro indiviso»: pertanto, al termine della convivenza i soggetti *ex art.* 1111 c.c. avrebbero diritto alla quota dai medesimi prestata in natura, da valutarsi in base al valore risultante alla conclusione della convivenza, non venendo riconosciuto, al contrario, un diritto a somme effettivamente versate né, tanto meno, gl'interessi.

esclusiva proprietà del convivente acquirente) e, soprattutto, l'opponibilità ai terzi di tale eventuale comunione «di godimento» dei beni tra conviventi *more uxorio*: in assenza di vincolo formale e, soprattutto, dotato di adeguata pubblicità non può, infatti, invocarsi detta opponibilità.

Ciò posto, anche nel caso di stipula, all'interno di un contratto di convivenza, di una clausola volta «a riprodurre per via negoziale il regime della comunione legale dei beni tra coniugi»⁽⁵²⁾, i conviventi *more uxorio* potranno prevedere esclusivamente un regime di comunione ordinaria in relazione alla totalità ovvero a parte dei beni acquistati in costanza di convivenza, non prospettabile alcuna possibilità di configurare effetti reali opponibili ai terzi bensì, esclusivamente, effetti obbligatori, rilevanti solo nel rapporto tra i componenti della unione di fatto⁽⁵³⁾. Per ottenere tale risultato l'acquisto

⁽⁵²⁾ Cfr. D. RICCIO, *op. cit.*, p. 459.

⁽⁵³⁾ Così G. FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, cit., p. 317; ma v. anche V. ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 64; nonché D. RICCIO, *op. cit.*, p. 460, il quale osserva come sia prospettabile «un regime di comunione (ordinaria) in relazione a tutti (o eventualmente ad alcuni) i beni da acquistare durante la convivenza, anche da parte di uno solo dei conviventi. Tale effetto può essere conseguito mediante la pattuizione di una versione contrattuale dell'«acquisto automatico» di cui all'art. 177, lett. a), c.c. e, dunque, di un effetto reale di trasferimento di una quota ideale dei diritti acquisiti (non necessariamente pari al 50%) che si dovrebbe verificare automaticamente all'atto stesso del perfezionamento di ogni negozio acquisitivo da parte di uno dei partner. Un'altra possibilità è costituita da un impegno di natura meramente obbligatoria a trasferire la titolarità di una quota del diritto acquistato, con un meccanismo analogo a quello del contratto preliminare».

Parte della dottrina prospetta la riproducibilità di un'efficacia esterna tipica della comunione legale a mezzo di forme automatiche di trasferimento di quote di proprietà, ovvero specifici obblighi in tal senso a carico del convivente acquirente: cfr. F. DE SCRILLI, *op. cit.*, p. 863, il quale in proposito sottolinea come «La possibilità di fruire degli effetti cc.dd. esterni della comunione legale, quale l'automatica opponibilità del coacquisto, anche se trascritto in favore di un solo coniuge, è stata (impropriamente) ritenuta negozialmente perseguibile attraverso due vie: la pattuizione o di un effetto reale di trasferimento di una quota ideale dei diritti acquisiti (non necessariamente pari al 50%) che si dovrebbe verificare automaticamente all'atto stesso del perfezionamento di ogni negozio acquisitivo da parte di uno dei partner, o dell'obbligo di ritrasferire, a favore del soggetto non acquirente, una quota del diritto acquistato, secondo quanto concesso dall'art. 1706 c.c.». Tuttavia, mentre la prima ipotesi descritta, volta a riprodurre convenzionalmente quanto previsto *ex art.* 177, lett. a) c.c., non è attualmente corroborata da un impianto normativo *ad hoc*, la seconda essenzial-

deve essere effettuato congiuntamente e come tale trascritto.

Con riferimento all'amministrazione dei beni potrà quindi prospettarsi una comunione ordinaria, convenzionalmente adattata al caso concreto a mezzo di norme specifiche riguardanti amministrazione ordinaria e straordinaria, e prevedendone il carattere congiunto ovvero disgiunto⁽⁵⁴⁾: ciò, in linea con l'orientamento maggioritario in giurisprudenza, il quale è oggi correttamente improntato a sostenere come la unione di fatto non possa, in quanto tale, assimilarsi alla famiglia legittima. Il regime di comunione legale, infatti, può ritenersi sussistente solo in presenza di nucleo familiare stabile: non si profila alcuna applicabilità per via analogica, quindi, della disciplina di cui agli artt. 177 e ss. c.c., anche in ragione del fatto che, come già rilevato, la convivenza *more uxorio* è suscettibile di dare luogo a vincoli di natura prettamente obbligatoria, non certo assimilabili ad un regime di comunione legale propriamente detto.

Tuttavia, mentre gli interpreti hanno escluso in un primo momento il regime legale, presumendo, nonostante tutto, gli acquisti durante la convivenza in

mente consiste nella stipula di un patto di reciprocità basato sullo schema del mandato. Osserva in proposito M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 547, come la previsione contrattuale dell'effetto di cui all'art. 177 c.c. significhi «qualificare come mandato senza rappresentanza il contenuto dell'obbligo assunto. Del resto, se la ricognizione di un diritto reale si presenta di alquanto dubbio fondamento, a maggior ragione dubbia è la stessa ricognizione quando abbia ad oggetto una situazione ancora da verificarsi, dunque si figuri come promessa di ricognizione», rimanendo pertanto «preferibile qualificare la figura come quella di un mandato senza rappresentanza». Altra parte della dottrina prevede, inoltre, ulteriori strumenti al fine di disciplinare i rapporti patrimoniali tra conviventi *more uxorio*: nell'ipotesi in cui tra le condizioni economiche dei medesimi non vi sia squilibrio rilevante, le parti possono infatti inserire una clausola in base a cui, nell'ipotesi di acquisti futuri, rimangano distinte due quote, per ciascuna delle quali ad una parte spetta la nuda proprietà ed all'altra l'usufrutto, di talché la piena proprietà si riespande, alla morte dell'uno, in favore dell'altro. Come correttamente osservato da M. COLELLA, *op. cit.*, p. 761, tuttavia «anche tale sistema non supera il problema dell'inopponibilità ai terzi».

⁽⁵⁴⁾ Cfr. sul punto F. DE SCRILLI, *op. cit.*, p. 864; ma v. anche D. RICCIO, *op. cit.*, p. 461, secondo il quale, riguardo alla amministrazione dei beni in regime di comunione può parlarsi di «singoli atti in relazione ai quali venga imposto l'agire congiunto piuttosto che disgiunto, visto che l'art. 1100 c.c. lascia alle parti la massima discrezionalità, espressamente enunciando il carattere dispositivo delle norme di cui al capo I del titolo VII».

termini di afferenza al contesto familiare⁽⁵⁵⁾, in epoca successiva si è ritenuto come l'acquisto compiuto da un solo convivente debba considerarsi collegabile al partner attraverso schemi contrattuali propri della donazione indiretta ovvero a mezzo di simulazione con, o senza, interposizione di persona⁽⁵⁶⁾.

Al di fuori dell'ipotesi delle obbligazioni naturali i beni acquistati in costanza di convivenza, pertanto, debbono considerarsi di proprietà esclusi-

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Trib. Bari, 31 gennaio 1977, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, c. 254, secondo il quale l'acquisto di un immobile effettuato in costanza di convivenza *more uxorio* «finisce con l'assumere tutte le connotazioni sociali e psicologiche di un affare familiare, fatto con mezzi appartenenti a entrambi i soggetti».

⁽⁵⁶⁾ V., per tutte, Trib. Pisa, 20 gennaio 1988, in *Dir. fam.*, 1988, p. 1039. Il convenuto, in precedenza convivente con l'attrice, investe una cifra consistente nell'acquisto a proprio nome di un terreno e nella costruzione di un immobile sul medesimo: l'attrice chiede al giudice di riconoscere come nell'acquisto fosse compreso il proprio contributo di lavoro domestico e retribuito, nonché la sua assistenza morale e materiale, appartenendo quindi, il bene acquisito, ad entrambi. Il Tribunale esclude anzitutto l'applicabilità delle norme in materia di comunione legale tra i coniugi, mancando il dato formale necessario al fine dell'opposizione ai terzi del regime di comunione legale, cioè a dire un matrimonio valido ai fini civili; osserva inoltre, in proposito, come «un processo di assimilazione della famiglia di fatto alla famiglia legittima si risolverebbe (...) in un'innaturale tipizzazione di un fenomeno caratterizzato da un'estrema variegatazza di figure e da un'assoluta atipicità dei contenuti», con conseguente inapplicabilità anche per via analogica, alla convivenza *more uxorio*, del regime patrimoniale legale dettato per la famiglia legittima, «con particolare riferimento alla disciplina degli acquisti (artt. 177-194 c.c.)». Al fine di giustificare la comproprietà, infine, il Tribunale: a) esclude la configurabilità di un affare familiare, e ciò richiamando quanto precedentemente deciso con sentenza del Tribunale di Bari del 21 gennaio 1977; b) esclude lo schema della donazione indiretta, propugnato dalla parte attrice; c) ammette la riferibilità alla simulazione, affermando come ove si fosse sostenuto «che l'immobile oggetto di causa intestato al solo convivente, era, comunque, in effetti di sua (della donna) proprietà – quanto meno parziale – essendo stato acquistato anche con denaro da lei fornito, potrebbe forse discutersi della ricorrenza della interposizione reale nell'acquisto in questione». Si tratta di conclusioni cui giungono anche i giudici del secondo grado di giudizio (cfr. App. Firenze, 12 febbraio 1991, in *Dir. fam.*, 1992, p. 633), i quali dichiarano inapplicabili gli artt. 177 e ss. c.c., nonché la mancata configurabilità di un affare familiare ovvero di una donazione indiretta: «il regime di comunione legale non può essere applicato in via di interpretazione analogica alla famiglia non fondata sul matrimonio, per la quale potrà, invece, parlarsi di comunione ordinaria sui singoli beni ove i conviventi *more uxorio*, in sede di regolamento dei loro rapporti patrimoniali, abbiano, nel pieno esercizio dell'autonomia privata, stabilito di far risultare formalmente, al momento della stipulazione, l'acquisto congiunto».

va dell'acquirente che, singolarmente, abbia stipulato: caso contrario si avrà solo nell'ipotesi di acquisto congiunto, il quale, nel caso di beni immobili, necessita di cointestazione dei medesimi, mentre per ciò che concerne i beni mobili, parte dalla dottrina correttamente opta per rinvenire, in base alle concrete circostanze nelle quali l'acquisto risulti effettuato, una presunzione di comproprietà⁽⁵⁷⁾.

A fronte di quanto sinora prospettato rimane irrisolta, tuttavia, un'altra questione riguardante il regime patrimoniale della famiglia non fondata sul matrimonio, cioè a dire la tutela del convivente il quale, pur formalmente assente dall'acquisto di un bene, al medesimo abbia contribuito, nella sostanza, nel corso della convivenza⁽⁵⁸⁾.

Certamente, all'interno di una unione di fatto una corretta amministrazione dei beni rappresenta, in via di principio, una soluzione preventiva alla ricerca di adeguati strumenti di tutela del convivente che, formalmente non intestatario dei beni acquistati in convivenza, si trovi da tali acquisti impoverito, ovvero sacrificato nella propria sfera giuridica patrimoniale, al di fuori dell'adempimento di un dovere morale-sociale.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui si evidenzino vantaggi economici non giustificati, in favore di un convivente, mediante la collaborazione dell'altro, l'opinione prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza ritiene applicabile il rimedio generale dell'ingiustificato arricchimento⁽⁵⁹⁾: ciò in quanto, al fine

⁽⁵⁷⁾ Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 127. Sul punto anche Pret. Torino, 17 marzo 1988, in *Dir. fam.*, 1990, p. 1314, la quale accertava, sulla base della valutazione del comportamento concretamente assunto dalle parti, l'esistenza di una situazione di comproprietà riguardo ai mobili di arredo.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto T. BONAMINI, *op. cit.*, p. 361.

⁽⁵⁹⁾ Come ricorda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 623, nt. 185, tale principio si desume, ad esempio, da Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 380, con nota di R. GELLI, *Il regime delle prestazioni di «dare» nella convivenza tra obbligazione naturale del solvens ed arricchimento senza causa dell'accipiens*. Nella fattispecie, la convivente aveva pagato per anni il mutuo di una casa di cui era titolare l'altro convivente, e la S.C. considera detto pagamento in termini di estraneità rispetto all'adempimento dei doveri di carattere morale e civile che giustificano gli spostamenti patrimoniali ai sensi dell'art. 2034, 1° comma c.c. e accoglie, di conseguenza, l'azione di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 5 ottobre 1988, in *Lavoro80*, 1989, p. 206.

di tutelare il partner economicamente più debole, non sarebbe sufficiente né la disciplina relativa alle obbligazioni naturali né quella delle donazioni, sia remuneratorie che semplici⁽⁶⁰⁾.

Al fine di stabilire, pertanto, una possibile tutela del partner solo formalmente «esterno» all'acquisto del bene, sarà necessario valutare *ex post* le motivazioni che lo abbiano portato ad effettuare detta prestazione, in quanto, al momento della stessa, sul presupposto di un vincolo affettivo duraturo, una giusta causa poteva ravvisarsi come escludersi, al contrario, al momento della separazione personale⁽⁶¹⁾.

Spesso risulta difficoltoso ricostruire *a posteriori* la singola causa di ciascun pagamento, specialmente dopo anni di convivenza nonché confusione dei patrimoni: ciò non toglie che, ove si debba decidere in ordine a pretese indennitarie, dovrà anche correttamente individuarsi i limiti entro cui poter qualificare i contributi del singolo convivente in termini di dovere morale ed assistenziale⁽⁶²⁾. Solo ove tali limiti vengano superati, e «almeno tutte quelle

⁽⁶⁰⁾ F.D. BUSNELLI e F. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, cit., p. 121; ma v. anche G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 106 ss.

⁽⁶¹⁾ Cfr. L. BALESTRA, *Convivenza e situazioni di fatto. I rapporti patrimoniali*, cit., p. 1143, il quale richiama (nt. 208), in proposito, Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, cit., ove si sottolinea come non possa considerarsi, «il riferimento ad esigenze di tipo solidaristico», «sufficiente a prefigurare una “giusta causa” dello spostamento patrimoniale».

⁽⁶²⁾ Cfr. Trib. Monza, 18 novembre 1999, in *Giur. mil.*, 2000, p. 189: al termine della convivenza *more uxorio* una delle due parti conviene in giudizio l'altra al fine di ottenere il rimborso di crediti relativi alle cure mediche dell'altro, al residuo di prezzo e rate del mutuo versati per l'acquisto di una casa ad uso di entrambi nonché, infine, il mantenimento dei figli; il Tribunale tuttavia riconduce le spese per cure mediche e mantenimento dei figli all'adempimento del dovere morale di assistenza e contribuzione ai bisogni della famiglia, mentre riguardo al pagamento del prezzo della casa e delle rate del mutuo, nel dubbio se il medesimo debba, invece, ricondursi a liberalità d'uso ovvero a donazioni di modico valore, si decide che: a) le prestazioni provenivano da entrambi i conviventi, potendo quindi reciprocamente compensarsi; b) il fatto che l'immobile acquistato fosse stato adibito ad abitazione comune della unione di fatto, con conseguente realizzazione di svariati e costanti esborsi, rende irrilevanti eventuali squilibri di valore dei pagamenti effettuati dai due conviventi. Per la giurisprudenza di legittimità v. Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, 2004, p. 530: nel caso deciso dalla S.C., al convivente *more uxorio* che realizza un immobile, a pro-

volte in cui non sia ravvisabile una liberalità d'uso ovvero una donazione»⁽⁶³⁾, potranno avanzarsi pretese indennitarie⁽⁶⁴⁾.

7. — *Attribuzioni con efficacia post mortem e previsioni post conviventiam.*

Negli accordi di convivenza trovano collocabilità anche clausole, dirette a produrre effetti dopo la morte di uno dei partner, a mezzo delle quali si effettua un trasferimento di somme ovvero di beni al fine di garantire al superstite una sicurezza economica⁽⁶⁵⁾. Al fine di non incorrere nel divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., tuttavia, è certamente opportuno il ricorso a ciò che la dottrina maggiormente avveduta definisce in termini di «negozi successori-anticipatori»⁽⁶⁶⁾, tra cui sono rinvenibili il *trust*, il contratto a favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante, nonché la donazione⁽⁶⁷⁾.

Ancora, parte della dottrina ritiene ammissibili clausole le quali prevedano prestazioni patrimoniali da effettuarsi solo nell'ipotesi in cui la con-

prie spese e con la propria manodopera, sul fondo appartenente al partner, viene riconosciuto il diritto all'indennizzo, in quanto si osserva che «Le prestazioni patrimoniali di uno dei conviventi *more uxorio* non possono inquadrarsi nello schema dell'obbligazione naturale se hanno come effetto esclusivo l'arricchimento del partner e non sussiste un rapporto di proporzionalità tra le somme sborsate e i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi.»

⁽⁶³⁾ L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 1064.

⁽⁶⁴⁾ M. COLELLA, *op. cit.*, p. 749.

⁽⁶⁵⁾ V. M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 555; V. ROPPO, *Convivenza more uxorio e autonomia privata (ancora sui presupposti e modalità di rilevanza della famiglia senza matrimonio)*, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 543; E. LIUZZO, *Alcuni aspetti civilistici della convivenza more uxorio alla luce dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir. fam.*, 1991, p. 786.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. A. PALAZZO e A. SASSI, *op. cit.*, p. 1 ss.

⁽⁶⁷⁾ In tal senso M. COLELLA, *op. cit.*, p. 760, la quale parla in proposito di «strumenti complessivamente riconducibili alla categoria dei “contratti successori di convivenza”».

vivenza abbia termine ⁽⁶⁸⁾; al fine della validità di tali clausole è necessario che: *a)* le stesse non integrino clausole penali ovvero mezzi di coazione della volontà dei soggetti obbligati; *b)* risulti circoscritto l'ambito sia temporale che quantitativo degli obblighi stabiliti ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?* (Atti del convegno di Roma, Tor Vergata, 3 dicembre 1987), Napoli, 1988, p. 52.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. V. ZAMBRANO, *op. cit.*, p. 72; F. DE SCRILLI, *op. cit.*, p. 865. Come osserva in proposito M. COLELLA, *op. cit.*, p. 760, tuttavia, in tema di assegno di mantenimento a seguito di separazione e divorzio, «non possono mai essere riprodotti in via negoziale e trasferiti *tout court* nel campo della convivenza di fatto, quegli strumenti giuridici, quali il sequestro o l'ordine di pagamento al terzo, previsti dal codice a garanzia dell'obbligazione di mantenimento».

Per la giurisprudenza in ordine al rapporto tra diritto alla corresponsione dell'assegno di mantenimento ed instaurazione di una nuova convivenza v. Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1445, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 47, con nota di L. OLIVERO, *Nuovi amori e vecchi assegni di divorzio*; in *Fam. e dir.*, 2012, p. 25, con nota di A. FIGONE, *La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile*; *ivi*, 2011, p. 950, con nota di A. BATÀ e A. SPIRITO, *Assegno di divorzio e convivenza more uxorio*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1204, con nota di V. CARBONE, *Assegno di mantenimento e convivenza del coniuge divorziato*, secondo cui: «In caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'instaurazione di una famiglia di fatto, quale rapporto stabile e duraturo di convivenza, attuato da uno degli ex coniugi, rescinde ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa convivenza matrimoniale e, in relazione ad essa, il presupposto per la riconoscibilità, a carico dell'altro coniuge, di un assegno divorzile, il diritto al quale entra così in uno stato di quiescenza, potendosi invero riproporre l'attualità per l'ipotesi di rottura della nuova convivenza tra i familiari di fatto»; v. inoltre, in senso complanare, Cass., 8 agosto 2003, n. 11975, in *Giur. it.*, 2004, p. 1601, con nota di A. MANZO, *Nota in tema di diritto all'assegno di divorzio*; in *Dir. fam.*, 2004, p. 72; *ivi*, p. 195, con nota di richiami di A. BATÀ e A. SPIRITO; Cass., 22 aprile 1993, n. 4761, in *Dir. fam.*, 1994, p. 846; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1831, con nota di F. OCCHINO, *Diritto all'assegno di separazione e convivenza «more uxorio» del coniuge beneficiario*; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1546, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 8 luglio 2004, n. 12557, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1892; in *Vita notarile*, 2005, I, p. 1378, con nota di M.L. CHIAPPERINI, *Brevi riflessioni in ordine ai benefits nella famiglia di fatto*; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 703, con nota di P. MELONI, *La convivenza more uxorio e la revisione dell'assegno di divorzio*; *ivi*, 2005, p. 404, con nota di D. TORELLI, *Convivenza more uxorio e diritto all'assegno di divorzio*; in *Guida al dir.*, 2004, 34, p. 72; in *Gius.*, 2004, p. 4146, per le quali la convivenza *more uxorio* costituisce, ove comporti una prestazione di assistenza di tipo coniugale da parte del convivente, elemento valutabile con riferimento alla disponibilità, in capo al soggetto richiedente, di «mezzi adeguati» rispetto al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Certamente opportuno è il ricorso a clausole volte a disciplinare il diritto sulla casa di comune abitazione, nella eventualità che abbia termine il rapporto di convivenza⁽⁷⁰⁾: ciò, in quanto uno dei conviventi potrebbe non avere originariamente alcun diritto sull'immobile adibito ad alloggio della unione di fatto, e le parti potrebbero stabilire, in favore di tale soggetto, la facoltà di permanenza nell'abitazione per un periodo sufficiente a trovare un altro alloggio adeguato. Potrà pertanto stabilirsi, ad esempio, un diritto di abitazione sottoposto a condizione sospensiva di cessazione del rapporto, un comodato, ovvero, nell'ipotesi di abitazione condotta in locazione, una cessione del rapporto locatizio, anch'essa sottoposta a condizione⁽⁷¹⁾.

Possono considerarsi, infine, ammissibili altre tipologie di clausole, tra le quali fattispecie dirette a prevedere e regolare: *a)* cause sospensive di obblighi contributivi, con conseguente restituzione di quanto già elargito; *b)* cause di rinegoziazione contrattuale⁽⁷²⁾; *c)* cause giustificative dell'inadempimento

⁽⁷⁰⁾ V. in proposito Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Vita notarile*, 1994, p. 225; in *Corr. giur.*, 1993, p. 947, con nota V. CARBONE, *Casa in comodato vita natural durante per una breve convivenza more uxorio*, la quale dichiarava valido il contratto con cui un soggetto conferiva alla propria convivente un diritto di comodato su di un proprio appartamento, e ciò sul presupposto che la convivenza *more uxorio* tra uomo e donna in stato libero non può considerarsi causa illecita per i contratti, i quali, attributivi di diritti patrimoniali, a detta relazione risultino collegati. Tuttavia, in assenza di contratto scritto l'immobile il quale, pur adibito a comune abitazione, sia stato acquistato da uno solo dei due soggetti, rimarrà di esclusiva proprietà dello stesso; si tratta di un presupposto sulla base del quale il Tribunale di Pisa (cfr. Trib. Pisa, 20 gennaio 1988, in *Dir. fam.*, 1988, p. 1039) già aveva negato, in capo al convivente non acquirente, sia diritti sulla casa acquistata dall'altro, sia la risarcibilità del danno subito, sia la restituzione del contributo prestatato ai fini dell'acquisto, e ciò in quanto nella famiglia basata sul matrimonio «si è in presenza di un rapporto istituzionale stabile, in cui i doveri coniugali costituiscono espressione di un impegno assunto con il matrimonio, insuscettibile di scioglimento meramente consensuale ed incompatibile con fenomeni di recesso *ad nutum* che, invece, caratterizzerebbero quella di fatto».

⁽⁷¹⁾ Cfr. D. RICCIO, *op. cit.*, p. 470.

⁽⁷²⁾ In ordine alle questioni concernenti la rinegoziazione del contratto, nonché ai rapporti con istituti volti a ristabilire l'equilibrio contrattuale turbato dalle sopravvenienze, la letteratura è ampia: v. almeno G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Digesto civ., Agg.*, II, Torino, 2003, p. 1200 s.; ID., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 937 s.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, p. 243 s.; ID., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., *Revisione del contratto*, in *Digesto*

all'eventuale obbligo contributivo, non direttamente imputabili all'obbligato, tra cui, ad esempio, il caso di sopravvenuta perdita del posto di lavoro all'obbligato stesso non addebitabile.

civ., XVII, Torino, 1998, p. 431 s.; ID., *Dai rimedi ablativi a quelli conservativi in materia contrattuale*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, III, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, p. 289 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 s.; ID., *Le sopravvenienze*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, 493 s.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 390 s.; M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze perturbative e la revisione contrattuale*, in *Studi in memoria di Giovanni Cattaneo*, I, Padova, 2002, p. 147 s.; ID., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003, pp. 96, 329-331 e 358 s.; R. SACCO, *Le sopravvenienze atipiche*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, pp. 722-725; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; And. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 4, Torino, 2004, p. 147 s.; F. GALGANO, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in ID., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 646 s.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 539; ID., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in U. DRAETTA e C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adempimento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 299 s.; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, p. 492 s.; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, pp. 45 ss., 113 ss.; S.P. CERRI, *La rinegoziazione del contratto nell'esperienza europea*, in *Juripolis – Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey. Campus Ciudad de México*, 2010, p. 61 ss.

HEDLEY CHRIST^(*)

WHAT DOES IT MEAN TO BE HUMAN IN HUMAN RIGHTS LAWS?

ABSTRACT: Starting from the Universal Declaration of Human Rights, the paper analyses the juridical position of the individual (individuals as human beings and individuals as persons), with particular reference to the European Convention of Human Rights (ECHR). In this view, the essay deals especially with the status of the embryo, human rights and live human beings and human rights after death.

SUMMARY: 1. Human Rights and Homo Juridicus. — 2. Individuals as Human Beings and Individuals as Persons. — 3. Status of the Embryo. — 4. Human Rights and Live Human Beings. — 5. Human Rights after Death. — 6. Conclusion.

1. — *Human Rights and Homo Juridicus.*

In the Universal Declaration of Human Rights at Article 1 it states that «All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood». There seems, in this statement, a sense that because we are humans we know what it means to be human, that we do not have to ask what does it mean to be human in human rights law. The statement does not concern itself with humans as members of a certain biological species but as having certain properties; the concept of the human appears as an abstract idea of universality, free born, endowed with reason and equal. If we then ask what does it mean to be human in human rights law, it seems nonsensical to say that they are individuals with reason and conscience⁽¹⁾. Not

^(*) Jean Monnet Centre, University of Perugia, Italy and Senior Lecturer in European Law at the University of Brighton, United Kingdom.

⁽¹⁾ Reason being the general human faculty or capacity for truth-seeking and problem-solving, differentiated from instinct, imagination, or faith. Conscience being the sense of

only because we have introduced the philosophical and religious concepts of reason and conscience but also because we have introduced another concept, that of the individual. That is not to say that neither philosophical nor religious concepts are not important to human rights laws, we know they are, but the question I wish to address is how, in the practice of human rights law is the concept of human being instituted; how are human beings represented as Homo Juridicus ^{(2)?}

One of the immediate aspects that one notices when looking at the human rights laws is that the word human is sparingly used. The Universal Declaration, in its preamble, uses the phrase ‘human family’, and at Article 1 ‘human being’. Both the International Covenants use human beings in their preamble and human person, and the African Charter on Human and Peoples Rights also uses the word human in its preamble and at Article 4 and 30. More often the words ‘individuals’ or ‘persons’ are used or, as in the European Convention of Human Rights (ECHR) ‘everyone’. What therefore lies in the distinction between them?

2. — *Individuals as Human Beings and Individuals as Persons.*

David, A. (1955) ⁽³⁾ identifies the human being as subject of law, at least in the West, as the State as guarantor of personal status. Human beings therefore become subjects of law through their legal personal status. We have then shifted our focus from the concept of the human being to the concept of the person without, it seems, being any more clearer about the nature of being human or of being a person; one concept interchanged for another. To resolve this I wish to refer to McCall’s ⁽⁴⁾ statement: «Whilst the

knowing right from wrong, described variously by philosophers as a reflection of the voice of God, as a human faculty, as a voice of reason or of a special moral sense.

⁽²⁾ I take this phrase Homo Juridicus from Supoit, A. (2007) *Homo Juridicus: On the Anthropological Function of Law*, London, New York: Verso.

⁽³⁾ David, A. (1955) *Structure de la personne humaine*. Paris: PUF.

⁽⁴⁾ McCall, C. (1990) *Concepts of Persons: An Analysis of Concepts Person, Self, and Human Being*. Aldershot: Avebury, at p. 102.

concept of person and the concept of human being can be distinguished in that they describe individuals under different sets of properties and characteristics (...). McCall then identifies being human as being an individual, an individual with properties and characteristics which can identify that individual. McCall therefore identifies human beings as individuals with a set of properties and characteristics and persons also as individuals with another set of properties and characteristics. What then are these properties and characteristics which distinguish between individuals as human beings and individuals as persons? McCall determines human beings as individuals having a biological entity, subject to biological laws in that they grow, change, and age; are physical objects with identifiable characteristics such as fingerprints, retina scans, and DNA. The individual then becomes represented by the body and I shall argue that one of the significant ways human rights laws understand the human is by the body, the human body. With regards to the concept of person McCall, C. (1990)⁽⁵⁾ notes «In this sense the concept of person is a social concept, entities are not found to be persons but rather denied or granted the status of persons and the status is granted according to what we in our particular societies decide to be the criteria of personhood (...). To conceive of an individual as a person is to attribute to that individual a cluster of properties which constitute the concept of person».

We have therefore, as noted by David, A. (1955), the notion that to be a person is not to be an individual in the biological sense. Person or personhood is a social construct, one that, at least in law, is guaranteed by the State. The status therefore granted to us, in our particular societies will differ; they will not always be the same. Our personal status will be different depending whether we are Italians, living in Italy, subject to Italian laws from when we are in another country, on holiday, working, or visiting family and friends. Those personal characteristics change, will not be the same because different States guarantee different characteristics depending on one's personal status as a domestic or foreign person. What is particularly important here is the identification of us as individuals, individuals with personal status.

⁽⁵⁾ McCall, C. (1990) *ibid* at pp. 70 and 177.

This too, I will argue, is how human rights laws understand the human, the human being as an identity.

In these senses of the term, human beings are therefore individuals, individuals with personal status and person legal status particularly guaranteed by the State. As noted by Gray, J.C. (1921)⁽⁶⁾ «In books of the law, as in other books and in common speech ‘person’ is often used as meaning a human being, but the technical legal meaning of a ‘person’ is the subject of legal rights and duties». For human rights laws then, as in other laws, the individual personal legal status provides human rights and human duties. The individual is seen both as an identifiable individual and as a collective, a collection of individuals subject to the same rights and duties. Human beings, therefore, are individual at one time unique, but also identical⁽⁷⁾. Individuals are identical in that each holds the same rights and duties equally. The preamble of the Universal Declaration states «Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family»⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Gray, J.C. (1921) *The Nature and Source of Law*. New York: MacMillan, at p. 27.

⁽⁷⁾ Supiot, A. (2007) *Homo Juridicus: On the Anthropological Function of the Law*. London, New York: Verso notes at p. 206 «As its name suggests the charter [of Human Rights] integrates the individual rights that feature in Western declarations, but does so within a conception of the human being not as isolated individual subjects, but as a being, linked to others, whose identity exists as members of a number of communities».

⁽⁸⁾ In its submission to the Commission of Human Rights in 1947, the American Anthropological Association stated: «The problem faced by the Commission on Human Rights of the United Nations in preparing its Declaration on the Rights of Man must be approached from two points of view. The first, in terms of which the Declaration is ordinarily conceived, concerns the respect for the personality of the individual as such and his right to its fullest development as member of his society. In a world order, however, respect for the cultures of differing human groups is equally important.

These are two facets of the same problem, since it is a truism that groups are composed of individuals and human beings do not function outside societies of which they form a part. The problem is this to formulate a statement of human rights that will do more than just phrase respect for the individual as an individual. It must also take into full account the individual as a member of the society group of which he is a part, whose sanctioned modes of life shape his behaviour, and with whose fate his own is thus inextricably bound».

The notion of a human being then is as an individual who is also a person only as a social being, persons being a social construct. One may find an individual alone on a desert island but not a person. Human beings are then constituted as individuals who have a body and an identity, the status of which is provided for as a social construct in their personhood. How then, with this understanding of human beings, do the human rights laws understand the notion of being human? What does it mean in human rights laws to be human? I have already stated that I believe that human rights laws understand the term human to mean both body and identity. In other words the human rights laws understand being human as human body, and a human body with an identity. I wish to then to consider first when, in human rights laws do we become human and second how, once considered, does the human becomes represented by the body and identity.

3. — *Status of the Embryo.*

I wish to address the first question by asking whether we become human in human rights laws after conception. We need to determine the status of the embryo and the foetus in human rights laws because, as we have already identified and as Labrusse-Rous, C. & Bellivier, F. (2002)⁽⁹⁾ note, the notion of “droits de l’embryon et du foetus” depends on their qualification “personne juridique”. If the embryo is to have personal status under human rights laws then it must, as a minimum, have the ‘right to life’ under Article 2 ECHR which states “Everyone’s right to life” shall be protected by law⁽¹⁰⁾.

In the United Kingdom (UK) the status of the embryo was briefly considered in the Warnock Committee Report⁽¹¹⁾ which noted that some people

⁽⁹⁾ Labrusse-Rous, C. & Bellivier, F. (2002) Les Droits de L’embryon et du Foetus en Droit Privé. *Revus International de Droit Comparé*. 2 : 579-601.

⁽¹⁰⁾ More universally Article 6(1) of the International Convention of Cultural and Political Rights (ICPR) states “Every human being has the inherent right to life”.

⁽¹¹⁾ Warnock Committee, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Cmnd 9314, 1984, London: HMSO.

consider the embryo to be human and alive while others hold the opposing view, or at least that embryos are not yet human⁽¹²⁾. A slightly more considered opinion was held in an American case: *Davis v Davis*⁽¹³⁾ in which a couple who had seven embryos cryopreserved disagreed as to what should happen to these embryos once the marriage had dissolved; she wished initially to have them implanted into herself and later, given to infertile couples, while he wished them destroyed. The Supreme Court held «At one extreme is the view of the pre-embryo as a human subject after fertilisation which requires that it be accorded the rights of a person (...). At the opposite extreme is the view that the pre-embryo has a status no different from any other human tissue (...). A third view (...) holds that the pre-embryo deserves respect greater than that accorded to human tissue but not the respect accorded to actual persons». The Court concluded «that pre-embryos are, not strictly speaking ‘persons’ or ‘property’ but occupy an interim category because of their potential for human life. It follows that any interest that Mary Sue Davis and Junior Davis have in pre-embryos in this case is not a true property interest. However, they do have an interest in the nature of ownership to the extent that they have decision making authority concerning disposition of the pre-embryos within the scope of policy set by law». We see in this judgment the idea that embryos are not yet human, they have a potential for human life but that in themselves they do not make a human being. Furthermore the Court considered that embryos are not quite property either, although there clearly has to be some degree of ownership.

In Europe in 1960 the question as to whether an embryo was a human being from the time of conception was asked of the Human Rights Commission in *X v Norway*⁽¹⁴⁾ however, the Commission left the question un-

⁽¹²⁾ When presenting this topic to doctoral students I showed them photographs of embryos, one only a few days old in which only the differentiating cells could be seen, and one at five weeks old in which definition was beginning to show a human form. I asked the students whether they thought they were human or not yet human. All they students felt that both embryos, early and late were human.

⁽¹³⁾ *Davis v Davis* 842 sw 2d 588 (1992).

⁽¹⁴⁾ *X v Norway* (867/60) CD 6, 34.

answered stating that it was not competent to examine this question *in abstracto*. The same question was asked again in *X v United Kingdom*⁽¹⁵⁾. This time the Commission expressed doubt as to whether the word ‘everyone’ in Article 2(1) ECHR could apply to an unborn child. The Commission also noted that if the right to life was secured for an embryo from the time of conception, this must be subject to an implied limitation allowing a pregnancy to be terminated in order to protect the mother’s life and health. And herein lies one of the significant problems to extending Article 2(1) ECHR to the embryo. As Labrusse-Rous, C. & Bellivier, F. (2002) note we are not considering «L’individualité biologique de L’embryon et sur son aptitude progressive a une vie autonomie». We need to consider «en la plaçant sous la dépendance non plus biologique mais volontaire de la mère». The consequence therefore of extending the right to life to the embryo has significant externalities. It brings forth other issues which in many cases have already been decided such as the nature of contraception and abortion.⁽¹⁶⁾ But it also brings forth how we conceive of the embryo in relation to other issues such as the relationship of the right to life of an embryo and medical research; the right to life of an embryo and the embryo as property, par-

⁽¹⁵⁾ *X v United Kingdom* (8416/78) DR 19, 244.

⁽¹⁶⁾ With regard to these two issues the UK cases are of note. In *Re F (in utero)* [1988] Fam 122, a local authority tried to make a foetus a ward of court believing that the mother’s life-style was damaging the foetus. The Court held, at p. 415 «The life of the foetus is intimately connected with and cannot be regarded in isolation from the life of the pregnant woman. If article 2 were held to cover the foetus and its protection under this article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant women. This would mean that the unborn life of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman. The ‘right to life’ of a person already born would thus be considered as subject not only to the express limitations (...) but also to a further, implied, limitations». In *Re MB (Medical Treatment)* [1997] 2 FLR 426 at p. 444 «The law is, in our judgment, clear that a competent woman who has the capacity to decide may, for religious reasons, other reasons, or for no reasons at all, choose not to have medical intervention, even though (...) the consequences may be the death or serious handicap of the child she bears or her own death (...). The foetus up to the moment of birth does not have any separate interests capable of being taken into account (...)».

ticularly if one thinks of the embryo as material for research purposes and possible industrial and commercial transactions.

In *Evan v United Kingdom*⁽¹⁷⁾ the applicant had been informed that she had pre-cancerous tumours in both her ovaries which would have to be removed. Prior to removal of the ovaries some of her eggs were removed for *in vitro* fertilisation (IVF). Under UK law both the applicant and her partner had to sign a consent form⁽¹⁸⁾. This consent could be withdrawn at any time up to implantation. When the relationship broke down the applicant's partner wrote to the clinic which was holding the embryos, stating that he wished them to be destroyed. After the clinic had notified the applicant, she applied for an injunction. This injunction included seeking a declaration that the destruction of her embryos would be a breach of her human rights at Article 8, 12, and 14 ECHR. She also pleaded that the embryos were entitled to protection under Articles 2 and 8 ECHR.

At the UK trial this application was dismissed. The issues of consent are not important here but as for the embryos the Court held that an embryo is not a person with rights protected under the Convention. The Honourable Mr. Justice Wall held that «I am quite unable to accept that Article 2 is engaged in this case. Counsel's proper concession that an embryo is not a human life seems to me fatal to the engagement of Article 2. There is no direct authority on the point in relation to embryos, but there is abundant domestic authority binding on me that a fetus, at whatever stage of its development has no existence independent of its mother. If a fetus has a right to life under Article 2, it is difficult to see how an embryo can have such a right». On appeal to the European Court of Human Rights the Court quoting *Vo v France* held «(...) that, in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which

⁽¹⁷⁾ *Evans v United Kingdom*, Judgment of ECHR of 10 April 2007, application no. 6339/05, a case stemming from *Evans v Amicus Healthcare Ltd and Others* [2003] EWHC 2161 (Fam).

⁽¹⁸⁾ This is accordance with the provisions of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant's case, an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim – or have claimed on its behalf – a right to life under Article 2 (...). The Grand Chamber for the reasons given by the Chamber finds that the embryos created by the applicant and J. do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision» (paragraphs 54 & 56).

It seems clear, therefore, that human rights laws do not see the embryo as human. The nature of the embryo's dependence on the mother means that an independent existence is necessary. As Labrusse-Rous, C & Bellivier, F. (2002) state «La naissance est donc une condition nécessaire à L'acquisition définitive de la personnalité juridique: la condition est certainement suspensive encore qu'en doctrine certains soutiennent qu'il pourrait s'agir d'une condition résolutoire». The qualification of human as *personnalité juridique* is therefore bound with the existence of a live human being. This seems a trite statement because if human rights laws do not see humans as live human beings then who else would they see? But there is a point to be made here in that human rights laws must see all humans as being subject to its laws. Supiot, A. (2002)⁽¹⁹⁾ «what was distinctive about Nazi extermination policies was not solely that the lives of millions of innocent men, women, and children were taken in the name of the racial struggle, but that they were stripped of the different layers that made them subject of law, so as to destroy their full legal capacity». The Universal Declaration at Article 2 makes it clear that «Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in the Declaration».

4. — *Human Rights and Live Human Being.*

How then do human rights laws see the live human being? Supiot, A. (2007) notes that the nature of human personality derives from Christianity

⁽¹⁹⁾ Supiot, A. (2007) *ibid.* note 6 at p. 57.

in that each of us has the dual nature of matter and spirit, a mortal body, having an immortal soul. And it is in this respect that human rights laws see the human, as a body and as an identity rather than as an immortal soul. As a body the human has a right to its physical and mental integrity maintained. The Universal Declaration, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the European Convention on Human Rights *inter alia* provide the right to life, the right not to be tortured or to be subject to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, not to be enslaved. Our physical and mental integrity must be maintained. As so must our own identity, our sense of self, who we are through the notion of freedom: the freedom of thought, conscience, religion or belief, opinion, expression, assembly and association and our cultural life. As Supiot, A. (2007) ⁽²⁰⁾ notes «The horizon of the Human in the Universal Declaration is the free and full development of (...) personality which justifies the attribution of rights without which this development would be compromised» ⁽²¹⁾.

An important aspect of identity is our name. As Proitto, B. (2002) ⁽²²⁾ notes the name represents a means of identification, not only our own identification but also for the State, how the State identifies us as citizens *inter alia*. At Article 24(2) ICPR it states, «Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name». Article 18 of the American Convention on Human Rights states, «Every person has the right to a given name and to the surname of his parents or that of one of them». In fact many of the ways in which law grants us our personal status is through our name.

⁽²⁰⁾ Supiot, A. (2007) *ibid.* note 6 at p. 24.

⁽²¹⁾ These are not all the rights provided under the human rights laws. My aim here is to consider the notion of being human in human rights laws, but other rights also involve our legal integrity as a legal person, such as our right to a nationality, and also as a social person, individuals as social beings whose rights involve those of health, work, education and training, and property.

⁽²²⁾ Proitto, B. (2002) *L'identità de la Personne Physique en Italie entre Concordats et Laïcité*, en Pousson-Petit, J. (ed) *L'identité de la personne humaine: Étude de droit français et de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant pp. 179-193 at p. 190 «Le nom représenté le principal moyen d'identification de la personne et comprend le prénom et le nom (patronymique) (Art. 6, al 2 du C.Civ)».

Thus the living human being, within the framework of human rights laws, it conceives the human being as the body, having physical and mental integrity, and the identity in which the individual is seen both as an identifiable individual and as being part of a community. The notion of human being then is fused; there is a body which can be identified, there is a person, one and indivisible from birth to death, a single autonomous whole who is a unique being, incomparable to any other. But there is also an individual who is part of human society. As individuals, then, we are at the same time unique and identical, having the same rights and duties. This fusion identifies us with our bodies; we become an experiencing individual, experiencing the law, the rights invested in us as human beings. Are such rights, however, ones of self-determination? I have in mind here the self-determination of the individual rather than the self-determination under international law of the state ⁽²³⁾, self-determination as autonomy. If human rights laws understand the human being as body and identity, the individual which is you and I, then do we have a right of self-determination over our bodies? More specifically do we have the right to dispose of our bodies? Just as we have a right to life do we have a right to death?

I wish to consider the case of Diane Pretty. Diane Pretty suffered from a terminal muscle disease: motor neuron disease (MND), in which the muscles become weaker resulting in an inability to walk, speak, breath, and swallow. In its terminal phase, the illness paralyzes the individual who eventually dies from suffocation. However, the individual's intellect and capacity to make decisions remains unimpaired during the illness. As a result of her illness, Diane Pretty wished to commit suicide at a time she decided, but due to her muscle wastage she required the assistance of her husband. However, under UK law, should her husband assist in her suicide he would be prosecuted; assisted suicide being a criminal offence contrary to Section 2(1) of the Sui-

⁽²³⁾ At Article 1(1) ICPR it states «All peoples have the right of self-determination» in that they should be free to choose their political status that is the will of the people makes the State legitimate. Or the pursuit of various freedoms be they economic, social, or cultural.

cide Act 1961⁽²⁴⁾. She therefore sought an undertaking from the Director of Public Prosecutions (DPP) that they would not prosecute her husband for assisting her in her suicide. The DPP stating «they will not grant immunities that condone, require, or purport to authorise or permit the future commission of any criminal offence, not matter how exceptional the circumstance».

Mrs Pretty then sought judicial review of the DPP's decision stating that under the European Convention at Article 2, 3, 8, 9, and 14 ECHR. The UK court dismissed her application for judicial review holding that the DPP did not have the power to give the undertaking not to prosecute her husband and that Section 2(1) of the Suicide Act 1961 was not incompatible with the European Convention. Mrs. Pretty then appealed to the House of Lords (now the Supreme Court) who also dismissed her appeal upholding the decision of the Divisional Court. Mrs. Pretty then applied to the European Court of Human Rights alleging that the refusal of the DPP and the prohibition in the UK law on assisted suicides infringed her Convention rights⁽²⁵⁾. Mrs Pretty argued that her human rights were breached by:

1. Article 2 in that this article not only provided the right to life but also the right to choose whether or not to go on living.

2. Article 3 in that the State owed to its citizens not only a negative obligation to refrain from inflicting inhuman or degrading treatment, but also a positive obligation to protect people from it, that obligation being to take steps to protect her from the suffering which she would otherwise have to endure.

3. Article 8 in that the right to self-determination encompassed the right to make decisions about one's body and what happened to it. She submitted that it included the right to choose when and how to die and that

⁽²⁴⁾ This states «A person who aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding fourteen years».

⁽²⁵⁾ At the time of this application Mrs. Pretty's condition had significantly deteriorated and her life expectancy was very poor, measured in weeks.

nothing could be more intimately connected to the manner in which a person conducted her life than the manner and timing of her death.

4. Article 9 in that the right to freedom of thought protected her own belief in seeking the assistance of her husband to commit suicide. Mrs Pretty believing in the notion of assisted suicide for herself.

5. Article 14 in that she was being discriminated against because the enjoyment of the rights guaranteed under the provision in the domestic law permitting able bodied persons to commit suicide prevented an incapacitated person from receiving assistance in committing suicide.

In addressing these issues the Court held that the right to life, guaranteed in Article 2 ECHR could not be interpreted as involving a negative aspect of a right to die; such would be a distortion of the language. Article 2 neither created a right of self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life. But Article 2 did recognize that it is for the individual to choose whether or not to live and so protects the individual's right to self-determination. In doing so an individual may refuse life-saving or life-prolonging medical treatment, and may lawfully choose to commit suicide. However, Article 2, in protecting the right to life prevented the deliberate taking of life, save in very narrowly defined circumstances, and therefore an article with that effect cannot be interpreted as conferring a right to die, or to enlist the aid of another in bringing about one's own death.

In respect of the other arguments made under Articles 3, 8, 9, and 14, each was dismissed by the Court. Article 3 did not cover instances in which the respondent government had not themselves inflicted and ill-treated the applicant. Article 8 and 9 had not been breached by the UK whose domestic laws had been designed to safeguard life by protecting the weak and vulnerable and those who were not in a condition to take informed decision. The 'blanket' nature of the ban on assisted suicide was not, the Court held, disproportionate and thereby the UK's criminal law applied to all and could not be seen as discriminatory under Article 14 ECHR.

It appears therefore that human rights law understand the body as being disposable, as a matter of self-determination, but only in that we as individuals may decide to refuse life-saving or life-prolonging medical treatment or we may lawfully choose to commit suicide. There is therefore an entailment in the right to life to a right to die; self-determination in being able to dispose of one's body, either by refusal of medical treatment or by committing suicide, or by lawfully choosing to commit suicide. Whether this is entailed in Article 2 ECHR needs more consideration than I intend to give it here. But it seems that as individuals we do have a right to die, as long as it is at our own hand, either as passive euthanasia⁽²⁶⁾ or suicide. However, if we are unable to actively end our life we do not have the right to request the aid of another.

5. — *Human Rights after Death.*

If then human rights laws understand the human as body and identity, do these laws continue to understand the body after the death of the individual? Is the person, once dead, still understood as demanding its human rights? Do human rights laws extend to the notion of the body and the identity after death? This seems an important question to ask, particularly as in the beliefs and cultures of many people the remains of their dead should be accorded proper respect and treatment. In the UK this issue of respecting the dead has become an issue for many of the UK museums, which have, within their

⁽²⁶⁾ Szerletics, A. (2011) Paternalism and Euthanasia: The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights. *Diritto e questioni pubbliche*, n° 10/2010: 479-496 at p.481 notes «It is possible to distinguish between voluntary, nonvoluntary, and involuntary forms of euthanasia. Involuntary euthanasia is imposed on the subject against his will or without his consent. It qualifies as murder and it is rarely discussed, let alone defended by anyone. In the case of nonvoluntary euthanasia, the patient is not mentally competent to make an informed choice (i.e. being an infant, insane or comatose). The term passive euthanasia refers to the refusal of medical treatment by terminally ill patients, while voluntary active euthanasia involves someone's (mostly a physician) direct contribution to the patient's death, upon the patient's request».

collections, the bodies of indigenous peoples. Should these bodies remain in the collections or should they be returned or repatriated to the country of origin? How should these bodies, which remain in the collections, be stored and displayed? The issue is pertinent because at Article 9 ECHR the religion or beliefs of peoples should be respected and at Article 3 ECHR requires that no one shall be subject to inhuman or degrading treatment. Both of these articles provide absolute rights, subject to no exceptions.

A recent report for the UK museums stated «It could be argued by a claimant representing an indigenous people that the public display of human remains or the keeping in storage without proper funeral rites, of an identified person, or of a person who was a member of an indigenous people, amounts to the infliction of inhuman or degrading treatment on that people». If a museum is to display human remains then under part 2 “The Curation, Care and Use of Human Remains” of the guidance to museums on human remains it states «It is based [the guidance] on the concept that human remains have a unique status, are often of high research value, and should be treated with dignity and respect (...). Human remains should be displayed only if the museum believes that it makes a material contribution to a particular interpretation (...). Those planning displays should consider how best to prepare visitors to view them respectfully». In the World Archaeological Congress Code of Ethics, which includes the Vermillion Accord on Human Remains adopted in 1989 it states «Respect for the mortal remains of the dead shall be accorded to all irrespective of origin, race, religion, nationality, custom and tradition». Such considerations have been as a direct result of the human rights laws. The notion that human rights extend to the body, and possibly the identity, of the dead appears to be of serious concern to those involved in their storage and display⁽²⁷⁾. However, it is not only in respect to the storage and display of the dead that the issue

⁽²⁷⁾ A little while ago I was invited to look at a number of objects in cuneiform script, being interested in Mesopotamian law. In the storage room there was a body in a glass cabinet which took me a bit by surprise. The curator then informed me that they had just undertaken an audit of their human remains to see if they were storing and displaying human remains according to the Human Rights Act 1998.

of human rights laws are pertinent. In the UK the burial, either of the body or of the cremated remains, is under the control of the Church of England when the burial ground has been consecrated. The issue of these remains has also been the subject of human rights laws.

In *Re Crawley Green Road Cemetery*, the petitioner Kathleen Sunasky, sought a faculty for the exhumation of the casket containing the cremated remains of her late husband, Joseph Sunasky. The cremated remains were placed in Crawley Green Road Cemetery which was consecrated ground. However, her husband had no Christian allegiance and she was unaware at the time that interment took place that it was consecrated ground. In fact, both she and her husband were Humanists and her husband's funeral had been a humanist one. Her petition for exhumation was based on two arguments: first that she wished to have her husband's cremated remains re-interred near to where she now lived, having moved away from the area of Crawley Green Road Cemetery, and second that she wished her husband's cremated remains to be re-interred in non-consecrated ground. However, a grant for exhumation could only be given for medical reasons related to the petitioner of which, for Mrs Sunasky, there were none. The Court therefore held that there were not sufficient medical reasons to grant the exhumation.

However, the Court then considered a previous similar case *Re Durrington Cemetery* in which this Court had held: «Article 9 of the Convention provides: Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion, this right includes (...) freedom either alone or in community with others and in public and private, to manifest his religion and belief, in worship, teaching, practice and observance (...). I have therefore sought to consider elsewhere in this judgement what his wishes were likely to have been (...). It seems to me that in the facts of the present petition, this Court would be seriously at risk of acting unlawfully under the Human Rights Act 1998 were it to deny the freedom of the orthodox Jewish relations (...) [to] (...) the re-interment of his cremated remains in a Jewish cemetery (...)» the Chancellor, in *Re Crawley Green Road Cemetery* then noted that in his view the Chancellor in *Re Durrington Cemetery* had not «intended to suggest that a person once dead had any rights that might accrue to him under the Convention after his death»

but that the human rights of the living relatives had to be considered⁽²⁸⁾. As a result the Chancellor accepted that Mrs. Sunasky did have rights under the Convention at Article 9 noting that it «is in its religious conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics, and the unconcerned. It therefore also applies to humanist beliefs». The Chancellor then held «in the present case I have come to the conclusion that the Court would indeed be acting in a manner incompatible with the petitioner's Convention rights [if she were denied] the right to remove her husband's ashes (...)»⁽²⁹⁾.

Whether it is the beliefs and wishes of the individual, when alive, that apply after death or whether it is the beliefs and wishes of the living relatives, the human rights laws still understands being human as the body and identity of the now deceased individual. Human rights laws then understand being human as an autonomous body, a body straight from birth who has an identity which will grow as the child grows into the adult. The body is of course easier to consider than the identity of an individual and human rights laws try to encapsulate all that can be considered as the identity of an individual. But human rights laws also consider the individual as part of a community; human rights laws apply to all individuals equally such that these laws understand humans as being unique and collective all at the same time. These laws therefore try to encapsulate all of us with all of our individuality.

6. — *Conclusion.*

There are of course many ways in which we can understand and explain

⁽²⁸⁾ In reading *Re Durrington Cemetery* I'm not sure that the Chancellor in *Re Crawley Green Road Cemetery* is correct. It seems to me that the Chancellor in *Re Durrington Cemetery* was trying to discover the deceased wishes when alive and apply them after his death.

⁽²⁹⁾ In *X v Federal Republic of Germany*, for which I could not find a citation, the Human Rights Commission noted that there was a breach of Articles 8 and 9 ECHR on the grounds that the applicant was denied the right to practise his religious beliefs by having his ashes scatted on his own land after his death and was obliged to be buried against his personal convictions in a cemetery with Christian symbols.

being human. As David, A. (1955) notes «When we represent the human being as a unique and indivisible individual both equal to and irreducibly different from all others we are performing an act of faith which clearly falls outside the realm of experimental science». Science, David notes is «radically unfitted to the task of grounding any type of claim concerning the ends that might give meaning to human life». And it seems that human rights laws in understanding the body and identity aim at giving meaning to human life within a defined context. When writing this I often thought what else could human rights laws understand as being human? But it could have understood being human in much narrower terms; the horrors of the Second World War made understanding the human being in much broader terms, a fundamental necessity and had, as Supiot notes, a strong Christian ethic in its foundation. We should remember however, that although human rights laws understand being human as body and identity it is through the notion of the person that law addresses us, the *personne juridique*. For only when the individual, unique and collective, becomes *Homo Juridicus* can human rights laws apply. But what it means to be human in human rights laws has certainly not received its full consideration by the courts and probably never will. However, the issues that surround being human will, I'm sure, return to these courts time and again; whether it is the issue of the embryo and foetus, the issue of euthanasia and possibly the issue of human remains *inter alia*. Being human, however defined, is not easily captured.

RAFAEL COELLO CETINA^(*)

REFLEXIONES SOBRE LA ARTICULACIÓN DE LA
CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Y DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS, CONFORME AL PRINCIPIO
DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

ABSTRACT: The article explains the relationships between the Federal Constitution of the United Mexican States and the provisions of the American Convention on Human Rights (Convención Americana de Derechos Humanos - CADH). Taking into account the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties – in force in Mexico since January 27, 1980 – and of the “Carta de la Organización de los Estados Americanos” (OEA) – in force in Mexico since November 7, 1945 – the author analyses the issues arising from the Federal Constitution of the United Mexican States and from CADH rules.

SUMMARY: 1. Introducción. — 2. La posición de la CADH al tenor de lo dispuesto en la CPEUM. — 3. La posición de la CPEUM conforme a lo previsto en la CADH. — 4. Aspectos relevantes para la armonización de la CPEUM y la CADH atendiendo al principio de supremacía constitucional.

1. — *Introducción.*

En el desarrollo de la integración regional que desde hace décadas se ha profundizado en diversos ámbitos, especialmente en el de la tutela de los derechos humanos, especial atención merece la adecuada articulación que se dé entre los tratados internacionales que sustentan aquélla y lo previsto en las Constituciones de los Estados que deciden participar en un sistema regional de protección de derechos humanos.

^(*) Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

Desde una primera reflexión podría sostenerse que si un Estado celebra un instrumento internacional ello implica, necesariamente, su voluntad de cumplir lo pactado, conclusión que aun cuando resulta obvia, amerita especial reflexión cuando lo acordado pueda dar lugar a desconocer lo establecido en su Norma Fundamental.

En ese orden de ideas, el estudio de las relaciones que se dan entre las Constituciones Políticas de los Estados y lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) puede abordarse desde diversas ópticas, entre otras, desde la posición que aquéllas le confieren a ese instrumento internacional o bien desde el sitio que la CADH les reconoce a esas Normas Fundamentales. Como se puede advertir el tema resulta complejo y puede llevar a conclusiones radicalmente opuestas, lo que no ayuda a una adecuada armonización de lo previsto en esos instrumentos ni, por ende, contribuye a la mejor integración regional.

Ante ello, para reflexionar sobre la compleja relación entre cuerpos normativos de esa naturaleza, en el presente escrito se estima conveniente analizar la que se suscita entre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la CADH, tomando en cuenta lo previsto en ambos ordenamientos así como lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en México a partir del 27 de enero de 1980 y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), vigente para nuestro país desde el 7 de noviembre de 1945.

Es indudable que entre ambos ordenamientos puede desarrollarse una relevante interrelación que permita una mayor tutela de los derechos humanos de todos aquéllos que se sujeten al orden jurídico del Estado Mexicano; sin embargo, es necesario profundizar en la solución que puede darse a la existencia de restricciones establecidas en la CPEUM que pudieran no ser acordes a lo previsto en la CADH; incluso, reflexionar sobre las atribuciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando analiza probables violaciones a derechos humanos cometidas en un Estado Americano cuyo orden jurídico descansa en el principio de supremacía constitucional.

En ese orden, con base en las conclusiones a las que se arriba sobre la re-

lación existente entre la CPEUM y la CADH, tomando en cuenta el alcance y los límites del principio pro persona que rige la interpretación y aplicación de toda la normativa que trasciende a la eficacia de los derechos humanos, en términos de lo previsto en el artículo 1º, párrafo segundo, de esa Norma Fundamental, con el objeto de lograr una mejor articulación entre ambos ordenamientos, cuya finalidad esencial es generar una reforzada tutela de las prerrogativas fundamentales que asisten a los que se sujetan al orden jurídico del Estado Mexicano, se proponen algunas premisas interpretativas sobre el alcance de la CADH y las atribuciones de la CIDH en el ámbito del orden jurídico del Estado Mexicano, atendiendo al principio de supremacía constitucional.

2. — *La posición de la CADH al tenor de lo dispuesto en la CPEUM.*

Es indiscutible que las reformas a diversos preceptos de la CPEUM publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 6 y 10 de junio de 2011 tienen una gran relevancia para la eficacia de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

En primer lugar, al reconocerse expresamente que todos las personas gozarán de esos derechos y, además, preverse que en el juicio de amparo se podrán plantear violaciones a esas prerrogativas se estima indiscutible la obligación que tienen todos los juzgadores de amparo de estudiar los planteamientos en los cuales se hagan valer violaciones a los derechos humanos reconocidos en esos instrumentos internacionales. Incluso, esta previsión expresa deja en claro para todas las autoridades y todas las personas jurídicas y naturales que en su actividad cotidiana deben tomar en cuenta lo previsto en esos instrumentos internacionales⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Importa recordar que la Primera Sala de la SCJN ha sostenido que antes de la entrada en vigor de las reformas constitucionales materia de estudio todas las personas gozaban en nuestro orden jurídico de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Vid. Tesis cuyo rubro y datos de identificación son los siguientes: «*Derechos humanos. Los tratados internacionales vinculados con éstos son de observancia*

Otros aspectos de especial relevancia son la posición constitucional que ocupan los tratados en comento dentro del orden jurídico del Estado Mexicano así como las reglas que para su interpretación e incluso aplicación se prevén en el párrafo segundo del artículo 1º de la CPEUM. Se trata de dos aspectos diversos que si bien se encuentran estrechamente relacionados ameritan abordarse por separado.

Por lo que se refiere a la jerarquía de esos instrumentos internacionales es importante tomar en cuenta lo previsto en los artículos 1º, párrafos primero y segundo; 15; 105, fracción II, incisos *b*), *c*) y *g*); 123, apartado A, fracción XVII, inciso *b*) y 133 de la CPEUM, de cuya interpretación es posible concluir que la CPEUM es jerárquicamente superior a los tratados internacionales de cualquier naturaleza celebrados por el Estado Mexicano, en virtud de que:

2.1. En términos de lo previsto en el artículo 133 de la CPEUM ⁽²⁾ los tratados internacionales de cualquier naturaleza se integran válidamente al orden jurídico nacional siempre y cuando se aprueben conforme al procedimiento señalado en esa Norma Fundamental y, además, su contenido sea conforme a lo previsto en ella.

2.2 Lo pactado en cualquier tratado internacional puede ser cuestionado a través de una acción de inconstitucionalidad por resultar violatorio de lo previsto en la CPEUM, como deriva de los incisos *b*) y *c*) de la fracción II del artículo 105 constitucional ⁽³⁾.

obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011» (Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1, Tesis; 1ª. CXCVI/2013, Página: 602).

⁽²⁾ «Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados».

⁽³⁾ «Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: II.- De las acciones de inconsti-

2.3. En una acción de inconstitucionalidad puede impugnarse lo previsto en una ley o en un tratado internacional por violar un derecho humano previsto en la CPEUM o en un tratado internacional celebrado por el Estado Mexicano, como se reconoce en la jurisprudencia de la SCJN⁽⁴⁾ y en el inciso *g*) de la fracción II del artículo 105 constitucional⁽⁵⁾.

tucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: (...) *b*) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; *c*) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano».

⁽⁴⁾ Vid tesis jurisprudencial que lleva por rubro, texto en lo conducente y datos de identificación: *«Acción de inconstitucionalidad promovida por un organismo de protección de los derechos humanos. En la demanda respectiva pueden plantearse violaciones al principio de legalidad y, por ende, la inconstitucionalidad indirecta de una ley por contravenir lo establecido en un tratado internacional sobre derechos humanos (...) también lo es que, al no existir un catálogo de derechos fundamentales tutelados por la Constitución General de la República a los que deban ceñirse dichos organismos al promover acciones de inconstitucionalidad, todos los derechos fundamentales expresados en la Constitución pueden invocarse como violados, sin que proceda hacer clasificaciones o exclusiones de derechos susceptibles de tutelarse por esta vía, de modo que los organismos de protección de derechos humanos también pueden denunciar violaciones al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, con lo que es dable construir un argumento de violación constitucional por incompatibilidad de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos»* (Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIV, Agosto de 2011, página: 870, Tesis: P/J. 31/2011).

⁽⁵⁾ «Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: (...) *g*) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales

2.4. Al tenor de lo previsto en el artículo 15 constitucional ⁽⁶⁾, carecen de validez los tratados internacionales que alteren, es decir, desconozcan, los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, lo que revela, por una parte, el condicionamiento del texto constitucional a los tratados internacionales cuya celebración no se autoriza y, por otra parte, la interrogante sobre la solución que podría darse a la aparente colisión que se dé entre normas de instrumentos internacionales que al regular diversos derechos humanos establezcan un diverso grado de tutela.

2.5. La referencia que se realiza en el párrafo primero del artículo 1º de la CPEUM ⁽⁷⁾, en el sentido de que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la propia Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, no confiere a dichos instrumentos la misma jerarquía que a la CPEUM, ya que ello únicamente les brinda una eficacia reforzada que aunado a lo previsto en los preceptos constitucionales antes citados permite concluir que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se encuentran por encima, incluso, de lo previsto en diversos instrumentos internacionales que no tutelan una prerrogativa de esa índole.

En abono a lo anterior, debe destacarse que cuando en el texto constitucional se reconocen derechos tutelados en ordenamientos inferiores a la CPEUM ello no modifica su jerarquía, la que deriva de la especial posición que

y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal».

⁽⁶⁾ «Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquéllos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte».

⁽⁷⁾ «Artículo. 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece».

esa Norma Fundamental atribuye a las diversas categorías de ordenamientos atendiendo al Poder u Órgano que las emite, como acontece respecto de las leyes laborales referidas en el inciso *b*) de la fracción XXVII del apartado A del artículo 123 constitucional⁽⁸⁾, el cual señala que serán nulas las estipulaciones establecidas en un contrato de trabajo que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores, supuesto constitucional en el cual no sólo se reconocen los derechos consagrados en favor de los trabajadores en leyes ordinarias sino que incluso se establece la nulidad de las cláusulas que violenten esas prerrogativas.

2.6. Conforme a lo establecido en la parte final del párrafo primero del artículo 1º de la CPEUM el ejercicio de los derechos humanos únicamente podrá restringirse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones previstas en esa Norma Fundamental, en la inteligencia de que aun cuando el artículo 29 constitucional se refiera a los supuestos en los que de manera general y extraordinaria podrá restringirse o suspenderse el ejercicio de aquéllos con motivo de la invasión o perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro, ello no obsta para reconocer que lo dispuesto en el precepto constitucional citado inicialmente implica que las únicas restricciones y delimitaciones⁽⁹⁾ de los derechos humanos y de sus garantías para su protección que son válidas para esa Norma Fundamental son las establecidas en ella o con base en lo previsto en la misma, siendo relevante determinar si esas restricciones o delimitaciones pueden superarse por una mayor tutela establecida en un tratado internacional o incluso en una norma general de rango inferior.

⁽⁸⁾ «Artículo 123. Apartado A. (...) XXVII. Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato: (...) *b*) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores».

⁽⁹⁾ En relación con la distinción entre restricciones y delimitaciones o limitaciones a los derechos humanos destacan: M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp 180 y A. ABA CATORRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 263.

En relación con las delimitaciones o restricciones de derechos establecidas en la CPEUM es importante tomar en cuenta que ningún derecho es absoluto, pues se configuran en atención a otros derechos y principios constitucionales. Sus límites están fijados explícita o implícitamente en la propia Norma Fundamental, por los demás derechos en un equilibrio inestable. Las normas que prevén derechos así como las que contienen principios deben ser armonizadas y articuladas jurídicamente, tanto por la actividad legislativa como por la jurisprudencial.

En el ámbito normativo la delimitación puede tener lugar en la propia Constitución o bien en la legislación ordinaria con base en habilitación constitucional expresa o implícita, en la inteligencia de que toda delimitación tiene como finalidad tutelar otros derechos fundamentales o diversos bienes constitucionales.

En ese orden, la delimitación de un derecho implica fijar sus límites internos, no se trata de una restricción pues no implica disminuir las facultades que lo integran. Al delimitar se determinan las conductas protegidas por el derecho y las que quedan fuera de él. Por ende, se trata de una labor de definición de un derecho fundamental. En cambio, las restricciones a los derechos fundamentales son reducciones del contenido del derecho previamente delimitado.

Conviene recordar que todo derecho tiene límites internos, pues se constituye por un haz de facultades o posibilidades de actuación, así como por un conjunto de garantías que la Constitución reconoce a sus titulares. Al determinar estas facultades o poderes se delimita un derecho, lo que implica reconocer los rasgos o caracteres que lo distinguen de otros derechos y bienes constitucionales.

En ese tenor, la delimitación de un derecho fundamental, es decir, el trazado de sus límites internos, se realiza a través de la interpretación constitucional, por lo que ésta debe considerar a la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás.

Ante ello, resulta indudable que una delimitación o una restricción a un derecho humano reconocida en la CPEUM constituye una expresión de la

articulación de derechos y demás bienes constitucionales que en principio corresponde ejercer al Constituyente o al Poder Revisor de la Constitución, por lo que acudir a lo establecido en un ordenamiento diverso en aras de superar la limitación respectiva, implicaría desconocer la labor de armonización de los derechos humanos que en principio les corresponde.

2.7. Al establecer el párrafo segundo del artículo 1° constitucional⁽¹⁰⁾ que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la CPEUM y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, no se confiere a éstos la misma jerarquía que a esa Norma Fundamental⁽¹¹⁾ ya que la circunstancia de que lo previsto en un ordenamiento internacional se erija en parámetro de referencia para llevar a cabo una interpretación conforme no implica modificar su posición en el orden jurídico nacional. En efecto, al llevar a cabo la interpretación conforme de un texto normativo al que pueden

⁽¹⁰⁾ «Artículo 1°. (...) Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

⁽¹¹⁾ A diferencia de lo que sucede en los preceptos de las siguientes Constituciones: Constitución de la Nación Argentina: «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 (...); 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 ellos reconocidos (...); Constitución Política de Colombia: «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»; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: «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 órgano del Poder Público». Al respecto véase: P.L. MANILLI, *El Bloque de Constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 95-125.

atribuirse diversos sentidos, si bien en principio se acudirá a su comparación con lo previsto en la Norma Fundamental, ello no obsta para que si en ésta no se regula la institución respectiva o por algún motivo no se arriba a una conclusión sobre cuál de esos sentidos normativos se apega a lo previsto en aquélla, la confronta respectiva se realice conforme a un diverso ordenamiento, superior al que es materia de interpretación, pero inferior al texto constitucional, supuesto en el cual de existir un solo sentido normativo que se apege a lo previsto en la respectiva norma interpuesta, se estará en presencia de una interpretación conforme, en la medida en que de arribarse a una diversa conclusión se estaría optando por atribuir a la norma materia de análisis un sentido indirectamente violatorio de la Norma Fundamental⁽¹²⁾.

Por ende, el mandato consistente en realizar la interpretación de las normas relativas a derechos humanos conforme a lo previsto en los tratados internacionales en la materia no revela, en forma alguna, que a éstos les asista la misma jerarquía que a la CPEUM, sino que únicamente reitera la especial posición constitucional que corresponde a esos instrumentos atendiendo a su carácter de Ley Suprema de la Unión, sujetos generalmente a lo previsto en la CPEUM, salvo disposición constitucional en contrario⁽¹³⁾.

2.8. Al establecer el párrafo segundo del artículo 1º de la CPEUM que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esa Constitución y con los tratados internacionales de la materia favore-

⁽¹²⁾ Un sencillo ejemplo de una interpretación conforme en relación con lo previsto en una norma interpuesta se presenta cuando se confrontan contra lo previsto en una Constitución local los diversos sentidos normativos que se pueden atribuir al texto normativo de un precepto de un reglamento municipal, lo que permitirá arribar a una interpretación conforme a la citada Constitución local y, por ende, en forma indirecta, a una interpretación conforme a la CPEUM, en la medida en que al tenor de ésta los reglamentos municipales deben apearse a lo previsto en las Constituciones locales.

⁽¹³⁾ Existen supuestos en los que el propio texto de la CPEUM remite a lo previsto en tratados internacionales y somete el orden jurídico nacional a lo establecido en aquéllos, como es el caso de lo indicado en su artículo 42, fracciones V y VI, en las cuales para determinar el territorio nacional se remite al derecho internacional con el objeto de fijar las aguas de los mares territoriales y el espacio situado sobre el territorio nacional que comprenden el territorio del Estado Mexicano. Estos supuestos son expresos y excepcionales.

ciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia se incorpora el principio pro persona o pro homine, cuyo alcance debe fijarse atendiendo al contexto constitucional en el cual se inserta. Cabe señalar que este principio tiene dos expresiones claramente diferenciadas, por una parte da lugar a la interpretación pro persona, única a la que expresamente se refiere en ese precepto constitucional, y en virtud de la cual cuando el operador jurídico se encuentra en presencia de un texto normativo al cual es posible atribuir diversos sentidos normativos deberá optar por aquél que, además de ser conforme a la Norma Fundamental, brinde la mayor protección a los derechos humanos de las personas involucradas en la aplicación de la norma respectiva.

En relación con esta técnica o método de interpretación, de especial relevancia resulta tomar en cuenta que ante los diversos sentidos que se puedan atribuir a un texto normativo el operador jurídico debe considerar la trascendencia que optar por alguno de ellos tendrá para todas las personas relacionados con la aplicación de la norma respectiva.

A manera de ejemplo, si se enfrenta la interpretación del artículo décimo primero transitorio⁽¹⁴⁾ del Decreto de reformas constitucionales relativas al sistema penal acusatorio, publicado el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, conforme al cual se estableció en los artículos 16, párrafo octavo y 73, fracción XXI, párrafo segundo, respectivamente, que la autoridad judicial a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada podrá decretar el arraigo y que sólo el Congreso de la Unión podría legislar sobre delincuencia organizada, de la lectura del artículo transitorio antes transcrito podría surgir la interrogante sobre si la facultad temporal, en tanto entra en vigor el sistema penal acusatorio, para decretar arraigos respecto de delitos graves, asiste únicamente a los jueces

⁽¹⁴⁾ «En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días. Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia».

federales o incluso a los jueces locales, dado que a partir de la entrada en vigor de esa reforma constitucional sólo la Federación legislará sobre delincuencia organizada y, por ende, únicamente los jueces federales podrían decretar arraigos al limitarse éstos a ese tipo de delitos.

Ante esta interrogante podría sostenerse que la interpretación pro persona de la referida norma transitoria, favorable a un inculpado por un delito grave de carácter local, es la que lleva a concluir que los jueces locales no pueden decretar un arraigo respecto de esos delitos, pues sólo el juzgador federal tiene competencia transitoria para ello, incluso respecto de delitos graves conforme a la normativa federal, y no únicamente respecto de delitos de delincuencia organizada.

A pesar de lo anterior, si se revisa con detenimiento los fines del arraigo y el principio establecido en el artículo 124 constitucional, consistente en que las atribuciones que no se reservan a la Federación son de la competencia de las autoridades locales, es posible advertir que, por un lado, la norma transitoria materia de análisis no distingue si la facultad podrá ejercerse sólo por los jueces federales o incluso por los jueces locales, lo que atendiendo a ese principio constitucional permitiría sostener que la competencia también se surte para éstos últimos.

En abono a lo anterior y en relación con la interpretación pro persona, tomando en cuenta que la finalidad de ésta es optar por el sentido normativo que brinde mayor protección a todas las personas, debe considerarse que aun cuando el arraigo implica una restricción al derecho humano a la libertad personal, por mandato constitucional debe estar encaminado a tutelar derechos humanos de terceros o bienes constitucionales precisados por el Poder Revisor de la Constitución tanto en el párrafo octavo del artículo 16 constitucional como en el párrafo segundo de la norma de transito materia de análisis. Por tanto, si el arraigo está previsto en el sistema constitucional transitorio para dictarse respecto de cualquier delito grave, al parecer, la interpretación pro persona de ese precepto transitorio es aquélla que toma en cuenta los derechos del inculpado y los de las personas cuya integridad personal o diverso derecho humano puede verse afectado si el inculpado no sufre la restricción de su libertad personal, por lo cual el juzgador local

también se encuentra investido de la atribución para decretar un arraigo respecto de delitos graves. Lo anterior, sin menoscabo de que el juzgador deba justificar plenamente el dictado de dicha medida cautelar tomando en cuenta su carácter restrictivo de la libertad.

1.10 La otra expresión del principio pro persona es la que se ha denominado como “preferencia de normas” dado que se erige en una auténtica regla de aplicación⁽¹⁵⁾ de normas generales, conforme a la cual cuando se está en presencia de diversas normas que otorgan un diferente grado de tutela a un mismo derecho humano se deberá acudir a la que brinde una mayor protección a las personas o si se trata de diversas normas que restringen un derecho humano deberá aplicarse la que implique una menor restricción.

En el caso de esta expresión del principio pro persona, si bien pudiera sostenerse que se encuentra incluida en el párrafo segundo del artículo 1º constitucional al referirse al principio de interpretación pro persona, dado que para alguna doctrina la interpretación de una norma general lleva implícito determinar si es aplicable a un caso concreto, ello no obsta para reconocer que el uso de esa regla de aplicación del derecho debe apegarse a las diversas que sobre la aplicación del orden jurídico nacional prevé la CPEUM, aun cuando existen importantes posturas que proponen dejar de lado el principio de jerarquía para estimar que la CPEUM y los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen un auténtico bloque o masa de derechos, conforme a la cual el operador jurídico debe acudir al precepto que implique una mayor tutela de derechos humanos.

En la doctrina que sostiene esta postura destacan German J. Bidart Campos así como Pablo L. Manili, quienes parten de la interpretación del texto constitucional de la República Argentina que expresamente reconoce jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuestión que debe tomarse en cuenta al analizar su propuesta.

Al respecto Pablo L. Manili indica que «el principio pro homine, utilizado como pauta para la selección de normas en el marco de la multiplicidad de

⁽¹⁵⁾ Para un análisis sobre la distinción entre los métodos o técnicas de interpretación y las reglas de aplicación de normas generales consultar la sentencia emitida el 15 de octubre de 1999 por la Segunda Sala de la SCJN en la contradicción de tesis 15/1999.

fuentes que protegen los derechos humanos, es uno de los pilares del moderno derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos»⁽¹⁶⁾.

Por su parte el distinguido tratadista German J. Bidart Campos⁽¹⁷⁾, sostiene que cuando la interrogante sobre la norma aplicable surja en una contienda entre particulares la norma a la que debe acudir es la que resulta más favorable para el derecho de la parte que en el conflicto guarda relación con un bien o interés jurídico de mayor alcurnia que el de su oponente, de acuerdo a una opción razonable y objetiva en la escala axiológica. Además, sostiene que «la selección de la fuente y la norma mejores no repara en el nivel donde se sitúan esa fuente y la norma que es producto de ella» para concluir que «parecería que el orden jerárquico se esfumaría sin rigor prelatório, porque lo definitorio es la primacía de la fuente y la norma más favorables. No obstante, esta apariencia necesita un correctivo, que enunciamos así: En la medida en que podamos identificar al principio pro homine como un principio de rango constitucional, será la propia fuente constitucional la que, desde su vértice, nos remitirá a cualquier otra fuente y su norma derivada que sean capaces de suministrar la mejor solución, sin que interese la instalación jerárquica de una y otra dentro de las gradaciones que escalona la pirámide jurídica».

En el ámbito de la jurisprudencia de la SCJN cabe señalar que la Primera Sala de alguna manera ha adoptado este alcance del principio pro persona en la tesis jurisprudencial citada el pie⁽¹⁸⁾, la cual parte de considerar que lo pre-

⁽¹⁶⁾ P.L. MANILI, *El Derecho Procesal Constitucional y el Federalismo*, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, foja 446.

⁽¹⁷⁾ . G.J. BIDART CAMPOS, *Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine*, en G.J. BIDART CAMPOS y A. GIL DOMÍNGUEZ (Coord.), *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*, Buenos Aires, Ediar, pp. 11-20.

⁽¹⁸⁾ Vid. Tesis jurisprudencial cuyo rubro, texto y datos de identificación son: «Principio pro persona. criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los

visto en la CPEUM y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos permean todo el ordenamiento jurídico, lo que deriva del hecho de que integran de la Ley Suprema de la Unión en términos de lo previsto en el artículo 133 constitucional; además, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable – en materia de derechos humanos –, atenderá a criterios que favorezcan al individuo, por lo que si existe una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción, de donde se sigue que si la CPEUM establece una restricción o delimitación de un derecho humano y un tratado internacional no la prevé, resultará aplicable este último por brindar una mayor tutela a la persona.

Ante ello se estima necesario reflexionar sobre el alcance que puede tener el principio pro persona referido en el párrafo segundo de la CPEUM, ya que aun cuando la doctrina le haya conferido ese alcance, es importante

Estados Unidos Mexicanos; y, *b)* todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable – en materia de derechos humanos –, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. [Décima Época, Registro: 2002000, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), Página: 799].

señalar que éste debe fijarse al tenor del contexto constitucional en el cual se inserta.

Para tal efecto es importante comenzar por reconocer que las normas generales que integran el orden jurídico del Estado Mexicano se ordenan conforme a dos criterios, el de jerarquía y el de competencia, siendo el primero de ellos fundamental para la regulación de aquél, pues es en la Norma Fundamental, investida del principio de supremacía constitucional, en la cual se sientan las bases que permiten conocer cuál es el peldaño que ocupan los diferentes tipos de normas generales y, en su caso, cuál es el ámbito material de validez en el cual pueden incidir. No existe en la CPEUM, como criterio de ordenación de las normas generales, el del grado de tutela de los derechos humanos, es decir, el principio pro persona entendido como un criterio al tenor del cual ante cualquier diferencia de regulación respecto de una prerrogativa fundamental prevalecerá la norma que brinde mayor protección o establezca la menor restricción.

En ese contexto, debe tomarse en cuenta que conforme a los referidos criterios de ordenación, tradicionalmente se ha aceptado que toda norma inferior que brinde mayor tutela de derechos será válida siempre y cuando no vaya en contra de los condicionamientos positivos o negativos que le impone una norma superior. Así, será válido que en una ley o en un reglamento se otorguen más derechos si ello no implica desconocer o restringir los derechos que una norma superior confiere a un tercero o si ello no se realiza por un órgano incompetente para regular en la materia respectiva.

De ahí que en ejercicio de su mayor o menor libertad de configuración, los poderes u órganos dotados de potestades normativas pueden desarrollar un auténtico bloque o masa de derechos que aun cuando estén reconocidos u otorgados en ordenamientos de diversa jerarquía permiten otorgar una mayor tutela. Ante ello, de cuestionarse si es aplicable una norma inferior que expande derechos no previstos en una de mayor jerarquía, deberá aplicarse aquélla por ser la que brinda la mayor protección, sin que ello derive de la jerarquía del cuerpo jurídico en el que se ubique la norma respectiva, sino del hecho de que constituye una norma que válidamente expandió derechos.

A pesar de lo anterior, en virtud de que todos los ordenamientos que

integran un orden jurídico ocupan en él una precisa posición, es importante tomar en cuenta que la capacidad para expandir derechos que asiste a un órgano dotado de potestades normativas está limitada, necesariamente, por lo previsto en las normas generales de mayor jerarquía, por lo que si en alguna de éstas, sea la Constitución o una norma interpuesta de menor rango pero superior a la que pretende expandir derechos, se ha delimitado el ámbito competencial en el cual ésta pretende incidir, por una cuestión de competencia estará imposibilitada para regular en relación con la tutela del derecho respectivo y, por más que lo hiciera otorgando una mayor tutela, la norma respectiva carecería de validez, pues aceptar lo contrario implicaría desconocer el principio de jerarquía normativa, el derecho humano a la seguridad jurídica y, por ende, abrir las puertas a la incertidumbre, en tanto que cada órgano dotado de potestades normativas podría rebasar sus ámbitos competenciales so pretexto de tutelar derechos humanos, con la complejidad que ello conlleva por su trascendencia a otras prerrogativas de la misma naturaleza. Esta es la problemática que se presentaría por aceptar la aplicación del principio pro persona sin atender a los ámbitos competenciales que asisten a los órganos dotados de potestades normativas, siendo conveniente precisar cuál surgiría, tal vez de mayor trascendencia, de aceptar la posibilidad de que mediante la aplicación de ese principio se dejen de lado las normas de mayor jerarquía que delimitan o restringen un derecho humano.

Cuando en una Norma Fundamental se reconocen los derechos humanos y se otorgan diversos derechos fundamentales, incluidas garantías para la protección de ambos, suele suceder que el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución delimitan o restringen esas prerrogativas, es decir, en virtud de su interrelación con otros derechos o con diversos bienes tutelados constitucionalmente fijan sus límites internos o deciden brindar una protección de menor alcance. El papel que corresponde a ese órgano implica equilibrar los múltiples y complejos intereses que confluyen en el desarrollo de cualquier sociedad.

Por ende, si una Constitución reconoce que únicamente ésta ocupa el primer peldaño del orden jurídico respectivo, es decir, establece el principio de supremacía constitucional sin otorgar la misma jerarquía a otros instru-

mentos jurídicos, como podrían ser los tratados internacionales, las delimitaciones o restricciones de derechos humanos establecidas en aquélla no pueden desconocerse por alguna norma inferior, pues ello implicaría alterar el orden fijado desde la propia Constitución como expresión de la voluntad soberana. Dicho en otras palabras si el principio pro persona diera lugar a que prevaleciera sobre lo previsto en la Norma Fundamental lo establecido en un tratado internacional, ello implicaría erigir a ese principio en el criterio primario de ordenación de las normas generales de un orden jurídico, para lo cual resultaría indispensable contar con una norma constitucional que expresamente así lo estableciera.

Es decir, al contrario de lo sostenido por Bidart Campos, no basta que la Norma Fundamental refiera al principio pro persona para que una norma inferior torne inaplicable una limitación prevista en una norma superior, ya que para ello es indispensable que ambas normas tengan la misma jerarquía, pues aceptar que la norma inferior prevalezca sobre la superior provocaría, además de afectar gravemente la seguridad jurídica, que por congruencia cualquier norma de menor jerarquía pudiera incrementar el ámbito de tutela de derechos dejando de lado otras prerrogativas o bienes constitucionales que deben ser regulados por el órgano competente.

En ese orden, al encontrarse la CPEUM por encima de los tratados internacionales en materia de derechos humanos lo dispuesto en éstos no puede desconocer lo establecido en aquélla.

Importa destacar que esta conclusión no impide reconocer que será válida cualquier expansión de derechos que se realice vía tratados u otro tipo de ordenamientos, atendiendo al alcance del principio pro persona en un sistema ordenado de potestades normativas, siempre y cuando el órgano que realice esa expansión actúe dentro de su ámbito competencial y sin desconocer las restricciones establecidas expresamente en la CPEUM.

Por ello, el establecimiento del principio pro persona en la Norma Fundamental del Estado Mexicano, como regla de aplicación del derecho, tampoco permite sostener que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen la misma jerarquía que la CPEUM, pues de la aplicación del referido principio no se sigue que las normas previstas en esta

Norma Fundamental que restrinjan o delimitan un derecho humano deban ceder ante las establecidas en un tratado internacional en el que el Estado Mexicano sea parte.

En ese contexto, es factible concluir que cuando se está en presencia de diversas normas que regulan un mismo derecho humano con un diverso grado de tutela, si bien se podrá resolver la aparente antinomia buscando la mayor protección a los derechos humanos⁽¹⁹⁾, por ejemplo, tornar plenamente exigibles en el orden jurídico nacional las prerrogativas de esa índole previstas en tratados internacionales aun cuando no se refiere a ellas en la CPEUM, o interpretar de la manera más favorable una restricción prevista en esta Norma Suprema⁽²⁰⁾, esa situación de ninguna manera permite des-

⁽¹⁹⁾ En relación con el alcance de este principio de interpretación se comparten las diez características enunciadas por el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, con la salvedad de que, al parecer, la solución de antinomias entre las normas internacionales que tutelan derechos humanos y cualquier normativa interna inferior a la CPEUM, no deriva de este principio de interpretación sino de la jerarquía que asiste a los respectivos tratados internacionales respecto de aquélla. Véase: E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en M. CARBONELL y P. SALAZAR (Coords.), *La Reforma Constitucional de Derecho Humanos: Un Nuevo Paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 363-368

⁽²⁰⁾ En aplicación de ese principio de interpretación el Pleno de la SCJN arribó a la conclusión de que la restricción al ejercicio del derecho a votar prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional, conforme al cual los derechos de los ciudadanos se suspenden «por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión» se actualiza únicamente cuando el procesado está efectivamente privado de la libertad en virtud del dictado del referido auto y no cuando goce de la libertad provisional, debiendo señalarse que el principio pro persona no podría llegar al extremo de desconocer la referida restricción aplicando lo previsto en el artículo 23, párrafo 2, de la CADH, conforme al cual el ejercicio del derecho al voto se puede “reglamentar” exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal, siendo que el auto de formal prisión no encuadra en las restricciones previstas en esa norma convencional. La tesis jurisprudencial en la que se expresa el citado criterio lleva por rubro y datos de identificación: «Derecho al voto. Se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad» (Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIV, Septiembre de 2011, página: 6, Tesis: P/J. 33/2011, Jurisprudencia).

conocer las restricciones a derechos humanos señaladas con toda claridad en la CPEUM, pues ello no sería un problema de interpretación sino de inaplicación⁽²¹⁾ y desconocimiento del texto constitucional.

En abono a lo anterior, debe destacarse que la técnica utilizada por el Poder Revisor de la Constitución en el párrafo primero del artículo 1º de la CPEUM al establecer que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, lo que implica que éstos actúen como parámetro de regularidad de los actos emitidos al tenor del orden jurídico mexicano, no implica elevar a rango constitucional los referidos instrumentos internacionales, pues el grado de la tutela que brinden está determinado por su jerarquía, la cual no es análoga a la de la CPEUM en la medida en que incluso si un tratado internacional brindara mayor protección a un derecho humano dando lugar a desconocer uno diverso previsto en esa Norma Fundamental, necesariamente prevalecería lo previsto en ésta, no precisamente por brindar una mayor protección a la persona, sino por su jerarquía.

Dicho en otras palabras, si se presenta una contradicción entre la CPEUM y un instrumento internacional en virtud de que en aquélla se prevé una restricción a un derecho humano y en éste no se contempla la misma, ello implicará una antinomia⁽²²⁾ que deberá resolverse atendiendo al criterio jerárquico, establecido en el artículo 133 constitucional, al tenor del cual debe prevalecer lo previsto en la norma de mayor jerarquía, en el caso la CPEUM⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Sobre el alcance del principio en comento, también llamado de “preferencia de normas” véase: M.E. CARPIO, *La interpretación de los derechos fundamentales*, en *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú*, número 56, diciembre 2003, pp. 472-473 y K. CASTILLA, *El principio pro persona en la administración de justicia*, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 20, Enero-Junio 2009, pp. 65-83.

