



TECNOLÓGICO
DE MONTERREY.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2014

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*; Carlo Mazzù, *Università di Messina*; 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 Trisciuglio, *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.

Peer Review and Open Access Journal

ISSN 1722-1110

2014

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

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-12 FRANCESCO DONATO BUSNELLI
Ricordando Orazio Buccisano
- 13-32 AURORA VESTO
La rilevanza del fattore temporale nella dinamica dei rapporti familiari
- 33-40 GIUSEPPE MARIA BERRUTI
Il ruolo del giudice nella formazione del diritto. La «dottrina delle Corti»
- 41-78 ANTONIO PALAZZO
Omoaffettività e jus in Italia e in Europa
- 79-90 MARISA DALLA COSTA
El derecho. ¿Un límite para los sueños o un pasaje abierto hacia su realización?
- 91-112 JEAN CLAUDE TRON
Universalidad dentro de la tridimensionalidad de los Derechos Humanos
- 113-160 ANDREA SASSI
Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo
- 161-186 ASSUNTA MORRESI
Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo
- 187-220 FRANCESCO SCAGLIONE
Interesse del minore e regole di validità del contratto nell'esperienza italiana ed europea

- 221-238 JUAN SEBASTIAN DE STEFANO
La [in]operatividad del PIDESc en la jurisprudencia del TSJCABA: a propósito del derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires
- 239-264 VÍCTOR MARTÍN ORDUÑA MUÑOZ
Acceso a la Justicia Administrativa y Tributaria como Derecho Humano
- 265-284 ARTURO IRTURBE RIVAS
Trascendencia de la reforma al artículo 107, Fracción I, constitucional, publicada el 6 de junio de 2011. El interés legítimo
- 285-328 GUSTAVO ARTURO ESQUIVEL VÁZQUEZ
Protección de los Derechos Humanos a través del control jurisdiccional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
- 329-372 M.D.F. RODRIGO MUÑOZ SERAFÍN
El acceso a la Justicia Administrativa y los medios alternativos de solución controversias (especial referencia al Arbitraje Tributario)
- 373-390 CARLOS CHAURAND ARZATE
Los Tratados Internacionales como factor de integración regional. Tensiones entre Mercado y Derechos Humanos
- 391-410 FRANCISCO JAVIER PALOMARES HILTON
Reforma laboral. Sus consecuencias y efectos sobre los Derechos Humanos
- 411-468 VALENTINA COLCELLI
La protezione dei dati personali. Profili ricostruttivi tra mercato interno e ordinamento nazionale
- 469-492 FERNANDO OJEDA MALDONADO – JEAN CLAUDE TRON
¿Son las Personas Jurídicas titulares de Derechos Humanos?
- 493-532 ROBERTO CIPPITANI
Consent to the use of genetic information: respect of privacy and protection of other fundamental interests
- 533-548 MARIALUISA NAVARRA
Profili sanzionatori della violentia nel tardoantico

FRANCESCO DONATO BUSNELLI (*)

RICORDANDO ORAZIO BUCCISANO

ABSTRACT: The essay analyses Orazio Buccisano's work, an important academic jurist from 1951 to 1996, when he died. His activity includes private law and labour law, always in connection to the principles of the legal system, on which his solid culture is based. The essay is inspired by Buccisano's commemoration, which took place in Messina on 29th September 2006.

1. — Ricordare Orazio Buccisano – per chi, come me, ha avuto la fortuna di esserGli amico e di aver potuto così apprezzare e ammirare la Sua profonda, genuina umanità – significa tentare di ricomporre ad unità l'apparente frattura tra il calore generoso e amicale dell'Uomo e il rigore controllato e quasi distaccato del Giurista, il fine giurista che tutti conosciamo attraverso i contributi, sempre incisivi e lucidi al di là della loro connaturale stringatezza, che Egli ha offerto a temi centrali, anche se spesso ingiustamente trascurati, del nostro diritto privato.

2. — La chiave per penetrare nel “sacrario” dell'intimo svolgersi del pensiero di O.B. mi è stata offerta dalla lettura di alcune pagine sparse (tracce di lezioni, appunti di letture, bozze di conferenze, spunti di riflessioni) amorevolmente raccolte da Alberta, Sua impareggiabile compagna di vita, con il prezioso ausilio dei più fedeli allievi-amici di Orazio.