⁽²²⁾ En relación con los criterios para la determinación y solución de antinomias véase: N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, trad. E. de Roza Acuña, 1ª ed. Madrid, 1991, Debate, pp. 196-216.

⁽²³⁾ Véase: J.L. CABALLERO OCHOA, *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)*, en M. CARBONELL y P. SALAZAR (Coords.), *op. cit.*, pp. 103-133. En este interesante artículo se sostiene que el principio pro homine cumple

2.10. Finalmente, un elemento más que debe considerarse para pronunciarse sobre la posición constitucional que corresponde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es la expresada por el entonces senador de la República Pedro Joaquín Coldwell, quien sostuvo, en lo conducente: «Los legisladores de los Congresos estatales iniciaron una serie de deliberaciones en Querétaro para concluir que la reforma era inaceptable por otorgar un rango constitucional a los tratados internacionales que los excluía del Poder Revisor de la Constitución. (...) Esta observación no resultaba procedente, ya que no se modificó la jerarquía normativa constitucional en el artículo 133 y subsiste la posibilidad de declarar inconstitucional un tratado internacional por la vía de una acción de inconstitucionalidad de conformidad con lo previsto en el artículo 105. Dicho de otra forma, la reforma no cambia el hecho de que la Constitución sigue siendo un referente de constitucionalidad en los controles que ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que la incorporación de los tratados obedece a un espíritu de enriquecer su interpretación y ampliar su esfera de protección, no a sustituir conceptos constitucionales que no se consideraron modificar»⁽²⁴⁾.

2.11. Las normas sobre derechos humanos previstas en los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano se encuentran por encima de las normas de éstos instrumentos que no reconocen derechos humanos, por lo que en un mismo ordenamiento de esta naturaleza se pueden encontrar disposiciones de diversa jerarquía normativa. En el supuesto de una colisión entre normas de tratados internacionales que pretendan tutelar derechos humanos deberán prevalecer las que se apeguen en mayor medida a lo previsto en la CPEUM, al encontrarse sujeta la validez de ambas a

con el objetivo consistente en «señalar la norma aplicable en el caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica, respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales», lo que se comparte para el caso de antinomias entre lo previsto en los respectivos tratados internacionales y las normas internas del orden jurídico nacional inferiores a la CPEUM.

⁽²⁴⁾ P.J. COLDWELL, *Reforma Constitucional de Derechos Humanos*, en C. PÉREZ VÁZQUEZ (Coord.), *El Camino para la Reforma Constitucional de Derechos Humanos*, México, UNAM-SCJN, 2013, pp. 121-133.

las delimitaciones y restricciones de derechos humanos establecidas en esta Norma Fundamental al articular los diferentes derechos fundamentales y otros bienes constitucionales.

3. — *La posición de la CPEUM conforme a lo previsto en la CADH.*

Al analizar cuál es la posición que corresponde a lo establecido en la CPEUM respecto de lo previsto en la CADH, se estima conveniente comenzar por precisar los principales criterios que ha sostenido la CIDH respecto de la fuerza vinculatoria de la CADH sobre las Constituciones de los países que han reconocido su jurisdicción, incluyendo México; posteriormente se hará referencia tanto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como a la Carta de la OEA y su trascendencia a la adhesión del Estado Mexicano a la CADH y la aceptación de la jurisdicción de la CIDH.

3.1. Criterios de la CIDH y su fuerza vinculatoria sobre las Constituciones nacionales. La CIDH ha mantenido el criterio reiterado en el sentido de que según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno, por lo que dichas obligaciones deben cumplirse incluso mediante las disposiciones de carácter constitucional de los Estados ⁽²⁵⁾. Además, con base en lo previsto en el artículo 2º de la CADH, al tenor de la cual los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en su artículo 1º, la CIDH ⁽²⁶⁾ ha sostenido que las

⁽²⁵⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, párr. 35. En esta opinión consultiva incluso se refirió a diversos casos conocidos por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia en los cuales se analizó el cumplimiento de diversas Constituciones nacionales a lo dispuesto en tratados internacionales.

⁽²⁶⁾ Entre otras: Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 85.

referidas adecuaciones normativas implican la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: 1) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos y obstaculicen su ejercicio y 2) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Con base en estas consideraciones generales y las diversas relacionadas con el o los respectivos derechos humanos vulnerados se ha declarado la inconventionalidad de diversos preceptos de Constituciones de los Estados partes, entre otras, de los artículos 19, número 12, inciso final, de la Constitución Política de Chile, al permitir la censura previa en la exhibición de películas y 26 de la Constitución de Barbados al prever la inimpugnabilidad de las leyes existentes con anterioridad a la expedición de esa Norma Fundamental.

En ese orden es indudable que para la CIDH lo previsto en las Constituciones de los Estados partes puede ser objeto de análisis de convencionalidad y, por ende, ningún obstáculo existe para que se requiera al Estado responsable generar las modificaciones necesarias a su Norma Fundamental.

3.2. Los límites de la CADH atendiendo a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Como lo señala la CIDH⁽²⁷⁾ los Estados deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les impone el derecho internacional, lo que ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales, los cuales disponen, respectivamente: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» y «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46». A su vez, por su relevancia para el caso importa tomar en cuenta lo señalado en el artículo 46 de la propia Convención, cuya interpretación permite concluir que un Estado sí puede alegar como sustento del incumplimiento de un tra-

(27) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, párr. 35.

tado internacional la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados.

En relación con lo previsto en el artículo 46 de la referida Convención de especial relevancia resulta considerar que entre las normas que rigen la competencia del Presidente de la República y del Senado para aprobar y ratificar un tratado internacional se encuentra lo previsto en el artículo 133 de la CPEUM, el cual exige que todo tratado internacional para que se incorpore a la Ley Suprema de la Unión, debe ser conforme a lo previsto en esa Norma Fundamental, lo que puede generar la interrogante sobre si en el supuesto de que el tratado respectivo no respetara el sistema de distribución de funciones establecido en la CPEUM, ello podría encuadrar en un vicio del consentimiento del Estado firmante.

En ese contexto, aun cuando podría estimarse discutible, resulta relevante reflexionar sobre si la adhesión a la CADH realizada el 24 de marzo de 1981 se apega a lo previsto en la CPEUM ya que al obligarse el Estado Mexicano por conducto del Presidente de la República y del Senado al cumplimiento de lo previsto en aquel instrumento internacional, especialmente a lo señalado en su artículo 2º, se sujetó a los Poderes legislativos federal y locales e incluso al Poder Revisor de la Constitución, a adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 de la CADH. Si bien ello se pudo haber sustentado en el loable objetivo de establecer una mayor eficacia de los derechos humanos en el Estado Mexicano, debe tomarse en cuenta que dada la compleja relación existente entre esas prerrogativas fundamentales y los diversos bienes tutelados constitucionalmente, su delimitación y restricción corresponde originariamente al Constituyente y al Poder Revisor de la Constitución, por lo que al pretender sujetar a éste a lo previsto en un instrumento internacional cuya validez en el orden jurídico mexicano está condicionada a ser conforme a lo previsto en la CPEUM, podría sostenerse que la adhesión a la CADH implicó modificar la decisión fundamental contenida en aquél momento, cuando menos, en el artículo 133 constitucional y, hoy en día, en ese numeral y en los diversos que confirman el principio de supremacía constitucional.

En el mismo sentido y sin menoscabo de reconocer lo opinable de esta postura, también podría reflexionarse sobre si la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, formulada por el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999, se apega a lo previsto en la CPEUM, en virtud de que al reconocerse como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la CIDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH, se aceptó sin base constitucional para ello que un órgano no previsto en la CPEUM se erija en máximo intérprete de diversos instrumentos normativos que se han incorporado al orden jurídico del Estado Mexicano, siendo que la única excepción en esa Norma Fundamental al carácter terminal que asisten a la SCJN, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al Consejo de la Judicatura Federal, a la Cámara de Diputados y al Senado de la República para resolver sobre los procedimientos y juicios que son sometidos a su consideración, se prevé en el artículo 21, párrafo octavo, constitucional, conforme al cual: «El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional»⁽²⁸⁾.

En ese tenor, podría sostenerse que los dos instrumentos internacionales que implican la adhesión del Estado Mexicano a la CADH y el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la CIDH se traducen en una violación al principio de supremacía constitucional establecido en la CPEUM.

Como se puede advertir existe una compleja relación entre lo previsto en la CPEUM y la CADH debiendo buscarse alternativas de armonización de esas regulaciones que respecto de nuestro orden jurídico permitan llevar a buen puerto la finalidad de ambos ordenamientos, lograr que las personas que se someten al orden jurídico del Estado Mexicano gocen a plenitud de sus derechos humanos.

Incluso, para contar con mayores elementos que permitan reflexionar sobre esas alternativas es importante tomar en cuenta los principios estable-

⁽²⁸⁾ Cabe señalar que este argumento fue expresado por el señor Ministro Jose de Jesús Gudiño Pelayo en la sesión pública del 2 de septiembre de 2010 al conocer del expediente varios 489/2010.

cidos en la Carta de la OEA, al tenor de la cual se emitió la CADH, como deriva de su preámbulo y de lo previsto en el artículo 106, párrafo segundo, de aquélla, el cual indica: «Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los otros órganos encargados de esa materia».

Del análisis de la Carta de la OEA destacan sus artículos 1º, párrafo segundo, 3º, inciso *b*) y 13, los que establecen, respectivamente y en síntesis, que la OEA no tiene más facultades que las expresamente conferidas por dicha Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros; el principio consistente en que el orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional – debiendo entenderse que se refiere a las obligaciones que no vayan en contra de las decisiones fundamentales de los Estados miembros –; y que los Estados tienen el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a su conservación y prosperidad y, por consiguiente, de organizarse como mejor les entienda, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales.

Tomando en cuenta este contexto normativo internacional que debe regir el ejercicio de la jurisdicción de la CIDH podría ser factible interpretar la CADH para arribar a algunas conclusiones sobre su alcance cuando se trata de analizar su articulación con una Constitución de un Estado americano que al reconocer el principio de supremacía constitucional de ninguna manera es incompatible con ese sistema regional de protección de derechos humanos pero sí requiere de emprender una interpretación conforme de la CADH a lo previsto en esa Norma Fundamental, en virtud de la posición que asiste a esos cuerpos normativos para el respectivo orden constitucional interno.

4. — *Aspectos relevantes para la armonización de la CPEUM y la CADH atendiendo al principio de supremacía constitucional.*

Tomando en cuenta que conforme al orden jurídico del Estado Mexicano la CADH constituye un tratado internacional cuya validez está sujeta a lo previsto en la CPEUM y que la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la CIDH se debe regir por los principios establecidos en los artículos 1º, párrafo segundo, 3º, inciso b) y 13 de la Carta de la OEA, se estima conveniente reflexionar sobre la articulación de esa Norma Fundamental y la CADH al tenor de las siguientes premisas:

4.1. En términos de lo previsto en el artículo 2º de la CADH el Estado Mexicano está obligado a que el legislador ordinario adopte las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por dicha Convención, en la inteligencia de que tal vinculación no existe para el Poder Revisor de la Constitución.

4.2. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, en la inteligencia de que únicamente corresponde al Poder Revisor de la Constitución restringir o delimitar los derechos humanos atendiendo a los derechos de terceros y a los demás bienes constitucionales, tomando en cuenta lo previsto en los artículos 30 y 32 de la CADH.

4.3. En la interpretación y aplicación de la CPEUM, la CADH y las demás disposiciones generales que integran el orden jurídico del Estado Mexicano se atenderá al principio *pro persona* en la inteligencia de que éste reconoce la libertad de configuración de los órganos dotados de potestad normativa para expandir derechos en el ámbito de su competencia, sin desconocer las limitaciones o restricciones establecidas en normas de mayor jerarquía.

4.4. En atención a los criterios establecidos por la CADH, compartidos y desarrollados por la SCJN, todos los órganos jurisdiccionales del Estado Mexicano deben realizar control difuso de la constitucionalidad y de la con-

vencionalidad, conforme a un parámetro de control derivado del principio de supremacía constitucional.

4.5. En términos del artículo 62 de la CADH el Estado Mexicano reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la CIDH respecto de problemas jurídicos que no hayan sido del conocimiento de la SCJN, del TEPJF, del CJF y las Cámaras de Diputados y Senadores, estos últimos en relación con la declaración de procedencia y el juicio político, respectivamente.

4.6. La jurisprudencia de la CIDH sobre el alcance de la CADH y de cualquier norma del orden jurídico del Estado Mexicano, incluyendo la derivada de la CPEUM o de la CADH, será vinculatoria para todos los tribunales internos, salvo para la SCJN, y el TEPJF, siempre y cuando no sea contraria a la establecida por éstos.

RAFAEL ESTRADA SÁMANO (*)

APROXIMACIÓN FILOSÓFICA E HISTÓRICA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ABSTRACT: The article aims to realize a reflection on the complex issue of the nature of law. In the author's opinion, law and rights are fields of the universal knowledge involving Sciences, Philosophy and Theology. In particular, the author analyses the general concepts on which the aforesaid disciplines are based, in connection to the relationships between the individual and society, and to the protection of human rights, starting from Jacques Maritain's and Gisela María Pérez Fuentes' classifications.

SUMMARY: 1. Introducción: filosofía, filosofía del derecho y jurisprudencia. — 2. Persona humana y sociedad. — 3. Breve historia de los derechos humanos. — 4. Clasificaciones de los derechos humanos. 4.1. La clasificación de Jacques Maritain. 4.2. La clasificación de los derechos fundamentales que propone Gisela María Pérez Fuentes. — 5. Aproximación a los derechos humanos. 5.1. Ampliación de los derechos humanos. 5.2. Internacionalización de los Derechos Humanos. — 6. Concepciones formal y material de los derechos fundamentales.

1. — *Introducción: filosofía, filosofía del derecho y jurisprudencia.*

Así como el saber humano universal, en cuanto género, se desenvuelve en sus especies – las Ciencias en sentido estricto; la Filosofía y la Teología –; así también el dominio del Derecho se desarrolla en estos tres niveles: la Jurisprudencia, entendida aquí como la estricta ciencia del Derecho y no como fuente formal de éste; la Filosofía Jurídica que pertenece al área de la Filosofía Práctica; y tanto el Decálogo mosaico, cuanto la Ley del Evangelio, centrada ésta en la caridad, son privilegiadas expresiones de normas teológico-jurídicas.

(*) Académico de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Proyecto "IR&RI - Individual Rights and Regional Integration", financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

Literalmente, el Derecho, así considerado, atraviesa los campos de todos los modos del saber universal, formando parte orgánica de las tres especies de ese saber. Parece que esta destacada posición, coloca el universo de lo jurídico, como una parte notable de los ámbitos todos del saber.

En el pensamiento tradicional de nuestra cultura occidental judeo-cristiana, así como existen relaciones de supra y subalternación entre Teología, Filosofía y Ciencias estrictas, así también las hay entre Derecho Divino Positivo, Filosofía del Derecho y Jurisprudencia, si bien las del primero se han ido desvaneciendo hacia el terreno de lo implícito como resultado de las tendencias laicas de muchas expresiones del pensamiento moderno.

No obstante, mientras la Filosofía Jurídica tiene por objeto material la totalidad de la realidad jurídica, aprehendida a través de sus causas últimas o remotas, sólo partes concretas del orden de Derecho, conocidas por sus causas próximas, por sus realidades fenoménicas, son objeto material de la Jurisprudencia. Hay aquí una indudable subalternación, puesto que las partes no pueden comprenderse sino por el todo.

En efecto, insistiendo en lo anterior, el objeto formal de la Filosofía del Derecho, es el que se funda en la luz inteligible de las causas más elevadas de lo jurídico, mientras la Jurisprudencia no sale del ámbito de sus causas próximas, en ambos casos siempre a partir de la luz de los primeros principios de la razón y en sus derivaciones. Salta a la vista que, así, la Jurisprudencia, se subalterna a la Filosofía del Derecho, pues una cadena de causas o de con-causas, sólo puede captarse con perfección, cuando culmina en las más altas.

La Filosofía del Derecho, es por lo anterior, una disciplina iluminante de las ramas de la Jurisprudencia, mientras que éstas le presentan a aquélla, sus axiomas y problemas.

La Filosofía Jurídica también delimita los objetos formal y material de las ramas del Derecho, mientras la Jurisprudencia afina los campos de aplicación – hipótesis normativas – para acercarlos a la vida social.

La Filosofía Jurídica presta a la Jurisprudencia, el nada despreciable servicio de establecer la validez de los postulados de ésta, si se ajustan a la esencia del Derecho, o bien, de señalar soluciones, en caso contrario. Por su

parte, la Jurisprudencia, amplifica su aplicación a las circunstancias sociales y humanas en que debe estar presente la misma esencia de lo jurídico.

Finalmente, la Filosofía del Derecho es una disciplina justificante, desde el punto de vista moral, de las normas desprendidas de la Jurisprudencia. En efecto, aquélla hace valer los principios éticos en el orden social. La Jurisprudencia, a su turno hace que la Ética, encarne en la vida social, a partir de su justificación filosófica.

En suma: en el orden jurídico, la Jurisprudencia – Derecho Humano Positivo – es como el cuerpo para el hombre; pero es la Filosofía Jurídica, la que semeja su espíritu. En estas relaciones de supra y subordinación, permanece intocada la autonomía de cada nivel, lo mismo que queda salvada la unidad analógica de todos.

Pero es un hecho que hay muchos que quieren darse el lujo de despreciar a la Filosofía en general, reputándola inútil, fingiendo ignorar que el encontrar la verdad y el actuar en congruencia con ella – de modo que pensar y vivir “corran parejos” – es la utilidad más grande que puede existir, para orientar la vida toda. Y por ello, el filósofo en lo personal, con sus pensamientos, deseos, sentimientos y acciones, contribuye a esa misma elevada exaltación de la verdad y del bien.

En materia de Filosofía del Derecho, la Justicia, sobre todo, como su eminente criterio de carácter ético, es una noble manifestación de la verdad y de la bondad, en cuanto conduce a la realización de un orden social seguro y dirigido al bien común.

En efecto, Ética y Filosofía Jurídica, son respectivamente, el todo y la parte. La Moral – que a ambas concierne – es la ciencia filosófica acerca del bien obligatorio en conciencia, como lo es siempre el bien honesto, que es bueno por sí mismo; contrasta así con el bien deleitable y con el bien útil, que sólo son realmente buenos si se subordinan a su vez al bien honesto. Así, la Filosofía del Derecho tiene – nada menos – la utilidad de dotar de conocimientos al hombre y a la sociedad, sobre honestidad, decencia o probidad, en cuanto atañe al orden jurídico, es decir, a la organización de todo cuanto conduce a la Justicia, o en ésta se inspira.

Desde el punto de vista de las personas que son miembros de la socie-

dad, la Filosofía del Derecho, debe partir de la consideración ponderada de todo lo humano, como fruto de la comprensión racional de las cosas y del ejercicio libre de la voluntad. Si se omitieran estos presupuestos, ciertamente no sería posible lograr que la Filosofía Jurídica sirviera de algo, pero como esta rama del pensamiento afirma y defiende la eminente dignidad de la persona humana, es utilísima – acaso como ninguna otra – para destacar que la verdad está al alcance de la razón humana y que la bondad puede ser abrazada por la voluntad libre; una persona que las alcance y las abrace, sin duda sobresale por su dignidad.

Adoptando ahora el punto de vista de las sociedades, la Filosofía del Derecho, integra con sus objetos ético-social y lógico-normativo, frutos maduros también, de la bondad y de la verdad – trascendentales del ser –; integra, se repite, mejores formas – perfecciones ontológicas –, de las diversas esencias relacionales, de sus múltiples grupos. En especial, la Filosofía Jurídica presta a la sociedad civil – materia consistente en la urdimbre de relaciones humanas interpersonales – y a su expresión social nativa, la Nación o Patria, su *forma sustancial*, que es precisamente el orden jurídico. El hileformismo aristotélico también se aplica extensivamente a las sociedades, de las que la forma es la normatividad que les permite funcionar, organizarse y alcanzar sus fines. He aquí servicios de gran utilidad que brinda la Filosofía del Derecho para la vida humana en común.

Esta disciplina, sobre todo, rinde la utilidad señaladísima de lograr el progreso del buen Derecho, al realizar estudios de problemas sociales y señalarles sus adecuadas soluciones normativas; al asesorar a todos cuantos tienen relación con las normas jurídicas, haciendo todo lo posible por lograr coincidencia entre las leyes y su aplicación, por una parte y la Justicia, por otra, prefiriendo siempre a ésta, en caso de conflicto.

Un buen Derecho, como el descrito, sirve a su vez a una buena Política, pues ésta no puede resultar peor que cuando es simulada mixtificada o desviada respecto de los principios jurídicos. La aportación jurídico-filosófica se extiende, así, a esa conveniente e indispensable conexión entre Política y Derecho, que con el vigor de éste, impide que con aquélla se caiga en la opresión o el abuso de poder, tan detestados por el constitucionalismo mo-

derno; conexión que contribuye también al logro de una mejor realización del bien común, fin propio y directo de la genuina Política.

Otra gran utilidad de la Filosofía del Derecho – la última que se enumera aquí – sobre todo en sus capítulos de Deontología y Ética profesionales, es la de auxiliar a la formación integral de los abogados, cuya misión o papel verdaderos, cuentan con una función que es al mismo tiempo moral y social, pues todo buen abogado debe ser consejero docto y sagaz; siervo de la Justicia; sujeto de recto criterio jurídico, perito en materias legales y amante de su profesión. Mucho es lo que los abogados deben, por intermediación de la Ética profesional, a la indudable utilidad de la Filosofía del Derecho.

2. — *Persona humana y sociedad.*

La Filosofía distingue claramente entre sustancia – ser que persiste en sí mismo – y sus accidentes, lo cual tiene especial aplicación a la distinción entre persona y sociedad, pues en efecto toda persona, cada cual, es una sustancia, mientras que por su parte, toda sociedad, cada una, es un accidente, ya que no existe en sí misma, sino que consiste en el establecimiento de relaciones múltiples y versátiles entre los hombres. Cualquier relación, como es claro, implica la accidentalidad de trabar entre dos o más sustancias, una entidad de existencia en otro u otros. La relación no existe por sí misma, sino que se traba entre varias sustancias. La relación social, pues, no sólo no es sustancia, sino que despliega la accidentalidad, que la hace ser en otro o por otro; en este caso, en el hombre o por los hombres. De esta verdad metafísica se sigue que la excelencia ontológica de las personas humanas en sí, es muy superior a los datos accidentales que las reúnen entre sí en diversas sociedades.

Concentremos ahora nuestras consideraciones en el ser humano. La sustancia en que consiste consta de materia y forma. El cuerpo físico-orgánico y viviente, no sólo es su materia, sino el sustento de su individualidad, ya que el individuo no es otra cosa que la «materia signada por la cantidad», como enseña la filosofía perenne. Pero el hombre es un individuo excepcional: su

cuerpo bípedo y enhiesto, está coronado por un cerebro más perfecto que el de cualquier otro ser viviente; la armonía de sus sentidos externos supera la agudeza sensitiva de todo otro ser sensible; incluso Carlos Marx reconocía la mayor penetración de la vista humana comparada con la de las fieras y el dato excepcional de una mano trabajadora, gracias a ser opuesto su dedo pulgar a todos los demás: manos prensátiles que demuestran la superioridad humana. Ojalá, claro está, que Marx hubiera reconocido las consecuencias epistemológicas y axiológicas de estos hechos que él mismo constató. Por lo pronto, afirmamos que el hombre es el individuo más noble y elevado de cuantos existen y habitan en la tierra.

El hombre, no sólo es materia; no únicamente puede calificarse como individuo; sino que también está dotado de forma sustancial y en ella y por ella, es persona. En efecto, puede afirmarse que el ser humano, es carne espiritualizada o si se prefiere, es espíritu encarnado; Aristóteles lo definía más directa y sencillamente como *animal racional* y *animal político*.

Del latín, *per-sonare* – producir sonidos a través de un objeto – el término persona tuvo su origen en las máscaras de la antigüedad clásica greco-romana usadas para representar protagonismos. De ahí, pronto pasó al lenguaje jurídico, en el que “persona” significó al sujeto mismo de Derecho, centro de imputación de derechos y obligaciones. Pero donde el concepto encuentra su perfección filosófica es en Boecio, notable filósofo de los Siglos V y VI, quien en su famosa obra “Consolación de la Filosofía”, expresa esta insuperable definición de la persona: *Rationalis naturae individua substantia*, «sustancia individual de naturaleza racional». Desde entonces, esta voz se refiere a un ser de eminente dignidad como es el hombre, dotado de la mayor perfección en el mundo tangible. Muchas consideraciones podrían hacerse sobre este tópico. Habremos, no obstante, por ahora, de comentar sólo algunas:

La persona humana, dotada con cuerpo y espíritu, es, de suyo, la forma del individuo racional. Cada persona, por cuanto es incomunicable entre distintos individuos, resulta irrepetible en el caso de cada hombre o mujer.

La dignidad de la persona humana, surge de los títulos formales de su perfección, a los que para cada cual se aplica el principio de analogía – cada persona alcanza tanta perfección cuanto elevación hay en su naturaleza –.

Dichos títulos, entre otros, son: conocer la verdad con su entendimiento; alcanzar libremente el bien con su voluntad; actuar responsablemente; practicar todas las virtudes del auto-dominio; ser capaz de servir, de dirigir y también de seguir a los demás; alcanzar sus destinos temporal y trascendente. En todos estos aspectos, la dignidad de la persona «de manera espiritual y perfecta se halla en lo particular en las sustancias racionales – dueñas de sus actos – que no se limitan a obrar impulsadas, sino que se impulsan por sí», como brillantemente escribió el aquinate.

En cuanto a la sociedad, puede afirmarse que ésta no es sino la persona humana unida en plural y como la calidad de lo relativo depende de la de los miembros, éstos, en cuanto “animales políticos” o sociales, dotan de mayor perfección a lo social, en la medida en que ellos se perfeccionan. Aristóteles sostiene con toda razón que las tendencias sociales del hombre no surgen del instinto, sino de la propia naturaleza humana y, por lo tanto, de la dignidad de las personas.

Entre los muchos datos de interacción en esta materia, señalemos algunos ejemplos: hombres y sociedad se vinculan, para su respectiva perfección; además, en la educación hay un mutuo influjo, único, capaz de equilibrar bajo sus propias potencialidades humanas, la realización de valores sociales, morales, espirituales y culturales, para lograr ese humanismo social integral, capaz de “educar” y no sólo de informar. Orden humano y social que puede construir valores sociales y temporales, constantemente reevaluados; que debe renovar la vida social con la construcción veraz y eficaz del bien común: «este pro comunal de todos» que definía el inolvidable utopista Don Vasco de Quiroga. La edificación sincera y completa de los derechos humanos, los cuales no pueden carecer de sus perspectivas personalistas, por cuya causa tuvo tantos empeños Jacques Maritain, en sus trabajos sobre la “Declaración Universal”. En fin, cooperación sociedad-hombre para que sea completa la libertad de conciencia de todos y de la sociedad misma, sobre todo en materia religiosa, fuera de la cual es muy difícil resolver los enigmas de la enfermedad, del dolor y de la muerte. Todo ello sin perjuicio de la neutralidad auténtica del Estado, en dicha materia.

Existe una dinámica muy enriquecedora consistente en la recíproca in-

fluencia entre las personas y la sociedad: a mayor dignidad de la persona humana, corresponde mayor perfección de la sociedad; a mejor organización y funcionamiento de las estructuras sociales, de mayores oportunidades gozan las personas para alcanzar plenamente su dignidad. En este movimiento mutuo, lo esencial de la persona y lo accidental de la sociedad palidecen, en su evidencia ontológica, frente a las luces de los valores que derivan de la misma recíproca influencia socio-personal.

Por otro lado, la vida de la persona – aunque eminente –, es una lucha sobre la tierra. Los hombres parecemos divididos contra nosotros mismos, como decía Ovidio que nos acaece: *Video meliora, proboque, sed deteriora sequor*, vemos lo mejor, lo admiramos y hasta lo aplaudimos y sin embargo hacemos lo peor. Padecemos deseos insaciables y al mismo tiempo nos imponemos límites. Todo esto es parte de la dimensión moral del hombre, que sólo puede superarse con el recto uso de la libertad. Ésta, en rigor, sólo se da en la línea del bien, sea inmanente o trascendental. En cambio, el mal disuade a la persona de su destino. Enseñó el estagirita que quien obra el bien, se hace virtuoso y comunica bondad a sus actos; en cambio, el que obra el mal, es vicioso y llega ser peor que una bestia. Y es que indudablemente el abuso de la libertad es fuente de muchas rémoras sociales, por ejemplo, los delitos, el consumo desmedido de alcohol y estupefacientes, las explotaciones del mundo sublaboral, el terrorismo, el crimen organizado, etc., todas ellas infamantes del honor de la humanidad, a la par que de la integridad de lo social; males que llegan también a convertir en mercancías a las personas mismas. Así, el ejercicio de la genuina libertad estriba en vencer la maldad con el triunfo de la verdad y la bondad.

Esta victoria del bien sobre el mal, sólo puede obtenerse por la persona con el auxilio solidario de la sociedad en la que vive. Cuando las personas consiguen juntas su perfección, por lo mismo están construyendo el genuino bien común. Y en reciprocidad dinámica, este bien común no es otra cosa que el conjunto de elementos materiales e incorpóreos, reunidos en la sociedad, los cuales son necesarios para lograr la íntegra perfección de las personas que la componen.

El bien común o social ha sido, es y será la clave de renovación del orden

social. En éste, debe comprometerse el ser humano. Una recta socialización perfecciona a los hombres en plural. Un recto personalismo también toma gran parte de su perfección de los valores sociales, siempre impregnados de esa alteridad, que sabe tomar en cuenta a los demás y que en cierto sentido, sabe existir y construir junto con el “alter-ego”. Esencialmente, no obstante, el bien común queda permanentemente, subordinado a la dignidad eminente de la persona humana.

Un ejemplo más deriva de lo anterior: el orden temporal de las comunidades, concebido como conjunto de bienes, de valores de la civilización; de dones de la cultura; de respeto a la verdad de la historia, etc., no pueden ser estimados por sí mismos, sino evaluados en cuanto medios que sean idóneos, para alcanzar el bien común. Por eso, la verdadera persona no es idólatra de esas cosas ni de ningunas otras, sino su señor. Por supuesto que tal enseñoramiento recae también sobre la naturaleza toda, que debe inspirar a la persona, verdadera admiración y racional afecto, en lugar de que se le presione con el temor o el sentimiento de culpa por la contaminación. No cabe duda de que el ecologismo tanto como la edificación de todo el orden natural, están exigiendo la acogida sincera de estos principios y su profundización en los ámbitos científico y técnico.

Pero sin duda donde brilla con mayor intensidad el enriquecimiento mutuo de persona y sociedad, es en el respeto a la dignidad del hombre y a los derechos fundamentales que de esa eminente dignidad derivan con toda naturalidad. Este es el tema tan amplio y prioritario que amerita ser tratado en este trabajo, una vez que hemos traspuesto su fundamentación filosófica.

3. — *Breve historia de los derechos humanos.*

Con toda propiedad también se denominan “de las personas” los derechos humanos. En efecto, existe la reunión sustancial en el hombre, de un cuerpo – principio de individualización – y un espíritu que lo dota de inteligencia racional y de voluntad libre – principio de personificación – y resulta evidente que es más eminente ser una persona individualizada o, lo

que es casi igual, un individuo personificado, que ser sólo un cuerpo físico-orgánico, como lo son las bestias. Los hombres, en cambio, conocemos, pensamos y decidimos libremente.

Si hurgamos en el origen histórico de los derechos humanos, hemos de remontarnos a nuestras raíces greco-romanas. De esta trayectoria histórica, a veces más sombría que brillante pero siempre de gran importancia para el desarrollo de la especie humana, se desea trazar enseguida algunos de los momentos más significativos.

El griego Protágoras afirmó: «el hombre es la medida de todas las cosas». Por su parte, con su doctrina hilemórfica, Aristóteles sentó las bases de una consideración seria y fundada sobre el hombre y sus antiguas “polis”. Por su parte, el romano Cicerón, encontraba las razones de la Ley y más adelante, Boecio troquelaba la definición misma de la persona: «supuesto racional de la sustancia individual». Así pues «la raíz de las personas, es el espíritu», como afirmó Jacques Maritain.

Pero, en estricto rigor, la cultura occidental hizo descansar sus paradigmas en los derechos fundamentales del hombre, pues la idea de la igualdad entre todos los hombres, con eminente dignidad, pertenece al pensamiento cristiano. Santo Tomás de Aquino es su exponente destacadísimo, que halló en la analogía, la base lógica de comparación y de explicación, en esta materia.

Después, a fines de la décima quinta centuria de nuestra era surgió la brillante enseñanza salmantina, que colmó de ciencia a la España clásica del Siglo de Oro, sostenida, entre otros, por el jurista y filósofo jesuita Francisco Suárez, quien además de defender la racionalidad de los indígenas que habitaban en los territorios recientemente descubiertos en el Continente Americano y, por lo tanto, la dignidad de sus personas; afirmó enfáticamente el Derecho Natural y realizó la invención del Derecho Internacional. Este autor enseñó que «los derechos humanos no pueden abrogarse, ni disminuirse, ni dispensarse el respeto» a las personas.

Francia, durante esa “orgía de sangre” de su revolución, en 1789 con la Asamblea – inspirada filosóficamente en Montesquieu y en otros “Enciclopedistas” –, expidió la “Declaración de los derechos del hombre y del

ciudadano”. Su orientación fue de predominio liberal e individualista, firmemente enraizada en la nueva escuela del Derecho Natural. Ese catálogo de derechos, junto con los que cronológicamente le precedieron en el ámbito anglosajón – la Carta Magna inglesa y los *Bill of Rights* de los norteamericanos – se fueron extendiendo prácticamente a todos los países, incorporados de lleno al constitucionalismo moderno como pilar esencial de éste.

Por otra parte y no obstante lo anterior, la humanidad ha padecido los horrores inenarrables de dos guerras mundiales en el Siglo XX: la Gran Guerra de 1914-1918 y la Segunda Guerra Mundial de 1939-1945; de la primera nació la Sociedad de las Naciones y al concluir la segunda, mientras los aliados allanaban las ambiciones genocidas del autócrata Hitler, ocupando sus campos de concentración y liberando a los ahí cautivos, sobrevivientes del exterminio crudelísimo de sus compañeros de infortunio, simultáneamente en San Francisco, California, el 26 de junio de 1945 se celebró la estructuración de la O.N.U. (Organización de las Naciones Unidas), con participación de muchas naciones del mundo, anhelantes de paz y de seguridad; de libertad y de justicia. La Asamblea designó a los miembros de la Comisión para los derechos humanos. Entre los miembros de esta Comisión, figuraron pensadores y activistas de la talla de Mahatma Ghandi, Harold Laski y Jacques Maritain – quien publicó libros sobre el tema, aun antes de la erección formal de la O.N.U. – y que a no dudarlo inspiraron grandemente la redacción la Declaración Universal que reconoce los derechos fundamentales del hombre.

Este instrumento planetario, después de varias discusiones, fue aprobado por 48 votos y 8 abstenciones, sin voto alguno en contra, con el nombre de *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que se expidió en París, Francia, el 10 de diciembre de 1948. Su orientación supera sin duda el individualismo liberal y en grande medida se inspira en el jusnaturalismo perenne de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino. Es de hacer notar que el distinguido diplomático, jurista y filósofo mexicano Don Antonio Gómez Robledo, intervino en estos actos y logró que la palabra “amparo” figurara en el Artículo 8º de la Declaración y este nombre del más antiguo y desarrollado de nuestros procesos para la defensa de la supremacía constitucional, se incluye

sin traducción – tal cual – en los textos redactados en otras lenguas, usadas oficialmente en la O.N.U.

Que todos cuantos ignoran el contenido de la “Declaración Universal”, la lean, la estudien y la propaguen; pero sobre todo, que los Estados «aseguren la felicidad, la justicia, la libertad y la igualdad de oportunidades» como se acordó en México, el año de 1945, es decir, antes de promulgarse la “Declaración”, en la “Conferencia Interamericana sobre problemas de paz y guerra”, celebrada en la Ciudad de México.

Los derechos humanos, que son «iguales, inalienables» para las personas – como dice el preámbulo de la Declaración, primer párrafo –, son el arma más eficaz contra los Estados totalitarios y autocráticos, los cuales oprimen y reducen a la miseria material y espiritual a sus propios pueblos. Detrás de las mayores violaciones a estos derechos, está la “estatalotría autócrata”. Por esto mismo, al partir de una concepción completamente contraria, la democracia – en su forma y en su contenido – es aliada natural en pro de los derechos humanos.

4. — *Clasificaciones de los derechos humanos.*

4.1. – La clasificación de Jacques Maritain.

Clasificar – operación lógica auxiliar – consiste en distribuir las partes más importantes de un todo, aunque sin agotarlo; esto último se debe a que si se agotaran las partes de un todo, entonces ya se trataría de una división. Los derechos humanos son clasificables y no divisibles, porque su riqueza ontológica, así como su potencia de desenvolvimiento y de progreso, no pueden reducirse a un Código o catálogo, sino que son tan inagotables como lo es la naturaleza humana misma que les da base y los genera.

Los derechos humanos, por definición, son aquellos que corresponden a las personas humanas. Algunas cualidades ya referidas antes, corresponden al ser humano, en cuanto persona: poseer temperamento, carácter y personalidad propios, desde el punto de vista psicológico; ser sujeto o centro de imputaciones en cuanto a derechos y deberes, como enseña el Derecho; un

ente consciente por su inteligencia; libre por su voluntad; responsable y dueño de sí; capaz de virtudes racionales y morales solidarias; dotado de destinos inalienables, temporal y trascendente, como lo describe la Ética; y en fin en el orden político, capaz de obedecer y de ejercitar la autoridad gubernativa, entendida como verdadera capacidad de dirección y de servicio, así como apto para desarrollar todos los aspectos de la sociabilidad, que se sintetizan en el bien común; en éste, que es “cosa éticamente buena”, va incluido como elemento esencial, el máximo posible del desenvolvimiento – cada vez *hic et nunc* – de las personas humanas que constituyen «esa multitud unida que es la sociedad civil, mediante relaciones no sólo de fuerza, sino de justicia (...) y de respeto a la cultura del espíritu», como escribió Jacques Maritain.

Del pensamiento del propio Maritain se toma la clasificación que sigue de los derechos humanos, no sólo porque es una de las mejores y más claras y porque su autor la vinculó a la Declaración Universal de 1948, sino también porque su fundamento es precisamente la dignidad de la persona humana; esa labor de Maritain en la ONU, fue como diría Messner, “Derecho Natural aplicado” y es preciso seguir ejecutando ese mismo trabajo, cada vez que se presenten ocasiones propicias.

Para Maritain existen cuatro grupos de derechos básicos de las personas humanas, que se presentan en la siguiente síntesis:

1. Derechos de las personas en cuanto tales, o sea, reduplicativamente consideradas: *1a)* a existir; es decir, el derecho a la vida, sin el cual no puede verificarse ningún otro; *1b)* a la libertad; *1c)* a obtener la perfección propia: moral, racional y social; *1d)* a practicar su religión, con aspiración al fin último absoluto.

2. Derechos de la persona “cívica”: *2a)* a la igualdad administrativa; *2b)* al ejercicio de la autoridad pública; *2c)* a darse Gobierno; *2d)* a estructurar la Constitución; *2e)* a la seguridad pública.

3. Derechos de la persona “social”: *3a)* escoger trabajo u oficio; *3b)* obtener protección de la salud; *3c)* ser amparado en la senectud; *3d)* recibir trato de adulto.

4. Derechos de la persona “económica”: *4a)* disponer de bienes propios y disfrutados; *4b)* producir bienes o servicios y consumirlos; *4c)* consumir satisfactorios, a precios equitativos en el mercado; *4d)* derechos de profesionales y de técnicos; *4e)* los más importantes – enfatizó el autor citado –: derechos de los trabajadores.

De la clasificación que precede y de su contenido, podemos desprender esta reflexión: la dignidad humana surge de la persona; de la persona nacen sus derechos más elevados, los cuales, bien usados con perfección moral, a su vez contribuyen a la dignidad humana, creciente y análoga. Se trata, pues, de una alianza indestructible: la personificación eleva los derechos básicos y éstos, a su turno, revitalizan y subliman a las personas.

El constitucionalista moreliano, destacadísimo durante el siglo anterior, Don Felipe Tena Ramírez, hizo ver la importancia de la calidad de la persona humana en la Declaración Universal antes citada, con estas palabras: «Es preciso que la paz sea fundada en el respeto a la dignidad humana y mantenida mediante un nivel de vida conveniente. La solidaridad internacional compromete a quebrantar las murallas de la antigua y hermética soberanía y permite que se conviertan en temas de derecho internacional, algunos de los que anteriormente pertenecían al ámbito exclusivo del derecho interno. Es cierto que esta tesis ha sido aceptada por cada signatario en ejercicio de su soberanía, mediante la recepción en el derecho interno, del compromiso internacional; ejemplo de la fuerza de la opinión pública, es la eficiente energía que desplegaron cerca de la Conferencia de San Francisco numerosas asociaciones privadas, representantes de todas las tendencias religiosas y políticas, que coordinadas en un solo frente, obtuvieron que se incluyera en la Carta a la Comisión de Derechos Humanos (...). En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de lo que se trata es de crear y organizar la conciencia mundial de la dignidad de la persona con todas sus consecuencias, que tienen que ser patrimonio común de moral y de cultura».

Los factores que deben construir este verdadero cambio cultural a través de la educación, son mínimamente: las familias; las escuelas y universidades;

el Estado y las asociaciones religiosas. La célula social familiar es el primer centro integrador de las personas y la preceptora inicial de construcción y participación del bien común. Pero muy mal anda la educación, cuando los profesores, en lugar de enseñar, se dedican a promover intereses sindicales o de otra índole, cuando debieran ser depositarios de la confianza plena tanto de sus discípulos cuanto de los padres de familia, por la excelencia y persistencia en su labor. Por eso, es derecho y deber naturales y primordiales, que los padres determinen el tipo de educación que debe darse a sus hijos. El Estado, en cuanto interesado directo en el logro del bien común, no puede dejar de supervisar el mejoramiento de la educación, o sea, de luchar por la optimización de los proyectos, programas y grados educativos. No obstante, el Estado no debe sostener un monopolio en la materia, sino recordar que la genuina educación se da en, por y para la libertad y que de no ser así en el terreno de los hechos, no sirve al bien común, al bien de todos, al bienestar general.

Lo que en mayor medida puede elevar la dignidad de la persona humana, es la educación. Y en razón de que ésta es el más excelente elemento del bien común, resulta que la educación es el factor de mejor definición de una sociedad.

Se trata, desde luego, de la genuina educación y no de la mera instrucción: ésta sólo informa; en cambio, aquélla debe formar integralmente a las personas, en y para el bien de la sociedad. Una formación íntegra de la persona humana incluye mínimamente la presencia activa de hábitos intelectuales con los que pueda alcanzar la verdad; de hábitos de la voluntad, denominados virtudes morales, con los que acceda a la bondad. Adquirir tendencias benéficas que se conviertan en irrenunciables para llegar a sus destinos, tanto temporal, cuanto absolutamente último. Tener dominio sobre sí mismo, respecto del temperamento, del carácter, de los sentimientos o afectos. Se trata, pues, de armonizar todas las potencialidades para la realización completa de valores humanos, sociales, éticos, corpóreos – ej. Deportivos –, espirituales y culturales. La educación integral es el capítulo inicial del humanismo integral, sin el cual no puede existir el bien común.

Además, deben también coadyuvar a la educación, todos los medios so-

ciales de comunicación y deben actuar como factores auxiliares de la educación la cultura, el turismo, la acción congruente de los grupos sociales.

Alimento del espíritu personal y social, la educación debería orientarse al desarrollo y a la armonía del entendimiento, de la voluntad libre y de la sociabilidad racional de los seres humanos. Un país con grandes deficiencias en lo educativo – como México – no es capaz de reconocer la dignidad humana ni de acceder al verdadero bien común, a menos que rectifique la marcha. De un conjunto de personas semi-instruidas y deficientemente educadas, debe pasarse a ser una Nación de personas educadas plenamente en el servicio y para beneficio del bien común.

4.2. – La clasificación de los derechos fundamentales que propone Gisela María Pérez Fuentes.

Sin hacer mención a lo que se ha dado en llamar las generaciones de los derechos fundamentales, sino a la clasificación que puede deducirse de acuerdo con la función de cada uno de estos derechos, la Profesora española Gisela María Pérez Fuentes propone la siguiente que ella misma dice “se identifica en la concepción tradicional de: derechos civiles, políticos y sociales”.

Derechos Civiles: son aquéllos que tienen como finalidad garantizar a las personas determinados ámbitos de libertad de actuación o autonomía en los que el Estado no debe interferir, coincide en parte con los denominados derechos de la personalidad, son aquéllos tales como la libertad de expresión, derecho a la integridad física, libertad de asociación.

Derechos Políticos: son aquéllos que tienen como finalidad garantizar la gestión democrática de los asuntos públicos, incluyendo en ellos naturalmente el derecho al voto y el derecho de acceso a los cargos públicos.

Derechos Sociales: este grupo de derechos permite garantizar unas condiciones de vida digna para las personas, como el derecho a la salud, a la educación y al trabajo digno y justamente remunerado.

Los derechos fundamentales pueden también identificarse por su estructura, según la naturaleza de la facultad que otorgan a su titular; pueden identificarse así tres tipos de derechos:

- Derecho de defensa, el cual faculta a exigir la no interferencia.
- Derechos de participación, que facultan a realizar actos con relevancia pública.
- Derechos de prestación, los que facultan a reclamar un beneficio. Por ejemplo, el derecho de educación.

En esta clasificación resalta sin duda la importancia de los derechos fundamentales que tienen que ver con la libertad de las personas humanas. En países como Francia y el Reino Unido, por ejemplo, la consideración de las libertades es analizada desde una concepción material, por oposición a una meramente formal, de los derechos fundamentales.

En España, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, se abrió una nueva época donde el Estado de Derecho se evidencia y garantiza precisamente en el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos. La condición de libertad es inherente al ser humano y cualquier sistema jurídico-político debe aceptar este postulado como presupuesto fundamental de su existencia y no ser él mismo el que pretenda establecerlo y llevarlo a la Ley.

Con base en este principio, el artículo 9 de la mencionada Constitución española no se limita a someter los poderes públicos al orden jurídico establecido, sino que se pronuncia porque dichos poderes públicos reconozcan e incentiven la plena efectividad de la libertad ciudadana.

La Constitución española contempla así, distintos tipos de expresión del concepto amplio de libertad. A continuación destaco las siguientes:

- 1) La libertad personal, amparada por el artículo 17, en virtud del cual nadie puede estar sometido a detención preventiva por plazo superior a setenta y dos horas in ser puesto a disposición judicial.
- 2) La libertad religiosa y del culto. Queda amparado por la Constitución en el artículo 16 y fue desarrollado posteriormente por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de libertad religiosa.
- 3) La libertad de fijación de residencia y de circulación por el territorio nacional, incluyendo la entrada y salida del país, amparado por el artículo 19 constitucional.

- 4) La libertad ideológica y de expresión, protegida y limitada a su vez en los artículos 16 y 20.1, respectivamente.
- 5) La libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, en cuando al punto de arranque de las propiedades intelectuales e industriales.

5. — *Aproximación a los derechos humanos.*

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, hay que señalar que las expresiones “derechos humanos” o “derechos del hombre” o “derechos fundamentales de la persona humana”, en el contexto histórico y filosófico que es el nuestro, el de la cultura occidental judeo-cristiana, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad: derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta reconocidos, consagrados y garantizados. Por ello, el estudio de los derechos humanos está sin duda vinculado a la necesidad imperiosa de proteger la dignidad humana en las relaciones sociales. La protección de los derechos humanos permite, en definitiva, el desarrollo de la personalidad de cada ser humano. Es por todo esto, ni más ni menos, que ha existido una tendencia hacia la generalización de los derechos del hombre, en dos frentes fundamentales que pueden definirse como la ampliación y la internacionalización de los mismos derechos, tendencia que históricamente ha encontrado fuertes oposiciones por parte de varios regímenes de signo totalitario, despótico, autoritario o autocrático.

5.1. – Ampliación de los derechos humanos.

En un primer momento, las Declaraciones de derechos se basaban en derechos civiles y políticos, donde dichos derechos garantizaban ciertos ámbitos de autonomía individual frente al Estado (inviolabilidad del domicilio, debido proceso legal, derechos del procesado en materia penal, libertad de

expresión de las ideas, etc.). En el ámbito político se garantizaban el derecho al sufragio, en sus dos aspectos, activo y pasivo, y el derecho de petición. Pero la progresiva democratización del Estado liberal y la aparición de las modernas democracias de masas permitieron que en las Declaraciones de derechos se proclamasen también “derechos sociales” (empleo digno y estable, sindicación y huelga, educación y sanidad). Por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917 resulta pionera en este sentido y le siguió la Constitución de Weimar de 1920; ambas, en distintos mundos, inauguraron una nueva fórmula de protección de derechos fundamentales de la persona, seguidas con posterioridad por muchos textos constitucionales.

El fenómeno de la ampliación de los derechos, sin embargo, según valoración de algunos especialistas, conlleva algunos riesgos de banalización que quedan identificados, por ejemplo, en la palabra “generaciones”, riesgos que pueden dar origen a algunas interesantes colisiones en el afán de reconocer y establecer la protección de unos nuevos derechos. Por ejemplo, ¿puede ocurrir que los nuevos derechos releguen a los clásicos? Por otra parte, hay que cuidar que no acontezca “la inflación de derechos”, pues ello puede llevar a su devaluación. Es preciso defender la idea según la cual para que los derechos fundamentales sean efectivos, éstos no deben ser demasiados. Es muy antigua y sólida la concepción de que todos los derechos se atribuyen a la persona y sólo a la persona, pero ello no significa que todos ellos puedan ser considerados como derechos fundamentales.

5.2. – Internacionalización de los Derechos Humanos.

El Derecho internacional público ha incorporado a su esfera e incluido entre sus fines, el contenido de los derechos del hombre a través de la acción práctica de declararlos y protegerlos en el ámbito propio de esa rama del Derecho que indudablemente adquiere cada vez más importancia, a través de tratados, pactos, o convenciones.

La internacionalización de los derechos fundamentales es un fenómeno que se ha consolidado tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. Los textos más importantes sin duda proceden de la iniciativa de la Organi-

zación de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ya mencionada, y posteriores instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este fenómeno de internacionalización ha permitido la fijación de estándares mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que en un determinado Estado o en una situación fáctica dada, no se respetan los derechos humanos. En cada región del mundo también ha ido surgiendo una especie de derecho común de los derechos humanos como una respuesta mínimamente uniforme a muchos de los problemas jurídicos que surgen en la práctica. Las experiencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión y el Tribunal interamericanos (Washington, D.C., y San José, Costa Rica) son modalidades garantes de los derechos humanos en el ámbito internacional que han resultado de eficacia y riqueza indiscutibles.

Las diversas designaciones de derechos fundamentales de la persona humana, derechos humanos, derechos subjetivos públicos y absolutos o derechos de la personalidad, están marcadas por la función de protección que tratan de llenar, pues nacieron y se hacen valer como instrumento de salvaguarda del hombre frente a los poderes públicos, de los gobernados frente a los gobernantes. Es imprescindible destacar que la plenitud de la función protectora de estos derechos se logra cuando existe un verdadero sistema efectivo de control constitucional de las leyes, si bien destaca la ausencia de dicho referente en países altamente representativos de la democracia como el Reino Unido y Suecia. Éste último cuenta, sin embargo, con la institución del *ombudsman* que cumple con dicha función protectora tan esencial para las comunidades humanas políticamente organizadas bajo los postulados del constitucionalismo moderno. Es bien sabido, en fin, que los dos pilares de éste son la división del poder político en su ejercicio y el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales. Así lo concibió la ya legendaria Declaración francesa de 1789 en su artículo 16: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución».

6. — *Concepciones formal y material de los derechos fundamentales.*

En países de Europa como España y Alemania, la expresión “derechos fundamentales” designa a los derechos garantizados por la Constitución, pero más allá del rango normativo, ¿hay alguna diferencia relevante entre que la declaración de derechos haya sido aprobada mediante normas de jerarquía constitucional o que haya sido aprobada mediante normas de rango legal infraconstitucional? Es muy importante ciertamente el rango jerárquico de la norma en que esté reconocido el derecho sin olvidar que se trata de derechos que tienden a salvaguardar valores que desde un punto de vista moral y políticos se consideran básicos para el pleno desarrollo de las personas en sociedad.

Para Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales serán aquéllos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas – o, en su caso, sólo a todos los ciudadanos – por el mero hecho de serlo. Para este antiguo juez y eminente filósofo del derecho italiano, los derechos fundamentales son derechos universales. La ventaja de esta posición jurídico-filosófica es que permite defender la existencia de los derechos fundamentales con independencia de las concretas características de cada ordenamiento, siendo prácticamente accesorio el modo en que estén regulados y protegidos. Para esta posición defendida por Ferrajoli, que la libertad de expresión y el derecho a la intimidad estén reconocidos por el texto constitucional o por ley ordinaria, no es óbice para la revisión y reconocimiento de la función de esos derechos en cualquier sociedad liberal-democrática contemporánea; así, para el jurista italiano debe prevalecer una concepción material de los derechos fundamentales por encima de una meramente formal. Esto significa que lo verdaderamente importante de los derechos es su contenido.

La concepción formal defiende, por su parte, que lo crucial no es su contenido, sino el rango de la norma que lo reconoce. Significa lo anterior que, en la concepción formal sólo son derechos fundamentales aquellos que están declarados en normas constitucionales o como mínimo en normas de rango suprallegal. Esta posición será válida sólo en ordenamientos provistos de control de constitucionalidad de leyes, pues sólo en esas condiciones es

posible invocar derechos frente al legislador.

Es importante destacar que la concepción material y la concepción formal no son incompatibles; simplemente, donde impera una concepción formal se permite mayor resistencia y mejor protección a los derechos generalmente calificados como fundamentales según la concepción material, pero hay que alertar sobre el carácter de ampliación de los derechos fundamentales y la conexión, a veces innecesaria y no realista, entre la concepción material y formal que se aleja del constitucionalismo contemporáneo. Por lo demás, está presente la ya señalada tendencia hacia la internacionalización de los derechos humanos, donde ciertamente habrá de prevalecer la concepción material.

Y es que como hace notar otro notable filósofo del derecho contemporáneo, Gustavo Zagrebelsky, «El mundo jurídico contemporáneo, en muchos campos, va franqueando vistosamente el territorio, el espacio circundado por fronteras a las que el derecho público a por décadas asignado la función de especificar las colectividades humanas, sus gobiernos y sus sistemas jurídicos. Este elemento constitutivo del Estado ha representado por siglos la dimensión en la que los hechos sociales cobraban sentido y valor y, en consecuencia, la dimensión de sus repercusiones jurídicas y constitucionales. Lo que sucedía fuera o era indiferente o, si no lo era, intervenía el derecho internacional. Este superaba las fronteras pero, siendo su matriz siempre estatal-territorial, al superarlas, se rebatía el valor de su presupuesto. La *res publica* estaba en estas fronteras, Hoy en día no es más así. Las dimensiones se han extendido. La tierra pertenece a los vivos o, quizá, los vivos pertenecen a la tierra; tierra, no más territorio».

En efecto, la soberanía, vetusto concepto de la ciencia política, ha evolucionado o ha sido cambiada por la interdependencia o la dependencia. El control de muchos factores condicionantes de nuestra existencia no depende más de nosotros. Actos y sucesos de naturaleza política, económica, tecnológica que acaecen en otras partes del mundo, condicionan directamente el patrimonio de los bienes constitucionales nacionales. No obstante, dichos actos están generalmente sometidos a la justicia constitucional del país donde se verifican. Por otro lado, los principios constitucionales de

cada Estado, en lo esencial, tienen alcance universal: la dignidad, la igualdad y los derechos humanos, la paz, la justicia, etcétera. Su violación se produce, sobre todo desde un punto de vista moral, en cualquier lugar de la tierra en el que se genere. Sin embargo, también por lo general, cae bajo la competencia de los tribunales nacionales. Existe una evidente incongruencia de proporciones.

Por ello, resulta hasta cierto punto natural, cuando los bienes constitucionales se vuelven interdependientes e indivisibles, que las justicias constitucionales de todo nivel aspiren a integrarse, si no en una forma institucional supra-nacional cosmopolita, que no está a la vista y quizá nunca lo estará, al menos en contextos deliberativos comunicantes, La interacción no podrá dejar de llevar, antes o después, a una cierta convergencia de resultados.

La apertura de las jurisprudencias a recíprocos enlaces no es por tanto una moda, una pretensión de profesores, una arbitrariedad respecto a las respectivas constituciones nacionales, Es una exigencia radicada en la vocación contemporánea de la justicia constitucional. Es parte del proceso de muchas facetas de universalización del derecho, concretamente de la ya considerada internacionalización de los derechos fundamentales, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico.

No se puede, sin embargo, eludir las dificultades. Siempre que se enfrentan contraposiciones radicales y las cuestiones constitucionales se transforman en conflictos de cultura o civilización, como hace notar el mismo Zagrebelsky, «la justicia constitucional, en vez de abrirse y tomar el campo, se retrae sobre sí misma».

Es conocida, frente a las contraposiciones, la propensión de los tribunales, ya sean nacionales o internacionales, a la “tercera opción”, para no aplastar a ninguna de las dos posiciones planteadas. Esto no representa el oportunista intento de caminar sobre el filo de la navaja para no dejar descontenta a ninguna de las partes; es, por el contrario, la vía, no exenta de justificación, para mantener abiertos los vínculos entre las partes, remover las asperezas y preservar abierto y fértil el terreno del enfrentamiento, lo que, a fin de cuentas, representa el objetivo integrativo esencial de toda constitución pluralista. Pero en contextos de grandes tensiones políticas y culturales

que no dejan otra posibilidad más que decantarse con una o con la otra parte, el poder de los órganos jurisdiccionales para certificar la legitimidad y la ilegitimidad como última instancia, se arriesga a ser por sí mismo factor de otras tensiones y de ulteriores divisiones. Por esto, el dualismo radical de las posiciones, que en ciertos momentos amenaza al ejercicio de la jurisdicción, es enemigo de la constitución y de la justicia constitucional; amigo de ella, por el contrario, es el pluralismo de los equilibrios dinámicos, que se nutre de moderación, reconocimiento, respeto y diálogo recíprocos: garantizarlos constituye el objetivo más profundo de los tribunales constitucionales en cualquier parte del mundo. Este es el espíritu de la justicia constitucional y de sus jueces.

Al concluir este ensayo acerca de los fundamentos filosóficos y la trayectoria histórica de los derechos fundamentales de la persona humana, es muy adecuado citar el párrafo final del discurso con el que Don Felipe Tena Ramírez se despidió de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que había servido ejemplarmente a México como Ministro, durante diecinueve años: «Al dejar este recinto, (...) afirmo más vigorosamente que nunca la fé cívica con que llegué a él, la que pone al abrigo de la ley suprema la libertad del hombre, como atmósfera natural de su dignidad y de su conciencia, los dos distintivos más altos de la stirpe, incoercibles a todos los amagos, vencedores de todos los asedios, última razón del derecho y primera razón de la historia».

BIBLIOGRAFIA

ESTRADA SÁMANO, José Antonio. *Notas Sobre Filosofía del Derecho*. Morevallado Editores, Primera Edición, Morelia, Mich., México, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Meditación Sobre la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín. *Temas de Filosofía del Derecho*.

- PÉREZ FUENTES, Gisela María. *De los Derechos Fundamentales a los Derechos de la Personalidad, Aproximación a la Perspectiva Europea desde la Visión Española*, en *El Derecho en el Nuevo Orden Mundial, Memorias de la VI Convención Latinoamericana de Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México, 2006.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Editorial Jus, México, 1960.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. *Discursos*. Fimax Publicistas, Morelia, Michoacán, 1980.
- TORAL MORENO, Jesús. *Ensayo Sobre la Justicia*. Segunda Edición, Editorial Jus, México, 1985.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces Constitucionales*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Director, No. 6, Julio-Diciembre de 2006, Traducción de Miguel Carbonell, Editorial Porrúa- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México.

HÉCTOR F. FERNÁNDEZ CRUZ^(*)

LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA

ABSTRACT: The subject of the article is the evaluation of consumers' rights as human rights, in the light of knowledge society and at multilateral levels of regional integration to ensure a better protection when economic relationships between producers and consumers are distorted. The starting point of the reflection is that each State has to promote conditions of competition in the local and global market, but at the same time has to ensure the protection of consumers for the well-being of citizens.

SUMMARY: 1. Introducción. — 2. Los derechos humanos en la sociedad del conocimiento. El derecho al consumo. — 3. El derecho al consumo en México. — 4. El derecho al consumo en el ámbito internacional. — 5. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

Es difícil entender que el derecho al consumo sea un derecho fundamental para el individuo. Hay quienes no lo observan como un derecho humano cuando lo comparan con los derechos básicos porque estos son claramente individuales y han sido objeto de estudios que los han colocado como derechos tipo; otros lo contemplan como un mecanismo de prevención que protege al consumidor; algunos más, lo visualizan como un complemento de derechos sociales y los menos lo consideran como uno de estos. En México, por ejemplo, está considerado dentro del apartado de los derechos humanos y hay grupos que piensan que debe excluirse del mismo porque no es un derecho fundamental.

La verdad es que su conceptualización es compleja. Sólo podemos en-

^(*) Magistrado del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México). Proyecto "IR&RI - Individual Rights and Regional Integration", financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

tenderlo a partir de la comprensión de los principios de los derechos fundamentales y de la dignidad humana. De su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y su relación con el valor intrínseco de los individuos, resulta el paradigma ético de las sociedades contemporáneas para el respeto y tutela en las relaciones sociales como deber moral y jurídico⁽¹⁾.

El derecho al consumo tiene una dimensión económica, como parte del proceso económico capitalista compuesto por producción, comercialización y consumo. Es parte del principio de libre competencia del sistema, que permite acudir al mercado a producir, comercializar o consumir. En este sentido es el fin de la producción, que produce mercancías para el consumo final del individuo, quien para su ejercicio requiere de la libertad y seguridad.

Otra dimensión la tiene en el aspecto social, en cuanto que el individuo debe satisfacer sus necesidades básicas. Cuando existe desigualdad, la libertad de elegir es insuficiente, entonces se requiere de la intervención del Estado para proporcionar condiciones mínimas para el desarrollo humano. Así se relaciona con las políticas públicas, que guían la acción estatal, para regular el abasto de alimentos, la inversión y promoción de salud y vivienda, la calidad de los productos o servicios, sus precios, en su función de redistribución de la riqueza.

Otra dimensión es su contexto en el desarrollo, que es considerado como la búsqueda del mínimo de bienestar e incluso el de la felicidad del individuo. Finalmente, consumir es una cuestión cultural. Se tiene una forma de vida mediante el consumo, que impone pautas de vida a través de la publicidad. Pero también es una forma de identidad, de autorealización, para obtener el reconocimiento que la individualidad le niega por haber abandonado la comunidad⁽²⁾.

Entendemos que el consumo es indispensable para el ser humano con el objeto de satisfacer sus necesidades básicas, lo que lo hace universal. Es interdependiente, porque se relaciona con otros derechos humanos, requie-

(1) V.E. MARTÍNEZ BULLE GOYRI, *Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, XLVI, núm. 136, enero-abril, pp. 39-67.

(2) Z. BAUMAN, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI de España editores, Tercera ed. Madrid, pp. 69-83.

re de libertad de elección, de información, de educación, de solvencia económica, de salud, etc. Es indivisible, porque forma parte del ejercicio del bienestar humano como un todo junto con otros derechos. Y es progresivo, porque no solamente está destinado a lo necesario, sino que contempla todo aquello que puede hacer feliz a la persona, que incluye lo superfluo.

En resumen, el derecho al consumo es una respuesta para el funcionamiento racional de la sociedad, en donde se involucra no sólo al individuo, como ciudadano, sino al Estado y a las empresas. Lo abordamos en este trabajo para analizar su naturaleza.

Nuestra hipótesis es que es un derecho fundamental en la sociedad del conocimiento, es un elemento económico importante para el mercado desde la perspectiva del derecho de competencia, es también un elemento social, en cuanto a la satisfacción de necesidades básicas y superfluas, así como un elemento personal, para la incorporación del individuo a mejores condiciones de vida. Es también un componente de la nación y del ámbito internacional, porque forma parte de la economía en ambos espacios y se vincula con el desarrollo de los pueblos.

2. — *Los derechos humanos en la sociedad del conocimiento. El derecho al consumo.*

La sociedad del conocimiento es una etapa nueva para la humanidad. Se caracteriza por la búsqueda de racionalidad individual y colectiva. Este proceso impulsa todos los aspectos de la vida en la localidad, la nación y en el mundo. Las herramientas en este cambio son la creatividad, el talento y el conocimiento que con ellos se produce, que generan capital intelectual como un proceso dinámico que se traduce en valor económico y social⁽³⁾.

⁽³⁾ Casas y Dettmer, refieren el concepto de capital intelectual de David O'Donell, que considera que es «un proceso dinámico de conocimiento colectivo situado, que es capaz de ser traducido en valor económico y social». J. CASAS ROSALBA Y DETTMER, *Sociedad del conocimiento, capital intelectual y organizaciones innovadoras*, en G. VALENTI, M. CASALET y D. AVARRO (Coords), *Instituciones, sociedad del conocimiento y mundo del trabajo*, Plaza y Valdes Editores, FLACSO, México, 2008.

Esta exploración provoca una nueva organización social que cuestiona todas las referencias y valores sociales, causando desconcierto en el individuo, que enfrenta el uso de nuevas tecnologías, a la manipulación de los medios de comunicación y a una sociedad de consumo.

El ideal del neoliberalismo como respuesta a las crisis económicas se ha instaurado como una nueva razón del mundo. Con esto no nos referimos a las desigualdades creadas por el capitalismo salvaje, transnacional y concentrador de capital, sino a la idea de gubernamentalidad (¿gobernanza?), es decir, a la racionalidad política de Foucault, que consiste en la forma de conducir la conducta de los hombres, de forma pública o privada. Esta razón del capitalismo contemporáneo pretende la recreación del sistema económico, a partir del principio de libre competencia, con el que combate la contradicción de la concentración del poder de mercado que produce monopolios, prácticas monopólicas y abusos contra el consumidor⁽⁴⁾.

La expansión del sistema capitalista en el mundo y la concentración de capital han provocado la polarización de la riqueza y una desigualdad que se traduce en pobreza y exclusión. Esta situación generó el surgimiento de la cuestión social, traducida en el Estado del bienestar o social, que se ha transformado en el actual Estado social y democrático de derecho⁽⁵⁾. A pesar de esta reacción a las contradicciones del capitalismo, la idea neoliberal ha sido adoptada con la ayuda de instituciones internacionales (BM, FMI, OMC, OCDE, ONU), los propios estados nación, la academia y otras organizaciones, logrando “armonizar” el principio de libre comercio como una regla global.

La libertad de elección es un objetivo del Estado para crear la competencia. Su misión es provocar que los individuos sean activos en sus elecciones, emprendedores que asuman riesgos, consumidores previsores y racionales de productos y servicios privados y públicos. Tal y como señalan Berggruen y Gardels, el ciudadano común se convierte en elector político y económico

⁽⁴⁾ C. LAVAL y P. DARDOT, *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Gedisa editorial, Barcelona, 2013, pp.15-16.

⁽⁵⁾ J. CARPIZO, *El Estado de los derechos de la Justicia Social*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 3-42.

de «una democracia consumista que aspira a crear el máximo espacio para la libertad individual y mercados libres que les permitan buscar la felicidad a su máximo nivel»⁽⁶⁾. Su responsabilidad es elegir el mejor producto o servicio al mejor precio en una oferta de varios proveedores que acuden al mercado en libre competencia y logran convencer al elector-consumidor, quien ahora tiene el poder de mantener vigente al productor por la satisfacción que le otorga su mercancía.

Esta es la estrategia que el neoliberalismo pretende se consolide, como razón del mundo a través de la competencia, contempla un empresario responsable y un consumidor responsable. Al referirse a esta razón Laval y Dardot señalan que:

«pronostique el advenimiento cercano de un *buen capitalismo* con normas de funcionamiento saneadas, anclado de forma duradera en la economía real, respetuoso del entorno, atento a las necesidades de las poblaciones, y, por qué no, preocupado por el bien común de la humanidad, he aquí algo que con toda seguridad, si no es un cuento edificante, por lo menos es una ilusión tan nociva como la utopía de un mercado autorregulador. Con mayor seguridad, estamos en una nueva fase del neoliberalismo».

Esta es una posición ideológica de visión del futuro. Sin embargo, estamos en una sociedad de consumo en la que todavía el consumidor es engañado, cuya conducta se dirige a consumir con una estrategia de fraude, de aprovechamiento del poder económico y de mercado. Por eso es necesaria una regulación económica, que cree incentivos y dispositivos que aseguren que la conducta de los empresarios y consumidores es la adecuada para generar los beneficios de la competencia, de la libertad de elección.

En este contexto, el consumidor se convierte en el fin y objeto de la producción y comercialización de mercancías. Se encuentra en el corazón de la sociedad del conocimiento que considera al individuo como consumidor,

⁽⁶⁾ N. BERGGRUEN y N. GARDELS, *Gobernanza inteligente para el Siglo XXI*, Taurus, Ediciones Santillana, México, 2012, p. 59.

quién individualmente ejerce y que en colectivo decide qué producir eligiendo los productos que satisfagan sus necesidades⁽⁷⁾.

Lejos de alcanzar la idea de un capitalismo bueno, se ha generado más desigualdad y exclusión, polarizando la riqueza. No por la instauración de la regla, sino por las condiciones que se generaron.

Mientras se alcanza la racionalidad propuesta por la libre competencia, habrá que regular la economía de mercado en sustitución de esa mano invisible, para racionalizar lo público y lo privado en lo nacional. Esto implica recuperar o instaurar valores éticos, que guíen las conductas de individuos, empresas y estado. Esto es, que fuera de la conducta racional de estos agentes, la regulación es necesaria para obtener un equilibrio en el funcionamiento del sistema. Esta regulación no es más que una intervención o al decisión estatal de no intervenir en aspectos económicos según las necesidades del mercado, así como la autoregulación de los agentes económicos. Implica incorporar la ética no sólo a la conducta individual, sino también a la colectiva de las empresas, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones.

En las desiguales sociedades de consumo de hoy, la estrategia del Estado es asegurar que el consumidor cumpla con el objetivo que se le ha dado para la nueva fase del neoliberalismo. Lo hace a través de la instauración del derecho al consumo, considerado un derecho fundamental que está obligado a proteger. Esta consideración del consumo como derecho fundamental se basa en la preeminencia de la autorealización de un individuo que cada día es más libre por el conocimiento y que tiene innumerables posibilidades de lograr su objetivo en el consumo de productos y servicios que esta sociedad de consumo le ofrece para ser feliz.

En el contexto de la dignidad humana, la sociedad moderna proclama el derecho a la felicidad. Ahora no sólo es la mejora de las condiciones de vida, sino el grado de felicidad de los seres humanos lo que justifica al sistema. La persecución de la felicidad y la esperanza es la motivación fundamental de la participación del individuo en la sociedad, dice Bauman, es una mera

⁽⁷⁾ J. CARPIZO, *El Estado de los derechos de la Justicia Social*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 3-42; N. BERGGUEN y N. GARDELS, *Gobernanza inteligente para el Siglo XXI*, Taurus, Ediciones Santillana, México, 2012, p. 59.

oportunidad que se convierte en un deber y principio ético⁽⁸⁾.

El individuo es lo importante, no como trabajador sino como consumidor. La desigualdad, la pobreza, la ignorancia y la incorporación a las nuevas formas de trabajo son los retos a vencer, que lo excluyen de este proceso. No es sólo la libertad del individuo, sino el papel que juega en esta nueva era, que exige su desarrollo social. Sin él, nada tiene significado, de ahí la importancia como individuo para producir y comercializar. Hacia él se dirigen las mercancías, ha dejado de ser importante ante el robotsourcing, se convierte en elector de productos.

En el proceso social en su conjunto, se le identifica como el último eslabón, que cuenta con poder de elección. Al parecer el futuro está yendo hacia él como el factor principal. Pero mientras eso sucede, requiere de protección, de asegurar ese papel, que forma parte de la libertad de participación en el mercado para competir y elegir lo que se produce. Esta es la búsqueda de la competencia perfecta, un ideal que aparece como la construcción de una nueva utopía, que exige racionalidad y con ello la ética.

Los derechos humanos en la sociedad del conocimiento son el hilo conductor para llegar a esta racionalidad. Surgidos como derechos básicos, de libertad del individuo, progresan junto a la sociedad que se transforma, primero a los derechos colectivos y después a los de los pueblos. Nacen así en la nación y trastocan lo global como una necesidad que los recrea y los regresa para ser exigidos otra vez en lo nacional a todos los actores, estado y corporaciones. De lo individual a lo social, del respeto del estado a la acción del estado.

El reconocimiento indivisible y progresivo, exige su atención en lo local, no sólo en el poder estatal, sino también la del poder económico. Mientras tanto llega la racionalidad, el estado debe suplirla, asegurar su declaración y ejercicio. La cuestión es cómo, cuando apenas alcanzamos a comprender los de primera generación, qué debemos hacer y cuáles son los mecanismos a utilizar, nos preguntamos.

⁽⁸⁾ Z. BAUMAN, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI de España editores, Tercera ed. Madrid, pp. 77-78.

Por una parte el Estado debe asegurar que este consumo sea racional y para que esto suceda se requiere de un proveedor racional. Entonces el Estado debe suministrar mecanismos que aseguren esta relación entre proveedor y consumidor, no en términos de libertad de contratación, sino en un esquema que comprende la política de protección ante el poder económico, al individuo como agente económico de competencia y el de proveedor, actuando en racionalidad y con ética. También en la obligación del estado de conducir y orientar las actividades de los actores sociales para alcanzar el desarrollo.

Esta regulación económica para asegurar lo más cercano a la competencia perfecta, es la función que tienen los derechos humanos de carácter social y económico en el advenimiento de la sociedad del conocimiento. Asegurando esta función en lo local, se asegura en lo internacional mediante la cooperación internacional, la autoregulación corporativa y la elaboración de códigos de conducta privados en el ámbito privado, formándose el derecho privado no público.

La importancia radica en entender que la racionalidad busca la actuación ética de los agentes sociales en lo local, nacional, regional e internacional. Esto incluye a los Estados, las empresas locales, nacionales y transnacionales, los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales.

Así, parece que la armonización de los derechos humanos, es el hilo conductor del régimen internacional que los reconoce como bienes jurídicos globales a partir del reconocimiento e integración en los órdenes jurídicos nacionales⁽⁹⁾.

Los derechos humanos en la sociedad del conocimiento son importantes porque a partir de su reconocimiento nacional e internacional se visualiza el constructo de la racionalidad del futuro.

⁽⁹⁾ N. CARRILLO SANTARELLI, *The Protection of Global Legal Goods*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 405-450.

3. — *El derecho al consumo en México.*

El derecho al consumo en México surge como resultado de un movimiento internacional denominado *consumerism* (consumismo), como parte de la cuestión social, que fue una respuesta a los fallos del sistema capitalista, que se presentaron desde finales del Siglo XIX. Los abusos de los productores y comerciantes, con su poder de mercado, sobre los consumidores fue tan sólo un aspecto provocado por la concentración de capital.

En México, la protección del consumidor aparece desde la Constitución de 1857, como medida antimonopólica y con mayor claridad en la de 1917. No es sino hasta 1974, después de la aparición del consumismo (*consumerism*), que provocó el control del uso de productos farmacéuticos (1906), la calidad de alimentos (1914) y precios desorbitantes aplicados en el comercio (60's), así como la declaración de Kenedy sobre el derecho a la información del consumidor (1962), la inclusión en el Tratado de Roma (1950), la Carta Europea de Protección de los consumidores (1973), que se promulga la Ley de Federal de Protección al Consumidor⁽¹⁰⁾.

Esta ley forma parte del derecho social y económico que responde a las contradicciones del sistema económico y otorga un papel importante al Estado para salvaguardar los derechos de los consumidores. La ley se apoya en La Ley de Brasil y en toda una atención en el mundo que comenzaron a institucionalizar en Suecia, Inglaterra, Alemania, Francia, Dinamarca, Canadá y Estados Unidos de América.

El artículo 28 de la Constitución mexicana prescribe en la parte dogmática y en relación a la protección al consumo lo siguiente:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El

⁽¹⁰⁾ El régimen jurídico del consumo se encontraba regido por el Código Civil y el Código de Comercio, de acuerdo al orden de protección de propiedad privada en un sistema contractual que prevalecía la autonomía de la voluntad de las partes. Ver Ma.De L. JIMÉNEZ CONDINACH, *4.3 Protección al Consumidor*, Jurídica Anuario, p. 328.

mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículo de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o prestadores de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La Ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

La disposición de protección al consumidor es literal. Se ordena que la ley establezca el régimen correspondiente. Asimismo, pone atención a que se establecerán disposiciones legales para la organización de consumidores. Esta declaración constitucional no es clara y esto puede deberse a que en 1917 se sabía que se tenía que combatir la concentración de capital y con ello el monopolio. En este sentido el artículo 28 es claro al prohibir los monopolios y las prácticas monopólicas, relacionándolos con la libre competencia y competencia en el mercado, para elevar precios en su beneficio y obtener ventajas exclusivas, ordena castigo severo para quienes realicen esos actos.

Lo que nos queda de esto es reconocer que de una interpretación literal, sólo se debe proteger al consumidor, propiciar su organización y controlar a las empresas para asegurar la libre competencia y competencia en el merca-

do. Así, podemos decir que no existe una declaración expresa que determine que el derecho al consumo es un derecho fundamental. Al menos hay una consideración de la protección al consumidor de la manipulación de precios y de una ventaja indebida de empresarios que perjudiquen a grupos de consumidores o de determinada clase social.

Por otra parte, el artículo 25 de la misma constitución mexicana, señala:

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el Artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impul-

sará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.

La Constitución mexicana, establece claramente el derecho al desarrollo y lo considera un derecho humano literalmente al relacionarlo con la libertad y dignidad humana. Refiere que el Estado deberá fortalecer la competencia y el crecimiento económico para lograr aquél. Se interpreta que al incluir la competencia y el crecimiento económico, en estos se incluye al consumo como parte, primero del concepto de libre competencia y después de los fines de la producción, competitividad de las empresas que en el proceso económico lo que buscan es llevar sus productos y servicios para satisfacer las necesidades del consumidor.

En la Ley Federal de Protección al Consumidor es en donde se establece el derecho al consumo, reconociéndose derechos básicos como el derecho a educación para consumir, a elegir, a la seguridad y calidad de los bienes y servicios, a la información sobre ellos, a no ser discriminado, a la protección y a la compensación. Esta es una ley que además en el rubro de protección establece un procedimiento de conciliación y otro de arbitraje, así como multas por infracciones a las disposiciones de la ley. Sin embargo, el proceso

de conciliación es insuficiente para la protección del derecho al consumo, porque no resuelve en el fondo y solo deja el derecho del consumidor para acudir a los tribunales civiles o mercantiles para obtener la reparación del daño o el cumplimiento de las obligaciones del proveedor, retrasando la justicia para el consumidor.

El arbitraje es casi letra muerta, porque someterse a él no es conveniente para el proveedor, quien evita someterse a las autoridades de protección del consumidor.

También es importante señalar, que existen otros organismos que protegen a consumidores especiales, como la Comisión de defensa de los usuarios de los servicios financieros y la de los sistemas de ahorro para el retiro. En estos casos son instituciones públicas que funcionan a partir de la conciliación, que al igual que la Comisión Federal de Competencia tienen la facultad de ejercer la acción colectiva que recientemente ha sido incluida en la Ley de Amparo.

La tutela del derecho al consumo no la tiene el propio consumidor, sino el Estado a través de instituciones que no otorgan un mecanismo de garantía efectivo de defensa del derecho humano a consumir para satisfacer necesidades. La inclusión de instituciones jurisdiccionales que tengan el poder de resolver las controversias entre consumidores y proveedores, de manera ágil y expedita, es decir del acceso a la justicia plena es una solución que puede hacer efectivo el derecho al consumo.

También podemos indicar que la calidad de consumidor responsable tampoco puede lograrse ante una información y educación incipiente que no guía a los consumidores de los abusos de los proveedores de bienes y servicios. Tampoco funciona la máxima constitucional de que los empresarios ejerzan sus derechos de propiedad como una función social, que llevaría a que cumplieran con normas de calidad y seguridad. No todas las empresas tienen códigos de conducta que aseguren el cumplimiento de derechos humanos, además de que no consideran al derecho al consumo como tal. Son pocas, son las menos las que han adoptado la responsabilidad social. Existen las normas de certificación y calidad, pero su implementación es burocrática, mínima y fácil de eludir por quienes están obligados.

México tiene una expectativa promisorio para el futuro. La sociedad mexicana requiere de cambios fundamentales que han empezado a realizarse. Pero deben incluirse los mecanismos adecuados para asegurar la garantía del derecho al consumo como un derecho fundamental. También es necesario que en el régimen nacional se incluya el control de los grandes capitales transnacionales. También aquí se ha dado un avance con la regulación de la venta de activos. No debe perderse de vista que es en lo local y nacional donde se controlarán a los grandes poderes económicos.

4. — *El derecho al consumo en el ámbito internacional.*

Después del reconocimiento tardío de los derechos fundamentales de libertad por el sistema después de la guerra, teniendo como antecedentes la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, como resultado de la Revolución y el reconocimiento del liberalismo de ellos, nos encontramos con la crisis del capitalismo que hace surgir la cuestión social e incluye desde finales del siglo XIX, la aparición en forma enunciativa de derechos económicos y sociales. La respuesta es consecuencia de una reacción del sistema para evitar el colectivismo que amenazaba su existencia.

Aparece, la libre competencia como un principio que debe ser resguardado para el funcionamiento del sistema y dentro de éste, la identificación para participar con libertad en el mercado, ya sea para producir, comercializar o consumir. Este proceso económico, requiere de la intervención del Estado, porque el comportamiento de los participantes en el mercado, sobre todo cuando no se ajustan al mismo en la búsqueda de competencia perfecta y exige la participación externa para asegurarla.

Surgen así las leyes antimonopolios y de control de mercado, que mencionan el consumo tangencialmente sin incluirlo formalmente en mecanismos de protección. El poder de mercado que las empresas logran les hace imponer mercancías al mercado, sin considerar las necesidades del consumidor, creando algunas superfluas, más allá de las básicas, las que debe obtener en los términos que se le ofrezcan al consumidor. La postguerra intensifica

esta situación y es cuando surge la necesidad de apoyar al consumidor y controlar al productor.

La mención de “Kenedy” de que todos somos consumidores y donde surge la idea de protección al consumidor es una necesidad para mantener al sistema vivo, de lo contrario se acabaría con la demanda debido a las circunstancias económicas y la producción no tendría destino. Por eso Keynes, había sugerido su teoría de mantener y promover el empleo, para que el consumidor mantuviera la demanda, habría que protegerlo. También el surgimiento del “consumerism” en Inglaterra, provocado por el devastador efecto de la crisis y deterioro de las condiciones de los ciudadanos de esa época⁽¹¹⁾.

Realmente fue en Europa donde se consolida el derecho del consumidor a través del Tratado de Roma donde se considera de manera enunciativa, a pesar de que fue creada primero la Comisión Federal de Comercio norteamericana, cuyos fines respondían solamente a atender los efectos de los monopolios, creados por la concentración de capital, la transnacionalización y el capitalismo salvaje. En Europa en 1972 se editó la Carta Europea de Protección al Consumidor. Este documento consideró cuatro derechos fundamentales. (1) El derecho a la protección y asistencia de los consumidores a través del acceso a la Justicia y la protección de daño económico y material provocado por los bienes de consumo. (2) El derecho a la reparación del daño por productos defectuosos y la difusión de mensajes engañosos o erróneos. (3 y 4) El derecho a la información y a la educación.

Un año antes en Suecia se había promulgado la Ley de Comercialización, que instauró la base para la ley de protección al consumidor y el tribunal de defensa del consumidor y el ombudsman del consumidor⁽¹²⁾.

En 1975 el Consejo de la Comunidad Económica Europea, aprobó el programa preliminar para una política de protección e Información a los

⁽¹¹⁾ El movimiento organizado de los consumidores se originó en Estados Unidos durante la década de los treinta con la creación de la Consumer Union. E. BIASCO, *Análisis de los denominados derechos básicos del consumidor*, g:/web/buzon/biasco 7-3-05/derechos del consumidor. ebm.doc, p. 2.

⁽¹²⁾ En 1947 en Suecia se fundó el Consejo danés del consumidor, primera organización privada de consumidores. *Ibidem*.

consumidores reconoció los siguiente: (1) El derecho a la salud y la seguridad de los consumidores. (2) El derecho a la protección y asistencia de los intereses económicos de los consumidores. (3) El derecho a la reparación de los daños: (4) El derecho a la información y a la educación del consumidor. (5) El derecho a la representación (a ser escuchado), el derecho a la organización y asociarse,. Incorporados al tratado Constitutivo de la CE son los pilares sobre los que se sustenta el derecho al consumidor en Europa.

La posguerra produjo la creación de la Organización de las Naciones Unidas y su principal instrumento la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como un ideal común para la humanidad⁽¹³⁾. La Organización de Estados Americanos que estipuló la Declaración Americana de Derechos Humanos en el mismo año de 1948, la sancionó hasta 1969, en la Convención correspondiente denominada Pacto de San José de Costa Rica.

También en 1966 La ONU promulgó el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales quedó comprendido el derecho al consumo. En 1983 la ONU aprobó las directrices para la protección del consumidor, que son guías para la estructuración y fortalecimiento de políticas y leyes de protección al consumidor. Estas directrices reconocen que los consumidores afrontan desequilibrios en su capacidad económica, educación y poder de negociación ante los empresarios⁽¹⁴⁾.

La integración en regiones económicas tiene como finalidad la circulación de bienes para mejorar los precios y la calidad de los bienes y servicios. El mercado requiere de libre competencia, asegurar la participación de los productores y comercializadores y el consumo racional.

La Unión Europea después de un proceso de integración de más de 50 años ha logrado consolidar más que un mercado regional. Los países que la integran tienen representación política y participan de una legislación importante que los obliga a acatar políticas y regulaciones para el bien de la Comunidad. Con todo un aparato administrativo y judicial los avances en

⁽¹³⁾ C.E. TAMBUSI, *Los derechos del consumidor como derechos humanos*, Ed. Universidad, Argentina, 2009.

⁽¹⁴⁾ E. LÓPEZ MONTOYA, *La defensa de los derechos del consumidor desde una perspectiva internacional*, SUA, Facultad de Derecho, UNAM.

la armonización son sustantivos y el trabajo realizado es un ejemplo para el tratamiento internacional en el caso del derecho al consumo.

En el caso del Mercosur, destaca la Declaración de Derechos Fundamentales de los consumidores de la región, que se logró después de varias de las resoluciones que en los años 90's no fructificaron por la posición de Brasil. En ellas se fijaron pautas para lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores, así como parámetros a los que deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios de los bienes destinados al consumo; el cumplimiento de la garantía contractual de las mercancías vendidas.

La posición de Brasil, que cuenta con una legislación avanzada impidió el avance del derecho del consumidor en la región, pues el comercio entre los países de la región sería en desventaja para sus consumidores⁽¹⁵⁾.

El protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender las controversias entre proveedores y consumidores en distintos países de la región.

El ejercicio de un régimen regional muestra que la armonización puede darse a través de la interpretación de criterios que deben ser utilizados en el ámbito nacional. Numerosas resoluciones del Tribunal de Justicia Europeo, de la Corte Interamericana de Justicia, del Tribunal de Mercosur, son una muestra de esta vía.

La Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo presentó en la reunión ministerial de Corea en junio de 2008, un paquete de principios para asegurar que los intereses de los consumidores en los servicios de comunicación estén adecuadamente protegidos. Estas se complementan con las Pautas de Protección al Consumidor del Comercio Electrónico de 1993, así como con las Pautas para Protección de Consumidores de Prácticas Comerciales Engañosas y Fraudulentas a través de las fronteras de 2003 y las Recomendaciones para la Resolución de Disputas y Reparación de 2007. También puede señalarse el documento que contiene la Respuesta estraté-

⁽¹⁵⁾ En la constitución Brasileña desde 1988 se incorporó la obligación del Estado de promover la defensa del consumidor a través de una ley especial.

gica a la crisis de 2008-2009, por las que hace recomendaciones a los países miembro, para enfrentar los efectos de la crisis y prepararse para el futuro. Los temas que aborda son finanzas, competencia y gobierno, en el último contempla la educación y protección del consumidor. Las características de estos principios están encaminados para proteger a los consumidores, como se observa son de alguna manera, los mismos que surgen de las experiencias regionales y de otras organizaciones internacionales.

5. — *Conclusiones.*

La experiencia internacional sobre el derecho al consumo nos muestra como se ha desarrollado el derecho al consumo. La influencia que ha ejercido en las legislaciones nacionales es patente, la importancia que tiene como elemento de la libre competencia se muestra como importante en el proceso productivo. Esto significa que el derecho al consumo es reconocido como un bien jurídico global, como un derecho fundamental, que debe ser protegido por el Estado.

En este contexto, es indispensable fortalecer los mecanismos de protección, para mejorar las condiciones de los consumidores, para convertirlos en verdaderos electores racionales. Las tendencias se aclaran, exponen que las recomendaciones sobre las políticas de competencia deben observarse para llevar a las empresas a una actuación racional. Cuando menos eso se visualiza en las actuaciones de los órganos regionales y de las instituciones internacionales.

Es a los gobiernos a quienes corresponde actuar. Hay que vencer las influencias de los poderes fácticos que hasta ahora han logrado colocar el derecho del consumidor dentro de la esfera mercantil, en donde no se aprecia el valor de derecho fundamental. La protección del consumidor debe contar con autoridades especiales con poder para resolver de manera expedita las controversias que se suscitan con los proveedores. Se requiere de un verdadero mecanismo que sea una garantía de que los derechos del consumidor sean respetados y la creación de instancias especializadas que resuelvan expeditamente los problemas que tiene con los comercializadores.

El derecho al consumo es un derecho fundamental indivisible que se interrelaciona

con otros derechos humanos. El valor intrínseco del ser humano, su dignidad debe ser protegida no sólo para suministrarle los productos básicos para su subsistencia, sino también para todos aquellos que han obtenido estos benefactores, alcanzar un bienestar progresivo que permita obtener felicidad, su identidad y reconocimiento, su respeto como humano, al fin y al cabo es parte importante de esta sociedad de consumo.

La visión sobre el futuro nos lleva hacia una nueva era en donde el conocimiento es la clave para participar en una sociedad con avances tecnológicos inimaginables. La investigación y desarrollo está dirigida para obtener tecnología y nuevos productos que mejoren la vida de los seres humanos, el consumo es el destino, no podemos ignorar esto, se debe procurar la libre competencia de manera racional. Debe impulsarse en el mercado la participación en libre competencia racional e impulsar un consumo racional que no exponga a los consumidores.

Los mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho al consumo corresponde al Estado establecerlos, su diseño debe ser racional. Esta regulación es la forma en que puede asegurarse el derecho fundamental, de manera integral, junto con el aseguramiento del principio de libre competencia en el mercado, con la promoción a las empresas de la autoregulación, los códigos de conducta y demás instrumentos que les permita una responsabilidad social.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zigmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI de España editores, Tercera ed. Madrid.
- BERGGRUEN, Nicolas y GARDELS, Nathan, *Gobernanza inteligente para el Siglo XXI*, Taurus, Ediciones Santillana, México, 2012.
- BIASCO, Emilio, *Análisis de los denominados derechos básicos del consumidor*, [g:/web/buzon/biasco 7-3-05/derechos del consumidor.ebm.doc](http://g:/web/buzon/biasco%207-3-05/derechos%20del%20consumidor.ebm.doc).

- CARPIZO, Jorge, *El Estado de los derechos de la Justicia Social*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 3-42.
- CARRILLO SANTARELLI, Nicolás, *The Protection of Global Legal Goods*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 405-450.
- CASAS ROSALBA Y DETTMER, Jorge, *Sociedad del conocimiento, capital intelectual y organizaciones innovadoras*, en VALENTI, Giovanni, CASALET, Mónica y AVARO, Dante (Coords), *Instituciones, sociedad del conocimiento y mundo del trabajo*, Plaza y Valdés Editores, FLACSO, México, 2008.
- GALINDO MARTÍN, Miguel Ángel, *Ética del Consumo y del Crecimiento*, ICE, Ética y Ecfonomía, Junio 2005 No. 823, pp. 87-99.
- IGLESIAS, Enrique V., *Derechos humanos y desarrollo económico y social*, XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del IIDH, 2004, San José, Costa Rica.
- JIMÉNEZ CONDINACH, Ma. De Lourdes, *4.3 Protección al Consumidor*, *Jurídica Anuario*, p. 328.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, *Igualdad y Derechos Sociales*, en *Revista drecho y Humanidades*, No. 15, 2009, pp. 37-50.
- LAVAL, Christian y DARDOT, Pierre, *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*, Gedisa editorial, Barcelona, 2013.
- LÓPEZ MONTOYA, Elsy, *La defensa de los derechos del consumidor desde una perspectiva internacional*, SUA, Facultad de Derecho, UNAM.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., *Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, XLVI, núm. 136, enero-abril, pp. 39-67.
- PIRIS, Cristian Ricardo A., *Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el Mercosur*, *International Law*, s/d.
- TAMBUSSI, Carlos Eduardo, *Los derechos del consumidor como derechos humanos*, Ed. Universidad, Argentina, 2009.
- OECD, *Policy Guidance for Protecting and Empowering Consumers in Communication Services*, OECD Ministerial Meeting on the Future of the Internet Economy, Seoul, Korea, junio 2008.

MANUEL L. HALLIVIS PELAYO (*)

HACIA UNA HOMOLOGACIÓN METODOLÓGICA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LATINOAMÉRICA

ABSTRACT: The paper analyses – starting from the general theory of law, but in specific connection to the human rights – the interactions between international law and the processes of legal integration, and its impact on domestic law, with particular attention to the interpretation of the latter. In this context, it deepens the principles of the law of Treaties [“buena fe”; “convalidación o aquiescencia”; “impedimento (Estoppel)”; “protección a las expectativas legítimas”] and the relevant tools of their enforcement, with specific reference to the Vienna Convention.

SOMMARIO: 1. Introducción. — 2. Principio de buena fe. — 3. Principio de convalidación o aquiescencia. — 4. Principio de impedimento (Estoppel). — 5. Principio de protección a las expectativas legítimas. — 6. Derecho internacional de los Derechos Humanos. — 7. Tratados internacionales. — 8. Control de la constitucionalidad y la convencionalidad. — 9. Interpretación de Tratados Internacionales. — 10. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. — 11. Reglas de interpretación de la Convención de Viena. — 12. Metodología para aplicar el control difuso de la convencionalidad.

1. — *Introducción.*

Quiero agradecer a mis dilectos amigos el Dr. Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia) y para América Latina, el Dr. Mario I. Álvarez (Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México), la invitación a participar en este importante proyecto Jean Monnet sobre Derechos Individuales e Integración Regional, en el que participan, entre otras impor-

(*) Magistrado del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México); Vicepresidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

tantes instituciones, La Università degli Studi di Perugia (Italia), El Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus de Ciudad de México (México), la Escuela Libre de Derecho (México), la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidade Federal Fluminense (Brazil), la Universidad de Piura (Perú), la Universidad Católica de Temuco (Chile), la Universidad de La Frontera (Chile), la Università degli Studi di Torino (Italia), y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México), siendo el papel de nosotros analizar si el Derecho Internacional ha impactado en el derecho interno o “nacional”, así como analizar los procesos de integración legal desde la perspectiva de la teoría general del Derecho, en particular en relación con la interpretación.

Mi parte en este ambicioso proyecto se centrará en pretender aportar elementos que permitan avanzar hacia la adopción de una metodología común en el ejercicio del control de convencionalidad, que permita que los instrumentos internacionales sobre la materia sean comprendidos y aplicados de igual manera en todos los países de la Región. Inicio recordando que en materia internacional existe un principio llamado de la Concordancia de las decisiones. Este principio, también llamado de la interpretación común, se refiere a utilizar el contenido normativo que sea aceptado por la mayor parte de los Estados o, en convenios bilaterales, la que sea aceptada por las dos partes⁽²⁾. En términos generales, implica que hay que favorecer la interpretación que sea común a todos Estados contratantes, a efecto de lograr consistencia en la interpretación. Cuando hay “concordancia” en la interpretación, se aporta seguridad jurídica a las personas de ambos Estados contratantes, lo cual, en material de Derechos humanos es fundamental.

Analícemos el porqué: los fines de los tratados nunca podrán ser alcanzados mediante interpretaciones unilaterales y es por ello que la mayor parte de la doctrina ha propugnado por una interpretación bilateral y uniforme de

⁽²⁾ K. VOGEL y R. PROKISCH G., *Ponencia General, Version española*, 47º Congreso de la *International Fiscal Association en Florencia, 1993*, en *Cahiers de Droit Fiscal International*, volumen LXXVIII a, subject 1: Interpretación de los convenios de doble imposición, Kluwer Law and Taxation Publishers-IFA, Deventer, 1993, pp. 131-132.

los convenios⁽³⁾. Si todas las partes llegan a los mismos resultados se habrá logrado el fin de la interpretación. Si no lo hacen nos encontraremos frente a disposiciones fallidas, por lo que es mejor buscar los mejores procesos interpretativos que aseguren que lo que acuerden las partes se cumpla, en beneficio no sólo de las relaciones internacionales, sino, en estos casos, de la seguridad jurídica y la protección a los Derechos humanos de las personas que vivan en las partes contratantes.

Es evidente que si todos los países de la región interpretan de la misma forma los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, se podrá lograr que las respuestas de las autoridades y de los tribunales sean similares, lo que permitirá avanzar positivamente en el respeto a los Derechos Humanos.

Consideramos, y es propósito de este trabajo, que la mejor forma de cumplir con este *principio de concordancia en las decisiones* es que las partes de un tratado sigan la misma metodología de interpretación, la cual debe, cuando menos, como lo veremos más adelante, basarse en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por ello es que es necesario que, por lo menos, existan reglas uniformes de interpretación y, en su caso, procedimientos ulteriores que permitan que los tratados internacionales cumplan con su cometido. Para abordar ese tema, debemos primero entender las reglas internacionales en materia de Derechos humanos.

2. — *Principio de buena fe.*

Es necesario iniciar por delimitar muy someramente la reglamentación de los Derechos humanos a nivel internacional y el paso fundamental que significó su reconocimiento universal. El primer aspecto que tenemos que abordar es el relativo al principio de buena fe.

Los doctrinarios han puesto de relieve su importancia, pero también la dificultad para definirlo. Constituye un principio jurídico fundamental, algo

⁽³⁾ *Ídem*, p. 73, J.L. DE JUAN PEÑALOSA, *Cuestiones de Fiscalidad Internacional en España*, en *Crónica Tributaria*, número 46, 1983, p. 107.

que es contrario al engaño o al abuso (en este caso del Derecho), una conducta que es «digna, honesta y justa»⁽⁴⁾.

De Pina define a la buena fe, como la «(...) disposición de ánimo que lleva a proceder leal y sinceramente en las relaciones con el prójimo, convicción personal en que se encuentra un sujeto de que obra correctamente cuando se ostenta como titular de un derecho o como propietario de una cosa, cuando formula una pretensión jurídica y cuando rechaza la que sea formulada frente a él»⁽⁵⁾. A su vez, Henry Black, la explica como «honestidad de intención y libertad del conocimiento de las circunstancias (...). Una honesta intención de abstenerse de tomar cualquier ventaja de otro, aún bajo tecnicismos legales, junto con la ausencia de toda información, noticia, o beneficio o creencia de hechos que podrían volver una transacción involuntaria»⁽⁵⁾.

En otras palabras, la buena fe se refiere, en un sentido positivo, a actuar lealmente, absteniéndose de tomar ventaja de otro, aún cuando ese otro desconozca las consecuencias de lo que se decide o negocia. Impone a cada parte la obligación de tener en cuenta lo que realmente se negoció. Se ha considerado un principio general que puede ser entendido en dos sentidos: Subjetivo, que se refiere al «(...) espíritu de lealtad, de intención recta, de sinceridad que debe predominar a nivel conclusión del acuerdo internacional» y Objetivo, que es el «criterio utilizable en la interpretación y aplicación de situaciones jurídicas nacidas a propósito de un tratado», es decir, en cada caso concreto⁽⁶⁾.

De hecho, es uno de los principios en los que está basada la Organiza-

⁽⁴⁾ R. DE PINA y R. DE PINA VARA, *Diccionario de Derecho*, 20ª ed., actualizada por J.P. De Pina García, Porrúa, México, 1994, p. 136.

⁽⁵⁾ H.C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, 4ª ed. revisada, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1968, p. 822, trad. informal de M. Hallivis.

⁽⁶⁾ R. DÍAZ ALBONICO, citado por L. ORTIZ AHLF, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Oxford University Press, México, 2004, p. 19. En el mismo sentido, J. WOUTERS y M. VIDAL, *Non-tax treaties: domestic courts and treaty interpretation*, Capítulo I de *Courts and Tax Treaty Law*, coord. G. Maisto, vol. 3 de *EC and International Law Series*, IBFD, Amsterdam, 2007, p. 34.

ción de las Naciones Unidas ⁽⁷⁾, y se considera un principio general «como se constata frecuentemente por la doctrina y la práctica de los Estados» ⁽⁸⁾. De esta forma, según García Novoa, el principio de buena fe impone a cada parte «(...) la obligación de tener en cuenta el interés de las demás, que es a lo que, en última instancia, remite el concepto de la buena fe aplicado en el ámbito del derecho público y a un nivel de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar» ⁽⁹⁾.

O'Connor define al principio de buena fe en el Derecho internacional como «(...) un principio fundamental del cual la regla *pacta sunt servanda* y otras reglas distintivamente y directamente relacionadas con honestidad, justicia y razonabilidad se derivan y su aplicación de estas reglas se determina en cualquier tiempo por las pautas obligatorias de honestidad, justicia y razonabilidad que prevalezcan en la comunidad internacional en ese tiempo» ⁽¹⁰⁾.

Esto supone otorgar preferencia a la interpretación que mejor se adecue al cumplimiento de las obligaciones objeto del tratado de acuerdo con una exigencia de “equilibrio” de intereses entre los estados firmantes, «(...) lo que excluiría, por ejemplo, que una parte obtuviese ventajas derivadas de expresiones ambiguas del texto o de un error que se hubiese manifestado en el momento de la redacción del texto» ⁽¹¹⁾. Dicho de otra forma, este principio

⁽⁷⁾ Carta de las Naciones Unidas, artículo 2, 2: «Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de *buena fe* las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta». M. SEARA VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público*, 22ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 456. Becerra nos informa, además, que una de las referencias a éste principio la podemos encontrar en el artículo 13 de la Liga de las Naciones. Asimismo, éste autor cita una serie de resoluciones en las que se hace referencia a este principio: J.Á. BECERRA, *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, IBFD, Amsterdam, 2007, pp. 36-40.

⁽⁸⁾ L. ORTIZ AHLF, *op. cit.*, p. 19.

⁽⁹⁾ C. GARCÍA NOVOA, *Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional*, en *Estudios de Derecho Tributario Internacional. Los Convenios de Doble Imposición*, coord. J.P. Godoy Fajardo, ICDT-LEGIS, Bogotá, 2006, pp. 19-20.

⁽¹⁰⁾ J.F. O'CONNOR, citado por D.A. WARD, et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IBFD-IFA (Canadian Branch), Amsterdam, 2005, p. 45.

⁽¹¹⁾ J. WOUTERS y M. VIDAL, *op. cit.*, p. 34.

ilumina la actividad interpretativa y lleva al intérprete a optar por la interpretación que mayor eficacia dé al tratado ⁽¹²⁾.

Qureshi, por su parte, comenta que la buena fe implica no tomar conocimiento de aquellas fuentes que están sostenidas o viciadas con mala fe o que resultarían en consideraciones que darían lugar a una ventaja injusta y concluye que el requerimiento de buena fe en proceso de interpretación está muy cerca «(...) si no es que contaminado, con el requerimiento de comprometerse con la justicia en el proceso de interpretación, aunque dentro de los parámetros del acuerdo» ⁽¹³⁾.

De esta forma, según García Novoa, el principio de buena fe impone a cada parte «(...) la obligación de tener en cuenta el interés de las demás, que es a lo que, en última instancia, remite el concepto de la buena fe aplicado en el ámbito del derecho público y a un nivel de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar» ⁽¹⁴⁾. El principio de buena fe implica en la práctica tres conceptos esenciales: aquiescencia (consentimiento o aceptación tácita), Estoppel (impedimento) y expectativas legítimas ⁽¹⁵⁾.

3. — *Principio de convalidación o aquiescencia.*

El principio de aquiescencia, es poco conocido en países de habla hispana. Podríamos denominarlo de aquiescencia, o consentimiento tácito ⁽¹⁶⁾ o

⁽¹²⁾ Cfr. A.H. QURESHI, *Interpreting WTO Agreements, problems and perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 13.

⁽¹³⁾ De hecho, éste autor alerta de que este principio es de “textura abierta” y lo difícil que es probar que alguna de las partes actuó de mala fe. A.H. QURESHI, *op. cit.*, pp. 13-15, cita en p. 15.

⁽¹⁴⁾ C. GARCÍA NOVOA, *Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional*, cit., pp. 19-20.

⁽¹⁵⁾ Por su definición preferimos denominar de aceptación tácita al de aquiescencia: M.E. TRON, I.K. MOGUEL, F. LORENZO y L. LIÑERO, *Interpretación de Tratados*, láminas presentadas en *Aspectos Controvertidos en Tributación Internacional*, IFA Grupo Mexicano, México, 2006, versión electrónica, p. 9.

⁽¹⁶⁾ Según el Diccionario de Términos Jurídicos de Espasa, acquiescence quiere decir «(...)

no expreso, es equivalente a asentir, a consentir, autorizar, aceptar, aprobar, dar beneplácito ⁽¹⁷⁾, nosotros agregaríamos: tácitamente. Aquiescencia, proviene del latín *aquiescentia*, asenso, consentimiento «Equivale a lo que en derecho civil se conoce también como ratificación o confirmación. Es un acto a través del cual se convalida un acto anulable. En lugar de que la persona haga valer judicialmente la respectiva nulidad relativa, ésta se extingue mediante la aquiescencia o confirmación. La convalidación del acto puede ser por voluntad expresa o tácita, o bien, por el transcurso del tiempo» ⁽¹⁸⁾.

Según Black «la conducta que reconoce la existencia de una transacción e intenta (...) de alguna manera, por lo menos, llevar a cabo la transacción o permite que se lleve a cabo. Es un acto no deliberadamente destinado a ratificar una transacción anterior anulable, pero acepta la transacción como existente e intenta por lo menos de alguna forma llevar a cabo y obtener o exigir los beneficios resultantes de él y de esta forma difiere de la confirmación, la cual implica un acto deliberado, destinado a renovar y ratificar una transacción que puede ser anulable» ⁽¹⁹⁾.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, Cheng considera que

anuencia (...) conformidad, allanamiento»: R. WATSON et al., *Diccionario de Términos Jurídicos español-inglés, english-spanish*, Espasa, Madrid, 2002, p. 184. Según De Pina Tácito quiere decir «que no se expresa formalmente, sino que se supone e infiere»: R. DE PINA Y R. DE PINA VARA, *op. cit.*, p. 468. Según Palomar, tácito viene del latín *tacitus ... tacere*, callar y quiere decir «(...) que no se expresa formalmente, sin que se infiere o supone por algunas razones que lo persuaden». Cfr. *Aceptación tácita*: J. PALOMAR DE MIGUEL, *Diccionario para Juristas*, tomo III, j-z, Porrúa, México, 2000, p. 1501. Por su parte, aceptación tácita es la «(...) originada de los hechos, de la adecuada ejecución o de la actitud que se ajuste a lo requerido o propuesto»: *Ídem*, p. 24.

⁽¹⁷⁾ De hecho se completaría la definición con que es el consentimiento o aceptación «de una decisión tomada por otra persona»: *Diccionario Manual de la Lengua Española*, vox, 2007, Larousse Editorial, S.L.

⁽¹⁸⁾ M. ARROYO RAMÍREZ, *Aquiescencia*, en la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo I, A-B, coordinador R.M. Romero, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Porrúa, México, 2002, p. 312.

⁽¹⁹⁾ Surge cuando persona que sabe que está en posibilidades de rechazar una transacción o de obligar al cumplimiento de un derecho, consiente o aprueba tácitamente, dejando las cosas en el estado en que se encuentran y no hace nada por un tiempo que permite pensar a la otra persona que ha renunciado a su derecho. H.C. BLACK, *op. cit.*, p. 40.

el principio de buena fe protege la confianza que un Estado puede razonablemente tener en las palabras de otro y el principio de buena fe incluye las promesas, las cuales deben ser fielmente aceptadas de tal manera que la confianza que los otros pudieran razonablemente poner en ellos no sea traicionada. De esta forma, se sigue que si un Estado se ha abstenido de protestar contra una práctica consistente y razonable de otro Estado en la aplicación de un tratado vigente entre ellos, el primer Estado debe considerar como que aceptó tácitamente y por lo tanto precluyó su derecho a más tarde argumentar de buena fe que esa práctica constituye una violación al tratado y que, por lo tanto, hay una responsabilidad internacional del otro Estado⁽²⁰⁾.

4. — *Principio de impedimento (Estoppel)*.

Según Sinclair el término “Estoppel” ha sido utilizado para indicar un principio legal que opera para precluir una parte de negar ante un tribunal la verdad de una declaración de hechos presentada previamente por esa parte a otra parte por medio de la cual esa otra parte se ha conducido en su detrimento o la parte realizando la declaración ha obtenido algún beneficio⁽²¹⁾.

Para Castro y Agramón este principio tiene su origen en la doctrina “de los actos propios”, que se refiere, en Derecho internacional, a que a un Estado lo obliga lo que haga (sus propios actos), además de la obligación de actuar de buena fe y del Derecho de otros Estados a fiarse de su conducta e implica que «(...) un Estado no puede adoptar una posición o una acción, afirmar un hecho o un derecho ni negar un hecho o un derecho que sean incompatibles con una conducta anterior, si ello se traduce en un perjuicio para otro Estado (...). Son tres los elementos que entran en la noción del Estoppel: 1. Una situación creada por la actitud de un Estado, actitud primaria. 2. Una conducta seguida por otro Estado, actitud secundaria, que se basa

⁽²⁰⁾ Cheng citado por F.A. ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law, A study of Articles 31, 31 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*, IBFD, Volume 7, Doctoral Series, Amsterdam, 2004, pp. 128-129.

⁽²¹⁾ *Ídem*, p. 52.

directamente en la primera actitud. 3. La imposibilidad del Estado que adoptó la actitud primaria de hacer alegaciones contra la misma o de manifestarse en sentido contrario. El Estoppel tiene, por tanto, una carácter de límite, de restricción; cumple una función de privación o pérdida de derechos (...)»⁽²²⁾.

De hecho, su definición en un diccionario inglés-español, se refiere a la «imposibilidad legal de admitir una afirmación o alegación contraria a lo que se ha afirmado o alegado anteriormente». Para Black “stop” significa parar, impedir, prevenir, precluir, “Estoppel” se refiere a que «(...) los propios actos o la aceptación de ellos de un hombre “paran” o cierran su boca para alegar o defenderse (...) un “Estoppel” surge cuando uno es impedido por la Ley para hablar contra sus actos o hechos (...) una posición inconsistente, una actitud o una conducta no puede ser adoptada para la pérdida o el daño de otro (...) es un impedimento o prohibición que precluye los alegatos o la negativa de ciertos hechos o declaraciones de hechos, como consecuencia de un alegato, acto, conducta o negación previo o en consecuencia de una decisión final del asunto en un tribunal (...) cuando uno de dos sufren, aquel cuyos actos ocasionaron la pérdida es el que debe soportarla (...) los elementos esenciales del Estoppel incluyen cambio de posición de las partes, de tal forma que esa parte contra la cual se invoca el Estoppel ha recibido una ganancia o beneficio de la parte que invoca el Estoppel ha cambiado su posición en su detrimento (...)»⁽²³⁾.

Según Engelen, una forma del principio de buena fe puede surgir cuando una de las partes ha aceptado tácitamente una interpretación particular en el curso de las negociaciones argüida en el curso de una aplicación rutinaria del tratado. Para él, «Si ambas partes han aceptado tácitamente una particular interpretación, esto lleva a un acuerdo tácito, que debe ser tomado en cuenta para propósitos de interpretación de acuerdo con el párrafo 2 (a) subpárra-

⁽²²⁾ Fue la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental de 1933 (Noruega vs Dinamarca), originado por las desafortunadas declaraciones del canciller de Noruega, Ihlen, quien tuvo ocasión de sentar las bases de esta institución, que ha adquirido gran relevancia. J.H. CASTRO VILLALOBOS y C.B. AGRAMÓN GURROLA, *Diccionario de Derecho internacional público*, 2ª ed., Oxford, México, 2010, p. 104.

⁽²³⁾ H.C. BLACK, *op. cit.*, p. 648.

fo 3(a) del artículo 31 de la CV, que tratan, respectivamente, de cualquier acuerdo entre las partes que se concluye en conexión con la conclusión del tratado y cualquier acuerdo subsecuente entre las partes que trate de la interpretación del tratado o la aplicación de este precepto»⁽²⁴⁾.

5. — *Principio de protección a las expectativas legítimas.*

Para Engelen, la doctrina de las expectativas legítimas protege los intereses justos y razonables de una parte que, basada en las acciones o inactividad de la otra parte, tiene toda razón para creer que el tratado debe ser interpretado y aplicado de una forma particular. Por ejemplo, «(...) si durante las negociaciones o en el curso de la aplicación rutinaria del tratado, una parte primero se abstiene de protestar contra una interpretación adelantada o realizada en forma consistente por la otra parte, dando a la otra parte una razón legítima para creer que había acuerdo con esa interpretación, pero después se afirma que una diferente interpretación se pretendía, la cual, dadas las circunstancias, sería más benéfica para ese Estado. Si durante las negociaciones o en el curso de la aplicación del tratado, una parte ha tomado consistentemente la posición de que un precepto del tratado debe ser interpretado de una forma particular y era sobre la base de que la otra parte accedió a su inclusión al tratado, o estuvo de acuerdo en otorgar ciertos beneficios directamente asociados con esa interpretación, eso sería deshonesto, injusto e irrazonable si después niega esa interpretación»⁽²⁵⁾.

Similar al “impedimento”, este principio se enfoca en la relación de dos partes y mira a la perspectiva del receptor más que al simple significado de las palabras que supuestamente indican la voluntad mutua de las partes. Consiste en que si un Estado, en virtud de las acciones de otro Estado, con-

⁽²⁴⁾ F.A. ENGELLEN, *op. cit.*, p. 136.

⁽²⁵⁾ Comenta Engelen que el comentario al art. 71 de Sir Humphrey Waldock’s hace referencia al caso *Temple*, en el cual la CIJ sostuvo que «la práctica de una parte en un tratado bilateral la impide a después negar una interpretación de una cláusula en particular respecto de la cual aparentemente estuvo de acuerdo», *idem*, pp. 136-137.

traparte en un tratado, tiene bases para pensar que su actuación será en un determinado sentido la otra parte no podría cambiar la situación porque ha generado expectativas legítimas de que actuará (o no actuará) de una determinada forma, «los elementos necesarios para reclamar una violación de las expectativas legítimas son: una expectativa de un actor para hacer algo o abstenerse de hacer algo: una razón legalmente válida para tener la expectativa; daño; y relación causal entre la acción o la inacción y el daño»⁽²⁶⁾.

Engelen completa que sin embargo, para que las expectativas sean protegidas, deben, «(...) por supuesto, ser legítimas; la buena fe solo protege las expectativas de un Estado que se conduce de una forma honesta, justa y razonable».

Para nuestro trabajo, la buena fe, al estar consignada como uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional, es un elemento de significativa ayuda para que los Estados cumplan cabalmente con sus obligaciones, sin pretender incumplir a través de artilugios legales o de interpretaciones forzadas algún tratado sobre Derechos Humanos.

6. — *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

Luigi Ferrajoli comenta que con la Carta de Naciones Unidas de 1945, al transformarse el sistema contractual bilateral y basado en la igualdad, en un verdadero orden jurídico de carácter supraestatal, se impusieron límites y reglas a la convivencia internacional⁽²⁷⁾. Fue precisamente con la carta de la ONU que se marcó el nacimiento de un nuevo derecho internacional, convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal, «(...) vinculante para los Estados miembros, en el que también los individuos (como titulares de los derechos humanos (...)) y los pueblos (titulares del derecho

⁽²⁶⁾ D.A. WARD et al., *op. cit.*, pp. 51-52.

⁽²⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Más Allá de la Soberanía y la Ciudadanía: Un Constitucionalismo Global*, en *Estado Constitucional y Globalización*, compilado por M. Carbonell y R. Vázquez, UNAM-Porrúa, México, 2001, pp. 313-318.

de autodeterminación), *son sujetos de derecho internacionales*⁽²⁸⁾. A partir de estos instrumentos, todos los seres humanos, por el hecho de serlo, son titulares de derechos oponibles al Estado y «(...) el modo en que un Estado respete los derechos de las personas, pasó a ser una materia de interés internacional regulada por el derecho internacional»⁽²⁹⁾.

Al colocar al individuo como sujeto del Derecho internacional, se genera la noción de un Derecho internacional de los Derechos Humanos, que atiende directamente a la dignidad de la persona y se asimila como parte del Derecho interno de los países que, cumpliendo con los procesos de celebración y, en su caso, ratificación de tratados internacionales estipulado por sus respectivas constituciones, sean signatarios de las Convenciones.

Ha sido evidente que de la misma forma en que se han desarrollado las relaciones comerciales y económicas internacionales, también ha evolucionado el Derecho internacional, además de que los países están más conscientes de la ineludible interrelación de todos ellos y de la consecuente necesidad de reglas vinculatorias de comportamiento internacional, lo que evidentemente ha apuntalado esta evolución.

El tema de este trabajo se dirige precisamente a proponer un procedimiento adecuado de interpretación de esas reglas que protegen a las personas, para lo cual requerimos iniciar con el análisis de lo que son y significan los Tratados Internacionales.

⁽²⁸⁾ Pone como ejemplo teórico Ferrajoli el que antes de 1948 era impensable «(...) el recurso de un ciudadano contra su propio Estado ante una jurisdicción internacional, al igual que hasta el siglo pasado, antes de la creación de una justicia administrativa, habría sido inconcebible el recurso de un ciudadano contra el Estado ante la jurisdicción estatal»: L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil*, trads. P.A. Ibáñez y A. Greppi, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 145-146.

⁽²⁹⁾ J.A. CARRILLO SALCEDO, citado por E. REY CANTOR, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa-IMDPC, México, 2008, p. XXXIX.

7. — *Tratados internacionales.*

El Derecho internacional busca, entre otras cosas, regular las relaciones entre los diversos Estados soberanos y para eso, requieren llegar a compromisos, los cuales plasman en diversos instrumentos, los más comunes son los tratados, los que adquieren su valor obligatorio mediante la regla *pacta sunt servanda*⁽³⁰⁾, figura que proviene de la costumbre internacional⁽³¹⁾, y que consiste en el deber de todo Estado de cumplir plenamente con sus obligaciones internacionales⁽³²⁾.

Se considera que si no existiera, se produciría un quiebre de las relaciones internacionales, ya que se dejaría a la voluntad de las partes el cumplir o no con lo pactado en los tratados que suscriban.

Esta figura constituye la piedra angular y base del Derecho internacional, puesto que si no se acata lo que se pacta no existe razón para pactar, de hecho, buena parte del orden jurídico internacional se basa en esta obediencia⁽³³⁾. Precisamente, como aclara Anzilotti, la razón por la que los tratados

⁽³⁰⁾ D. ANZILOTTI, *Curso de Derecho Internacional*, trad. de la 3ª ed. J. López Olivan, tomo I, 1ª ed., Reus, Madrid, 1935, pp. 61-62.

⁽³¹⁾ El *ius cogens*, norma imperativa aceptada por la comunidad internacional que sólo puede ser modificada por una norma internacional ulterior: M. SEARA VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 74-75 y 86.

⁽³²⁾ El Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Para un análisis a fondo del artículo 26, véase a J. SALMON, *Section 1, Observance of Treaties, Article 26, Convention of 1969*, en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A Commentary*, Volume 1, coordinadores: O. Corten y P. Klein, Oxford, University Press, Vol. I, Part III, pp. 659-685.

⁽³³⁾ Basave considera que «(...) la santidad de lo pactado no puede rebasar el fundamento voluntarista (...) la norma *pacta sunt servanda* sólo puede ser aplicable al Derecho convencional y supone, para que sirva de base objetiva, al Derecho natural. Si la consideramos una norma fundamental hipotética – caso de Kelsen –, le damos un carácter provisional y la subordinamos a la prueba (toda hipótesis debe ser probada). Si la convertimos en una norma consuetudinaria del Derecho internacional – caso de J.L. Kunz – caemos en un contrasentido porque la costumbre es fruto de una voluntad y la voluntad, por sí misma, carece de fuerza obligatoria. Además (...) la costumbre jurídica internacional obliga aún a los no pactantes. Las normas jurídicas del Derecho internacional no son puras creaciones lógicas

deben ser observados es «(...) la regla *pacta sunt servanda*: los Estados han de comportarse recíprocamente en la forma convenida, norma primera, fuera de la cual no es posible hallar otra que explique el carácter jurídico y que, por consiguiente, admite la ciencia del derecho como una hipótesis o un postulado indemostrable»⁽³⁴⁾.

La más importante manifestación del principio de buena fe la encontramos en la regla *pacta sunt servanda*⁽³⁵⁾, indispensable en el Derecho internacional ya que significa, sobre todo, «(...) mantener la fe, la fe empeñada de las naciones y de los individuos»⁽³⁶⁾.

Ahora bien, respecto de los tratados, las fuentes del Derecho Internacional, se encuentran enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁽³⁷⁾, que precisamente considera como principal fuente a los tratados, los que constituyen una manifestación de voluntad de

abstractas (...): A. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, *Filosofía del derecho internacional, In: Filosofía y Política de la sociedad Mundial*, UNAM, México, 2001, p. 103.

⁽³⁴⁾ D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 62.

⁽³⁵⁾ De hecho, Engelen menciona 5 citas en la CV al principio de buena fe: 1.- el preámbulo menciona en su tercer párrafo que son universalmente reconocidos los principios de libre consentimiento, buena fe y *pacta sunt servanda*; 2.- el artículo 26 al hablar de la *pacta sunt servanda* prevé que un tratado debe ser cumplido de buena fe; 3.- el artículo 31 en su primer párrafo aplica la buena fe a la interpretación de tratados; 4.- en el artículo 46 una violación será manifiesta sólo si fuera objetivamente evidente para cualquier Estado que se conduzca de acuerdo con la práctica normal y de buena fe; y 5.- en el artículo 69 sobre las consecuencias de invalidar un tratado se establece en el sub-párrafo 2(b) que cualquier acto realizado de buena fe antes de que la invalidez sea invocada no se considera ilegal sólo por la razón de que el tratado sea ilegal: F.A. ENGELEN, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁽³⁶⁾ B. CHENG, citado por F.A. ENGELEN, *op. cit.*, p. 125. El caso que citan es el de *Nuclear Tests* (Australia vs Francia) Reporte de la CIJ de 1974, p. 268.

⁽³⁷⁾ El artículo 38 establece que «(...) I.- La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes. b) La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. D) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 59. 2. La

los Estados que lo suscriben. En esa virtud, es conveniente que analicemos el concepto de Tratado internacional.

Arellano considera al tratado internacional como «(...) el acto jurídico regido por el Derecho Internacional que entraña el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de la comunidad internacional, principalmente Estados, con la intención lícita de crear, transmitir, modificar, extinguir, conservar, aclarar, certificar, detallar, etc., derechos y obligaciones»⁽³⁸⁾. En forma mucho más sencilla, pero muy ilustrativa, Seara los define como «(...) todo acuerdo concluido entre dos o más sujetos de Derecho internacional»⁽³⁹⁾.

Desde el punto de vista legislativo, el art. 2, I, de la Ley sobre la Celebración de Tratados⁽⁴⁰⁾, lo considera como un «Convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos»⁽⁴¹⁾.

Efectivamente, es casi unánime que el término “tratados” se refiere a todo tipo de acuerdos entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales o entre éstas, independientemente de la denominación que se les dé⁽⁴²⁾. Completa esta idea Eduardo Ferrer, al resaltar que cuando los tratados internacionales han sido debidamente incorporados son derecho nacional de fuente internacional, lo que implica que se «(...) va conformando implíci-

presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio “ex aequo et bono”, si las partes así lo convinieren». Cita de M. BECERRA RAMÍREZ, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, IJ-UNAM, México, 2006, p. 3.

⁽³⁸⁾ C. ARELLANO GARCÍA, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Porrúa, México, 2009, p. 632.

⁽³⁹⁾ Utiliza “sujetos” en vez de “Estados” para incluir en su definición a las organizaciones internacionales: M. SEARA VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 69.

⁽⁴⁰⁾ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 enero de 1992.

⁽⁴¹⁾ Ley sobre la Celebración de Tratados, artículo 2, I.

⁽⁴²⁾ E. LEJEUNE VARCÁCEL, *La Experiencia Española en Materia de Convenios de Doble Imposición: Particular Referencia al Convenio con los Estados Unidos de América y al Proyecto de Convenio con México*, en *Convenios Fiscales Internacionales*, Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1994, p. 177.

tamente un bloque de constitucionalidad»⁽⁴³⁾. Siguiendo al artículo 133 constitucional, se explica sencillamente que este “bloque de constitucionalidad”, se compone no sólo de la propia Constitución, sino también de los tratados internacionales firmados por México y la legislación ordinaria⁽⁴⁴⁾.

En México, su jerarquía está determinada por citado artículo 133 Constitucional, el cual establece la jerarquía de las normas jurídicas⁽⁴⁵⁾. Hasta 1999, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentaba el criterio de que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía⁽⁴⁶⁾. A partir de octubre de ese año, cambió su criterio, estableciendo que los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes federales y locales⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ E. FERRER MAC-GREGOR, *Prólogo*, en *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, coord. J.L. Caballero Ochoa, Porrúa, México, 2009, p. XXIII. Al respecto, Carbonell considera que con la interpretación conforme se crea «(...) una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento mexicano»: M. CARBONELL, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, en *El mundo del abogado*, México, año 14, núm. 147, julio de 2011, p. 30.

⁽⁴⁴⁾ De hecho, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos considera a los tratados internacionales *celebrados de conformidad con la misma*, como parte de la “Ley Suprema de la Unión”, lo que, aunado al hecho de que se ha reconocido la primacía de los tratados sobre la legislación ordinaria por la SCJN y que los tratados deben celebrarse “conforme” a la Constitución, implica que cuando se trasgrede algún tratado se viola nuestro Derecho interno.

⁽⁴⁵⁾ «Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados».

⁽⁴⁶⁾ «Las leyes federales y tratados internacionales tienen la misma jerarquía normativa. (...) ocupan ambos el rango inmediatamente inferior a la Constitución (...) Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley (...) no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.» (P C/92, S.J.F. No. 60, diciembre de 1992, p. 27)

⁽⁴⁷⁾ Tesis P. LXXVII/1999: *Tratados internacionales. se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal*. Sesión privada del 28 de

Para su celebración, precisó la tesis, se faculta al Presidente, en su calidad de jefe de Estado, para celebrarlos, y el Senado interviene como representante de las Entidades Federativas. A través de su aprobación, obliga a las autoridades de esos niveles de gobierno, de forma que no existe limitación competencial entre Federación y Entidades Federativas y, por ello, pueden obligar al Estado Mexicano en cualquier materia, independientemente de que sea competencia de las Entidades Federativas.

En 2007 se volvió a abordar el tema directamente y, a partir de una interpretación sistemática del citado artículo constitucional, armonizada con principios de derecho internacional dispersos en toda la Constitución y las premisas fundamentales de esa rama, la Suprema Corte concluyó que los Tratados se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución y por encima de las leyes tanto generales como federales y locales, «(...) en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos libremente de conformidad con (...) la Convención de Viena (...) y que, además, atendiendo al principio *pacta sunt servanda* contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional»⁽⁴⁸⁾.

8. — *Control de la constitucionalidad y la convencionalidad.*

Derechos humanos es un término multívoco (con acepciones múltiples) con carácter polisémico y, del que pueden predicarse, en palabras de Álva-

octubre de 1999. Registro No. 192867. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Noviembre de 1999, p. 46. La Suprema Corte determinó que la votación era idónea para integrar tesis jurisprudencial, así como que se abandona el criterio sustentado en la tesis P. C./92.

⁽⁴⁸⁾ Tesis P. IX/2007: *Tratados internacionales. son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. interpretación del artículo 133 constitucional.* Registro No. 171888, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, p. 2725.

rez, dos nociones: una axiológica (referida a exigencias de justicia y legitimidad política y que se rige por las reglas del discurso ético) y otra jurídica (relativa a «su inserción y funcionamiento en los sistemas de derecho positivo» y que se rige por los derechos reconocidos por el Ordenamiento en cada sistema jurídico y alude a derechos subjetivos de la más alta jerarquía y que pueden encarnarse en garantías individuales, «en tanto dotados de medios jurídicos de protección o como principios generales del derecho, como los principios de igualdad y libertad»⁽⁴⁹⁾, que inician con una concepción filosófica, pasando a una política que inspiró a las declaraciones del siglo XVIII hasta ser reconocidos en las Constituciones y en el derecho internacional contemporáneo⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ Burgoa lo asocia con la palabra inglesa “warranty”, que se refiere a asegurar, proteger, defender o salvaguardar y las considera derechos públicos subjetivos «(...) que se asegurarían o preservarían por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley. De ahí que no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano). Además (...) las garantías denominadas impropiedades “individuales” no se consignan únicamente para el hombre o persona física, ni sólo protegen sus “derechos”, sino que se extienden a todo ente jurídico (...)». Aclara el maestro que el prefiere prescindir de sus diversas acepciones y contraer el concepto de “garantía individual” a la *relación de supra a subordinación* de la que surge «(...) En otras palabras (...) las “garantías individuales” implican (...) lo que se ha entendido por “derechos del gobernado” frente al poder público. La relación entre ambos conceptos, “garantía individual” y “derecho del gobernado”, se deduce de la gestación parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857 (...) los constituyentes de 56-57, influidos por la corriente jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios (o como dijera Mirabeau, “los que la justicia natural acuerda a todos los hombres”), y que, dada su amplitud y variedad, no era posible enmarcar dentro de un catálogo. Por ello, dichos constituyentes se concretaron a instituir las “garantías” que aseguraban el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas, estableciéndose así la relación de la que hemos hablado.»: I. BURGOA ORIHUELA, *Las Garantías Individuales*, 9ª ed., Porrúa, México, 1975, pp. 157-161, cita en la 161. En el mismo sentido: M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto de Derechos Humanos*, Serie Jurídica, McGraw Hill, México, 1998, pp. 116-117, cita 53 y 119, citas 57 y 58.

⁽⁵⁰⁾ *Ídem*, pp. XII-XIV. Álvarez nos ilustra de cómo la noción axiológica tuvo un origen iusnaturalista y contractualista a partir de la idea del “derecho natural”, concibiéndose una noción que sirvió para legitimar al Estado y como criterio de justicia del derecho positivo y que para llegar a su noción política atraviesa por su consagración en declaraciones de derechos que las «(...) instituyen, publicitan y popularizan como un nuevo paradigma de justicia

Su protección también es añeja, aunque evidentemente fue evolucionando hasta lo que es ahora. González Oropeza cita el caso resuelto en 1610 por el “*Common Pleas*” del Reino Unido, relativo a una “detención ilegal” a Thomas Bonham en que se decidió que una ley contraria a la razón y a los principios del *Common Law* puede ser invalidada⁽⁵¹⁾, lo que implicó reconocer «(...) por vez primera la supremacía de los derechos humanos sobre la legislación ordinaria (...)»⁽⁵²⁾.

Para Ferrajoli, esto continuó en todas las Constituciones, así como, posteriormente, en la Declaración univeral de derechos del hombre del 10 de diciembre de 1948 y por los Pactos sobre derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966, «transformándose en derecho internacional vigente incorporado al derecho interno de los Estados firmantes»⁽⁵³⁾.

y legitimidad. Además dichas declaraciones delimitan los rasgos distintivos de los derechos del hombre como derechos naturales, universales, inalienables y eternos. Son un ejemplo paradigmático de dicho tránsito, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.»: *idem*, p. XIV. Respecto de la idea del Derecho natural como el “orden objetivo ideal” que se encuentra en contraposición al “orden objetivo real del Derecho positivo”, debemos recordar que hay quienes como Villoro consideran que no hay dos ordenes separados puesto que, consideran, que «(...) los principios del Derecho natural van a dirigir la obra del legislador lo mismo que la del juez.»: M. VILLORO TORANZO, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1973, pp. 43-44. Cfr. A. VALENCIA VILLA, *Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos*, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, comp. C. Martín, D. Rodríguez-Pinzón y J.A. Guevara B., 1ª reimpresión, UIA-American University-Fontamara, México, 2006, pp. 119-123.

⁽⁵¹⁾ M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del Control Jurisdiccional*, 2ª ed., Porrúa-CNDH, México, 2009, p. 11.

⁽⁵²⁾ J.L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Prólogo*, en M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del Control Jurisdiccional*, 2ª ed., Porrúa-CNDH, México, 2009, p. 10.

⁽⁵³⁾ Aclara Ferrajoli que fue hasta mediados del siglo XX, con T.H. Marshall, cuando se distinguió entre persona y ciudadano, puesto que antes se utilizaban como sinónimos, pero que ahora no se puede realizar un proceso inverso en el que se reduzcan los derechos del hombre a los del ciudadano: L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, trads. P.A. Ibáñez y A. Greppi, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 116-117, cita en la 117. Otra explicación que da más adelante Ferrajoli es que hasta 1948 se consideraban como “universales” los derechos fundamentales porque el universo que veían los Estados

Debemos reconocer que nuestro país ha experimentado una evolución muy importante con la reforma en comento, pero que la protección a los derechos humanos ha sido una de sus preocupaciones. Uno de los legados de México al mundo es precisamente el amparo, cuyas raíces las encontramos en el Reino de España, en la Tercera Partida, título XXIII, que se «reducía a la protección de intereses, privilegios o derechos», aunque se conocía en el derecho español el término “cartas de amparo” por lo menos desde el siglo XV, «(...) como un acto del Rey para salvaguardar a una persona en particular contra actos de diversas autoridades que pudieran afectarles»⁽⁵⁴⁾.

El amparo, es el fruto de un proceso evolutivo, que llega a la Constitución yucateca de 1841, en la que se concibió una «(...) forma procesal adecuada para amparar las garantías de todos los ciudadanos (...)»⁽⁵⁵⁾. Este proceso implicó, entre otros, una serie de juicios de amparo de posesión de tierras, algunos de fines del siglo XVI, llegando a Yucatán, donde se promulgó una «(...) declaración de derechos en sentido moderno, así como su protección a través de un juicio específico al que Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá denominó juicio de amparo (...)» aprobada por el Congreso de Yucatán el 31 de marzo de 1841, leída y jurada en todas las cabeceras municipales el 16 de mayo de 1841⁽⁵⁶⁾.

Como fruto de un exhaustivo análisis en el Archivo General de la Nación, Manuel González Oropeza sostiene que, a nivel Federal, el primer juicio de amparo se sustanció por Vicente García Torres en 1847 al que le siguieron algunos más en 1848, aunque el propio autor comenta que la que se conoce como la primer sentencia, se refiere al amparo promovido por Manuel

nacionales era el de “su” ordenamiento interno, asumiendo que todas las personas eran ciudadanos, *op. cit.*, pp.142-144.

⁽⁵⁴⁾ Cita una carta de amparo de Enrique IV al arzobispo de Sevilla del 29 de mayo de 1457: M. GONZÁLEZ OROPEZA, *op. cit.*, pp. 156-157.

⁽⁵⁵⁾ J.L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁽⁵⁶⁾ M. GONZÁLEZ OROPEZA, *op. cit.*, pp. 159-172, cita en la 159. Explica el Dr. González Oropeza que todo esto sucedió en la época en que Yucatán se inconformó con el Estado centralista. Se recomienda la lectura de este libro, que aporta como anexos todos los documentos históricos que se requieren para su adecuada comprensión.

Verástegui en contra de una orden de destierro dictada por el gobernador provisional de San Luis Potosí⁽⁵⁷⁾.

Podríamos seguir con el análisis del juicio de amparo y de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, pero eso, con todo y su innegable importancia, rebasa el alcance del presente libro, baste decir que es un innegable legado de México para el mundo y que recientemente se aprobó una reforma a los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que, entre otras cosas, amplía el juicio de amparo para resolver, además de las controversias suscitadas por normas generales, por los actos u omisiones de la autoridad que viole los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución, así como por los tratados internacionales en los que México sea parte; otorga a la SCJN la facultad de emitir Declaraciones Generales cuando se establezca jurisprudencia por reiteración, salvo en materia tributaria; crea los Plenos de Circuito y el Amparo Adhesivo; introduce la figura del Interés Legítimo; establece la suplencia de los conceptos de violación; etc. Una reforma de mucho fondo que actualiza este importantísimo y trascendente medio de defensa, que fue completada muy recientemente con la promulgación y publicación de una nueva Ley de Amparo, consistente con la reforma constitucional⁽⁵⁸⁾.

Sin embargo, fue otra reciente reforma constitucional la publicada, el 10 de junio de 2011⁽⁵⁹⁾, la que tiene que ver con el tema central de este trabajo. Su idea central fue que los derechos humanos (adicionales a los que ya reco-

⁽⁵⁷⁾ *Ídem*, pp. 233-243.

⁽⁵⁸⁾ Diario Oficial de la Federación del día 6 de junio de 2011, entra en vigor el 4 de octubre de 2011. Para un extracto de la reforma en materia de amparo: Cfr. M.A. Ríos, *Se fortalece al Poder Judicial de la Federación. Profunda reforma constitucional sobre juicio de amparo*, en *Foro Jurídico*, núm. 94, julio de 2011, México, pp. 24-27.

⁽⁵⁹⁾ Según el dictamen de la Comisión correspondiente, la idea central fue que los derechos humanos (adicionales a los que ya consigna nuestra Constitución) que se reconocieran en los tratados internacionales adquirieran reconocimiento y protección constitucional, y que cualquier norma relacionada con derechos humanos se interpretara de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia «favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia»: CÁMARA DE SENADORES, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de*

noce nuestra constitución) contenidos en algún tratado internacional en el que México sea parte, adquirieran protección constitucional, y que cualquier norma relacionada con derechos humanos se interpretara de conformidad con la constitución y los tratados «favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

En el aspecto que nos interesa, el artículo 1º incluyó que las personas gozarán no sólo de los derechos humanos que reconoce la Constitución, sino también de los que reconozcan «(...) los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección (...)», además, se estableció el principio *pro persona*⁽⁶⁰⁾, que implica que «(...) el derecho debe interpretarse siempre de la manera que más favorezca a las personas. (...) Este principio representa una máxima protección para las personas, ya que se deberá aplicar la norma contenida en el orden jurídico nacional o en el tratado internacional que más proteja los derechos de las mismas»⁽⁶¹⁾.

Además, en segundo lugar, se introdujo la interpretación conforme, también llamada “adaptativa”, que adecua el significado de una disposición de jerarquía menor, al significado que se le haya establecido en otras normas de rango superior o en un principio general del derecho. En el primer caso, se trata de una interpretación condicionada por una jerarquía formal, mientras que, en el segundo, por una jerarquía axiológica⁽⁶²⁾. Por ejemplo, si una

Reforma del Estado, respecto la minuta proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos humanos, México, 17 de febrero de 2011, p. 7.

⁽⁶⁰⁾ También llamado *pro homine*, que en la iniciativa se expresa así: «si un derecho reconocido en un tratado internacional otorga más amplia protección a la persona que cualquier ordenamiento local o federal, incluso la propia Constitución, se aplicará lo establecido en el instrumento internacional»: CÁMARA DE SENADORES, *op. cit.*

⁽⁶¹⁾ M. CARBONELL, *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*, en *El mundo del abogado*, Año 14, Núm. 147, julio de 2011, México, pp. 8 y 30. Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *Prólogo*, en J.L. CABALLERO OCHOA, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009, p. XXIII.

⁽⁶²⁾ V. VELLUZZI, *Interpretación Sistemática. ¿Un Concepto Realmente Útil? Consideraciones Acerca del Sistema Jurídico como Factor de Interpretación*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. A. Amaya, No. 21-I, Universidad de Alicante, 1998, pp. 80-81.

norma tiene dos posibilidades de interpretación y una de ellas es de acuerdo con alguna norma Constitucional, se prefiere, adapta, la interpretación a la disposición Constitucional, con el efecto de que se conserve la validez de los textos normativos, puesto que se evita declarar la invalidez o ilegitimidad de una norma⁽⁶³⁾. Esta reforma ha centrado la discusión de la comunidad jurídica en una variada gama de nuevos temas, entre ellos el del control difuso.

De hecho hay quienes distinguen entre interpretación conforme de los Derechos humanos de interpretación conforme a los Derechos humanos, asegurando que la primera se ubica dentro de la determinación del parámetro de control, mientras que la segunda está dentro de los pasos a seguir en el control de convencionalidad. La distinción entre ambas, «(...) radica en que mientras la primera permite seleccionar y fijar el sentido de las propias normas de derechos humanos de máxima jerarquía, estableciendo la que brinde a las personas la mayor protección o la menor restricción, para poderlas después contrastar, en la segunda, se busca desentrañar el sentido y alcance de una norma general inferior para que no sea violatoria de estas prerrogativas fundamentales»⁽⁶⁴⁾.

Sin embargo, para muchos como Navarro, lo más importante de esta reforma fue que se sentó «(...) la base para el desarrollo del mecanismo procesal denominado control convencional – o de convencionalidad –, difuso, que permitirá lograr una mayor efectividad en la protección de los derechos humanos tras confrontar las leyes y actos de las autoridades con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y tratados afines (...)»⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ R. GUASTINI, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, 5ª ed., trad. M. Gascón y M. Carbonell, Porrúa-UNAM, México, 2003, pp. 47-48. Cfr. R. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y meta teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 231-233.

⁽⁶⁴⁾ A.A. ROJAS CABALLERO, *El control de convencionalidad ex officio*. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación, Serie Cuadernos de Jurisprudencia No. 8, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética judicial, México, 2012, pp. 43-44.

⁽⁶⁵⁾ F.de J. NAVARRO ALDAPE, *El control de convencionalidad y el Poder Judicial en México*, en *Mecanismo de protección nacional e internacional de los Derechos Humanos*, Serie Cuadernos de Jurispru-

Precisamente el principio de interpretación conforme con la Constitución y los tratados internacionales, implica un control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales. Este tema implica encomendar a todos los jueces «(...) sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes», la resolución de asuntos de constitucionalidad y convencionalidad ⁽⁶⁶⁾.

Para el primero de los temas (el control de constitucionalidad) se reconocen dos sistemas: el anglosajón o difuso, en el que cualquier juez, de forma incidental, con efectos inter partes, puede resolver temas de constitucionalidad y el europeo o concentrado, también llamado kelseniano en el que sólo «(...) un órgano especializado (Tribunal Constitucional) por vía de acción lo puede hacer con efectos, normalmente erga omnes» ⁽⁶⁷⁾.

Según el propio Navarro, el modelo mexicano es mixto ya que «(...) por un lado es concentrado, en atención a lo señalado en el artículo 105 de la Constitución sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, que de manera exclusiva conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su calidad de tribunal especializado en materia constitucional,

dencia 7, SCJN, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, México, septiembre 2012, pp. 12-13.

⁽⁶⁶⁾ El tema de control difuso de convencionalidad ya había sido propuesto entre otros por E. FERRER MAC-GREGOR, *El Control Difuso de Convencionalidad*, www.bibliojuridica.org/libros/6/2873/9, versión electrónica, en el que aduce Eduardo Ferrer que el juez no es un simple aplicador de la ley nacional, sino que tiene además la obligación de «(...) realizar una interpretación convencional, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado. Los jueces se convierten en “guardianes” de la convencionalidad»: p. 177.

⁽⁶⁷⁾ F.de J. NAVARRO ALDAPE, *op. cit.*, pp. 12-13. Según este autor, «(...) el sistema norteamericano está diseñado a favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los Jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los Jueces». Cita a L. PRIETO SANCHÍS, *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*, en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2003, t. I, p. 464.

así como por el artículo 107 constitucional en cuanto al amparo en revisión, y por el otro, es difuso (un tanto acotado) a través de los juicios de amparo que conocen los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito»⁽⁶⁸⁾.

Sin embargo, en nuestra opinión, y con relación a los jueces que no forman parte del Poder Judicial de la Federación, como lo serían los jueces estatales y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, fue solo hasta después de la resolución del caso Radilla Pacheco que se les otorgó la posibilidad de inaplicar una norma que resultara inconstitucional, antes se establecía que sólo el Poder Judicial podía pronunciarse sobre constitucionalidad.

Efectivamente, antes de esta decisión, imperaba un control concentrado, lo que cambió radicalmente el 14 de julio de 2011, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente 912/2010 relativo a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco versus los Estados Unidos Mexicanos, entre otras cosas, resolvió que de esa sentencia resultaban obligaciones para los jueces del Estado mexicano, «(...) particularmente al ejercer el control de convencionalidad»⁽⁶⁹⁾. Vale la pena comentar que la decisión relativa a este tema ya fue plasmada en una tesis de la SCJN, que dejó sin efectos las que prohibían dicho control difuso⁽⁷⁰⁾.

Esto implica tres aspectos distintos: en primer lugar, la obligación de

⁽⁶⁸⁾ F.de J. NAVARRO ALDAPE, *op. cit.*, p. 46.

⁽⁶⁹⁾ Dirección General de Comunicación y Vinculación Social, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tarjeta Informativa*, 12 de julio de 2011, p. 3. Versión preliminar sujeta a correcciones ortográficas y mecanográficas de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 12 de julio de 2011, pp. 6 y 8.

⁽⁷⁰⁾ En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99 de rubros: *Control judicial de la constitución. Es atribución exclusiva del poder judicial de la federación* y *Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución*. Además: Tesis: P. LXIX/2011(9a.), rubro: *Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de Derechos Humanos*. Registro No. 160525, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, p. 552.

todos los juzgadores del país de verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre Derechos humanos; segundo, la obligación de realizar el control difuso confrontando las normas de derecho interno, contra la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomando en cuenta a la interpretación realizada por la Corte Interamericana; y tercero, la posibilidad para los jueces de todo el Estado Mexicano de dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución o los tratados internacionales ⁽⁷¹⁾. Esto significó encomendar a todos los jueces «(...) sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes», la resolución de asuntos de constitucionalidad y convencionalidad ⁽⁷²⁾.

⁽⁷¹⁾ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 12.

⁽⁷²⁾ El tema de control difuso de convencionalidad ya había sido propuesto entre otros por E. FERRER MAC-GREGOR, *El Control Difuso de Convencionalidad*, en www.bibliojuridica.org/libros/6/2873/9, versión electrónica, en el que aduce Eduardo Ferrer que el juez no es un simple aplicador de la ley nacional, sino que tiene además la obligación de «(...) realizar una interpretación convencional», verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1. de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado. Los jueces se convierten en “guardianes” de la convencionalidad»: p. 177. Agrega que este control difuso no es nuevo, «(...) es una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una Constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas a las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de constitucionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional»: p. 178. Pone varios ejemplos, entre ellos el caso de Rosendo Padilla Pacheco *versus* Estados Unidos Mexicanos, de 23 de noviembre de 2009, en el que se condenó a nuestro país a modificar adecuaciones legales conforme a los estándares convencionales, especificando que el control de convencionalidad opera de oficio. Además pone como antecedentes dos casos resueltos por Tribunales Colegiados de Circuito, el 1060/2008 (por el primer TCC en materia administrativa y del trabajo del Décimo Primer Circuito, con sede en Morelia, Michoacán) resuelto el 2 de julio de 2009: *Control de convencionalidad en sede interna*.

Por otra parte, tenemos que hacer referencia al control de convencionalidad, que se refiere a la revisión de la adecuación o no de una determinada norma a un tratado internacional. Para García Ramírez, tiene dos dimensiones la externa, que recae en un «(...) tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas – bajo el imperio del derecho internacional de los derechos humanos –, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control propio, original o externo»⁽⁷³⁾.

Por lo que toca al control interno, el propio autor aclara que se refiere al ejercido para «(...) verificar la congruencia entre actos internos – (...) Constituciones, leyes, reglamentos – con las disposiciones del derecho internacional (...). De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación (obtenidas por distintos medios y con diferentes denominaciones) del acto jurídico doméstico inconsecuente con el ordenamiento internacional»⁽⁷⁴⁾.

los Tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo. Tesis XI.1º.A.T47K, así como la tesis aislada I.4º.A.91K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, marzo de 2020, t. XXXI, p. 2927, con rubro: *Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre Derechos Humanos.*

⁽⁷³⁾ S. GARCÍA RAMÍREZ, *El Control Judicial Interno de Convencionalidad*, en *IUS*, revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V, no. 28, Julio-diciembre de 2011, pp. 126.

⁽⁷⁴⁾ S. GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 127. Agrega el maestro García Ramírez que «El de convencionalidad posee, en el ámbito externo, un significado semejante al que caracteriza al de constitucionalidad en el interno. En mi voto sobre el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Aguado Alfaro y otros* (24 de noviembre de 2006) cotejé nuevamente (...) la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las Cortes constitucionales internas. Éstas tienen a su cargo velar por el Estado de derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de

Para Pérez Lozano, este control se actualiza «(...) cuando el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptar una decisión Judicial que proteja los derechos de la persona»⁽⁷⁵⁾.

Por su parte, Susana Albanese lo define como «una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente», como un «control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías». También asegura que «el control de convencionalidad constituye la función esencial de los órganos internacionales competentes que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o Jueces nacionales sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención»⁽⁷⁶⁾.

La doctrina considera que este control surge del principio *iura novit curia*, que implica que el juzgador debe «(...) aplicar las disposiciones pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente»⁽⁷⁷⁾. Asimismo, se deriva de los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a los Estados suscriptores a garantizar los derechos y garantías en ella reconocidos y a adoptar las medidas para asegurar el respeto a esos derechos y al principio *pacta sunt servanda*⁽⁷⁸⁾.

principios y valores – principios y valores del sistema democrático – que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado», p. 127.

⁽⁷⁵⁾ A. PÉREZ LOZANO, *El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*, Novum, México, 2011, p. 224.

⁽⁷⁶⁾ S. ALBANESE, citada por F.de J. NAVARRO ALDAPE, *op. cit.*, p. 58.

⁽⁷⁷⁾ J.P. GOMARA, A.M. LAVALLE y R.V. ZURITA, *Del control de constitucionalidad hacia el control de convencionalidad*, Versión electrónica de 8 pp., consultable en: www.defensapública.org.ar/jurisprudencial/doctrina/.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*. Ibañez completa esta idea: El artículo 1.1 de la Convención Americana 2 obliga a los Estados Parte a respetar y garantizar, sin discriminación alguna, el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades contenidos en ella (...) Las obligaciones de respeto y garantía derivadas del artículo 1.1 se complementan con el contenido del artículo 2 de la Convención, el cual alude al deber estatal de adoptar disposiciones de el artículo 1.1 de la Convención establece que «[l]os Estados Partes en [la] Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejerci-

Así, los Estados Parte están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la Convención. Como asegura Ibañez, un instrumento muy importante para ello es el control de convencionalidad, ya que «puede en mucho contribuir a asegurar que [la Convención Americana] genere sus efectos propios (effet utile) en el derecho interno de los Estados Partes»⁽⁷⁹⁾.

Como muchos autores lo apuntan la doctrina para el control de convencionalidad, en la acepción relacionada con la confronta de los ordenamientos de los países miembros de la CIDH con las normas de dicha convención, en palabras de Ruiz Miguel: «Por convencionalidad entiéndase la adecuación material de las leyes internas a lo establecido por la Convención Americana (de conformidad con el convenio)»⁽⁸⁰⁾. La doctrina del control de convencionalidad surge en 2006, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁽⁸¹⁾.

cio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones jurídicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». El artículo 2 de la Convención establece que «[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de [la] Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». J. IBAÑEZ RIVAS, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, en www.anuariocdb.uchile.cl, p. 104.

⁽⁷⁹⁾ *Ídem*, p. 106. cita del Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 45. Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 174. Anuario de Derechos Humanos 2012.

⁽⁸⁰⁾ C. RUIZ MIGUEL, citado por A. PÉREZ LOZANO, *op. cit.*, p. 223.

⁽⁸¹⁾ J. IBAÑEZ RIVAS, *op. cit.*, p. 107, desarrolla este autor que «En el año 2006, al resolver el caso *Almonacid Arellano y otros* respecto del Estado de Chile, el Tribunal declaró que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana consideró el supuesto en el cual “el [Poder] Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”, frente a lo cual “el [Poder] Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y,

El 24 de marzo de 1981, México se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada “Pacto de San José de Costa Rica”. Asimismo, aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 16 de diciembre de 1998⁽⁸²⁾. Al suscribir la Convención y aceptar la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, cuyas sentencias son definitivas e inapelables de conformidad con el artículo 67.1, en atención al numeral 68.1 debe cumplirlas en sus términos⁽⁸³⁾. Una forma de hacerlo es a través del Control difuso de la Convencionalidad.

Al incorporarnos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de forma accesoria nos sometimos a la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «(...) la cual funge como órgano jurisdiccional, encargado de dirimir los conflictos, que se susciten por violaciones cometidas al contenido normativo de dicha Convención»⁽⁸⁴⁾.

El control de convencionalidad debe llevarse a cabo confrontando el Derecho interno con los diversos tratados aplicando el que otorgue mayores beneficios a la persona y, a partir del resultado que se obtenga, realizar la confrontación de la legislación interna. Con esto, «(...) los tratados de derechos

consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”». Cita 9: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123. Revista Estudios Constitucionales Vol. 7, 2009 (2), pp. 109-128. Cfr. A. PÉREZ LOZANO, *op. cit.*, p. 223. Aclara este autor que «(...) (i) procede de oficio, sin necesidad de que las partes lo soliciten y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia». Aclara además, que «(...) existen referencias anteriores al control de convencionalidad en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Cfr. Sus votos en los casos Myrna Mack Chang v. Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Tibi v. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3; Caso Vargas Areco v. Paraguay, supra nota 8, párr. 6 y 12».

⁽⁸²⁾ F.de J. NAVARRO ALDAPE, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁽⁸³⁾ A. PÉREZ LOZANO, *op. cit.*

⁽⁸⁴⁾ M. DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, *La incardinación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema constitucional mexicano: la configuración de un control directo de convencionalidad*, en www.juridicas.unam.mx, p. 5, cita a Sergio García Ramírez en *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Ed. IJ-UNAM, 2002, p. 58.

humanos podrán ser utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes»⁽⁸⁵⁾. Es decir, primero confrontar a la Constitución con los Tratados y luego confrontar ese resultado con la legislación secundaria.

Así, antes de inaplicar, el intérprete debe acudir a la interpretación conforme en sus dos variantes: preferencia interpretativa, en la que el intérprete debe preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental y preferencia normativa, según la cual si puede aplicar más de una norma deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona con independencia de la situación jerárquica de la norma⁽⁸⁶⁾.

De esta forma, el control difuso de la convencionalidad obliga a los jueces a que en su tarea no sólo tomen en cuenta a la Constitución y los tratados, sino «(...) también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»⁽⁸⁷⁾. Asimismo, debe ejercerse de oficio, es decir, «con independencia de que las partes lo invoquen», lo que implica que «(...) en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control (...) [ya que] esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto»⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁵⁾ K. CASTILLA, *El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Vol. XI, 2011, pp. 608-609. Consultable en: www.bibliojuridica.org.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁷⁾ Cita del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, punto 125, en el punto 13 del Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010, p. 4.

⁽⁸⁸⁾ Cita del Párr. 128, *in fine*, del caso: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, en el Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010, punto 42, p. 12. Completa Ferrer que «Podiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del “control difuso de convencionalidad” por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional)». Punto 43, p. 12.

El posible contraste o confronta será como se dijo entre Constitución y Tratados Internacionales prefiriendo el precepto que reconozca mejores y mayores derechos y el resultado se contrastará a su vez con la legislación secundaria y ahí, cuando otorgue mayores beneficios o protección a la persona, el tratado prevalecerá sobre la legislación interna. Para esto, se inaplicará la legislación interna sin que esto signifique que va a existir una derogación del precepto que se inaplique, sino precisamente que se estará aplicando el que otorgue mayores beneficios o proteja de mejor manera a la persona. Este es un procedimiento resumido porque, como se comentó atrás, se deberá primero tratar de aplicar la interpretación conforme en sentido amplio (es decir, buscar armonizar a la legislación con la Constitución o los tratados) y si esto no es posible, aplicar la interpretación conforme en sentido estricto (preferir la interpretación que mejor se adecue a la Constitución o los tratados) y, sólo también si esto no es posible, inaplicar la ley.

No se trata de buscar una interpretación que vaya contra el texto constitucional, sino sólo una en la que se aplique, en beneficio de la persona, el tratado, cuando éste consigne mayores derechos. Esto implica también, a la luz del artículo 1 constitucional, que, en materia de derechos humanos, «(...) se debe resolver con una visión garantista ponderando los derechos en conflicto y decidiendo a favor de aquél que proporcione mayores beneficios al gobernado sin importar que ello implique dejar de aplicar la norma de derecho interno que rige (...)»⁽⁸⁹⁾.

Consideramos que la decisión de la Suprema Corte es adecuada y racional, porque es mejor que sean los jueces nacionales, todos, desde la primera instancia, los que realicen el control convencional, puesto que si no se realiza así, de todas formas se va a realizar, pero en segunda instancia, o peor aún, a nivel internacional y, para evitar caer en responsabilidad internacional, por economía procesal, por eficiencia jurisdiccional y para beneficio de los justiciables, es mejor que se realice en sede nacional desde la primera instancia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que el control de

⁽⁸⁹⁾ N. LÓPEZ RAMOS, *Breve Reflexión sobre la aplicación de los tratados internacionales en el juicio de Amparo en materia civil*, en *Lex. Difusión y análisis*, México, Editora Laguna, Octubre-noviembre 2011, p. 36.

convencionalidad presupone tres pasos: realizar la interpretación conforme «(...) en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos. C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte»⁽⁹⁰⁾.

Por lo que respecta a la primera instancia contenciosa, el posible contraste o confronta será como se dijo entre Constitución y Tratados Internacionales⁽⁹¹⁾ prefiriendo el precepto que reconozca mejores y mayores derechos y el resultado se contrastará a su vez con la legislación secundaria y ahí, cuando otorgue mayores beneficios o protección a la persona, el tratado

⁽⁹⁰⁾ Engrose de la Sentencia del caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, expediente Varios 912/2010; Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos; encargado del engrose: Ministro José Ramón Cossío Díaz; secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio; Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, sesión privada de 20 de septiembre de 2011, p. 34.

⁽⁹¹⁾ Ahora bien, para la interpretación de tratados internacionales tributarios se debe seguir la metodología adecuada iniciando por la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en su caso, los comentarios al Modelo de la OCDE y la legislación tributaria interna, pero por cuestiones de espacio sólo se remite para esa discusión al libro del autor de este ensayo: *Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios*, Porrúa, México, 2011.

prevalecerá sobre la legislación interna. En estos supuestos, se inaplicará la legislación interna, sin que ello signifique que va a existir una derogación del precepto que se inaplique, sino precisamente que se estará aplicando el que otorgue mayores beneficios o proteja de mejor manera a la persona. Este es un procedimiento resumido porque se deberá primero tratar de aplicar el control difuso en sentido amplio (es decir, buscar armonizar a la legislación con la constitución o los tratados) y si esto no es posible, aplicar el control difuso en sentido estricto, en otras palabras, preferir la interpretación que mejor se adecue a la constitución o los tratados y, sólo también si esto no es posible, inaplicar la ley.

Ahora bien esta metodología que se abrevió, no es tan sencilla puesto que cuando la confronta sea con un tratado internacional, resulta obvio que un aspecto fundamental es que los tratados internacionales se interpreten y apliquen adecuadamente. Este ensayo pretende resumir cómo se debe hacer esto.

9. — *Interpretación de Tratados internacionales.*

La palabra Interpretación se refiere a comprender, explicar y traducir y luego, comunicar, tanto eventos y actos, como la realidad misma de una cosa, especialmente su sentido. Desde el punto de vista jurídico, se trata de una labor de traducción, de explicación, del sentido de un texto normativo, expresando la realidad de ese sentido ⁽⁹²⁾. No es difícil comprender que, de hecho, cada interpretación implica una reformulación, una traducción, de un texto normativo de forma que se comprenda su contenido normativo; es decir, la regla de conducta que contiene y que “descubrió” el intérprete, en una actividad en la que tiene primero que buscar en el ordenamiento y determinar la disposición adecuada y luego mediar entre ésta última y el caso concreto que hay que resolver.

⁽⁹²⁾ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo h-z, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 1181; y R. DE MIGUEL, *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*, 2ª ed., Agustín Jubera, Madrid, 1868, p. 142 del “Breve Diccionario Español-Latino” que contiene esa obra.

En este contexto, la interpretación es la labor ineludible, espontánea o deliberada, que realiza el intérprete para, según el método que suscriba y la técnica que utilice, explicar, descubrir, decidir o atribuir el sentido o directiva de los textos normativos y, en su caso, determinar sus posibles consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado o producto de su labor interpretativa, poderlo exponer, traducir, revelar y/o aplicar, en su caso ⁽⁹³⁾.

La interpretación de tratados internacionales se encamina a expresar su contenido, (lo que dicen, no lo que deberían decir). Es decir, expresa el sentido de lo que se acordó y no implica, de ninguna forma, una revisión del tratado (entre otras cosas porque eso sólo lo pueden hacer quienes celebraron el Tratado). La finalidad es, simplemente, entender el tratado y precisar su sentido y alcance ⁽⁹⁴⁾.

Como resume César Moyano, en materia internacional encontramos tres principales escuelas, que postulan otros tantos métodos para interpretar tratados internacionales: la textual, la subjetiva y la teleológica ⁽⁹⁵⁾. La subjetiva (conocida en inglés como escuela de los padres fundadores o “founding fathers”) ⁽⁹⁶⁾, que para nosotros sería denominada como “del legislador”, mira a las intenciones de las partes contratantes. Para Rohatgi, se refiere a la intención de los negociadores del tratado, la cual se obtiene buscando la historia de la negociación del tratado ⁽⁹⁷⁾.

Por su parte, la escuela “textual” o literal, propugna por una aproxima-

⁽⁹³⁾ M.L. HALLIVIS PELAYO, *Teoría General de la Interpretación*, Porrúa, México, 2007, p. 34.

⁽⁹⁴⁾ P. CHICO DE LA CÁMARA, *Interpretación y Calificación de los Convenios de Doble Imposición Internacional*, Capítulo 9 de *Fiscalidad Internacional*, director: F. Serrano Antón, ediciones del Centro de Estudios Financieros, Madrid, p. 252. A. RIBES RIBES, *op. cit.*, p. 71.

⁽⁹⁵⁾ C. MOYANO BONILLA, *La Interpretación de los Tratados Internacionales según la Convención de Viena de 1969*, versión electrónica de la revista *Integración Latinoamericana*, octubre de 1985, síntesis del libro *La Interpretación de los Tratados Internacionales*, publicado en Montevideo, pp. 37-38.

⁽⁹⁶⁾ J. WOUTERS y M. VIDAL, *op. cit.*, p. 13.

⁽⁹⁷⁾ R. ROHATGI, *Principios Básicos de Tributación Internacional*, trad. Juan Manuel Idrovo, Legis, Bogotá, 2008, p. 56.

ción objetiva⁽⁹⁸⁾, mirando hacia el sentido ordinario o común de las palabras, «(...) se basa en el texto del tratado por considerarlo como (...) la expresión auténtica de la interpretación de las partes (...) y el punto de partida debe ser determinar el sentido del texto, para lo cual se toma en cuenta (...) el significado estricto de las palabras que se emplean en el texto, y busca siempre su sentido ordinario y común»⁽⁹⁹⁾.

Por último, la escuela teleológica, postula una aproximación que mira al objeto y propósito de los tratados⁽¹⁰⁰⁾, es decir «(...) examina el objeto y propósito general del tratado y sigue una interpretación que mejor cumpla con éstos»⁽¹⁰¹⁾. En opinión de Moyano, el énfasis se pone en el propósito general del tratado al cual se atribuye «(...) una existencia propia, independiente de las partes. De esta manera se llenan vacíos, se introducen correcciones, los textos se expanden y completan, siempre que sea en ejecución del fin y objeto atribuido al tratado por el intérprete»⁽¹⁰²⁾.

10. — *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.*

El Derecho internacional es esencialmente consuetudinario. Por su creciente importancia, la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas inició en 1949 un proyecto de codificación que concluyó el 22 de mayo de 1969, el cual fue aprobado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV)⁽¹⁰³⁾, que entró en vigor tan-

⁽⁹⁸⁾ J. WOUTERS y M. VIDAL, *op. cit.*, p. 13.

⁽⁹⁹⁾ Nos hace ver este autor que algunos autores advierten C. MOYANO BONILLA, *op. cit.*, p. 38.

⁽¹⁰⁰⁾ J. WOUTERS y M. VIDAL, *op. cit.*, p. 13.

⁽¹⁰¹⁾ R. ROHATGI, *op. cit.*, p. 56.

⁽¹⁰²⁾ C. MOYANO BONILLA, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁽¹⁰³⁾ Firmada por México el 23 de mayo de 1969, aprobada el 29 de noviembre de 1972, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de marzo de 1973, promulgada el 14 de febrero de 1975, ratificada el 25 de noviembre de 1974, entrando en vigor el 27 de enero de 1980.

to en México como en el resto del mundo el 27 de enero de 1980⁽¹⁰⁴⁾.

Esta Convención representa la codificación de la costumbre en el Derecho Internacional y tiene como base fundamental el respeto a la Soberanía de cada Estado y el cumplimiento de los compromisos internacionales (*pacta sunt servanda*), aportando una guía aceptable respecto del procedimiento para negociar tratados internacionales y de las normas relativas a su cumplimiento⁽¹⁰⁵⁾. Coincidimos con la opinión de García Novoa quien, entre otros, denomina a la Convención: “tratado sobre los tratados”, y recalca su obligatoriedad⁽¹⁰⁶⁾. Para el IBFD⁽¹⁰⁷⁾, contiene las reglas generalmente aceptadas en la conclusión, observancia, interpretación y aplicación de los tratados⁽¹⁰⁸⁾.

Según Gómez Robledo, la CV es «(...) una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario (...) la norma imperativa, para ostentar esta investidura [debe] tener el visto bueno de la comunidad internacional. Los Estados contaron así con una garantía del “doble consentimiento” (...) primero el consentimiento siempre necesario, para aprobar una norma de derecho internacional general, y en seguida el otro consentimiento para ver en esa norma una norma imperativa, inderogable en absoluto por cualquier acuerdo en contrario (...)»⁽¹⁰⁹⁾.

Esta Convención, en su Artículo 26, establece: «26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»⁽¹¹⁰⁾. Otro principio fundamental de la Convención de Viena, que complementa esta idea y que forma parte del derecho consuetudinario, es

⁽¹⁰⁴⁾ “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, datos obtenidos en la página proteo2.sre.gob.mx/tratados de la SRE.

⁽¹⁰⁵⁾ M. SEARA VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 74-75 y 86 y D. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 62.

⁽¹⁰⁶⁾ C. GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, p. 17.

⁽¹⁰⁷⁾ International Bureau of Fiscal Documentation.

⁽¹⁰⁸⁾ IBFD, *International Tax Glossary*, 5ª ed., editor Barry Larking, Amsterdam, 2005, p. 477.

⁽¹⁰⁹⁾ A. GÓMEZ ROBLEDO, *El ius cogens internacional, estudio histórico-crítico*, primera reimpresión, IJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 147, México, 2003, pp. 90-91.

⁽¹¹⁰⁾ Para un análisis a fondo del artículo 26, véase a J. SALMON, *op. cit.*, pp. 659-685.

el relativo a que «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»⁽¹¹¹⁾. El embajador Gómez Robledo complementa esta idea, al comentar que «(...) el derecho internacional no puede aceptar el incumplimiento de sus propias normas»⁽¹¹²⁾.

Esto anterior es un llamado a lo que es el espíritu de la Convención de Viena: la buena fe y la *pacta sunt servanda*, principios sin los que el sistema internacional colapsaría y es evidente que se deben cumplir éstos tanto una vez que entra en vigor el tratado, como durante el tiempo que pase entre la firma y la entrada en vigor, puesto que la idea es que las obligaciones internacionales se cumplan.

Sin embargo, y sin dejar de reconocer la importancia de todo esto, lo que tiene más relevancia para nosotros, es que en su articulado establece una serie de reglas o cánones de interpretación⁽¹¹³⁾, que no pretenden codificar todas las máximas existentes, sino buscar un balance entre las principales escuelas de la interpretación. Es decir, contiene las reglas generalmente aceptadas en su conclusión, observancia, interpretación y aplicación⁽¹¹⁴⁾. Estos principios para interpretar tratados se fijan por los artículos 31, 32 y 33 y son, según Seara, normas «que la práctica internacional ha ido consagrando y que el instrumento de Viena recogió (...)»⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹¹⁾ Artículo 27, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Este respeto a las decisiones internacionales también está presente en nuestro Derecho tributario, como ejemplo citaremos el artículo 1º del CFF, que establece que las disposiciones del mismo «(...) se aplicarán (...) sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de que México sea parte». Cfr. L.M. PÉREZ DE ACHA, *Tratados fiscales: Su anulación (Un enfoque doméstico)*, en *Estudios Tributarios*, de L.M. Pérez de Acha y E. Revilla Martínez, Editorial Laguna, Guerrero, México, 2001; y A. SCHAUS, *Section 1, Observance of Treaties, Article 27, Convention of 1969*, en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A Commentary*, Volume 1, coordinadores: O. Corten y P. Klein, Oxford, University Press, Vol. I, Part III, pp. 688-701.

⁽¹¹²⁾ A. GÓMEZ ROBLEDO, *El ius cogens internacional, estudio histórico-crítico*, primera reimpresión, IIJ-UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 147, México, 2003.

⁽¹¹³⁾ J. WOUTERS y M. VIDAL, *op. cit.*, p. 13.

⁽¹¹⁴⁾ IBFD, *op. cit.*, p. p. 477.

⁽¹¹⁵⁾ M. SEARA VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 230.

Tanto los países de influencia romano-germánica, como los anglosajones reconocen que la interpretación de tratados internacionales se encuentra regida por esta Convención, y sus reglas se aplican a todo tipo de tratados, aún en países que no la han firmado «(...) porque representan una codificación del derecho internacional consuetudinario, que vincula a todas las naciones»⁽¹¹⁶⁾. Esos principios se contienen en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena⁽¹¹⁷⁾. Por su importancia, analizaremos sus principales elementos.

11. — *Reglas de interpretación de la Convención de Viena.*

El artículo 31 de la Convención de Viena inicia estableciendo que «Un tratado deberá interpretarse de buena fe (...)»⁽¹¹⁸⁾ aspecto que ya analizamos con anterioridad y del que sólo recordaremos su importancia, remitiendo al lector a la parte de este trabajo en el que se aborda.

⁽¹¹⁶⁾ B.J. ARNOLD y M.J. MCINTYRE, *International Tax Primer*, 2ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 112-113. La utilidad de utilizar la Convención de Viena en la interpretación de tratados internacionales, ha sido reconocida en prácticamente todas las materias, por ejemplo en materia comercial internacional: A.H. QURESHI, *op. cit.*, pp. 1-12.

⁽¹¹⁷⁾ J. WOUTERS y M. VIDAL, *op. cit.*, p. 21. En el mismo sentido, Chico de la Cámara considera que a los CDT «(...) como tratados internacionales que son, les son directamente aplicables las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena para el Derecho de los tratados (...). Los artículos 31 a 33 del citado cuerpo normativo prescriben que la interpretación del acuerdo internacional se realizará de acuerdo con la buena fe, el sentido corriente de los términos teniendo en cuenta el contexto, el objeto y el fin del tratado (art. 31)». P. CHICO DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 254. Por último, comenta Fantozzi que para fijar los límites de la interpretación que han pronunciado los diversos Tribunales tanto desde el punto de vista doctrinal como práctico, se requiere acudir a los principios del derecho consuetudinario codificados en los artículos 31 a 33 de la CV, que proveen los medios de interpretación de tratados, incluidos los tratados tributarios: A. FANTOZZI, *Conclusions*, Capítulo 19 de *Courts and Tax Treaty Law*, coord. Guglielmo Maisto, vol. 3 de *EC and International Law Series*, IBFD, Amsterdam, 2007, pp. 404-405.

⁽¹¹⁸⁾ Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. (Decreto por el que se promulga), Diario Oficial del viernes 14 de febrero de 1975, p. 9.

Continúa el encabezado del artículo 31, que se interpretará, además de con buena fe: «(...) conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado (...)»⁽¹¹⁹⁾. De esta forma, la Convención adopta en primera instancia la forma de interpretar propugnada por la escuela literal o “textual”, atendiendo al sentido ordinario o común de las palabras. Esta literalidad, es mucho más fuerte que la que se pudiera presentar en el Derecho Interno⁽¹²⁰⁾.

Para John Avery Jones no hay duda de lo atinado de esta regla, ya que se presume que las partes tuvieron la intención que aparece del significado ordinario de los términos que utilizaron. «y con ello de cuál fue la intención de las partes en el momento de negociación del Convenio. El propio autor nos aclara que se refiere al “sentido corriente”, porque lo que se busca es encontrar un sentido general, universal, para que signifique lo mismo para las partes en el momento de aplicarlo»⁽¹²¹⁾.

Según Moyano las razones que la Comisión de Derecho Internacional tuvo en cuenta para adoptar éste método de interpretación obedeció a varias razones que dejaron en claro los representantes de los diversos países: para el de la URSS, hizo hincapié en que el texto es la principal fuente de la intención de las partes, «(...) porque en él se fija en palabras la intención común sobre la que las partes se han puesto de acuerdo»⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. (Decreto por el que se promulga), Diario Oficial del viernes 14 de febrero de 1975, pp. 9-10.

⁽¹²⁰⁾ Comentario emitido por Philippe Martin, Vicepresidente del Consejo de Estado Francés: en “Tax Litigation: a comparative analysis”, conferencia impartida el 11 de mayo de 2009 en el “International Seminar for Tax Judges”, celebrado en París, Francia, del 11 al 12 de mayo de 2009, (OECD, IFA, Universidad de Paris 2 [Pantheon-Assas], IBDF). Cfr. P. MARTIN, *Courts and tax treaties in civil law countries*, Capítulo 4 de *Courts and Tax Treaty Law*, coord. G. Maisto, vol. 3 de *EC and Internacional Law Series*, IBFD, Amsterdam, 2007, p. 87.

⁽¹²¹⁾ Cfr. J. AVERY JONES, *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3 (2) of the OCDE Model Convention*, en *British Tax Review*, 1984, pp. 15-16.

⁽¹²²⁾ Para el representante de Francia por razones de lógica y de seguridad jurídica, la mejor manera de saber que pretendían las partes es a través del texto que redactaron minuciosamente, «(...) es mucho menos aleatorio y mucho más equitativo, a fin de descubrir la intención de las partes, fijarse en lo que ellas han acordado por escrito, que buscar, fuera

Esto nos lleva, a siempre analizar el texto en primera instancia y con prevalencia sobre otros elementos ⁽¹²³⁾. Además, hay que tener en cuenta también, que el sentido ordinario no se determina en abstracto, sino “en su contexto”, el que puede ser un significado técnico ⁽¹²⁴⁾. Es de resaltar lo atinado de la redacción del artículo 31, puesto que para llevar a cabo este tipo de interpretación, el intérprete debe, en primer lugar, tener en cuenta el significado que las palabras tienen en el lenguaje común puesto que, al dictar la norma, el legislador trató de elegir la fórmula que mejor pudiera entenderse por sus destinatarios ⁽¹²⁵⁾.

En el propio artículo 31, párrafo 1, se completan el principio de buena fe y la literalidad, con la expresión final de esa oración: “en el contexto de éstos”, lo cual nos precisa que la interpretación no debe realizarse en forma aislada, sino dentro del contexto del propio tratado, salvo la excepción contemplada por el párrafo 4 del artículo 31, es decir, cuando se le da a un término un sentido especial ⁽¹²⁶⁾.

del texto, elementos intencionales que, dispersos a través de documentos incompletos o unilaterales ofrecen bastante menos garantía»: C. MOYANO BONILLA, *op. cit.*, p. 38.

⁽¹²³⁾ Qureshi citando a Bartos referido a Géný, nos recuerda que las palabras no deben construirse sólo a la luz de la información legal, lógica y lingüística, sino también con referencia a la información psicológica, ya que ciertos «(...) peligros, amenazas y aspiraciones podrían llevar a usar o a evitar ciertas palabras»: A.H. QURESHI, *op. cit.*, pp. 16-17. Asimismo, Jerome Frank, ya hace mucho tiempo, analizó la influencia de los aspectos psicológicos en la interpretación: J. FRANK, *Are Judges Human?*, en *University of Pennsylvania Law Review*, No. 80, Pennsylvania, 1931, pp. 247-251; y ID., *Derecho e Incertidumbre*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política No. 4, 3ª ed., Fontamara, México, 2001, pp. 37-64. Para un análisis del tema del lenguaje natural y técnico véase a: M.L. HALLIVIS PELAYO, *Teoría General*, cit., pp. 37-47.

⁽¹²⁴⁾ García Novoa nos aclara que el artículo 31 al referirse al “sentido “corriente” no se quiere decir que excluya al sentido técnico jurídico o técnico, ya que se debe atender preferentemente al sentido que a los términos en cuestión atribuya el propio Convenio: C. GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, p. 19.

⁽¹²⁵⁾ E. VANONI, *Naturaleza e Interpretación de las Leyes Tributarias*, trad. J.M. Queralt, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1973, p. 242 y S.V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, p. 65.

⁽¹²⁶⁾ Lo que busca la Convención de Viena al decir “si consta” es la seguridad de que ese sentido se haya determinado por las partes, entonces la mejor forma de determinarlo es a través del capítulo de definiciones del tratado y ello nos lleva a afirmar que sería una

“Contexto” implica todo lo que rodea, desde el punto de vista lingüístico, a una palabra, frase o párrafo que nos pueda llevar a determinar su significado. La importancia del contexto es de “singular importancia”⁽¹²⁷⁾, puesto que nos permite advertir lo que realmente se quiso decir. Según la citada Convención, el contexto, «(...) comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: *a)* todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y, *b)* todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado»⁽¹²⁸⁾.

Adicionalmente, el Artículo 31, párrafo 3, establece que deben tomarse en cuenta junto con el contexto: «*a)* todo acuerdo ulterior entre las partes, acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones; *b)* toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes con su acerca de la interpretación del tratado; *c)* toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes»⁽¹²⁹⁾.