Queste pagine sparse, a cui avevo già fatto precipuo riferimento ricordando Orazio Buccisano, qui a Messina, il 23 gennaio 1997, possono costituire una sorpresa, per chi non conoscesse da vicino Orazio; costituiscono una preziosa, struggente conferma per chi, essendoGli amico, ne aveva intuito la forte, monolitica, coerente personalità di Giurista e di Uomo.

Del Giurista emergono i tratti inconfondibili che caratterizzano, in ter-

(*) Scuola Superiore S. Anna di Pisa.

mini di coerente sviluppo, il Suo percorso scientifico: I) la consapevole, meditata adesione alle coordinate della prestigiosa Scuola messinese, in cui ha avuto il privilegio di sperimentare la Sua formazione; II) la fedeltà al metodo rigoroso ricevuto dal Suo – e mio – Maestro, Ugo Natoli; III) la progressiva attitudine a far emergere, sempre in modo discreto e rispettoso, ma al tempo stesso fermo e trasparente, la Sua politica del diritto e la Sua cultura umanistica.

Sub I) Le opzioni culturali della Sua formazione scientifica chiamano in causa i grandi Maestri della Scuola messinese: «Ha ragione Pugliatti – annota O.B. (Appunti sparsi, 1986) – nell’ammonire a tenere sempre presente “*il canone metodologico fondamentale* in virtù del quale il contenuto di qualsiasi attività attinente al mondo del diritto – la materia dei concetti giuridici – non vada attinto allo stesso ordinamento, inteso come sistema di valori, bensì a quella realtà naturale e sociale che condiziona la vita e l’azione (e quindi la storia) degli uomini”»⁽¹⁾.

E in questa chiave deve intendersi la rimediazione lucida e intelligente di Angelo Falzea («Falzea disseppellisce il soggetto e costruisce la capacità giuridica non come una posizione individuale del soggetto con riferimento alla singola norma, ma con riferimento all’intero sistema»: lezione n. 6).

O.B. dichiara apertamente di voler «restare dentro la concezione normativa del diritto», ammette, quindi, che «tutto discende dalla norma», e riconosce che anche «l’uomo soggetto è una fattispecie»; ma avverte «una certa insofferenza verso pregiudizi di tipo monistico», per cui se «tutto all’uomo non è possibile, tutto alla norma è sì possibile», anche la qualificazione dell’uomo alla stregua di una «fattispecie come tutte le altre».

La sensibilità del Nostro si ribella a forme di consequenzialità meramente logica che «appiattiscono l’uomo» e rivendica «su temi di questa natura, un metodo aperto e composito».

Sub II) Alla fedeltà al Maestro si deve la Sua prosa asciutta e essenziale, la costante dimensione di giurista positivo e di civilista rigoroso. È una fedeltà al tempo stesso rispettosa dell’impostazione metodologica ricevuta e vivifi-

⁽¹⁾ S. PUGLIATTI, *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 25.

cata da una qualità preziosa per un giurista che passa dalle questioni incandescenti del diritto del lavoro degli anni 50 ai temi apparentemente immobili del diritto classico delle obbligazioni: è la innata dote dell'equilibrio, la vera bussola che consente a O.B. di navigare con eguale sicurezza tanto nelle acque procellose della Sua prima esperienza di ricerca quanto in quelle fin troppo calme delle esperienze della Sua maturità, quanto infine nella stagione che aveva avviato quando immaturamente è stato sottratto alle Sue meditazioni: una stagione ricca di stimoli, di cui è traccia in un Suo ultimo saggio ma soprattutto nelle pagine sparse.

Sub III) Il suo percorso può dunque articolarsi in tre fasi.

La prima fase è inaugurata da studi in cui il giovane dott. Buccisano si cimenta in una lungimirante opera di approfondimento sistematico delle intuizioni del Maestro, che vengono temperate – là dove le motivazioni politiche sono più trasparenti – e corroborate da argomentazioni rigorosamente civilistiche.

Esemplare è il saggio dedicato, nel 1952, ai “Limiti di validità del licenziamento con riferimento alla causa e ai motivi”, ove si afferma che «il prestatore di lavoro non vanta un vero diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro, ma un semplice interesse legittimo» (p. 172): «ecco, dunque, l'atto di nascita del principio per cui si ha ammissibilità del licenziamento soltanto per giustificato motivo» (p. 173).