Según Avery Jones, los acuerdos ulteriores constituyen evidencia objetiva del entendimiento de las partes respecto del significado y contenido del tratado. De hecho, cualquier acuerdo o práctica ulterior constituye interpretación auténtica que es la que se reserva a quienes tienen el poder de modificar el tratado⁽¹³⁰⁾. La práctica subsecuente se refiere a una «(...) secuencia de ac-

excelente solución, el que siempre existiera un buen capítulo (o artículo) de definiciones, que determinara (o aclarara) los términos que pudieran resultar oscuros.

⁽¹²⁷⁾ A. TIBURCIO TIBURCIO y G. NIETO MARTÍNEZ, *Alcance de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE en materia Impositiva*, trabajo presentado ante el Comité de Precedentes de la Internacional Fiscal Association, Grupo Mexicano, A.C., México, 26 de marzo de 2007, pp. 6-7.

⁽¹²⁸⁾ Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. (Decreto por el que se promulga), Diario Oficial del viernes 14 de febrero de 1975, pp. 9-10.

⁽¹²⁹⁾ Artículo 31, párrafo 3, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. (Decreto por el que se promulga), Diario Oficial del viernes 14 de febrero de 1975, p. 10.

⁽¹³⁰⁾ J.F. AVERY JONES, *op. cit.*, p. 84.

tos o pronunciamientos concordante, común y consistente que es suficiente para establecer un patrón perceptible que implique el acuerdo de las partes en relación con alguna interpretación. Un acto aislado no es suficiente para establecer una práctica subsecuente; es una secuencia de actos estableciendo el acuerdo de las partes que sea relevante (...) [y que] implique acuerdo respecto de la interpretación del precepto [de que se trate]»⁽¹³¹⁾.

Según el Artículo 31, párrafo 4 de la Convención de Viena, «Se dará un significado especial a un término si consta que tal fue la intención entre las partes»⁽¹³²⁾. Es decir, cuando hay seguridad de que las partes así lo pretendieron. Con ello, para García Novoa, la CV mantiene la idea de que «(...) la búsqueda de la voluntad de las partes asume un papel central en el proceso interpretativo de los tratados»⁽¹³³⁾. Lo que busca la CV al decir “si consta” es la seguridad de que ese sentido se haya determinado por las partes, por ello la mejor forma de determinarlo es a través del capítulo de definiciones del tratado y ello nos lleva a afirmar que sería una excelente solución, el que siempre existiera un buen capítulo (o artículo) de definiciones, que determinara (o aclarara) los términos que pudieran resultar oscuros.

El corolario de la regla general del artículo 31 es: «teniendo en cuenta su objeto y fin». Ésta sería la escuela teleológica que, como dijimos, postula una aproximación que mira al propósito de los tratados, es decir su fin⁽¹³⁴⁾. Los elementos normativos en este caso son el objeto (materia) y el fin (propósito). En la mayor parte de los casos, los tratados internacionales evidencian su propio objeto y fin. En otros casos, a pesar de que exista problema para identificar el propio objeto o fin, es necesario identificar al menos el fin principal, sobre la base del texto y del contexto del mismo tratado.

⁽¹³¹⁾ A.H. QURESHI, *op. cit.*, p. 21.

⁽¹³²⁾ Artículo 31, párrafo 4, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. (Decreto por el que se promulga), Diario Oficial del viernes 14 de febrero de 1975, p. 10.

⁽¹³³⁾ C. GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, p. 21.

⁽¹³⁴⁾ Artículo 31, párrafo 1, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. (Decreto por el que se promulga), Diario Oficial del viernes 14 de febrero de 1975, pp. 9-10.

Como contraria a la literal, Guastini nos presenta a la interpretación correctora o correctiva⁽¹³⁵⁾, que es «(...) cualquier interpretación que atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto (...) [que] (...) sólo puede ser más restringido que el literal o más amplio que el literal»⁽¹³⁶⁾. Es decir, se hace referencia al resultado que se produce cuando no coinciden letra y espíritu, finalidad y texto, y es cuando requerimos hacer uso de la interpretación correctora. El resultado puede ser tanto restrictivo, como extensivo. Restrictivo, por ejemplo, para adecuarla a la norma del tratado cuando su campo de aplicación podría ser más amplio, pero vulneraría con ello el tratado. Extensivo, cuando, por ejemplo, sólo se otorga un beneficio a una clase de sujetos, por lo que se amplía su campo de acción beneficiando a otras clases de sujetos, precisamente para que no se vulnere el tratado (o, menos aún, la Constitución)⁽¹³⁷⁾.

Para la aplicación del método teleológico, Ribes hace referencia al principio del efecto útil, que se encuentra recogido implícitamente al referirse el artículo 31 tanto a la buena fe, como al objeto y fin. Este principio está regido por el aforismo latino *ut res magis Valeta que pereat*, que implica que cuando «(...) sea posible más de una interpretación, el tratado debe interpretarse de modo tal que el sentido que pretende conseguir resulte efectivamente alcanzado (...)»⁽¹³⁸⁾. Aquí debemos comentar lo pertinente de seguir en forma sucesiva la metodología del artículo 31, pero aclarando que en materia de Derechos humanos va a resultar verdaderamente posible el llegar a la tercera etapa (interpretación teleológica), puesto que a diferencia con otras materias, en esta el principio de efecto útil es muy importante, lo que nos permitirá aún aplicar integración en caso de duda.

⁽¹³⁵⁾ Algunos, consideran que es un mejor castellano denominarla “correctiva”.

⁽¹³⁶⁾ R. GUASTINI, *Estudios*, cit., pp. 31-32. El resaltado es nuestro.

⁽¹³⁷⁾ R. GUASTINI, *Distinguiendo*, cit., pp. 232-233.

⁽¹³⁸⁾ A. RIBES RIBES, *Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional; Interpretación, Procedimiento Amistoso y Arbitraje*, ER, España, 2002, p. 90. Nos explica esta autora en su cita 208 de la página 91, que este principio, también denominado de la interpretación efectiva (*principle of effectiveness* o *principle of effective interpretation*) «tiene por objeto escoger, de entre las varias interpretaciones posibles, aquélla que garantice que los términos del tratado despegarán los efectos que les son propios y que, en ese sentido, fueron los deseados por las partes.»

Por último, el artículo 32 de la Convención de Viena establece que se podrá «(...) acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: *a*) deje ambiguo u oscuro el sentido; o *b*) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable»⁽¹³⁹⁾. Según Avery Jones, la palabra “complementario” enfatiza que el artículo 32 no aporta alternativas sino solo medios auxiliares, en un sentido restrictivo y con un uso limitado, a la interpretación, la que debe estar regida por los principios contenidos en el artículo 31⁽¹⁴⁰⁾. Para Vogel, estos medios suplementarios se aplican sólo para confirmar una interpretación ya encontrada al aplicar el criterio del artículo 31 interpretación que de otra forma permanecería ambigua, oscura, absurda o irrazonable⁽¹⁴¹⁾.

Las condiciones que deben cumplir, según Lord Wilberforce, son «Primero, que el material sea público y accesible; segundo, que está clara e indisputadamente marca la intención (...)» del negociador. Schwarz comenta que dado que el proceso de negociación es confidencial, en la mayoría de los casos no se tiene acceso a las notas, intercambio de correspondencia, etc.⁽¹⁴²⁾.

Para Wouters y Vidal, se puede presumir que los Tratados son multilingües, de hecho es común que se diseñen en diferentes lenguajes, normalmente en los lenguajes de los Estados contratantes⁽¹⁴³⁾. Según el Artículo 33 «1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. 2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido

⁽¹³⁹⁾ Por cuestiones de espacio no se abordará el concepto de ambigüedad y vaguedad, pero se remite al lector a nuestro libro: M.L. HALLIVIS PELAYO, *Teoría General*, cit.

⁽¹⁴⁰⁾ J.F. AVERY JONES et al., *op. cit.*, p. 96.

⁽¹⁴¹⁾ K. VOGEL, *The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation*, en *Bulletin, Tax Treaty Monitor*, IBFD, Amsterdam, December 2000, p. 614.

⁽¹⁴²⁾ J. SCHWARZ, *Schwarz on Tax Treaties*, a Wolters Kluwer business, London, 2009, p. 73.

⁽¹⁴³⁾ J. WOUTERS y M. VIDAL, *op. cit.*, p. 19.

autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen. 3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido. 4. Salvo el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado»⁽¹⁴⁴⁾.

Ante la interrogante de cómo se deben utilizar estos elementos, si en una forma secuencial u “Holista”⁽¹⁴⁵⁾ es decir, decantándose por una preferencia por el método literal o por el teleológico⁽¹⁴⁶⁾. Nosotros, en virtud de la forma como se decidió la redacción del artículo 31, consideramos que la aproximación por la que nos debemos decidir es la secuencial, lo cual se corrobora con el debate que sobre cuál principio (textual, contextual o teleológico) debería prevalecer sostuvo precisamente la Comisión de Derecho Internacional de la ONU⁽¹⁴⁷⁾. En ese sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en su Tesis 2a CLXXI/2002⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁴⁵⁾ Holista.- El que mantiene que todo sistema es una entidad entera con existencia propia, diferente de la mera suma de sus partes.

⁽¹⁴⁶⁾ La Organización Mundial de Comercio consideró que se trataba, en última instancia de un ejercicio “holista” que no debería ser mecánicamente subdividido en componentes rígidos: Cita del caso EC-Chiquen del Órgano de Apelación: A.H. QURESHI, *op. cit.*, p. 15.

⁽¹⁴⁷⁾ C. MOYANO BONILLA, *op. cit.*, pp. 36-40; J. AVERY JONES, *op. cit.*, pp. 15-16; J.A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 14ª ed., Colección Biblioteca Universitaria de Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp. 120-122; e, INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, Reporte de la 18ª Sesión enviada a la Asamblea General, ONU, 2005, p. 220. También visible en *Reports of the Commission to the General Assembly*, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, ONU, 1966, pp. 187-270.

⁽¹⁴⁸⁾ *Tratados internacionales. Su interpretación por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al tenor de lo establecido en los artículos 31 y 32 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados (diario oficial de la federación del 14 de febrero de 1975)*, «(...) al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas

Asimismo, diversos foros internacionales como el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario se han pronunciado en este sentido ⁽¹⁴⁹⁾.

12. — *Metodología para aplicar el control difuso de la convencionalidad.*

Como punto de partida para aplicar el control de convencionalidad debemos primero identificar si existe un problema de derechos humanos y consultar el Derecho interno. Posteriormente, debemos confrontar el Derecho interno con los diversos tratados aplicando el que otorgue mayores beneficios a la persona y, a partir del resultado que se obtenga, realizar la confrontación con la legislación interna. Con esto, «(...) los tratados de derechos humanos podrán ser utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes» ⁽¹⁵⁰⁾. Es decir, primero se debe confrontar a la Constitución con los Tratados y luego será ese resultado el que se confrontará con la legislación secundaria.

Siguiendo el modelo de interpretación/control difuso en materia de derechos humanos, que determinó la SCJN, nosotros consideramos que lo primero que se tiene que hacer, una vez determinados los hechos del caso es, como corolario primera etapa (que narramos en los dos párrafos an-

por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, *debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica* (...) siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudirse, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda». Tesis: 2a. CLXXI/2002, Registro No. 185, 294, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Diciembre de 2002, p. 292. Amparo en revisión 402/2001. IMCOSA, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002.

⁽¹⁴⁹⁾ Santiago de Compostela, España, septiembre 6 de 2012.

⁽¹⁵⁰⁾ E. REY CANTOR, *op. cit.*, p. LIII.

teriores), identificar el problema e interpretar la norma interna para saber qué derechos reconoce o protege y cómo los protege. Como segunda etapa, debemos determinar el tratamiento que da la Constitución al problema. Como tercera etapa, debemos determinar si existe algún tratado firmado por México en el que se reconozca o proteja el derecho humano relacionado e interpretarlo de conformidad con el procedimiento secuencial de la Convención de Viena, para ver si es aplicable al caso concreto y también para ver si protege de mejor manera a la persona. Para ello, es necesario: *a)* interpretar el Convenio atendiendo a los términos definidos; *b)* en caso de que lo anterior no solucione el problema, atender al contexto, acudiendo a los acuerdos que rodearon al Convenio; *c)* en caso de que no estén definidos, acudir a los Acuerdos, resultado de los procedimientos amigables; *d)* en caso de, ser necesario, se acude a Jurisprudencia y doctrina internacional, en ese orden; *f)* en principio, sólo se acudirá a los trabajos preparatorios, para corroborar algún resultado interpretativo o cuando la conclusión previamente alcanzada resulte ambigua, oscura o manifiestamente absurda, y siempre y cuando estos trabajos preparatorios se encuentren publicados ⁽¹⁵¹⁾.

Posteriormente, *como cuarta etapa*, una vez obtenido el resultado de la interpretación del tratado, se debe confrontar este resultado con el obtenido en la segunda etapa y ver si el tratado reconoce o protege de mejor manera algún derecho humano. Y, *como quinta etapa*, se deberá confrontar este último resultado con el obtenido en la primera etapa, todo esto siempre a la luz del cumplimiento de los principios pro persona, de efecto útil, de universalidad, de interdependencia, de indivisibilidad, de progresividad y de seguridad jurídica, los cuáles pueden ayudar a resolver dudas en cualquiera de las etapas del proceso.

Esto anterior implica que, en caso de que la legislación interna no proteja de igual manera, lo cual sabremos utilizando en la confronta la interpretación conforme y el principio pro persona, deberemos, siguiendo la metodología dictada por la SCJN, inaplicar esa norma, sin “expulsarla del sistema”,

⁽¹⁵¹⁾ Aquí es aplicable, la tesis arriba citada 2a. CLXXI/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Diciembre de 2002, Página: 292.

es decir, sin declarar su inconstitucionalidad, puesto que eso no es facultad de quien ejerce el control difuso.

Obviamente que todo esto debe venir acompañado de una argumentación adecuada, que justifique sin lugar a dudas la pertinencia del resultado, legitimando a éste y a su autor. Asimismo, respecto de esta última etapa, es muy importante el cumplir con todos los principios involucrados, además del principio pro persona y el de interpretación conforme, ya que Además de los mencionados, existen muchos principios, de los que sólo mencionaremos los más importantes: por principio de cuentas, tenemos al principio de interpretación de los procesos en derechos humanos denominado *de efecto útil*, que consiste en que «(...) las obligaciones de los estados y la acción de los organismos de protección han de buscar la efectiva protección de los derechos humanos»⁽¹⁵²⁾.

Otro principio que también se fue gestando a nivel internacional es el que señala que «la enumeración de los derechos y garantías contenidos en las constituciones o tratados internacionales no deben entenderse como la negación de otros que siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente»⁽¹⁵³⁾.

Caballero resalta que los derechos humanos deben interpretarse como principios y que en ello cobra relevancia la proporcionalidad, ya que los principios requieren armonizarse de forma «que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante»⁽¹⁵⁴⁾. Asimismo, la reforma enumera los principios del derecho internacional de los derechos humanos (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad) y la obligación de investigar, sancionar y reparar violación por parte del Estado.

Para Carbonell, la universalidad ha caracterizado a los derechos fundamentales desde su nacimiento. Implica que los Derechos humanos son para

⁽¹⁵²⁾ H.S. RAMÍREZ GARCÍA y P.de J. PALLARES YABUR, *Derechos Humanos*, Oxford, México, 2011, p. 321.

⁽¹⁵³⁾ Cita del artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *ídem*.

⁽¹⁵⁴⁾ J.L. CABALLERO OCHOA, *op. cit.*, nota 16, p. 61, lo entrecomillado es una cita del autor a Carlos Bernal Pulido.

todas las personas (universalidad textual), como se puede apreciar en la Declaración francesa de 1789 (que no fue dirigida sólo a Francia sino más allá de sus fronteras y no sólo a los franceses, sino a todos). Además, en un sentido funcional, expresa ideas «(...) que pretenden alcanzar una validez universal e intenta recoger los principios que deben servir para estructurar (...) a cualquier sociedad (...). La universalidad, además, es una consecuencia de la fuerte influencia ius naturalista del primer constitucionalismo: si los derechos que entonces se enunciaban eran “naturales”, es obvio que tenían que ser reconocidos por igual a todas las personas, puesto que todas ellas comparten la misma “naturaleza” (...)»⁽¹⁵⁵⁾. Según Vázquez y Serrano, permite la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos. «Lo anterior implica que debe mirarse tanto a quienes directamente se busca proteger como a las demás personas, especialmente a las más desprotegidas»⁽¹⁵⁶⁾.

La interdependencia implica que se establecen relaciones recíprocas entre los derechos protegidos y la indivisibilidad que deben tomarse en conjunto y no como elementos aislados, es decir, los Estados no están autorizados a proteger y garantizar alguna categoría de derechos humanos en preferencia o negación de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención. Bajo esta lógica «(...) la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos»⁽¹⁵⁷⁾.

La progresividad significa que una vez que se han reconocido los De-

⁽¹⁵⁵⁾ M. CARBONELL, *op. cit.*, nota 13, pp. 11-12.

⁽¹⁵⁶⁾ L.D. VÁZQUEZ y S. SERRANO, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, apuntes para su aplicación práctica*, UNAM, México, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultable en www.juridicas.unam.mx, p. 148.

⁽¹⁵⁷⁾ «La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas. Por su parte, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos»: *ibidem*, pp. 152-154.

rechos, se deben llevar a cabo las acciones necesarias para fortalecerlos y mejorar su protección y de ninguna manera limitarlos, lo que según Vázquez y Serrano «(...) implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes»⁽¹⁵⁸⁾.

Una vez que se ha avanzado en el disfrute de algún derecho no se puede disminuir el nivel alcanzado, por lo que este principio implica que, en la emisión de textos normativos, en la actividad de la administración pública, en las políticas y presupuesto públicos y en las sentencias de los jueces, se busque «(...) que los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho (...). De disminuir su alcance en alguna forma estaremos frente a una regresión prohibida»⁽¹⁵⁹⁾.

Concluyen estos autores que el principio de progresividad «(...) debe pensarse siempre acompañado de al menos tres principios más de aplicación de los derechos humanos: la identificación de los elementos mínimos de cada derecho (ya sea a través del mecanismo de los mínimos esenciales o por medio de los límites razonables del derecho); la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, y el máximo uso de recursos disponibles»⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 159. Estos autores explican que «Las obligaciones inherentes a los derechos civiles y políticos son siempre de exigibilidad inmediata, y las de los derechos económicos, sociales y culturales son siempre de exigibilidad progresiva. Habrá casos en que ciertas obligaciones de los primeros serán progresivas, y algunas de los segundos podrán ser de cumplimiento inmediato; por ejemplo, la emisión de una ley que garantice el acceso al derecho a la educación y a la salud respetando el derecho a la igualdad y a la no discriminación»: p. 160.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 163. Para ellos, «(...) el principio de progresividad cumple la promesa de constante creación de los derechos humanos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles siempre permanecerán como una promesa a futuro. En este sentido, los derechos humanos siempre serán los derechos por venir»: p. 164.

⁽¹⁶⁰⁾ «Sin estos principios, la progresividad es simplemente inconcebible. Más aún, se requiere el desarrollo de un amplio set de indicadores, que, por medio de la construcción de ín-

Asimismo, debemos insistir es que no sólo es necesario realizar un buen proceso de interpretación y de aplicación del control difuso, sino que es necesario justificar adecuadamente la solución a la que arribemos mediante una argumentación adecuada. Ello implica estar concientes de que sólo se pueden utilizar los argumentos que sean pertinentes e idóneos al tipo de interpretación de que se trate, ya que no todos los argumentos sirven para justificar cualquier tipo de interpretación. Por ejemplo, en el caso de la Interpretación sistemática sólo resultan idóneos el argumento topográfico, el de la “constancia terminológica”, el de la inconstancia terminológica, el contextual, el Combinado de disposiciones, el Argumento a rúbrica, el de la no redundancia, el Argumento a coherencia y el dogmático⁽¹⁶¹⁾.

Otro aspecto muy importante, es que, a la luz del artículo 1 constitucional, cuando se trate de derechos humanos, «(...) se debe resolver con una visión garantista ponderando los derechos en conflicto y decidiendo a favor de aquél que proporcione mayores beneficios al gobernado sin importar que ello implique dejar de aplicar la norma de derecho interno que rige (...)»⁽¹⁶²⁾.

Es de predecir que presenciaremos una muy rápida evolución del tema, en la cual el papel de los jueces va a resultar fundamental, resolviendo los problemas que la aplicación del control difuso de la convencionalidad y la constitucionalidad implican, siempre a la luz del cumplimiento de los principios pro persona, de efecto útil, de universalidad, de interdependencia, de indivisibilidad, de progresividad y de seguridad jurídica.

Espero que este intento de avanzar hacia una homologación de la metodología tanto para aplicar el control difuso de la convencionalidad, como

dices por derecho permitan observar si efectivamente se cumplen los elementos mínimos de cada derecho, y si con el paso del tiempo nos encontramos frente a un mayor y mejor ejercicio de los derechos, comenzando por los grupos estructuralmente peor situados»: *ibidem*, p. 165.

⁽¹⁶¹⁾ Para mayor detalle en la argumentación de sentencias, ver M.L. HALLIVIS PELAYO, *Metodología para realizar y argumentar el Control difuso de la Convencionalidad*, en *Memorias del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, ¿cómo argumentar los derechos humanos?*, Coordinadores: Ministro M. Azuela y Dr. J. Ramón Narváez, con el ensayo Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial-SCJN, México, 2013, pp. 393-437.

⁽¹⁶²⁾ N. LÓPEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 36.

de la interpretación de tratados internacionales sobre Derechos humanos, abone el camino a una mejor utilización de estos instrumentos.

Concluyo con mencionar que todas las participaciones en este libro constituyen un grano de arena en la dirección que todos buscamos y de la que seguramente nuestros respectivos países están muy concientes, puesto que, atento a los principios de buena fe y de interpretación común, de los que ya hemos abundado, para que los instrumentos internacionales logren sus cometidos, es absolutamente necesario que quienes los concertaron los cumplan a cabalidad, en forma digna, honesta, leal y justa, buscando que su aplicación sea lo más homogénea posible en todos los Estados miembros.

Una forma de lograr esto último, es homologando metodologías de interpretación así como, por supuesto, a través del control difuso *ex officio* de la convencionalidad, para lo cual es necesario también homologar procedimientos y metodologías. Ya con anterioridad Eduardo Ferrer ha insistido en que debemos iniciar un diálogo jurisprudencial que nos permita avanzar en estos fines. Creo que esto ya ha sucedido y considero que precisamente nos está tocando presenciarlo y participar en él. Sus frutos evidentemente serán de utilidad en este camino hacia una integración regional en el tema.

VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI^(*)

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN REGIONAL

ABSTRACT: The article deals with the development of human rights within the Constitutions of Latin America, starting from an analysis of democracy in that area. The author takes particularly into consideration the specific condition of Latin America, characterized by strong social and economic differences among individuals, which represent a serious obstacle for the whole fulfilment of human rights.

SUMMARY: 1. Introducción. — 2. La democracia en América Latina. — 3. El desarrollo constitucional de los derechos humanos. — 4. El obstáculo de las condiciones sociales.

1. — *Introducción.*

Es una realidad indiscutible hoy día el íntimo vínculo que existe entre la democracia y los derechos humanos. El Estado moderno es inconcebible en su funcionamiento sin un régimen democrático constitucionalmente establecido que consagre y desarrolle un catálogo de derechos humanos. Esto es, que no puede haber democracia sin vigencia efectiva de los derechos humanos, ni vigencia de éstos sin vida democrática en la sociedad⁽¹⁾. Se tra-

^(*) Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

⁽¹⁾ Así, por ejemplo, en R. CERDAS, *Democracia y derechos humanos*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, Serie Estudios de Derechos Humanos, tomo I, p. 267; y M. BOVERO, *Democracia y derechos humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio. Entre el realismo y la utopía*, en L. CORDOVA VIANELLO (coord.), *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, México, UNAM-Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 34-35.

ta evidentemente de la concepción del Estado liberal democrático, Estado moderno que, como estableció Fukuyama, se ha convertido en la ideología triunfante y casi única de la actualidad⁽²⁾.

No es casual la estrecha relación entre ambos temas que constituyen un presupuesto de los estados contemporáneos, pues se trata de una relación de mutua causalidad, de interdependencia⁽³⁾. En primer lugar porque la democracia en sí misma implica necesariamente el respeto, promoción y desarrollo de los derechos políticos de los individuos. Esto es, no puede calificarse como democrático un régimen simplemente porque sus gobernantes sean elegidos periódicamente, sino que tienen que cumplirse un conjunto de condiciones que garanticen la eficacia de esos procesos como medio de ejercicio de derechos políticos, además de que el régimen resultante debe operar en un marco de respeto a los valores y presupuestos de la democracia⁽⁴⁾.

El dato de la existencia de procesos electorales por sí mismo no es suficiente para que podamos hablar de existencia de un régimen democrático; por eso quienes se dedican al derecho electoral, tanto en su parte normativa como en la operación cotidiana de las instituciones electorales, tienen como preocupación permanente lograr que los sistemas y los procesos electora-

⁽²⁾ Vid., F. FUKUYAMA, *El fin de la historia*, puede verse en www.cepchile.cl/dms/archivo_1052_1200/rev37_fukuyama.pdf, pp. 6-7.

⁽³⁾ Cfr., L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P.A. Ibáñez y A. Grepí, Madrid, Trotta, 1999; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; R. DAHL, *La democracia*, Buenos Aires, Taurus, 1999.

⁽⁴⁾ Un ejemplo de esta situación son los procesos electorales realizados más o menos recientemente en países como Venezuela o Ecuador, donde siendo verdad la realización de elecciones, es muy dudoso que los procesos electorales hayan cumplido con los requerimientos necesarios para garantizar su calidad y eficacia como medio de expresión de la voluntad mayoritaria, y menos aún puede entenderse que los gobiernos resultantes (en estos casos reelectos) tengan una forma de actuación que pueda calificarse como democrática, pues no hay transparencia, se acota la libertad de prensa y el ejecutivo tiene una gran influencia si no es que control total de los poderes legislativo y judicial, además de que no existe propiamente la rendición de cuentas. Algo similar se vivió en México durante una buena parte de los gobiernos priístas, en los que si bien se incluían en el modelo instituciones y elementos normativos democráticos, en la mayoría de los casos no eran más que simulaciones que buscaban legitimar al gobierno. Vid., I. LLAMAZARES VALDUVIECO, *Modelos y teorías sobre la democracia*, en <http://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/5.1.modelos.pdf>, p. 1.

les funcionen realmente como un medio de ejercicio de de los derechos políticos; pues tenemos innumerables ejemplos de regímenes y gobiernos en los que no obstante la realización de procesos electorales universales y periódicos, e incluso en países con una larga tradición democrática, difícilmente puede hablarse de vigencia de la democracia y respeto a los derechos políticos de los ciudadanos⁽⁵⁾.

Por otra parte, si la democracia presupone la vigencia de los derechos políticos, y es claro que los derechos humanos constituyen en su conjunto una unidad indivisible, no es posible hablar de vigencia derechos políticos sin la presencia también del conjunto de los demás derechos. Así, sin vigencia de derechos humanos no hay posibilidad de existencia de un régimen democrático, pues la democracia es un modelo de organización político social y no sólo el resultado del funcionamiento de un proceso electoral, por más confiable y eficiente que éste pueda ser.

Situación similar sucede con los derechos humanos, pues fueron concebidos para operar en el marco del modelo democrático de organización sociopolítica de las sociedades, en el Estado moderno. La democracia es presupuesto indispensable para la existencia, respeto y promoción de las libertades en general y marcadamente en el caso de las que tienen que ver directamente con el desarrollo de la democracia, como las libertades de pensamiento, de conciencia, de expresión, de imprenta, de asociación, de manifestación, etcétera, pero lo mismo sucede con la posibilidad de existencia y vigencia de los demás derechos.

⁽⁵⁾ Disfunciones de los sistemas los encontramos incluso en países con tanta tradición democrática como los Estados Unidos, donde en varias ocasiones ha quedado acreditado que el presidente electo no fue el votado mayoritariamente por los ciudadanos. Es claro que la explicación está en el sistema electoral que permite se den ese tipo de resultados, que si bien son acordes con la legalidad no por eso dejan de constituir un una disfunción en el funcionamiento democrático. Pero más grave todavía es la manipulación electoral mediática que cada vez es más evidente y que convierte los procesos electorales en un ejercicio de marketing, que muy poco tiene que ver con los valores propios de la democracia; y a esto hay que agregar la opacidad de los gobiernos que actúan permanente a espaldas de la sociedad, incluso afectando derechos fundamentales sin estar sujetos a ningún tipo de control, como hemos observado en los últimos tiempos con la generalizada intervención de comunicaciones privadas bajo el argumento de su necesidad como medio para garantizar la seguridad interna.

Sin democracia no hay ni el espacio ni las condiciones para la realización de los derechos humanos. Es inimaginable un régimen autoritario que más allá de la simulación y el discurso efectivamente promueva y respete las libertades y la igualdad de los ciudadanos; y no hay que ir muy lejos para encontrar múltiples ejemplos, y ya no en el pasado sino lamentablemente actuales e incluso en países considerados como modelos del Estado constitucional democrático, en los que las crisis políticas – cualquiera que sea su origen – se traducen casi de forma inmediata en empobrecimiento y debilitamiento del sistema e instituciones democráticas y restricciones inaceptables a los derechos fundamentales⁽⁶⁾.

En este trabajo nos interesa analizar la existencia de este binomio: democracia y derechos humanos, como uno de los factores que no sólo propician y facilitan la integración regional entre países, sino bajo la premisa de que sin su presencia en niveles similares en la región, la posibilidad real de integración de los países resulta francamente inexistente e inviable, y que los esfuerzos que puedan realizarse en esa línea sin contar con esos factores están condenados al fracaso o a quedarse en meras asociaciones puntuales o coyunturales en algunos temas de carácter político o en materia económica y comercial, pero sin una verdadera vocación de integración entre países.

Es importante señalar que en el marco de la globalización la integración regional es un fenómeno complejo y multidimensional, que incluye o implica aspectos de lo más diverso que van desde las cuestiones fronterizas y arancelarias, el intercambio comercial y de servicios y productos financieros, el flujo de capitales y personas hasta cuestiones de políticas internas y soberanía de los estados. Así podemos identificar, según las temáticas y niveles de interacción que se dan entre los países, distintos tipos de integración re-

⁽⁶⁾ Es claro como la todavía actual crisis económica y financiera global se ha convertido en una crisis política y lastimado el funcionamiento de los sistemas democráticos, incluso en países con democracias consolidadas como es el caso de Europa, provocando además un notorio debilitamiento del Estado de bienestar e incluso restricciones a derechos fundamentales y a las libertades. Lo mismo ha sucedido cuando la crisis política ha tenido su origen en crisis de seguridad, en la que se afectan gravemente los derechos y libertades y el impacto en el funcionamiento del sistema democrático es evidente.

gional que van desde la aduanera y arancelaria, la comercial, la económica y financiera ⁽⁷⁾ (que puede llegar a hasta la instauración de una moneda única, como en el caso de Europa y a la plena integración de las economías), de seguridad regional, y con los mayores alcances la integración política y social.

Es evidente que son muchos los factores que inciden y permiten la integración regional, hay quienes consideran que el factor que impulsa la integración con más fuerza es el económico, y ponen como ejemplo a Europa, que inició precisamente como una comunidad económica para constituir luego un área de libre intercambio de bienes y servicios, para culminar en una verdadera unión de carácter político, social y cultural. Aunque en estos momentos esté pasando por una verdadera crisis, que si bien tuvo un origen financiera ya se ha trasladado a todos los ámbitos introduciendo elementos de desestabilización en las instituciones europeas, poniendo en entredicho incluso el proceso de expansión de la Unión Europea ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Algunos autores desarrollan la integración económica en distintos niveles: «La integración económica entre dos o más países admite cuatro etapas (Balassa, 1961). La primera es la *zona de libre comercio*, un ámbito territorial en el cual no existen aduanas nacionales; esto significa que los productos de cualquier país miembro pueden entrar a otros sin pagar aranceles, como si fueran vendidos en cualquier lugar del país de origen. La segunda etapa es la *unión aduanera* que establece un arancel que pagarán por los productos provenientes de terceros países; ello implica que los Estados miembros forman una sola entidad en el ámbito del comercio internacional. La tercera etapa es el *mercado común*, unión aduanera a la que se agrega la libre movilidad de los factores productivos (capital y trabajo) a la existente movilidad de bienes y (eventualmente) servicios; tal avance requiere la adopción de una política comercial común y suele acarrear la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de las legislaciones nacionales. Finalmente, la *unión económica* consiste en la adopción de una moneda y política monetaria únicas. A medida que el proceso avanza, la integración económica derrama sus efectos sobre la arena política. En particular, la movilidad de personas y la necesidad de armonizar políticas internas y establecer instituciones comunes alimentan las controversias políticas y generan la necesidad de tomar decisiones que exceden el ámbito técnico o económico». A. MALAMUD, *Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional*, en *Norteamérica*, Año 6, número 2, julio-diciembre de 2011, pp. 220-221.

⁽⁸⁾ Un claro ejemplo de esto es lo que está sucediendo con Turquía, eterno candidato a incorporarse a la Unión Europea y que ahora ve alejarse la posibilidad ante los problemas políticos y de afectación a derechos humanos recientes, que tuvieron como origen la insatisfacción de la población con la situación económica y que rápidamente se convirtió en descontento con el gobierno, que ha reaccionado con acciones de represión incluso violentas.

Precisamente el ejemplo de la Unión Europea nos muestra con claridad que la integración económica estaba montada sobre una previa historia compartida y una cierta similitud en desarrollo político, jurídico e institucional, además de aspiraciones e ideales comunes y niveles de vida democrática y respeto a los derechos humanos similares. Los que de hecho constituyen un requerimientos para el ingreso de nuevos miembros.

En América del Norte tenemos un ejemplo que claramente nos muestra como el intercambio económico y financiero entre países, por sí mismo, no conduce a un proceso de integración más allá de lo meramente económico. Nos referimos al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) suscrito entre Canadá, Estados Unidos y México. Se trata de un instrumento que ha funcionado estupendamente y producido grandes beneficios económicos para los tres países; sin embargo no ha tenido ningún impacto en una integración política, social y cultural; incluso en ocasiones parece haber aumentado las distancias entre los países y sus ciudadanos⁽⁹⁾.

En ese contexto resulta muy difícil la construcción de un concepto que sea omnicompreensivo del fenómeno de la integración, pues finalmente cada autor hace alusión a la materia o aspectos que para él resultan más importantes, así, por ejemplo, Mónica Sofía Rodríguez la define de la siguiente manera: «La integración regional constituye un esfuerzo o movimiento convergente realizado por parte de los Estados, tendente a la obtención de objetivos comunes, mediante la armonización o unificación no sólo de políticas económicas y financieras, de regímenes monetarios, sino también de políticas socio-culturales y legislativas»⁽¹⁰⁾.

La misma autora reconoce que otros especialistas consideran que las

⁽⁹⁾ Un claro ejemplo de cómo la intensa integración económica que ha provocado el TLCAN no se ha traducido en integración política o social es la forma en que se han endurecido los trámites para que los mexicanos puedan ingresar a esos países, incluso en el caso de Canadá, donde nunca se había requerido visa para ingresar, hace unos cuantos años comenzó a requerirse ese trámite.

⁽¹⁰⁾ M.S. RODRÍGUEZ, *Armonización legislativa en materia de salvateje de empresas en el Mercosur ¿Una quimera o una necesidad?* (tesis doctoral), Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2007, p. 27.

uniones o procesos de integración regional de carácter comercial son un fin en sí mismo y no tienen vocación para ir más allá y provocar integración en otros ámbitos⁽¹¹⁾.

Andrés Malamud describe, desde su perspectiva, como la integración económica suele darse por etapas que pueden terminar impactando también aspectos políticos y sociales:

La integración económica entre dos o más países admite cuatro etapas. La primera es la *zona de libre comercio*, un ámbito territorial en el cual no existen aduanas nacionales; esto significa que los productos de cualquier país miembro pueden entrar a otros sin pagar aranceles, como si fueran vendidos en cualquier lugar del país de origen. La segunda etapa es la *unión aduanera* que establece un arancel que pagarán por los productos provenientes de terceros países; ello implica que los Estados miembros forman una sola entidad en el ámbito del comercio internacional. La tercera etapa es el *mercado común*, unión aduanera a la que se agrega la libre movilidad de los factores productivos (capital y trabajo) a la existente movilidad de bienes y (eventualmente) servicios; tal avance requiere la adopción de una política comercial común y suele acarrear la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de las legislaciones nacionales. Finalmente, la *unión económica* consiste en la adopción de una moneda y política monetaria únicas. A medida que el proceso avanza, la integración económica derrama sus efectos sobre la arena política. En particular, la movilidad de personas y la necesidad de armonizar políticas internas y establecer instituciones comunes alimentan las controversias políticas y generan la necesidad de tomar decisiones que exceden el ámbito técnico o económico⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Vid., *idem*, pp. 29-30.

⁽¹²⁾ A. MALAMUD, *Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional*, en *Norteamérica*, Año 6, número 2, julio-diciembre de 2011, pp. 220-221.

En todos los casos la integración implica la constitución de una nueva entidad producto de la suma de los elementos, en este caso países, unidos por una o varias finalidades concretas y con la creación de instancias de organización, gobierno y administración de la entidad que surge del proceso. Es así que a lo largo del mundo podemos encontrar innumerables organismos ya sea destinados a la promoción de la integración de las distintas regiones o producto de los esfuerzos de integración existentes.

Evidentemente la creación de entidades supranacionales significa para los estados la pérdida de competencias y la reducción de su soberanía en los aspectos involucrados en la integración, lo que puede ser considerado como una de sus desventajas.

Producto de esa pérdida de competencias y reducción de soberanía es que los estados se vuelven menos flexibles para adaptarse a los cambios de circunstancias, tornándose en ocasiones demasiado lentos para adoptar decisiones necesarias para hacer frente a problemas coyunturales, pues se requiere que las decisiones se procesen en las instancias supranacionales, donde la confluencia de intereses y perspectivas hace muy difícil la adopción de determinaciones y todavía más la gestión de su implementación⁽¹³⁾.

Frente a esas desventajas está lo positivo, que es la creación de espacios y mercados de mayores dimensiones que propician el crecimiento económico y el aumento de bienestar en la población, además de que contribuyen de

⁽¹³⁾ Un claro ejemplo de la pérdida de capacidades de los estados para hacer frente a situaciones de crisis es lo que se está viviendo en la Unión Europea a raíz de la crisis financiera global, pues en los hechos los países en los que debido a sus condiciones internas los efectos de la crisis han sido mayores y por tanto requerían de medidas más urgentes, en ocasiones no pudieron adoptarlas simplemente porque la unión económica y monetaria les quitó esas facultades, como por ejemplo devaluar su moneda o manejar los tipos de interés. Por otra parte, las medidas que se adoptaron, dada la lentitud con la que se implementaron por los mecanismos propios de adopción de decisiones de los órganos supranacionales, en no pocas ocasiones contribuyeron a agravar la situación, además de que las medidas en sí mismas tenían que satisfacer y servir también para los intereses y necesidades de los demás países, lo que las volvió menos eficaces. Todo esto ha provocado una verdadera crisis institucional en la Unión Europea que habrá de ser abordada y atendida una vez que se logre superar la crisis actual, pues hoy son evidentes aspectos disfuncionales de la Unión que deben ser atendidos.

manera significativa a mejorar la competitividad a nivel global. Así, países que individualmente no podrían ser competitivos lo son al formar parte de uniones económicas y comerciales.

En ese contexto, puede afirmarse que en la mayoría de los países hay una percepción en el sentido de la bondad y conveniencia de formar parte de procesos de integración a nivel regional, no desde una perspectiva histórica de unión entre pueblos con historia común como plantea el sueño bolivariano, sino desde la perspectiva de la globalización, entendiendo que ningún país – por rico o poderoso que sea – puede sobrevivir y alcanzar prosperidad en la soledad y el aislamiento. Así la integración regional se ve hoy como una necesidad ineludible para que los países crezcan y su desarrollo efectivamente se transforme en mejoría de condiciones para la población.

Como ya comentamos la integración regional es un proceso muy complejo en el que inciden múltiples factores, sin embargo nosotros partiremos de la premisa de que para la existencia de procesos de integración regional, más allá de lo estrictamente económico, son necesarios niveles similares de desarrollo democrático y de respeto a los derechos humanos en los países involucrados⁽¹⁴⁾.

2. — *La democracia en América Latina.*

Nos vamos a referir en este ensayo fundamentalmente a América Latina, ya que además de ser nuestro ámbito geográfico la integración entre los países del área es un largo sueño incumplido, no obstante las similitudes en niveles de desarrollo e historia común.

Tal vez en ningún otro lugar la expresión de la relación de interdependencia entre democracia y derechos humanos sea tan clara como en el desarro-

⁽¹⁴⁾ Precisamente el ejemplo de la Unión Europea nos muestra con claridad que la integración económica estaba montada sobre una previa historia compartida y una cierta similitud en desarrollo político, jurídico e institucional, además de aspiraciones e ideales comunes y niveles de vida democrática y respeto a los derechos humanos similares. Los que de hecho constituyen un requerimiento para el ingreso de nuevos miembros.

llo reciente de América Latina, pues en los últimos años hemos presenciado el crecimiento, desarrollo y consolidación de ambos en forma generalizada en la región; aunque en cada país se observen distintas dinámicas y formas de expresión, de acuerdo con el propio contexto.

En materia democrática, a principios de los años ochenta América Latina se encontraba en situación gravemente deficitaria ante la presencia aún de varios regímenes totalitarios, la transición de los regímenes militares a gobiernos civiles, procesos electorales amañados y carentes de credibilidad, ausencia de sistemas de partidos políticos realmente competitivos y sólidos, división de poderes sin vigencia real por la concentración de funciones y poder en los ejecutivos, además de la subsistencia de movimientos armados y guerrilleros en varios países ⁽¹⁵⁾.

Latinoamérica estaba marcada, en general, por la ausencia de democracia, pues aún en los países que mantuvieron la celebración de procesos electorales periódicos, como Colombia, Ecuador y México, se trataba de procesos que carecían de legitimidad y operaban como simples mecanismos de simulación para sostener en el poder a sus detentadores.

Esta situación, evidentemente tuvo un impacto negativo en lo que a la vigencia de los derechos humanos se refiere, pues si bien las distintas constituciones de los países de la región contenían más o menos amplios catálogos de derechos, su vigencia era fundamentalmente formal, en gran medida por la inexistencia o pobre eficacia de las instituciones y mecanismos para su tutela.

En este contexto, no puede dejar de sorprender que apenas treinta años después, hoy día la inmensa mayoría de los países en la región viven en regímenes que pueden calificarse en términos generales como democráticos al menos electoralmente hablando; con lo que puede afirmarse que la transición democrática, en el sentido descrito por Giovanni Sartori ⁽¹⁶⁾, como un proceso dinámico que tiende a un ideal, va resultando exitoso en América

⁽¹⁵⁾ Situación que ha sido señalada por diversos autores reconocidos como acuciosos observadores políticos, como, por ejemplo, A. TOURAINE, *América Latina; política y sociedad*; trad. Amuro Armiño, Madrid, Espasa-Calpe, 1989.

⁽¹⁶⁾ G. SARTORI, *Democracia*, en *Revista de Ciencia Política*, Chile, núms. 1-2, 1991, p. 119.

Latina; aunque aún subsistan graves problemas políticos de autoritarismos, populismos y fundamentalmente problemas de carácter económico y de falta de desarrollo, lo que marca con el estigma de la desigualdad a toda la región⁽¹⁷⁾.

En estos pocos años se logró terminar, aunque por distintas vías, con los regímenes militares en los países del Cono Sur: Brasil, Argentina, Uruguay, Chile y Paraguay. En los dos últimos casos dando fin a las largas dictaduras de Augusto Pinochet (1973-1990) y Alfredo Stroessner (1954-1989), y con crueles y difíciles procesos en Argentina y Chile, donde la democracia permitió destapar los crímenes contra la humanidad y los graves atentados a los derechos humanos cometidos durante la dictadura en el caso chileno y los gobiernos militares en el argentino⁽¹⁸⁾, con heridas en la sociedad que en gran medida se mantienen abiertas dado que no fueron procesadas en muchos casos en la justicia, sino mediante leyes de punto final, que con el tiempo han vuelto a generar tensión para la vida democrática, por lo que en los últimos años con sus democracias más consolidadas se han visto obligados a abrir procesos y profundizar en investigaciones, con la finalidad de poder cerrar definitivamente esos tristes capítulos de su historia reciente.

En la región andina, se terminó también con los golpes y gobiernos militares en países como Bolivia y Perú, pero en su desarrollo la región en general ha estado marcada por la inestabilidad producida por los gobiernos populistas, aunque de origen democrático, y la marcada desigualdad y pobreza; además del caso especial de Colombia afectada por la guerrilla, el terrorismo y el narcotráfico, como fenómenos mezclados⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cfr., D. NOHLEN y B. THIBAUT, *La transición en América Latina: enfoques, conceptos, tesis*, en *Boletín Electoral Latinoamericano*, Costa Rica, núm. XII, julio-diciembre 1994, pp. 101-146.

⁽¹⁸⁾ Vid., H. TRINIDADE, *Partidos políticos y la transición democrática: el populismo y el antipopulismo en la política de Brasil*; E.R. CATTERBERG, *El sistema de partidos políticos y la transición hacia la democracia en Argentina*; J. DE SIERRA, *Sistemas y partidos políticos en el Uruguay de la crisis*, todos en Meyer, L. y J.L. REYNA (coords.), *Los sistemas políticos en América Latina*, México, Siglo XXI, 1992; G. CORTÁZAR, F. y J.M. LORENZO ESPINOZA, *Historia del mundo actual 1945-1995*, Madrid, Alianza Editorial, 1996; J.L. ROMERO, *Situaciones e ideologías en Latinoamérica*, México, UNAM, 1998.

⁽¹⁹⁾ Vid., M. KAPLAN, *El Estado latinoamericano*, México, UNAM, 1996.

Particularmente dramática fue la transición democrática en Centroamérica, donde, con la excepción de Costa Rica y Panamá, todos los países han vivido violentos movimientos armados, guerrillas y guerras civiles, que además de impedir el desarrollo de las instituciones democráticas generaron un medio propicio para la inseguridad y la presencia de graves violaciones a los derechos humanos, situaciones que sólo lograron superarse gracias a los procesos de diálogo y a los acuerdos de paz firmados entre los gobiernos y las fuerzas rebeldes, con el apoyo de la comunidad internacional.

En el caso de México, la transición democrática fue a paso lento, en el marco de las instituciones, sin acciones violentas, por medio de diversas reformas constitucionales y legales, así como con el desarrollo de instituciones electorales, que llevaron finalmente a la confiabilidad de los resultados de los procesos electorales y al fin de la larga etapa de gobiernos priístas, con la presencia de la alternancia en el año 2000⁽²⁰⁾, que llevó al poder al partido tradicionalmente ubicado en la derecha del espectro político que gobernó durante doce años dando paso al regreso del PRI en las elecciones de 2012.

Resultado de esa transición democrática en Latinoamérica, es que hoy día el derecho al voto tiene un reconocimiento universal, sin restricciones, en toda la región; los padrones electorales tienen una cobertura promedio del noventa por ciento de los posibles votantes, y el índice de participación en los procesos electorales en la década de los noventa fue de 62.7% y en términos se ha mantenido en los procesos posteriores. Lo que nos coloca al nivel que tienen en forma global los países europeos, y muy por encima de países como los Estados Unidos que, no obstante su supuesto desarrollo democrático, en la misma década registró una participación de apenas 43%⁽²¹⁾.

En lo que a procesos electorales se refiere, por ejemplo, entre los años 1990 y 2002 se desarrollaron en América Latina setenta procesos electorales⁽²²⁾, la mayoría de ellos sujetos a la observación de grupos y organismos

⁽²⁰⁾ Cfr., R. BECERRA, *et. al.*, *La mecánica del cambio político en México*, México, Cal y Arena, 2000.

⁽²¹⁾ Cfr., D. CAPUTO (COORD.), *La democracia en América Latina*, Perú, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004.

⁽²²⁾ Al día de hoy podemos hablar de alrededor de 120 procesos electorales de carácter nacional.

especializados internacionales, de los cuales sólo en trece casos se presentaron problemas por conflictos poselectorales, los que se resolvieron en el marco de las instituciones y bajo la legislación establecida para tal fin. Únicamente en dos casos se presentaron conflictos y anomalías de tal gravedad que se puso en duda la legitimidad de todo el proceso electoral⁽²³⁾. En este contexto, es más que notorio el avance en la cultura democrática de respeto a la voluntad popular expresada en el voto, constituyendo hoy los procesos electorales el único medio legítimo por el que se puede acceder a los altos cargos públicos en la región, lo que no sucedía hace unos cuantos años⁽²⁴⁾.

Sin duda, uno de los obstáculos para el desarrollo democrático en América Latina lo constituía la debilidad del principio de separación de poderes y el notorio desequilibrio entre éstos, por la concentración de funciones y facultades que se daba en los poderes ejecutivos de la región, en una forma de perversión del sistema presidencial, identificada como presidencialismo; que en algunos países, como el caso de México, alcanzó tales niveles que en la práctica los otros poderes quedaban en los hechos subordinados al Ejecutivo⁽²⁵⁾.

El paulatino desarrollo democrático en la región significó también, necesariamente, el acotamiento del Ejecutivo, la mengua de sus facultades y, en consecuencia, el fortalecimiento del equilibrio entre los poderes⁽²⁶⁾. Por eso

⁽²³⁾ Nos referimos a los procesos electorales realizados en República Dominicana en 1994 y Perú en el año 2000.

⁽²⁴⁾ *Idem*.

⁽²⁵⁾ Situación que lamentablemente se está volviendo a presentar en algunos países de la región donde se están consolidando gobiernos con marcados acentos populistas que aprovechan la marcada desigualdad las deficiencias del desarrollo institucional para generar sistemas clientelares, anular a la oposición y paulatinamente controlar a los otros poderes mediante la cooptación de sus miembros y la realización de reformas constitucionales que les amplían poderes y permiten la reelección de los líderes. El caso más notorio es evidentemente Venezuela, pero el modelo se ha extendido a Bolivia, Ecuador y Nicaragua, e incluso aunque con algunas variantes y si se quiere con una mayor fuerza de las instituciones a Argentina.

⁽²⁶⁾ D. VALADÉS, *El presidencialismo latinoamericano*, en *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, núm. 2, 1986.

preocupan tanto los nuevos casos de autoritarismos y concentración del poder en el Ejecutivo que se están dando en los regímenes de corte populista; el gobierno de Chávez en Venezuela a la cabeza; pues significan echar por tierra dos décadas de desarrollo democrático de la región.

En síntesis, aunque en los últimos tiempos se están dando importantes retrocesos en el desarrollo de la vida democrática en la región, lo que no debe ocultarse sino por el contrario atenderse, es una realidad que la democracia procedimental está funcionando todavía. Ningún gobierno se atreve a hacer de lado los procesos electorales.

3. — *El desarrollo constitucional de los derechos humanos.*

La puesta en marcha y consolidación de los procesos democráticos en Latinoamérica se expresó, de manera natural y necesaria, en un amplio movimiento constitucionalista en la región⁽²⁷⁾. Las sociedades se encontraron con la necesidad de dar forma jurídica a su transformación política, así como al requerimiento de evitar la reversión de los procesos democráticos, con la vuelta de los regímenes autoritarios y los gobiernos militares. El nuevo orden constitucional se constituyó así en una garantía de la democracia, además de medio fundamental para el impulso de la cultura democrática.

La elaboración de las nuevas constituciones, o la realización de reformas trascendentes a los textos existentes, fue un común denominador en los países latinoamericanos en las últimas dos décadas del siglo pasado; pues el autoritarismo de los regímenes anteriores había impedido la modernización del sistema jurídico y político en los países, con lo que los textos constitucionales se habían quedado en la mayoría de los casos sin vigencia real, y sin corresponder a la realidad política y social de la región. Así se fue dando la renovación de los textos constitucionales: Chile en 1980, Honduras en 1982, El Salvador en 1983, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1987, Brasil en 1989,

⁽²⁷⁾ Cfr., M.L. PINZÓN, *Constituciones latinoamericanas; aportes y perspectivas*, en www.americasnet/Commentators/Martha_Pinzon/pinzon_94_spa.pdf, p. 1.

Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina y República Dominicana en 1994, Bolivia en 1995, Uruguay en 1996, Ecuador en 1998, Venezuela en 1999 y, finalmente, Costa Rica en 2001.

La reforma constitucional fue el medio no sólo para dar forma a la transición democrática, sino también para expresar la necesidad y concretar los nuevos mecanismos de control del poder, así como la aspiración social de contar con catálogos de derechos humanos más completos y desarrollados, especialmente enriquecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, así como en el desarrollo de mecanismos para su tutela y promoción que impulsaran su vigencia e impidieran las violaciones reiteradas y masivas que se habían dado en el pasado reciente.

En efecto, la renovación de los textos constitucionales permitió renovar la regulación de los derechos humanos contenidos en ellas, que en su mayoría mantenían textos decimonónicos, centrados más en la consagración de los derechos civiles y políticos, pero con una muy pobre incorporación y desarrollo de los derechos sociales y colectivos, y que hoy día en la mayoría de los textos constitucionales son regulados ampliamente, incluso en algunos textos se dedica un capítulo especial al desarrollo de esos derechos, como es el caso de las constituciones de Colombia, Ecuador, Salvador y Venezuela. Además, en general en todos los países los derechos sociales son concebidos ya no en el campo asistencial, sino como una obligación del Estado, con el mismo nivel de exigibilidad que los derechos civiles y políticos.

Especial mención merece el desarrollo en las constituciones latinoamericanas de los derechos de los pueblos indígenas, ya que no obstante el alto porcentaje de población indígena en la región, así como la riqueza cultural que esos pueblos representan, los textos constitucionales ni siquiera reconocían su existencia como tales.

Hoy día en la mayoría de los países de la región hay un amplio reconocimiento de los derechos de estos pueblos tanto a nivel constitucional como en leyes que los desarrollan, incluyendo, entre otros, sus derechos a su autonomía y libre determinación; a la elección de sus autoridades; a la definición y conservación de sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, a la conservación de sus sistemas jurídicos tradicionales

de usos y costumbres y a su aplicación en la solución de sus controversias; a la conservación, uso y enriquecimiento de sus lenguas autóctonas; al acceso a educación bilingüe; al acceso a la justicia con asistencia de intérpretes en su propia lengua y al acceso preferente a los recursos naturales de su entorno.

Con la reforma de las constituciones se hizo necesaria la reforma también de la justicia constitucional, con la finalidad de brindar una adecuada protección y garantía a los nuevos textos; además de que era necesaria la modernización de los mecanismos de control constitucional.

En las últimas dos décadas se han creado nuevos órganos jurisdiccionales especializados en la defensa del orden constitucional. En los casos de Guatemala, Chile, Ecuador, Perú y Bolivia se establecieron cortes o tribunales constitucionales autónomos; mientras que en El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela han creado salas constitucionales en sus tribunales y cortes supremos⁽²⁸⁾. No podemos dejar de mencionar la preocupación que existe en el medio jurídico latinoamericano por las agresiones que en los últimos años han enfrentado los órganos de control constitucional de la región andina por parte de los gobiernos populistas.

Como resultado de lo anterior, actualmente la justicia constitucional latinoamericana es el resultado de la combinación entre el control difuso de la tradición anglosajona y el control concentrado que corresponde a la tradición europea continental, por lo que puede afirmarse que América Latina tiene un sistema mixto de control constitucional⁽²⁹⁾.

Paralelamente a la creación de instancias jurisdiccionales se desarrollaron mecanismos y procedimientos para hacer eficiente el control jurisdiccional, especialmente en lo que a la tutela y garantía de los derechos humanos se refiere. Así encontramos que el juicio de amparo se ha consolidado ya en la re-

⁽²⁸⁾ Vid., D. GARCÍA BELAÚNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

⁽²⁹⁾ Cfr., H. FIX ZAMUDIO, *Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica*, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación, 2002, pp. 248-325; E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, en especial el capítulo cuarto, dedicado al derecho procesal constitucional en Iberoamérica.

gión como un medio sencillo, breve y eficiente para la tutela de los derechos, conjuntamente con el *mandado de seguridad* brasileño, que sirve además para la defensa de derechos colectivos. Igualmente se ha consolidado el *habeas corpus* y se han desarrollado nuevos procedimientos que ya han acreditado su eficacia para la tutela de los derechos humanos, como el *habeas data* y las acciones populares⁽³⁰⁾. Con el desarrollo y consolidación de estos procedimientos los tribunales y salas constituciones creados en los países latinoamericanos se han convertidos en instancias de protección de los derechos humanos⁽³¹⁾.

En lo que a la promoción y tutela de los derechos humanos se refiere, además de la incorporación a nivel constitucional de la figura del *Ombudsman* en la mayoría de los países latinoamericanos, a la que nos referiremos más adelante, es de resaltarse el esfuerzo que los países de la región han realizado en materia de incorporación del derecho internacional sobre la materia, pues la casi totalidad de los países han ratificado los principales tratados internacionales dedicados a consagración y promoción de los derechos humanos⁽³²⁾, incluso en algunos casos se ha dado preeminencia al derecho internacional sobre el derecho interno, como lo ha señalado Héctor Fix Zamudio:

En una época reciente se observa la tendencia en algunas constituciones latinoamericanas, tanto para superar la desconfianza tradicional hacia los instrumentos internacionales y en general hacia el derecho internacional, como para introducir de manera paulatina una cierta preeminencia, así sea cautelosa, de las normas de carácter supranacional (...).

⁽³⁰⁾ Vid., H. FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo en México*, México. Porrúa-UNAM, 1999; N.P. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus*, Buenos Aires, Atresa, 1988; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dinamización de los mecanismos de garantías de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto, 1995, pp. 608-627.

⁽³¹⁾ Cfr., H. FIX ZAMUDIO, *Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica*, en *Derechos humanos: Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, pp. 413-454.

⁽³²⁾ El listado con el estatus registro de ratificaciones de los principales instrumentos internacionales en la materia puede verse en: www.unhcr.ch/pdf/reprts.pdf.

La materia en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional, es en el campo de los derechos humanos (...) ⁽³³⁾.

El panorama va desde los textos que asumen simplemente con nivel constitucional o legal las normas internacionales que se refieren a derechos humanos, hasta las que les dan cierta primacía incluso sobre el propio texto constitucional, al establecer que su interpretación habrá de hacerse de acuerdo con las normas del derecho internacional, como establece el artículo 93 de la Constitución colombiana:

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.

En el caso de México, la transformación con un cambio de criterio en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que de hecho opera como un tribunal constitucional, pues pasó de considerar a los tratados en el mismo nivel jerárquico que la ley a ubicarlos por encima de ésta, refiriéndose tanto a la legislación federal como a la de los estados ⁽³⁴⁾; sin

⁽³³⁾ H. FIX ZAMUDIO, *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, año 1, núm. 1, enero-junio, 2004, pp. 147-148.

⁽³⁴⁾ En su parte conducente la resolución de Suprema Corte señala: «(...) esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional... Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y local en una misma jerarquía (...)». Vid., P. NOVENA ÉPOCA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 46, tesis P-LXXVII/99.

embargo, es un hecho que al respecto se requiere la reforma constitucional, ya que la interpretación que hace la Suprema Corte del texto del artículo 133 de la Constitución, si bien es correcta doctrinalmente hablando no se funda en la literalidad del texto constitucional que incluso menciona primero a la ley que a los tratados internacionales⁽³⁵⁾. Aunque actualmente una reforma al artículo primero constitucional da la categoría de normas constitucionales a las contenidas en tratados internacionales de derechos humanos que hayan sido ratificados por México.

4. — *El obstáculo de las condiciones sociales.*

Hasta aquí pareciera que en América Latina se dan las condiciones propicias para el desarrollo de proyectos de integración regional, de hecho en los últimos años se han desarrollado proceso de integración intrarregionales, fundamentalmente el ámbito comercial que parecen funcionar con éxito; sin embargo, como señalamos antes, la integración en ámbitos más allá de los comerciales es un fenómeno muy complejo que requiere la conjunción de diversos factores, e incluso que las diferencias que se dan en la consolidación de las instituciones y la vida democrática sean mayores, lo mismo que los niveles de vigencia de los derechos humanos, pues aún se dan diferencias importantes entre los países, en especial respecto de aquéllos en los que parece estarse viviendo un retroceso en la vida democrática, ya que si bien no se ha roto formalmente la democracia, pues se mantienen los procesos electorales periódicos, las sucesivas reformas para permitir la perpetuación en el poder de líderes y personas, constituyen sin lugar a dudas un debilitamiento institucional de la democracia.

⁽³⁵⁾ Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Igualmente en esos países hemos visto una reducción en los estándares de respeto a los derechos humanos y las libertades, con acciones como la confiscación y nacionalización de bienes y empresas y establecimiento de limitaciones a las libertades de expresión e imprenta, incluso con la confiscación o ilegalización de medios de comunicación, todo vendido de forma populista como defensa del pueblo frente a los intereses de las oligarquías.

Se ha llegado al extremo de enfrentarse directamente a las instituciones internacionales de defensa de los derechos humanos y de la democracia como la OEA, que además gozan de poco prestigio y fuerza.

En ese contexto, tal vez uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de la democracia, la vigencia de los derechos humanos y la integración en América Latina es la pobreza, además de la marcada desigualdad existente en la región, que dejan a millones de seres humanos sin posibilidad de ver satisfechos sus derechos económicos, sociales y culturales, y de hecho ante la imposibilidad de disfrutar de sus derechos en general, pues hoy día es claro que los derechos humanos son en su conjunto una unidad, y que la falta o imposibilidad de satisfacción de unos hace imposible el pleno disfrute de todos.

Si bien, en las últimas tres décadas se dio un importante desarrollo en la región latinoamericana en la transición democrática, así como grandes esfuerzos para avanzar en la vigencia de los derechos humanos; lo que entre otras cosas trajo como consecuencia esfuerzos por mejorar las condiciones de vida de los habitantes; sin embargo, todo parece indicar que los esfuerzos no han sido suficientes, pues los más recientes estudios sobre las condiciones sociales y los indicadores del desarrollo en la región⁽³⁶⁾, hacen ver que, no obstante los esfuerzos y compromisos asumidos en la Declaración del Milenio, en la que se planteó que los países reducirían sus índices de pobre-

⁽³⁶⁾ Vid., J.C. FERES, *et. al.*, coords., *Panorama social de América Latina 2000-2003*, CEPAL-ONU, 2004; *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004; *Informe sobre desarrollo humanos 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Barcelona-Madrid-México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2006, así como los últimos informes anuales del PNUD.

za en un cincuenta por ciento para el año 2015, el inicio del nuevo siglo se caracterizó por un estancamiento en los esfuerzos, pues entre 1999 y 2003 la tasa de pobreza se incrementó en 0,6 puntos porcentuales, pasando de 43.8 a 44.4, lo que representa 226.6 millones de personas. Igualmente, las tasas de pobreza extrema se incrementaron en 1.6% con lo que alcanzó ya al 20 % de la población, 102 millones de personas.

De acuerdo con los estudios recientes, se prevé que sólo podrán cumplir la meta de reducción de pobreza al 50% para el año 2015 nueve países: Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Uruguay, Costa Rica, El Salvador y Nicaragua, a los que habría que sumar a Chile que ya la alcanzó, mientras que Argentina, Perú y Venezuela podrán alcanzarla hasta 2020, esto es treinta años después, pues la meta se fijó en 1990, y Bolivia, Colombia, Honduras y Paraguay no se prevé que puedan alcanzarla ni siquiera con retraso. Esto nos da una idea de la gravedad de la situación, pues se trata de una región con más de 600 millones de habitantes incapaz de superar siquiera la situación de pobreza en que vive una parte considerable de su población⁽³⁷⁾.

América Latina que disfruta de grandes riquezas naturales y una altísima concentración de biodiversidad, es paradójicamente económicamente pobre, si vemos comparativamente el producto interno bruto *per capita*, que en la región se ubica en la totalidad de los países por debajo de los 9,000 dólares, con casos tan extremos como los de Bolivia y Honduras que apenas superan los 2,500 dólares, frente a la media europea que está arriba de los 25,000 dólares, es clara la falta de disposición de recursos para el desarrollo de infraestructura y la atención de las necesidades primarias de una población que crece también a tasas más altas que las de los países desarrollados.

Otro de los lastres de la región, que ya señalamos arriba es la marcada desigualdad que es apreciable en todos los países, pues mientras el 20% de la población con ingresos más altos disfruta de casi el 55% del total de ingreso, el 20% con más bajos ingresos apenas tiene acceso al 4.8% de los ingresos

⁽³⁷⁾ *Idem.*

totales⁽³⁸⁾. Como resultado de esto el 27% de la población vive con menos de dos dólares diarios, y el 20% con menos de un dólar.

En este contexto, la satisfacción de necesidades primarias y derechos sociales es dramática: se estima que en la región hay más de 50 millones de personas con desnutrición grave⁽³⁹⁾, y en algunos países, como Bolivia, Guatemala, Honduras y Nicaragua, alcanza al 20% de la población total⁽⁴⁰⁾; más de 72 millones de personas no tienen acceso a agua potable y 121 millones no cuentan con servicios sanitarios en sus viviendas. La atención de la salud tiene grandes deficiencias y la tasa de mortalidad de niños menores de 5 años nacidos vivos es de 27 por cada mil.

El rezago en materia educativa es especialmente significativo, pues la educación es un elemento fundamental para romper la desigualdad, al respecto, si bien en educación primaria las cifras hablan de una cobertura arriba del noventa por ciento, el acceso a la educación técnica y superior no alcanza al 30%, y la región en general enfrenta un analfabetismo del 12.4%.

Un tema que no debe soslayarse es que la pobreza y la pobreza extrema, así como la desnutrición, el analfabetismo, la falta de acceso a servicios de salud, y en general las dificultades para acceder a bienes y servicios básicos, se concentra especialmente en las poblaciones indígenas, baste señalar que entre esos pueblos el analfabetismo sube a tasas superiores al 25%, y casi el 40% de la población indígena menor de veinticinco años no asiste a la escuela.

Si bien podríamos abundar en datos, consideramos que con los señalados son más que suficientes para mostrar que en general la región latinoamericana enfrenta gravísimos problemas para su desarrollo, que afectan en general a todos los países, aunque unos cuantos se encuentren en mejores condiciones por su tamaño y dimensiones de su economía, como Argentina, Brasil, Chile y México. Sin embargo, ni siquiera en esos países, con mejores

⁽³⁸⁾ Vid., C. FIGUEROA y A. PERI, *América Latina: Los rostros de la pobreza y sus causas determinantes*, Chile, CEPAL, 2004.

⁽³⁹⁾ Cfr., *Informe sobre desarrollo humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Madrid, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2004, p. 129.

⁽⁴⁰⁾ Vid., *El Estado mundial de la infancia*, New York, UNICEF, 2003.

condiciones de vida, la pobreza y la desigualdad dejan de ser un lastre para el desarrollo del Estado, la construcción de la vida democrática y la vigencia de los derechos humanos.

A todo lo anterior habría que añadir el desencanto que en extensas regiones de América Latina se vive respecto de la democracia e incluso de los mismos derechos humanos, ya que no han servido en muchas ocasiones para paliar los problemas de ineficacia, corrupción, autoritarismo de los gobiernos, pobre desarrollo de sistemas de partidos, partidización de la política, falta de cultura democrática, reducción de la pobreza, de manera que en muchas ocasiones las sociedades están dispuestas a ceder democracia a cambio de mejores condiciones de vida o de seguridad personal.

Igualmente en la región se han padecido los efectos negativos de la globalización que han propiciado la desregulación de los mercados e instituciones financieras en desventaja de las clases menos favorecidas, así como una mayor concentración de riqueza, pérdida de soberanía de los países sobre los recursos.

En conclusión se puede afirmar que si bien América Latina está en el camino de generar condiciones que permitan procesos de integración regional de amplio calado, se trata de un camino largo y que no será sencillo de transitar; aunque no nos cabe duda que será la necesidad de integrarse para que los países puedan insertarse en buenas condiciones en la nueva realidad global la que servirá de acicate para sostener los esfuerzos en este sentido.

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO^(*)

LA COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS (CELAC), UN NUEVO HITO EN LA INTEGRACIÓN JURÍDICA AMERICANA

ABSTRACT: Starting from the reflection on the importance of legal integration in all Latin America, also in the view of globalization processes in the economic, political, social and cultural fields, the author realizes a study on Comunidad De Estados Latinoamericanos Y Caribeños (CELAC) and its impact on American integration.

SUMMARY: 1. Presentación del tema. — 2. El proceso de Integración Americana. — 3. Un balance preliminar. — 4. El itinerario fundacional de la CELAC. — 5. Reflexiones económicas, políticas, sociales y jurídicas sobre la integración americana a partir de la CELAC.

1. — *Presentación del tema.*

La integración jurídica es uno de los temas más importantes para la ciencia del derecho de nuestro tiempo, pero muy especialmente, para los juristas americanos.

Se trata en realidad de un nuevo paradigma que habrá de vertebrar a todas las disciplinas jurídicas y de articular a los diferentes ordenamientos que conviven en el marco del actual pluralismo⁽¹⁾.

La importancia de la integración jurídica deriva en primer lugar de la trascendencia de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de

^(*) Centro de Investigación e Informática Jurídica, Escuela Libre de Derecho (Mexico). Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

⁽¹⁾ Me he ocupado de este tema en J.P. PAMPILLO BALIÑO, *La Integración Americana como Expresión de un Nuevo Derecho Global*, México, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2012 y ID., *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

la ‘globalización’⁽²⁾. Dichos procesos han propiciado – junto con otros factores y entre otras cosas – la conformación de bloques regionales⁽³⁾.

⁽²⁾ La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector interesado, cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: A.-J. ARNAUD, *Entre Modernidad y Globalización*, trad. N. González, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; J. BHAGWATI, *En Defensa de la Globalización. El rostro humano de un mundo global*, trad. V. Canales, Barcelona, Editorial Arena, 2005; Z. BAUMAN, *La Globalización. Consecuencias humanas*, trad. D. Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2006; U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. Moreno y MaR. Borrás, Barcelona, Editorial Paidós, 1998; M. CARBONELL y R. VÁZQUEZ (compiladores), *Estado Constitucional y Globalización*, México, Editan Porrúa y la UNAM, 2001; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. C. Lema, Bogotá, ILSA, 2009; R. DOMINGO, *¿Qué es el derecho global?*, 2ª ed., The Global Law Collection, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008; R. DOMINGO, M. SANTIVÁÑEZ y A. CAICEDO (coordinadores), *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006; J.E. FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, trad. C. Lema, Madrid, Editorial Trotta, 2001; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005; P. GROSSI, *De la Codificación a la Globalización del Derecho*, trad. R.D. García P. Navarra, Thomson Aranzadi, 2010; O. IANNI, *Teorías de la Globalización*, trad. I. Vericat, 7ª ed., México, Siglo XXI y UNAM, 2006; M. KAPLAN, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002; G. SOROS, *Globalización*, trad. R. Santandreu, Barcelona, Editorial Planeta, 2002; J.E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, trad. C. Rodríguez Braun, México, Editorial Taurus, 2002; J. STIGLITZ, *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, trad. A. Diéguez y P. Gómez, México, Editorial Taurus, 2006; J. VILLAGRASA, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, México, Trillas y Universidad Anáhuac, 2003; D. ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. R. Campione, Madrid, Dykinson, 2005.

⁽³⁾ Fue así como surgieron los primeros bloques regionales como «un segmento mundial unido por un conjunto común de objetivos, basados en nexos de tipo geográfico, social, cultural, económico y político, que presentan una estructura formal constituida por convenios intergubernamentales»: M. MOLS, *La integración regional y el sistema internacional*, en S. NISHIJIMA y P.H. SMITH (coordinadores), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, Editan CIDAC y Miguel Ángel Porrúa, 1997, p. 37. Además del europeo, sin duda el más completo y exitoso, existen también otras experiencias – a las que nos referiremos en su momento – en América, Asia y África. Cabe observar también que al menos desde hace unos diez años, ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica – y también histórica, social y cultural – como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la década de los 1990’s y ha tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

Pero la conformación de bloques regionales no responde solamente al fenómeno de la globalización, sino más bien al doble proceso de la ‘glocalización’ (globalización + localismos)⁽⁴⁾.

En efecto, la expresión “aldea global” de Marshall McLuhan, pone de relieve la otra cara de la moneda, es decir, el resurgimiento de los localismos, como una reacción de las comunidades intra-estatales – regiones históricas, comunidades autónomas, pueblos indígenas, tribus, ciudades, etcétera – que fueron engullidas por el Estado Moderno y que con su actual debilitamiento han encontrado mayores espacios de autoafirmación en el contexto de la globalización, reivindicando no solamente sus mercados locales, sino también su cultura, sus formas de organización política y, desde luego, su derecho.

La relevancia del derecho de la integración se encuentra así, en primer lugar, en la misma magnitud y alcance de los fenómenos contrarios – y complementarios – de la globalización y los localismos y en su articulación a través de bloques regionales, dentro del contexto de un nuevo pluralismo político y jurídico que requiere de bisagras que lo articulen.

En segundo lugar, el derecho de la integración se encuentra estructurando transversalmente a las demás disciplinas jurídicas especializadas. En el ámbito europeo se habla desde hace varios años de un derecho constitucional comunitario, de un derecho privado – civil y mercantil – comunitario, de un derecho penal, medioambiental, cultural, etcétera, de naturaleza comunitaria. Es decir, de un nuevo derecho de índole colaborativa, y armonizadora, que está articulando a las ramas tradicionales la ciencia jurídica y cuya producción ha experimentado un aumento progresivo en los últimos años⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ El término ‘glocalización’ se acuña, hacia la década de los 1980’s, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Cfr. M. CARBONELL, *Globalización y derecho: siete tesis*, en Luis T. DÍAZ MÜLLER (Coordinador), *Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2003, p. 3. Sobre los regionalismos en América, el método para comprenderlo, sus antecedentes históricos y su situación actual puede consultarse J.L. CORAGGIO et. al. (editores), *La Cuestión Regional en América Latina*, México, El Colegio Mexiquense y el Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2010.

⁽⁵⁾ En general, véase a R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson Civitas, 2007 y a R. PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*, Madrid, Edisofer, 2008.

Desde la segunda mitad del siglo XX, la integración europea ha conformado una arquitectura institucional, un sistema de fuentes y una dinámica de interpretación jurídica realmente sugerentes, que ha venido a replantear conceptos y métodos jurídicos arraigados desde la época de la codificación, conformando un nuevo ‘derecho bisagra’ precisamente adecuado para enfrentar el pluralismo normativo de nuestro tiempo⁽⁶⁾.

En el continente americano, aunque los primeros proyectos e iniciativas de articulación regional pueden remontarse al siglo XVIII, lo cierto es que

⁽⁶⁾ Me he referido a este tema ampliamente en tres libros: J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia General del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008; ID., *La Integración Americana*, cit. y ID., *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, cit. También en diversos ensayos consultables en mi página web académica: http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo. En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid, Editan Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Editorial Civitas, 1989; ID., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson Civitas, 2007; K.-D. BORCHARDT, *El ABC del Derecho Comunitario*, Luxemburgo, 5ª ed., Edita la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2000; M. CAMPINS-ERITJA, *Proceso de Integración en la Unión Europea*, Barcelona, J.M. Bosch, 1996; M.D. DÍAZ-AMBRONA BAJADÍ (Directora), *Derecho Civil Comunitario*, Madrid, Editorial Colex, 2001; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura*. 5ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2009; U. DRAETTA e N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2010; P. GARCÍA PICAZO, *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*, Madrid, Editorial Tecnos, 2008; I. GUY, *Manual de Derecho comunitario general*, 5ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 2000; M. JIMENO BULNES, *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996; F. LÉZÉ, V. DE LA ROSA y A. ISLAS COLÍN, *La Unión Europea*, México, Editan Flores Editor y la Universidad de Castilla La Mancha, 2010; E. LINDE PANIAGUA y P. MELLADO PRADO, *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2003; D. LÓPEZ GARRIDO, *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2005; A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución Europea*, Madrid, Editorial Iustel, 2005; C. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Reus, 2011; ID., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª ed., Madrid, Djusa, 2002; ID., *Tratado de la Unión Europea*, 3ª ed., Granada, Editorial Comares, 1999; J. MANUEL PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000; R. PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*, Madrid, Edisofer, 2008; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El Juez Nacional como Juez Comunitario*, Madrid, Editan Fundación Universidad Empresa y Editorial Civitas, 1993 y A. TRUYOL, *La Integración Europea. Idea y realidad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1992.

el actual proceso de integración parte de la segunda mitad del siglo XX y ha tenido diversas proyecciones geográficas y culturales que van desde el hispanoamericanismo hasta el panamericanismo, pasando por diversas instancias de carácter latinoamericano, centroamericano y caribeñas.

Sin embargo, a diferencia del proceso europeo, que ha se ha desarrollado progresivamente extendiendo su alcance geográfico y cultural así como profundizando y estrechando cada vez más la integración – desde lo económico, hasta lo político e internacional, pasando por lo social y lo cultural – en América la evolución ha sido más bien errática.

De esa manera se han venido conformando diversos órganos e instituciones heterogéneos y yuxtapuestos, sobre los cuales debe hacerse una reflexión de conjunto a efectos de promover sinergias y evitar duplicidades, indicando a su vez las pautas para la prosecución y culminación del proceso de integración y la configuración de un ordenamiento jurídico supranacional que pueda insertarse a su vez en los distintos derechos de los países de la región.

Dentro del presente artículo, con motivo de la reciente creación de la Comunidad de Estados Americanos y del Caribe (CELAC), se presentará un panorama general sobre el estado actual de la integración americana, procurando también ofrecer una serie de reflexiones críticas sobre el proceso de integración americana a la luz de la conformación, diseño y funcionamiento de CELAC.

Estoy convencido de que la reflexión sobre los órganos, mecanismos e instrumentos de la integración regional, así como sobre el nuevo derecho comunitario de la integración que deberá conformarse para regularlos, constituyen dos asignaturas fundamentales que están pendientes, a la espera de que la ciencia jurídica se ocupe detenidamente de ellas.

2. — *El proceso de Integración Americana.*

El proceso de integración jurídica americana, visto desde una perspectiva histórica, se ha desarrollado a través de las siguientes fases: 1) *Propuestas de articulación de los Reinos Hispanoamericanos* (finales del siglo XVIII y principios

del XIX); 2) *Utopías y primeros Proyectos Iberoamericanos* (primeros dos tercios del siglo XIX); 3) *Proyectos Panamericanistas* (finales del s. XIX hasta nuestros días); 4) *Proyectos Latinoamericanos* (1950's-1980's y hasta nuestros días); 5) *Fragmentación Subregional del Continente* (1960s-1990's y hasta nuestros días) y 6) *Entre América Latina y el Pacífico* (desde los 1990's)⁽⁷⁾.

La primera etapa de articulación hegemónica hispanoamericana, supuso ante todo la estructuración del mismo espacio geográfico hispanoamericano y su posterior unificación cultural, que fue obra de la Monarquía Universal Española, siendo este primer antecedente de la integración americana en realidad parte de un proyecto supranacional muchísimo más ambicioso, vinculado por un lado con el Sacro Imperio Romano Germánico y por el otro con la Iglesia Católica⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ En parte seguimos aquí algunas propuestas de periodización planteadas por Arturo Oropeza García, aunque también – como se verá – nos separamos de muchos de sus planteamientos. Se transcribe a continuación la síntesis de su opinión sobre el particular: «Latinoamérica da inicio a su proceso de integración, desde el momento que la Monarquía Española, a través de la imposición de su hegemonía política y militar, entrelaza el destino de las futuras naciones latinoamericanas por medio de la cultura, la religión y el lenguaje (Integración Hispanoamericana). Se continúa con sus procesos de Independencia, donde se fortalece ante la adversidad y se nutre de los sueños de una nueva región que se imagina más prospera, fuerte y unida (Integración Bolivariana). (...) Se institucionaliza ante la convocatoria del poder real de Estados Unidos en 1889 en la celebración de la primera conferencia Internacional Americana (Integración Panamericana); y se continúa hasta nuestros días en un último impulso que inicia con la fundación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960. (Integración Latinoamericana)». A. OROPEZA GARCÍA (coordinador), *Latinoamérica frente al espejo de su integración, 1810-2010*, México, IIJ-UNAM, SER. 2010, p. 19.

⁽⁸⁾ Entre la vasta literatura sobre el particular, pueden verse en general con provecho las obra de D.A. BRADING, *Orbe Indiano. De la Monarquía Católica a la República Criolla 1492-1867*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993; F. DE ICAZA DUFOR, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México, Editorial Porrúa, 2008; J.M. OTS CAPDEQUÍ, *El Estado Español en las Indias*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1975; J.M. PÉREZ PRENDES, *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*, Valencia, Asociación Francisco López de Gómara, 1989. También, específicamente sobre las redes comerciales y el intercambio de ideas entre Europa y América durante los siglos XVIII y XIX, véase P.K. LISS, *Los imperios trasatlánticos. Las redes del comercio y de las revoluciones de Independencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995. Más en general sobre la Historia de América, entre las muchas obras escritas sobre el particular, pueden verse las siguientes, todas de fácil acceso y que mues-

Durante esta primera fase, hubo ya algunos intentos para conformar una Comunidad Hispanoamericana de Naciones, como el *Dictamen Reservado* presentado en 1783 por el Conde de Aranda⁽⁹⁾, el proyecto de *Congreso General* de Fray Melchor de Talamantes⁽¹⁰⁾, o la propuesta presentada por Michelena

tran diversas perspectivas geográficas e históricas: J.B. AMORES CARREDANO (coordinador), *Historia de América*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006; P. CHANU, *Historia de América Latina*, trad. F. Monjardín, Buenos Aires, EUDEBA, 1964; F. CHEVALIER, *América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005; T. HALPERIN DONGHI, *Historia contemporánea de América Latina*, Madrid, Alianza Editorial, 2008; M. LUCENA, *Breve Historia de Latinoamérica*, Santiago de Chile, Editorial Catedral, 2010; Ó. MAZÍN, *Iberoamérica. Del descubrimiento a la Independencia*, México, El Colegio de México, 2007; C. PEREYRA, *Historia de la América Española*, 8 volúmenes, Madrid, Editorial Saturnino Calleja, 1924-1925 y Vv.AA. UNESCO, *Historia General de América Latina*, Madrid, Editorial Trotta, 2000-2006. En el plano de la conformación del concepto cultural de Hispanoamérica y Latinoamérica, véase a J.L. ABELLÁN, *La idea de América. Origen y evolución*, Madrid, Editorial Iberoamericana, 2009; G. ARCINIEGAS, *El Continente de Siete Colores. Historia de la cultura en América Latina*, Colombia, Editorial Aguilar, 1989; A. ARDAO, *América Latina y la latinidad*, México, UNAM, 1993; C. BOSCH GARCÍA, *El descubrimiento y la integración iberoamericana*, México, UNAM, 1991; E. DUSSEL, E. MENDIETA y C. BOHÓRQUEZ (editores), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y 'latino' (1300-2000)*, México, Siglo XXI Editores, 2009; J. GAOS, *Pensamiento de Lengua Española. Obras Completas*, Tomo VI, México, UNAM, 1990; G. CARRIQUIRY, *Globalización e identidad católica de América Latina*, Barcelona, Plaza & Janés, 2002; E. O'GORMAN, *La invención de América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958; F. LARROYO, *La Filosofía Iberoamericana*, México, Editorial Porrúa, 1978; W.D. MIGNOLO, *La Idea de América Latina*, trad. S. Jawerbaum y J. Barba, Barcelona, Editorial Gedisa, 2007; J. SKIRIUS (compilador), *El Ensayo Hispano-Americano del siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994; L. ZEA, *Fuentes de la Cultura Latinoamericana*, 2 tomos, México, Fondo de Cultura Económica, 1993 y 1994; ID., *El Pensamiento Latinoamericano*, Barcelona, Editorial Ariel, 1976; Vv.AA., *Ideas en torno de Latinoamérica*, 2 tomos, Coordinación de Humanidades, Unión de Universidades de América Latina, México, UNAM, 1986; Vv.AA., *América Latina. Historia y Destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, 2 tomos, México, UNAM, 1992. Específicamente sobre los proyectos de articulación de los reinos hispanoamericanos véase también a P. ESCANDÓN, *Arqueología de proyectos unificadores de América Latina*, en R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Raíces y perspectivas*, México, Editan Eón y el CIALC-UNAM, 2008, pp. 19-33.

⁽⁹⁾ Específicamente véase L.M. FARIAS, *La América de Aranda*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J.P. PAMPILLO BALIÑO, *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional*, México, Editorial Porrúa, 2010.

y Ramos Arizpe en las Cortes Españolas de 1821⁽¹¹⁾. Lamentablemente, la ceguera de las autoridades peninsulares impidió la formación de un *Commonwealth* Ibérico, como el que después sería logrado por Inglaterra respecto de sus antiguas colonias.

El segundo periodo, relativo a las utopías y proyectos iberoamericanos, supone en primer lugar el proceso de emancipación de América⁽¹²⁾, como el contexto dentro del cual se plantean, entre otras iniciativas, la *Carta de Jamaica* de 1815, la Declaración de la Angostura y el Congreso Anfictiónico de Panamá promovidos por Simón Bolívar⁽¹³⁾, que son las más conocidas entre muchas otras propuestas, como las debidas al Precursor Francisco de

⁽¹¹⁾ Cfr. R. BREÑA, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824*, México, El Colegio de México, 2006; R. ESTRADA MICHEL, *Monarquía y Nación entre Cádiz y Nueva España*, México, Editorial Porrúa, 2006.

⁽¹²⁾ Una visión panorámica sobre las Independencias puede encontrarse en M. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA, *Las independencias americanas (1767-1878)*, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, 2009; J. LYNCH, *Las Revoluciones Hispanoamericanas. 1808-1826*, Barcelona, Editorial Ariel, 2010 y J.E. RODRÍGUEZ, *La independencia de la América española*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008. En el plano ideológico, véase J.C. CHIARAMONTE, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de la Independencia*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2004. Sobre la azarosa vida de América Latina durante el siglo XIX, su difícil organización política, sus guerras internacionales y la búsqueda de diversas alianzas, véase la siguiente exposición general: C. RAMOS ESCANDÓN, *Latinoamérica en el siglo XIX (1750-1914)*, México, CIALC-UNAM, 2007.

⁽¹³⁾ La figura de Simón Bolívar es fundamental para el entendimiento de las independencias americanas, los proyectos de integración hispanoamericanos y en general el imaginario político de nuestra región. Su dimensión continental – y universal – se pone de relieve cuando se considera, que además del proyecto de la Gran Colombia y del Congreso de Panamá, a Bolívar se deben las siguientes independencias: con la batalla de Boyacá (1819) se reafirma independencia de Nueva Granada (Colombia), con la de Carabobo (1821) la de Venezuela, influyendo también en la de Panamá el mismo año, con la de Pichincha (1822) logró la independencia de Ecuador. En 1824 acompañado de Sucre, Ayacucho con la que se independiza Perú y en 1825 consigue también la independencia de Bolivia. Entre las muchas biografías de Bolívar pueden verse con provecho especialmente tres, muy distintas, amenas y complementarias: la de F. CUEVAS CANCINO, *Bolívar en el tiempo*, México, El Colegio de México, 1982; la de J. LYNCH, *Simón Bolívar*, Barcelona, Editorial Crítica, 2006 y la de S. DE MADARIAGA, *Simón Bolívar*, 2 tomos, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1959. Las principales obras del Libertador pueden encontrarse en S. BOLÍVAR, *Escritos políticos*, Selección de Graciela Soriano, Madrid, Alianza, 1971.

Miranda, entre muchas otras⁽¹⁴⁾.

A las anteriores utopías siguieron múltiples acuerdos, tratados y congresos, cuyas repercusiones fueron sin embargo bastante limitadas; desde el 'Pacto de Familia' propuesto por el mexicano Lucas Alamán hasta la propuesta del chileno Francisco Bilbao de establecer un Congreso Federal de las Repúblicas de Latinoamérica, pasando por la Unión Continental de Comercio que en su momento impulsó el argentino Juan Bautista Alberdi⁽¹⁵⁾.

Todas las iniciativas de ésta segunda época fueron un intento de proyectar una América unida contra la realidad de los hechos, que durante todo el siglo XIX tendía más bien hacia la disgregación por varias razones. Sin embargo, a pesar del fracaso de las diversas iniciativas y proyectos, se conformó una identidad histórica y cultural que ha conseguido sobrevivir hasta nuestros días y que subyace todavía detrás de diversos esquemas y proyectos de integración vigentes.

La tercera fase, vigente hasta nuestros días, es la correspondiente a los proyectos panamericanistas, que tuvo como principal antecedente a la Doctrina Monroe de 1823. El periodo de cooperación panamericana inicia propiamente en 1889 con motivo de la primera de las ocho Conferencias Americanas que precedieron la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la IX Conferencia celebrada en Bogotá, en 1948, habiendo buscado en diversos momentos asumir formas económicas de integración, como en la propuesta original presentada en la I Conferencia de Washington de 1889 y, más recientemente, en el proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. I. GÓMEZ ROBLEDO, *Idea y experiencia*, cit., *passim*. La propia articulación de los reinos hispanoamericanos propuesta por Talamantes en su *Congreso General*, puede considerarse también como una propuesta utópica. Cfr. J.P. PAMPILLO BALIÑO, *El primer constitucionista de México*, cit., *passim*.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. OROPEZA GARCÍA, *Latinoamérica: El futuro de la Memoria o la Memoria del futuro*, en ID. (coordinador), *Latinoamérica frente al espejo*, cit., *passim*. Cfr. también a I. GÓMEZ ROBLEDO, *Idea y Experiencia de América*, cit., *passim*.

⁽¹⁶⁾ En general seguimos aquí a W. MANGER, *La Organización de los Estados Americanos. Antecedentes Históricos, Propósitos y Principios, Situación Actual y Perspectivas Inmediatas*, en *Cursos Monográficos*, Volumen VII, La Habana, Academia Interamericana de Derecho Comparado e

La cuarta etapa que señalamos – que se proyecta como las anteriores hasta nuestros días – es la relativa al proceso de integración económica latinoamericana, que tiene sus orígenes en las propuestas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) hacia la década de los 1950's y encuentra su principal hito en la conformación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) con el Tratado de Montevideo de 1960, cuyo fracaso constituye a su vez el puente hacia la siguiente etapa de fragmentación subregional del continente.

Esta etapa tuvo como antecedente la progresiva conformación de una nueva identidad latinoamericana – a veces paralela, a veces sustitutiva de la hispanoamericana – a la que contribuyeron diversos personajes y acontecimientos desde la segunda mitad del siglo XIX.

El fracaso de la ALALC se debió principalmente a tres factores; en primer lugar a la reiterada flexibilización de sus compromisos, que trajo consigo la sucesiva postergación de las desgravaciones arancelarias pactadas. En segundo lugar, puede mencionarse la falta de una estructura institucional suficiente para asegurar la consecución de sus objetivos. Finalmente, en tercer lugar, puede señalarse la falta de visión y compromiso de las economías más desarrolladas de la región – Argentina, Brasil y México – que condujo a que desde finales de la década de los 1960's, varios países, encabezados por el Grupo Andino, decidieran buscar por sí mismos esquemas más eficaces de integración. De esta manera, hacia 1978 se declaró el agotamiento del tratado y de la asociación, que fue sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)⁽¹⁷⁾. Por último dentro de esta etapa, debe recordarse también el establecimiento del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), creado en 1978 como foro de consulta y coordinación para concertar posiciones y estrategias en materia económica, de cooperación y de integración.

Así es como llegamos a la quinta fase del proceso de integración en el

Internacional, 1960; A. VAN WYNEN THOMAS y A.J. THOMAS jr., *La Organización de los Estados Americanos*, trad. A. Arrangoiz, México, UTEHA, 1968.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*.

continente americano, la fragmentación subregional – también vigente en la actualidad – que ha dado lugar a la conformación de un complejo entramado de bloques subregionales, en muchos casos yuxtapuestos y empalmados entre sí.

América Latina se dividió en cuatro subregiones; en orden de aparición: *a)* Centroamérica, *b)* el Caribe, *c)* los Andes, *d)* el Cono Sur y *e)* Iberoamérica. A dichas subregiones latinoamericanas, debe sumarse también el Área de Libre Comercio Norteamericana⁽¹⁸⁾.

En cada una de estas subregiones fueron estableciéndose, respectivamente, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, foros de cooperación intergubernamental y organismos con algunas características supranacionales, entre los que destacan el Sistema de Integración Centroamericana (SICA)⁽¹⁹⁾, el Mercado Común del Caribe (CARICOM)⁽²⁰⁾, la Comunidad Andina de Naciones (CAN)⁽²¹⁾, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)

⁽¹⁸⁾ Además de la bibliografía específica que será referida para cada una de las anteriores subregiones y de la general que venimos siguiendo, puede verse Vv.AA., *Organismos Hemisféricos y Mecanismos de Concertación en América Latina*, México, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, 1997. Sobre la posibilidad de articular los anteriores esquemas a través de una integración latinoamericana, considerando las anteriores subregiones, así como la hegemonía regional que ejercen México y Brasil, véase el ensayo L. MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en A. OROPEZA GARCÍA, *Latinoamérica frente al espejo*, cit., pp. 197 y ss.

⁽¹⁹⁾ Sobre esta integración subregional, véanse los capítulos correspondientes de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial del SICA, www.sica.int. Sobre el derecho de SICA véase C. PIZZOLO, *Derecho e Integración Regional*, Buenos Aires, Ediar, 2010. Más en detalle puede consultarse C.E. SALAZAR GRANDE y E.N. ULATE CHACÓN, *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*, 2ª ed., San Salvador, Talleres de Impresiones, 2013, también disponible en la página oficial de SICA.

⁽²⁰⁾ Véanse los apartados correspondientes de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y las páginas web oficiales del CARICOM www.caricom.org y de la AEC www.acs-aec.org.

⁽²¹⁾ Cfr. G. SALGADO, *El Grupo Andino. Eslabón hacia la integración de Sudamérica*, 2ª ed., Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007 y L. MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en A. OROPEZA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 197 y ss. Véanse los apartados correspondientes de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA

y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)⁽²²⁾ y las Cumbres Iberoamericanas⁽²³⁾. Dentro del anterior contexto subregional se encuentra también – según se expuso – el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994⁽²⁴⁾.

Finalmente, la última etapa de la integración americana, que se proyecta igualmente hasta nuestros días, es la que ha venido oscilando, desde la década de los 1990's, entre el relanzamiento de los proyectos regionales latinoamericanos, por un lado y por el otro, el giro que ha venido produciéndose hacia el Océano Pacífico y que ha conducido al desarrollo de nuevos vínculos con países del este asiático.

Entre las últimas iniciativas latinoamericanas se encuentra en primer lugar la Alianza – originalmente Alternativa, pues surgió como una contrapropuesta llamada a ofrecer un camino distinto a la integración neoliberal

(coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial: www.comunidadandina.org. Sobre el derecho del CAN véanse también los trabajos de C. PIZZOLO, *Derecho e Integración Regional*, cit.; M.T. MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

⁽²²⁾ Véanse los apartados correspondientes de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y las páginas web oficiales del MERCOSUR: www.MERCOSUR.int y del Unasur: www.unasur.org. Sobre el derecho del MERCOSUR véanse también los trabajos de C. PIZZOLO, *Derecho e Integración Regional*, cit.; M.T. MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración*, cit.

⁽²³⁾ Cfr. C. DEL ARENAL (coordinador), *Las Cumbres Iberoamericanas (1991-2005). Logros y desafíos*, Madrid, Siglo XXI Editores y Fundación Carolina, 2005 y F. GONZÁLEZ (editor), *Iberoamérica 2020. Retos ante la Crisis*, Madrid, Siglo XXI Editores y Fundación Carolina, 2009. Véase el apartado correspondiente de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial de la Secretaría General Iberoamericana: segih.org.

⁽²⁴⁾ Sobre el TLCAN véase a L. ORTIZ AHLF, F.A. VÁZQUEZ PANDO y L.M. DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2ª ed., México, Editorial Themis, 2000; J. WITKER, *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*, México, IJ-UNAM, 1993; en específico sobre la solución de controversias: R. CRUZ MIRAMONTES, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, Editorial Porrúa, 2002. También puede consultarse el apartado correspondiente de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim* y la página web oficial: www.nafta-sec-alena.org.

presentada por los Estados Unidos de Norteamérica en la forma de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)⁽²⁵⁾ – Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)⁽²⁶⁾.

La segunda iniciativa – a la que habremos de referirnos más adelante – fue la que vino a establecer la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) en 2010, dotada de una estructura institucional propia en 2011, como sucesora del Grupo de Contadora (1983), del Grupo de Río (1990) y de las Cumbres de América Latina y del Caribe⁽²⁷⁾.

La otra tendencia que marca ésta etapa ha sido la de estructurar un nuevo eje económico en torno al Pacífico, misma que ha tenido dos proyecciones. La primera vertiente ha consistido en la conformación de un bloque regional transcontinental entre Asia y América, a través del Pacífico, destacando dentro del mismo primeramente la Alianza para la Cooperación Económica en el Pacífico (APEC) y, posteriormente, el proyecto de Acuerdo Estratégico Transpacífico de Alianza Económica (TPP), como tratado multilateral de libre comercio. La segunda modalidad se ha traducido en la creación de una nueva subregión latinoamericana a través de la Alianza del Pacífico (AP), apenas estructurada en el año 2012 con el propósito de realizar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

3. — *Un balance preliminar.*

A partir de la anterior exposición podemos en primer lugar advertir que en la actualidad coexisten, de manera traslapada, múltiples instancias con

⁽²⁵⁾ Sobre el ALCA, véase a J. WITKER (coordinador), *El área de libre comercio de las Américas (ALCA)*, México, IIIJ-UNAM, 2005. Véase también el apartado correspondiente de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim*.

⁽²⁶⁾ Véase el apartado correspondiente de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim*. También puede consultarse la página web oficial del ALBA: www.alianzabolivariana.org.

⁽²⁷⁾ Véase el apartado correspondiente de R. PÁEZ MONTALBÁN y M. VÁZQUEZ OLIVERA (coordinadores), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., *passim*.

alcances geográficos y culturales distintos (iberoamericanos, latinoamericanos, norteamericanos, caribeños, centroamericanos, andinos, sudamericanos, transpacíficos, etcétera) que se han traducido en diversos esquemas de colaboración, que van desde meros foros de coordinación – como las Cumbres Iberoamericanas – hasta mercados comunes imperfectos – como el MERCOSUR –, pasando por zonas de libre comercio – como el TLCAN – y uniones aduaneras – como el CARICOM –, los más funcionando bajo la lógica intergubernamental, aunque también algunos – particularmente SICA y CAN – se desenvuelven, en parte, según los principios de la supranacionalidad ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Además de los textos anteriormente citados en específico respecto de los diversos esquemas de cooperación e integración, sobre los orígenes y desarrollo de las diversas estructuras de la integración americana, pueden consultarse en general las siguientes obras: I. GÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, México, Editorial Porrúa, 2006; R. GRIEN, *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*, México, FCE, 1994; M. KAPLAN, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002, pp. 417 y ss.; J. WITKER y A. OROPEZA (coordinadores), *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México, Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004; J. WITKER (editor), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993; L. ORTIZ AHLE, F.A. VÁZQUEZ PANDO y L. MIGUEL DÍAZ, *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus Acuerdos Paralelos*, 2ª ed., México, Editorial Themis, 1998; F. PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, México, Editorial Porrúa, 2002; A. PUYANA (coordinadora), *La Integración Económica y la Globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, México, Flaco y Plaza y Valdés, 2003; R. SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*, Sao Paulo, Parlamento Latinoamericano, 2001; G. VIDAL (coordinador), *ALCA, Procesos de integración y regionalización en América*, México, Editan la Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa, 2006; F.R. DÁVILA ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Editorial Fontamara, 2002; E. VIEIRA POSADA, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Convenio Andrés Bello, 2008; D. VILLAFUERTE SOLÍS y X. LEYVA SOLANO (coordinadores), *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México, CIESAS y Miguel Ángel Porrúa, 2006. Sobre la integración americana en general pueden verse, además de las obras ya citadas y entre muchas otras, las siguientes: F.R. DÁVILA ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Editorial Fontamara, 2002; G.A. DE LA REZA, *Integración Económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, Editan la UAM y Plaza y Valdés, 2006; E.E. RUBIO, *Un Marco Jurídico para la Integración Económica de América Latina*, Tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho,

Nos encontramos pues con un intrincado, complejo y entrecruzado sistema, que se encuentra conformado por una importante diversidad de organismos y tratados que suman más de 90 acuerdos sectoriales y de 50 tratados y protocolos adicionales ⁽²⁹⁾.

En vistas de lo anterior, quizás la primera reflexión que plantea tanto el repaso del proceso histórico como la consideración del conjunto de los principales organismos y foros de la integración americana, sea la de que su laberíntica estructura, que conforma un intrincado y entrecruzado sistema de organismos y tratados heterogéneos y yuxtapuestos, no puede ser eficiente, dando lugar a inevitables duplicidades, traslapes y hasta contradicciones, que generan una serie de desperdicios que pudieran evitarse con una adecuada planeación.

Dicho balance preliminar es todavía más preocupante si consideramos la brecha entre el discurso y los hechos, entre los proyectos y su concreción, entre los compromisos y su flexibilización, que nos permiten entender por qué la integración no ha terminado de consolidarse en el hemisferio americano.

Para dimensionar adecuadamente las cosas, vale la pena contrastar el porcentaje del comercio intra-regional europeo, del 75%, o del asiático, que su-

1969; H. FIX FIERRO et. al. (editores), *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*, México, UNAM, 2003; P. HÄBERLE y M. KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. H. Fix Fierro, México, UNAM, 2003; L. LEÓN (coordinador), *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*, México, Editan Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica, 1999; F. PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, México, Editorial Porrúa, 2002; J.I. SAUCEDO GONZÁLEZ, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México, IJ-UNAM, 1999; J.G. VIDAL (coordinador), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Editan la Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa, 2006; J. VIDAL BENEYTO, R. ALONSO GARCÍA y otros, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia, Fundación AMELA, 2009; J. WITKER (coordinador), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, UNAM, 2004; J. WITKER y A. OROPEZA (coordinadores), *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004.

⁽²⁹⁾ Una visión panorámica de la mayor parte de los esquemas y organismos que se exponen puede encontrarse en R. PÁEZ MONTALBÁN y VÁZQUEZ OLIVERA, *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos*, cit. Véase también nuestro libro, *La Integración Americana*, cit.

pera el 50%, con el 18% que representa el total del comercio interno dentro de la subregión latinoamericana. Las anteriores cifras nos permiten apreciar la medida del desperdicio y de la oportunidad⁽³⁰⁾.

Para calibrar adecuadamente la magnitud del desperdicio y de la oportunidad, bastaría considerar que América Latina y el Caribe juntos tienen una extensión territorial de más de 20 millones de kilómetros cuadrados, constan de una población de alrededor de los 580 millones de habitantes, un PIB agregado de más de 6.3 billones de dólares y cuenta en su seno con algunas de las mayores economías del planeta, como Brasil, la número 7, México, la número 11 y Argentina la número 22.

Con la sola integración subregional Latinoamericana y del Caribe se daría lugar a la formación de la 3ª potencia económica a nivel mundial después de la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica, la 3ª potencia en materia de energía eléctrica y el mayor productor de alimentos del mundo. Lo anterior sin contar la riqueza petrolera de trece países – entre los que destacan Venezuela, Brasil y México –, a la que tendría que sumarse la riqueza minera de Chile (cobre), Perú (plata) y de Bolivia, Brasil, Argentina y México (minería de conjunto), así como las magníficas llanuras para el cultivo y la ganadería, las extensas costas para la pesca y la inmensa biodiversidad del continente⁽³¹⁾.

A la anterior riqueza material, habría que sumarle el hecho de que desde un punto de vista geográfico, América Latina – y específicamente Iberoamérica – es la mayor continuidad histórico-cultural del mundo, donde más allá de su riqueza policromática – plurinacional, pluriétnica y pluricultural – constituye la región más homogénea – especialmente en el ámbito jurídico – de cuántas aspiran a la integración regional basadas en la continuidad histórica, cultural, lingüística y religiosa.

No obstante lo anterior, en nuestro balance preliminar debe reconocerse también como un aspecto positivo el que durante los últimos años han veni-

⁽³⁰⁾ Datos tomados de las páginas oficiales de ALADI, CEPAL, OCDE, OMC y SELA: www.aladi.org, www.eclac.cl, www.wto.org, www.oecd.org, y www.sela.org, páginas consultadas en mayo-junio del 2013, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

⁽³¹⁾ Cfr. *idem*, loc. cit.

do madurando en nuestra región diversos esquemas de integración – Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica – que ya han desarrollado una incipiente cultura en materia de funcionamiento de estructuras institucionales regionales y de aplicación de un derecho comunitario, de naturaleza embrionaria, que ha venido conviviendo con los derechos nacionales de los estados parte de los mismos. Asimismo, el sistema interamericano de derechos humanos, ha contribuido a conformar una reflexión y una *praxis* jurídica cada vez más apreciable dentro de la región.

Desde un punto de vista geopolítico, económico y estratégico, Latinoamérica cuenta con seis actores fundamentales: los cuatro esquemas de integración antes mencionados – Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica – y dos potencias emergentes, Brasil y México⁽³²⁾.

Las primeras, son anillos subregionales concéntricos, que bien pueden articularse en un proyecto multinivel de integración hemisférico.

Los segundos, en contrapartida, tienen una agenda propia. Para Brasil, MERCOSUR en su momento y actualmente el UNASUR, donde puede imponer su hegemonía, es su prioridad. Por su parte, en el caso de México, su posición geográfica se ha traducido en una actitud ambivalente; por un lado, de dependencia económica respecto de los Estados Unidos de Norteamérica, sellada por el importante TLCAN y por el otro, de una mayor vinculación e identificación social y cultural con América Latina, en cuyos proyectos de integración ha participado siempre, pero sin la determinación y el liderazgo adecuados.

De cara a una posible integración total de América, es necesaria la consideración de los anteriores factores, así como también la ponderación de la posición más bien distante de Canadá y puramente económica – salvo en su relación con México que está marcada también por los problemas fronterizos de la migración y el narcotráfico – de los Estados Unidos, que no han mostrado un mayor interés – fuera de diversas intervenciones hegemónicas – por la región latinoamericana.

⁽³²⁾ Cfr. L. MAIRA, *América Latina: el reto de una integración distinta en el siglo XXI*, en A. OROPEZA GARCÍA (coordinador), *Latinoamérica*, cit., pp. 207 y ss.

Dentro del anterior contexto, cabe reflexionar en torno a la posición geopolítica privilegiada de México, que le permitiría convertirse en la bisagra para la integración de las Américas, así como en el puente natural con Europa y con Asia gracias a su extensa red de Tratados de Libre Comercio – más de 44, siendo el país con mayor número de acuerdos de libre comercio en el mundo –, lo que facilitaría enormemente una integración hemisférica, que dada la compleja variedad de sus principales actores, podría promoverse a partir de la articulación multinivel de distintos esquemas de colaboración.

Y sin que la integración jurídica sea la panacea – la actual crisis europea es suficientemente elocuente sobre el particular – también es cierto que intentando una valoración de conjunto y en perspectiva histórica de la experiencia europea, debe reconocerse que el derecho comunitario ha contribuido activamente: *a)* a la consolidación de la paz en la región; *b)* al fortalecimiento de la democracia, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos; *c)* a conformar un mercado interno – con el libre tránsito de capitales, mercancías y personas – que ha beneficiado indudablemente a los habitantes de Europa; *d)* a re-posicionar a la región en el ámbito del diálogo internacional; *e)* a equilibrar las tendencias centrífugas y centrípetas de la globalización y de los localismos; *f)* a consolidar una serie de políticas sociales y culturales que han proyectado la identidad común de la región sin demérito de la identidad particular de cada país y comunidad intra-estatal; *g)* en general a mejorar – en todos los aspectos – la calidad de vida de los europeos y residentes; y *h)* a conformar un nuevo ordenamiento jurídico común que – según se expuso – ha venido revulsionar la tradición jurídica occidental⁽³³⁾.

4. — *El itinerario fundacional de la CELAC.*

Dentro del anterior contexto de los tratados, foros y organismos promotores de la integración americana, ha venido a ocupar un lugar propio – y

⁽³³⁾ En general seguimos las obras citadas en la nota 6.

podiera alcanzar en el futuro próximo una mayor proyección – la nueva Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC).

La CELAC partió de la I Cumbre de América Latina y el Caribe (CALC) celebrada en Salvador de Bahía en diciembre de 2008 y fue perfilada en la II CALC celebrada en Cancún, México, en febrero de 2011, constituyéndose propiamente en la III CALC, en diciembre de 2011, en Caracas. Fue precisamente en la III CALC donde se estableció, junto con varias Declaraciones y un Plan de Acción, la estructura y funcionamiento de este foro regional, cuyo último hito podemos ubicar en la más reciente Cumbre de la CELAC-UE que tuvo lugar en Santiago de Chile en enero de 2013, en donde se abordaron temas medioambientales, de género y de cooperación para la conformación de un espacio euro-latinoamericano de educación superior, ciencia, tecnología e innovación.

La *Declaración de la Riviera Maya* de 2010 fue el instrumento que dispuso el principio de creación de un nuevo ente internacional de ámbito regional, la CELAC, a la que se le encargaron desde entonces los siguientes objetivos: *a)* impulsar los procesos de integración regional; *b)* consolidar y promover la identidad latinoamericana y caribeña; *c)* impulsar el desarrollo sustentable; *d)* propiciar la concertación política y definir una agenda latinoamericana y caribeña en foros globales; *e)* articular la cooperación, coordinación y complementariedad entre los organismos e instituciones de la región; y *f)* sujetarse y promover, entre otros, los valores de respeto al derecho internacional, igualdad soberana de los Estados, proscripción del uso y amenaza del uso de la fuerza, la democracia, los derechos humanos, el respeto al medio ambiente, la solidaridad, la inclusión social, la flexibilidad, la participación voluntaria, la pluralidad y la diversidad⁽³⁴⁾.

En la III CALC de 2011 se aprobaron la *Declaración de Caracas*, el *Plan de Acción 2012*, los *Procedimientos para el Funcionamiento Orgánico de la CELAC* y

⁽³⁴⁾ La *Declaración de Riviera Maya* puede consultarse en su versión oficial en la siguiente página web: www.celac.gob.ve, de donde retomamos el texto en consulta hecha el 15 de diciembre de 2011. Sobre la II CALC y el principio de creación de la CELAC, véase especialmente el artículo J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Bases Jurídicas para la Integración Americana. Algunas reflexiones en torno a la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe*, cit., *passim*.

varias declaraciones especiales entre las que destacan la relativa a la *Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional* y la referente al *Compromiso para la Inclusión Social*⁽³⁵⁾.

La *Declaración de Caracas*, situando la “constitución” de la CELAC en el “*contexto histórico*” del Bicentenario de las Independencias de las Repúblicas integrantes de la misma, así como dentro del itinerario (Grupo Contadora, Grupo de Río y CALC I, II y III) define la naturaleza de este nuevo ente de tres diversas maneras: a) como un “*espacio*” o “*foro unificado*”; b) como un “*mecanismo regional de integración*”; y c) como un “*mecanismo representativo de concertación política, cooperación e integración de los Estados latinoamericanos y caribeños*”.

La referida Declaración delinea como objetivos primordiales de la CELAC, además de los previamente reconocidos, los siguientes: a) reivindicar «*el derecho a la existencia, preservación y convivencia de todas las culturas, razas y etnias que habitan en los países de la región así como el carácter multicultural de nuestros pueblos y plurinacional de algunos de nuestros países*»; b) «*profundizar la cooperación y la implementación de políticas sociales para la reducción de las desigualdades sociales*»; c) «*reducir nuestras asimetrías*» a través de «*nuestras complementariedades*»; d) la conformación de «*una agenda común de bienestar, paz y seguridad para nuestros pueblos, a objeto de consolidarnos como una comunidad regional*»; e) la adopción de declaraciones y documentos, que podrán asumir como propios los países integrantes «*con base en los principios de flexibilidad y participación voluntaria*»; f) la preservación del “*acervo histórico*” constituido «*por los principios compartidos y consenso*» adoptados por el Grupo de Río y las anteriores CALC; y g) promover el compromiso de los gobiernos de la región «*para instruir a los mecanismos y organismos regionales, a que promuevan entre ellos la comunicación, cooperación, articulación, coordinación, complementariedad y sinergia (...) para contribuir a alcanzar los objetivos de integración planteados*».

Por lo que hace al *Plan de Acción*, este se encuentra dividido en las siguientes secciones: a) crisis financiera internacional y nueva arquitectura financiera; b) complementariedad y cooperación entre los mecanismos regionales

⁽³⁵⁾ Los anteriores documentos pueden encontrarse en la página oficial de la CELAC: www.celac.gob.ve, cuya consulta para los efectos de las citas que se hacen en el cuerpo del trabajo fueron hechas el 15 de diciembre de 2011.

y subregionales de integración en los ámbitos económico-comercial, productivo, social e institucional, cultural y energético; *c*) infraestructura para las telecomunicaciones y la integración fronteriza; *d*) desarrollo social y erradicación del hambre y la pobreza; *e*) ambiente; *f*) asistencia humanitaria; *g*) protección al migrante; *h*) cultural; y *i*) tecnologías de la información y comunicación.

Dentro del anterior *Plan de Acción* destaca, en materia de integración, el establecimiento de un grupo de trabajo para la elaboración de una Agenda Estratégica de Coordinación Regional que articule las diversas instancias de la región, así como la creación de una nueva instancia, que bajo la institucionalidad de la CELAC, promueva el desarrollo de la integración energética.

Además, hay que mencionar también otras iniciativas que pudieran tener un impacto significativo en la región, como por ejemplo la de diseñar una nueva arquitectura financiera regional, la propuesta de reforzar la infraestructura física en la región para facilitar la interconexión y el tráfico transfronterizo, la búsqueda del acercamiento de las políticas nacionales en materia de medio ambiente, el compromiso de inserción legal, laboral, productiva y cultural de los migrantes en los países de acogida y el fortalecimiento del uso de las redes eléctricas y de infraestructura, entre muchas otras.

Respecto de los *Procedimientos para el Funcionamiento Orgánico de la CELAC*, en lo relativo a la ‘estructura institucional’ de la CELAC, se prevén como sus órganos los siguientes: *a*) la Cumbre de Jefes de Estado; *b*) la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores; *c*) la Presidencia Pro Tempore; *d*) la Reunión de Coordinadores Nacionales; *e*) las Reuniones Especializadas; y *f*) la Troika.

Asimismo, se dispuso para todos los anteriores órganos el principio de que las decisiones que tomen se adoptarán “*por consenso*” y se reflejarán por escrito, pudiendo, según el caso tomar la forma de declaraciones, decisiones, comunicados conjuntos, resoluciones o cualquier otro instrumento, teniendo en todo caso el carácter de “*acuerdos políticos*” y constituyendo “*mandatos*”.

Sobre la Cumbre CELAC-UE, vale la pena señalar la voluntad de los estados de dichas regiones, expresada en la *Declaración de Santiago*, de mantener un diálogo birregional, conforme a los principios de la ONU y de ambas regiones para: *a*) promover el comercio y la inversión; *b*) asegurar el desarro-

llo sustentable; *c)* basarse en la cooperación, la complementariedad, la solidaridad y la inclusión social; *d)* facilitar acuerdos comerciales y transferencia de tecnología; *e)* promover la erradicación de la pobreza; *f)* buscar una nueva arquitectura financiera internacional; *g)* priorizar el desarrollo social a través de la salud, la educación y el crecimiento económico sostenido e inclusivo; *h)* potenciar el acceso y uso de tecnologías de información y comunicación; *i)* proseguir con las Asambleas Parlamentarias Euro-Latinoamericanas y con las Cumbres Judiciales CELAC-UE; *j)* mejorar los términos de la migración regular e irregular; *k)* impulsar diversos temas multilaterales en la agenda de otros organismos internacionales (comercio de armas, corrupción, combate a las drogas, economía verde, etcétera); y *l)* promover la cooperación en los ámbitos de la enseñanza superior, la ciencia, la tecnología y la innovación.

En ése último ámbito, los Jefes de Estado de la Cumbre CELAC-UE aprobaron una *Declaración sobre Cooperación Universitaria en Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación* en la que se destaca la creación de un espacio común euro-latinoamericano que sirva para poner en común los conocimientos y propiciar la transferencia tecnológica y la circulación de los estudiantes, docentes e investigadores, mediante acciones específicas como el financiamiento, la creación de un sistema de acreditación, la coordinación para la convalidación de estudios y reconocimiento de títulos de grado y postgrado y la promoción de co-titulaciones euro-latinoamericanas de maestría y doctorado.

5. — *Reflexiones económicas, políticas, sociales y jurídicas sobre la integración americana a partir de la CELAC.*

Según adelantamos desde un principio, sobre la CELAC en particular y en general sobre la integración americana, caben las siguientes reflexiones de naturaleza económica, política, cultural y también jurídica.

En primer lugar, habría que pensar más detenidamente sobre la vocación latinoamericana y caribeña de la Comunidad, que parece hacer de lado los proyectos de integración panamericanos e iberoamericanos.

A primera vista – por lo menos considerando la experiencia europea – dicha vocación exclusivista podría constituir un grave error⁽³⁶⁾.

Por un lado, desde un punto de vista cultural, los vínculos existentes entre los países iberoamericanos son más sólidos que los que se perciben entre los miembros de la Comunidad Latinoamericana y del Caribe, por encontrarse basados en una tradición lingüística e histórica mucho más estrecha.

En ése sentido, es recomendable que la nueva Comunidad se articule especialmente con la Cumbre Iberoamericana, cuyos organismos de cooperación en materia cultural como la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Asociación de Bibliotecas Nacionales de Iberoamérica o la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas, han venido concretando importantes proyectos que han fortalecido la identidad común de los países que integran este foro transatlántico⁽³⁷⁾.

Pero además, por el otro lado, desde un punto de vista económico y geopolítico, no puede desatenderse tampoco la importancia de América del Norte, ni en especial de los Estados Unidos de Norteamérica, descartándolos sin mayores consideraciones de la nueva Comunidad⁽³⁸⁾.

Es verdad que la presencia de Norteamérica y en especial de los Estados Unidos dentro del seno de la OEA ha supuesto una serie de imposiciones hegemónicas para el resto de los países del continente, misma que ha suscitado varios y bien fundados recelos.

Sin embargo y más allá de la legitimidad que tiene la creación de un foro político específicamente latinoamericano, desde el punto de vista de la integración americana no debe olvidarse que la construcción europea partió precisamente del eje franco-alemán, cuya conformación parecía entonces

⁽³⁶⁾ En general, los referencias a la Unión Europea, se basan en la literature citada en la nota 6 a la que referimos al lector interesado en los comentarios que haremos a lo largo del presente epígrafe.

⁽³⁷⁾ Cfr. E.R. HARVEY, *Relaciones Culturales Internacionales en Iberoamerica y el Mundo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

⁽³⁸⁾ Sobre las relaciones de los Estados Unidos con los diferentes países de la región latinoamericana, véase el número 4, volumen 8 de la *Revista Foreign Affairs Latinoamérica*, México, ITAM, 2008.

impensable en vista de las rivalidades y suspicacias existentes entre dos países enfrentados, apenas unos pocos años antes, durante la Segunda Guerra Mundial.

En ése sentido, la integración latinoamericana y caribeña, como una integración multinivel que debería articularse a partir de diversos anillos concéntricos – Centroamérica, Sudamérica, el Caribe y la Comunidad Andina – pudiera ser un primer paso para la negociación de una unión hemisférica, donde dichos países, como un bloque territorial, demográfica y económicamente relevante, estarían en aptitud de negociar de igual a igual diversos esquemas de cooperación económica, política, social y cultural con Norteamérica y particularmente con los Estados Unidos.

Un segundo motivo de reflexión viene dado por la enorme heterogeneidad social y económica, además de las propias diferencias culturales y también jurídicas, que presentan los 33 países de la región latinoamericana y caribeña.

Dicha heterogeneidad no puede pasarse por alto ni pensar que se resolverá por arte de magia mediante el fácil expediente del reconocimiento de “*nuestras asimetrías*” y la propuesta de “*buscar nuestras complementariedades*”.

Tomando nuevamente el ejemplo de la Unión Europea, podemos advertir que en su construcción se han incorporado también países no solamente rivales, sino pertenecientes a tradiciones culturales y lingüísticas bastante distantes entre sí – a pesar de su trasfondo común – y sumamente diversos en términos geográficos, sociales políticos y económicos, integrándose así estados tan disímiles como Alemania, Gran Bretaña, Finlandia, Grecia, Lituania y Polonia entre las 28 naciones que actualmente conforman la Unión⁽³⁹⁾.

Pero la anterior integración ha sido posible únicamente mediante el establecimiento de ciertos requisitos previos que deben satisfacerse antes de ingresar a la Unión.

Dichos prerequisites, que pudieran incluirse como condición de acceso a la CELAC, debieran abarcar, por lo menos, los siguientes aspectos: *a)* extender y consolidar la democracia; *b)* fortalecer el estado de derecho garantizando el respeto de los derechos humanos; y *c)* promover una economía

⁽³⁹⁾ Cfr. A. TRUYOL, *La Integración Europea*, cit.

social abierta y equilibrada, que además, reduzca la intolerable desigualdad y la pobreza en la región mediante la creación de fondos compensatorios.

Cualquier integración profunda requiere de un piso económico, social, político y jurídico común y dicho bloque tiene que ser necesariamente obligatorio y exigible, sin que pueda pretextarse su incumplimiento invocando los principios de soberanía y de no injerencia o vetarse mediante la exigencia de un consenso unánime.

La voluntad fundacional de una auténtica comunidad de estados, requiere de un *mínimum* de cesión de soberanía y de la creación de un orden jurídico supranacional obligatorio.

Igualmente, la dinámica del funcionamiento de la integración no puede quedar a expensas de un solo estado o de un pequeño número de estados, que a través de su veto – contracara del principio de consenso – puedan paralizar el proceso de integración, como sucedió en el ámbito europeo – y bien podemos aprender de la experiencia negativa – hacia finales de la década de los 1960's con la “política de la silla vacía” protagonizada por la Francia de De Gaulle.

En tercer lugar, habría que revalorar el que la integración regional no se ha producido en otras latitudes – y por ello ha fracasado entre nosotros – por el sólo efecto de los buenos deseos. La proliferación de declaraciones puramente semánticas y la flexibilización de los acuerdos sobre los cuales no existe un auténtico compromiso de cumplimiento, ha sido uno de los principales motivos por los que se ha frustrado la consolidación de un bloque regional en América Latina.

Ahora bien, esto no obedece precisamente a una falta endémica de sentido de compromiso, sino a que los compromisos demasiado ambiciosos – como lo muestra la experiencia europea – no son practicables si no se produce, previamente, una progresiva conformación de intereses comunes que les den viabilidad.

En Europa, antes de la conformación de las Comunidades de las décadas de los 50's, naufragaron también varios proyectos de integración política y sólo gracias a la visión de Robert Schuman fue posible anticipar objetivos de largo aliento, concretando proyectos específicos y sectorizados.

La integración económica, social y política requiere, previamente, ir acercando los intereses particulares de los estados parte hasta conformar intereses auténticamente comunes.

La integración americana debe aprovechar la lección europea: será necesario dentro de nuestro propio ámbito regional, identificar bienes y recursos que puedan ir propiciando un acercamiento de intereses similar al que el carbón y el acero produjeron en Europa.

En ése sentido, la gran diversidad y riqueza de nuestro continente permitiría optar de entre un amplio menú de posibilidades, que irían desde aquéllos bienes y servicios propios del sector primario (materias primas, agricultura, pesca, extracción de metales), hasta los comprendidos por los – recientemente propuestos – sectores cuaternario (información y conocimiento) y quinario (cultura, entretenimiento, educación, arte), pasando por los tradicionales sectores secundario (industria, por ejemplo petrolera) o terciario (servicios como el turismo).

Y si bien es verdad que, por ejemplo, en el *Plan de Acción 2012* se prevén diversas acciones, como la creación de una instancia energética en el marco institucional de CELAC, lo cierto es que dicha iniciativa – como la mayor parte de las previstas dentro del referido Plan y sus antecesores –, es abstracta, indeterminada, ambigua, no sujeta a un tiempo específico ni encargada a una instancia en particular, por lo que difícilmente se traducirá, por si misma, en resultados tangibles.

Más aún, la agenda de América Latina y el Caribe no puede actualmente sesgar varios temas prioritarios en materia de Seguridad y Justicia – preteridos del Plan de Acción – como la corrupción, la violencia delictiva y el narcotráfico, la consolidación efectiva de la democracia y la garantía del respeto a los derechos humanos, entre otros.

Finalmente, desde un punto de propiamente vista jurídico, conviene hacer las siguientes reflexiones.

Primeramente hay que observar que la naturaleza jurídica de la CELAC es, deliberadamente, indeterminada y ambigua. Empezó siendo – como se expuso – un mero espacio para la integración y hoy es un foro unificado, un mecanismo regional de integración y un mecanismo de concertación políti-

ca y cooperación representativo de la región. Así las cosas, no puede hablarse todavía de un organismo internacional con personalidad jurídica propia.

Dicha circunstancia, aún con ser atípica, no es infrecuente en la práctica internacional, donde los procesos fundacionales de los organismos toman cierto tiempo y dependen de una voluntad política multilateral que no siempre se concreta de manera inmediata. Fue el caso, por ejemplo, de la Organización Mundial del Comercio precedida por las distintas rondas del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio – GATT por sus siglas en inglés – como foro internacional de comercio, o – dentro del ámbito del derecho de la integración – de la propia Unión Europea, creada por el Tratado de Amsterdam en 1993 y que sin embargo no nació a la vida jurídica como organismo internacional sino hasta la reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2010.

Vistas así las cosas, en perspectiva de futuro, la constitución de la CELAC requiere de algo más que simples Declaraciones y Estatutos de Funcionamiento; necesita de un Tratado Internacional Constitutivo y obligatorio en sus términos para los Estados Parte.

Dicho tratado internacional debiera enunciar por lo menos, además de los objetivos que ya tiene confiados de la CELAC, los siguientes: *a)* la creación de la Comunidad como un organismo de derecho internacional dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio; *b)* la sujeción de la comunidad al derecho internacional y, específicamente, a los derechos humanos que se derivan de los principales tratados, universales y regionales en la materia, mismos que deberán ser garantizados a través de los mecanismos judiciales internos de los Estados parte y de un Tribunal de Justicia que se establezca como parte de la estructura institucional de la comunidad y cuya misión fundamental sea dirimir los conflictos entre la Comunidad y los Estados parte, así como entre las personas físicas y morales destinatarias del nuevo derecho comunitario; *c)* el reconocimiento de las libertades básicas en materia de integración económica, es decir, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; *d)* la consolidación de un mercado común, basado en la apertura económica de los estados parte, orientada por los principios de crecimiento sostenible y no inflacionario; *e)* la instrumentación de políticas

específicas en materia de competitividad y competencia económica, regulando tanto la reducción y supresión de aranceles como la desaparición de barreras no arancelarias; *f*) el diseño de medidas de ajuste estructural para compensar los desequilibrios económicos y sociales en las subregiones menos desarrolladas; *g*) el desarrollo de políticas comunes en materia laboral y de prestación de servicios; *h*) la previsión de la posibilidad de optar, llegado el momento, a profundizar el mercado común con la adopción de la unidad monetaria; *i*) la aproximación entre los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en materia comercial, privada y de conflictos de leyes y jurisdicciones; *j*) la búsqueda de mecanismos de cooperación en materia judicial, policial y migratoria; *k*) el desarrollo de políticas de control de fronteras exteriores y de las condiciones para la circulación a lo largo de la región de los habitantes de los países de la comunidad; *l*) la previsión de los mecanismos para el diseño de una política exterior y de seguridad común; *m*) la articulación de una política de promoción educativa, científica y cultural común; y *n*) la colaboración de las administraciones públicas y de las administraciones de justicia nacionales, como delegadas de la administración y de la judicatura comunitaria.

Desde el mismo punto de vista jurídico, hay que destacar que el diseño institucional de la CELAC es bastante rudimentario.

De entrada habría que destacar que en la actualidad carece de una estructura propia y permanente, por cuanto que sus impulsos ejecutivos están confiados a una Presidencia Pro Tempore, rotativa anualmente, sin dotación presupuestal, sin personal propio, ni sede institucional.

Asimismo, el resto de la estructura institucional – Cumbres, Reuniones de Ministros, Especialistas, Coordinadores Nacionales y Troika – es sumamente pobre en su organización, ambigua y entrecruzada en cuanto a sus competencias, poco funcional y exenta de un principio de colaboración, carente de una identidad y representatividad adecuadas y, por lo mismo, será difícil que logre realizar eficazmente sus trabajos.

En cualquier caso, la organización y el funcionamiento de la CELAC requerirá de cirugía mayor si quiere hacerse operativa. La Presidencia Pro Tempore, por ejemplo, debiera sustituirse por una Secretaría General o, me-

por aún, por una Alta Autoridad Supranacional y Autónoma, similar a la Comisión Europea, que represente el interés de la Comunidad en el progreso de la integración, con personalidad jurídica, patrimonio y sede propios. Dicha institución pudiera tener, además de una función ejecutiva de seguimiento de los acuerdos tomados por las Cumbres, una función co-legislativa de iniciativa de reformas al nuevo derecho de la CELAC.

Por su parte, la Reunión de Ministros del Exterior y las Reuniones de Especialistas pudieran a su vez integrarse en un solo órgano de diversa integración, a semejanza del Consejo de la Unión Europea, órgano con competencia en una diversidad de materias, que dependiendo del ámbito de sus deliberaciones, se integra con un representante a nivel ministerial según el ramo del asunto objeto de la convocatoria. Dicho órgano pudiera, junto con la Alta Autoridad, realizar una función co-legislativa, donde el interés autónomo y supranacional de aquélla, se viera compensado por la participación de los estados parte en la conformación de esta Reunión de Ministros. De la anterior manera se procuraría una sana atemperación recíproca entre los intereses supranacionales de la Comunidad y los nacionales de los Estados parte en la confección del nuevo derecho comunitario de nuestra región.

También sería deseable incluir en la estructura institucional de la CELAC una entidad de representación de la ciudadanía de la región con competencias co-legislativas. De conformarse, se lograría que la normativa americana surgiera del acuerdo entre los intereses políticos de los países miembros, de la comunidad de estados y de la ciudadanía de la región. Para tales efectos pudiera considerarse nuevamente la experiencia europea, donde antes del establecimiento del Parlamento, mediante sufragio universal y directo, se estableció una Asamblea integrada por representantes de los Congresos de los Estados Parte. A este respecto y para facilitar la constitución de dicho órgano, pudiera establecerse o bien un procedimiento de designación de representantes, o bien aprovechar e incorporar la estructura del Parlamento Latinoamericano (PARLATINO).

Finalmente por lo que hace a la estructura institucional de la CELAC, es absolutamente necesaria la creación de un Tribunal de Justicia para garantizar, interpretar y desarrollar el derecho de la Comunidad, tanto el creado

internacionalmente por los tratados y declaraciones fundacionales, como el que sea eventualmente sea establecido por su estructura institucional. La creación de un Tribunal y, eventualmente, la conformación de un Consejo Jurídico Consultivo encargado de la revisión de las propuestas normativas para asegurar su conformidad con el derecho comunitario y su compatibilidad con los derechos nacionales, son hitos fundamentales en la consolidación de una auténtica comunidad de derecho, como debe serlo tanto la CELAC como cualquier otro organismo que promueva la integración regional.

Continuando las reflexiones jurídicas, puede observarse en tercer lugar que las competencias y determinaciones de la incipiente estructura de la CELAC, de acuerdo con sus *Procedimientos*, deben tomarse, en todas las instancias, “*por consenso*”.

Debe insistirse en que la conformación y funcionamiento de una estructura regional de integración, así como la dinámica misma del derecho comunitario, revulsionan la lógica intergubernamental del consenso y se rigen por una dinámica supranacional que supone una auténtica cesión de soberanía y la diferenciación de las decisiones que deben tomarse por consenso de aquéllas otras que admitan la votación mayoritaria, así como dentro de éstas últimas, las que requieran de una mayoría calificada o reforzada, de una mayoría absoluta o puedan adoptarse por una mayoría simple.

El tema de la estructuración de los órganos dentro de un mecanismo supranacional de integración, el reparto de competencias y la discriminación de las decisiones que puedan abandonar el ámbito intergubernamental del consenso para ingresar al supranacional de la mayoría, requiere de un complejo diseño institucional que incluye también la ponderación del voto de cada país dentro de la organización internacional.

En efecto, resultaría ingenuo, impracticable y contraproducente pensar que países con diferentes extensiones territoriales, economía, población y peso político específico, como Argentina, Brasil, Colombia o México en un extremo y Bahamas, Guyana y Trinidad y Tobago en el otro, puedan tener un mismo voto dentro de un organismo supranacional cuyas decisiones vinculan por igual a todos.

En ése sentido, también existen interesantes desarrollos en la Unión Eu-

ropea, para ponderar el voto de los distintos países, que consideran además, para efectos de la legitimidad democrática de las decisiones, junto con el principio de igualdad diferenciada de los países, el factor demográfico, entre otros criterios ⁽⁴⁰⁾.

Por último, cabe reiterar la necesidad de revisar varios de los principios y valores asumidos por la CELAC, como el “*respeto a la soberanía*”, la “*no intervención*”, el “*respeto al derecho de cada nación a construir un sistema político y económico propio*”, la “*flexibilidad*”, la “*participación voluntaria*” y el “*consenso*”.

En efecto, si es que los países de la región han alcanzado la madurez necesaria para integrarse económica, política y socialmente, los anteriores principios deberán ser sustituidos por los de supranacionalidad, autonomía, competencia, subsidiariedad, seguridad jurídica, responsabilidad, primacía, efecto directo, aplicación inmediata, colaboración y progresividad, que son los propios del derecho comunitario de la integración.

Para los anteriores efectos, será necesario que varios países del continente constitucionalicen la fórmula integrativa – como lo han hecho, por ejemplo, Brasil, Colombia o Ecuador – por virtud de la cual se autorice expresamente la cesión de soberanía que implica el reconocimiento de competencias supranacionales, e incorporen en sus leyes fundamentales, como criterio orientador de su política exterior, la búsqueda y promoción de la integración regional americana ⁽⁴¹⁾.

En fin, que como puede apreciarse, tanto los aspectos políticos, económicos y sociales – que deben fluir a través de cauces jurídicos – como los propiamente normativos relativos a la arquitectura y funcionamiento de una estructura supranacional, su misma regulación y sus relaciones con los estados parte de la misma, constituyen temas eminentemente jurídicos que deben ser objeto de reflexión por parte los juristas de nuestra región.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico*, cit.

⁽⁴¹⁾ Cfr. M.A.R. MIDÓN, *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, *passim*; R. DROMI, M.A. EKMEKDJIAN y J.C. RIVERA, *Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Régimen de MERCOSUR*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996. En prensa un excelente ensayo del jurista ecuatoriano César Montaña Galarza, que saldrá publicado en México en 2013.

En éste último sentido es que consideramos que la integración americana, la conformación de su derecho comunitario y la armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales americanos mediante el desarrollo de un nuevo derecho común – público y privado – constituye uno de los grandes temas – quizás el más importante y ciertamente el más dilatado por lo que respecta a su extensión – de los que pueden y deben ocuparse los estudiosos y los practicantes del derecho en el hemisferio americano, a efectos de construir un orden más justo que garantice una paz sustentada en una vida más digna para todos los habitantes de la región.

ANDREA SASSI^(*)

ESCLUSIONE LEGALE ED ESCLUSIONE VOLONTARIA NEL SISTEMA ITALIANO DELL'INDEGNITÀ A SUCCEDERE

ABSTRACT: The essay deals with the exclusion from the heritage succession, due to particularly serious behaviours towards the *de cuius* or the members of his/her family and with the relevant remedies. In particular, the aforesaid exclusion can currently arise from: *a)* the enforcement of legal rules on the “indegnità” (artt. 463 c.c. e 609 *novies* c.p.); *b)* the expressed will of the *de cuius* (art. 448 *bis* c.c.). In this frame, the author organizes systematically the recent modifications of laws providing protection for family situations, arising from the loss of parental liability.

SOMMARIO: 1. Tipologie di esclusione. — 2. Natura ed effetti dell'indegnità. — 3. Caratteri dell'azione. — 4. Delitti contro la persona. — 5. Condotte pregiudizievoli nei confronti della prole. — 6. Fatti lesivi della libertà di testare. — 7. Riabilitazione dell'indegno. — 8. L'esclusione volontaria come causa di indegnità.

1. — *Tipologie di esclusione.*

Il tema dell'indegnità, cioè l'esclusione di un soggetto dalla successione *mortis causa* a seguito della commissione di fatti o l'attuazione di comportamenti particolarmente gravi⁽¹⁾, ha subito in questi ultimi decenni in Italia

^(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, finanziato dall'Unione Europea, EACEA, nell'ambito del Programma Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

⁽¹⁾ Sul tema dell'indegnità a succedere, oltre alle opere generali sulle successioni per causa di morte, v. almeno A. ALBANESE, *L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 854 ss.; G. BONILINI, *L'ampliamento del catalogo dei casi di indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 296 ss.; E. BRIGANTI, *La nuova causa di indegnità a succedere*, in *Notariato*, 2005, p. 680 ss.; M. COMPORI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, nomina testamentaria, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 2003, p. 27 ss.; A. FINOCCHIARO, *La causa di esclusione è inapplicabile senza l'intervento del Tribunale dei minori*, in *Guida al dir.*, 2005, 31, p. 16 ss.; S.

modifiche significative, tese a valorizzare la tutela delle situazioni familiari, con particolare riferimento al rapporto filiale. Il legislatore attuale sanziona il genitore che abbia gravemente mancato ai propri doveri e, di conseguenza, sia stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale da parte dell'autorità giudiziaria.

A partire dalla fine del secolo scorso, infatti, in aggiunta a quanto disposto dal legislatore del 1942 all'art. 463 c.c., sono stati previsti tre nuovi casi di esclusione dalla successione: *a)* il primo, di cui all'art. 609 *novies*, n. 3, c.p., introdotto dall'art. 10, l. 15 febbraio 1996, n. 66, riguarda il soggetto che sia stato condannato per reati sessuali (violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenne); *b)* il secondo, *ex art.* 463, n. 3 *bis*, c.c., inserito con l'art. 11, lett. *c)*, l. 8 luglio 2005, n. 137, concerne il genitore dichiarato decaduto a norma del precedente art. 330 e non reintegrato alla data di apertura della successione del figlio; *c)* il terzo, infine, di cui all'art. 448 *bis* c.c., di recente introduzione ad opera dell'art. 1, 9° comma, l. 10 dicembre 2012, n. 219, consente al figlio e, in sua mancanza, ai discendenti prossimi, al di fuori delle ipotesi *sub a)* e *b)*, di escludere volontariamente il genitore decaduto.

In particolare, la previsione dell'ultima fattispecie *sub c)* costituisce un'importante innovazione, poiché l'esclusione non viene disposta direttamente

LANDINI, *Indegnità a succedere e decadenza dalla potestà genitoriale nell'art. 463 c.c. modificato dalla L. n. 137/2005*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 71 ss.; N. LIPARI, *Indegnità a succedere e aborto*, in *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, p. 595 ss.; E. MOSCATI, *L'indegnità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, 2ª ed., Torino, 1997, p. 83 ss.; ID., *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnità*, in *Familia*, 2006, I, p. 39 ss.; E. NARDI, *Indegnità (dir. romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 592 ss.; R. OMODEI SALÈ, *Indegnità a succedere*, in *Digesto civ., Agg. II*, Torino, 2007, p. 681 ss.; ID., *La decadenza dalla potestà genitoriale quale (nuova) causa di indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 735 ss. e in G. CUBEDDU, G. GABRIELLI, F. PADOVINI, S. PATTI, S. TROLANO e A. ZACCARIA (a cura di), *Liber amicorum per Dieter Henrich*, Torino, 2012, p. 197 ss.; G. PALAZZOLO, *L'alterazione degli obblighi alimentari e l'indegnità a succedere per revoca della potestà genitoriale nel nuovo art. 448 bis c.c.*, in *Dir. fam.*, in corso di stampa; C. RUPERTO, *Indegnità a succedere*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; L. SALIS, *Indegnità a succedere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 928 ss.; U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità a succedere*, Padova, 1970; ID., *Della capacità di succedere. Dell'indegnità. Artt. 462-466*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2012; A. ZACCARIA, *Modificato l'art. 463 cod. civ.: introdotta una nuova causa di indegnità*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1150 ss.

dalla legge, ma è l'ereditando stesso che la prevede in base al disposto del citato art. 448 *bis* c.c.

Pertanto, attualmente, l'esclusione dalla successione può essere conseguenza: *a)* dell'applicazione delle norme legali sull'indegnità a succedere (artt. 463 c.c. e 609 *novies* c.p.); *b)* di una volontà esplicita in tal senso dell'ereditando (art. 448 *bis* c.c.).

Va subito chiarito che in entrambi i casi l'esclusione non è immediatamente operativa, ma è giudiziale, cioè disposta con sentenza costitutiva pronunciata successivamente all'apertura della successione, ma la cui efficacia retroagisce a tale momento, poiché i beni devoluti non entrano mai a far parte del patrimonio dell'escluso dichiarato indegno. Infatti, come vedremo ⁽²⁾, l'esclusione volontaria non può essere assimilata ad una clausola testamentaria di diseredazione, dato il suo carattere eminentemente sanzionatorio e, quindi, di natura non patrimoniale. Di conseguenza, gli effetti non possono essere mai automatici, e l'escluso volontariamente viene a trovarsi nella medesima posizione dell'escluso *ex lege*.

Mentre l'esclusione volontaria è possibile soltanto nell'ipotesi prevista dall'art. 448 *bis* c.c. ⁽³⁾, le fonti legali dell'indegnità si rinvergono non solo nel codice civile, ma anche in quello penale, la cui disciplina, come vedremo più approfonditamente tra breve ⁽⁴⁾, incide fortemente anche sull'esistenza delle cause di indegnità previste in sede civile, poiché, oltre a prevedere un'ipotesi specifica di esclusione quale pena accessoria per taluni reati a sfondo sessuale (art. 609 *novies*), la sua violazione costituisce sovente il presupposto per l'applicazione dell'art. 463 c.c.

L'art. 463 c.c. prevede sette casi di indegnità: essi sono tassativi e, come tali, non suscettibili di applicazione analogica ⁽⁵⁾. Secondo la disposizione

⁽²⁾ *Infra*, § 8.

⁽³⁾ Su cui, *infra*, §§ 5 e 8.

⁽⁴⁾ *Infra*, §§ 4 e 5.

⁽⁵⁾ V. almeno G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 139; C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 3; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Indica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 218; R. CALVO, *L'indegnità*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, p. 107; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3^a ed. agg. a cura

può essere pronunciata una sentenza di indegnità a carico di: 1) chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale; 2) chi ha commesso in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio; 3) chi ha denunciato una di tali persone per reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denuncia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale; ovvero ha testimoniato contro le persone medesime imputate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale; 3 *bis*) chi, essendo decaduto dalla responsabilità genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'art. 330, non vi è stato reintegrato alla data di apertura della successione della medesima; 4) chi ha indotto con dolo o violenza la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l'ha impedita; 5) chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata; 6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso.

Come si vede, i casi di indegnità presenti nella norma in esame possono essere raggruppati in tre categorie, aventi ad oggetto: la prima delitti contro la persona (nn. 1-3); la seconda condotte pregiudizievoli nei confronti della prole (n. 3 *bis*, cui si aggiunge l'ipotesi di cui all'art. 609 *novies*, n. 3, c.p.); la terza fatti lesivi della libertà di testare (nn. 4-6)⁽⁶⁾.

di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, p. 186 s.; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, in *Tratt. Bonilini*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 955; in giurisprudenza, in modo esplicito, la risalente Cass., 25 marzo 1946, n. 314, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 66.

Alla stregua del principio di tassatività, non costituisce un caso di indegnità l'esclusione dalla successione legittima del coniuge, cui sia stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato (A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 222; in precedenza, L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 3^a ed., Bologna-Roma, 1997, p. 189; di recente, G.F. BASINI, *L'esclusione del coniuge separato con addebito dai diritti successori «pieni»*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 158), che la dottrina riconduce, piuttosto, ad una ipotesi di incapacità a succedere nell'ambito della successione legale.

⁽⁶⁾ In relazione alla prima, *infra*, § 4; sulla seconda, *infra*, § 5; in merito alla terza, *infra*, § 6.

2. — *Natura ed effetti dell'indegnità.*

Prima di passare all'esame dei singoli casi di indegnità è opportuno inquadrare sistematicamente l'istituto, analizzando le varie questioni concernenti la sua natura giuridica, la soluzione delle quali influenza fortemente i caratteri dell'azione, nonché la natura e gli effetti della sentenza che la pronuncia.

Il legislatore si occupa in termini generali dell'indegnità nel terzo capo del primo titolo del libro delle successioni. La sistemazione non è priva di implicazioni, atteso che il capo dell'indegnità segue quello della capacità a succedere ed evidenzia l'intento di separare le due materie ⁽⁷⁾.

L'indegnità viene unanimemente considerata come una sanzione civile avente fondamento pubblicistico, prevista dalla legge per una condotta anti-giuridica nei confronti del *de cuius*, dei suoi congiunti, o della vicenda successoria ⁽⁸⁾. Tuttavia, la dottrina è divisa nella sua qualificazione giuridica, poiché non tutti accettano l'insegnamento tradizionale in base al quale l'indegno *potest capere sed non potest retinere*.

Infatti, alcuni autori contestano l'idea che l'indegno sia all'apertura della successione delato e possa essere escluso solo alla stregua di una sentenza giudiziale di natura costitutiva. In sostanza, secondo questa opinione, l'indegnità consiste in una causa di incapacità a succedere che impedisce il sorgere della vocazione. Operando l'indegnità *ipso iure*, la sentenza che la pronun-

⁽⁷⁾ A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 218.

⁽⁸⁾ V. almeno A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, 2ª ed., Milano, 1961, p. 52 ss.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 255; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, in *Comm. PEM*, Novara, 1981, p. 113 ss.; più di recente, L. FERRI, *op. cit.*, p. 166; A. PALAZZO, *Le successioni*, loc. cit.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 178; R. CALVO, *op. cit.*, p. 113; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 945 ss. La natura giuridica dell'indegnità accolta nell'ordinamento attuale trova fondamento nel diritto romano, ove si distingueva tra indegnità e diseredazione: la prima avente fonte nella legge e, quindi, giustificata da ragioni di interesse pubblico tese ad evitare la chiamata alla successione un soggetto che aveva compiuto atti di particolare gravità; la seconda, viceversa, nella mera volontà privata, attribuendo al *de cuius*, nel suo esclusivo interesse, la possibilità di escludere taluno dalla propria successione (v. G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 177; più specificamente, E. NARDI, *op. cit.*, p. 593). Come vedremo tra breve (*infra*, § 8), la distinzione viene ribadita a seguito dell'introduzione dell'art. 448 *bis*, ad opera dell'art. 1, l. n. 219/2012.

zia avrebbe così efficacia dichiarativa, e determinerebbe un impedimento dell'acquisto nelle ipotesi in cui l'atto produttivo d'indegnità sia stato posto in essere prima dell'apertura della successione; o ne determinerebbe l'annullamento se si sia verificato dopo tale evento⁽⁹⁾. Pertanto, la pronuncia non sarebbe necessaria qualora l'indegno riconosca l'esistenza dei fatti sui quali si fonda la sua indegnità⁽¹⁰⁾.

Viceversa, prevale in dottrina⁽¹¹⁾ l'opinione che, ravvisando nella indegnità una causa di esclusione dalla successione e non un'ipotesi di incapacità a succedere, ritiene necessaria una sentenza costitutiva del giudice che rimuova la delazione e retroattivamente l'acquisto. Di conseguenza, in questo caso la delazione verso l'indegno è attuale e, quindi, egli può accettare l'eredità: infatti, si paragona la sua posizione a quella dell'erede sottoposto a condizione risolutiva⁽¹²⁾.

La tesi prevalente in dottrina è accolta dalla giurisprudenza⁽¹³⁾, secondo

⁽⁹⁾ Cfr. A. CICU, *op. cit.*, p. 91; G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 257; G. GROSSO e A. BURDESE, *op. cit.*, p. 123; G. PRESTIPINO, *op. cit.*, p. 116; L. FERRI, *op. cit.*, p. 177 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 4^a ed., Milano, 2005, p. 409 s.

⁽¹⁰⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 178.

⁽¹¹⁾ N. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 78 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, p. 53 ss.; L. SALIS, *Indegnità a succedere*, cit., p. 944; P. SCHLESINGER, *Successioni (dir. civ.). Parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 755; L. COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, Bari, 1962, p. 167; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 72; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, in *Comm. cod. civ.*, 2^a ed., Torino, 1971, p. 56; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ e Giu. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 7^a ed., Padova, 1979, p. 34; Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 39; C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 2; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 219 s.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 179 s.

⁽¹²⁾ G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 180.

⁽¹³⁾ Cass., 16 febbraio 2005, n. 3096, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 141, con nota di A. NATALE, *La pronuncia postuma di indegnità a succedere*; conf. Cass., 4 maggio 1957, n. 1407, in *Mass. Giur. it.*, 1957; Cass., 23 novembre 1962, n. 3171, in *Foro pad.*, 1963, I, c. 283; Cass., 27 giugno 1973, n. 1860, in *Mass. Giur. it.*, 1973; Cass., 17 luglio 1974, n. 2145, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1442; Cass., 29 marzo 2006, n. 7266, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 939, con nota di G. VIDIRI, *L'indegnità a succedere è soggetta a prescrizione?*; Cass., 5 marzo 2009, n. 5402, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 973, con nota di A. ALBANESE, *L'indegnità a succedere non è rilevabile d'ufficio*; tra i giudici di merito cfr. App. Milano, 22 dicembre 1970, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 634; in *Giur. it.*,

cui: *a)* la sentenza che dichiara l'indegnità ha natura costitutiva e anche carattere retroattivo, com'è testimoniato dal fatto che l'erede indegno che abbia di fatto goduto dell'eredità del *de cuius* deve restituire non solo l'eredità, ma anche i frutti pervenutigli dopo l'apertura della successione (art. 464 c.c.); *b)* la circostanza che la sentenza operi *ex tunc*, escludendo l'indegno dalla successione, impedisce giuridicamente che il patrimonio del *de cuius* possa essere ritenuto nel patrimonio dell'indegno, per cui, salvi i casi di successione per rappresentazione, non può l'indegno lasciare ai suoi eredi ciò che non è nel suo patrimonio; *c)* è possibile procedere all'accertamento delle condizioni per applicare la sanzione dell'indegnità a succedere anche quando il soggetto asseritamente indegno non sia più in vita.

La costruzione concernente l'inquadramento sistematico dell'indegnità si ripercuote, oltre che sulla natura costitutiva della sentenza che la pronunzia, anche sui caratteri dell'azione diretta a farla valere.

Conseguenza delle due diverse impostazioni, infatti, è che se si propende per l'incapacità a succedere l'azione è imprescrittibile; inoltre, i chiamati in subordine potranno immediatamente accettare e avranno i poteri di cui all'art. 460 c.c.

Viceversa, se correttamente si qualifica l'indegnità come causa di esclusione della successione, essa non può essere rilevata d'ufficio e l'azione è soggetta al termine ordinario di prescrizione decennale. Inoltre, la delazione è immediata verso l'indegno e differita con riguardo al chiamato in subordine, divenendo la stessa attuale soltanto a seguito della sentenza che esclude il primo dalla successione⁽¹⁴⁾.

Dalla declaratoria di indegnità deriva il venir meno della delazione, sia

1973, I, 2, c. 483, con nota di U. SALVESTRONI, *Interesse e prescrizione nell'azione di indegnità*; più di recente, Trib. Cagliari, 22 agosto 1994, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 63, con nota di L. SALIS, *Falsità del testamento e indegnità a succedere*, secondo cui l'indegnità a succedere è una forma di sanzione civile applicata dal giudice a carico del chiamato all'eredità, per cui questi può acquistarla ma non ritenerla; Trib. Macerata, 26 marzo 2003, in *Riv. notariato*, 2003, p. 1296, con nota di G. MUSOLINO, *L'indegnità a succedere*.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, da ultimo, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, pp. 652 ss. e 691 ss.

essa a titolo di eredità o di legato ⁽¹⁵⁾.

Le norme del codice civile che si occupano degli effetti dell'indegnità riguardano due specifici aspetti: *a)* la restituzione dei frutti (art. 464); *b)* la privazione dell'usufrutto legale e dell'amministrazione (art. 465).

L'art. 464 c.c. fissa la regola secondo cui l'indegno è obbligato a restituire i frutti che gli sono pervenuti dopo l'apertura della successione. Quindi, all'indegno che si è immesso nel possesso dei beni ereditari è riservato il medesimo trattamento del possessore in mala fede. Ma, a differenza di quest'ultimo, egli non è tenuto a restituire i frutti percipiendi ⁽¹⁶⁾.

Deriva che gli effetti dell'indegnità retroagiscono all'apertura della successione, anche quando essa dipenda da fatti verificatisi successivamente a tale momento ⁽¹⁷⁾.

Ciò, però, non significa che l'indegnità sia una causa di incapacità a succedere, poiché non vi è antinomia tra qualificazione come causa di esclusione dalla successione ed effetto retroattivo alla sentenza costitutiva. Infatti, come detto, la retroattività degli effetti non incide sulla natura giuridica dell'indegnità né la influenza, poiché con essa il legislatore ha inteso semplicemente evitare che i beni relitti entrassero a far parte del patrimonio dell'indegno, analogamente a quanto avviene in caso di delazione sottoposta a condizione risolutiva ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, può accadere che tra l'accettazione o la devoluzione e la dichiaratoria di indegnità il soggetto compia atti dispositivi sui beni pervenutigli.

In proposito, la dottrina ⁽¹⁹⁾ ritiene applicabili le norme sull'erede apparente. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 534 c.c., detti atti sono opponibili al

⁽¹⁵⁾ Cass., 5 novembre 1192, n. 11979, in *Arch. civ.*, 1993, p. 295.

⁽¹⁶⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 203; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 185.

⁽¹⁷⁾ A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 222; e, più di recente, A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 974.

⁽¹⁸⁾ Cfr. l'art. 646 c.c. (su cui v. almeno N. DI MAURO, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali. Artt. 633-648*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 384 ss.; A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 305 ss.), che, tuttavia, detta una diversa disciplina riguardo ai frutti.

⁽¹⁹⁾ Di recente, G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 185 s.

chiamato in subordine, soltanto se a titolo oneroso, dal terzo che provi di aver contratto in buona fede e, se concernenti beni immobili o mobili registrati, che abbia trascritto il proprio acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda di indegnità. La buona fede del terzo è esclusa dalla conoscenza che egli abbia della causa di indegnità⁽²⁰⁾.

Gli eredi dell'indegno in possesso dei beni ereditari sono anch'essi, secondo la giurisprudenza e parte della dottrina, tenuti a restituire i frutti raccolti dopo l'apertura della successione alla quale sarebbe stato chiamato l'indegno, per il principio della successione nel possesso⁽²¹⁾. Alcuni, peraltro, ritengono che gli eredi dell'indegno dovranno considerarsi possessori di buona o mala fede a seconda che siano a conoscenza o meno dell'indegnità del loro autore⁽²²⁾.

La successiva disposizione di cui all'art. 465 c.c. prevede la privazione dell'usufrutto legale e dell'amministrazione del genitore indegno.

Scopo della norma è quello di evitare che, anche indirettamente, l'indegno possa trovare vantaggio dall'eredità devoluta ai suoi figli che succedono per rappresentazione o per ragioni proprie al *de cuius*.

Tale esclusione dai diritti di usufrutto o di amministrazione spettanti ai genitori, si aggiunge alle ipotesi previste dall'art. 324 c.c.⁽²³⁾.

Se indegno è un solo genitore, l'usufrutto legale e l'amministrazione si

⁽²⁰⁾ Cfr. Giu. AZZARITI, *op. cit.*, p. 51 ss.; S. MONOSI, *L'indegnità a succedere*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 152; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 186.

⁽²¹⁾ Cass., 9 settembre 1958, n. 2989, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 118, secondo cui l'art. 464 c.c. è fondato essenzialmente sul concetto che l'indegno a succedere deve considerarsi a tutti gli effetti quale possessore di mala fede, con la conseguenza che non altrimenti può essere qualificato il possesso degli stessi beni successivamente acquistato da colui che all'indegno subentra *iure hereditatis*, in applicazione del principio che – con effetto dall'apertura della successione – il possesso continua nell'erede con le stesse caratteristiche di buona o di mala fede che aveva presso il *de cuius*, senza che in contrario possa avere rilievo il fatto che in concreto egli ignori di ledere l'altrui diritto; in dottrina, per tutti, L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, cit., p. 82.

⁽²²⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 205.

⁽²³⁾ L. FERRI, *op. loc. cit.*; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 223; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 976.

concentra sull'altro⁽²⁴⁾. Se entrambi i genitori sono indegni, l'amministrazione viene affidata ad un curatore⁽²⁵⁾.

3. — *Caratteri dell'azione.*

Chiarite funzione e natura giuridica dell'indegnità a succedere, passiamo all'analisi dei vari problemi che propone la relativa azione.

Iniziamo dalla legittimazione attiva.

Si discute se essa riguardi solamente colui che sarebbe chiamato alla successione in luogo dell'indegno (c.d. chiamato in subordine), ovvero chiunque vi abbia un interesse anche non patrimoniale, ad esempio di natura morale o familiare⁽²⁶⁾.

Ci sembra più corretta la prima soluzione, essendo la declaratoria di indegnità una sanzione civile diretta a produrre effetti anche e soprattutto patrimoniali⁽²⁷⁾, attraverso l'esclusione dalla successione dell'indegno e la devoluzione dei beni al chiamato in subordine. Conseguo che soltanto questi ha

⁽²⁴⁾ L. FERRI, *op. loc. cit.*; G. CAPOZZI, *op. loc. cit.*

⁽²⁵⁾ G. CAPOZZI, *op. loc. cit.*

⁽²⁶⁾ Di recente, nel primo senso, G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 182; nel secondo, A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 949. In giurisprudenza, nel senso della necessaria patrimonialità dell'interesse, App. Milano, 22 dicembre 1970, cit., che ha affermato la carenza di interesse ad agire in capo all'erede nei confronti dei coeredi, se costoro hanno figli che possono succedere per rappresentazione al loro posto; e la successiva Cass., 17 luglio 1974, n. 2145, cit., per la quale, tuttavia, la mera esistenza di successibili per diritto di rappresentazione in luogo dell'indegno non costituisce circostanza, di per sé, idonea ad escludere l'interesse ad agire per far pronunziare l'indegnità, in quanto i detti successibili potrebbero non accettare l'eredità, consentendo, in tal modo, all'attore di succedere a sua volta nell'asse ereditario (soluzione condivisibile riguardo alla natura patrimoniale dell'interesse, ma non corretta riguardo alla sua attualità e alla sussistenza della legittimazione ad agire); viceversa, per una nozione ampia di interesse che comprende anche la tutela di situazioni a carattere non patrimoniale, Trib. Cagliari, 22 agosto 1994, cit.

⁽²⁷⁾ Così già Cass., 23 novembre 1962, n. 3171, cit., secondo cui il diritto ad agire per la dichiarazione d'indegnità a succedere è di natura patrimoniale, con la conseguenza che si prescrive nel termine ordinario decorrente dall'apertura della successione e può formare oggetto di rinuncia e di transazione.

interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. e solo a lui spetta la relativa legittimazione attiva, essendo effettivamente titolare del diritto affermato con la domanda giudiziale, diritto rappresentato dalla possibilità di acquisire i beni ereditari a seguito della pronuncia di indegnità. Quest'ultima, nell'ottica del compilatore, non è dunque fine a se stessa, ma necessariamente prodromica alla successione dei chiamati in subordine. Del resto, se si ritenesse il contrario, si dovrebbe ammettere che la pronuncia di indegnità non avrebbe finalità successorie (di devoluzione dei beni), ma esclusivamente sanzionatorie, finalità, queste ultime, che l'ordinamento realizza essenzialmente mediante la previsione di fattispecie legali (artt. 463 c.c. e 609 *novies* c.p.) o volontarie (art. 448 *bis* c.c.) di indegnità a succedere, lasciando poi agli interessati a ricevere in luogo dell'escluso la decisione se agire o meno in giudizio per la declaratoria di indegnità, in vista dell'acquisizione dei beni.

Ciò a prescindere dal fatto che le domande per ottenere la declaratoria di indegnità e l'attribuzione della relativa quota ereditaria vengano considerate autonome⁽²⁸⁾. Si tratta, infatti, quantomeno di azioni necessariamente connesse, in cui la prima, sebbene costituisca il presupposto e il titolo per l'accoglimento della seconda, trova unica giustificazione nell'escludere l'indegno dalla successione e nell'attribuire la possibilità di divenire eredi al chiamato in subordine che ha esperito l'azione o agli altri che possono beneficiarne.

Deriva che il chiamato in subordine che agisce in giudizio, attraverso la proposizione della domanda, manifesta la volontà di acquisire l'eredità, senza che occorra un'ulteriore accettazione in caso di esito positivo⁽²⁹⁾. Altrimenti difetterebbero l'interesse ad agire e la relativa legittimazione, al pari di quanto avviene nell'azione di riduzione⁽³⁰⁾, che è finalizzata alla reintegrazione della quota riservata al legittimario e, quindi, in definitiva, come nella fattispecie in esame, alla devoluzione di beni ereditari.

Il carattere dispositivo dell'azione e la legittimazione soltanto in capo ai

⁽²⁸⁾ Cfr. Cass., 12 luglio 1986, n. 4533, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1212, che parla di giudizio di accertamento dell'indegnità a succedere e conseguente petizione ereditaria.

⁽²⁹⁾ In questo senso, correttamente, G. CAPOZZI, *op. cit.*, spec. pp. 182 e 184.

⁽³⁰⁾ V. A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 518 ss.

chiamati in subordine, tuttavia, non esclude a nostro avviso che la declaratoria di indegnità produca in ogni caso l'esclusione dell'indegno dalla successione, indipendentemente dalla circostanza che l'azione sia stata introdotta da tutti i chiamati o soltanto da alcuni o alcuno di essi.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, dalla natura personale deriverebbe una "divisibilità" dell'azione, di cui si avvantaggerebbero soltanto i chiamati che l'hanno proposta, mentre le quote restanti, in astratto attribuibili agli altri chiamati, resterebbero all'indegno, con esclusione del litisconsorzio necessario tra tutti gli interessati alla successione⁽³¹⁾.

Ma l'opinione non è condivisibile, perché sacrifica del tutto uno dei due caratteri qualificanti della declaratoria di indegnità e della relativa azione, cioè a dire quello sanzionatorio, che rappresenta il presupposto dell'ulteriore aspetto devolutivo (di attribuzione dei beni) e che abbiamo visto essere unanimemente riconosciuto come fondamentale anche dagli autori che escludono il litisconsorzio necessario⁽³²⁾. E dalla natura di sanzione civile deriva che un successore o è indegno o non lo è, non potendo esserlo soltanto verso alcuni dei chiamati in subordine e non di altri, tanto più che in questo modo si darebbe ingresso alla possibilità di instaurare più procedimenti aventi ad oggetto la declaratoria di indegnità verso il medesimo soggetto in relazione a quella stessa successione, con il rischio di ottenere più giudicati, magari tra loro contrastanti.

Correttamente, pertanto, la giurisprudenza afferma la sussistenza di litisconsorzio necessario *ex art.* 102 c.p.c. tra tutti i chiamati in subordine, essendo la situazione giuridica unitaria, che non può sussistere nei confronti di alcuni soltanto di questi: la sentenza, in difetto di integrazione del contraddittorio, è, quindi, *inutiliter data*⁽³³⁾.

Ciò però non significa che la pronuncia ha effetto devolutivo verso i chiamati che non abbiano richiesto (espressamente o attraverso l'adesione

⁽³¹⁾ Cfr. almeno L. SALIS, *Indegnità a succedere*, cit., p. 934; Giu. AZZARITI, *op. cit.*, p. 50; L. FERRI, *op. cit.*, p. 185; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 181.

⁽³²⁾ *Retro*, § 2.

⁽³³⁾ Cfr. almeno Cass., 12 luglio 1986, n. 4533, cit.; Cass., 27 giugno 1973, n. 1860, cit.

alle richieste dell'attore) l'attribuzione della quota ad essi spettante: come correttamente sottolineato in dottrina⁽³⁴⁾, è evidente che detta attribuzione non può avvenire contro la loro volontà. Infatti, mentre per la regolarità del giudizio è sufficiente che il chiamato sia messo in condizione di partecipare a seguito della notifica dell'atto introduttivo, o attraverso l'integrazione ordinata dal giudice *ex art. 102, 2° comma, c.p.c.*, la devoluzione dei beni può essere giudizialmente operata unicamente sulla base della domanda della parte interessata (art. 112 c.p.c.). E il chiamato convenuto ha tre possibilità: *a)* costituirsi in giudizio e chiedere la parte di eredità a lui spettante; *b)* rimanere contumace; *c)* costituirsi in giudizio, evidenziando tuttavia che non intende ricevere beni ereditari: così facendo, non deve però aderire alla domanda volta a pronunciare l'indegnità, che abbiamo visto essere necessariamente prodromica alla devoluzione dei beni e che produce in maniera automatica, in caso di esito positivo, l'acquisto della quota di eredità, senza bisogno di ulteriore accettazione.

È evidente che nelle ipotesi *sub b)* e *c)* questi non potrà essere destinatario di devoluzioni successorie a seguito della pronuncia di indegnità. Egli diverrà mero chiamato all'eredità e gli altri interessati dovranno chiedere al giudice *ex art. 481 c.c.* la fissazione di un termine per l'accettazione (c.d. *actio interrogatoria*), richiesta che potrà essere effettuata anche nello stesso giudizio di indegnità, nei termini e secondo le modalità di cui all'art. 183 c.p.c., se i beneficiari della devoluzione in caso di mancata accettazione siano le stesse parti del giudizio: in questo caso, il giudice, nella sentenza che pronuncia l'indegnità, oltre a devolvere la quota ai chiamati in subordine che ne abbiano fatto richiesta, deve fissare un termine entro cui gli altri debbono compiere l'accettazione a pena di decadenza.

Ciò vale anche nell'ipotesi *sub c)*. Infatti, una dichiarazione di non voler partecipare alla successione, sebbene esplicita e contenuta in una comparsa di risposta, anche se sottoscritta, ha l'unico effetto di escludere l'accettazione, a meno che il soggetto non abbia già accettato in relazione a cespiti a lui altrimenti devoluti (principio del *semel heres semper heres*) ovvero si trovi in

⁽³⁴⁾ G. CAPOZZI, *op. loc. cit.*

particolari situazioni di fatto comportanti acquisto senza accettazione (ad esempio sia nel possesso dei beni ereditari), ma non può valere come rinunzia, poiché mancante dei requisiti richiesti dalla legge per la sua validità e opponibilità. Infatti, la rinunzia all'eredità, per acquisire giuridica rilevanza, dev'essere compiuta nelle forme solenni previste dal 1° comma dell'art. 519 c.c., la cui inosservanza rende nulla la dichiarazione di rinunzia⁽³⁵⁾: ed è evidente che tale prescrizione non può essere derogata nel caso in esame. Conseguentemente che anche il chiamato in subordine, che, pur costituendosi in giudizio, affermi di non voler profittare della declaratoria di indegnità e non aderisca alla relativa domanda, rimane un chiamato all'eredità e non può tecnicamente essere considerato rinunziante.

In ogni caso, qualora il chiamato in subordine non compia l'accettazione ovvero rinunci all'eredità nel rispetto di quanto prevede l'art. 519 c.c., la quota di sua spettanza non potrà mai essere appannaggio dell'indegno, ormai escluso dalla successione, ma sarà attribuita secondo le regole sulla trasmissione della vocazione ad altri soggetti⁽³⁶⁾.

Quanto alla legittimazione passiva, la dottrina ha sottolineato che questa spetta soltanto all'indegno che abbia accettato l'eredità, poiché soltanto chi ha già acquisito i diritti successori può essere escluso dall'eredità stessa⁽³⁷⁾.

Si tratta di orientamento condivisibile poiché soltanto l'erede è titolare delle situazioni giuridiche soggettive reclamate dal chiamato in subordine attraverso la domanda di indegnità, tanto più che, come ora rilevato, l'interesse all'azione risiede, in ultima analisi, nell'acquisizione dei beni ereditari in luogo dell'indegno a seguito della sentenza costitutiva.

Viceversa, qualora l'indegno non abbia accettato, il chiamato in subordine dovrà far ricorso all'*actio interrogatoria* (art. 481 c.c.) e chiedere al giudice la

⁽³⁵⁾ A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 763 ss.

⁽³⁶⁾ Su dette regole, v. ancora A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. p. 630 ss.

⁽³⁷⁾ L. SALLIS, *Indegnità a succedere*, cit., p. 994 ss.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 183; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 950.

fissazione del termine per l'accettazione⁽³⁸⁾: se il primo la compie, il secondo sarà costretto ad agire per la pronuncia di indegnità; in caso contrario, questi sarà chiamato secondo le regole della trasmissione della vocazione.

Come si è accennato, l'azione per la declaratoria di indegnità si prescrive in dieci anni che decorrono dall'apertura della successione, ovvero dalla data della commissione o della scoperta del fatto, se successivo alla morte del *de cuius*⁽³⁹⁾.

Dal carattere dispositivo dell'accertamento dell'indegnità deriva, inoltre, che l'azione atta a farla valere è rinunziabile e transigibile⁽⁴⁰⁾.

Anche l'impossibilità di rilevare d'ufficio l'indegnità è diretta conseguenza della sua qualificazione in termini di esclusione dalla successione, rimessa alla disponibilità del chiamato in subordine⁽⁴¹⁾.

4. — *Delitti contro la persona.*

Come detto, i casi di indegnità previsti dalla legge possono essere raggruppati in tre categorie concernenti: la prima delitti contro la persona (art. 463 c.c., nn. 1-3); la seconda condotte pregiudizievoli nei confronti della prole (art. 463 c.c., n. 3 *bis* e art. 609 *novies* c.p.); la terza fatti lesivi della libertà di testare (art. 463 c.c., nn. 4-6)⁽⁴²⁾.

Per quanto riguarda l'ipotesi di cui al n. 1 dell'art. 463 c.c., si è precisato che non è necessario che l'autore del fatto sappia di essere successibile⁽⁴³⁾,

⁽³⁸⁾ Cfr. G. CAPOZZI, *op. loc. cit.*

⁽³⁹⁾ Cass., 29 marzo 2006, n. 7266, cit.; in precedenza, Cass., 23 novembre 1962, n. 3171, cit.; Cass., 17 luglio 1974, n. 2145, cit.; in dottrina, v. almeno L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, cit., p. 176; C. RUPERTO, *op. cit.*, p. 3; S. MONOSI, *op. cit.*, p. 149; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 220; G. CAPOZZI, *op. loc. cit.*

⁽⁴⁰⁾ A. PALAZZO, *Le successioni*, loc. cit.; in giurisprudenza, Cass., 23 novembre 1962, n. 3171, cit.

⁽⁴¹⁾ Cass., 5 marzo 2009, n. 5402, cit.

⁽⁴²⁾ Sugli artt. 463, n. 3 *bis*, c.c. e 609 *novies* c.p., *infra*, § 5; sull'art. 463, nn. 4-6, c.c., *infra*, § 6.

⁽⁴³⁾ A. CICU, *op. cit.*, p. 94.

o che lo stesso ne sia l'autore materiale, essendo sufficiente che abbia dato mandato ad altri⁽⁴⁴⁾.

In ogni caso, però, è richiesta la volontarietà del fatto, cioè che il soggetto sia capace di intendere e di volere, o imputabile⁽⁴⁵⁾. E, in proposito, la giurisprudenza ha precisato che, per la sussistenza dell'indegnità a succedere, l'attentato alla vita del *de cuius* dev'essere commesso volontariamente, con la conseguenza che l'ipotesi di cui all'art. 463, n. 1, c.c. non è ravvisabile quando venga esclusa l'imputabilità dell'attentatore, costituendo questa il presupposto della volontarietà del fatto lesivo, la cui realizzazione determina l'indegnità a succedere⁽⁴⁶⁾.

Pertanto, i presupposti per la declaratoria di indegnità vengono meno in presenza di cause oggettive di esclusione del reato (artt. 51 e 54 c.p.), o di tentativo di uccisione, ma solo se seguito da una desistenza volontaria; come non ne sono causa l'omicidio colposo o quello preterintenzionale⁽⁴⁷⁾. Viceversa, non escludono l'indegnità le circostanze attenuanti, o il concorso nel reato⁽⁴⁸⁾.

Il n. 2 estende l'esclusione dalla successione a chi commette un fatto per cui la legge dichiara applicabili le norme sull'omicidio (artt. 575-577 c.p.).

A seguito dell'abrogazione di varie disposizioni, in particolare ad opera della l. 25 giugno 1999, n. 205, oggi la previsione si riferisce alle ipotesi contemplate negli artt. 579, 3° comma e 580, 2° comma, ult. periodo, c.p. Nella primo (*Omicidio del consenziente*), l'applicazione è prevista nei casi in cui il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole

⁽⁴⁴⁾ G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 187.

⁽⁴⁵⁾ Di recente, A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 220; R. CALVO, *op. loc. cit.*; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 187 s.; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 957.

⁽⁴⁶⁾ Cass., 22 dicembre 1984, n. 6669, in *Mass. Giur. it.*, 1984.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ancora Cass., 22 dicembre 1984, n. 6669, cit.

⁽⁴⁸⁾ A. CICU, *op. cit.*, p. 93; L. FERRI, *op. cit.*, p. 192; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 220 s.; G. CAPOZZI, *op. loc. cit.*

estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno. Nella seconda (*Istigazione o aiuto al suicidio*), le disposizioni sull'omicidio si applicano se la persona istigata o eccitata o aiutata è minore di anni quattordici o, comunque, è priva della capacità di intendere e di volere.

Si discute in dottrina se l'aborto illegale costituisca causa di esclusione della gestante dalla successione del padre del nascituro. In senso possibilista si sono espressi alcuni⁽⁴⁹⁾, secondo cui il criterio di tassatività non impedirebbe l'inclusione di tale fattispecie tra le ipotesi di indegnità. Ma la tesi non può essere condivisa, poiché gli artt. 18 e 19 della l. 22 maggio 1978, n. 194 prevedono autonome fattispecie criminose con specifiche pene, senza alcun richiamo o rinvio alla disciplina sull'omicidio, condizione essenziale per il n. 2 dell'art. 463 c.c. per la declaratoria di indegnità; se si ritenesse diversamente, si dovrebbe coerentemente dare ingresso alla pronuncia di indegnità in tutte le ipotesi in cui la morte del soggetto è conseguenza di altro reato *ex art. 586 c.p.*, tanto più che all'embrione è riconosciuta una soggettività diversa e più limitata rispetto alla personalità che sta alla base della previsione del citato art. 586⁽⁵⁰⁾.

Ciò detto, sicuramente più interessante risulta essere la fattispecie di cui all'art. 579 c.p. Infatti, che nel nostro sistema si verifica omicidio del consenziente anche nell'ipotesi di c.d. eutanasia attiva, in cui un soggetto provoca la morte del malato attraverso una condotta non riconducibile ad alcun trattamento terapeutico tecnicamente inteso, anche se animato dalla realizzazione di ciò che ritiene essere l'interesse dell'infermo⁽⁵¹⁾. Ora, se si è al fuori delle ipotesi previste dal 3° comma del citato art. 579, la commissione del reato non ha conseguenze sul piano successorio; in caso contrario, costituisce causa di indegnità *ex art. 463, n. 2, c.c.*

⁽⁴⁹⁾ N. LIPARI, *op. cit.*, p. 604 ss.; E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 105 s.

⁽⁵⁰⁾ Sul dibattito sviluppatosi intorno alla soggettività dell'embrione, con particolare riferimento alle ipotesi di risarcibilità del danno provocato nelle fasi della procreazione e della gestazione, per tutti, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, 1, 2^a ed., Milano, 2013, spec. pp. 54 ss. e 104 ss.

⁽⁵¹⁾ Su tali problemi v., da ultimo, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 206 ss.

La norma penale, mentre è pienamente condivisibile riguardo alle ipotesi di cui ai nn. 2 e 3, suscita qualche perplessità in merito a quella contemplata nel n. 1. In proposito, si è osservato ampiamente⁽⁵²⁾ che in presenza di situazioni in cui vengono in rilievo diritti della persona o diritti di libertà ad essa riferibili ciò che conta è la capacità di discernimento, che, addirittura, viene oggi riconosciuta in via generale dalla legge al minore ultradodicesimo (art. 315 *bis*, 3° comma, c.c.).

Tuttavia, l'opzione legislativa dev'essere considerata in ogni caso ragionevole, in quanto per il compimento di determinati atti particolarmente importanti, abbiano o meno contenuto patrimoniale, il compilatore può legittimamente prevedere che essi possano essere posti in essere validamente soltanto al raggiungimento di una determinata età. Così, ad esempio, a redigere testamento è ammesso anche l'infermo di mente (inabilitato o amministrato), ma mai il minore di età, anche se emancipato, proprio perché il legislatore richiede il raggiungimento di una maturità psicofisica che il minore inevitabilmente non possiede.

Nei casi ora esaminati, il giudizio civile è autonomo ed indipendente da quello penale, con la conseguenza che il giudice è chiamato a provvedere in ordine alla domanda di indegnità, anche in mancanza di una sentenza penale che accerti il fatto-reato, ovvero sia intervenuta una causa di estinzione dello stesso⁽⁵³⁾. In ogni caso, se la sentenza ha accertato lo svolgimento di fatti materiali, ferma restando la possibilità di una loro autonoma valutazione in sede civile qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere, è evidente che essa spiega effetti preclusivi in ordine all'accertamento delle medesime circostanze nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo penale (art. 654 c.p.p.)⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ V. ancora A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 206 ss.; e, in maniera più approfondita, la pregevole analisi di S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia-Roma, 2011, spec. p. 141 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. G. CAPOZZI, *op. cit.*, 188.

⁽⁵⁴⁾ Di recente, Cass., 17 novembre 2011, n. 24082, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che riguarda un caso di pronuncia, emessa a seguito di dibattimento, di estinzione del reato per prescrizione.

Viceversa, a differenza dei casi *sub* nn. 1 e 2, affinché si verifichi l'ipotesi di cui al n. 3 occorre che sussista una condanna, per calunnia o falsa testimonianza, con la conseguenza che, una volta precluso l'accertamento definitivo in sede penale (ad esempio, per prescrizione o morte del reo) l'indegnità non può essere pronunciata⁽⁵⁵⁾. Si tratta, infatti, di un'ipotesi in cui la sentenza penale irrevocabile di condanna costituisce una condizione per la proposizione dell'azione: sarà, quindi, onere di chi la promuove produrre in giudizio la richiamata sentenza⁽⁵⁶⁾.

5. — *Condotte pregiudizievoli nei confronti della prole.*

Come accennato, il legislatore recente ha previsto nuovi casi di indegnità derivanti da condotte del genitore perpetrate in danno dei figli.

Il primo, contemplato nel n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c. e introdotto dall'art. 11, lett. c), l. 8 luglio 2005, n. 137, consegue alla decadenza dalla responsabilità genitoriale a norma dell'art. 330 c.c.

Al pari dell'ipotesi di cui al n. 3 del citato art. 463, analizzata in chiusura del precedente paragrafo, non è sufficiente che le condotte lesive siano state effettivamente perpetrate dal genitore, ma è necessario che sia intervenuta una pronuncia che comporti decadenza dalla responsabilità genitoriale⁽⁵⁷⁾. In sostanza, il giudice investito della declaratoria di indegnità non può autonomamente accertare la sussistenza di dette condotte, poiché la precedente pronuncia di decadenza costituisce anche in questo caso una condizione per la proposizione dell'azione.