Della seconda, e centrale fase – un decennio che va dalla monografia sulla surrogazione per pagamento (1958) a quella sulla novazione oggettiva (1967) – mi limito a estrapolare da quest'ultima un accenno che dimostra la capacità di aprire spiragli vertiginosi là dove è chiamato a svolgere un discorso di stretto diritto positivo.

Alla virtù temperante della prima fase si avvicenda qui un anelito di apertura culturale: «da 'crisi' toccò il fondo con la redazione dei motivi del BGB che rinunciando a disciplinare la novazione l'abbandonò all'autonomia contrattuale.

In questi ultimi tempi la dottrina accenna, però, a una sua rivalutazione e, superando i confini tradizionali della materia, tenta di estendere l'ambito di operatività del fenomeno. Questa tendenza è stata probabilmente favorita

anche dalla virtù del nome, che esprime concisamente l'idea della continuità nella discontinuità, nella quale è racchiuso forse il travaglio del diritto».

Infine, di quella che è stata l'ultima stagione vi è traccia nel saggio su "Esistenza, società, ecosistema" estratto dagli Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti, di cui era socio (1992). Val la pena di citare alcuni passaggi.

«Anche il giurista è inquieto, perché inquietanti sono, tra l'altro, le prospettive della cibernetica, il pericolo connesso all'incerto dominio delle energie naturali, gli sviluppi della "ingegneria genetica", e, più in generale, i problemi ambientali (...). Questo è il vero intoppo per il giurista; è questo il suo limite più grave. Perché egli è ritenuto giudice di legalità e non di equità; giudice dell'atto e non del rapporto e degli interessi in conflitto. Eppure, non per questo – pur restando fedeli alla positività del diritto, e guardando agli uomini nella loro concretezza, cioè nel loro concreto essere nella storia – non per questo – dico – può rimanere soffocata l'eterna aspirazione dell'uomo alla giustizia; e questa – per quanto compatibile con la dimensione propria del diritto – deve essere costantemente ricercata anche dal giurista, superando ove possibile il rigore della norma formale per costruire un diritto che vive nella storia dei popoli, in modo da preservare il rapporto naturale, anche se mutevole o cangiante, dell'uomo con la natura (...). Desidero manifestare la mia visione ottimistica sul futuro dell'uomo».

3. — Al centro delle riflessioni degli ultimi anni è "L'uomo secondo il diritto" (questo è il titolo che Orazio Buccisano aveva dato a una relazione tenuta nel Seminario catanzarese del 1986 sul tema *Persona e formazioni sociali*), il suo «ruolo di protagonista del fenomeno giuridico» (lezione n. 8), l'individuo che dopo essere stato "suddito", "cittadino", "soggetto", «diventa persona, e ritrova il suo fondamento umano»: «se una data vogliamo fissare – spiega il professor Buccisano ai Suoi studenti – possiamo pensare al processo di Norimberga» (lezione n. 1).

«Norimberga segna il trionfo di valori nuovi, non più valori di sopravvivenza, ma valori di libertà: dalla paura, dalla guerra, dal bisogno (...). E nel varco emblematicamente aperto a Norimberga irrompono le masse, irrompono i popoli, e questo sconvolge il sistema» (lezione n. 4).

Riecheggiano qui i versi liberi e irruenti del primo Neruda, con i quali Orazio volle iniziare la Sua conferenza catanzarese, e che si ritrovano significativamente citati nei Suoi appunti. «La sconfinata sofferenza ebbe *nome*, *si chiamò Popolo* (...) acquistò *presenza e persona*»; nome, presenza e persona, sottolinea insistentemente il Nostro.

Acquistare nome, presenza e persona non significa entrare nel mondo del diritto come “irrompe un condottiero”. La persona «entra dolorosamente, (...) faticosamente» (lezione n. 7); ma il suo sarà «un ruolo di protagonista del fenomeno giuridico» (lezione n. 8).

Sono questi «i frutti più preziosi della catastrofe». Qui O.B. riscopre e medita una bella pagina di Giuseppe Capograssi (tratta, appunto, da *Il diritto dopo la catastrofe*). Non si tratta – diceva il filosofo – di «escogitazioni di addottrinati, ma di intuizioni vive della coscienza pratica della parte più viva dell’umanità: l’uomo come valore universale (...); la libertà come unione e sintesi del libero sviluppo della libera individualità umana, e insieme delle condizioni sociali di vita per cui quel libero sviluppo possa realizzarsi per tutti; l’interesse di tutti i popoli, per salvare la pace, e rimanere fedeli a questi valori».