Si discute in merito all'ambito di operatività della disposizione, se cioè l'indegnità possa derivare soltanto da una pronuncia di decadenza dalla re-

⁽⁵⁵⁾ Cfr. A. CICU, *op. cit.*, p. 97; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 61; G. GROSSO e A. BURDESE, *op. cit.*, p. 136 s.; Giu. AZZARITI, *op. cit.*, p. 42; L. FERRI, *op. cit.*, p. 196; R. CALVO, *op. cit.*, p. 110; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 188 s.; U. SALVESTRONI, *Della capacità di succedere*, cit., p. 89 s.

⁽⁵⁶⁾ G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 188.

⁽⁵⁷⁾ Così G. BONILINI, *op. cit.*, p. 296; A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 17; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 189.

sponsabilità genitoriale *ex art.* 330 c.c. da parte del Tribunale per i minori⁽⁵⁸⁾, per violazione dei doveri di cui al combinato disposto degli artt. 147 e 315 *bis* c.c., ovvero possa essere dichiarata anche nel caso in cui la decadenza consegua, quale pena accessoria, a una sentenza definitiva di condanna in sede penale, secondo quanto prevede in termini generali l'art. 34, 1° comma, c.p.

La dottrina propende prevalentemente per un'interpretazione letterale e restrittiva della disposizione, sul presupposto che il n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c., contemplando una sanzione sia pure di natura civile, ha carattere eccezionale e quindi, come tale, non è suscettibile di interpretazione estensiva o analogica⁽⁵⁹⁾.

L'assunto, in sé corretto, non può però portare ad una limitazione eccessiva del campo di applicazione della disposizione da cui deriverebbero conseguenze paradossali, trattandosi in maniera difforme il medesimo interesse tutelato dal sistema e lasciando addirittura al di fuori della tutela i casi di maggiore gravità. L'espressione «a norma dell'art. 330», contenuta nel n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c., va infatti interpretata in senso rigoroso, ma con riferimento a tutte le ipotesi ivi riconducibili, e cioè a dire a tutti i casi in cui la decadenza del genitore è conseguenza del mancato rispetto dei doveri inerenti la responsabilità genitoriale ovvero di abuso dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio⁽⁶⁰⁾, a prescindere da quale procedimento sia stato intentato o da quale giudice abbia accertato la condotta pregiudizievole e dichiarato la decadenza stessa (anche implicitamente con la condanna alla pena principale).

⁽⁵⁸⁾ La competenza del Tribunale per i minorenni è stata confermata dal legislatore della riforma del 2012 (art. 3, l. 10 dicembre 2012, n. 219, modificativo dell'art. 38, disp. att. c.c.), che pure ha ampliato la cognizione del Tribunale ordinario in materia di minori.

⁽⁵⁹⁾ In questo senso, G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 189 s.; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 965, pur sottolineando l'incongruenza di tale soluzione in relazione agli interessi tutelati dalla norma; in precedenza, v. G. BONILINI, *op. cit.*, p. 299; *contra*, A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 18, secondo cui non sussistono ostacoli né di carattere teorico, né di carattere pratico all'applicabilità del n. 3 *bis* a tutti i casi di decadenza ovunque previsti dall'ordinamento.

⁽⁶⁰⁾ Per una corretta qualificazione del pregiudizio ai fini del provvedimento di decadenza con riguardo all'interesse concreto per cui il potere viene esercitato, M. PARADISO, *Potestà, abuso e tutela dei figli*, in T. AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, p. 319 ss.

Deriva che costituiscono presupposto per la declaratoria di indegnità non soltanto i provvedimenti del Tribunale per i minorenni emessi per violazione dei doveri di cui agli artt. 147 e 315 *bis* c.c. – che possono pure essere conseguenti a una condanna non comportante l'applicazione della pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale (v., ad esempio, artt. 570 ss. c.p.) – ma anche le sentenze penali che importano decadenza riconducibili a quanto dispone l'art. 330 c.c., cioè derivanti da violazioni od omissioni connesse alla responsabilità genitoriale. L'unica differenza che si ravvisa sta nel fatto che la decadenza pronunciata in sede civile ha ad oggetto la responsabilità verso il figlio o i figli contemplati nel relativo provvedimento, mentre si ritiene che quella inflitta quale pena accessoria si estenda di regola a tutti i figli minori del condannato e non rimanga circoscritta al singolo minore rimasto vittima delle condotte pregiudizievoli del genitore⁽⁶¹⁾.

Ciò posto, riguardo alle sentenze rese in sede penale che preludono all'indegnità, va detto che attualmente l'applicazione della pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale è automatica nell'ipotesi prevista dall'art. 564, 4° comma, c.p., relativa alla condanna del genitore per incesto, il cui impianto normativo è stato sempre confermato dalla Consulta⁽⁶²⁾, e in quella contemplata nel successivo art. 583 *bis*, conseguente

⁽⁶¹⁾ G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 190; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 961; in giurisprudenza, Trib. min. Roma, 20 luglio 1992, in *Dir. fam.*, 1993, p. 222, che in applicazione del principio ha ritenuto improponibile per carenza di interesse il ricorso avanzato dalla madre e diretto ad ottenere la decadenza del marito dalla potestà dei figli minori diversi dalla figlia ai danni della quale quest'ultimo aveva consumato violenza carnale, atti di libidine ed altro, essendo la misura richiesta, che si estende a tutti i figli minori, già contenuta nella sentenza penale di condanna del genitore indegno.

⁽⁶²⁾ Cfr., di recente, Corte cost., 21 novembre 2000, n. 518, in *Dir. pen. e processo*, 2000, p. 1590, con nota di G. SPANGHER, *Incesto tra suocero e nuora*; in *Giur. it.*, 2001, p. 994, con nota di F. BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dall'incesto*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 96; in *Dir. fam.*, 2001, p. 514; in *Foro it.*, 2002, I, c. 1659; in *Giur. cost.*, 2000, I, p. 458, con nota di M. CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 564 c.p., sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 27 Cost., nella parte in cui punisce chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un affine in linea retta (nella specie, suocero e nuora), rilevando che le censure mosse non si basavano su vizi rilevabili nel giudizio di legittimità costituzionale,

alla condanna o all'applicazione della pena su richiesta (art. 444 c.p.p.) per pratiche di mutilazione di organi genitali femminili, di recente modificato ad opera della l. 1° ottobre 2012, n. 172, emanata in attuazione della Convenzione di Lanzarote⁽⁶³⁾.

Viceversa, in merito ad altre ipotesi delittuose è ora il giudice penale che deve valutare l'esistenza dei relativi presupposti e, soprattutto, l'opportunità di applicare la pena accessoria della decadenza, dettandone le modalità, anche in luogo di quella meno grave della sospensione dalla responsabilità genitoriale (cfr. artt. 34, 2° comma, c.p. e 288 c.p.p.), la quale ultima, sulla base del tenore dell'art. 463, n. 3 *bis*, c.c., non costituisce presupposto per la declaratoria di indegnità. Così, relativamente all'art. 569 c.p., che prevede la decadenza conseguente a condanna per delitti contro lo stato di famiglia di cui ai precedenti artt. 566, 567 e 568 (supposizione o soppressione di stato, alterazione di stato o occultamento di stato), il giudice delle leggi – con riguardo ai delitti di alterazione e soppressione di stato – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna del genitore, consegua di diritto la perdita della responsabilità genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto⁽⁶⁴⁾.

In ogni caso, rimangono fuori dall'ambito di applicazione dell'indegnità *ex* art. 463, n. 3 *bis*, c.c. sia l'ipotesi generale di cui all'art. 32, 2° comma, c.p.,

ma si risolvevano in critiche di opportunità della norma, il cui apprezzamento si sottrae alla competenza della Corte costituzionale, rientrando nella discrezionalità del legislatore.

⁽⁶³⁾ Sui problemi applicativi della Convenzione e della legge attuativa nel sistema italiano: in generale, V. MAZZOTTA, *La Convenzione di Lanzarote e la legge di ratifica n. 172 del 2012: fedeltà del legislatore italiano agli scopi della convenzione?*, in *Studium iuris*, 2013, p. 672 ss., spec. p. 676; più specificamente, F. CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore (seconda parte)*, *ivi*, p. 961 ss., spec., relativamente alla fattispecie che ci occupa, p. 966.

⁽⁶⁴⁾ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Corr. giur.*, 2012, p. 569; in *Foro it.*, 2012, I, c. 1992; in *Fam. e dir.*, 2012, p. 437, con nota di D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*; in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 415; concetti poi ripresi, da ultimo, da Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 5, in *leggiditaliaprofessionale.it*.

sia quella prevista dall'art. 609 *novies* c.p. La prima, infatti, è conseguenza della condanna all'ergastolo e – a meno non trovarsi nella fattispecie di cui all'art. 577, n. 1, c.p. che, tuttavia, ricade del n. 1 dell'art. 463 c.c. – non è indice in sé di alcuna violazione dei doveri di genitore; la seconda, come vedremo tra breve, ai sensi del n. 3 del citato art. 609 *novies*, costituisce autonoma causa di esclusione dalla successione, indipendentemente dall'applicazione della pena della decadenza dalla responsabilità, prevista da n. 1 della disposizione soltanto quando la qualità di genitore è elemento costitutivo del reato.

Comunque, sempre secondo il n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c., la causa di esclusione viene meno allorché, alla data di apertura della successione, il genitore sia stato reintegrato nella responsabilità genitoriale (art. 332 c.c.), ovvero – va aggiunto sulla base delle considerazioni che precedono – sia cessata la pena della decadenza, anche a seguito di sentenza di riabilitazione che, ai sensi dell'art. 178 c.p., estingue le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna.

Se l'applicazione della regola non desta particolari problemi riguardo alla successione del figlio minore, la dottrina è divisa quando l'apertura della successione si verifica dopo il compimento della maggiore età del figlio (o dell'emancipazione dello stesso), poiché la responsabilità genitoriale cessa e con ciò anche gli effetti del provvedimento di decadenza o della pena accessoria prevista dalla legge o dalla sentenza di condanna⁽⁶⁵⁾.

È vero che gli effetti sanzionatori riconducibili al provvedimento del giudice emesso in sede civile o penale cessano con il venir meno della responsabilità genitoriale, non essendo evidentemente possibile riferirsi tecnicamente alla decadenza da qualche cosa che non esiste più⁽⁶⁶⁾, ma è pur vero che, in relazione all'aspetto che ci occupa, considerare la declaratoria di decadenza e la mancata reintegra come improduttive di effetti soltanto per il raggiun-

⁽⁶⁵⁾ Nel senso che il genitore decaduto e non reintegrato sia da considerarsi comunque indegno, A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 17 s.; *contra*, E. BRIGANTI, *op. cit.*, p. 680.

⁽⁶⁶⁾ In questo senso, in dottrina si è rilevato che, anche qualora non sia intervenuto un provvedimento di reintegrazione nella responsabilità, la declaratoria di decadenza è *tamquam non esset*, avendo perso al sua efficacia al momento in cui il figlio è divenuto maggiorenne: E. BRIGANTI, *op. loc. cit.*

gimento della maggiore età o l'emancipazione del figlio significherebbe disattendere il carattere (anche) sanzionatorio dell'indegnità, e così facendo: *a)* trattare allo stesso modo il genitore reintegrato e quello non reintegrato; *b)* ritenere che la causa di indegnità venga meno con il verificarsi di un fatto giuridico e non a seguito di un provvedimento giudiziale di reintegra; *c)* escludere in ogni caso nell'ipotesi del n. 3 *bis* l'applicazione della riabilitazione *ex art.* 466 c.c.⁽⁶⁷⁾, ovviamente possibile solo nei confronti del genitore indegno e da parte del figlio divenuto maggiorenne.

È, quindi, preferibile ritenere che i presupposti per la declaratoria di indegnità vengano meno *ex art.* 463, n. 3 *bis*, c.c. soltanto quando il genitore abbia effettivamente riacquisito la responsabilità genitoriale e abbia nuovamente esercitato le funzioni ad essa connesse nell'interesse del figlio⁽⁶⁸⁾, cioè a dire prima del compimento della maggiore età (o dell'emancipazione) di questo, anche perché soltanto così è certo che sia venuta meno la condotta anti-giuridica posta a fondamento della disposizione.

In questo senso, anche la riabilitazione penale intervenuta successivamente è irrilevante ai fini che qui interessano e il genitore rimane indegno a succedere. L'assunto non contrasta con il disposto dell'art. 178 c.p., secondo cui – come poco fa ricordato – la pronuncia estingue anche le pene accessorie, per due ragioni: *a)* l'estinzione avviene «salvo che la legge disponga altrimenti», e ciò si verifica non soltanto in sede penale (inapplicabilità della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale), ma anche riguardo all'indegnità, che, *ex art.* 463, n. 3 *bis*, c.c., viene meno soltanto allorché il genitore venga effettivamente reintegrato; *b)* la sentenza di riabilitazione non ha effetto retroattivo e, come tale, non rimuove la precedente decadenza e la mancata reintegra, né spiega alcun effetto sulla responsabilità genitoriale, già cessata con il compimento della maggiore età (o l'emancipazione) del figlio.

Tuttavia, anche il genitore che sia stato destinatario di una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale e poi reintegrato prima della

⁽⁶⁷⁾ Su cui *infra*, § 7.

⁽⁶⁸⁾ A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 17.

cessazione della tutela, può essere escluso dalla successione del figlio *ex art. 448 bis c.c.*

La norma, come si vedrà in seguito⁽⁶⁹⁾, consente, tra l'altro, al figlio e, in mancanza, ai suoi discendenti prossimi di escludere volontariamente dalla successione il genitore nei cui confronti sia stata dichiarata la decadenza per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui al successivo art. 463. In questo modo, quindi, si è attribuita direttamente al figlio la possibilità di decidere, una volta divenuto maggiorenne, se escludere o meno dai successibili il genitore decaduto dalla responsabilità e poi reintegrato.

In definitiva, allo stato possono verificarsi quattro ipotesi: *a)* la successione si apre quando il figlio è soggetto a tutela e il genitore è stato reintegrato; *b)* la successione si apre quando il figlio è soggetto a tutela, ma il genitore non è stato reintegrato; *c)* la successione si apre quando la tutela è cessata e il genitore è stato in precedenza reintegrato; *d)* la successione si apre quando la tutela è cessata, ma il genitore non è stato reintegrato.

Mentre, *ex art. 463, n. 3 bis, c.c.*, nell'ipotesi *sub a)* il genitore certamente partecipa alla successione del figlio e in quella *sub b)* altrettanto sicuramente è indegno, nelle altre *sub c)* e *d)* occorre distinguere: *sub c)* è soltanto il figlio che volontariamente può escluderlo dalla successione *ex art. 448 bis c.c.*, mentre *sub d)* il genitore è indegno ma il figlio può sempre riabilitarlo o ammetterlo in parte *ex art. 466 c.c.*

L'impostazione è coerente con la tutela degli interessi in giuoco, poiché la legge interviene in modo rigido esclusivamente in favore del minore che non può fare testamento, mentre lascia al maggiore di età la decisione se far partecipare o meno alla propria successione il genitore in precedenza decaduto dalla responsabilità. In ogni caso, qualora il figlio decida di non porre in essere alcuna attività, è la stessa legge a contemplare le opportune differenze tra il genitore reintegrato e quello non reintegrato, dichiarando soltanto quest'ultimo indegno e, quindi, potenzialmente escluso dalla successione.

Oltre al caso contemplato nel n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c. ora analizzato, la legge penale prevede, come si è accennato, un'ulteriore ipotesi di esclusione

⁽⁶⁹⁾ *Infra*, § 8.

del genitore dalla successione del figlio, a seguito di una sentenza di condanna per reati a sfondo sessuale. Secondo il n. 3 dell'art. 609 *novies* c.p., introdotto dall'art. 10, l. 15 febbraio 1996, n. 66 e rubricato «Pene accessorie ed altri effetti penali», la condanna per i reati di violenza sessuale (artt. 609 *bis* e 609 *ter* c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609 *quater* c.p.), corruzione di minorenne (art. 609 *quinquies* c.p.) e violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.) comporta la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa.

In dottrina ci si è posti il problema di qualificare correttamente la fattispecie e di collocarla sistematicamente all'interno delle cause di esclusione dalla successione. La previsione dà adito a dibattito sia in sede penale, ove si discute se essa rientri tra le pene accessorie o tra gli altri effetti penali della condanna, sia tra i civilisti, che si domandano se essa sia un caso di indegnità a succedere ovvero un'ipotesi deversa, dotata di propria autonomia e, come tale, automaticamente operativa⁽⁷⁰⁾.

In particolare, si ravvisa una difficoltà a rinvenire nella fattispecie i caratteri della «pena accessoria» dell'indegnità, «non foss'altro, che per la ragione, che anche l'indegno a succedere, giusta l'esordio dell'art. 463 c.c., è «escluso dalla successione»»⁽⁷¹⁾. Pertanto, si sottolinea l'inopportunità della scelta legislativa di prevedere l'esclusione dalla successione in sede penale, piuttosto che, come era logico, nel corpo del codice civile⁽⁷²⁾.

Ci sembra che, a prescindere dalla collocazione sistematica, la norma dell'art. 609 *novies*, n. 3, c.p. contenga un'ipotesi di indegnità a succedere.

Anzitutto, la fattispecie presenta i caratteri della pena accessoria, già rinvenuti nella decadenza dalla responsabilità genitoriale conseguente a sentenza di condanna, piuttosto che quelli degli altri effetti penali⁽⁷³⁾, concernendo

⁽⁷⁰⁾ Per un'efficace sintesi delle varie problematiche, A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 972 s.

⁽⁷¹⁾ A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 972.

⁽⁷²⁾ Di recente, A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, loc. cit.

⁽⁷³⁾ L'incongruenza di ricondurre la perdita dei diritti successori agli altri effetti penali della condanna è stata già sottolineata, prima dell'entrata in vigore della l. n. 66/1996 in relazione all'abrogato art. 541 c.p., da autorevole dottrina, che parlava di «effetti non penali» della

il profilo patrimoniale, come, del resto, si verifica nel caso previsto dal n. 5 *bis* dell'art. 19 c.p., in cui l'applicazione della pena accessoria determina l'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro.

Ma, a prescindere dalla qualificazione operata in sede penale, gli effetti dell'applicazione dell'art. 609 *novies*, n. 3, c.p. al campo successorio non possono essere mai automatici, creandosi diversamente un'evidente disparità nella tutela del medesimo interesse, attribuendo un trattamento peggiore ad una situazione certamente riprovevole, ma meno grave di altre (si pensi a quanto prevede il n. 1 dell'art. 463 c.c.). In questo senso, del resto, depone anche il dato letterale, poiché sia l'art. 463 c.c. che l'art. 609 *novies* c.p. parlano univocamente di "esclusione dalla successione".

Consegue che, anche in questo caso, l'indegnità deve essere sempre pronunciata con sentenza (costitutiva) dal giudice civile, che, tuttavia, al pari delle ipotesi di cui ai nn. 3 e 3 *bis* dell'art. 463 c.c., non può accertare autonomamente l'esistenza dei fatti lesivi dei diritti dell'ereditando, ma è necessario che il giudizio penale si sia concluso con una sentenza irrevocabile di condanna per uno dei reati indicati dall'art. 609 *novies* c.p. Pertanto, detta sentenza costituisce, anche nel caso specifico, un presupposto per l'esperimento dell'azione di indegnità.

6. — *Fatti lesivi della libertà di testare.*

Come rilevato, le ipotesi previste ai nn. 4, 5 e 6 si riferiscono a fatti lesivi della libertà di testare.

In particolare, il n. 4 riguarda il caso del testamento indotto con violen-

condanna, correttamente inquadrando l'ipotesi nell'ambito dell'indegnità a succedere: Marino PETRONE, *Moralità pubblica e buon costume (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 73. Sulle differenze tra "pene accessorie" ed "effetti penali della condanna" l'indagine più completa e perspicace è ancora quella di G. CERQUETTI, *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, spec. p. 823, ove si sottolinea che le prime consistono in una restrizione di un bene giuridico qualificata come tale dalla legge o comunque corrispondente sul piano del contenuto e delle modalità di applicazione a restrizioni qualificate dalla legge come pene accessorie, non avendo l'elencazione di cui all'art. 19 c.p. carattere tassativo.

za o dolo. Ci si è posti il problema di coordinare la previsione con quella dell'art. 624 c.c., che prevede l'annullabilità delle disposizioni testamentarie frutto di vizi indotti della volontà. Tuttavia, nonostante si ritenga che i presupposti siano identici, l'ipotesi in esame si distingue dall'annullabilità del testamento, poiché «l'indegnità impedisce all'indegno di succedere anche per legge e anche per quella parte del testamento che non sia annullata o per altri testamenti, mentre l'annullamento ha effetti limitati alla disposizione annullata»⁽⁷⁴⁾.

Sui concetti di violenza o di dolo, si rinvia ai principi dettati in materia contrattuale, ma si ritiene che operi come causa di indegnità anche il dolo usato in vantaggio di terzi⁽⁷⁵⁾.

È dubbio se le suggestioni o la captazione integrino una causa di indegnità⁽⁷⁶⁾. Secondo la giurisprudenza, la dichiarazione di indegnità a succedere per captazione della volontà testamentaria richiede comunque la dimostrazione dell'uso di mezzi fraudolenti tali da trarre in inganno il testatore, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 198; in giurisprudenza, App. Milano, 22 dicembre 1970, cit.

⁽⁷⁵⁾ A. CICU, *op. cit.*, p. 98; L. FERRI, *op. cit.*, p. 197; in giurisprudenza, v. la risalente Cass., 16 aprile 1955, n. 1068, in *Giust. cin.*, 1956, I, p. 743, secondo cui, ai fini dell'applicazione degli artt. 463, n. 4 e 624 c.c., non ha rilievo se la coartazione della volontà del testatore sia stata esercitata a vantaggio dello stesso agente o di altri.

⁽⁷⁶⁾ In senso favorevole, L. FERRI, *op. cit.*, pp. 197-198; *contra*, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1962, p. 253.

⁽⁷⁷⁾ Di recente, Cass., 30 ottobre 2008, n. 26258, in *Giur. it.*, 2009, p. 1652 e *ivi*, p. 1929, con nota di C. RUFO SPINA, *Il testamento olografo tra autografia ed effettiva volontà del testatore: due speculari pronunce della Cassazione*; in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 612, con nota di A. AMBANELLI, *Aggiunte apocriefe successive e manomissioni di terzo al testamento olografo*; in *Foro it.*, 2009, I, c. 792, che – dopo aver osservato che l'intervento del terzo deve concernere il testamento propriamente inteso, poiché il principio dell'autografia non impedisce che nell'ambito di uno stesso documento siano enucleabili, da un lato, un testamento olografo pienamente rispondente ai requisiti di legge e, dall'altro, scritti di mano da un terzo apposti dopo la sottoscrizione del testatore e, quindi, collocati in una parte di documento diversa da quella occupata dal testamento, che, come tali, non possono invalidare la scheda testamentaria autonomamente redatta dal testatore, avendosi nullità soltanto quando l'intervento del terzo avvenga anche con l'inserzione di una sola parola di sua mano nel corpo delle disposizioni di ultima vo-

Per quanto riguarda l'ipotesi di cui al n. 5, affinché si determini l'indegnità, la soppressione, l'alterazione o il celamento debbono incidere su un testamento valido ed efficace, cioè su atto scritto destinato a stabilire, modificare o completare le ultime volontà del testatore ⁽⁷⁸⁾.

In ogni caso, l'ipotesi di indegnità in esame richiede un comportamento che abbia effettivamente impedito il realizzarsi delle ultime volontà del testatore contenute nella scheda celata. Di conseguenza: *a)* il mero indugio ad eseguire la pubblicazione del testamento olografo non concreta ipotesi di soppressione del testamento ⁽⁷⁹⁾; *b)* non è riconducibile alla fattispecie legale un comportamento teso meramente all'occultamento del testamento alla conoscenza altrui, e in particolare: *b1)* l'ipotesi di indegnità a succedere prevista dall'art. 463, n. 5, c.c. rientra in quelle dirette a ledere la libertà di testare e, conseguentemente, richiede un comportamento che abbia impedito il realizzarsi delle ultime volontà del testatore contenute nella scheda celata, cioè è necessario che tale comportamento abbia inciso sul piano causale sul testamento del *de cuius*, cosicché la successione sia stata regolata secondo

lontà – enuncia il seguente principio di diritto: ai fini della declaratoria di indegnità *ex art.* 463, n. 4, c.c., occorre che si dia prova della ricorrenza di mezzi fraudolenti idonei a trarre in inganno il testatore, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata.

⁽⁷⁸⁾ Cass., 30 maggio 1984, n. 3309, in *Mass. Giur. it.*, 1984, secondo cui affinché si determini indegnità a succedere, il fatto della soppressione o dell'alterazione del testamento, ovvero del suo celamento (peraltro non ravvisabile nella violazione dell'obbligo di cui all'art. 620 c.c. del possessore di testamento olografo di presentarlo ad un notaio per la pubblicazione appena avuta notizia della morte del testatore), deve incidere, non su un testamento invalido, ma su un atto destinato a regolare la successione, e cioè su uno scritto che per i suoi requisiti intrinseci ed estrinseci sia un testamento efficiente, diretto a stabilire o modificare o completare le ultime volontà del testatore sia in ordine alla chiamata a succedere, sia circa la disposizione dei beni; nel medesimo senso, la risalente Cass., 27 febbraio 1947, n. 275, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, XXVI, p. 517. Sulla ripartizione dell'onere probatorio, Cass., 18 dicembre 1957, n. 4736, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 684, per la quale incombe a chi invochi la sanzione dell'indegnità l'onere di dimostrare il fatto della sottrazione ed il verosimile carattere testamentario, mentre spetta al convenuto la prova sulla precisa natura intrinseca del documento e sul contenuto del medesimo, specialmente se egli ne sia il detentore.

⁽⁷⁹⁾ Oltre a Cass., 30 maggio 1984, n. 3309, cit., v. Trib. Napoli, 18 gennaio 1977, in *Giur. merito*, 1978, p. 293.

modalità non conformi alla volontà espressa dal testatore nel testamento celato; *b*2) deve, pertanto, escludersi l'applicazione della norma quando l'esistenza del testamento non può essere occultata perché redatto in forma pubblica, e quando colui contro il quale si rivolge l'accusa di indegnità sia il successore legittimo e l'erede ivi designato⁽⁸⁰⁾.

Infine, il n. 6, che chiude l'art. 463 c.c., contiene tre distinte cause di indegnità, concernenti: *a*) chi ha formato un testamento falso e ne ha fatto uso; *b*) chi ha formato un testamento falso senza farne uso; *c*) chi ha fatto scientemente uso del testamento falso pur senza concorrere alla sua formazione.

Perché si incorra nell'indegnità di cui al n. 6, è necessaria la falsità del testamento, cioè a dire che sussista divergenza tra contenuto della scheda e volontà dell'ereditando, che avrebbe regolato diversamente la propria successione. Pertanto, si è affermato che questa non è ravvisabile quando, nel confezionare il testamento falso, sia stata rispettata la vera intenzione del defunto⁽⁸¹⁾, o quando si sia sorretta e guidata la mano del testatore infermo senza coartarne la volontà⁽⁸²⁾. Infatti, in presenza di una effettiva volontà del *de cuius*, non può mai parlarsi di falsità del testamento, anche se questo è nullo per il mancato rispetto delle prescrizioni di legge (ad esempio, mancanza della olografia e/o della sottoscrizione *ex art.* 606 c.c.).

L'ipotesi di indegnità prevista dalla legge si realizza a causa del solo fatto obiettivo della falsificazione del testamento, oppure per l'uso di testamento falsificato, anche se manca un testamento vero⁽⁸³⁾. E si è precisato che deve intendersi per testamento qualsiasi documento formalmente autonomo,

⁽⁸⁰⁾ Cass., 9 aprile 2008, n. 9274, in *Mass. Giur. it.*, 2008.

⁽⁸¹⁾ G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 192; Cass., 22 gennaio 1966, n. 272, in *Foro it.*, 1966, I, c. 438; in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 104.

⁽⁸²⁾ Cfr. Cass., 26 marzo 1949, n. 681, in *Foro it.*, 1949, I, c. 788, secondo cui, pur essendo il testamento nullo, non è indegno colui che ha sorretto e guidato la mano del testatore, senza coartarne la volontà; v. anche Cass., 26 maggio 1955, n. 1602, in *Mass. Giur. it.*, 1955, per la quale l'indegnità non scaturisce automaticamente dalla materiale formazione del testamento falso, ma da una falsificazione cosciente in contrasto con la volontà del *de cuius*, essendo presupposto della norma che siasi voluto consumare un attentato alla volontà del *de cuius*; per la giurisprudenza di merito, Trib. Brescia, 14 gennaio 1948, in *Temi*, 1948, p. 220.

⁽⁸³⁾ Cass., 22 gennaio 1966, n. 272, cit.

contenente disposizioni di ultima volontà intese a regolare anche in parte la sorte dei beni del testatore per il tempo successivo alla sua morte, non essendo necessario che il falso, dal quale deriva l'indegnità a succedere, consista nella formazione di un atto di ultima volontà che regoli l'intera successione; consegue che: *a)* anche la formazione di un codicillo falso, o l'uso sciente di esso, possono essere fatti costitutivi dell'indegnità a succedere, essendo il codicillo una disposizione aggiunta al testamento; *b)* l'uso sciente di un testamento falso produce l'indegnità a succedere anche quando il testamento sia parzialmente falso; pertanto, si ha testamento falso anche: *b1)* nel caso in cui vengano aggiunti ad un documento incompleto ed imperfetto, quale atto di ultima volontà, quei dati senza dei quali esso non sarebbe valido; *b2)* quando la falsità consista solo nell'apposizione della data, essendo la data elemento essenziale del testamento olografo⁽⁸⁴⁾.

Riguardo all'onere della prova, la giurisprudenza ritiene che la formazione o l'uso sciente di un testamento falso è causa di indegnità a succedere, a meno che colui che viene a trovarsi nella posizione di indegno dimostri rigorosamente di non avere inteso recare offesa alla volontà del *de cuius*⁽⁸⁵⁾.

7. — *Riabilitazione dell'indegno.*

Il legislatore consente il perdono dell'offeso attraverso l'istituto della riabilitazione.

Infatti, alla stregua dell'art. 466, 1° comma, c.c. chi è incorso nell'indegnità è ammesso a succedere quando la persona, della cui successione si tratta, ve lo ha espressamente abilitato con atto pubblico o con testamento.

La riabilitazione consiste nel potere riconosciuto all'offeso, consapevole dell'esistenza della causa di indegnità, di riammettere alla propria succes-

⁽⁸⁴⁾ Su tali aspetti, Cass., 28 settembre 1954, n. 3152, in *Vita notarile*, 1955, p. 456; in *Foro it.*, 1955, I, c. 1187.

⁽⁸⁵⁾ Cass., 1° dicembre 2000, n. 15375, in *Mass. Giur. it.*, 2000; conf. Cass., 8 luglio 1974, n. 1997, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1353; in *Foro it.*, 1974, I, c. 2291; v. anche Cass., 22 gennaio 1966, n. 272, cit.; Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, cit.

sione l'indegno. Il fatto che la riabilitazione abbia il suo fondamento nella volontà del disponente non deve far ritenere che anche l'esclusione legale trovi il suo presupposto su una sua presunta volontà. Si è visto⁽⁸⁶⁾, infatti, che essa opera come sanzione civile avente fondamento pubblicistico, nei confronti della quale la riabilitazione agisce come la remissione di querela nel diritto penale⁽⁸⁷⁾.

La riabilitazione è atto personale, che non ammette rappresentanza, formale, non di ultima volontà, non patrimoniale e irrevocabile, con la conseguenza che, anche se contenuta in un testamento, è atto *post mortem* e non *mortis causa*⁽⁸⁸⁾. Essa, ovviamente, può riguardare soltanto situazioni anteriori alla morte dell'ereditando, restando esclusa in tutte quelle ipotesi in cui il fatto che dà luogo a indegnità sia stato commesso successivamente (ad esempio, utilizzo cosciente di scheda testamentaria falsa).

Tuttavia, al pari del testamento, la riabilitazione può essere validamente effettuata soltanto dal maggiore di età che non sia interdetto per infermità di mente. L'incapacità relativa all'interdetto legale è, infatti, venuta meno a seguito della modifica dell'art. 32 c.p. ad opera dell'art. 119, l. 24 novembre 1981, n. 689, che ha eliminato il divieto di testare per l'ergastolano e la previsione di nullità del testamento da lui redatto prima della condanna.

La riabilitazione non può essere parziale, deve essere riferita a una persona determinata e riguardare una determinata causa di indegnità, anche se non esplicitamente manifestata⁽⁸⁹⁾.

Dal carattere non patrimoniale e da quello strettamente personale della riabilitazione deriva, inoltre, un diverso regime dei vizi di volontà del *de cuius*, che, secondo l'opinione dominante⁽⁹⁰⁾, non comportano l'annullabilità

⁽⁸⁶⁾ *Retro*, spec. §§ 1-5.

⁽⁸⁷⁾ Così A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 223 s.

⁽⁸⁸⁾ V. almeno L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, cit., p. 195; G. PRESTIPINO, *op. cit.*, p. 147; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 224; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 193 s.; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 977 s. Per la revocabilità A. CICU, *op. cit.*, p. 147; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 76.

⁽⁸⁹⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 208; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 979.

⁽⁹⁰⁾ Di recente, L. FERRI, *op. loc. cit.*; A. PALAZZO, *Le successioni*, loc. cit.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 195; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 982; *contra*, A. CICU, *op. cit.*, p. 107.

dell'atto, ma la sua nullità, peraltro non suscettibile di essere convalidata *ex art.* 590 c.c. Pertanto, la riabilitazione ha validità sostanziale ed è irrevocabile soltanto se la volontà dell'ereditando è effettivamente e spontaneamente indirizzata in tal senso, restando irrilevante qualsiasi successiva dichiarazione o l'esecuzione delle disposizioni da parte degli altri interessati alla successione, che tuttavia, come si è detto ⁽⁹¹⁾, possono sempre rinunciare all'azione di indegnità o transigere su di essa, ottenendo così un risultato analogo.

Il 2° comma dell'art. 466 c.c. statuisce che l'indegno non espressamente abilitato, se è stato contemplato nel testamento quando il testatore conosceva la causa dell'indegnità, è ammesso a succedere nei limiti della disposizione testamentaria.

Si discute sulla natura di tale previsione, se cioè essa contempli un'ipotesi di riabilitazione tacita e parziale, comunque distinta da quella del 1° comma appena analizzata, ovvero semplicemente consenta al testatore di disporre comunque a favore dell'indegno, attribuendo efficacia alla devoluzione da lui prevista ⁽⁹²⁾.

È più corretta quest'ultima opinione, poiché la natura (anche) sanzionatoria dell'indegnità comporta, come si è visto a proposito della legittimazione ad agire ⁽⁹³⁾, che un soggetto o è indegno o non lo è, essendo impensabile che possa esserlo verso alcuni e/o soltanto parzialmente. La disposizione testamentaria, quindi, non rimuove l'indegnità, ma ammette chi ne è colpito a succedere in qualità di erede o legatario nei limiti e secondo le modalità in essa previste.

Da tale inquadramento deriva che, in questo caso, la sorte della devoluzione all'indegno è legata alle vicende del testamento che la contempla. Pertanto, se questo viene revocato o viene dichiarato invalido perdendo la

⁽⁹¹⁾ *Retro*, § 3.

⁽⁹²⁾ Nel primo senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 75; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ e Giu. AZZARITI, *op. cit.*, p. 40; U. SALVESTRONI, *Della capacità di succedere*, cit., p. 121; in giurisprudenza, la risalente Cass., 26 giugno 1964, n. 1689, in *Mass. Giur. it.*, 1964. Nel secondo, A. CICU, *op. cit.*, p. 107; L. COVIELLO jr., *Diritto successorio*, cit., p. 180 s.; L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 154; S. MONOSI, *op. cit.*, p. 158; L. FERRI, *op. cit.*, spec. p. 211; G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 196.

⁽⁹³⁾ *Retro*, § 3.

sua efficacia, l'indegno resterà escluso dalla successione. Inoltre, all'indegno contemplato nel testamento si applicheranno le disposizioni riguardanti gli effetti dell'indegnità (artt. 464 e 465 c.c.).

Rimane da analizzare un ultimo rilevante problema concernente le interrelazioni tra riabilitazione dell'ereditando *ex art.* 466 c.c. e conseguenze del reato che ne è il presupposto in sede penale, problema peraltro poco studiato dalla civilistica.

In particolare, v'è da chiedersi se la riabilitazione pronunciata in sede penale comporti il venir meno dei presupposti per la declaratoria di indegnità.

La dottrina che si è occupata marginalmente del problema ritiene che l'indegnità permanga anche a seguito di riabilitazione penale⁽⁹⁴⁾.

L'impostazione è corretta, ma merita alcune precisazioni.

In generale, l'art. 178 c.p., come accennato⁽⁹⁵⁾, dispone che la riabilitazione ha effetto sulle pene accessorie e sugli effetti penali della condanna, salvo diversa previsione di legge. Essa, dunque, non incide sul piano successorio e, ad eccezione dell'ipotesi di cui al n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c. qualora sia intervenuta prima della cessazione della tutela e il genitore sia stato effettivamente reintegrato nella responsabilità genitoriale, non elimina la causa di indegnità, che, pertanto, può essere rimossa soltanto a seguito di riabilitazione da parte dell'ereditando *ex art.* 466 c.c.

Tuttavia, come si è visto⁽⁹⁶⁾, nel codice penale si prevede, con riferimento ai reati a sfondo sessuale, una sola fattispecie in cui l'esclusione dalla successione della vittima del reato è contemplata dall'art. 609 *novies* quale pena accessoria, mentre in tutti gli altri casi la condanna semplicemente costituisce un presupposto per l'applicazione di una delle ipotesi di cui all'art. 463 c.c.

Unicamente in detta fattispecie, quindi, sorge questione di appurare: *a)* se la riabilitazione pronunciata in sede penale prima della morte dell'ereditando comporta il venir meno della causa di esclusione; *b)* se la riabilitazione compiuta *ex art.* 466, 1° comma, c.c. o la devoluzione prevista nel testamento ai

⁽⁹⁴⁾ Cfr., di recente, A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, cit., p. 978.

⁽⁹⁵⁾ *Retro*, spec. § 5.

⁽⁹⁶⁾ V. sempre *retro*, § 5.

sensi del 2° comma della disposizione possa comunque avere effetto anche in mancanza di riabilitazione penale.

Sub a) la risposta dev'essere sicuramente affermativa.

È indubbio che, dovendosi in questo caso valutare la situazione con riferimento all'apertura della successione⁽⁹⁷⁾, la sentenza penale di riabilitazione ha estinto le pene accessorie, con la conseguenza che difetta il presupposto in base al quale il giudice civile può pronunciare l'indegnità.

Ciò, ovviamente, salvo non ricorrano altre ipotesi previste dall'art. 463 c.c. Così, la situazione presenta caratteri peculiari qualora il condannato sia (anche) un genitore decaduto dalla responsabilità ai sensi del n. 1 dell'art. 609 *novies* c.p., poiché, sebbene la causa di esclusione di cui al n. 3 della norma venga meno, in questa ipotesi l'avvenuta decadenza rileva ai sensi del n. 3 *bis* del citato art. 463, con la conseguenza che all'ereditando è consentito o di riabilitarlo quando la sentenza di riabilitazione penale non sia intervenuta prima della cessazione della tutela per il raggiungimento della maggiore età del figlio o per la sua emancipazione, ovvero, se questa sia intervenuta prima, di escluderlo volontariamente *ex art.* 448 *bis* c.c.

Sub b) il discorso è più complesso.

Generalmente, almeno riguardo alla riabilitazione propriamente intesa (art. 466, 1° comma, c.c.), la risposta dev'essere negativa non potendo all'evidenza la volontà dell'ereditando incidere sull'efficacia di una sanzione comminata dalla legge penale e che può essere rimossa solo con un provvedimento giudiziale a ciò deputato.

Tuttavia, è possibile che: *b1)* gli altri interessati alla successione, legittimati all'azione di indegnità, vi rinunzino, così indirettamente confermando la volontà del *de cuius*; *b2)* che, pur in mancanza della sentenza di riabilitazione, i requisiti di cui all'art. 179 c.p. siano maturati prima dell'apertura della successione.

In quest'ultimo caso, ci sembra che la volontà dell'ereditando possa trovare attuazione, dando la possibilità all'indegno di richiedere la riabilitazione

⁽⁹⁷⁾ Diversamente da quanto abbiamo visto, giusta il tenore del n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c., a proposito della decadenza dalla responsabilità genitoriale e al suo mancato reintegro, *retro*, § 5.

penale anche dopo l'apertura della successione. Pertanto, ove questi manifesti un tale interesse, il giudice civile investito della declaratoria di indegnità *ex artt.* 463 ss. c.c., valutata l'esistenza dei presupposti richiesti per la riabilitazione alla morte dell'ereditando, sospenderà il giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c., dovendo altro giudice risolvere una controversia da cui dipende la decisione della causa.

Si è visto poi che il 2° comma dell'art. 466 c.c. consente al *de cuius* di contemplare efficacemente tra i successibili l'indegno che non sia stato riabilitato ai sensi del 1° comma della disposizione. E ci sembra che ciò possa avvenire anche nella fattispecie in esame, in quanto il destinatario della devoluzione si trova nella medesima situazione.

Un'eventuale previsione testamentaria in questo senso non si pone, infatti, in contrasto con la legge penale, poiché l'ereditando non riabilita il condannato, ma lo contempla in disposizioni di carattere esclusivamente patrimoniale e, quindi, *mortis causa*: esse, come si è rilevato poco fa, non rimuovono l'indegnità, ma semplicemente ammettono l'indegno a succedere in qualità di erede o legatario, nei limiti e secondo le modalità ivi previsti.

8. — *L'esclusione volontaria come causa di indegnità.*

Si è accennato⁽⁹⁸⁾ che l'esclusione dalla successione oltre che legale, cioè prevista da una norma di legge, può ora essere attuata volontariamente dall'ereditando. Infatti, l'art. 448 *bis* c.c., di recente introduzione ad opera dell'art. 1, l. 10 dicembre 2012, n. 219, consente al figlio e, in sua mancanza, ai discendenti prossimi, di escludere il genitore dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui al successivo art. 463.

La norma – il cui mancato coordinamento con gli istituti previgenti del codice, con particolare riferimento agli alimenti, è stata sottolineata dalla

⁽⁹⁸⁾ *Retro*, §§ 1 e 4.

dottrina più attenta⁽⁹⁹⁾ – pone nella materia che ci occupa essenzialmente tre problematiche, concernenti l'individuazione: *a)* del suo ambito di operatività; *b)* dei soggetti legittimati a disporre l'esclusione e della successione cui essa va riferita; *c)* della natura giuridica dell'esclusione e delle relative modalità di applicazione.

Sub a) si è affermato in dottrina⁽¹⁰⁰⁾ che il legislatore ha inteso riferirsi a comportamenti del genitore che, pur non avendo dato adito a decadenza per una molteplicità di ragioni, costituiscono violazione dei doveri familiari, quali quelli che conseguono alla responsabilità del genitore *ex art.* 2043 c.c.

La tesi non può essere condivisa, poiché amplia a dismisura l'operatività della disposizione in esame, in contrasto con il dato normativo e con il sistema della esclusione dalla successione, fondato sulla tipicità delle fattispecie che la producono. Il tenore dell'art. 448 *bis* c.c., del resto, è esplicito nel consentire l'esclusione soltanto riguardo al genitore nei cui confronti è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale.

Al pari dell'ipotesi di indegnità di cui al n. 3 *bis* dell'art. 463 c.c. e di quella prevista dall'art. 609 *novies* c.p., la pronuncia giudiziale di decadenza rappresenta, dunque, un presupposto per l'esclusione volontaria, che, in difetto, non può essere disposta, tanto più che – come detto in precedenza⁽¹⁰¹⁾ – nemmeno il giudice investito della pronuncia di indegnità sulla base delle norme ora richiamate, è deputato all'accertamento dell'esistenza dei fatti lesivi in mancanza di un precedente provvedimento in tal senso.

Si è già rilevato in proposito⁽¹⁰²⁾, coerentemente con l'esclusione prevista dalla legge, che il richiamo compiuto dall'art. 448 *bis* c.c. ai «fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'art. 463» va riferito unicamente all'ipotesi in cui il genitore decaduto dalla responsabilità vi sia stato reintegrato prima della cessazione della tutela o dell'emancipazione del figlio. Infatti, questo è

⁽⁹⁹⁾ L'indagine più completa sul punto è di G. PALAZZOLO, *L'alterazione degli obblighi alimentari e l'indegnità a succedere per revoca della potestà genitoriale nel nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., *passim*.

⁽¹⁰⁰⁾ M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 241.

⁽¹⁰¹⁾ *Retro*, § 5.

⁽¹⁰²⁾ V. ancora *retro*, § 5.

l'unico caso in cui la pronuncia di decadenza non è causa di indegnità legale a succedere ed è attribuito all'ereditando il potere di escludere volontariamente l'ascendente dalla propria successione.

Rimangono fuori dall'applicazione del citato art. 448 *bis* tutte quelle fattispecie che, sebbene caratterizzate da violazione di doveri genitoriali, non hanno prodotto, per una qualsivoglia ragione, una pronuncia di decadenza dalla responsabilità. Se si ritenesse diversamente: 1) verrebbe disatteso l'univoco dettato della norma di legge che riferisce l'esclusione dalla successione unicamente al genitore decaduto; 2) si determinerebbe una situazione di estrema incertezza, attribuendo all'ereditando il potere di individuare quali comportamenti – più o meno gravi – comporterebbero esclusione dalla successione e quali no, in contrasto con la *ratio* dell'istituto, che prevede sempre e comunque un accertamento da parte del giudice delle condotte pregiudizievoli, accertamento che costituisce, quindi, il presupposto necessario per l'esclusione; 3) si verificherebbe un'irragionevole disparità di trattamento a favore del figlio, che potrebbe escludere il genitore dalla successione sulla base del fatto (anche ritenuto tale) che questi ha mancato ai propri doveri, mentre il genitore stesso non avrebbe possibilità di farlo, sebbene in presenza di violazione da parte del figlio degli obblighi previsti dalla legge a suo carico o di condotte pregiudizievoli per la sua salute fisica e/o psichica (salva la pronuncia di indegnità su domanda dei chiamati in subordine, ove la condotta concreti una delle ipotesi di cui all'art. 463 c.c.).

Sub b), cioè riguardo alla legittimazione e all'individuazione della successione interessata dall'esclusione del soggetto, va anzitutto osservato che il dettato normativo di cui all'art. 448 *bis* c.c. riprende quello del n. 2 del precedente art. 433, che, a proposito delle categorie di obbligati agli alimenti, indica i figli e, in loro mancanza, i discendenti prossimi⁽¹⁰³⁾. Questi ultimi, pertanto, entrano in giuoco, essendo obbligati alla prestazione alimentare, soltanto quando i primi non possono provvedere, perché premorti o indigenti.

⁽¹⁰³⁾ Sul punto, G. PALAZZOLO, *Alimenti dovuti e mantenimento negoziato*, Napoli, 2008, p. 178 ss.

In maniera speculare, il citato art. 448 *bis*, non solo esenta questa categoria di obbligati dall'adempimento dell'obbligo di prestare alimenti all'ascendente nei cui confronti è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale, ma consente loro di escluderlo dalla successione.

Relativamente ai poteri del figlio la disposizione è chiara: egli può escludere il genitore dalla sua successione e, ovviamente, può farlo soltanto attraverso un atto redatto prima della sua morte, poiché, successivamente, sono solo i chiamati in subordine (non necessariamente discendenti di questo) i legittimati all'azione di indegnità verso il genitore dell'ereditando, in presenza dei presupposti di legge. L'esclusione, pertanto, può avvenire unicamente in maniera volontaria.

Meno chiara la disposizione risulta essere riguardo ai discendenti dei figli⁽¹⁰⁴⁾, poiché occorre appurare a quale successione essa si riferisce.

Per attribuire alla norma senso compiuto, ci sembra che in essa non possa rinvenirsi un'ulteriore ipotesi di esclusione legale dalla successione dei figli del decaduto dalla responsabilità, nel senso che i discendenti sarebbero legittimati ad agire qualora il loro genitore (il figlio che ha subito la decadenza) abbia omesso di disporre l'esclusione volontaria dell'avo dalla propria successione. Infatti, il suo tenore letterale, in cui esplicitamente si prevede un potere, attribuito in via principale al figlio che ha subito la decadenza, a cui, come detto, certo non può essere riferita la proposizione dell'azione di indegnità essendo premorto, porta coerentemente a ritenere che analogo potere vada altresì attribuito ai discendenti in ordine alla propria successione. In caso contrario, si dovrebbe ammettere che la disposizione contenga, in relazione alla medesima successione, un'ipotesi di esclusione volontaria riguardo ai figli e di esclusione legale a favore dei loro discendenti, il che appare francamente assurdo⁽¹⁰⁵⁾.

Inoltre, se, come si è evidenziato poco fa, il potere di esclusione è inscin-

⁽¹⁰⁴⁾ Riguardo ai quali la dottrina parla di «profilo veramente difficile da collocare nel sistema successorio»: G. PALAZZOLO, *L'alterazione degli obblighi alimentari e l'indegnità a succedere per revoca della potestà genitoriale nel nuovo art. 448 bis c.c.*, cit., § 4.

⁽¹⁰⁵⁾ Il profilo è ben evidenziato da G. PALAZZOLO, *L'alterazione degli obblighi alimentari e l'indegnità a succedere per revoca della potestà genitoriale nel nuovo art. 448 bis c.c.*, loc. cit.

dibilmente legato alla posizione di obbligato alimentare, l'operatività dell'art. 448 *bis* c.c. nei confronti dei discendenti presuppone la mancanza dei primi obbligati⁽¹⁰⁶⁾; diversamente, sono soltanto i figli, in quanto tenuti agli alimenti, legittimati secondo la norma richiamata a poterli rifiutare e, contemporaneamente, a poter escludere il genitore dalla successione.

Il riferimento deve, pertanto, intendersi alla successione dei discendenti e non a quella dei figli, in relazione ai quali è stato adottato il provvedimento di decadenza.

Consegue che la norma – a seconda di chi sia il potenziale debitore alimentare – consente ai figli o, in alternativa, ai loro discendenti di non corrispondere gli alimenti e di escludere l'ascendente decaduto dalla propria successione.

La soluzione proposta è coerente con le situazioni che si possono verificare nella pratica, poiché la “mancanza” dei primi obbligati può derivare: 1) dal fatto che questi siano premorti al genitore decaduto e, quindi, la loro successione si è aperta anteriormente al sorgere dell'obbligazione agli alimenti in capo ai discendenti ed è stata già regolata secondo le regole dettate dai primi obbligati o, in mancanza, dalla legge; 2) dalla circostanza che questi siano indigenti e, in tal caso, l'esclusione dalla loro successione sarebbe priva di risvolto pratico e, dunque, perfettamente inutile.

Da quanto si è osservato deriva necessariamente che l'esclusione di cui all'art. 448 *bis* c.c. avviene: 1) per volontà dell'ereditando; 2) in ordine alla propria successione.

Sub c), cioè riguardo alla natura giuridica dell'esclusione volontaria e alle modalità di applicazione, il discorso è molto più complesso.

Anzitutto, v'è da chiedersi se l'atto con cui l'ereditando esclude l'ascendente decaduto dalla responsabilità possieda un contenuto meramente patrimoniale e, quindi, sia una disposizione testamentaria di diseredazione tecnicamente intesa, ovvero abbia una natura giuridica diversa e la patrimonialità sia riconducibile soltanto agli effetti.

⁽¹⁰⁶⁾ V., di recente, Trib. Bologna, 2 febbraio 2006, in *leggiditaliaprofessionale.it*, secondo cui, in base al combinato disposto degli artt. 433 e 441 c.c., condizione dell'azione alimentare proposta contro le persone obbligate in un grado determinato è la mancanza di obbligati di grado anteriore o la loro incapacità di prestare gli alimenti.

La qualificazione nell'uno o nell'altro senso è ricca di implicazioni anche pratiche, con particolare riferimento a due ordini di conseguenze: 1) nel primo caso l'esclusione andrebbe qualificata come atto *mortis causa* e, come tale, legato alle vicende del testamento che la contiene (revoca, invalidità, ecc.), mentre nel secondo sarebbe atto *post mortem*, da queste non influenzato ed assimilabile alla riabilitazione quanto all'esistenza dei requisiti formali e sostanziali richiesti; 2) nel primo caso l'operatività dell'esclusione sarebbe immediata e prescinderebbe dall'instaurazione di un procedimento giurisdizionale volto alla declaratoria di indegnità, mentre nel secondo sarebbe rimessa alla disponibilità dei chiamati in subordine ed operativa soltanto a seguito di sentenza costitutiva del giudice, che abbiamo visto essere sempre necessaria nelle ipotesi di esclusione legale⁽¹⁰⁷⁾.

Parte della dottrina⁽¹⁰⁸⁾ che si è occupata della questione ha ricondotto la fattispecie nell'ambito della diseredazione, così attribuendo rilevanza fondamentale alla clausola testamentaria di esclusione, che produrrebbe effetto automatico all'apertura della successione.

In questo modo, tuttavia, si crea una palese disparità, con trattamento più grave riguardo a quelle situazioni in cui le condotte poste in essere hanno comportato minori danni e presentano un più lieve grado di antiggiuridicità: così, chi ha ucciso volontariamente il *de cuius* sarebbe escluso in applicazione del n. 1 dell'art. 463 c.c. soltanto a seguito di accoglimento da parte del giudice della domanda di indegnità proposta dai soggetti legittimati, che potrebbero pure rinunziarvi in tutto o in parte, mentre il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale, ma poi reintegrato lo sarebbe per intero, immediatamente ed automaticamente per l'operare della clausola testamentaria di diseredazione, a prescindere dalla instaurazione del relativo giudizio. Il che, all'evidenza, non può essere.

Pertanto, ci si deve domandare se una previsione di una esclusione volontaria immediatamente efficace sia aderente al sistema, che impone comunque una pronuncia di esclusione nei casi previsti dalla legge (artt. 463

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *retro*, §§ 2-6.

⁽¹⁰⁸⁾ M. SESTA, *op. loc. cit.*

c.c. e 609 *novies* c.p.), ovvero si debba più coerentemente ritenere che anche la norma in esame preveda un'ulteriore ipotesi di indegnità, non legale ma volontaria, operativa, come negli altri casi, soltanto a seguito di provvedimento del giudice.

Ci sembra che l'esclusione volontaria *ex art. 448 bis* c.c. non possa essere considerata alla stregua di una mera disposizione testamentaria di diseredazione, la cui validità ed efficacia, peraltro, è stata di recente sancita dalla Cassazione⁽¹⁰⁹⁾.

Anche la diseredazione produce, è vero, l'esclusione del destinatario dalla successione, ma essa deriva dalla mera volontà dell'ereditando, che intende penalizzare sul piano patrimoniale il soggetto, nei limiti della disponibile, per proprie ragioni, giuste o arbitrarie che siano, non necessariamente legate ad un dato comportamento del potenziale successibile⁽¹¹⁰⁾. L'istituto, di cui pure si è auspicata un'estensione alla successione necessaria per soddisfare i legittimari in stato di bisogno⁽¹¹¹⁾, non si fonda, quindi, su una previsione

⁽¹⁰⁹⁾ Cass., 25 maggio 2012, n. 8352, in *Notariato*, 2012, p. 368; in dottrina, di recente, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 137 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Si può fare il seguente esempio: Tizio, non coniugato, senza prole né ascendenti ancora in vita, è titolare di un unico bene immobile e ha due fratelli, Caio e Sempronio; il primo, imprenditore di successo ha accumulato notevole fortuna e possiede un ingente patrimonio, viceversa Sempronio, per varie vicissitudini, si trova in difficoltà economiche ed è bisognoso di aiuto; Tizio, pertanto, decide di devolvere a Sempronio l'intero patrimonio; e può farlo, o attraverso la nomina di questo a suo erede universale, o, più semplicemente, attraverso una clausola di diseredazione verso l'altro, che impedisce anche l'operare della successione intestata.

Questi concetti si rinvengono nella giurisprudenza della Cassazione sin da tempi risalenti: v. Cass., 14 ottobre 1955, n. 3158, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 252; in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 138, secondo cui indegnità e diseredazione si differenziano tra di loro perché la prima è una sanzione stabilita dalla legge, mentre la seconda trova la sua fonte nella volontà del testatore: tuttavia, in rapporto all'istituto della rappresentazione, tali differenze sono irrilevanti, con la conseguenza che non è vietato estendere la rappresentazione, che è istituto eccezionale (nel senso che deroga al principio secondo il quale nella successione legittima il parente prossimo esclude il remoto), dalla indegnità, citata dalla legge, alla diseredazione.

⁽¹¹¹⁾ V. A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 508 ss.

legale, punitiva di determinati comportamenti. Viceversa, l'esclusione volontaria viene attuata in applicazione di una sanzione prevista dalla legge a carico del genitore decaduto dalla responsabilità e poi reintegrato.

Nella diseredazione manca, dunque, il carattere sanzionatorio tecnicamente inteso che qualifica sul piano giuridico la fattispecie in esame e da cui deriva il suo inquadramento nel sistema dell'esclusione dalla successione, con la conseguenza che quest'ultima svolge una funzione diversa, tutelando interessi difforni, essenzialmente di carattere non patrimoniale.

Proprio per questi caratteri, la clausola di esclusione volontaria non può essere ricondotta nell'ambito delle disposizioni *mortis causa*, anche se contenuta in un testamento. Essa, piuttosto, è giuridicamente assimilabile alla riabilitazione, riferendosi al medesimo interesse, anche se attuato in maniera opposta: la riabilitazione, infatti, ha l'effetto di "abilitare" alla successione l'indegno, mentre l'esclusione volontaria ha quello di "disabilitare" chi non è indegno, ma ha posto in essere condotte comunque rilevanti sul piano successorio e sanzionate dal sistema.

In definitiva, il *de cuius*, a seconda della posizione del soggetto può, tramite un atto avente le medesime caratteristiche, ammetterlo alla propria successione, oppure escluderlo.

Il compimento di una dichiarazione di esclusione ai sensi dell'art. 448 *bis* c.c. non preclude, comunque, che l'ereditando possa ricorrere – in aggiunta o in alternativa ad essa – alla diseredazione come in qualunque altro caso di devoluzione successoria, ferma restando l'autonomia e la diversa natura giuridica delle due fattispecie.

Infatti, egli può decidere di rafforzare gli effetti dell'esclusione volontaria che, attraverso la diseredazione, diverrebbero automatici e prescinderebbero dalla instaurazione del giudizio di indegnità verso il successore da parte degli altri interessati e dalla conseguente pronuncia costitutiva del giudice. Più precisamente, la clausola testamentaria potrebbe contenere due previsioni affatto diverse: la prima, non patrimoniale, di esclusione dalla successione *ex art. 448 bis* c.c.; l'altra, a carattere patrimoniale, impeditiva della delazione a favore dell'escluso diseredato. Ma in questo caso, perché si possa parlare di esclusione volontaria non è sufficiente una mera disposizione negativa,

ma è necessario che la volontà dell'ereditando di escludere dalla successione l'ascendente emerga chiaramente dal tenore della clausola testamentaria.

Dalla riconduzione dell'esclusione nella categoria dei negozi *post mortem* e dalla sua assimilazione alla riabilitazione derivano varie conseguenze.

Anzitutto, essa priva il genitore dei suoi diritti successori anche in deroga alle disposizioni poste a tutela dei legittimari (art. 538 c.c.)⁽¹¹²⁾. In questo caso, quindi, la previsione produrrà effetti non soltanto sulla disponibile, ma anche sulla quota riservata, restando il soggetto escluso pur se titolare dei relativi diritti, con la conseguenza che, qualora ad essa si accompagni una disposizione di diseredazione, quest'ultima avrà l'effetto di impedire la devoluzione in maniera totale.

In secondo luogo, l'esclusione ha sicuramente effetto anche se si apre la successione intestata: non è detto, infatti, che l'ereditando intenda prevedere e disciplinare le devoluzioni ereditarie, potendo limitarsi semplicemente a disporre l'esclusione.

In ogni caso, la sua efficacia rimane ferma indipendentemente dalle vicende del testamento che la contiene.

L'esclusione volontaria, poi, va qualificata atto formale al pari della riabilitazione, con la conseguenza che, per produrre effetti, essa dev'essere disposta per atto pubblico o contenuta in un testamento. L'assunto si pone in linea con la rilevanza dell'atto e dei suoi effetti, e non contrasta con il principio di libertà della forma, peraltro sottoposto a revisione critica dalla civilistica contemporanea, secondo cui non esiste nel nostro ordinamento una "norma regolare" in base alla quale i privati sono liberi di scegliere la forma del negozio, né si possono definire norme eccezionali quelle che impongono l'uso di forme specifiche per l'esternazione di determinate volontà negoziali⁽¹¹³⁾. In sostanza, la forma è un mero strumento di esternazione del-

⁽¹¹²⁾ Sulla successione necessaria degli ascendenti, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 525 ss.

⁽¹¹³⁾ V., almeno, N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, spec. p. 19 ss.; B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione» (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49 ss.; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 539 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*,

la volontà ed è governata dalla rilevanza dell'interesse tutelato dal sistema.

Inoltre, per quanto riguarda la disciplina della capacità e dei vizi della volontà si applicano le regole previste in tema di riabilitazione⁽¹¹⁴⁾.

In conclusione, va affrontata la questione della revocabilità dell'atto di esclusione.

Si è visto che la riabilitazione è atto irrevocabile. Ci si deve allora domandare se anche l'esclusione volontaria presenti tale caratteristica.

La risposta dev'essere a nostro avviso affermativa, sulla base dalla sua natura di atto non patrimoniale a carattere sanzionatorio particolarmente importante ai fini successori. Una manifestazione di volontà in questo senso del *de cuius*, compiuta nelle forme di cui all'art. 466, 1° comma, c.c., comporta che l'escluso volontariamente viene a trovarsi, al momento dell'apertura della successione, nella medesima posizione dell'escluso ai sensi degli artt. 463 c.c. e 609 *novies* c.p.

Tuttavia, come si è visto, l'indegno può comunque essere ammesso alla successione quando espressamente contemplato nel testamento come destinatario di eredità e/o di legati, nei limiti e secondo le modalità previste dall'art. 466, 2° comma, c.c. E la norma deve ritenersi applicabile anche nella fattispecie in esame per l'identità di posizione che assume l'escluso volontariamente rispetto a quella dell'escluso *ex lege*.

Deriva che, sebbene l'esclusione sia irrevocabile ed efficace a prescindere dalle vicende dell'*atto mortis causa* che eventualmente la contempla, all'ereditando è attribuita una possibilità di ripensamento, potendo sempre ammettere l'escluso alla propria successione *ex art.* 466, 2° comma, c.c., poiché, come detto, tale previsione non comporta il venir meno dello stato di indegnità del beneficiario. Naturalmente, in questo caso, la devoluzione, in

ivi, 1986, II, p. 205 ss.; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, spec. pp. 12 ss. e 133 ss.; G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, spec. p. 313. Più specificamente, in tema di liberalità, cfr. gli importanti contributi di Antonio Palazzo: v., in particolare, A. PALAZZO, *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2000, spec. p. 197 ss.; e, più di recente, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, spec. p. 112 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Su cui *retro*, § 7.

quanto atto *mortis causa* e non *post mortem*, è legata alle vicende del testamento in cui è contenuta, con la conseguenza che, se questo viene revocato o invalidato, egli non parteciperà in alcun modo dalla successione.

In definitiva, dunque, anche l'esclusione volontaria, al pari della riabilitazione, va giuridicamente qualificata come atto di natura personale, che non ammette rappresentanza, formale, non di ultima volontà, di carattere non patrimoniale e irrevocabile.

FRANCESCO SCAGLIONE (*)

RAPPORTO EDUCATIVO E *STATUS* DEL MINORE NEL DIRITTO ITALIANO

ABSTRACT: The aim of the article is the juridical analysis of minors' upbringing in the Italian legal system, in the light of the recent law no. 219/2012, and also in connection to the EU law sources. The author analyses the main aspects of the upbringing right, and in particular: *a)* the event from which it arises; *b)* its content, essentially represented by the principle for which the child has to be brought up in accordance with his/her personality; *c)* the consequences on its encroachment, with specific reference to the qualification and the juridical nature of the subsequent damage.

SOMMARIO: 1. Rapporto educativo e gradazioni dello *status filiationis*. — 2. Contenuto e limiti del rapporto educativo. — 3. Danni da inadempimento dell'obbligo educativo e tutela del minore.

1. — *Rapporto educativo e gradazioni dello status filiationis.*

Il rapporto educativo è la relazione giuridica che si instaura tra i figli ed i genitori biologici o adottivi, per effetto della procreazione oppure dell'adozione⁽¹⁾.

Esso, in ossequio ad un fondamentale principio solidaristico, ha come fine la cura e la tutela della persona del minore, secondo modalità idonee a favorirne la crescita, lo sviluppo della personalità e la graduale formazione della coscienza morale e sociale.

Il fatto naturale della procreazione è anche un fatto giuridico, perché costituisce il presupposto per l'acquisto della capacità giuridica e dello *status*

(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto "IR&RI - Individual Rights and Regional Integration", finanziato dall'Unione Europea, EACEA, nell'ambito del Programma Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

⁽¹⁾ Cfr. art. 27, 1° comma, l. n. 184/1983.

di figlio, da cui deriva, in conformità al nuovo art. 315 *bis*, primo comma, c.c., introdotto dalla recente riforma della filiazione (l. n. 219/2012), il diritto del figlio «di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni»⁽²⁾.

Ne deriva che anche gli obblighi educativi a carico dei genitori originano dal fatto della procreazione e prescindono dall'accertamento legale del rapporto di filiazione⁽³⁾.

⁽²⁾ A fronte del diritto del figlio all'educazione in senso lato, il quarto comma dell'art. 315 *bis* c.c. prevede l'obbligo del figlio di rispettare i genitori e di contribuire, in relazione alle proprie sostanze, alle proprie capacità e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa. In argomento, cfr. A. BELLELLI, *I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam.*, 2013, p. 645 ss.

⁽³⁾ Cfr., per tutti, E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, p. 363; M. COSTANZA, *I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, pp. 526-527. La giurisprudenza più recente ribadisce quest'orientamento: Cass., 13 dicembre 2011, n. 26772, in *www.personaedanno.it*: «Nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto quindi a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene tuttavia meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia di dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale, che sorge dalla nascita del figlio. Insomma il diritto di questi ad essere mantenuto, istruito ed educato da parte di entrambi i genitori prescinde dal riconoscimento giuridico dello *status* parentale. Esso sorge con la nascita giacché è responsabilità che consegue ad una situazione ontologicamente naturale e pertanto giuridica. Il genitore che ritarda il suo doveroso riconoscimento, financo al punto da far intervenire il giudice, non può allegare a proprio vantaggio il ritardo stesso». In tal senso, v. già Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, in *Foro it.*, 2007, I, c. 86.

La rilevanza del solo fatto della procreazione per il sorgere degli obblighi genitoriali nei confronti della prole è confermata indirettamente anche da Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 994 ss., con nota di L. LENTI, *Responsabilità civile e convivenza libera*, che dà rilievo al fatto della convivenza *more uxorio* al fine di sancire la responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c. di un convivente nei confronti dell'altro per violazione degli obblighi familiari, quale lesione di interessi giuridicamente rilevanti. Si trattava di un caso di improvviso allontanamento dell'uomo dall'abitazione nella quale viveva con la donna ed il bambino nato dalla loro unione per intraprendere una nuova relazione sentimentale, disattendendo la promessa di matrimonio fatta alla convivente e privando costei ed il bambino della necessaria assistenza morale e materiale, oltre a privare la donna, nel corso della convivenza, del diritto alla sessualità.

Ciò è confermato dalla circostanza che il figlio incestuoso non riconosciuto può agire *ex art.* 279 c.c. per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, previa autorizzazione del giudice, ai sensi dell'art. 251, 2° comma, c.c.

Per sottolineare l'autonomia degli obblighi educativi dall'atto di accertamento dello *status* di figlio, l'art. 106 dello schema di decreto legislativo recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 luglio 2013, ha abrogato il precedente art. 261 c.c., secondo cui «Il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli»⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ L'autonomia dell'obbligo mantenitorio, in particolare, si manifesta anche nei confronti dell'età del figlio: v. Cass., 3 aprile 2002, n. 4765, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1323: «L'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli secondo le regole dell'art. 148 c.c. non cessa, "ipso facto", con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato dello stesso, il cui accertamento non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione. Deve, pertanto, in via generale escludersi che siano ravvisabili profili di colpa nella condotta del figlio che rifiuti una sistemazione lavorativa non adeguata rispetto a quella cui la sua specifica preparazione, le sue attitudini ed i suoi effettivi interessi siano rivolti, quanto meno nei limiti temporali in cui dette aspirazioni abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzate, e sempre che tale atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia». Ma v. anche Cass., 7 luglio 2004, n. 12477, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, ove è statuito che il mantenimento del figlio maggiorenne convivente è da escludere quando quest'ultimo, ancorché allo stato non autosufficiente economicamente, abbia in passato espletato una attività lavorativa, così dimostrando il raggiungimento di un'adeguata capacità e determinando la cessazione del corrispondente obbligo di mantenimento da parte del genitore, atteso che non può avere rilievo il successivo abbandono dell'attività lavorativa da parte del figlio, trattandosi di una scelta che, se determina l'effetto di renderlo privo di sostentamento economico, non può far risorgere un obbligo di mantenimento i cui presupposti erano già venuti meno, ferma restando invece l'obbligazione alimentare, fondata su presupposti affatto diversi e azionabili direttamente dal figlio e non già dal genitore convivente. Nello stesso senso, cfr. Cass., 18

Pertanto, l'accertamento dello *status* – ormai unificato⁽⁵⁾ – di figlio, che avviene mediante il riconoscimento formale⁽⁶⁾, comporta unicamente l'acquisto della responsabilità genitoriale, cui la legge ricollega i poteri di rappresentanza del minore e di amministrazione dei suoi beni (cfr. artt. 320 e 324 c.c.)⁽⁷⁾.

Vero è che tali poteri sono strettamente interrelati con il corretto adem-

gennaio 2005, n. 951, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 29: «Il figlio maggiorenne di genitori divorziati, già titolare di un assegno di mantenimento, ha l'obbligo di attivarsi per trovare un lavoro e rendersi economicamente indipendente. Ne consegue che correttamente il giudice di merito revoca l'obbligo di mantenimento a carico del padre, ove risulti che il figlio abbia non solo colposamente omesso di terminare gli studi, ma anche immotivatamente rifiutato di accettare l'offerta di un posto di lavoro, a nulla rilevando che si trattasse di un lavoro fuori sede».

⁽⁵⁾ Art. 315 c.c.: «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». In argomento, v. A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245 ss.; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 231 ss.

⁽⁶⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, 1, 2^a ed., Milano, 2013, p. 257: «(...) riconoscimento formale è quello che il genitore fa nell'atto di nascita per il figlio nato da matrimonio e riconoscimento formale è pure quello che fa per il figlio nato da unione libera, quali la dichiarazione di nascita o gli altri atti in forma pubblica o per testamento». Diverse sono però le azioni giudiziali per impugnare il riconoscimento di figlio nato fuori del matrimonio (art. 263 c.c., impugnazione per difetto di veridicità) e quello di figlio matrimoniale contenuto nell'atto di nascita (azioni di disconoscimento ex artt. 235 e 244 c.c., e di contestazione della legittimità ex art. 248 c.c.).

⁽⁷⁾ La definizione di responsabilità genitoriale non coincide, pertanto, con quella, assai più ampia, datane dal legislatore europeo, secondo cui essa designa «i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita» (cfr. art. 2, n. 7, reg. CE n. 2201/2003). Nello schema di decreto legislativo recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'art. 2, l. 10 dicembre 2012, n. 219, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 luglio 2013, la terminologia responsabilità genitoriale sostituisce quella precedente di potestà dei genitori di cui al titolo IX del codice civile. L'art. 316 c.c. nuovo testo (destinato a sostituire il precedente art. 317 *bis* c.c.), dispone al 1° comma che «Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio»; mentre al 4° comma è previsto che «Il genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori del matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi».

pimento degli obblighi educativi da parte dei genitori (si pensi, ad esempio, all'iscrizione a scuola del minore), ma, in linea di principio, prendersi cura del figlio sin dalla nascita e provvedere al suo mantenimento sono doveri giuridici che si ricollegano soltanto al fatto procreativo e alla esigenza morale e sociale di garantire l'accudimento del minore, nonché al dovere di solidarietà che informa tutti i rapporti familiari⁽⁸⁾. Del resto, ai sensi dell'ultimo comma del nuovo art. 316 c.c. (destinato a sostituire il precedente art. 317 *bis*, 3° comma, c.c.), «il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale *vigila* sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio»: il potere-dovere di vigilanza implica che il genitore che non ha riconosciuto formalmente il figlio se ne prenda cura anche tutte le volte in cui l'altro genitore eserciti da solo la responsabilità genitoriale (v. il nuovo art. 316, 4° comma, c.c.), attraverso un dialogo costante con questi⁽⁹⁾.

In quest'ottica, il disposto dell'art. 147 c.c. (nuovo testo), secondo cui «il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315 *bis*», non fa altro che ribadire per i coniugi – proprio in virtù del rinvio all'art. 315 *bis* c.c. – l'esistenza del dovere di prendersi cura della prole⁽¹⁰⁾. Certo è, però, che la collocazione sistematica (nel capo IV, *Dei diritti e doveri che nascono dal ma-*

⁽⁸⁾ La dottrina tradizionale distingue tra l'obbligo di mantenimento e gli obblighi di istruzione e di educazione, per i quali ultimi sarebbe necessario l'esercizio della potestà (oggi responsabilità) genitoriale: M. GIORGIANNI, *Note introduttive agli artt. 315-318*, in *Comm. Cian-Oppe-Trabucchi*, IV, Padova, 1992, p. 285 ss., spec. p. 301. Tuttavia, nell'ottica dell'unitarietà degli obblighi educativi, rispondenti ad un'esigenza unitaria di cura del minore, questa distinzione non può essere accolta.

⁽⁹⁾ Nell'ordinamento tedesco, in forza del § 1626a BGB, se i genitori non sono coniugati tra loro alla nascita del figlio, la potestà genitoriale spetta alla madre, a meno che essi dichiarino di voler assumere congiuntamente la potestà (dichiarazione di potestà) oppure si sposino tra loro. Il concetto tedesco di potestà genitoriale (*elterliche Sorge*), tuttavia, comprende sia la cura della persona del figlio (potestà sulla persona o *Personensorge*) che quella del patrimonio del figlio (potestà sul patrimonio o *Vermögenssorge*): cfr. § 1626 (1) BGB.

⁽¹⁰⁾ Sul testo precedente dell'art. 147 c.c., v., per tutti, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 289 ss.; E. GIACOBBE, *Le persone e la famiglia*, III, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2011, p. 733 ss.

trimonio, del titolo VI, *Del matrimonio*, del libro I del codice civile) della norma sui doveri dei genitori nei confronti dei figli appare oggi superata, atteso che tali doveri non discendono dal matrimonio, bensì dal fatto della procreazione.

L'unicità dello *status* di filiazione, quindi, non esclude che di esso possano distinguersi due diverse gradazioni, a seconda che il figlio sia stato riconosciuto formalmente o meno⁽¹¹⁾.

Queste gradazioni indicano una diversa intensità non già dei diritti del minore, bensì dei poteri dei genitori finalizzati all'educazione del minore.

Inoltre, poiché l'accertamento dello *status* segue sempre al fatto della procreazione, ne deriva che il riconoscimento pubblico della posizione filiale costituisce l'atto conclusivo di una fattispecie a formazione progressiva attraverso cui si acquista la responsabilità genitoriale, per la completa attuazione degli obblighi educativi e, quindi, per la migliore soddisfazione dei diritti del minore.

Pertanto, la graduabilità dello *status* di figlio, lungi dal riproporre la tradizionale distinzione tra cura della persona e cura dei beni del minore⁽¹²⁾, indica l'unitarietà del percorso giuridico verso la piena attuazione del diritto del minore all'educazione, che tuttavia può completarsi in momenti differenti, la procreazione e il riconoscimento formale della filiazione, dei quali però solo il primo è quello fondamentale per l'acquisto del diritto del figlio nei confronti dei genitori biologici e la conseguente nascita del rapporto educativo.

2. — *Contenuto e limiti del rapporto educativo.*

Il rapporto educativo, sebbene promosso dall'educatore nei confronti dell'educando, trae linfa soprattutto dalle indicazioni provenienti da quest'ul-

⁽¹¹⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 3ª ed., Milano, 2001, p. 274, il quale distingue la titolarità sostanziale dalla titolarità formale del rapporto di filiazione.

⁽¹²⁾ Questa distinzione corrisponde, in buona sostanza, a quella tra aspetto personale o interno e aspetto esterno della potestà genitoriale, sulla quale v. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 285. Ma la cura del minore non conosce queste distinzioni ed il principio ispiratore della riforma della filiazione del 2012 è proprio quello di tutelare il diritto del figlio all'educazione nel modo più completo possibile. Il riconoscimento, quindi, è sempre un atto auspicabile e assai utile per la tutela più efficace dei diritti del minore.

timo⁽¹³⁾. Ciò emerge con chiarezza dalla stessa etimologia latina del termine educazione, che deriva dai verbi latini *educare* (far crescere) ed *edūcere* (trarre fuori); compito del genitore-educatore è innanzitutto quello di individuare ed inverare i dati caratteriali e le potenzialità già presenti *in nuce* nel minore, affinché questi acquisti la coscienza critica di se stesso e la conoscenza problematica del mondo⁽¹⁴⁾.

In questa prospettiva, l'impegno dei genitori dev'essere quello di aiutare il minore a comprendere le inclinazioni del suo animo, distinguendo il mero capriccio o arbitrio dai veri bisogni esistenziali che nutrono la crescita di ciascun individuo⁽¹⁵⁾.

È pur vero, peraltro, che se «non esiste uno sviluppo anodino della personalità, una capacità critica senza metri di giudizio che, necessariamente, ne escludano altri, né una maturità senza valori»⁽¹⁶⁾, è compito dei genitori fornire ai figli gli strumenti valutativi necessari a compiere scelte esistenziali libere e consapevoli, in linea con la propria reale indole, ma secondo un percorso assiologicamente orientato dal rispetto dei valori-cardine della convivenza civile, ottimamente espressi dai principi costituzionali (educazione alla libertà)⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Questa continua interazione tra genitori e figli per la cura e l'educazione del minore è ben espressa dal § 1626 (2) BGB, secondo cui «Nell'assistenza e nell'educazione i genitori tengono in considerazione la crescente capacità e il bisogno crescente del figlio ad agire autonomamente e responsabilmente. Essi discutono con il figlio, nella misura in cui questo è conveniente secondo il suo stato di sviluppo, le questioni relative alla potestà genitoriale e tendono alla concordia». Cfr. la traduzione di S. PATTI (a cura di), *Codice civile tedesco*, Milano, 2013, pp. 1072-1073.

Discutere con il figlio (*besprechen mit dem Kind*) è assai opportunamente ritenuto dal legislatore tedesco un obbligo dei genitori strumentale alla piena realizzazione della sua personalità. In argomento, v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 553-554.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. GENNARI, *Trattato di pedagogia generale*, 3ª ed., Milano, Bompiani, 2009, pp. 47-48.

⁽¹⁵⁾ In argomento, v. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 34 ss.; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 470 ss.

⁽¹⁶⁾ M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2012, p. 305.

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. TRABUCCHI, *Il «vero interesse» del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 750.

L'art. 30 Cost., norma di natura precettiva, garantisce, al primo comma, la privatezza del rapporto educativo, sancendo che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio»; mentre, al secondo comma, dispone che «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti», sottolineando in tal modo la doverosità della funzione educativa, che è necessario comunque assicurare nell'interesse del minore.

La funzione educativa designa pertanto la situazione giuridica facente capo al genitore, consistente in un potere-dovere da esercitare in funzione della realizzazione della personalità *in fieri* del figlio, secondo scelte frutto di un delicato equilibrio tra i bisogni esistenziali evidenziati dal minore nel corso della sua crescita ed i valori culturali che necessariamente e, il più delle volte, inconsapevolmente, improntano l'azione pedagogica dei genitori in un determinato ambiente sociale.

Sotto questo profilo, la funzione educativa si connota come una funzione relazionale, non soltanto avuto riguardo al rapporto educativo in senso stretto tra genitori e figli, ma anche con riferimento al contesto socio-culturale, giuridico e di maturazione epocale in cui una specifica comunità familiare vive e si sviluppa.

La scelta del legislatore della riforma della filiazione attuata nel 2012-2013 è in linea con la precisa volontà di riconoscere non solo il diritto-dovere dei genitori di educare anche i figli non matrimoniali, secondo quanto disposto dall'art. 30 Cost., ma soprattutto di sancire il principio secondo cui il diritto del figlio ad essere educato nel rispetto della sua personalità in formazione costituisce un *prius* rispetto a qualsiasi esigenza pedagogica – risalente alla cultura personale dei genitori – che mal si concili con i reali bisogni esistenziali palesati dal minore capace di discernere (v. il nuovo art. 316 c.c., destinato a sostituire il precedente art. 317 *bis* c.c.).

Del resto, considerando la famiglia la formazione sociale ove si svolge la personalità del minore, i limiti alle scelte educative dei genitori sono segnati già dall'art. 2 Cost., nella misura in cui tale norma impone il rispetto degli articoli della Costituzione che tracciano i contorni dei diritti inviolabili

dell'uomo (v., ad esempio, gli artt. 19 e 21 Cost., sulla libertà religiosa⁽¹⁸⁾ e di manifestazione del pensiero), prescrivendo modelli di azione pedagogica che qualificano le forme e gli stessi contenuti dell'educazione, integrando la serie dei doveri assegnati ai genitori dall'art. 30, 1° comma, Cost.⁽¹⁹⁾. Ne consegue che qualsiasi scelta educativa dei genitori volta a comprimere le libertà individuali costituzionalmente garantite, anche in via implicita, quali la libertà di movimento oppure la libertà nella sfera affettiva e sessuale, è legittima solo se finalizzata alla tutela dell'integrità fisica e psichica del minore, gravando sui genitori l'obbligo di impedire qualsiasi evento che possa recare danno ai figli (arg. ex art. 40, 2° comma, c.p.)⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. P. LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1921 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali, Sub art. 30 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1976, p. 106. Anche l'indicazione dell'art. 3, 2° comma, Cost., con l'impegno dello Stato a rimuovere gli ostacoli che – limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini – impediscono il pieno sviluppo della persona umana, sottolinea l'esigenza di garantire uno spazio di autonomia del minore man mano che si consolida la sua visione del mondo, sia pure orientata e favorita dai valori e dagli esempi trasmessi dai genitori nel corso della sua crescita: in argomento, v. M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, 2, Milano, 2007, p. 108. Ma v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 307, secondo cui «L'inadeguatezza del ricorso ai principi costituzionali si rivela non sul piano dei contenuti quanto, ancor prima, su quello del *metodo*, in quanto propone di adottare modelli e schemi di comportamento propri degli adulti, pienamente capaci e autonomi, con interessi positivamente determinati e rivolti all'esterno».

Sui contenuti educativi del minore, v. l'art. 29, primo comma, della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989: «Gli Stati parti convengono che l'educazione del fanciullo deve avere come finalità: a) di favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche, in tutta la loro potenzialità; b) di inculcare al fanciullo il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dei principi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite; c) di inculcare al fanciullo il rispetto dei suoi genitori, della sua identità, della sua lingua e dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del paese nel quale vive, del paese di cui può essere originario e delle civiltà diverse dalla sua; d) preparare il fanciullo ad assumere le responsabilità della vita in una società libera, in uno spirito di comprensione, di pace, di tolleranza, di uguaglianza tra i sessi e di amicizia tra tutti i popoli e gruppi etnici, nazionali e religiosi, con le persone di origine autoctona; e) di inculcare al fanciullo il rispetto dell'ambiente naturale».

⁽²⁰⁾ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 595-596. In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass., 1° dicembre 2005, in *Riv. pen.*, 2006, p. 684, secondo cui il genitore che è a conoscenza di

Il contenuto del rapporto educativo risente profondamente dell'evoluzione della personalità del minore, che consiste in un processo acquisitivo delle capacità e posizioni proprie di un individuo adulto, strettamente connesso – di norma – al naturale processo biologico di maturità; esso, quindi, dipende dalla concreta attitudine del minore a relazionarsi col mondo che lo circonda e a comprendere il significato delle proprie azioni.

Questo legame tra funzione educativa e capacità di discernimento del minore⁽²¹⁾ è ben evidenziato dalla quella giurisprudenza che, già trent'anni or sono, sottolineava la complementarità e l'interdipendenza tra gli obblighi educativi ed i doveri di sorveglianza dei minori gravanti sui genitori, «nel senso che man mano che l'opera educatrice abbia (o non abbia) conseguito i propri progressivi risultati, consentendo al minore una sempre maggiore capacità di corretto inserimento nella vita di relazione, consona alla sua età ed al suo ambiente, si attenua (o meno) l'intensità del correlativo dovere del genitore di vigilare sulla sua condotta, permettendo di elargire al minore quei proporzionali maggiori gradi di libertà di movimento e di autodetermi-

abusi sessuali ai danni del figlio minore e non vi si opponga, è responsabile del reato *ex* artt. 147 c.c. e 40, 2° comma, c.p.; Trib. Trento, 20 ottobre 1999, in *Giur. merito*, 2000, p. 110, che ha ritenuto legittima la condotta dei genitori che segregano in casa il figlio per il periodo necessario ad evitare che entri in contatto con uno spacciatore; Trib. minori Napoli, 13 gennaio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1155, il quale, viceversa, ha escluso che i genitori possano vietare una relazione sentimentale al figlio minore.

In argomento, v. anche P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in M. DE CRISTOFARO e A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1979, p. 238 ss., il quale individua nella tutela della salute e del buon costume contro la violenza fisica e morale nei confronti del minore un *vincolo categorico* quale limite alla discrezionalità educativa dei genitori.

⁽²¹⁾ Cfr. P. STANZIONE, *Il diritto all'educazione del minore*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 3/2011, p. 9, secondo il quale «l'accertata maturità di giudizio condiziona i contenuti e le modalità dell'educazione. Lungi, peraltro, dal ritenere che l'assenza di discernimento legittimi i genitori a sostituirsi autoritativamente nelle valutazioni che concernono la prole – dovendo comunque gli stessi rispettarne l'interesse e le inclinazioni –, la sua comprovata esistenza, nel caso concreto, rende il minore co-decisore di diritto delle scelte che attengono alla sua sfera esistenziale e, sia pure in misura più gradata, a quella patrimoniale». In argomento, v. anche le riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Due diverse concezioni del rapporto educativo*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 71 ss.

nazione di cui quello, per le sue attitudini ed abitudini e per l'affidabilità delle inclinazioni in precedenza manifestate, si sia reso meritevole»⁽²²⁾.

Tuttavia, se la *culpa in vigilando* dei genitori *ex art.* 2047 c.c. è esclusa per l'illecito commesso dal minore capace di intendere o di volere⁽²³⁾, la Suprema Corte ha invece di recente confermato un orientamento volto ad imputare ai genitori la responsabilità *ex art.* 2048 c.c. per il danno cagionato dagli atti illeciti compiuti dai figli minori che abitano con essi, riconducibili ad oggettive carenze nell'attività educativa, che si manifestino nel mancato rispetto delle regole della civile coesistenza, vigenti nei diversi ambiti del contesto sociale in cui il minore si trovi ad operare⁽²⁴⁾.

La presunzione di *culpa in educando* dei genitori⁽²⁵⁾ dissimula però una regola di responsabilità oggettiva, a causa dell'inversione dell'onere della prova di cui all'*art.* 2048, ult. comma, c.c.⁽²⁶⁾.

Ma v'è di più: secondo i giudici la prova liberatoria consiste non già in quella (negativa), legislativamente predeterminata, di non aver potuto im-

⁽²²⁾ Cass., 30 ottobre 1984, n. 5564, in *Foro it.*, 1985, I, c. 145.

⁽²³⁾ Cfr. Cass., 30 marzo 2011, n. 7247, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 143, con nota di M. CIMMINO, *Autodeterminazione del minore e responsabilità civile*, che sottolinea però come, ai fini del riconoscimento della responsabilità del sorvegliante, a norma dell'*art.* 2047 c.c., è necessario che il fatto commesso dall'incapace presenti tutte le caratteristiche dell'antigiuridicità e cioè che sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito. Ne consegue che, «nell'ipotesi di lesione personale inferta da un minore ad un altro nel corso di una competizione sportiva, occorre verificare, al fine di escludere l'antigiuridicità del comportamento dell'incapace e la conseguente responsabilità del sorvegliante, se il fatto lesivo derivi o meno da una condotta strettamente funzionale allo svolgimento del gioco, che non sia compiuto con lo scopo di ledere e che non sia caratterizzato da un grado di violenza o di irruenza incompatibile con lo sport praticato».

⁽²⁴⁾ Cass., 6 dicembre 2011, n. 26200, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 722, con nota di G. TOSCANO, *Culpa in educando e responsabilità genitoriale*; in *Dir. fam.*, 2012, p. 1023, con nota di G. LUDOVICI, *Le colpe dei figli ricadano sui padri e sulle madri (ovvero come la mancata osservanza del dovere di educare la prole non trovi limiti di spazio e di tempo e costituisca sempre, salvo prova contraria, fonte di responsabilità diretta per gli esercenti la potestà genitoriale)*.

⁽²⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 11 agosto 1997, n. 7459, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2390; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 990.

⁽²⁶⁾ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità genitoriale e libertà religiosa*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 1709.

pedire il fatto, bensì nella prova (positiva) di avere impartito al figlio una buona educazione e di avere esercitato su di lui una vigilanza adeguata, il tutto in conformità alle condizioni sociali, familiari, all'età, al carattere e all'indole del minore⁽²⁷⁾. Il laboratorio giurisprudenziale offre una casistica emblematica di atti illeciti per i quali, non essendo stata raggiunta tale (ardua) prova liberatoria, i genitori sono stati ritenuti responsabili civilmente *ex art. 2048 c.c.*: *a)* lesioni personali inferte da un minore nel corso di una partita di calcio, a gioco fermo, al giocatore della squadra avversaria, anch'egli minorenni⁽²⁸⁾; *b)* omicidio commesso dal "grande" minore avente un'età di diciassette anni e mezzo⁽²⁹⁾; *c)* sinistro stradale causato dal minore alla guida di un ciclomotore⁽³⁰⁾.

In realtà, sotto le mentite spoglie di una responsabilità aquiliana per *culpa in educando* (o secondo una diversa opinione, per fatto altrui)⁽³¹⁾ si cela

⁽²⁷⁾ Cfr. Cass., 14 marzo 2008, n. 7050, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 193.

⁽²⁸⁾ Cass., 6 dicembre 2011, n. 26200, cit.

⁽²⁹⁾ Cass., 29 agosto 2009, n. 18804, in *Dir. fam.*, 2010, p. 654, secondo cui «Qualora i genitori di un *grande minore* pecchino di inescusabile, grave negligenza ignorando i problemi psicologici ed esistenziali ed i non lievi pericoli che affliggono il figlio (di 17 anni e mezzo all'epoca dei fatti) anche a causa di un contesto socioambientale torbido e gravido di non lievi pregiudizi d'ordine morale e sociale, ed il grande minore, rimasto solo con sé stesso, in balia di ricatti e di dicerie e maldicenze profondamente offensive, nonché allarmato da gravi ed irreparabili pericoli, e non adeguatamente assistito e sorretto, reagisca alle infamanti dicerie e maldicenze ed ai ricatti ed alle minacce di un altro giovane, uccidendolo, la responsabilità civile dei genitori *ex art. 2048 c.c.* è certa e piena, obbligandoli al risarcimento del danno provocato dal figlio: la gravità del reato commesso attesta la responsabilità dei genitori, che va ravvisata non in un difetto di vigilanza, data l'età del figlio, ma nell'inadempimento dei doveri di educazione e di formazione della personalità del grande minore, in termini tali da non consentire l'equilibrato sviluppo psicoemotivo, la capacità di dominare gli istinti, il rispetto degli altri, fattori, tutti, nei quali si estrinseca la maturità personale».

⁽³⁰⁾ Cass., 22 aprile 2009, n. 9556, in *Danno e resp.*, 2010, p. 167, con nota di P. PARDOLESI e M. DI MATTIA, *Responsabilità dei genitori per l'illecito dei minori: un esercizio di precomprensione?*, in *Resp. civ. e pren.*, 2010, II, p. 548, con nota di G. MASTRANGELO, *La responsabilità dei genitori tra educazione e vigilanza della prole minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1136, con nota di F. ESPOSITO, *Autonomia del minore e responsabilità dei genitori*.

⁽³¹⁾ Cfr. F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, p. 135: «Nel sistema della responsabilità civile, l'art. 2048 costituisce una delle norme speciali – non eccezionali

il pragmatismo di soluzioni giurisprudenziali al problema della allocazione dell'obbligazione risarcitoria per equivalente, che nulla hanno a che vedere con i contenuti del rapporto educativo, essendo ispirate unicamente dall'intento di garantire l'effettiva soddisfazione dell'interesse del danneggiato alla riparazione della lesione subita⁽³²⁾. Tuttavia, l'imputazione della responsabilità ai genitori in luogo del minore si rivela un espediente fragile e iniquo: infatti, se è vero che difficilmente il minore (anche diciassettenne), a differenza dei suoi genitori, possiede i mezzi economici per risarcire il danno conseguenza della sua condotta, è però altrettanto vero che il compimento del diciottesimo anno di età non muterà *in melius*, di regola, la situazione reddituale dell'autore dell'illecito, ormai maggiore di età e, quindi, pienamente responsabile.

3. — *Danni da inadempimento dell'obbligo educativo e tutela del minore.*

Chiarito che la funzione pedagogica può essere assolta dai genitori solo nell'ambito di un rapporto educativo, di cui il minore costituisce un soggetto attivo, è necessario ora analizzare la situazione giuridica che il legislatore

– che si contrappongono alla clausola generale dell'art. 2043: quelle, al contrario di questa, non assumono la colpa come criterio di imputazione del danno, bensì solo – e non sempre – come criterio complementare di valutazione del fatto dannoso. Questa valutazione può concernere o la condotta del soggetto a cui viene imputato il fatto dannoso, oppure – eccezionalmente – la condotta di un soggetto diverso. In questo secondo caso si ha responsabilità per fatto altrui, di cui l'art. 2048 è espressione. La valutazione della condotta del genitore è quindi ammessa, nel fatto illecito del minore, non per fondare la responsabilità, ma per escluderla. La responsabilità *ex* art. 2048 non sorge attraverso la valutazione della condotta del genitore – come sarebbe in una fattispecie di responsabilità per colpa *ex* art. 2043 – ma attraverso l'accertamento di un dato (la qualità di genitore, nella fattispecie) a cui la responsabilità è direttamente connessa. Poiché non viene esclusa la possibilità di valutare la condotta del soggetto su cui è fatta gravare la responsabilità, non si viene a creare, nonché surrettiziamente, una fattispecie di responsabilità oggettiva».

⁽³²⁾ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e minore età*, Napoli, 1994, p. 39 ss., secondo il quale il dovere di educare i figli si è trasformato da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato.

della riforma della filiazione gli attribuisce all'interno di tale rapporto e le conseguenze della sua violazione.

In proposito, un dato appare subito evidente: il diritto del minore all'educazione, sancito dall'art. 315 *bis* c.c., è un diritto soggettivo unitario, del quale il mantenimento, l'istruzione e l'assistenza morale costituiscono declinazioni particolari.

La formazione personale del minore, infatti, non può essere adeguatamente garantita senza la contemporanea presenza di una assistenza morale e materiale⁽³³⁾.

Si tratta, in particolare, di un diritto soggettivo fondamentale di solidarietà che risponde «all'interesse essenziale dell'essere umano a ricevere l'aiuto e la guida necessari per la sua formazione»⁽³⁴⁾.

Il diritto all'educazione è quindi un diritto fondamentale della persona a carattere non patrimoniale, volto alla soddisfazione di interessi esistenziali del minore.

Simmetricamente, l'obbligo educativo dei genitori ha anch'esso carattere non patrimoniale; l'inadempimento di esso comporta una responsabilità per il pregiudizio causato al minore.

Il danno cagionato al figlio per l'inadempimento dell'obbligo educativo si traduce necessariamente – in quanto conseguenza della lesione di un diritto fondamentale della persona – in un danno esistenziale, da determinarsi in via equitativa, cui può aggiungersi un danno patrimoniale, che invece va provato nella sua effettiva consistenza, tutte le volte in cui tale inadempimento comporti anche una lesione al patrimonio personale del minore.

Questa impostazione porta a ravvisare nell'obbligo mantenitorio, in particolare, una vera e propria obbligazione, ove la prestazione corrisponde ad un interesse non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.)⁽³⁵⁾. Ma anche

⁽³³⁾ Sulla inscindibilità di istruzione ed educazione, v. già F. RUSCELLO, *L'istruzione tra scuola e famiglia. Tecniche di tutela della persona*, Napoli, 1992, p. 48, secondo il quale l'istruzione è un aspetto necessario dell'educazione.

⁽³⁴⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, cit., pp. 278-279, il quale, tuttavia, non ravvisa l'unitarietà del diritto in questione.

⁽³⁵⁾ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 615, secondo cui «Il carattere non patrimoniale

quando l'obbligo genitoriale sia privo di contenuto patrimoniale, come nel caso dell'obbligo di assistenza morale del minore, oppure abbia un contenuto non patrimoniale prevalente, come per l'obbligo di istruzione del figlio, esso è pur sempre un obbligo giuridicamente vincolante e la sua disciplina può desumersi in via analogica dalla disciplina dettata per le obbligazioni⁽³⁶⁾.

La responsabilità del genitore inadempiente è quindi, di natura contrattuale, poiché l'art. 1218 c.c. si applica all'inadempimento di qualsiasi obbligazione, anche di fonte legale. Nulla osterebbe poi – in linea di principio – all'applicabilità dell'art. 1175 c.c., sull'osservanza del dovere di correttezza nell'esecuzione dell'obbligo⁽³⁷⁾.

Del resto, sebbene la norma sul danno non patrimoniale sia dettata nell'ambito della disciplina della responsabilità aquiliana (art. 2059 c.c.), le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto che l'interpretazione costituzionalmente orientata di tale norma consente di ammettere il risarcimento dei danni non patrimoniali anche nella materia della responsabilità contrattuale⁽³⁸⁾.

L'opinione prevalente, tuttavia, continua a ritenere che la responsabilità da illeciti endofamiliari, quali tipicamente quelli riconducibili alla violazione dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione dei genitori verso la prole, come nell'ipotesi – sfortunatamente piuttosto frequente – di disinte-

degli obblighi genitoriali deriva anche dalla circostanza che l'adempimento di tali obbligazioni non comporta un pregiudizio dei creditori dei genitori. Questi ultimi non possono utilizzare strumenti di tutela, quali l'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901, 3° comma c.c., perché i genitori agiscono nell'adempimento di un dovere. Inoltre, in virtù del combinato disposto dell'art. 809 c.c. e dell'art. 742 c.c. le spese di mantenimento non possono ricadere nella disciplina della riduzione (art. 555 c.c.) e della collazione (art. 742 c.c.)».

⁽³⁶⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 82.

⁽³⁷⁾ Cfr. le osservazioni di M. DELL'UTRI, *Funzioni ed efficacia (note a margine dell'art. 709 ter c.p.c.)*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1601.

⁽³⁸⁾ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120. In argomento, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2ª ed., Milano, 2012, p. 203 ss.; V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009; M. GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003; A. LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004.

resse del padre nei confronti del figlio non riconosciuto, appartenga all'area extracontrattuale⁽³⁹⁾. Ci sembra, però, che la indubbia rilevanza del diritto del minore all'educazione quale diritto fondamentale della persona debba fare i conti col fatto che la sua violazione può provenire solo dal genitore.

In altri termini, la configurazione del diritto del minore quale diritto assoluto contrasta con la natura necessariamente relativa del rapporto educativo.

Il diritto del minore all'educazione è, pertanto, un diritto fondamentale che si realizza innanzitutto attraverso una pretesa nei confronti dei genitori ad una condotta incoercibile. Il concorso dello Stato all'attuazione di questo diritto, tramite l'istruzione pubblica (v. artt. 33 e 34 Cost.), lascia immutata la titolarità dell'obbligo educativo in capo ai genitori. Eventuali abusi perpetrati da insegnanti o educatori che coadiuvano i genitori nell'attuazione della funzione educativa costituiscono, pertanto, illeciti aquiliani nei confronti del minore, salva la responsabilità contrattuale di essi nell'ambito del rapporto che li lega all'istituzione presso la quale prestano la loro attività lavorativa.

L'azione risarcitoria per inadempimento dell'obbligo educativo in senso lato, promossa dal legale rappresentante del minore, peraltro, non è l'unica tutela risarcitoria che il sistema prevede a favore del minore al di fuori dei casi di responsabilità aquiliana: si pensi, ad esempio, alla tutela predisposta dall'art. 709 *ter*, n. 2, c.p.c., secondo cui, nell'ipotesi di gravi inadempienze ai provvedimenti emanati dal giudice relativamente ad un procedimento di affidamento già in corso, il Tribunale può emanare statuizioni consistenti in una condanna al risarcimento del danno, a carico di uno dei genitori, in favore del minore⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Mass. Giust. civ.*, 2012; Trib. Roma, 27 ottobre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 392. In argomento, v. la classica analisi di S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; e, da ultimo, nella diversa ipotesi di rapporti di tra conviventi, Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, cit.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., sull'argomento, G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709-ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 29 ss.

STEFANIA STEFANELLI^(*)

ATTRIBUZIONE DI *STATUS* E DIRITTI DEL FIGLIO INCESTUOSO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

ABSTRACT: The author analyses the juridical position of incestuous children in the Italian legal system, also in connection to the sources of EU law and to the European Convention of Human Rights (ECHR). In particular, the article is focused on: *a)* the relationship between incestuous and acknowledged children, in the light of the recent law no. 219/2012, which gave them equal rights; *b)* the succession of the incestuous children, in connection to the rights awarded to all children by the Italian legal system (so called “successione necessaria”).

SOMMARIO: 1. La parificazione dei figli nella riforma del 2012. — 2. Dichiarabilità e riconoscibilità della filiazione incestuosa. — 3. Per una rimediazione del concetto di *status*. — 4. Elementi costitutivi dello stato civile della persona. — 5. Responsabilità genitoriale e azioni di stato. — 6. La successione dei figli non riconoscibili. — 7. L'assegno come diritto di legittima. — 8. Coesistenza di altro *status* incompatibile.

1. — *La parificazione dei figli nella riforma del 2012.*

Con l'approvazione della l. 219 del 10 dicembre 2012⁽¹⁾, vede una tappa fondamentale il progressivo cammino verso la parificazione degli *status* di filiazione, attraverso l'eliminazione, diretta o rinviata alla legislazione delegata, di ogni discriminazione fondata sull'esistenza di un valido vincolo matrimoniale tra i genitori, in ossequio alla novella dell'art. 315 c.c., nel senso dell'unificazione dello stato giuridico di tutti i figli.

^(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, finanziato dall'Unione Europea, EACEA, nell'ambito del Programma Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

⁽¹⁾ Nonostante l'intitolazione, singolarmente limitata al riconoscimento di quei figli, la cui definizione di “naturali” è sostituita con “nati fuori dal matrimonio”.

Il riferimento meno remoto di una tale nomenclatura giuridica si rintraccia nella Convenzione europea sullo *status* giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio⁽²⁾, sottoscritta con riserve dall'Italia l'11 febbraio 1981, non ancora ratificata, diretta allo scopo di migliorare il trattamento riservato ai figli nati al di fuori del matrimonio attraverso la «riduzione delle differenze» tra lo stato giuridico di questi e quello riservato ai figli nati durante il matrimonio, sempreché tali differenze si traducevano in «svantaggio legale e sociale» per i primi.

Antecedenti logici della riforma sono, naturalmente, i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 29 e 30 Cost., le fonti di derivazione comunitaria e sovranazionali⁽³⁾, principi rispetto ai quali non sembra rivestire carattere

⁽²⁾ Convenzione europea sullo *status* giuridico dei minori nati al di fuori del matrimonio, STCE n. 085, entrata in vigore il 15 ottobre 1975, disponibile, con l'elenco degli strumenti di ratifica, nel sito internet dell'Ufficio dei Trattati, all'indirizzo *conventions.coe.int*. Cfr. F. PROSPERI, *Impresa familiare. Art. 230 bis*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 159 ss., e ivi, nt. 285, anche con riferimento a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, Serie A, vol. 31, § 31; E. FALLETTI, *La filiazione, questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Matelica, 2007, p. 24 s., ID., *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Rimini, 2013; G. CATTANEO, *Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e trattamento dei figli naturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 328 ss.; J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, in *Tratt. Zatti*, Milano, 2011, p. 66 ss.; ID., *Le fonti di origine extranazionale*, in *Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2011, p. 191 ss.

⁽³⁾ Per le prime, il riferimento è all'art. 23, lett. b) del reg. (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, a mente del quale le decisioni relative alla "responsabilità genitoriale" non sono riconosciute «se, salvo i casi di urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto». Concetto, quello di responsabilità genitoriale, centrale nell'elaborazione di A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, 1, 2ª ed., Milano, 2013, p. 551 ss., fin dalla prima edizione del 2007, ripreso anche dalla bozza di decreto attuativo della riforma dello *status filiationis* licenziata il 4 marzo 2013 dalla Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia e l'elaborazione di proposte di modifica alla relativa disciplina, presieduta da C.M. BIANCA, intitolando «Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri dei figli» il Titolo I del Libro IX del c.c., e sostituendo, proprio con riferimento al citato Regolamento Bruxelles II *bis* la dizione «responsabilità genitoriale» a

eccezionale, rispetto alla dichiarata protezione ed eguaglianza di diritti dei figli, la considerazione delle loro origini, e più specificamente il fatto di discendere geneticamente da parenti o affini prossimi.

Sembra anzi che, accolta una nozione “naturalistica” di parentela nell’innovato art. 74 c.c.⁽⁴⁾, e consentita la riconoscibilità dei figli nati da relazioni incestuose, sia definitivamente venuto a cadere il velo di segreto che ha accompagnato anche l’elaborazione giuridica relativa alla sorte di costoro.

Silenzio di cui era espressione, oltralpe, il divieto di accertamento, giudiziale o volontario, della filiazione incestuosa riguardo a uno dei genitori: ai sensi dell’art. 334-10 del *code civil* «s’il existe entre les père et mère de l’enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l’égard de l’un il est enterdit d’établir la filiation à l’égard de l’autre»⁽⁵⁾, ed il vigente identico dettato dell’art. 334-7 del *code civil* del Lussemburgo né motivò la sottoscrizione con riserva della Convenzione Europea sullo *status* dei figli, proprio in considerazione dell’art. 3 ai sensi del quale la paternità di qualsiasi bambino nato fuori dal matrimonio può essere stabilita per atto volontario di riconoscimento o per decisione giudiziale, mentre la maternità consegue al parto. Del pari il *Código Civil* portoghese, agli art. 1809, al. a, e 1866, al. a, proibisce l’accertamento giudiziale della paternità e maternità incestuosa, così definita attraverso la parentela in linea retta, o quella in linea collaterale entro il secondo grado, pur non sanzionando l’incesto come reato, al pari di quanto avviene in Francia e Spagna.

La sanzione penale disposta, al contrario, dal § 173, comma 2, del codice penale tedesco (StGB), ha superato tanto il vaglio interno di costitu-

quella di «potestà genitoriale», ai sensi dell’art. 2, 1° comma, lett. b) della delega contenuta nella l. n. 219 del 10 dicembre 2012.

Riguardo alle seconde v. la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo 20 novembre 1989, ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, depositata il 5 settembre 1991.

⁽⁴⁾ V. anche A. FIGONE, *Parentela e affinità*, in *Tratt. Zatti*, Milano, 2011, p. 223 ss.; e J. LONG, *op. cit.*, p. 155 ss.

⁽⁵⁾ Articolo abrogato con Ordonnance n. 2005-759 del 4 luglio 2005, art. 15, in vigore dal 1° luglio 2006.

zionalità⁽⁶⁾ che quello di rispetto della protezione della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo⁽⁷⁾, sotto il profilo della valutazione, imposta dal 2° comma dello stesso articolo, del margine di ingerenza riconosciuto alla pubblica autorità a tutela della morale e delle libertà altrui.

Analogamente, l'art. 564 del codice penale italiano è stato sottoposto a questione di costituzionalità rispetto agli artt. 2, 3, 1° comma, 13, 1° comma, e 27, 3° comma, Cost., dubbio di costituzionalità rigettato essenzialmente sulla base della considerazione per cui il bene protetto non sarebbe eugenetico⁽⁸⁾, né afferirebbe all'integrità sessuale, ma piuttosto si incentra sull'ordine interno alla famiglia, rispetto al quale il pubblico scandalo realizza un «non irragionevole bilanciamento (non infrequente allorché si abbia a che fare con la vita familiare) tra l'esigenza di repressione dell'illecito e la protezione della tranquillità degli equilibri domestici da ingerenze intrusive, quali investigazioni della pubblica autorità alla ricerca del reato»⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ BVerfGE, 26 febbraio 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2091, con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*.

⁽⁷⁾ Corte EDU, 12 aprile 2012, *Stübing c. Germania*, su cui v. la nota critica di A. NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, p. 70 ss. Si trattava dell'identico caso deciso dal *Bundesverfassungsgericht*, di due fratelli germani cresciuti separati a causa della disgregazione della famiglia di origine, dalla cui relazione erano nati quattro figli.

⁽⁸⁾ Con riferimento alla tutela da malattie genetiche si veda, in particolare, l'*Opinione dissenziente del giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2103 ss., in considerazione dell'estraneità ai moderni Stati liberali del divieto di generare a carico di chi sa di esporre a rischio la progenie, per il fatto di essere portatore di malattie genetiche, e dell'insussistenza di un diritto a non nascere, se non sano, di cui si è a lungo discusso anche in Italia, da ultimo con riferimento a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Giur. it.*, 2013, p. 809, con note di D. CARUSI, «Revirement» in alto mare: il «danno da procreazione» si «propaga» al procreato?, e di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto a non nascere*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 198, con nota di E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*.

⁽⁹⁾ Corte cost., 21 novembre 2000, n. 518, in *Dir. pen. e processo*, 2000, p. 1590, con nota di G. SPANGHER, *Incesto tra suocero e nuora*, in *Giur. it.*, 2001, p. 994, con nota di F. BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dall'incesto*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 96; in *Dir.*

Alla luce della novella dell'art. 251 c.c., che apre la via all'accertamento giudiziale dell'interesse del minore in sede di autorizzazione al riconoscimento del figlio nato dalla relazione incestuosa, vi è chi si domanda se la richiesta di tale autorizzazione realizzi quel pubblico scandalo, e se dunque l'innovazione non si risolva in una istigazione al reato⁽¹⁰⁾.

Certo è che, in forza di una condanna sociale della cui attualità si dubita⁽¹¹⁾, era difficile contestare una tendenza degli ordinamenti a serbare il silenzio sulle relazioni incestuose, che si traduceva nel testo originario del codice civile italiano come in quello francese nella rinuncia all'accertamento dello status ed alla conoscenza delle origini del figlio frutto di quella relazio-

fam., 2001, p. 514; in *Foro it.*, 2002, I, c. 1659; in *Giur. cost.*, 2000, I, p. 458, con nota di M. CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*; in termini critici v. A. CADOPPI e L. MONTICELLI, *Incesto (art. 564)*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA e M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VI, Torino, 2009, p. 348.

⁽¹⁰⁾ G. PALAZZOLO, *Riconoscimento dell'incesto e induzione al reato*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La purificazione degli status di filiazione*, Perugia-Roma-México, 2013, p. 219 ss.

⁽¹¹⁾ Sotto il profilo dell'assenza del requisito del pubblico scandalo cfr. Trib. Venezia, 31 luglio 2006, in *www.personaedanno.it*, che riconobbe il risarcimento del danno alla sorella convivente *more uxorio* con la vittima di un incidente stradale, argomentando l'esclusione del reato di incesto dall'accettazione sociale della relazione, testimoniata anche dalla consuetudine del parroco del luogo di celebrare una funzione religiosa nell'abitazione della coppia in occasione dell'Epifania. In dottrina, tra gli altri, F. BIONDI, *op. cit.*, p. 994 ss.; G. MARUCCI, *Analisi antropologica della casistica di incesto in Italia*, in *Giust. pen.*, 1983, I, p. 263 ss.; C. VECCHIOTTI, P. SAPORA e C. COLASANTI, *È ancora attuale il delitto di incesto?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 374 ss.; F. ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, in *Giur. merito*, 1998, p. 866 ss. Si veda anche, per l'identica sanzione disposta da altri ordinamenti, A. NISCO, *«Principio di proporzionalità» ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte Costituzionale tedesca in materia di incesto*, in D. FONDAROLI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p. 147 ss. Si leggano, tra le opere generali dedicate ai figli di genitori incestuosi, M. STELLA RICHTER, *Adulterini e incestuosi (figli)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 611 ss.; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comparato Sacco*, Torino, 2002, p. 87; F. UCCELLA, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, Padova, 2001, p. 711 ss., ove anche l'analisi comparativa con gli ordinamenti polacco, algerino, marocchino, brasiliano. Ma anche P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 3^a ed., Napoli, 2002, p. 818 s.; G. LISSELLA, *«I diritti dei figli privi di stato»: a proposito di un recente contributo*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 368 ss.

ne, figlio cui veniva accordata unicamente una azione di alimenti contro il genitore, che consente comunque, quale presupposto la cui prova è necessaria all'accoglimento della domanda, che il processo accerti e dia evidenza giuridica a quell'incesto che si voleva dissimulare⁽¹²⁾.

2. — Dichiarabilità e riconoscibilità della filiazione incestuosa.

In funzione della realizzazione del diritto allo *status*, di cui ravvisa la garanzia primaria nell'art. 2 Cost.⁽¹³⁾, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 281 c.c., nella parte in cui «esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale, e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, 1° comma, c.c., il riconoscimento è vietato»⁽¹⁴⁾,

⁽¹²⁾ F. TERRÉ e D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6^{me} ed., n. 687, osservano come «un tel droit qui cache une filiation pour dissimuler un inceste, tout en se fondant qu'on qu'on en dise, sur cet inceste pour condamner un individu à verser des subsides à l'enfant pourra paraître d'une parfaite hypocrisie». Cfr. anche A. BAITTEUR, *La filiation incestueuse: l'exigence du secret*, in *Rev. trim. droit civil*, 2000, p. 768 ss.

⁽¹³⁾ Di siffatto fondamento costituzionale è certa Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 278, 1° comma, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, 1° comma, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. La si legga in *Giur. it.*, 2003, p. 868; in *Giur. cost.*, 2002, I, p. 4058, con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*; si veda anche, *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figlio nati da rapporto incestuoso*; in *Vita notarile*, 2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; in *Famiglia*, 2003, p. 845, con nota di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*; v. anche C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *Rass. giur. sarda*, 2003, e in *www.altalex.com*. In particolare, secondo la Corte, dalla previsione derivava, in forza dell'applicabilità degli artt. 580 e 594 c.c., una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti», in violazione del «diritto ad uno *status filiationis* riconducibile all'art. 2 Cost., e del principio costituzionale di eguaglianza come pari dignità sociale e divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali».

⁽¹⁴⁾ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

introducendo la categoria dei figli non riconoscibili ma dichiarabili, rispetto ai quali manteneva tuttavia il divieto di riconoscimento da parte dei genitori in mala fede, pur generalmente coincidente con la dichiarazione giudiziale della genitorialità.

Autorevole dottrina ha notato⁽¹⁵⁾ che il divieto di riconoscimento restava, nella riforma del 1975, a conferma della reputata maggiore gravità dell'incesto rispetto all'adulterio, ormai depenalizzato e non ostativo al riconoscimento dei figli che ne siano frutto.

L'incesto costituisce, infatti, tuttora fattispecie penalmente sanzionata in considerazione del "pubblico scandalo" *ex* art. 564 c.p., e dunque per la capacità di pubblica ripugnanza, per il profondo senso di turbamento e disgusto diffuso in un numero indeterminato di persone estranee alla coppia e alla cerchia familiare, capacità peraltro sempre meno sentita. Eppure, eccettuati i casi di violenza, spesso non manca il rapporto affettivo tra i genitori, e dunque, sotto un profilo squisitamente civilistico non può sostenersi che osti necessariamente all'accertamento della filiazione l'interesse del figlio, almeno quello alla bigenitorialità consacrato negli art. 155 *bis* ss. c.c., riformati con l. 8 febbraio 2006, n. 54.

La pronuncia di incostituzionalità del divieto di accertamento giudiziale della genitura si giustifica in forza della lesione del diritto di pari dignità sociale, che produce a carico dei figli di genitori incestuosi «una *capitis deminutio* perpetua ed irrimediabile, conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti», i genitori appunto, comportamenti egoistici dai quali deriverebbe, per conseguenza della non dichiarabilità della filiazione, l'inapplicabilità dell'art. 262 c.c. in materia di cognome, dell'art. 573 c.c. in materia di diritti successori, e l'inferiore posizione dei figli incestuosi *ex* artt. 580 e 594 c.c.

Poiché la procreazione non è un fatto egoistico esente da conseguenze, ma al contrario origina la responsabilità genitoriale, la Corte conclude nel senso per cui è dovere dei genitori prendersi carico di tutti gli obblighi che ne derivano, comunque sia avvenuta, anche fuori dal matrimonio ai sensi dell'art. 30, 1° e 3° comma, Cost.

⁽¹⁵⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 423.

Tuttavia, se tanto basta per la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 251 c.c., l'accoglimento della relativa questione «non coinvolge il parallelo divieto di riconoscimento nelle medesime ipotesi».

Secondo la motivazione della pronuncia, in particolare, dalla «riconosciuta esperibilità delle relative indagini deriva, come conseguenza della presente decisione, che l'art. 269, 1° comma, del codice civile deve essere interpretato (secondo la sua formulazione letterale) nel senso che la paternità e la maternità naturali possono essere dichiarate nelle ipotesi in cui il riconoscimento è ammesso, ma non nel senso reciproco: cioè che il riconoscimento sia effettuabile in tutte le ipotesi in cui vi possa essere la dichiarazione giudiziale».

Sarebbero dunque distinte la ricerca della genitorialità da parte del figlio e l'iniziativa genitoriale di riconoscimento, probabilmente in quanto diretta, secondo la Corte, a realizzare in via prioritaria l'interesse del genitore⁽¹⁶⁾.

La pronuncia ha incontrato numerose e fondate critiche⁽¹⁷⁾, specialmen-

⁽¹⁶⁾ G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, cit., p. 855, ritiene che la decisione abbia male inteso il riconoscimento come atto rispondente all'interesse del genitore, mentre realizza il diritto del figlio all'accertamento dello *status*. V. anche ID., *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Tratt. Rescigno*, 4, t. 3, 2ª ed., Torino, 1997, p. 259 ss. Così anche A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 426.

⁽¹⁷⁾ F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*, loc. cit.; W. VIRGA, *Figli incestuosi: categoria realmente superata?*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 879 ss.; G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figlio nati da rapporto incestuoso*, cit., p. 455 s., sulla base della considerazione per cui «il limite alla facoltà di riconoscimento si traduce in ogni caso in una discriminazione del figlio». L'argomentazione della pronuncia è deludente e contorta per A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 426, e spezza la continuità logico-giuridica tra divieto di riconoscimento e divieto di dichiarazione giudiziale, creando la nuova categoria dei figli non riconoscibili ma dichiarabili, secondo C.M. BIANCA, *La corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*, cit., p. 4073. Secondo E. CARBONE, *Art. 251*, in *Comm. Gabrielli, Della famiglia. 2. Artt. 177-342*, a cura di L. Balestra, Torino, 2010, p. 537, nt. 19, «La categoria dei figli non riconoscibili e tuttavia muniti d'azione costituisce davvero una novità, quanto singolare si comprende non appena si osservi che, negato il diritto, viene concesso il rimedio». Molto più cauta la posizione di S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 573 ss.

te per aver inaugurato un'inedita esimente per il genitore incestuoso di mala fede, in tal guisa legittimato ad un atteggiamento «di puro attendismo, che lascia al figlio di agire in ricerca e di procurarsi in giudizio lo *status* cui ha diritto»⁽¹⁸⁾. Esimente alla quale ha, finalmente, posto rimedio il legislatore della riforma dell'art. 251, non mancando di realizzare la protezione del figlio attraverso lo strumento del controllo giudiziale previsto dall'art. 251 c.c., o dal mancato consenso del genitore che abbia lo già riconosciuto, *ex art.* 250 c.c.⁽¹⁹⁾, così superando il sospetto avanzato dalla stessa Consulta.

Alternativa all'azione diretta costituire lo *status* resta quella fondata sull'art. 279 c.c., anche agli effetti successori di cui agli artt. 580 e 594 c.c., la cui legittimazione deve riconoscersi anche al figlio che abbia uno *status* di legittimità incompatibile con l'accertamento della paternità naturale, necessitato a domandare i soli effetti patrimoniali della generazione a causa dell'intervenuta decorrenza del breve termine per il disconoscimento *ex art.* 244 c.c.

L'interpretazione si giustifica per essere l'unica in grado di garantire l'armonizzazione con il dettato degli artt. 3, 29 e 30 Cost. delle disposizioni richiamate, che «relegano i figli privi di stato in posizione deteriore rispetto ai figli naturali dichiarati o riconosciuti»⁽²⁰⁾, come non manca di notare l'opinione fondata proprio sulla richiamata pronuncia di incostituzionalità, che legge nell'articolato fondamentale due sole categorie di figli, quelli nati entro e fuori dal matrimonio, senza ulteriore distinzione tra questi ultimi.

⁽¹⁸⁾ E. CARBONE, *Art. 251*, cit., p. 538.

⁽¹⁹⁾ G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi*, cit., p. 833 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 4^a ed., Milano, 2005, p. 393 s.

⁽²⁰⁾ Cfr. G.W. ROMAGNO, *La successione dei figli privi di stato, alla luce di una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 567 ss., che ne trae la necessità di interpretare estensivamente la disposizioni riferite ai diritti successori dei figli naturali nel senso di ricomprendervi anche i figli privi di stato. Ritiene, invece, inevitabile il permanere della differenziazione tra i figli dipendente dalla mancanza di un titolo di stato che ne fondi la successione ereditaria, M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 239, sulla base della considerazione per cui i figli non riconoscibili godono di un diverso stato di filiazione, non l'hanno voluto conseguire o non è stato giudicato nel loro interesse farglielo conseguire.

Interpretazione coerente, altresì, con la parificazione e la riconoscibilità dei figli incestuosi «previa autorizzazione del giudice, avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio».

Rispetto alla novella dell'art. 251 c.c. è dunque opportuno verificare quali diritti e speranze successorie si debbano riconoscere in primo luogo a coloro dei quali sia stata domandata ma sia mancata l'autorizzazione al riconoscimento, e se dunque a costoro spetti, in forza degli artt. 279, 580 e 504 c.c., l'assegno di mantenimento e alimentare durante la vita del genitore, e quindi un assegno a carico di eredi, legatari e donatari, commisurato alla rendita della quota che spetterebbe ove, invece, la filiazione fosse accertata.

I residui casi di irriconciliabilità dei figli incestuosi conseguono, in definitiva, al rifiuto dell'autorizzazione giudiziale motivato dalla tutela dell'interesse del minore ma anche all'inammissibilità del riconoscimento per contrasto con lo *status* in cui il figlio si trovi (eccezione ribadita dal testo riformato dell'art. 253 c.c.), o alla di lui scelta di domandare esclusivamente la realizzazione del proprio interesse patrimoniale, senza costituzione dello *status*, non volendo prendere il cognome del genitore né avere con lui altro rapporto.

Si chiarisce meglio, di tal guisa, anche la previsione del rinnovato art. 565 c.c., a mente del quale «Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai parenti [legittimi e naturali] e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo».

Per il vero, già durante i lavori preparatori della riforma del 1975 si era a lungo discusso dell'abrogazione dell'art. 580 c.c., residua eccezione al principio di pari trattamento di tutti i figli, ma prevalse l'opinione che ravvisava una persistente opposizione sociale alle unioni tra persone legate da stretti vincoli di parentela o affinità, ritenendo che la piena equiparazione dei diritti dei figli nati da quelle unioni alla posizione degli altri figli avrebbe realizzato una tutela incompatibile con i diritti della famiglia legittima⁽²¹⁾.

(21) Critico sulla scelta del legislatore A.C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, in *Riv. dir. civ.* 1976, II, p. 564 ss., ora in ID., *Gli occhiali del giurista*, Padova, 1985, p. 177 s., secondo cui «l'unica categoria di figli non riconoscibili è rimasta quella dei figli incestuosi; mi chiedo se abbia ancora ragione di essere questa categoria. La cui esistenza poteva giustificarsi allorché si riteneva che sui figli dovesse ricadere il peccato dei genitori, o, quanto meno, che la nascita

Le voci critiche sollevatesi immediatamente e fino ai giorni nostri ⁽²²⁾, che fondano la scelta limitativa del divieto di riconoscimento, nell'interesse superiore del figlio, hanno finalmente meritato di essere ascoltate con la riforma del 2012 ⁽²³⁾, e altrettanta attenzione meriterebbe la proposta di emendamento del sistema della successione necessaria, nel senso della valorizzazione del bisogno di taluni successibili necessari e non di altri ⁽²⁴⁾, con la previsione per cui il testatore possa, considerate le condizioni economiche di uno o più legittimari, escluderli dalla legittima per soddisfare gli altri che versano in stato di bisogno.

3. — *Per una rimeditazione del concetto di status.*

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo segna da tempo numerosi punti fermi che riconducono alla protezione dell'art. 8 del-

di questi figli rappresentasse qualcosa di così scandaloso che non potesse darsene atto in alcun documento o provvedimento di autorità». Così anche R. SCOGNAMIGLIO, *Art. 580*, in *Comm. Carraro-Oppo-Trabucchi*, I, 2, Padova, 1977, p. 859 ss.; Sig. FERRARI, *Appunti sugli aspetti successori della riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam.*, 1978, p. 1352 ss.; M. FINOCCHIARO, *Art. 580 c.c.*, in A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 2351 ss.

⁽²²⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 680 ss.; A. AMBANELLI, *La filiazione non riconoscibile*, in *Il diritto di famiglia. Tratt. Bonilini-Cattaneo*, III, *Filiazione e adozione*, 2ª ed., Torino, 2007, p. 243 s.; M. DOSSETTI, *Art. 580*, in *Comm. Gabrielli, Delle successioni. 2. Artt. 565-712*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, p. 65 ss., che fonda la ragione pratica del mantenimento della discriminazione nell'assenza di centri di pressione, giusta l'irrilevanza sociale del fenomeno.

⁽²³⁾ Nel senso dell'impellenza di una legislazione unificatrice di tutti gli *status* e della disciplina successoria dei figli M. RONCHI, *I successibili legittimi*, in *Tratt. Bonilini*, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 813 ss., spec. p. 833; M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. Bessone*, IV, R. CLERICI, M. DOGLIOTTI, M. SESTA e T. AULETTA, *Filiazione, adozione, alimenti*, Torino, 2011, p. 79; U. MAJELLO, *Profillo costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 129 s.; G.W. ROMAGNO, *op. cit.*, p. 602 ss.

⁽²⁴⁾ A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessione sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *www.personaedanno.it*; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita notarile*, 2004, p. 116 s.; v., da ultimo, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 501 ss.

la Carta i legami familiari *de facto*, caratterizzati dalla presenza di vincoli di affettività, «purché ricorrano un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, nonché il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino», nel caso italiano di diniego dell'adozione speciale di una neonata affidata provvisoriamente con decreto d'urgenza ad una coppia, motivato dall'adozione disposta nei confronti di altra coppia, che la Corte ritiene ascrivibile ad una vita familiare già in atto, e così tutelata, posto che la bambina aveva vissuto con la coppia per 19 mesi, e sussisteva un «forte legame» con gli adulti⁽²⁵⁾.

Così, più in generale con riguardo ai criteri necessari a definire la vita familiare, nei quali si comprendono la convivenza della coppia, la lunghezza della relazione, la presenza di figli, allo scopo di accertare appunto «l'esistenza di una relazione affettiva» nel caso di una persona transessuale, la compagna di lui e la figlia ottenuta con metodiche di procreazione artificiale⁽²⁶⁾.

Anche con riferimento alla Carta Costituzionale, deve concludersi come il principio di parità sostanziale (art. 3) impone di prestare attenzione alla varietà delle situazioni soggettive da tutelare, che non possono trovare attuazione attraverso il pieno riconoscimento dello *status*, ma non restano tuttavia prive di rilevanza se, come ha insegnato attenta dottrina⁽²⁷⁾, l'azione di mantenimento *ex art. 279 c.c.* costituisce in realtà una azione di stato, esperibile tanto da colui che abbia uno *status* incompatibile, quanto da chi avrebbe i requisiti per agire con l'azione generale di accertamento giudiziale della filiazione fuori dal matrimonio, allorché egli ritenga preferibile l'accesso ai soli diritti patrimoniali, chiudendo le porte a qualsiasi rapporto affettivo, ovvero, dopo la morte del genitore, per l'acquisizione dei più limitati diritti ereditari⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso n. 16318/07.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, Grande Chambre, 22 aprile 1997, *X, y, z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93.

⁽²⁷⁾ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, p. 334 ss.

⁽²⁸⁾ Cass., 28 agosto 1999, n. 9065, in *Mass. Giur. it.*, 1999; Cass., 22 gennaio 1992, n. 711, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 138, con nota di M. SESTA, *Sui diritti verso il preteso padre naturale di colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*, in *Vita notarile*, 1992, p. 640.

La relazione stabilita nel tempo, pur in assenza di vincoli genetici, non è dunque irrilevante, in quanto costituisce aspetto della vita familiare tutelata dall'art. 8 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 7 Carta di Nizza⁽²⁹⁾, anche sotto l'aspetto potenziale, per tale intendendo quella che il padre biologico potrebbe stabilire col figlio avuto con una donna sposata, il cui *status* sia cristallizzato e non più contestabile⁽³⁰⁾, ed il relativo rilievo legittimo perfino l'affido condiviso alla «figura genitoriale di riferimento» pur in assenza di vincoli rilevanti per lo stato civile, trattandosi della seconda moglie del padre che si era presa cura del bambino orfano della madre fin dalla nascita, anche per tutelare la salute psicofisica del minore, in applicazione diretta dell'art. 32 Cost.⁽³¹⁾.

Ci si domanda, dunque, se non fosse necessario e prodromico alla realizzazione degli scopi di giustizia sostanziale avuti di mira dalla riforma, un ripensamento della nozione di *status*, in considerazione di questa “fluidità”, che li accomuna per più versi a posizioni soggettive individuali, ovvero a legami tra soggetti individuati, nella prospettiva della realizzazione «dei valori di cui la persona è storicamente portatrice, i quali ben possono determinare

⁽²⁹⁾ Corte giust., 11 luglio 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-60/00, Racc. 2002 I-6279, applicativo dell'art. 49 TCE (art. 52 TFUE), letto «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare», nel senso dell'obbligo di garantire il soggiorno nello Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, che fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo, per il caso della donna che si era presa cura dei figli del primo matrimonio del marito, sebbene non vi fosse tenuta in forza di vincoli giuridici.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, 15 settembre 2001, *Schneider c. Germania*, ricorso n. 17080/07.

⁽³¹⁾ Trib. min. Genova, 12 marzo 2009, su cui E. BET, *Affidamento condiviso, genitore biologico e «figura genitoriale di riferimento»*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 101 ss. Dall'istruttoria, condotta con efficace e sensibile ascolto del minore, era risultato che «a tutti gli effetti, la sig. X ha rappresentato per il minore la figura materna di riferimento, indipendentemente dall'essere alla genitore biologico o meno; che la separazione da essa ha provocato sentimenti di perdita parimenti significativi, aggravati dall'introduzione di altra figura femminile e recentemente resi ancora più disorganizzati dalla separazione dalla sorella maggiore». Il Tribunale dispone così l'affidamento condiviso al padre ed alla donna che ha fatto da madre al figlio del marito, considerando come fosse necessario «rispettare il diritto del minore alla bigenitorialità, in considerazione dei suoi vissuti e dei legami affettivi che egli ha costruito nella sua giovane vita al di là della natura delle filiazione».

una diversa qualificazione e una diversa disciplina di situazioni giuridiche strutturalmente identiche “a seconda del segno assiologico attribuito dal legislatore alla discriminante utilizzata” e in relazione alla funzionalizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, anche a contenuto patrimoniale, al pieno sviluppo della personalità»⁽³²⁾.

Il concetto di *status* elaborato in dottrina⁽³³⁾ vi ricomprende tradizionalmente il complesso delle situazioni giuridiche fondamentali che legano la persona allo Stato e ad una famiglia, come comunità sociali “necessarie”⁽³⁴⁾, con esclusione dunque delle posizioni assunte nei confronti di altre comunità, più o meno ampie⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *civilistica.com*, 12/2013, p. 30. L'A. procede dal principio costituzionale di eguaglianza sostanziale e dalla tutela dei valori essenziali della persona per sostenere l'inutilità del ricorso alla nozione di *status*. Cfr. Anche P. RESCIGNO, *Status e capacità*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore di Carmelo Lazzara*, Milano, 2005, p. 15 ss.

⁽³³⁾ A. CICU, *Il concetto di status*, in *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli*, Napoli, 1917, p. 70, ora in *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 181 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; G. D'AMELIO, *Capacità e status delle persone*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 133 ss.; G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, spec. p. 3 ss.; L. LENTI, *Una nota sul concetto di status*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 659 ss.

⁽³⁴⁾ L. FERRI, *Degli atti dello stato civile. Artt. 449-455*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 11; F. SCARDULLA, *Stato civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 938.

⁽³⁵⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002, p. 300; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss., distinguendo situazione, come «quella di un soggetto considerato in rapporto ad un ordinamento giuridico» e *status*, qualifica quest'ultimo per la caratteristica della tendenziale durevolezza, dell'attitudine a generare diritti e doveri ed a giustificare le vicende della vita e dell'attività della persona. Mentre la capacità giuridica riassume dunque la condizione generale della persona, manca nel codice una definizione dello *status*, pur sottinteso nelle applicazioni in diritto di famiglia, nella quali è sinonimo di qualità. Il riferimento alle posizioni di Cicu e di Redenti conduce alla nozione di *status* come «sintesi ideale di particolari atteggiamenti che assumono talora intere categorie di rapporti sociali giuridicamente rilevanti, fra un soggetto e tutto gli altri», rispetto ai quali la libertà contrattuale non ha il preteso effetto demolitorio delle differenziazioni derivanti dall'esperienza feudale, posto che «gli *status* diffusamente rivivono e nascono in forme nuove nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale nell'astratta tensione alla libertà».

In altri termini, la descritta concezione comunitaria⁽³⁶⁾ o organicistica dello *status* come vincolo giuridico che lega l'individuo all'aggregato sociale Stato o famiglia, assume a presupposto fondamentale tale legame necessario, ed a tale condizione riconduce poteri, doveri, diritti ed obblighi caratteristici, unificati dall'indisponibilità⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Per la distinzione tra quanti ne desumono la caratteristica dell'esprimere una la situazione giuridica di cui questi gode nei confronti di altri soggetti, considerati non come singoli ma in quanto gruppo sociale cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Famiglia (stato di)*, in *Digesto pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 217, e coloro che ne evidenziano l'aspetto «soggettivistico o individualistico», di qualità essenziali che individuano un essere umano come soggetto, per cui v. A. CORASANITI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss.

⁽³⁷⁾ In altro senso, lo *status* può identificare una peculiare qualità personale come «situazione che, secondo l'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune distingue un individuo dagli altri, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo», e dunque potrebbe ricomprendere tutte le posizioni giuridiche rilevanti, dotate di tendenziale stabilità o, per lo meno non precarie, specie nell'ottica della loro protezione, come si vedrà è abituale nel diritto comunitario. Si veda G. ALPA, *Persona, identità status*, in G. ALPA e G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, nel *Tratt. Sacco*, Torino, 2006, p. 192, nt. 2, per il riferimento allo slogan «dallo status al contratto» derivato da H.S. MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early history of Society and its relation to modern Ideas*, London, 1861, *Introduction* by J. Hartman Morgan, London, 1972, ora in S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 211; ivi, p. 193 ss., riguardo al «capovolgimento» realizzato da R.H. GRAVESON, *Status in common law*, London, 1953, verso l'individuazione di un concetto che non identifica la posizione «naturale» di una persona, ma riguarda categorie di persone *capitis deminutae*, e costituisce uno strumento di classificazione giuridica della società ancora funzionale alla protezione di alcune condizioni individuali e relazioni sociali, al controllo ed alla soluzione dei conflitti di giurisdizione. L'analisi storica della tesi di Maine trova il proprio approfondimento in W. FRIEDMAN, *Some reflections on Status and Freedom*, in AA.VV., *Concepts of Jurisprudence. Essay in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 222, che individua un concetto moderno di *status* antitetico a quello che si vedeva immutabile nel diritto romano classico e si voleva superare con l'espressione tipica della volontà negoziale. Ne discende per Friedmann la conclusione per cui, stante la mobilità tipica delle società contemporanee, possono esistere *status* innumerevoli e non classificabili, se non arbitrariamente, intendendo con questa espressione «il mutevole bilanciamento tra la libertà di volere e la libertà di circolazione da un lato, che è essenzialmente materia del diritto privato, e le finalità sociali dello stato di benessere espresse in termini di diritto pubblico». Lo *status* è così un concetto che si trova «al crocevia tra diritto privato e diritto pubblico», che «descrive il mutevole bilanciamento tra la libertà del volere e la libertà di circolazione da un lato, che è essenzialmente materia del diritto privato, e le finalità sociali

La tesi può essere ricondotta alla fondamentale opera di Piola⁽³⁸⁾, che

dello stato di benessere espresse in termini di diritto pubblico» (W. FRIEDMANN, *Some reflections*, cit., p. 228). Significativa l'espressione di G. ALPA, *Persona, identità status*, cit., p. 201, per la quale «la realtà fattuale appare ancora più frastagliata: accanto agli *status* consegnati dalla tradizione abbiamo *status* occulti o indiretti, che perpetuano discriminazioni (ad esempio del convivente di fatto, dell'omosessuale ecc.); abbiamo *status* nuovi, portati dalle nuove tecnologie, e talvolta non ancora trasferiti dal mondo dell'etica a quello del diritto (ad esempio lo *status* di embrione) e ancora *status* originariamente economici che diventano giuridici, per contrapporsi all'abuso della libertà contrattuale (ad es. *status* di consumatore e di risparmiatore). Cfr. anche dello stesso A. la definizione introduttiva di *status* come «concetto, strumento e criterio ordinatore della società e quindi dei rapporti personali e dei rapporti tra individuo e Stato», in G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 4, e gli ulteriori sviluppi, specialmente a p. 108 ss.; M. REHBINDER, *Status, Contract and the Welfare State*, in *Stanford Law Review*, 1971, 23, p. 941 ss., nella traduzione di G. Forlino, in V. TEDESCHI e G. ALPA, *Il contratto nel diritto nord americano*, Milano, 1980, p. 158 ss.; G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 99 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 209 ss., per la caduta del mito della libertà contrattuale demolitoria degli *status*, visto che «gli *status* diffusamente rivivono e nascono in forme nuove nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale nell'astratta tensione alla libertà»; G. ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 1992, p. 435 ss.; A. CORASANITI, *Stato delle persone*, cit., p. 948 ss., in particolare sulla concezione individualista e su quella comunitaria dello *status*.

⁽³⁸⁾ G. PIOLA, *Degli atti dello stato civile*, in P. FIORE (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, II, *Delle persone*, VI, Napoli, 1900, p. 2 s.: «Nella sua individualità fisica l'uomo ha alcune qualità. Una parte di esse esistono nello stesso uomo: il sesso, l'età. Un'altra parte è costituita da rapporti fra la individualità fisica dell'uomo e la individualità fisica di altri soggetti di diritto. E così in considerazione del rapporto che passa fra la individualità fisica dell'uomo e l'individualità fisica dello Stato, l'uomo è cittadino o straniero, nobile o plebeo; in considerazione dei rapporti positivi o negativi che passano tra l'individualità fisica dell'uomo e quella di altri uomini l'uomo è padre o figlio legittimo, naturale, adottivo; celibe coniugato o vedovo; pare od affine. Una terza parte di qualità infine è costituita dal rapporto fra l'individualità fisica dell'uomo e il luogo nel quale una tale individualità si trova; l'uomo è domiciliato, residente o dimorante in un luogo determinato. Il complesso delle qualità or ora enunciate costituisce quello che si chiama stato civile della persona, complesso che è d'uopo tenere distinto da quell'altro complesso di qualità che, come la emancipazione, la condizione fisica (cieco o sordo-muto dalla nascita) o psichica (infermo di mente, prodigo) dell'uomo, ha soltanto influenza sulla capacità dell'uomo stesso; anche alcune delle qualità che costituiscono lo stato (età, sesso, stato matrimoniale) hanno influenza sulla capacità, ma non essendo questo il solo effetto che producono, non vanno confuse con quelle qualità che sono soltanto relative alla capacità delle persone».

vede nell'interrelazione tra individualità umana e Stato, ovvero in quella tra uomo e altri uomini, il *proprium* delle qualità personali costitutive dello stato civile della persona, e le distingue dalle altre qualità che producono unicamente effetti sulla capacità di agire. Definisce, di conseguenza, l'efficacia giuridica di tali qualità personali, quali "pregiudiziali" dal cui accertamento dipende l'appartenenza o meno di un diritto o di una qualsiasi situazione soggettiva giuridicamente rilevante, ed esemplifica citando la rilevanza del nome per identificare l'erede istituito in una disposizione testamentaria; della parentela per la spettanza dei diritti di successione *ex lege*; del sesso per riconoscere l'elettorato, allora spettante solo agli uomini; dello stato libero o vedovile per stabilire il diritto a contrarre matrimonio; della residenza per l'accertamento della validità di una notifica. Di qui l'opportunità che tali qualità siano provate attraverso atto pubblico, che garantisce la prova ben oltre il tempo limitato della memoria umana, ed ha efficacia *erga omnes*, in considerazione della possibilità che tali qualità assumano rilevanza anche molto tempo dopo la loro costituzione, «perché le generazioni si legano l'una all'altra nel corso dei secoli, l'una trasmette all'altra i diritti che competono a coloro dai quali risulta composta a coloro che compongono la generazioni immediatamente successiva, e non può fissarsi *a priori* per quante generazioni sarà d'uopo risalire onde arrivare all'origine di quel diritto che nell'attualità si fa valere, e che dipende da qualità di persona che ha vissuto secoli addietro»⁽³⁹⁾, né potendosi prevedere contro quali persone la prova dovrà essere prodotta.

La sostanziale coincidenza delle nozioni di "stato civile" e "*status veri e proprii*" giuridicamente riconosciuti, quali lo *status civitatis* e lo *status familiae*, è assunta a presupposto della tesi «del giurista che ha fornito, delle idee attorno allo *status*, la più compiuta formulazione»⁽⁴⁰⁾. Vale a dire che non ogni qualità, condizione o posizione personale giuridicamente rilevante costituirebbero *status*, proprio in quanto solo della posizione che l'individuo

⁽³⁹⁾ G. PIOLA, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 5.

⁽⁴⁰⁾ Così RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 218, a proposito del fondamentale saggio di A. CICU, *Il concetto di status*, cit., p. 181 ss.

assume nell'aggregato statale ed in quello familiare si interessano le norme sullo stato civile⁽⁴¹⁾.

All'analisi di tali disposizioni appare, dunque, preliminare l'approfondimento del concetto di *status*, non ultimo allo scopo di verificare se l'eventuale emergenza di nuovi *status* socialmente tipizzati come dotati di proprie caratteristiche peculiari, possano o debbano, in ipotesi, consigliare o imporre l'integrazione delle norme di diritto pubblico che regolano gli atti ed i registri di stato civile.

Una celebre tesi di matrice anglosassone ha visto nel passaggio dallo *status* al contratto lo sviluppo della cultura, non solo giuridica, in particolare con riferimento all'organizzazione familiare⁽⁴²⁾.

Dallo studio comparato dei diritti dell'antichità lo storico britannico trae la convinzione dell'esistenza di un cammino graduale della società tutta da gruppi familiari, essenzialmente patriarcali, verso forme più complesse di organizzazione gentilizia, fino alla costituzione dello Stato, percorso segnato dall'impronta familiare, riconoscibile in tutti i settori del diritto⁽⁴³⁾, e descrivibile in termini di progresso da una condizione personale di «dipendenza dalla famiglia», retta dai comandi dispotici del *pater*, fonti di diritti e obblighi, alla nascita di obbligazioni giuridiche, frutto di libero accordo.

In questo senso, il contratto diventa principio fondante e regolatore delle relazioni intersoggettive, tanto che può dirsi, testualmente, che «l'unità sociale nella società antica era la famiglia, nella società moderna è l'individuo»⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ A. CICU, *Il concetto di status*, cit., p. 181.

⁽⁴²⁾ H.S. MAINE, *Ancient Law*, cit., p. 164: «The word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still colored by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status, agreeably with the usage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract».

⁽⁴³⁾ H.S. MAINE, *Ancient Law*, cit., p. 71.

⁽⁴⁴⁾ H.S. MAINE, *Ancient Law*, cit., p. 74. Cfr. B. SMITH, *Maine's Concept of Progress*, in *Journal*

Al dispotismo del *pater*, ed alla subordinazione dei *filii familias*, si sostituisce la libertà di contratto, l'autorità della legge e dei tribunali; alla staticità dei rapporti di stato, determinati per sempre dalla posizione dell'individuo rispetto alla famiglia, al clan, al ceto o alla casta, si sostituisce la temporaneità la tendenziale modificabilità dei rapporti contrattuali; all'autorità della famiglia si sostituisce la centralità, nel diritto civile, dell'individuo.

La tesi, pur variamente criticata⁽⁴⁵⁾, è da varie parti assunta a fondamento per giustificare l'introduzione di una disciplina legale delle unioni c.d. civili, fondate sull'accordo delle parti, che reclamano una regolamentazione più o meno ampia, per esigenze di certezza dei rapporti giuridici⁽⁴⁶⁾ o, in termini meno pacifici, di ordine pubblico, sulle quali il panorama normativo moderno è quanto mai variegato, pur nella stessa Unione Europea, con indubitabili crisi di coordinamento delle legislazioni nazionali in funzione, innanzitutto, del godimento del diritto di libera circolazione dei cittadini comunitari⁽⁴⁷⁾.

Si segnala, in contrario, un ampio movimento di ritorno dal contratto allo *status*, realizzato attraverso la disciplina di favore per i soggetti varia-

of the History of Ideas, 1963, p. 407 ss.; G. D'AMELIO, *Capacità e «status» delle persone*, in S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 133 ss.; P. GROSSI, *Una testimonianza provocante: Henry Sumner Maine*, in ID., *Un altro modo di possedere. L'emergenza di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 43 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry Maine e l'Antient Law*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1981, p. 83 ss.; G. ALPA, *Sociologia del contratto: nuove idee, vecchi schemi*, in *Sociologia del diritto*, XI, 1984, p. 7 ss.; ID., *La rinascita dello status*, in *Materiali storia cultura giuridica*, 1992, p. 435 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1ª ed., 2001, p. 60 ss.; M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una rilettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano, 2003; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, I, *Diritto civile*, Milano, 2008, p. 181 s.; M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, p. 285.

⁽⁴⁵⁾ V. *supra*, nt. 44.

⁽⁴⁶⁾ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 149, per l'auspicio che «i rapporti interpersonali valgano per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione e formalizzazione».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Perugia-Roma, 2010, *passim*; M.G. CUBEDDU, *Verso principi generali uniformi degli atti della persona (e della famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 29 ss., a proposito del mutamento delle fattispecie e dei concetti del diritto di famiglia determinato dalle fonti dell'Unione Europea, e delle sue ripercussioni sul diritto interno.

mente definibili «deboli», dallo Stato liberale a quello assistenziale ⁽⁴⁸⁾, in cui «gli *status* diffusamente rivivono, o nascono in forme nuove, nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza prevale sull'astratta tensione alla libertà» ⁽⁴⁹⁾.

Non mancano opinioni che sostengono l'esistenza di *status* personali che prescindono dall'inserimento in un gruppo sociale riconosciuto come famiglia, come nel caso della filiazione riconosciuta o dichiarata giudizialmente ⁽⁵⁰⁾, fino a sostenere l'esistenza di un unico *status filiationis*, pur nella differenza dei sistemi di accertamento della filiazione ⁽⁵¹⁾.

La constatazione dell'esistenza di un ampio e variegato catalogo di situazioni soggettive che ricevono discipline di «diritto singolare» in ossequio al canone costituzionale di pari trattamento, che impone la rimozione degli ostacoli che di fatto si frappongono all'eguaglianza, si è sostenuta l'inutilità del ricorso alla nozione di *status*, «al fine di spiegare ragioni ed operatività nel sistema delle deroghe sempre più frequentemente poste all'operatività dell'eguaglianza formale, essendo una ovvia conseguenza del rilievo sostanziale che assume la persona umana nell'ordinamento di un moderno Stato sociale» ⁽⁵²⁾.

La legislazione nazionale e, con maggiore evidenza, quella di derivazione comunitaria paiono, al contrario, usare con larghezza tale nozione, senza peraltro definirla, per tracciare appunto aree di diritto singolare, a protezione di condizioni personali non risultanti dai registri dello stato civile, ma per così dire «occulti, i "diversi", i sieropositivi, i conviventi *more uxorio*, che

⁽⁴⁸⁾ P. RESCIGNO, *Diritto privato futuro*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 740 ss.

⁽⁴⁹⁾ P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., p. 222; G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 37.

⁽⁵⁰⁾ P. RESCIGNO, *Status. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 4; ID., *Status e capacità*, cit., p. 15 ss.

⁽⁵¹⁾ G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Tratt. Rescigno*, 4, t. 3, 2^a ed., Torino, 1997, p. 131 ss.; G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *Diritto Privato Studi in onore di Antonio Palazzio*, 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, p. 97 ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Padova, 2005, p. 431 ss.

⁽⁵²⁾ F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 s.

rappresentano ancora oggi una forma di ghettizzazione di gruppi di concetti della società civile»⁽⁵³⁾.

È fuori di dubbio, in particolare, che «la famiglia è costituita da *status*, ma la definizione di *status*, quale rapporto organico tra il membro e il gruppo sociale di appartenenza, è astratta se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i suoi membri, che definiscono i diversi *status* di coniuge, di figlio, ecc.»⁽⁵⁴⁾: se non si pone in luce l'essenzialità dell'elemento affettivo⁽⁵⁵⁾, che realizza la coincidenza dell'interesse dell'individuo con quello del gruppo familiare, non si può giustificare il fatto che il rapporto organico possa venir meno quando viene a mancare l'elemento affettivo, per lo scioglimento del vincolo matrimoniale, attraverso il divorzio o la dichiarazione di nullità, o in ogni caso di contestazione degli *status* familiari.

Non si spiegherebbe, altrimenti, l'iscrizione nei registri di stato civile della sentenza di scioglimento del vincolo, ai sensi dell'art. 10 della l. 1° dicembre 1970, n. 898⁽⁵⁶⁾, o di quelle che chiudono, con giudicato affermativo

⁽⁵³⁾ E. LA ROSA, *Minore età e soggettività*, in R. TOMASSINI (a cura di), *Soggetti e ordinamento giuridico*, Torino, 2000, p. 13; secondo V. SCALISI, *Lo status di figlio legittimo da adozione*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 382, «da rielaborazione teorica segnala come caratteristico del nostro tempo il ritorno allo *status* quale indice di inversione di tendenza rispetto al processo storico (...) che aveva menato dallo *status* al contratto». Cfr. anche N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 41; G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, cit., spec. p. 109, trattando della condizione dei figli nati da unioni matrimoniali e non, auspica (citando G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 206) una «eguaglianza nella differenza», secondo l'ideale della «varietà nell'unità». Di «interrelazioni continue tra i due *status*» discute A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 242.

⁽⁵⁴⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 257.

⁽⁵⁵⁾ G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1993, p. 239, sull'ambizione dell'ordinamento di ricondurre al concetto di *status* rapporti fondati su affetti, complicità, speranze, contrasti e contrapposizioni.

⁽⁵⁶⁾ Norma che discute, impropriamente, di annotazione, come rilevato da L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, cit., p. 8, con riferimento alla disciplina della trascrizione della sentenza di annullamento di matrimonio e della dispensa dal matrimonio rato e non consumato, che realizza appunto uno scioglimento del vincolo. Dalla disciplina che fa derivare lo *status* di «persona coniugata» dallo «stato di famiglia» si deduce, secondo S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», 7-8 giugno 2013, «La famiglia davanti ai suoi giudici», in *www.gruppo-*

o negativo, i processi di contestazione, stabilendo «chi va con chi»⁽⁵⁷⁾, per consentire l'affermazione del vincolo affettivo, basato su quello di sangue, ossia per consentire l'accertamento della verità affettiva oltre che di quella biologica.

Si tratta, in definitiva, di giudicati che rimuovono quel rapporto organico tra individuo e famiglia che dovrebbe costituire lo *status*, inteso come posizione del soggetto rispetto alla comunità necessaria familiare.

4. — *Elementi costitutivi dello stato civile della persona.*

Nella dottrina francese si segnala una concezione di stato civile in senso stretto, che ne evidenzia la funzione di classificazione, identificazione o individualizzazione delle persone, qualificandolo come la sintesi delle qualità che permettono di distinguere una persona in seno alla famiglia o alla società⁽⁵⁸⁾. Inteso, invece, in senso ampio, stato civile è sinonimo di situazione giuridica della persona⁽⁵⁹⁾, compendio delle condizioni personali cui l'ordinamento riconnette effetti giuridici⁽⁶⁰⁾.

dipisa.it, deriva l'accoglimento, nell'ordinamento italiano, di una nozione di famiglia quale formazione sociale fondata sul matrimonio eterosessuale.

⁽⁵⁷⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 259.

⁽⁵⁸⁾ J. MESTRE, *Note sous Cass. Crim.*, 19 avril 1980, in *Dalloz*, 1981, 68, n. 10: «da définition stricte est celle la plus généralement présentée. L'état des personnes y évoque l'idée de classement. Les règles le déterminant assignent à chacun sa place dans la société civile». La Cassazione aveva riformato la sentenza di merito con cui la Cour d'appel di Nouméa aveva statuito che lo stato delle persone «englobe uniquement les règles relative à l'identification individuelles de celles-ci – nom, domicile, état civil – et à leur relation de famille – mariage, filiation →». G. CORNU, *Les personnes*, Montchrestien, 2007, 84, n. 37: «Divers, ces éléments assument tous la même fonction générale: (...) il concurrent à individualiser chaque personne dans la société; ils constituent au sens large du terme, des facteurs d'identification civile»; F. TERRÉ e D. FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{me} ed., Paris, 2005, n. 122.

⁽⁵⁹⁾ F. LAROCHE-GISSEROT, *Les personnes*, in H. e L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 2, 8^{me} ed., Monchrestien, 1997, n. 462: «l'état de la personne fixe son identité juridique; così anche Cass. Crim., 19 avril 1980, cit.

⁽⁶⁰⁾ R. SAVATIER, *Les personnes*, in M. PLANIOL e G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil fran-*

Dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi derivano incertezze circa gli elementi costitutivi dello stato: se non vi è luogo a discutere su nome, cittadinanza, condizione familiare, sesso, lo stesso non può dirsi per la professione, la capacità, le convinzioni religiose⁽⁶¹⁾.

Risale a Domat⁽⁶²⁾ la tesi che, sulla base del concetto romanistico di *status hominum*, lo intende come sintesi di «differenti qualità, come quella di libero e schiavo, padre e figlio, e altre, si cui si dice che sono lo stato delle persone. Ma non si vede cos'abbiano in comune queste qualità perché è si possa concepire un'idea giusta e precisa del carattere necessario in una qualità, per poter dire che essa riguardi o non lo stato di una persona». Con la conseguenza per cui l'unica conclusione a cui è possibile giungere è che «tutte le qualità hanno in comune il rendere le persone capaci o incapaci o di qualsiasi obbligazione, o di alcune, o delle successioni»⁽⁶³⁾, e si distinguono per il trarre origine dalla legge di natura o da quelle umane⁽⁶⁴⁾.

Ne costituisce prova l'evoluzione storica della formulazione del vigen-

çais, I, Paris, 1952, n. 13: «on appelle état d'une personne certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques»; M. GOBERT, *Réflexion sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1991, p. 519: «l'état d'une personne est sa situation juridique, son statut, sa condition juridique, qui peut englober l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit».

⁽⁶¹⁾ In senso positivo si veda, ad esempio, J. CARBONNIER, *Note sous Trib. Briançon*, 6 janvier 1948, in *Dalloz*, 1948, jurispr., 580; *contra*, R. SAVATIER, *Les personnes*, cit., n. 13, che esclude le condizioni personali legate alla professione ed alla religione.

⁽⁶²⁾ J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, 1, Paris, 1679, 10; H.F. D'AGUESSEAU, *Œuvres*, V, *Essai sur l'état des personnes*, Ayverdon, 1772, p. 416 s.

⁽⁶³⁾ J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, loc. cit.; cfr. P. RESCIGNO, *Status. I) Teoria generale*, cit., p. 2 s., per il quale *status* è «espedito logico e strumento pratico disponibile per creare o mantenere diseguaglianze e zone di diritto singolare», «formula verbale che riassume una normativa» traducendo in una condizione giuridica non precaria né discontinua la situazione di fatto che, nell'ambiente sociale, distingue un soggetto dagli altri per ragioni individuali o per l'appartenenza ad un gruppo.

⁽⁶⁴⁾ J. DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, loc. cit., con riferimento alla distinzione tra i sessi, per legge di natura, e alla condizione di libertà o schiavitù, ovvero di nobiltà, per i privilegi derivanti dalle leggi umane.

te art. 1 del codice civile italiano ⁽⁶⁵⁾, che comprendeva un terzo comma, abrogato con r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 25 e d.lgs.lt. 14 settembre 1944, n. 287, che riservava alle leggi speciali la previsione di limitazioni alla capacità delle persone, dipendenti dall'appartenenza a certe razze: avendo sostituito il concetto neutro e giuridico di capacità, ereditato dalla dogmatica tedesca, a quello naturale di uomo, utilizzato nel primo progetto del 1930 ⁽⁶⁶⁾, l'ordinamento mantiene coerenza anche quando ammette che non qualsiasi uomo possa essere titolare di diritti dal momento della sua nascita, e fino alla sua morte, per avere arricchito la soggettività con il godimento dei diritti civili e politici attraverso il concetto di capacità giuridica.

Il riferimento dello *status* ai diritti soggettivi dell'uomo, nella compagine statale o familiare, riecheggia nell'opinione, costante in giurisprudenza, per la quale deve ammettersi il ricorso straordinario per Cassazione avverso decreti emessi in sede di reclamo, in virtù del disposto dell'attuale 7° comma (in precedenza, 2° comma) dell'art. 111 Cost., attribuendo rilevanza alla sostanza piuttosto che alla forma del provvedimento, ogni volta che lo stesso incida su «posizioni di diritto soggettivo o di *status*», e abbia carattere di

⁽⁶⁵⁾ Su cui cfr. G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 139 ss.; F. TREGGIARI, *Questione di stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro-Passarelli*, in G. DIURNI, P. MARI e F. TREGGIARI (a cura di), *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, 2008, p. 821 ss., anche in B. MANTOVANI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Francesco Santoro-Passarelli*, Torino, 2010, p. 17 ss. Notava F. SANTORO-PASSARELLI, *Lineamenti di Diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940, p. 11 s., che anche in ordinamenti evoluti come quello romano classico non ogni uomo era persona, per cui lo *status* non può essere inteso come somma dei poteri e doveri del soggetto, ma piuttosto come presupposto di una sfera di capacità di una serie di poteri e doveri che possono cambiare per l'appartenenza a un certo gruppo sociale o politico. Sull'argomento si vedano almeno, tra gli altri, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1935, p. 60 ss.; ID., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 10 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, *ivi*, XXXIII, Milano, 1983, p. 358 ss.; P. STANZIONE, *Persona fisica*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; N. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *La civilistica italiana degli anni '50 tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 55 ss.; C.M. BIANCA, G. PATTI e S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1991, p. 730: «lo stato familiare è presupposto e titolo di una pluralità di specifici diritti, poteri e doveri».

⁽⁶⁶⁾ V. anche F. GIARDINA, *La persona fisica*, in ID., *Diritto civile*, 1.1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, p. 271 ss.

decisorietà e definitività⁽⁶⁷⁾. Ma di *status* si discute, nell'accezione più ampia, anche a proposito della condizione del chiamato all'eredità⁽⁶⁸⁾, di quella del magistrato ordinario, a proposito dei procedimenti disciplinari e della garanzia di inamovibilità⁽⁶⁹⁾, e più in generale con riferimento alle qualità personali e professionali⁽⁷⁰⁾.

Così posto il nesso tra stato delle persone e capacità, che riecheggia in tante norme di diritto positivo⁽⁷¹⁾, come profondamente riformato dalle rivoluzioni liberali ottocentesche, inciso dall'esperienza dei totalitarismi, riformato dalle Costituzioni moderne e profondamente riformato dal pluralismo delle fonti giuridiche dell'Unione Europea, la proclamata esistenza

⁽⁶⁷⁾ Cass., Sez. un., 9 dicembre 2008, n. 28873, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Dir. fam.*, 2011, p. 651 (s.m.), con nota di I. ZINGALES, *In materia di provvedimenti adottati ex art. 709 ter c.p.c.*, per risolvere le controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà; Cass., 24 maggio 2012, n. 8225, in *Diritto & Giustizia*, 25 maggio 2012, con nota di A.M. BASSO, *Sui procedimenti ex artt. 317 bis, 330, 333, 336, 342 bis e ter c.c.*, per cui «si può ritenere che, nella specie, si tratti (anche) di controversia tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo, sicuramente incidente sullo *status* genitoriale e della minore».

⁽⁶⁸⁾ Da ultimo, v. Cass., 11 giugno 2012, n. 9466, in *Mass. Giur. it.*, 2012; a proposito di tutela degli *status* ereditari cfr. S. STEFANELLI, *Tutela degli status*, in A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 32 ss., cui si permette di rinviare per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽⁶⁹⁾ Cons. Stato, 20 aprile 2012, n. 2355, in *Red. amm. CDS*, 2012, p. 4; Tar Lazio, 11 aprile 2012, n. 3283, in *Red. amm. TAR*, 2012, p. 4.

⁽⁷⁰⁾ Così Corte giust., 11 settembre 2011, n. 155, in *Foro it.*, 2011, IV, c. 429, a proposito della retribuzione base e degli altri elementi collegati «allo *status* personale e professionale del pilota di linea».

⁽⁷¹⁾ Si ricordino, senza pretesa di esaustività, l'art. 17 disp. prel. c.c.; l'art. 9 c.p.c.; l'art. 1 della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l'art. 2 della Convenzione de L'Aja del 30 giugno 2005, sugli accordi di scelta del foro; l'art. 1 del Regolamento Roma 1, reg. (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008; l'art. 3 d.d.l. n. 2805, contenente disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, nel testo proposto all'esame del Senato della Repubblica il 14 maggio 2012, non trasfuso nel testo approvato il 16 maggio 2012, dal quale sono state espunte le disposizioni relative, appunto, all'istituzione di sezioni specializzate per le controversie in materia di persone e famiglia; l'art. 34 della Costituzione francese e gli artt. 3, 108 e 2060 del Code Civil.

di un unico *status* di figlio, e la sopravvivenza di distinzioni fondate sulla nascita, vanno confrontate con le fonti interne, comunitarie ed internazionali che integrano la legge di ordinamento di stato civile, richiamata dall'art. 449 c.c., nella disciplina della tenuta dei registri di stato civile, per tutti gli aspetti che possono considerarsi afferenti allo stato ed alla capacità delle persone.

Il riferimento principale è all'art. 21, 1° comma, della Carta Europea dei diritti fondamentali, da confrontare con le disposizioni che, attraverso lo *status* inteso, secondo l'insegnamento di uno dei Maestri del diritto civile quale sintesi ideale di rapporti, formula verbale che riassume una normativa, «espedito logico e strumento pratico disponibile per creare o mantenere diseguaglianze e zone di diritti singolare»⁽⁷²⁾: tanto si verifica per gli *status* di figlio matrimoniale e non matrimoniale con riguardo alla costituzione ed alla rimozione dello *status* medesimo, mentre sembrano superate le differenze afferenti al rapporto di filiazione, ossia al complesso delle posizioni giuridiche attive e passive riconducibili al figlio, che prima della riforma si riducevano al diritto di commutazione ed alla (discussa) esclusione della parentela naturale⁽⁷³⁾.

In prima approssimazione, si tratta di disposizioni riferibili a condizioni familiari, alla cittadinanza, al nome, al genere, alla residenza, e ad altre vicende della vita aventi rilevanza giuridica. Non sono trascritte nei registri dello stato civile le vicende relative ad altre condizioni personali, definibili in termini di *status* di protezione⁽⁷⁴⁾, di consumatore, lavoratore, rifugiato, di

⁽⁷²⁾ P. RESCIGNO, *Status. I) Teoria generale*, cit., p. 3.

⁽⁷³⁾ Nota G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, cit., p. 103, come già il disposto delle norme affidate all'art. 155, 1° comma, c.c. e all'art. 4 cpv. della l. 54/2006 sull'affidamento condiviso accreditasse il riconoscimento giuridico della parentela naturale.

⁽⁷⁴⁾ G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 239, in contrapposizione agli *status* di privilegio o subordinazione del diritto medioevale; S. SILVERIO, *Qualche appunto sugli status*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30 dicembre 2012, www.forumcostituzionale.it. Discute, invece, di «diritti di protezione sociale, autonomamente connessi alla condizione di cittadino dell'Unione, non allo *status* funzionale di soggetto del mercato comune», E. TRIGGIANI, *Cittadinanza dell'Unione e integrazione attraverso i diritti*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 147.

protezione sussidiaria o umanitaria⁽⁷⁵⁾.

Il nucleo dell'idea generale di *status* si forma nel periodo rinascimentale del diritto civile quando Donello e Duareno nel commento al *De statu hominum* del titolo V, libro I del Digesto guardano al suo contenuto costituito dai diritti e dai doveri dell'individuo⁽⁷⁶⁾; superato il concetto di *status libertatis*, posto che tutti gli individui ne sono investiti, ridimensionato quello *civitatis*, per l'equiparazione dei diritti fondamentali di cittadini e stranieri, fatta eccezione per i diritti politici, e posto l'acquisto della capacità giuridica per effetto della nascita, prescindendo dallo *status familiae*, autorevole dottrina è giunta, nel secolo scorso, a concludere che «stato e capacità sono invero concetti distinti. La capacità non implica di per sé attualità di rapporti e funzioni, come lo *status*, ma solo attitudine ad assumere la titolarità di diritti, doveri», che «la capacità è, per così dire, vuota e indeterminata, lo stato è concreto e determinato. Per questo non si potrebbe neppure sostenere che lo stato è un aspetto o un frammento della capacità giuridica. Si tratta di fenomeni la cui differenza non risiede solo nell'estensione o nella qualità», né tantomeno può dirsi che lo stato sia il presupposto di una sfera di capacità⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Convenzione ONU di Ginevra del 28 luglio 1951, relativa allo *status* dei rifugiati, ratificata dall'Italia con l. 28 luglio 1954, n. 722; art. 78 TFUE, su cui E. BENEDETTI, *Il diritto d'asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Torino, 2010, p. 175; art. 32 d.lgs. 25/2008, art. 5, 6° comma, d.lgs. n. 286/1998; dir. 2004/83/CE; dir. 2005/85/CE. Cfr. MINISTERO DELL'INTERNO, *Il Regolamento dello Stato Civile: Guida all'Applicazione*, Roma, 2011, p. 110: «Nell'ipotesi in cui lo straniero "rifugiato", domiciliato o residente nel territorio italiano, intenda contrarre matrimonio in Italia, si ritiene che la situazione di rifugiato, la quale deve essere certificata dall'Alto Commissariato per i rifugiati dell'ONU, fa venir meno l'obbligo della presentazione del nulla osta prescritto dall'art. 116 del codice civile. In tal caso l'ufficiale dello stato civile deve verificare, secondo la legge italiana, l'insussistenza di impedimenti alla celebrazione del matrimonio sulla base dei documenti prodotti e delle dichiarazioni rese dagli sposi e procedere poi ad effettuare le pubblicazioni di rito».

⁽⁷⁶⁾ V. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza europea*, 1, *Dalla civiltà comunale al settecento*, Roma-Bari, 1999, p. 597, ed ivi richiami alle opere di: F. DUARENUS, *Opera omnia*, tomus I, Francofurti, 1592, in *Tit. V, lib. I Pand.*, 10; H. DONNELLUS, *Opera omnia. Commentarium de iure civili*, tomus I, Lucae, 1762, *lib. II, cap. IX*, 231-232.

⁽⁷⁷⁾ L. FERRI, *Atti dello stato civile*, cit., pp. 25-26, nt. 4.

L'osservatorio delle fonti internazionali consente di allargare lo sguardo alle interrelazioni tra stato e capacità delle persone, intendendo il primo in senso cosmopolita e svincolato dallo *status civitatis*: diritti fondamentali, tutela dell'ambiente e diritti sociali vanno riconosciuti a tutte le persone, in condizioni di parità, con interventi positivi imposti non solo allo Stato di cittadinanza ma anche a quello in cui la persona legittimamente soggiorni.

Si veda la recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione⁽⁷⁸⁾ in materia di *status* dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, diritto alla parità di trattamento per quanto riguarda la previdenza sociale, l'assistenza sociale e la protezione sociale, che ha ritenuto che l'art. 11, § 1, lett. d), della dir. 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale o regionale la quale, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ad un cittadino di un Paese terzo, beneficiario dello *status* di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio summenzionato, a condizione che tale sussidio rientri in una delle tre categorie contemplate dalla disposizione sopra citata, in deroga al principio della parità di trattamento per le misure di cui al § 4 del medesimo art. 11.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, artt. 13 e 15, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1968, art. 12, primo comma, e art. 13, il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociale e culturali adottato a New York il 6 dicembre 1968, art. 14 e 16, la Dichiarazione sull'ambiente umano del 16 giugno 1972, art. 1 e 2, «sembrano segnare le interrelazioni tra la capacità di vita che dev'essere assicurata ad ogni persona ed i beni strumentali per una vita degna dell'uomo»⁽⁷⁹⁾, senza distinzioni tra cittadini e non, anche con riguardo alla libertà di scelta della residenza e della cittadinanza, motivata pure per

⁽⁷⁸⁾ Corte giust., Grande Sezione, 24 aprile 2012, *Servet Kanberaj*, causa C-571/10.

⁽⁷⁹⁾ A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, in questa *Rivista*, 2012, p. 217 ss.

ragioni di tutela della propria salute che richiedono capacità sia umane che ambientali per la sua cura.

I concetti di dignità umana, e vita degna di essere vissuta si legano alle attività, alle «capacità di base» in una recente indagine, che prosegue sulla via aperta dall'economista Amartya Sen⁽⁸⁰⁾ in tema di giustizia sociale per giungere a un nuovo approccio che «punta alla protezione di sfere di capacità talmente fondamentali che la loro rimozione renderebbe una vita non all'altezza della dignità umana»⁽⁸¹⁾.

Questo approccio alla giustizia sociale giunge ad individuare la soglia minima di «dieci capacità centrali»⁽⁸²⁾, che un buon ordinamento politico deve garantire a tutti: «Vita: avere la possibilità di vivere fino alla fine una vita di normale durata; di non morire prematuramente, o prima che la propria vita sia limitata in modo tale da risultare indegna di essere vissuta»⁽⁸³⁾; poter godere di salute fisica; potersi muovere liberamente, essere protetti dalle aggressioni e avere possibilità di scelta in campo riproduttivo; poter usare i propri sensi per immaginare e pensare, sorretti da un'adeguata istruzione; poter provare sentimenti per altre persone, senza vedere il proprio sviluppo emotivo distrutto da ansie e paure, anche con il sostegno di forme di associazione cruciali per lo sviluppo personale; essere in grado di formare una propria ragione pratica, per aver viste tutelate anche la libertà di coscienza e di pratica religiosa; poter intrattenere relazioni, essendo «trattati come persone dignitose il cui valore eguaglia quello degli altri. Questo implica tutela contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta etnia, origine nazionale»⁽⁸⁴⁾; essere in grado di avere relazione con le altre specie e la natura; poter ridere, giocare e godere di attività ricreative;

⁽⁸⁰⁾ A. SEN, *The idea of justice*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009.

⁽⁸¹⁾ M.C. NUSSBAUM, trad. it. di R. Felcioni, *Capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, Bologna, 2012, p. 38.

⁽⁸²⁾ M.C. NUSSBAUM, *Capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, cit., p. 39 ss.

⁽⁸³⁾ Le interrelazioni tra dignità e libertà sono state oggetto del nostro *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia-Roma, 2011, spec. p. 48 ss., al quale ci sia permesso rinviare, anche per l'approfondimento bibliografico.

⁽⁸⁴⁾ Parla, a questo proposito, di «oblio della storia» G. ALPA, *Status e capacità*, cit., p. 139 ss.

avere il controllo politico e materiale del proprio ambiente, ivi compreso il diritto di proprietà e di cercare lavoro alla pari degli altri.

Un tale concetto e prospetto di capacità presuppone la considerazione di «ogni persona come un *fine*, chiedendosi non tanto quale sia il benessere totale o medio, bensì quali siano le opportunità disponibili per ciascuno», posto che «tutti, insomma, meritano uguale rispetto da parte delle leggi e delle istituzioni»⁽⁸⁵⁾.

Status e capacità non sono dunque concetti superati, né estranei l'uno all'altra, quando si intende il primo in senso cosmopolita e la seconda come sintesi dei diritti fondamentali dell'uomo.

Lo *status* cosmopolita è il fondamento della capacità giuridica, intesa come attitudine ad essere titolare di quei diritti e doveri fondamentali che lo *status* reclama per il singolo, *status* è contenitore di tutte le situazioni soggettive garantite dalle Convenzioni internazionali a qualsiasi individuo – non più persona, ma uomo e donna, senza distinzioni di cittadinanza – la cui realizzazione è imposta, in forza della fonte internazionale, ai legislatori statali, per la protezione dei loro cittadini, dei cittadini stranieri e degli apoliti soggiornanti sul loro territorio.

Ciò posto, senza un complessivo ripensamento⁽⁸⁶⁾ della nozione di *status* e del loro connotato tradizionale di esclusività, ripensamento estraneo anche ai *desiderata* del frettoloso riformatore di fine legislatura⁽⁸⁷⁾, non può dirsi

⁽⁸⁵⁾ M.C. NUSSBAUM, *Capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, cit., p. 37.

⁽⁸⁶⁾ Il richiamo è a F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, cit., p. 28, per il quale «Se, infatti, si conviene che è la persona umana, considerata nella totalità della sua dimensione spirituale e materiale, a costituire “una struttura di valore, un essere assiologico” allora non v'è alcun bisogno di ipotizzare l'operatività di ulteriori categorie concettuali, quali, appunto, lo *status*, per superare l'astrattizzante distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire relativamente alle scelte esistenziali: ogni limitazione al loro esercizio diretto dovrà essere ritenuta costituzionalmente illegittima qualora sia di ostacolo alla piena esplicazione dei valori di cui la persona è portatrice. Ed è, ancora, nella fondamentale esigenza di rispetto di questi valori, nella necessità, cioè, di assicurare sempre una protezione assoluta della dignità umana, che vanno individuati gli insuperabili confini posti all'autonomia privata».

⁽⁸⁷⁾ Ritiene che non sia stato raggiunto il proclama della parificazione, e vieppiù della unificazione dello *status* di figlio, anche L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 201 ss.

realizzata coerentemente quella parificazione degli *status filiationis* cui mirava la riforma, per la sostanziale insensibilità rispetto alle disparate situazioni soggettive in cui i singoli possono trovarsi rispetto alle persone che, per discendenza genetica, per scelta procreativa o per volontaria assunzione di responsabilità, possono definirsi loro genitori, figure genitoriali di riferimento, anche nella concorrenza degli uni con gli altri spesso concretizzata dalla diffusione delle famiglie ricostituite e allargate.

5. — *Responsabilità genitoriale e azioni di stato.*

Per effetto della riforma del 1975, in attuazione del precetto costituzionale che non differenzia l'origine matrimoniale a proposito della pretesa di mantenimento, istruzione ed educazione da parte dei genitori⁽⁸⁸⁾, le disposizioni relative ai diritti patrimoniali dei figli «privi di stato» ruotano attorno all'art. 279 c.c., in attuazione proprio della responsabilità genitoriale per mantenimento ed educazione di cui agli artt. 29 e 30 Cost., evidenziando l'evoluzione del diritto e delle tutele che la legge riserva ai figli che agiscono attraverso l'azione ivi prescritta per domandare al genitore un “mantenimento” che in nulla si differenzia da quello dovuto ai figli il cui stato risulti da dichiarazione di nascita, riconoscimento o accertamento giudiziale per effetto del canone fondamentale di parità, consacrato con la riforma attuata con l. 10 dicembre 2012, n. 219, nell'art. 317 *bis* c.c.

Come la dottrina⁽⁸⁹⁾ ha avuto modo di evidenziare da tempo, infatti, nell'uno come nell'altro caso il mantenimento si deve parametrare alle esigenze, mutevoli in funzione dell'età e della condizione del figlio, anche maggiorenne, espressivo della responsabilità genitoriale e per questo, seppure suscettibile di valutazione economica, corrispondente ad un interesse non

⁽⁸⁸⁾ Cfr. M. COSTANZA, *A margine della riforma della filiazione (legge 10 dicembre 2012, n. 219)*, in *Iustitia*, 2013, p. 122.

⁽⁸⁹⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 598 ss.; G. FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008, p. 91; M. DI NARDO, *La filiazione non riconoscibile*, in *Tratt. Zatti, Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, 2^a ed., Milano, 2012, p. 600 ss.

meramente patrimoniale del figlio, che si impone non solo ai genitori legittimi ma, per quanto si dirà più approfonditamente oltre, anche al genitore biologico, se i primi non hanno mezzi per provvedervi, fondato com'è sulla responsabilità genitoriale⁽⁹⁰⁾.

Quanto alla legittimazione attiva, rivestono rilievo preliminare la questione circa il rapporto tra le azioni spettanti *ex artt.* 279, 580 e 594 c.c. e quella diretta all'accertamento della genitura di cui agli artt. 269 ss. c.c., e l'ulteriore dubbio circa l'azione di colui che abbia, per dichiarazione di nascita o riconoscimento, lo stato di figlio di genitore diverso dal genitore naturale vocato in giudizio.

Queste disposizioni vanno dunque necessariamente integrate al sistema degli atti costitutivi dell'unitario *status* di figlio di cui all'art. 317 c.c., delle azioni dirette ad accertare la filiazione, matrimoniale o meno, e così alla realizzazione del diritto allo *status* garantito dall'art. 2 Cost., allo scopo di definire i confini e l'interesse che sorregge queste differenti azioni, fondate anch'esse sul fatto naturale della procreazione⁽⁹¹⁾, dirette al limitato scopo di costituire il diritto patrimoniale nascente dalla generazione.

⁽⁹⁰⁾ Cass., 1° aprile 2004, n. 6365, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1408, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del padre naturale sussiste anche se non è stato richiesto il disconoscimento di paternità*; in *Arch. civ.*, 2004, p. 1408; in *Giur. it.*, 2005, p. 1830, con nota di F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*; in *Fam. e dir.*, 2005, p. 27, con nota di M. SESTA, *Un ulteriore passo avanti alla S.C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*, con riferimento proprio al «mantenimento (o un sostegno economico)».

⁽⁹¹⁾ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3ª ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, p. 433; A. CICU, *La filiazione*, Milano, 1958, p. 262, discute di una «qualità giuridica di figlio» che il legislatore ha assunto ad elemento del fatto successorio, pur non qualificabile in termini di *status*, avente carattere di «relazione concorrente», o «escludente» la devoluzione allo Stato, *ex art.* 586, 1° comma, c.c. Cfr. anche A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2000, p. 479: «nel caso in cui, invece, il figlio naturale non concorra né con figli legittimi o naturali né con il coniuge, l'assegno assorbe la rendita di tutta l'eredità. E se, infine, sono chiamati all'eredità genitori o altri ascendenti, questi sono privati anche della rendita della quota ad essi spettante per tutta la durata della vita del figlio non riconoscibile». *Contra*, sulla base dell'esclusione della qualificabilità in termini di successione nella riserva, A. ALBANESE, *Art. 580*, in M. SESTA, *Codice della famiglia*, I, Milano, 2007, p. 1703.

Rilievo fondamentale per la soluzione delle cennate questioni svolgono le previsioni, costituzionali e di derivazione comunitaria, di tutela dei bisogni dei figli generalmente ascrivibili al concetto di responsabilità genitoriale.

Va indagato, inoltre, il profilo relativo alle situazioni soggettive, di bisogno, del figlio, contenuto nel 1° comma dell'art. 279 c.c. ma che non compare nell'art. 269 c.c., di modo che il contenuto dell'obbligazione di mantenimento (artt. 147-148 c.c.) si ricava dalla lettura dell'art. 277 c.c., che parifica gli effetti della sentenza all'atto di riconoscimento *ex* art. 250 c.c.: questo, secondo il precetto dell'art. 261 c.c., in attuazione del canone di cui all'art. 30, 1° comma Cost., impone l'obbligo del mantenimento, dell'educazione e dell'istruzione a carico dei genitori che hanno riconosciuto il figlio, anche se nato fuori dal matrimonio ⁽⁹²⁾.

Dal complesso delle disposizioni dettate dagli artt. 279, 580 e 584 c.c. si desume la costituzione di un accertamento della filiazione, avente grado preclusivo minimo, nei riguardi del figlio di genitori incestuosi.

In particolare, l'art. 279, nella sua configurazione attuale, prevede due conseguenze dell'azione, consistenti: *a)* nel diritto al mantenimento, che decorre dalla nascita fino all'età dell'emancipazione dai bisogni, e *b)* in quello agli alimenti quando, superata la prima fase dell'obbligo legale, ancora persista uno stato di bisogno tale da comportare la necessità della tutela prevista all'art. 438 c.c. ⁽⁹³⁾. Le due ipotesi sono però tra di loro diverse.

La prima è dettata nell'interesse del minore (art. 273 c.c.), e il mantenimento è un obbligo conseguente alla nascita, che grava sempre sui genitori, fino all'età dell'emancipazione dai bisogni. Viceversa, il diritto agli alimenti è eventuale ed unicamente attivabile dal maggiorenne in stato di bisogno,

⁽⁹²⁾ Obietta, tuttavia, V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 646, che la permanenza dell'ultimo inciso del 3° comma dell'art. 30 Cost. serve, in ossequio al principio espresso nell'art. 29, a «mantenere su due piani distinti i così detti figlio legittimi e i figli nati fuori del matrimonio», e ivi, p. 653, «che l'art. 29 e l'art. 30 di certo sono stati e sono, ancora, gli acerrimi nemici dei figli naturali e della famiglia fondata sull'*affectio familiaris*, ma non anche sul matrimonio quale atto».

⁽⁹³⁾ Sui limiti dell'attuale formulazione della norma v. G. PALAZZOLO, *Alimenti dovuti e mantenimento negoziato*, cit., spec. p. 44 s.

solo se lo voglia. Il volere di questo, però, appare necessitato non solo dallo stato di bisogno attuale in cui lo stesso versi, ma anche e soprattutto per creare una valida precondizione di accesso all'assegno vitalizio *iure hereditatis*, poiché tale stato di necessità alimentare può cessare successivamente e la mancata attivazione dell'azione precluderebbe l'accesso al diritto⁽⁹⁴⁾.

Va fatta salva, comunque, la dimostrazione nei confronti degli eredi superstiti del genitore naturale che l'alimentato godesse degli alimenti precedentemente. La prova risulta estremamente semplificata dall'esistenza di un contratto che, disciplinando la somministrazione degli stessi, includa anche la menzione della paternità o maternità non dichiarabile: la possibilità dell'allegazione probatoria *post mortem* del genitore deve ritenersi valere sia per il godimento degli alimenti che per il mantenimento, entrambi disciplinabili pattiziamente.

Tuttavia, allo scopo di coniugare la normativa con i principi fondamentali in materia di responsabilità da procreazione, come delineati anche dalla fondamentale pronuncia con cui la Consulta ha ammesso la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturali e le relative indagini per la filiazione non riconoscibile, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 278 c.c. che le escludeva⁽⁹⁵⁾, deve ritenersi ammissibile l'azione ereditaria, previa dimostrazione, nei confronti degli eredi superstiti del genitore naturale, che l'alimentato godesse, anche di fatto, degli alimenti.

Ciò posto, entrambe le ipotesi ricordate *sub a)* e *b)*, senza alcuna distinzione, ove il diritto sia stato giudizialmente accertato, risultano prodromiche all'accesso alla posizione ereditaria consistente, rispettivamente, nell'assegno previsto dall'art. 580 c.c. nel caso di successione *ab intestato* e in quello contemplato nell'art. 594 c.c. per l'ipotesi della successione testamentaria.

Dunque, una volta accertato il fatto biologico della procreazione non

⁽⁹⁴⁾ Sul punto v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 479, che ha chiarito che l'«accertamento di mero fatto per l'accesso all'assegno mantenitorio, che ivi si considera, non presuppone la configurazione di uno *status* attraverso un titolo legittimante della successione ereditaria, bensì la dichiarazione incidentale della genitura naturale da cui deriva l'accesso al diritto di credito sottostante».

⁽⁹⁵⁾ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

riconoscibile, tanto basta a fondare il diritto del minore al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione, e, dopo la morte del genitore, il diritto del minore ed anche del figlio maggiorenne ad accedere all'assegno vitalizio.

6. — *La successione dei figli non riconoscibili.*

L'indagine deve misurarsi con l'art. 573 c.c., che pone come necessario presupposto per l'applicazione delle norme di diritto successorio il riconoscimento (art. 250 c.c.) o la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità (artt. 269 e 277 c.c.).

Di regola i figli, solo in quanto possano dirsi tali per il fatto di rivestire, per riconoscimento anche contenuto in testamento, dichiarazione di nascita o accertamento giudiziale⁽⁹⁶⁾, il relativo *status* rispetto al *de cuius*, assumono la posizione di eredi legittimi e di legittimari, vantando nei confronti di donatari e chiamati alla successione il diritto alla relativa quota di riserva una quota di eredità (art. 536 c.c.). Il legittimario è, infatti, pur sempre un successibile legittimo sebbene l'art. 537 non precisi, «per mero difetto di tecnica legislativa»⁽⁹⁷⁾, che i figli naturali hanno diritto a parte della quota riservata ai discendenti quando la filiazione è riconosciuta o dichiarata.

L'ultimo comma dell'art. 573 c.c. fa tuttavia salva la disposizione di cui

⁽⁹⁶⁾ Tanto il riconoscimento testamentario quanto la dichiarazione giudiziale intervenuta successivamente alla morte del genitore hanno, infatti, efficacia retroattiva. Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Rescigno*, 5, 2ª ed., Torino, 1997, p. 439; e, da ultimo, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., spec. pp. 454 ss. e 518 ss.; in giurisprudenza, v. almeno Cass., 22 novembre 2000, n. 15063, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 213, con riferimento al riconoscimento; Cass., 16 luglio 2005, n. 15100, in *Foro it.*, 2005, I, c. 4765, con riferimento alla dichiarazione giudiziale. V. anche *infra*, § 7.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLIII, 2, 4ª ed., Milano, 2000, p. 157, per cui l'art. 573 c.c. vige anche per la successione necessaria, e al figlio naturale è attribuita la qualità di legittimario solo se la filiazione è giuridicamente accertata per riconoscimento o dichiarazione giudiziale. L'A., anzi, desume conferma di tale interpretazione proprio dall'art. 594 c.c. In termini generali v. L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 165.

all'art. 580 c.c., che non presuppone, ed anzi esclude, la sussistenza di un titolo costitutivo dello *status* che legittimerebbe alla successione ereditaria, e si fonda bensì su un accertamento incidentale⁽⁹⁸⁾ della paternità o maternità biologica, ai soli fini dell'accesso al diritto, apprezzabile in termini patrimoniali, ad esso accertamento conseguente, a ricevere dal genitore quanto necessario per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione finché non sia raggiunta la maggiore età, e successivamente i soli alimenti, eventualmente sotto la condizione dello stato di bisogno.

In altri termini, i figli non riconosciuti o dichiarati non partecipano alla successione del genitore *ex art.* 573 c.c., vantando invece i più limitati diritti di cui agli art. 580 e 594 c.c., ma hanno facoltà di domandare, anche nei confronti degli eredi del genitore, l'accertamento della discendenza anche incestuosa, con conseguente acquisto dello *status* e ammissione ai diritti successori⁽⁹⁹⁾.

In esito alla citata declaratoria di incostituzionalità del divieto di indagini sulla paternità e maternità incestuosa, il figlio o, se premorto, i suoi discendenti, si trovano nella condizione di essere arbitro della scelta tra azione di dichiarazione, con il conseguente rapporto organico familiare che ne deriva, e azione di mantenimento *ex art.* 279 c.c., per costituire solo il rapporto patrimoniale per responsabilità da procreazione, sempre che il mantenimento sia dovuto con riguardo al momento dell'azione, e dunque nella sua minore età, permanendo comunque il suo stato di abbandono e la conseguenze di-

⁽⁹⁸⁾ Cass., 10 settembre 1990, n. 9308, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass., 24 gennaio 1986, n. 467, in *Dir. fam.*, 1986, p. 499; in *Foro it.*, 1987, I, c. 542.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. A. CHECCHINI, *Azione di mantenimento e rifiuto dello status da parte del figlio naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 679 ss., in commento a Cass. n. 467/1986, cit., non manca di notare come la Corte risolve “disinvoltamente” e senza alcun approfondimento, nonostante il conflitto con l'orientamento precedente, la questione circa la possibilità di riconoscere i diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c. a chi abbia lo *status* di figlio legittimo altrui; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, p. 206 s.: «se è fuori di dubbio che il sistema dello *status* vale, di regola, ancora oggi al fine di costituire nella forma più ampia, completa e certa, il rapporto di filiazione ed il corrispondente accertamento della qualità di padre, non di meno si deve riconoscere che il medesimo “meccanismo” non esaurisce la molteplicità delle situazioni in cui acquista rilevanza giuridica la relazione di parentela tra padre e figlio».

chiarazione di adottabilità. Conseguita la maggiore età potrà invece domandare i soli alimenti, se versa in stato di bisogno.

Dalla scelta (espressa dalla lettera della norma, segnata da una serie di «può») derivano conseguenze in materia successoria.

Il figlio che abbia preferito l'azione di *status* acquisterà, assieme al giudicato in proprio favore, i pieni diritti successori, alla pari di qualsiasi altro figlio. Dalla scelta dell'azione *ex art. 279* deriva, invece, il diritto all'assegno disciplinato dagli artt. 580 e 594 c.c., altrimenti riservato solo al soccombente nell'azione di dichiarazione della genitorialità⁽¹⁰⁰⁾.

Pur nell'aspirazione alla parificazione degli *status* che ispira la riforma del 2012, non mancano altre ipotesi di emersione di identici strumenti che affidano all'apprezzamento del figlio la costituzione di uno stato giuridico corrispondente a quello naturale della procreazione, ammettendo invece il sacrificio dell'interesse alla verità della generazione allo scopo di garantire l'interesse preminente del figlio: così colui che risulti figlio matrimoniale – a partire dall'età di 14 anni, come disposto dal principio di cui all'art. 2, 1° comma, lett. *f*), della legge delega – è arbitro della decisione di rimuovere in qualsiasi tempo il proprio *status* invero, come presupposto magari per ottenere la costituzione di diverso *status*, nei confronti del genitore biologico, oppure mantenere *sine die* l'efficacia di uno *status* che non corrisponde alla propria discendenza genetica, ma piuttosto all'affettività ed all'esperienza della vita familiare; del pari il figlio non matrimoniale vede sottratta alla prescrizione l'azione di impugnazione del riconoscimento [art. 2, 1° comma, lett. *g*]⁽¹⁰¹⁾, a differenza degli altri legittimati, esposti al termine di decadenza di un anno o sei mesi; la bozza di decreto delegato licenziata dalla Commissione introduce nell'art. 263 c.c. termini di decadenza e di prescrizione coerenti con quelli appena ricordati per l'azione di disconoscimento, ed evidenzia quello che potrebbe definirsi come l'ordito celato attraverso la trama

⁽¹⁰⁰⁾ Così R. QUADRI, *Filiazione naturale e diritto successorio*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 887, nt. 98.

⁽¹⁰¹⁾ Chiaramente evidenziando la relazione esplicativa, che «intervenedo diversamente si realizzerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori di esso»

della disciplina della filiazione, comprensiva del dettato codicistico previgente, della riforma in commento e delle altre leggi speciali, non ultima quella dettata col n. 40 del 2004 per la procreazione medicalmente assistita.

Il genitore che lasci decorrere il termine di decadenza o spirare quello di prescrizione dell'azione diretta a contestare la discendenza altro non fa che lasciar operare quel principio di responsabilità da procreazione che, dal reg. (CE) n. 2201/2003, cosiddetto *Bruxelles II bis* è oggi trasfuso nel superamento della nozione di «potestà genitoriale», sostituita com'è da quella di «responsabilità genitoriale», cui viene dedicato il nuovo Capo II del Titolo IX del Libro I del codice civile, che si potrebbe in altri termini leggere come principio di affettività, e fonda il vincolo su una scelta procreativa consapevole, pur in difetto di discendenza, di cui l'adozione è solo uno dei prototipi.

Non sembra inutile rammentare come, a proposito della fecondazione eterologa, l'argomentazione della Corte di Strasburgo⁽¹⁰²⁾ abbia preso le mosse proprio dall'adozione, intesa «come strumento d'integrazione o di sostituzione delle relazioni familiari sorte su base biologica», così rappresentando la concreta espressione della diffusione, nel comune patrimonio culturale dei Paesi europei, della «deviazione dal principio della derivazione biologica, o genetica, del rapporto di filiazione»⁽¹⁰³⁾, per arrivare invece, attraverso il ripensamento di un istituto risalente e tradizionalmente orientato ad assicurare la continuità patrimoniale qual'è l'adozione, ad «associare donne e uomini destinati per natura a rimanere esclusi, al compito dell'allevamento e dell'educazione delle nuove generazioni, legando il segno della responsabilità genitoriale al vincolo, semplice e umile, della dedizione e dell'affetto»⁽¹⁰⁴⁾.

Residua, nella scelta dell'azione *ex artt.* 279 e 594 c.c., un accertamento del fatto naturale della procreazione con efficacia preclusiva minima, ma pur sempre qualificabile in termini di azione di stato, trattandosi di una «successione in senso tecnico che ha per *causa* una specie determinata di *status* di figlio procreato fuori del matrimonio: il fatto di cui all'art. 279 diviene un ele-

⁽¹⁰²⁾ Corte EDU, 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria*, in *budoc.echr.coe.it*.

⁽¹⁰³⁾ M. DELL'UTRI, *Fecondazione eterologa e diritti fondamentali*, in A. BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, p. 80.

⁽¹⁰⁴⁾ M. DELL'UTRI, *Fecondazione eterologa e diritti fondamentali*, cit., p. 101.

mento, precisamente il nucleo o elemento causa del fatto successione»⁽¹⁰⁵⁾, e tanto rileva allo scopo della qualificazione della disposizione in oggetto in termini di fattispecie speciale di successione necessaria.

Così argomentandosi si apre la strada all'applicazione della disciplina della rappresentazione⁽¹⁰⁶⁾, che consente ai discendenti del figlio premorto al genitore incestuoso della cui successione si tratta, di succedere nei diritti di cui alla disposizione in commento ove essi non intendano promuovere l'azione di declaratoria *ex art.* 269 c.c., e così ottenere il titolo per la successione *ex art.* 573 c.c.

Tale interpretazione è l'unica che possa superare i dubbi di costituzionalità avanzati rispetto alla previsione di siffatta, limitata, chiamata successoria, raccordandola alla scelta del soggetto protetto dalla disposizione – ovvero a quella dei suoi discendenti se premorto – di rinunciare all'azione costitutiva dello *status* nei confronti del genitore incestuoso, per ragioni che possono trasalire quelle economiche legate al mantenimento dello *status* e delle speranze successorie verso altro genitore, legale ma non biologico⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 355. L'A., in precedenza, dimostra l'aderenza al dettato costituzionale, concludendo (p. 343) che «non si può dire che il costituente abbia escluso l'*equiparazione*, in specie quella alle conseguenze immediate dei fatti ed in generale quella potenziale e qualitativa che può portare, in caso di assenza della famiglia legittima, alla massima espansione quantitativa nelle conseguenze». Equiparazione che costituisce il fulcro della riforma attuata con l. n. 219/2012.

⁽¹⁰⁶⁾ Contrario, sul presupposto della qualificazione dell'assegno vitalizio come legato obbligatorio di rendita vitalizia *ex lege* di natura personale, A. ALBANESE, *Art. 580*, cit., p. 427.

⁽¹⁰⁷⁾ Preferisce la soluzione negativa V. BARBA, *op. cit.*, p. 666 s., secondo cui far dipendere il diritto dalla «scelta volontaria del figlio o, peggio ancora, nei casi in cui i genitori legittimi non abbiano le sostanze per mantenere il figlio, mi pare che finisca, radicalmente, per tradire il senso, non soltanto dell'ultimo intervento normativo, non soltanto del cammino verso il *favor veritatis*, ma lo stesso fondamento del diritto successorio del figlio non riconoscibile, il quale deve legarsi alla responsabilità della procreazione, quando, però, non risulta che, nell'ordinamento giuridico, questa responsabilità sia già posta a carico di altri». L'A. richiama, inoltre, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLIII, 1, 6^a ed., Milano, 1999, p. 134, secondo cui dal sistema successorio si ricava un principio in forza del quale chi ha lo stato di figlio legittimo non può giovare contemporaneamente, sia pure ai soli fini patrimoniali, dell'ulteriore condizione di filiazione naturale. In contrario, però, oltre la richiamata violazione del divieto di patti successori

Ragioni che realizzano il suo personale apprezzamento di quel medesimo “interesse del figlio” che altrimenti è demandato al giudice, quale parametro giustificativo dell’autorizzazione al riconoscimento, ai sensi dell’art. 251 c.c. novellato⁽¹⁰⁸⁾, e che potrebbero dipendere anche dall’esigenza di

abdicativi, realizzati nella specie dalla rinuncia all’azione di rimozione dello *status* invertiero e di accertamento di quello incestuoso, si ricorda la posizione di L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 130, secondo cui si cela, dietro la soluzione restrittiva che esclude dagli artt. 269, 580 e 594 colui che possa agire per la dichiarazione giudiziale, un «falso moralismo», poiché, salvo il caso del figlio che voglia sottrarsi all’obbligo di alimenti verso il genitore, «in una società interamente affrancata dall’orrore dell’Ottocento per i figli naturali dovranno esserci ragioni ben serie perché egli sia indotto ad accontentarsi del diritto successorio minore previsto dall’art. 580. (...) Perché mai la legge non dovrebbe rispettare quelle ragioni?». Ragioni che non è difficile immaginare per la filiazione incestuosa derivante da violenza familiare, che potrebbe essere apprezzata quale ragione ostativa al riconoscimento, nell’interesse del minore, ai sensi del novellato art. 251 c.c.

⁽¹⁰⁸⁾ Così anche G. CASABURI, *La nuova disciplina della filiazione: gli obiettivi conseguiti e le prospettive (specie inaspettate) future*, in *Corr. merito*, 2013, p. 817 ss., secondo cui «in ogni caso il riconoscimento dovrebbe essere subordinato alla verifica positiva di un periodo di prova, effettuato sotto la vigilanza del Tribunale, con facoltà di avvalersi dei servizi sociali e consultoriali. Il riconoscimento da parte del secondo genitore potrà essere autorizzato solo nei casi eccezionali in cui il figlio, divenuto adulto, sia a conoscenza della sua identità e il riconoscimento non lo esponga al pregiudizio di dover subire una situazione socialmente scandalosa. Si può pensare, ad esempio, ai casi in cui il secondo genitore sia malato terminale o il primo genitore sia già deceduto». Non appare, in altri termini, così “eccessiva” come ritiene V. BARBA, *op. cit.*, p. 667, la concessione dei diritti successori in commento a colui che voglia mantenere lo *status* di figlio del partner del genitore che ha patito la violenza ad opera del prossimo congiunto, pur nella consapevolezza dell’inveridicità dello stato, per non vedersi dichiarata giuridicamente, *coram populi*, la propria origine incestuosa, il cui danno allo stesso interesse può aver giustificato il diniego di autorizzazione giudiziale. Cfr., sul punto, anche la Relazione della Commissione Bianca, secondo cui «occorre che il giudice non informi il figlio circa l’identità dell’altro genitore. Occorre, inoltre, che l’altro genitore non sia convivente con l’autore del riconoscimento. Occorre ancora accertare che il rapporto personale instaurato dall’autore del riconoscimento col figlio sia da questo bene accetto. A tal fine utili elementi saranno possibilmente tratti dall’ascolto del figlio, ma in ogni caso – reputa la Commissione – il riconoscimento dovrebbe essere subordinato alla verifica positiva di un periodo di prova, effettuato sotto la vigilanza del Tribunale, con facoltà di avvalersi dei servizi sociali e consultoriali. Il riconoscimento da parte del secondo genitore potrà essere autorizzato solo nei casi eccezionali in cui il figlio, divenuto adulto, sia a conoscenza della sua identità e il riconoscimento non lo esponga al pregiudizio di dover subire una situazione socialmente scandalosa. Si può pensare, ad esempio, ai casi in cui il secondo genitore sia malato terminale o il primo genitore sia già deceduto».

«non infliggere sulla fronte di quei figli una macchia ignominiosa che sarebbe peggiore dell'oscurità dei loro natali»⁽¹⁰⁹⁾.

Gioverà indicare a parametro della scelta anche l'insussistenza di criteri normativi di quantificazione della rendita, di modo che, se la rendita va intesa in senso finanziario, e quindi determinata in base al saggio legale d'interesse e dipendente dall'età del vitaliziato soltanto in ordine alla sua durata nel tempo, ma anche allorché si intenda in senso vitalizio dipenderebbe, oltre che dal saggio legale d'interesse, dall'età del vitaliziato, mentre la sua capitalizzazione corrisponderebbe esattamente al valore del capitale. Si introducono, dunque, anche sotto un profilo quantitativo «dubbi sulla incostituzionalità e, prima ancora, sulla irrazionalità di tale disposizione: calcolato l'assegno come rendita vitalizia, esso si configura come superstite commutazione *ex lege* che parifica la condizione del figlio ma nega inspiegabilmente diritti alimentari e diritti successori al genitore e agli altri parenti; calcolato l'assegno come rendita finanziaria, esso si traduce in una lotteria, la cui unica giustificazione possibile appare oggi il fatto che è il figlio, in definitiva, che rifiuta l'instaurazione di un rapporto di filiazione»⁽¹¹⁰⁾.

L'accertamento della filiazione oggetto della domanda *ex art.* 279 e di quelle, conseguenti, *ex artt.* 580 e 594 costituisce, comunque, un peculiare *status familiare*, che era titolo anche per l'applicazione dell'obbligo alimentare *ex art.* 435 c.c., sotto la regola della sussidiarietà⁽¹¹¹⁾ rispetto all'identico

⁽¹⁰⁹⁾ Queste le parole con cui Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit., fondava in capo al solo figlio l'apprezzamento dell'interesse all'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, e la relativa legittimazione, se maggiorenne, essendo altrimenti oggetto della valutazione giudiziale, in sede di autorizzazione, dell'interesse all'azione promossa dal genitore, dal tutore o dal curatore speciale, *ex artt.* 273 e 274 c.c. Cfr. anche, a proposito delle ragioni che giustificano l'estensione della legittimazione *ex art.* 594 c.c. a coloro che omettano volontariamente di rimuovere lo *status* inventiero, perché più confacente al loro interesse, G.W. ROMAGNO, *op. cit.*, p. 567 ss., spec. p. 599; e U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione. Artt. 250-290*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2^a ed., Bologna-Roma, 1992, p. 236 ss., che esemplifica l'interesse ad ottenere la tutela più limitata «con l'esigenza di evitare l'acquisto del *cognomen* e la sottoposizione alla potestà».

⁽¹¹⁰⁾ M. PARADISO, *I diritti successori nella riforma degli status di filiazione*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 249.

⁽¹¹¹⁾ Ritiene, al contrario, di ammettere all'azione *ex art.* 279 c.c. i soli figli incestuosi ma

obbligo gravante sul genitore nei cui confronti la filiazione risulta da dichiarazione o riconoscimento⁽¹¹²⁾.

Venuto a mancare, nel testo del richiamato art. 279 c.c. riformato nel 1975, il requisito per cui la filiazione incestuosa dovesse derivare indirettamente da sentenza civile o penale oppure dipendere da matrimonio dichiarato nullo, ovvero risultare da non equivoca dichiarazione scritta del genitore, anche l'ammontare dell'assegno successorio *ex* art. 594 c.c. non è più rimesso all'apprezzamento del giudice, ma stabilito in misura fissa nel massimo previsto dalla disciplina previgente, e pari alla rendita della quota di eredità cui il figlio avrebbe avuto diritto se la filiazione fosse stata accertata. Attraverso poi la domanda di capitalizzazione, cui apre la via il rinvio all'art. 580 c.c., e la sua possibile soddisfazione in beni ereditari (questa in facoltà degli eredi legittimi), i figli non riconoscibili possono vedersi attribuiti, in natura, alcuni dei beni già appartenuti al genitore, così soddisfacendo anche un eventuale loro interesse affettivo.

In mancanza di capitalizzazione, invece, l'assegno periodico graverà sugli eredi per un tempo indefinito e tendenzialmente coincidente con l'aspettativa di vita dell'erede, presupponendo che il figlio legittimo debitore sia

non quelli che abbiano un diverso *status*, essendo solo i primi «non riconoscibili», Trib. min. L'Aquila, 9 febbraio 1999, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 52. Dalla riconoscibilità, di cui al novellato art. 251 c.c., dovrebbe derivare oggi un'ulteriore rafforzamento della conclusione opposta, peraltro accolta già da Trib. min. Catania, 15 marzo 1990, in *Giur. merito*, 1994, p. 94, in considerazione del più limitato accertamento, ai soli fini patrimoniali, di una procreazione naturale diversa da quella risultante giuridicamente.

⁽¹¹²⁾ Cfr. A. CICU, *La filiazione*, cit., p. 238 s.; M. STELLA RICHTER e V. SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. Cod. civ. Utet*, 2, Torino, 1958, p. 611, nt. 5: «Tanto più se si ritiene che l'accertamento della filiazione non riconosciuta o non riconoscibile è accertamento di uno *status* di figlio, sia pure con limitati effetti, e che, perciò, il diritto alimentare trovi il suo fondamento nella qualità giuridica di figlio». Sul punto è intervenuta, per i figli non matrimoniali, Corte cost., 27 marzo 1974, n. 82, in *leggiditaliaprofessionale.it*, di declaratoria di incostituzionalità dell'art. 435 c.c., nella parte in cui li escludeva dall'obbligo alimentare, per effetto dell'incostituzionalità dell'art. 575 c.c., e così per l'acquisito pari trattamento successorio rispetto ai figli legittimi, ove manchino membri della famiglia legittima. Il caso che ci occupa può atteggiarsi allo stesso modo, ove alla successione non possano essere chiamati il coniuge o i figli del genitore incestuoso, e, come si è visto, tanto basta ad escludere la successione dello Stato.

ordinariamente coetaneo del figlio incestuoso creditore⁽¹¹³⁾.

Per effetto del rinvio alla disciplina della responsabilità per il mantenimento e l'educazione si pone la questione circa la necessità o meno che sussista, in capo al figlio maggiorenne, la condizione di bisogno che ne legittima la domanda di alimenti, posto che la norma in commento definisce la legittimazione attiva alla descritta pretesa successoria semplicemente riferendosi ai «figli naturali di cui all'art. 279».

Per risolvere i casi disciplinati dall'art. 251 c.c. (figli nati da persone tra cui esiste un vincolo di parentela anche naturale in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta, salva l'ignoranza in buona fede del vincolo o la declaratoria di nullità del matrimonio da cui deriva l'affinità) vengono in rilievo le norme dettate dagli artt. 269, 278 e 279 c.c., da cui si desume l'esistenza di un segmento comune che si fa carico di assicurare le identiche garanzie mantenitorie per il figlio non matrimoniale minore che – nell'impianto codicistico – non poteva essere dichiarato giudizialmente o riconosciuto tale ma, attraverso l'azione di mantenimento, istruzione ed educazione, si vedeva sostenuto dai genitori anche oltre la maggiore età, e fino allo stato di emancipazione dal bisogno.

Il contenuto pieno dell'obbligazione di mantenimento (art. 147, 148 c.c.) si ricava dalla lettera dell'art. 277 c.c., che assimila gli effetti della sentenza all'atto di riconoscimento *ex* art. 250 c.c., il quale è in tutto congruente col dettato dell'art. 279 c.c. nell'imporre ai genitori che abbiano effettuato il riconoscimento proprio l'obbligo del mantenimento, dell'educazione e dell'istruzione del figlio minore.

Nell'originario impianto la posizione del maggiorenne trovava, invece, tutela solo nel diritto agli alimenti, tramite allegazione dello stato di bisogno, e ciò vale per la durata della vita di chi l'ha messo al mondo, superata la maggiore età ed entro i limiti dettati dall'art. 438 c.c.

⁽¹¹³⁾ Osserva M. FINOCCHIARO, *Art. 580 c.c.*, in A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 2353 s., che i veri diseredati sono, in caso di assegno non capitalizzato, i discendenti del figlio irricognoscibile, ed i favoriti sono i discendenti della famiglia legittima, cui non si trasmette il peso che gravava sul debitore, che nell'*id quod plerumque accidit* è coetaneo del creditore.

Tuttavia, a mente dell'art. 155 *quater* c.c., inserito dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54, i figli maggiorenni non indipendenti economicamente possono ricevere un assegno periodico dal genitore, ed il collegamento con l'attuale art. 315 *bis* c.c., che non pone limitazioni di età al diritto al mantenimento, costituisce la regola generale, applicabile anche fuori dalla crisi genitoriale⁽¹¹⁴⁾, in attuazione dell'obbligo gravante sui coniugi *ex* art. 148, ma anche sui genitori non coniugati secondo il testo dell'art. 316 *bis* contenuto nella bozza di decreto delegato all'esame delle Camere⁽¹¹⁵⁾.

Dopo la morte del genitore, in caso di successione legittima, anche l'art. 580 c.c. discute semplicemente di «figli aventi diritto al mantenimento (...) a norma dell'art. 279», e considerato che limitare l'assegno successorio unicamente ai figli maggiorenni bisognosi produrrebbe l'esclusione degli altri da qualsiasi aspettativa successoria, si ritiene che l'assegno spetti al figlio non riconoscibile a prescindere dall'astratta spettanza dell'assegno alimentare⁽¹¹⁶⁾.

Del resto, trattandosi di assegno vitalizio, ne beneficerebbe per tutta la propria esistenza il figlio non riconoscibile ove il genitore sia deceduto nel

⁽¹¹⁴⁾ Costante la giurisprudenza nel riconnettere la perdita del diritto al conseguimento dell'autosufficienza economica, «consistente nella percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato» da ultimo per Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *leggiditaliaprofessionale.it*.

⁽¹¹⁵⁾ La norma del 1° comma, sostanzialmente riproduttiva dell'art. 148, come licenziata dalla Commissione Bianca, dispone che «I genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo». Nello stesso senso la proposta di G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione, profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 479, secondo cui si realizza un debito di valuta, insensibile ad aumenti e diminuzioni di valore del patrimonio del *de cuius*, ma anche alla svalutazione monetaria. Del pari, per A. ALBANESE, *Art. 580*, cit., p. 427 s.: «va escluso che abbia natura alimentare, giacché esso prescinde dallo stato di bisogno del beneficiario ed è commisurato, invece, alle sostanze ereditarie: ne consegue l'inapplicabilità della normativa sui crediti alimentari. Esso può formare oggetto di compensazione, di cessione o di transazione, di pignoramento e può essere esercitato dai creditori del figlio naturale in surrogatoria qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 2900 c.c.». Precisa R. GIAMPIETRAGLIA, *Art. 594*, in *Comm. Gabrielli, Delle successioni. 2. Artt. 565-712*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, p. 240, che dall'esclusione della natura alimentare dipende anche la decorrenza dalla data di apertura della successione e non dalla domanda.

corso della sua minore età, e non si ravvisano ragioni plausibili per discriminarlo da chi, nelle medesime condizioni di irriconeoscibilità, abbia visto morire il genitore dopo aver compiuto il diciottesimo anno⁽¹¹⁷⁾.

Nell'applicazione pratica, tuttavia, la disciplina descritta mostra alcuni punti di criticità riguardo al caso in cui il bisogno alimentare sopravvenga dopo la morte del genitore.

Come ha avuto modo di chiarire la dottrina⁽¹¹⁸⁾ l'assegno in questione non ha che un'analogia apparente con quello spettante al coniuge separato con addebito *ex art.* 548, 2° comma, c.c., perché è rivestito da caratteri di specialità in considerazione del potere di commutazione, dell'opzione e della rinuncia alle donazioni o ai lasciti testamentari disposti dal genitore, *ex art.* 594 c.c. Pertanto, posto che l'art. 580 c.c. non richiede la preconditione del bisogno alimentare, essendo sufficiente invece l'aver ottenuto il diritto al mantenimento, istruzione ed educazione, si conclude nel senso per cui lo stato di bisogno medesimo costituisce una condizione non necessaria all'ottenimento del diritto successorio.

Dunque, una volta accertato il fatto biologico della procreazione non riconoscibile, tanto basta a fondare il diritto del minore al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione, e, dopo la morte del genitore, il diritto del minore ed anche del figlio maggiorenne ad accedere all'assegno vitalizio.

Il minore agisce in giudizio attraverso un rappresentante *ex art.* 273 c.c., ed ha in ogni caso diritto al mantenimento, poiché il relativo obbligo nasce dalla generazione in capo ai genitori; il diritto agli alimenti è invece eventuale, attivabile dal maggiorenne in caso di bisogno, ed ovviamente per propria scelta, dalla quale derivano però fondamentali riflessi per l'accesso all'assegno vitalizio *iure hereditatis*.

Dopo la morte del genitore infatti l'art. 573 c.c. pone una distinzione relativamente all'applicazione delle norme di diritto successorio solo per quei

⁽¹¹⁷⁾ A. CHECCHINI, *Diritti dei figli naturali non riconoscibili*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, V, Padova, 1992, p. 122, discute, più in generale, di irrilevanza dell'apertura della successione rispetto alla concreta spettanza del diritto al mantenimento.

⁽¹¹⁸⁾ L. MENGONI, *Delle successioni legittime. Artt. 565-586*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 119.

soggetti che abbiano ottenuto il titolo di legittimazione derivanti dal riconoscimento (art. 250 c.c.) o dalla dichiarazione giudiziale di genitura naturale (artt. 269 e 277 c.c.), i quali per l'effetto sono legittimari, cui la legge riserva una quota di eredità (art. 536 c.c.).

7. — *L'assegno come diritto di legittima.*

Il raffronto tra gli artt. 580 e 594 c.c., imposto dalla pratica eventualità di una successione regolata solo in parte per testamento, e in parte quindi per legge⁽¹¹⁹⁾, si mostra fondamentale, evidenziando differenze di trattamento quanto al patrimonio su cui calcolare la quota alla cui rendita l'assegno è commisurato, quanto ai soggetti gravati dello stesso, che ai sensi dell'art. 594 c.c. non sono unicamente gli eredi ma anche i donatari ed i legatari, quanto alla necessità di rinunciare alle attribuzioni ricevute dal genitore, e circa la domanda di capitalizzazione.

Il rinvio del citato art. 594 ai «limiti stabiliti dall'art. 580 c.c.» introduce infatti la questione se i figli non riconoscibili aventi diritto al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione, che vedono riconosciuto loro un assegno vitalizio pari all'ammontare della rendita alla quale avrebbero diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta, possano domandare la capitalizzazione di tale assegno in denaro, ovvero – ma la scelta spetta agli eredi legittimi – in beni ereditari.

Quando la capitalizzazione dell'assegno sia domandata ai donatari ed ai legatari, questi mancherebbero dell'opzione, potendo pagare solo in denaro e così trovandosi in condizione peggiore rispetto agli eredi che potrebbero invece scegliere di soddisfare l'avente diritto con beni di difficile negozia-

⁽¹¹⁹⁾ Su cui cfr. anche L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 141 s., esemplificando per dimostrare come il principio del contributo proporzionale dettato dall'art. 594 c.c. per la ripartizione dell'onere tra eredi, legatari e donatari non può essere esteso agli eredi legittimi, per i quali vige invece l'art. 553 c.c., per cui la quota di riserva va prelevata prima sui beni di cui il defunto non ha disposto, salvi i diritti degli altri legittimari.

bilità o con capitali di rischio⁽¹²⁰⁾. Tali sono le ragioni poste a fondamento dell'esclusione della domanda di capitalizzazione in caso di successione testamentaria, non ritenendosi di dover intendere il rinvio all'art. 580 c.c. oltre i limiti della quantificazione dell'assegno⁽¹²¹⁾.

Si realizzerebbe una sorta di commutazione, differente da quella di cui al precedente art. 537, 3° comma, che non estromette dalla comunione il figlio, ma sostituisce l'oggetto del suo diritto di credito⁽¹²²⁾. Diritto potestativo non soggetto a termine ma alla prescrizione ordinaria, non più esercitabile, tuttavia, in caso di opzione per la corresponsione periodica.

La commutazione disposta dal 2° comma dell'art. 580 c.c. ha un regime inverso al suo carattere normale e precedente alla riforma del diritto di famiglia (art. 537 c.c.): alla capitalizzazione in denaro può sostituirsi quella di beni immobili, ciò che di fatto non danneggia l'avente causa ed esclude, anche nel nostro caso, il carattere differenziato della delazione tra figli matrimoniali e non matrimoniali.

Dall'unità del sistema successorio deriva che lo stesso assegno vitalizio spetti all'avente diritto anche nel caso di successione testamentaria, ovvero per donazioni effettuate in vita dal dante causa. L'art. 594 c.c. precisa, infatti, che gli eredi, i legatari e i donatari sono tenuti in proporzione a quanto ricevuto a corrispondere ai figli non matrimoniali di cui all'art. 279 c.c. l'assegno vitalizio nei limiti stabiliti dall'art. 580 c.c. Ed aggiunge, ancora, che se tali ultimi abbiano ricevuto per donazione o testamento possono rinunciare alle disposizioni predette ed accedere all'assegno vitalizio, laddove ciò sia per loro maggiormente conveniente.

Non si ritiene di annoverare i donatari tra coloro che possono esercitare l'opzione tra il soddisfacimento della richiesta capitalizzazione in denaro piuttosto che in beni ereditari, posto che questi non partecipano alla comunione ereditaria, e si discute se, in capo ad eredi e legatari, sussista una

⁽¹²⁰⁾ Così L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 143 s.

⁽¹²¹⁾ Tanto induce, anzi, C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 184, a negare anche la possibilità di soddisfare il diritto con beni ereditari.

⁽¹²²⁾ G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 482 ss.

obbligazione alternativa o semplice, avente ad oggetto una somma di denaro, restando il soddisfacimento in beni dell'asse ereditario una mera *facultas alternativa*⁽¹²³⁾.

Le ulteriori questioni appaiono, invece, risolvibili sul presupposto della qualificazione del figlio non riconoscibile come legittimario, in forza di una ipotesi "speciale" di successione necessaria⁽¹²⁴⁾.

In particolare, mentre l'art 594 c.c. presuppone un testamento o una o più donazioni, per individuare nei rispettivi beneficiari gli onerati del legato, l'art. 580 c.c. si applica alla devoluzione *ab intestato* dell'eredità o di una sua parte, e pertanto grava sugli eredi legittimi⁽¹²⁵⁾, in proporzione ciascuno alla propria quota, argomentando *ex artt.* 594 e 662 c.c.

Residua una ipotesi di concorso⁽¹²⁶⁾ delle due disposizioni allorché il

⁽¹²³⁾ Opzione, questa ultima, accolta da G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 483, con la conseguenza, già accennata, per cui i figli riconoscibili perdono il diritto a domandare la capitalizzazione nel caso in cui accettino la corrispondenza periodica.

⁽¹²⁴⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 519 «la nuova disciplina non solo conferma la natura successoria dell'assegno, che prescinde totalmente dallo stato di bisogno del figlio non riconoscibile, ma indica in quest'ultimo un legittimario e nell'assegno un peculiare diritto di legittima. Si tratta infatti di un diritto che prevale sulla contraria volontà del defunto e che trova pur sempre fondamento nella inderogabile solidarietà che alla stregua della coscienza sociale si pone tra i più stretti congiunti». Così anche A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, II, 2, Milano, 1976, p. 40: «si realizza una successione necessaria solo in senso atecnico ed è quindi preferibile chiamarla "speciale"». Ritiene, invece, trattarsi di onere gravante solo sulla disponibile G. GANGI, *La successione testamentaria*, 2ª ed., I, Milano, 1952, p. 337, per cui «se la disponibile è stata esaurita con le donazioni, i figli non riconosciuti o non riconoscibili non hanno alcuna pretesa da far valere né contro i legittimari né contro i donatari».

⁽¹²⁵⁾ Così G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 508.

⁽¹²⁶⁾ Esemplificato da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 173, nt. 40, in questi termini «Gli "eredi" ai quali si riferisce l'art. 594, sono gli eredi testamentari. Se il *de cuius* ha disposto di una parte soltanto dei suoi beni lasciando l'altra parte alla successione intestata, occorre innanzitutto stabilire se il figlio naturale non riconoscibile abbia diritto all'assegno nella misura dell'art. 580 (rendita della quota intestata, calcolata solo sul *relictum*) o nella misura dell'art. 594 (rendita della quota di riserva, calcolata sul *relictum* sommato al *donatum*). Nel primo caso (la rendita della quota prevista dell'art. 580 risulta non inferiore alla rendita della quota riservata), debitori dell'assegno sono esclusivamente

testamento o le donazioni non esauriscano l'asse ereditario, e sul residuo si apra la successione per legge, ed allora si tratta di verificare se l'assegno è dovuto dagli eredi testamentari, dai legatari o dai donatari, ed è riferito alla rendita della quota di riserva, cui i figli avrebbero diritto se possedessero lo *status* dichiarato.

Chi ritiene che l'obbligo gravi in primo luogo sugli eredi legittimi, e si imponga invece ai successori testamentari solo ove i beni formanti oggetto della successione *ab intestato* non siano sufficienti, così argomenta dalla norma, dettata in materia di riduzione dall'art. 553 c.c., che fa precedere l'aggressione delle disposizioni testamentarie alla riduzione delle quote intestate, ed innanzitutto della porzione disponibile. Il presupposto è, all'evidenza, la considerazione dell'assegnatario in questione come legittimario, e l'applicazione preferenziale del successivo art. 580⁽¹²⁷⁾.

Rispetto alla disciplina della riserva, si evidenzia come anche in questa ipotesi il diritto prevalga sulla contraria volontà del *de cuius*, e coincida l'estensione ai donatari della legittimazione passiva alla domanda, ma l'eventuale riduzione è attuata in ragione proporzionale su tutte le liberalità e sulle attribuzioni *mortis causa*, a titolo universale e particolare, senza il criterio di precedenza delle disposizioni testamentarie, e quindi delle donazioni più recenti, per salire a ritroso alle più remote, fissato dagli artt. 554 ss. c.c.⁽¹²⁸⁾.

In tal modo, si esporrebbero all'obbligo anche i donatari che altrimenti non patirebbero l'azione di riduzione, e l'incongruenza potrebbe essere risolta solo accogliendo una interpretazione restrittiva della disposizione in commento, nel senso per cui la ripartizione proporzionale del debito opera

gli eredi legittimi. Nel secondo caso, come si è avuto occasione di precisare, si deve applicare la regola, desumibile dall'art. 533, per cui la legittima si prende anzitutto sui beni oggetto delle liberalità fatte dal *de cuius*. Per esempio: *relictum* 100, *donatum* 200; succede *ab intestato* un fratello del defunto e concorre un figlio naturale non riconoscibile. A norma dell'art. 594 il figlio ha diritto a un assegno vitalizio pari alla rendita di metà del patrimonio (=150): debitori sono l'erede legittimo per 2/3 (fino a concorrenza della rendita dei beni intestati) e il donatario per 1/3».

⁽¹²⁷⁾ Cfr. G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 479 ss.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 5ª ed., Torino, 2010, p. 139 s.

solo tra i successori testamentari e tra i beneficiari di donazioni contemporanee, applicandosi altrimenti gli artt. 555, 2° comma, e 559 c.c. ⁽¹²⁹⁾.

Parte della dottrina, sia nella vigenza dell'originaria formulazione della norma che rispetto al testo attuale, argomentando, invece, sulla base della collocazione di essa fuori del capo dedicato alla successione necessaria, del criterio di proporzionalità ed in forza dell'analogia con i diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge *ex art.* 540 c.c. e con l'assegno al coniuge separato di cui al successivo art. 548, 2° comma, ritiene configurarsi in capo al figlio non riconosciuto uno speciale diritto successorio, qualificabile come legato obbligatorio *ex lege*, peculiarmente posto tuttavia a carico non solo degli eredi e dei legatari, ma anche di soggetti estranei alla successione quali sono i donatari. Di conseguenza, la relativa tutela non sarebbe qualificabile in termini di riduzione, e realizzerebbe piuttosto una azione obbligatoria, caratterizzata dal criterio proporzionale, che non distingue onorati testamentari e donatari, e rispetto a questi, riguardo alla data dell'acquisto ⁽¹³⁰⁾. Il relativo ammontare sarebbe calcolato, alla pari di quanto dispone il citato art. 580, solo sul *relictum*, e l'assegno graverebbe sulla disponibile ⁽¹³¹⁾.

Rispetto alla riserva rileva, infine, notare come la disposizione in com-

⁽¹²⁹⁾ G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 482; L. CARRARO, *Assegno ai figli naturali non riconoscibili*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, V, cit., p. 175; in termini adesivi anche C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, cit., p. 182 s.; ritiene, invece, «direttamente obbligati per quota successori e donatari senza distinguere tra disponibile e legittima» C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 519.

⁽¹³⁰⁾ Cfr., riguardo al testo previgente, G. BRUNELLI e C. ZAPPULLI, *Commento al nuovo codice civile italiano. Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, p. 213 s.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1941, p. 278 ss.; riguardo all'attuale formulazione C.R. CALDERONE, *Della successione legittima e dei legittimari*, Roma, 1976, p. 362; Giu. AZZARITI, *La successione e la donazione*, Napoli, 1990, p. 76 ss.; A. ALBANESE, *Art. 594*, in M. SESTA, *Codice delle successioni e delle donazioni*, Milano, 2011, p. 1089; ID., *Art. 580*, in M. SESTA, *Codice della famiglia*, cit., p. 1702; M. DI NARDO, *La filiazione non riconoscibile*, cit., p. 605 ss. Non inserisce tra i legittimari il figlio naturale non riconosciuto neppure M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, p. 449.

⁽¹³¹⁾ Cfr. A. PELLEGRINO, F. ZABBAN e F. DELFINI, *Libro Secondo. Delle successioni. Artt. 456-809. Commentario*, Milano, 1993, p. 246; P. PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro secondo*, Torino, 1990, p. 229 ss.

mento finisca per trattare quale attribuzione in sostituzione di legittima qualsiasi attribuzione disposta dal genitore nei confronti del figlio non riconoscibile, a titolo donativo o *mortis causa*, senza possibilità di dispensa dall'imputazione o di previsione della facoltà di domandare il supplemento *ex art.* 551, 2° comma, c.c.⁽¹³²⁾. Il figlio non riconoscibile è infatti costretto in ogni caso a rinunciare a quanto ricevuto per domandare l'assegno vitalizio spettante *ex art.* 580 c.c., ove ciò gli convenga⁽¹³³⁾.

Ancora in considerazione della natura di legato personale *ex lege*⁽¹³⁴⁾ dell'assegno attribuito al figlio non riconoscibile, si ritiene che la vocazione di costui sia esclusa dal fenomeno della rappresentazione testamentaria (ma non di quella operante nella successione legale) in forza del dettato dell'art. 467, 2° comma, c.c.

Le descritte obiezioni all'annoverabilità dei figli non riconoscibili tra i legittimari non sembrano avere rilievo determinante. Da un canto si è già segnalato come la collocazione della norma risulti errata, vieppiù dopo la riforma del 1975, anche ai commentatori che ne sostengono la natura di legato *ex lege*⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³²⁾ Cfr., per il legato in sostituzione di legittima tra l'indisponibile e la disponibile, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 548 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 547 ss.

⁽¹³³⁾ Nel caso dell'acquisto per donazione si tratterebbe *rectius* di scioglimento del contratto per cause ammesse dalla legge, ai sensi dell'art. 1372 c.c., e non di rinuncia in senso tecnico, che non potrebbe inficiare il contratto già perfezionatosi *inter vivos*. Cfr. G. PALAZZOLO, *Atti gratuiti e motivo oggettivo*, Milano, 2004, p. 58, nt. 30; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 174, sostiene che «l'attribuzione del diritto anche contro i donatari, senza il tramite di un'azione costitutiva di inefficacia della donazione nei rapporti col legittimario, è un'anomalia in quanto configura un legato obbligatorio *ex lege* a carico di persone estranee alla successione; anomalia, si noti, sconosciuta ai sistemi in cui la legittima è in generale costituita come diritto di credito». *Contra*, L. CARRARO, *Art. 594*, in *Comm. Carraro-Oppo-Trabucchi*, I, 2, Padova, 1977, p. 872 ss.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. Cass., 20 novembre 1952, n. 3073, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 340; in *Foro it.*, 1953, I, c. 6; Cass., 2 agosto 1957, n. 3281, in *Mass. Giur. it.*, 1957; Cass., 25 ottobre 1969, n. 3498, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1082; in *Foro it.*, 1970, I, c. 1991; Cass., 29 gennaio 1970, n. 187, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 703; Cass., 3 marzo 1975, n. 622, in *Mass. Giur. it.*, 1975.

⁽¹³⁵⁾ In generale, L. CARRARO, *Assegno ai figli naturali non riconoscibili*, cit., p. 184, rileva come «i caratteri di riserva dell'assegno vitalizio erano meno accentuati di quanto non lo sia-

L'analogia con i legati a favore del coniuge e del coniuge separato è solo apparente, poiché entrambi questi casi presuppongono uno *status* già costituito e risultante dall'atto di matrimonio, mentre è pregiudiziale all'accoglimento della domanda *ex art.* 594 c.c. l'accertamento della filiazione, sia pure con efficacia preclusiva di minimo grado, ai soli effetti patrimoniali⁽¹³⁶⁾.

È proprio tale accertamento a costituire un particolare *status* in capo al figlio⁽¹³⁷⁾, ed a fondare una chiamata ereditaria alla pari di tutte quelle fondate su una qualità personale del vocato, tale essendo il criterio – qualitativo appunto, e non invece quantitativo – che distingue la vocazione a titolo universale da quella a titolo particolare⁽¹³⁸⁾.

no ora»; v. anche P. RESCIGNO, *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, p. 339 s., ora anche in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, p. 210 ss.; L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Successione necessaria*, cit., p. 171 ss.; ID., *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 129 ss. In relazione al legato *ex lege*, L. BIGLIAZZI GERI, *La capacità di ricevere per testamento*, in *Tratt. Rescigno*, 6, 2ª ed., Torino, 1997, p. 68 s.; ID., *Delle successioni testamentarie. Art. 587-600*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 184. Concorde anche P. BOERO, *Il testamento*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, cit., p. 695.

⁽¹³⁶⁾ M. ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954, p. 173; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 518 s.; G. TAMBURRINO, *Successione legittima*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1375 ss.; G. LISELLA, *op. cit.*, p. 368 ss., spec. p. 375 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 349, secondo cui «questa definizione come successione a titolo particolare confonde tra i limiti posti dalla legge per la salvaguardia della famiglia fondata sul matrimonio, che si concretizzano nell'incapacità parziale a ricevere di cui agli artt. 592, 2° comma e 593, con la natura del fatto successorio e alle conseguenze. Il sistema legislativo non fonda la distinzione tra eredità e legato sull'oggetto della conseguenza successoria, vale a dire sulla sua quantità, ma sul modo in cui quest'oggetto è stato considerato. Ora la valutazione oggettiva e quantitativa della conseguenza successoria riporta l'interprete al fatto giuridico che l'ha determinato, perché sarà soltanto il fatto a poter fornire l'idea qualitativa delle conseguenze». V. anche, per la conferma dei risultati della precedente elaborazione, in esito alle riforme, ID., *La filiazione*, cit., 496 s.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. l'ampia disamina, anche a proposito della qualità di legittimario e dello *status* del figlio non riconoscibile, condotta da L. CAMPAGNA, *Sul diritto dei figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili all'assegno vitalizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 1174 s.

⁽¹³⁸⁾ Cfr., anche per i richiami dottrinali e giurisprudenziali, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., pp. 11 ss., 58 ss., 154 ss.

Si realizza, in favore di costui, una quota di riserva su uno degli «altri diritti nella successione» cui si riferisce l'art. 536 c.c., distinguendola dalla riserva di una quota di eredità⁽¹³⁹⁾.

Ove, poi, vi sia concorso tra successione testamentaria e successione legittima, il figlio avrà azione *ex art.* 580 c.c. sulla parte dell'asse devoluta per legge, e se tale quota dovesse risultare inferiore a quella riservata *ex art.* 594, che si computa anche tenendo del *donatum*, potrà domandarne l'integrazione tanto agli aventi causa per testamento che ai donatari, ma solo subordinatamente all'azione sui beni della successione intestata, in applicazione dell'art. 553 c.c.⁽¹⁴⁰⁾.

Riguardo a questi ultimi, richiamato quanto già scritto rispetto all'opportunità di applicare il criterio proporzionale unicamente alle liberalità di pari data, allo scopo di evitare stravolgimenti rispetto alle regole dettate per la riduzione dall'art. 559 c.c.⁽¹⁴¹⁾, si pone il caso del figlio non riconosciuto che abbia ricevuto per donazione e ci si domanda se costui debba necessariamente rinunciarvi per domandare l'assegno.

In proposito è stato osservato che non vi è rinuncia in senso tecnico, poiché ciò sarebbe impedito dalla natura contrattuale di atto *inter vivos* della donazione, bensì si realizza un effetto risolutorio riconducibile alla rinuncia medesima quale espressione di un volere collegato all'art. 1372 c.c., ove si afferma che il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto

⁽¹³⁹⁾ Così G. TAMBURRINO, *Successione legittima*, cit., p. 1375; R. GIAMPIETRAGLIA, *op. cit.*, p. 239 ss.; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 33, nt. 84, ricomprende negli «altri diritti» quelli riservati al coniuge dall'art. 540, 2° comma, c.c. e al coniuge separato con addebito dall'art. 548, 2° comma, c.c.; G. DE ROSA, *Art. 536*, in *Comm. Gabrielli, Delle successioni. 1. Artt. 456-564*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, p. 534 s. *Contra*, M. DOSSETTI, *Concetto e funzione della successione necessaria*, in *Tratt. Bonilini, III, La successione legittima*, Milano, 2009, p. 14 s., ritiene di limitare tale categoria solo alla posizione del coniuge separato.

⁽¹⁴⁰⁾ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 173 s., nt. 40.

⁽¹⁴¹⁾ La forzatura è evidente anche secondo C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, cit., p. 138: «si tratta di una ricostruzione che non va esente da difficoltà, ma che appare tutto sommato preferibile, visto l'esito, che altrimenti si imporrebbe, di una deroga ai principi generali in tema di tutela dei diritti dei legittimari».

che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge⁽¹⁴²⁾.

Posto che, dunque, il meccanismo si risolverebbe nella risoluzione del contratto di donazione per volontà di uno solo dei contraenti, ed in considerazione del favore verso il figlio cui si ispira la disposizione, si ritiene preferibile l'imputazione *ex se* di quanto ricevuto⁽¹⁴³⁾.

8. — *Coesistenza di altro status incompatibile.*

Dal confronto tra la formulazione degli artt. 580 e 594 c.c. anteriore alla riforma del diritto di famiglia del 1975, riferiti tanto ai figli “non riconoscibili” quanto ai “non riconosciuti”, ed il testo vigente è evidente come sia caduta la menzione dei figli (riconoscibili ma, di fatto) non riconosciuti⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴²⁾ Di questi problemi si è occupato in maniera esaustiva G. PALAZZOLO, *Atti gratuiti e motivo oggettivo*, cit., p. 58, nt. 30; ma v. già prima con la consueta chiarezza, L. MENGONI, *Delle successioni legittime*, cit., p. 83, *contra*, L. CARRARO, *Art. 594*, cit., p. 872 ss. che in base al divieto di cumulo tra l'assegno vitalizio e le donazioni ricevute in vita considerava tali ultime donazioni in conto e in quanto tali assoggettabili ad imputazione.

⁽¹⁴³⁾ L. CARRARO, *Assegno ai figli naturali non riconoscibili*, p. 186; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per testamento*, cit., p. 138. Cfr., per una ulteriore delimitazione dell'ambito delle attribuzioni liberali soggette all'aggressione, G. PALAZZOLO, *I diritti successori dei figli non matrimoniali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1130 s., secondo cui «non tutte le donazioni sono aggredibili da parte del titolare dell'assegno nei confronti dei donatari eredi legittimi, giacché valgono in loro favore i limiti della irrevocabilità sia *inter vivos* che *mortis causa* per quanto poi si traduca in irriducibilità, almeno con riferimento alle donazioni obnuziali e remuneratorie *ex art. 805 c.c.* nel caso di sopravvenienza di figli, che per molti profili pare assimilabile al caso di specie, stante il momento cronologicamente successive all'ottenimento del titolo mantenitorio *ex art. 279 c.c.* rispetto ai figli legittimi o naturali riconosciuti in precedenza. Deriva che esclude pure le modali con causa concreta dell'attribuzione *ex art. 793 c.c.* quando il donatario ha esaurito il *modus* con la controprestazione ivi dedotta e ha così eguagliato il valore dell'attribuzione donative, le uniche donazioni cui può riferirsi la norma in questione sono quelle pure e le indirette *ex art. 809 c.c.*».

⁽¹⁴⁴⁾ Si noti, tuttavia, che ancora nella vigenza dell'art. 183 del codice del 1865 – secondo cui «nei casi in cui il riconoscimento è vietato, il figlio non è ammesso a fare indagini né sulla paternità, né sulla maternità», e «tuttavia il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere gli alimenti» –, G. BO, *Il diritto agli alimenti*, I, *Natura del diritto e soggetti*, Milano, 1935, p. 175, argomentava, con l'accordo della giurisprudenza, l'estensione del diritto ai figli che, pur

Parte della dottrina⁽¹⁴⁵⁾ ha ritenuto, stante il divieto (art. 269 c.c.) di dichiarazione giudiziale della genitura naturale in tutti i casi in cui non sia ammesso il riconoscimento ed in specie con riguardo alla persona che possiede lo *status* di figlio legittimo o legittimato (art. 253 c.c.) altrui, che i diritti successori in commento, e quello alimentare di cui all'art. 279 c.c., possano riconoscersi unicamente nei casi in cui non sia astrattamente proponibile quella azione di dichiarazione giudiziale, ma non anche allorché il soggetto non l'abbia voluta proporre, non volendo perdere il proprio *status legitimitatis* per assumerne un altro, evidentemente sgradito.

La stessa Relazione al progetto definitivo del codice (n. 288) subordinava l'azione di alimenti alla decadenza dall'azione di reclamo dello *status*, condizione a cui si assimilava quella dei figli nati prima del 1° luglio 1939 che non potessero proporre l'azione di dichiarazione della paternità ai sensi dell'art. 123 disp. att. c.p.c., non ricorrendo ratto o stupro violento *ex art.* 189 c.c. del 1865⁽¹⁴⁶⁾, ed escludeva (n. 290) l'inquadramento nella riserva e

essendo riconoscibili, non erano stati riconosciuti. Cfr. anche, a proposito della "ineliminabile disuguaglianza" tra i figli naturali e incestuosi e quelli nati in matrimonio, S. LENER, *La filiazione fuori del matrimonio nel disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati*, in *La civiltà cattolica*, 1972, p. 228 ss.: da tale disuguaglianza deriva, secondo l'A., la sostanziale distinzione tra il diritto di mantenimento, educazione e istruzione di cui all'art. 279 e il dovere di mantenimento, educazione e istruzione sancito nell'art. 30 Cost., posto che «il primo ha mera natura patrimoniale, e nulla ha, per sé o necessariamente, a che vedere col rapporto giuridico di paternità o maternità naturale» (p. 235).

⁽¹⁴⁵⁾ L. CARRARO, *Assegno ai figli naturali non riconoscibili*, cit., p. 187, ove la conclusione, contestata in motivazione da Cass., 21 gennaio 1986, n. 467, cit., per cui «è forse anche da ravvisare una valutazione legislativa sfavorevole rispetto a chi vorrebbe conseguire un vantaggio sul patrimonio del genitore defunto, sfuggendo all'assunzione di uno *status* familiare non gradito». V. anche G. GABRIELLI, *Sub Art. 237*, in *Comm. Carraro-Oppo-Trabucchi*, II, Padova, 1976, p. 51. *Contra*, v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 130, secondo cui il riferimento ai soli figli non riconoscibili «non ha un valore privativo nei confronti dei figli riconoscibili, ma soltanto un valore incrementativo», poiché tutti i figli possono domandare l'accertamento del loro stato, senza limiti di tempo, essendo caduta la previsione di brevi termini di prescrizione, prima contenuta nell'art. 271 c.c., che costringeva i figli riconoscibili ma non riconosciuti che avessero visto prescritta l'azione di accertamento giudiziale a domandare i più limitati diritti dei figli non riconoscibili.

⁽¹⁴⁶⁾ Cass., 17 marzo 1950, n. 721, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1026, con nota di richiami di M.

l'applicazione delle disposizioni sulla riduzione⁽¹⁴⁷⁾.

All'azione di alimenti, come alla corrispettiva pretesa successoria, non si riconosceva fondamento o natura di istituto di diritto di famiglia, ma invece quella di diritto di credito, rivestito dei caratteri di patrimonialità propri delle obbligazioni, nel quale il vincolo di sangue, «riprovato dalla legge, non può dar luogo a rapporto familiare di sorta, ma resta quale è in origine nella sua essenza, un fatto meramente naturale che viene preso in considerazione dal diritto unicamente quale presupposto di fatto per produrre il dovere alimentare. Presupposto di fatto accertabile indirettamente solo nei casi tassativamente stabiliti, *incidenter tantum*, senza efficacia di giudicato, che non può dar vita a un rapporto giuridico, perché la generazione naturale non riconoscibile non è ritenuta degna di protezione giuridica. (...) Ma anche a voler ritenere che dal fatto naturale della generazione non riconoscibile possa sorgere un rapporto giuridico, questo non può mai essere di natura familiare»⁽¹⁴⁸⁾.

L'orientamento adesivo della giurisprudenza più risalente, che negava che il figlio matrimoniale altrui potesse vantare diritti verso il padre naturale⁽¹⁴⁹⁾, ha subito una prima revisione in considerazione dell'innovazione legislativa dell'art. 278 c.c. che ha consentito le indagini sulla paternità e maternità in ogni caso in cui non sia ammesso il riconoscimento, eccettuato l'incesto, ammettendosi il figlio nato fuori del matrimonio all'azione *ex art.*

STELLA RICHTER. Con sentenza del 16 febbraio 1963, n. 7, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale restrizione all'azione, generalmente ammissibile ai sensi dell'art. 269 c.c.: cfr., tra gli altri, E. PROTETTI, *Filiazione, adozione, adozione speciale. Artt. 231-314/28*, in *Comm. de Martino*, Roma, 1972, p. 338 ss. Sulle questioni di diritto intertemporale susseguenti alla riforma del 1975, v., invece, A. FINOCCHIARO, *Sussiste il diritto del figlio la cui filiazione sia stata giudizialmente dichiarata dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto di famiglia di partecipare alla successione del genitore naturale apertasi sotto il vigore del codice del 1942 non ancora riformato?*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2040 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ e Giu. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 7ª ed., Padova, 1979, p. 300 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Cass., 6 marzo 1953, n. 533, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 886, con nota di A. MARAZZI, *Il credito alimentare del figlio non riconoscibile e la sua legge regolatrice*.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. Cass., 18 marzo 1953, n. 1414, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 71; Cass., 18 maggio 1963, n. 1290, in *Foro it.*, 1963, I, c. 863; Cass., 15 giugno 1964, n. 1514, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1736.

580 c.c. quando il mancato esercizio dell'azione di accertamento non sia derivato da scelta consapevole del figlio⁽¹⁵⁰⁾, ovvero quando i genitori legittimi non abbiano i mezzi per mantenere il figlio⁽¹⁵¹⁾.

Delle ipotesi in cui il riconoscimento non è ammesso, non può avvenire, ovvero non produce effetti, dunque, si evidenzia quale filiazione non riconoscibile solo quella incestuosa, ed unicamente nei confronti del genitore in mala fede *ex art. 251, 2° comma, c.c.* (nel testo anteriore alla novella di cui alla l. n. 219/2012).

Si trovano nella la condizione di non riconoscibilità anche: *a)* il figlio ultraquattordicenne⁽¹⁵²⁾ che non consenta al riconoscimento; *b)* quello infraquattordicenne per cui manchi il consenso dell'altro genitore che l'ha riconosciuto e l'autorizzazione giudiziale di cui all'art. 250, 4° comma, c.c.; *c)* il nato da genitori che non abbiano compiuto i sedici anni, ove manchi l'autorizzazione giudiziale (art. 250, ult. comma, c.c.); *d)* i minori dichiarati adottabili o in affidamento preadottivo (art. 11, l. n. 184/1983); *e)* coloro che abbiano un diverso *status* di figlio matrimoniale o riconosciuto⁽¹⁵³⁾.

Si è inteso, in altri termini, presupposto per l'applicabilità della disciplina in commento l'impossibilità assoluta e originaria del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale, integrata unicamente dalla filiazione incestuosa, sempre che non ricorra la buona fede di almeno uno dei genitori, o la nullità del matrimonio da cui derivasse tra loro il vincolo di affinità.

Ove, invece, il figlio avesse lasciato consapevolmente scadere i termini per proporre l'azione di disconoscimento volta a rimuovere il proprio *status*

⁽¹⁵⁰⁾ Cass., 24 gennaio 1986, n. 467, cit.; Cass., 22 gennaio 1992, n. 711, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 138, con nota critica di M. SESTA, *Sui diritti verso il preteso padre naturale di colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*, in *Vita notarile*, 1992, p. 640; Cass., 28 agosto 1999, n. 9065, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

⁽¹⁵¹⁾ Cass., 1° aprile 2004, n. 6365, cit.

⁽¹⁵²⁾ Limite di età così fissato dall'art. 1, 2° comma, lett. *b)*, l. n. 219/2012.

⁽¹⁵³⁾ Nota M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 238 s., che, tranne nel caso del figlio infra quattordicenne per cui manchi l'assenso dell'altro genitore e l'autorizzazione giudiziale, si tratta sempre di ostacoli non dipendenti dalla volontà del figlio, e ne deriva l'esperibilità dell'azione anche per colui che abbia uno *status* diverso, in ossequio a Cass., 1° aprile 2004, n. 6365, cit.

legitimitatis, e di conseguenza avesse scelto di mantenerlo pur se difforme dalla verità biologica della generazione, altrimenti accertabile *ex art.* 269 c.c., si è ritenuto «ingiusto» accordargli il «privilegio irragionevole» che deriverebbe a chi, altrimenti, cumulerebbe, per effetto della propria artificiale predeterminazione, le speranze successorie nei confronti del padre legittimo e il diritto all'assegno verso il padre naturale, potendo «finire col ricevere non quanto avrebbe ricevuto se fosse stato riconosciuto, ma ben di più: possa, cioè, trarre dal mancato riconoscimento addirittura un vantaggio patrimoniale, peraltro a danno dei suoi fratelli naturali che non abbiano altro padre all'infuori di quello legittimo»⁽¹⁵⁴⁾.

Ma, in contrario, può rilevarsi come, facendo discendere dalla tacita rinuncia all'accertamento la preclusione del diritto successorio, si ottenga il risultato di un patto successorio abdicativo, in spregio al divieto dell'art. 458 c.c.⁽¹⁵⁵⁾.

Ulteriore erosione dell'ambito applicativo della disposizione in commento e di quella parallela dell'art. 580 c.c.⁽¹⁵⁶⁾ consegue oggi alla declaratoria di incostituzionalità del divieto di indagini sulla paternità e maternità incestuosa⁽¹⁵⁷⁾ e alla novellazione dell'art. 251 c.c. ad opera della l. n.

⁽¹⁵⁴⁾ Così, testualmente, Cass., 24 gennaio 1986, n. 467, cit.

⁽¹⁵⁵⁾ Così, correttamente, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, p. 133; v. anche, diffusamente, M. RONCHI, *I discendenti*, in *Tratt. Bonilini*, II, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 825 ss.; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, cit., p. 236 s., in considerazione di ragioni pratiche di economia di giudizio, ma anche in quanto «d'altra parte, poiché il diritto al mantenimento spetta per norma costituzionale al figlio indipendentemente dalla sua condizione formale, non si comprende perché si debba precludere l'esercizio di tale diritto quando il figlio sia nella condizione di figlio dichiarabile e non intenda far valere la più ampia tutela che l'ordinamento gli garantisce».

⁽¹⁵⁶⁾ Di cui sottolinea la «modesta portata applicativa» A. ALBANESE, *Delle successioni legittime*, cit., p. 425 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit. Osserva G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 137, che «ne discende che anche il figlio incestuoso può ora agire al fine della dichiarazione giudiziale della paternità e maternità naturale, *ex art.* 269, 1° comma, c.c., nelle ipotesi in cui il riconoscimento è ammesso; tuttavia, afferma la Corte, «non vale il reciproco, cioè a dire, che il riconoscimento sia effettuabile in tutte le ipotesi in cui vi possa essere la dichiarazione giudiziale»».

219/2012, che consente il riconoscimento della filiazione incestuosa, previa autorizzazione commisurata all'interesse del minore⁽¹⁵⁸⁾. Ciò produce riflessi anche sulla responsabilità genitoriale⁽¹⁵⁹⁾, almeno limitatamente alla funzione

⁽¹⁵⁸⁾ Sul giudizio di opportunità dell'autorizzazione si veda, tra gli altri, R. ROSSI, *Filiazione: cosa cambia*, in *Il civilista*, 2013, p. 21 ss., in particolare con riguardo alla possibilità che, in certe dolorose situazioni di filiazione incestuosa determinata da violenza, la giuridica emersione della genitura possa risolversi in danno del figlio e della vittima, mentre si deve giungere a conclusioni opposte allorché, pur essendo la relazione incestuosa di pubblico dominio, essa non generi scandalo né riprovazione nell'ambiente sociale in cui il minore è inserito. Su tale concreta evenienza, v., in particolare, Trib. Venezia, 31 luglio 2006, in www.personaedanno.it, che riconosce il risarcimento del danno alla sorella convivente *more uxorio* con la vittima di un incidente stradale, argomentando l'esclusione del reato di incesto dall'accettazione sociale della relazione, testimoniata anche dalla consuetudine del parroco del luogo di celebrare una funzione religiosa nell'abitazione della coppia in occasione dell'Epifania.

Solo un cenno può riserarsi, in questa la sede, alle critiche da più parti sollevate, con riferimento all'impianto sostanziale della riforma degli *status* di filiazione, essenzialmente in due direzioni: *a)* da un lato con riguardo al risultato di avanzamento verso il riconoscimento delle unioni di fatto [M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 125, ritiene che il nuovo art. 315 *bis* dimostra che «la nuova disciplina della filiazione appoggia il fenomeno sociale, oggi piuttosto diffuso, delle relazioni parafamiliari, perché purché in assenza di matrimonio si delinea secondo il modello dell'unione familiare fondata sul matrimonio (...), la definizione di diritti e di doveri di genitori e di figli che soltanto nell'ambito del gruppo coeso e stabile possono realmente attuarsi». All'obiezione per cui neppure la famiglia, nella sua crisi, costituirebbe gruppo così coeso risponde l'A. sottolineando «l'incapacità dell'affidamento condiviso di risolvere la sorte dei figli allorché viene meno la convivenza fra genitori», ed ivi, p. 126, «la parificazione che sembra aleggiare sulla Riforma del 2012 nell'orizzonte della filiazione si scontra con il silenzio sulle conflittualità alle quali sono esposte le unioni coniugali e ancor più le formazioni prive del fondamento matrimoniale, per natura più fragile e non a caso alla ricerca di regole proprio per il momento delle fratture di quelle stabilità che sono l'unico segno della loro esistenza»]; *b)* dall'altro, in senso di legittimazione, riflessa, della famiglia incestuosa [su cui v. la completa analisi condotta da G. PALAZZOLO, *Riconoscimento dell'incesto e induzione al reato*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 219 ss.].

⁽¹⁵⁹⁾ Ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., la responsabilità genitoriale spetta al genitore che abbia riconosciuto il figlio, o in conseguenza della dichiarazione. Cfr. almeno L. FERRI, *Della potestà dei genitori. Artt. 315-342*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 54 ss.; A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 1862 ss. *Contra*, M. TRIMARCHI, *Considerazioni sull'art. 279 del codice civile*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Milano, 1978, p. 2122; M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, IV, Padova, 1992, p. 338

educativa minima, intesa come «potere-dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione del figlio e di rivolgersi al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli all'interesse del minore»⁽¹⁶⁰⁾.

In definitiva, deve sicuramente ritenersi, sebbene nel silenzio della legislazione di riforma⁽¹⁶¹⁾, che la disposizione in commento sia oggi certamente riferibile ai figli di persone legate da vincolo di parentela o di affinità in linea retta all'infinito, ovvero in linea collaterale nel secondo grado, dei quali non sia giudizialmente autorizzato il riconoscimento⁽¹⁶²⁾, secondo l'apprez-

ss.; M. BESSONE, *Patria potestà, funzione educativa dei genitori e disciplina dell'obbligo di mantenimento*, in *Riv. notariato*, 1975, II, p. 527; P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 446 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla pretesa esistenza della potestà dei genitori sui figli non riconoscibili*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 321. In termini condivisibili, che si propongono alla meditazione di quanti hanno denunciato la riconoscibilità dei figli di genitori incestuosi proprio in considerazione degli effetti in termini di esercizio della potestà si legga F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 246 s.: «in questa prospettiva, si dovrebbe mirare, in un'opera di composizione fra disomogenee tecniche di tutela, a far prevalere il dato sostanziale del diritto all'educazione e all'istruzione senza con ciò scalfire il presunto principio presupposto dalla normativa ordinaria in base al quale la potestà si costituisce con il riconoscimento o con la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità». Da ultimo, in riferimento all'unificazione dello *status* di cui al rinnovato art. 315 c.c., ritiene M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., p. 238, di dover rivedere l'opinione, precedentemente sostenuta in ID., *L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la legge n. 54/2006: quale sorte dell'art. 317 bis c.c.?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 1206, a commento di Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, e di dover considerare tacitamente abrogato dalla l. n. 219/2012 l'art. 317 bis c.c., e che i rapporti di diritto e di fatto tra genitori, coniugati o meno, e figli, restino in ogni caso regolati dagli artt. 316, 317, 377 e 155 c.c., sotto la regola dell'esercizio congiunto della potestà, «che altro non rappresenta se non il fascio dei poteri necessari per l'adempimento di quei doveri» di educazione, istruzione, mantenimento e assistenza anche morale enunciati nell'art. 315 bis c.c.

⁽¹⁶⁰⁾ G. LISELLA, *op. cit.*, p. 376.

⁽¹⁶¹⁾ Silenzio serbato anche dalla bozza di decreto legislativo delegato licenziato dalla Commissione incaricata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri per l'attuazione della delega contenuta nell'art. 2, lett. l) della l. n. 219/2012, tra l'altro, anche per l'adeguamento della «disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio».

⁽¹⁶²⁾ Così anche V. BARBA, *op. cit.*, p. 665 ss., che propone l'abrogazione dell'ultima proposizione che impone al figlio di scegliere se accettare qualsiasi attribuzione ricevuta in vita dal genitore o chiedere l'assegno, così realizzando sempre una disposizione in sostituzione di legittima (p. 667).

zamento dell'interesse del figlio ⁽¹⁶³⁾.

Resta, comunque, aperta la questione circa l'ammissibilità all'azione dei figli incestuosi che rinuncino alla possibilità di ottenere la pienezza dei diritti successori, per il mezzo del vittorioso esperimento dell'azione di dichiarazione giudiziale della paternità o maternità, per mantenere lo *status* di figlio altrui, ed anche i relativi diritti successori.

La dottrina ha chiarito che l'«accertamento di mero fatto per l'accesso all'assegno mantenitorio, che ivi si considera, non presuppone la configurazione di uno *status* attraverso un titolo legittimante della successione ereditaria, bensì la dichiarazione incidentale della genitura naturale da cui deriva l'accesso al diritto di credito sottostante» ⁽¹⁶⁴⁾.

Ove, allora, il figlio non riconoscibile non abbia agito per l'accertamento della sua necessità alimentare, gli sarebbe preclusa qualsiasi pretesa ereditaria.

Tuttavia, allo scopo di coniugare la disposizione con i principi fondamentali in materia di responsabilità da procreazione – come delineati anche dalla fondamentale pronuncia con cui la Consulta ha ammesso la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturali e le relative indagini per la filiazione non riconoscibile, dichiarando incostituzionale l'art. 278 c.c. che le escludeva ⁽¹⁶⁵⁾ –, deve ritenersi esperibile l'azione ereditaria, previa la dimostrazione, nei confronti degli eredi superstiti del genitore naturale, che l'alimentato godesse, di fatto, degli alimenti ⁽¹⁶⁶⁾. Ciò anche in considerazione

⁽¹⁶³⁾ Ritieni M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 122, che «il nuovo testo normativo vorrebbe esprimere un atteggiamento non troppo imbarazzato e propone anche per il riconoscimento del figlio incestuoso il limite del suo interesse come stabilito dal giudice senza alcuna forse opportuna selezione della casistica». Ma, per il fondamento della scelta di una siffatta clausola generale, che rimette al giudice l'apprezzamento meglio aderente al caso oggetto della sua attenzione, si leggano i lavori preparatori nel resoconto sommario dell'Assemblea del Senato della Repubblica del 14 maggio 2012, ed ivi, p. 29, il riferimento alla 1^a ed. di A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., ora p. 252 della 2^a ed., in tema di interesse del figlio e dei genitori alla certezza degli *status*.

⁽¹⁶⁴⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 479.

⁽¹⁶⁵⁾ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

⁽¹⁶⁶⁾ La relativa prova potrà essere fornita, ad esempio, attraverso l'allegazione di un

dell'esistenza di fattispecie in cui il figlio conserva il doppio *status* (v., in relazione all'adozione di maggiori di età, l'art. 300 c.c.) e della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 592 c.c.⁽¹⁶⁷⁾, che, al 2° comma, limitava le spettanze dei figli non riconoscibili a non più di quanto, secondo la disposizione del precedente 1° comma, potevano conseguire se la filiazione fosse stata riconosciuta o dichiarata.

contratto che ne disciplini la somministrazione menzionando la genitura naturale non dichiarabile.

⁽¹⁶⁷⁾ Ad opera di Corte cost., 28 dicembre 1970, n. 205, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 476; in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 81.

In memory of Pietro Barcellona (Antonio Palazzo)

Issue 2013 of Review “Diritto e processo” in memory of Pietro Barcellona (Catania, 1936, 12th March – San Giovanni la Punta, 2013, 6th September), University professor, Italian politician, philosopher, jurist, writer, mentor and friend.

Pietro Barcellona was a Professor of Private Law and Philosophy of Law at the Faculty of Law at the University of Catania. From 1976 to 1979, he was a member of the “Consiglio Superiore della Magistratura”.

He graduated in Law in 1959 and in 1963 he became Lecturer in Private Law at the University of Messina. He was a member of the “Centro per la Riforma dello Stato”, founded by Pietro Ingrao.

In 1979 Pietro was elected Deputy of the Italian Communist Party and, in this quality, he was a member of the Justice Committee of the “Camera dei Deputati” until 1983.

He was the author of ninety-four publications between books and papers.

At the end of his life, he was appointed Professor Emeritus of Philosophy of Law at the University of Catania.

He was also a painter.

Pietro Barcellona died at the age of 77 on 2013, 6th September.

In particular, in this occasion, I and all members of this Review wish to commemorate Pietro Barcellona and his studies of Private Law, with specific reference to the “errore” in contracts (*Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962), where the author – among the earliest – underlines the importance of the “causa di attribuzione”, which is protected by several juridical tools: “errore”, “rilevanza del motivo”, “presupposizione”, “azione di arricchimento senza causa”. The aforesaid concepts – confirmed and developed also afterwards (*Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 11 ss.) – have represented the necessary condition of the so called theory of “causa in concreto”, nowadays accepted by the majority of scholars and confirmed by the jurisprudence of the “Corte di cassazione”, also “a Sezioni unite”.

In memory of Francesco Di Pilla (Antonio Palazzo)

Issue 2013 of Review “Diritto e Processo” in memory of Francesco Di Pilla (Assisi, 1939, 24th August – Perugia, 2013, 11th October), University professor, humanist, historian, writer (in particular of tales for children), mentor and friend.

Francesco Di Pilla was a Professor of French Language and Literature at the Faculty of Philosophy of Perugia from 1979 to 2010. He has been Director of ‘Foreign Languages and Literatures’ Institute for twenty years and Pro-Rector of the University of Perugia from 1994 to 1997. He founded and directed the “Comitato di Bioetica” (Committee of Bioethics) of the University of Perugia from 1995 to 2011.

He graduated in Pavia in 1961. He was awarded with a fellowship by the French Government in Paris he deepened his studies of sociology and literature, devoting himself especially to Provençal and French Poetry (Mistral, Baudelaire e great Symbolists).

Back to Italy, in 1964 he attended to a new edition of Frédéric Mistral work in collaboration with Diego Valeri. From Seventies he rebuilt the big crisis of the Modernist Movement between Nineteenth and Twentieth Century, which was very dramatic because of the conflict against the Church.

Francesco Di Pilla died at the age of 74 on 2013, 11th October.

In particular, in this occasion, I and all members of this Review wish to commemorate Francesco Di Pilla and his studies of Bioethics. From 1997 to 2011 he directed the “Comitato di Bioetica” that he founded with other Professors of the University of Perugia. He directed its periodical reunions aimed at the evaluation of proposals relevant to the experimental protocol, and organized many scientific conferences involving important researchers and professors from many countries.

In this field, as a writer and an editor, he wrote many important papers [*Consenso informato e diritto alla salute* (2001); *Sicurezza del cibo e catena alimentare: implicazioni bioetiche* – Seminario su *Aspetti bioetici nello sviluppo di un Corso di laurea in Biotecnologie* (2003); *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita* (2003); *Problemi di fine vita ed eutanasia* (2006); *Seminario di Bioetica* (2008); *Le Giornate della Bioetica* (2010)] and supervised the proceedings, collected in the series “Quaderni del Comitato Universitario di Bioetica”, which deals with very important topics from a medical, bioethical and juridical point of view, in an interdisciplinary perspective.

Focus and Scope

The Review publishes original papers covering a large array of topics in Law, general theory of Law and multidisciplinary studies i.e. ethic issue, legal aspect of technology etc.

The Review aims to provide also a forum which facilitates the development of the legal aspects – especially in any field of private law is welcomed – of the scientific research and innovation, at European and International levels.

Particular attention will be paid on the rights, obligations and the legal relationships arising from the research and innovation activities, as well as on the contracts to carry out the scientific researches and to exploit the results either in academic, market contexts and human rights.

The Review will study the legal discipline of the European and National policies and of the legal instruments to implement them, especially the funding programmes and Human rights.

Publication Frequency

Published one times a year.

During the year will be published special number on specific issue.

Open Access Policy

The Review provides immediate open access to its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review provides open access to all of its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review is Digital Object Identifier (DOI).

About the Journal

The Review offers authors the possibility to have their papers accepted in less than three months. The undertaking by the Editorial board to provide a decision within ten weeks from the submission date is motivated by the awareness that, in any field, research activity is characterized by an increasingly rapid circulation of ideas and scientific outcomes. It entails research findings to be published before becoming out-of-date, and hence of minor interest for policy guidance. Clearly, it cannot occur at the cost of a low-quality process of reviewing; for this reason, a direct assessment of the content of the papers, as well as a tight control on the overall reviewing process, is guaranteed by the Editorial board.

A preliminary selection might be done by the Editorial Board in order to assess the correspondence of the paper's content with the aims of the Review. This type of response, that does not necessarily imply a negative evaluation of the quality of the work, is finalized to avoid a lengthier procedure for papers with a low probability to be published. Authors have the opportunity to review corrections before publication, provided the articles are submitted to the editors in a timely manner.

Peer Review Process

Manuscripts are reviewed in an unbiased manner, receiving prompt attention by the editorial office and its referees. After a preliminary assessment of the suitability of the paper by the Editor, any paper will follow a double-blinded peer review process. The goal of the Editorial office is of providing the referees' reports, and the final decision by the Editor, within ten weeks since submission.

The whole process will be handled by the Managing Editor, to whom all inquiries should be addressed.

In order to ensure full anonymity of the refereeing process, authors are asked to write papers in a way to keep their identity from referees (refraining in particular from citing forthcoming or working papers or self-citation; references to these papers that are deemed necessary can be added in the final version, after acceptance). Referees are asked to provide reports hiding their own identity.

Submission

Technical Requirements

Submission is electronic only saved in MS Word (any version) format. At the initial stage no formatting effort is required.

Text must be saved in a simple format, without automatic hyphenation, automatic indexing of section headings, with a consistent script, with an unjustified right margin and NO activated hyperlinks or other macros.

Authors of accepted papers will be required to sign a Copyright Transfer Agreement (CTA), supplied by the Editorial office.

The paper Authors must submit their texts as an email attachment to: redazione@rivistadirittoeprocesso.eu; mmunive@eld.edu.mx; alvarez.mario@itesm.mx; stefania.stefanelli@unipg.it; valentina.colcelli@progetti.unipg.it; roberto.cippitani@unipg.it.

Author Guidelines

Submitted manuscripts should have an original content, and should not be published or under consideration for publication elsewhere. Although no maximum length of the papers is imposed, Author(s) are invited to write as concisely as possible.

The submitted file (no in pdf format) should be anonymous, double spaced and should include the title of the paper, an abstract of no more than 150 words, 3 to 4 keyword.

Fonts (Garamond or the closest comparable font available)

Main Body – 12 pt.

Summary – 9 pt.

English Abstract have to be always present – 10 pt. (limit characters: min 300, max 600)

No Tables, graphs & figures

Footnote – 10 pt.

References

Citation in text

Please ensure that every reference cited in the text is also present in the reference list (and vice versa). Any references cited in the abstract must be given in full. Unpublished results and personal communications are not recommended in the reference list, but may be mentioned in the text. If these references are included in the reference list they should follow the standard reference style of the journal and should include a substitution of the publication date with either ‘Unpublished results’ or ‘Personal communication’. Citation of a reference as ‘in press’ implies that the item has been accepted for publication.

Web references

As a minimum, the full URL should be given and the date when the reference was last accessed. Any further information, if known (DOI, author names, dates, reference to a source publication, etc.), should also be given. Web references can be listed separately (e.g., after the reference list) under a different heading if desired, or can be included in the reference list.

Reference style

AUTHORS SURNAME (SMALLS CAPITALS), Title (*Italic*), City and year of publication, pages.

Examples:

Reference to a book: A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 100.

Reference to a chapter in an edited book: A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 117.

Reference to a journal publication: L. AZZENA , *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 613 ss.

Copyright Notice

As further described in our submission agreement, in consideration for publication of the article, the authors assign to the University of Perugia all copyright in the article, subject to the expansive personal-use exceptions described below. Attribution and Usage Policies Reproduction, posting, transmission or other distribution or use of the article or any material therein, in any medium as permitted by a personal-use exemption or by written agreement of the University of Perugia, requires credit to University of Perugia as copyright holder (e.g., University of Perugia © 2011).

Privacy Statement

The names and email addresses entered in this journal site will be used exclusively for the stated purposes of this journal and will not be made available for any other purpose or to any other party.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Collane di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

sottoposte a peer review a cura del Comitato scientifico, secondo i criteri stabiliti per la Rivista e pubblicati all'indirizzo www.rivistadirittoeprocesso.eu

Publicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra diritto interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 406.
16. ANDREA PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, 2012, p. 264.
17. DANIELE CORVI, *Frode e affidamento*, 2013, p. 298.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... conparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.

3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le fnzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra america latina ed europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.
5. ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, 2013, pp. VI-370.

Jean Monnet Chair TeKla Studies:

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, 2012, p. 170.

Pubblicato nell'anno 2013
Impresso in Italia nel dicembre 2013