4. — Non sembri, questa, una fuga verso la poesia o la filosofia, una fuga dal diritto.

O.B. resta, e intende restare giurista, orgogliosamente fedele alle opzioni culturali della Sua Scuola.

Buccisano è perfettamente consapevole che «non bisogna perdere di vista il fatto che la ricerca concerne non l’uomo, ma l’uomo *sub specie iuris*» (lezione n. 6), e che «l’umanità dell’uomo non si travasa tutta sul piano giuridico» (lezione n. 9).

Espressa con grande umiltà e formulata più come spunto di apertura che come compiuta acquisizione, questa idea dell’uomo secondo il diritto viene però difesa con fermezza.

L’essenza della personalità «sta nell’idea di libertà» (lezione n. 2); la capacità «è una qualità della persona umana (...) essenziale ai fini dello sviluppo della persona medesima, che non è un’entità statica ma, come l’art. 3 della Costituzione dice, è un’entità che si sviluppa» (lezione n. 6).

5. — «L'esigenza di libertà è qualcosa di contrario all'eguaglianza: è esigenza di diversità» (lezione n. 5).

Ma è fondamentale distinguere – è questa un'altra intuizione felice affidata a un appunto a lapis sul retro della fotocopia di una pagina de “*Il formaggio e i vermi?*” di Carlo Ginsburg, dedicata ai “Discorsi di Menocchio” – «le libertà ‘prolungamento del corpo’ dalle libertà ‘proiezioni dello spirito’». Così, quando in Ortega y Gasset trova scritto che «la nostra vita è in ogni istante (e prima di ogni altra cosa) coscienza di ciò che ci è possibile [fare]»⁽²⁾, O.B. ha pronta la critica, lucida e tagliente: «Non esattamente! La nostra vita è *prima di ogni altra cosa* ‘coscienza di sé’, cioè consapevolezza di *essere* o di *esistere*; e ‘poi’ è coscienza di ciò che ci è *possibile fare* (operare)» (Appunti sparsi, 1986).

Sorprendente è allora, ma illuminante, la citazione di Agostino: «*Noli foras ire, in te ipsum redi; in interiore nomine habitat veritas*» (Appunti sparsi, 1985).

Altrettanto illuminante è, per altro verso, la convinta adesione alla formula polemica – “Libertà e niente altro!” – con la quale Salvemini criticava la posizione di Benedetto Croce, espressa nella *Storia d'Europa del secolo XIX*.

«La formula coglie nel segno!», esclama O.B., che poi lucidamente considera diversa, più consapevole, la «posizione del *liberale* Ortega y Gasset»⁽³⁾: «Non si può vivere di libertà» (Appunti sparsi, 1985).

Si connette qui, nelle riflessioni del Nostro, il riferimento al concetto di “egemonia” secondo Gramsci: “La comprensione critica di se stessi avviene attraverso una lotta di egemonie, di direzioni contrastanti, prima nel campo dell’etica, poi della politica, per giungere poi a una elaborazione superiore della propria concezione del reale»⁽⁴⁾. È un concetto da intendersi, secondo l’interpretazione di Nicola Badaloni⁽⁵⁾, come «possibilità di scelta che passa attraverso una visione *problematica* di se stessi e delle cose». «Perché è importante la problematicità di questa situazione?» – si chiede Buccisano. «Perché,

⁽²⁾ J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse*, Bologna, 1962, p. 31.

⁽³⁾ J. ORTEGA Y GASSET, *Scritti politici*, Torino, 1979, p. 267.

⁽⁴⁾ A. GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di Benedetto Croce*, (Einaudi) Torino, 1948, p. 11 ss.

⁽⁵⁾ N. BADALONI, *Prefazione alla Nuove lettere di A. Gramsci*, (Ed. riuniti) Roma, 1986, p. 23.

ritengo, la problematicità è l'aspetto oggettivo della situazione soggettiva di libertà. Tuttavia può avvenire che si realizzi una *contraddittorietà interna* incapace di sciogliersi, e tale da generare 'uno stato di passività morale e politica' (Badaloni). In una situazione come questa – conclude O.B. – non vi è libertà» (Appunti sparsi, 1985).

Ha ragione, in ultima analisi, Norberto Bobbio quando si dice «convinto che se non avessimo imparato dal marxismo a vedere la storia dal punto di vista degli oppressi, guadagnando una nuova immensa prospettiva sul mondo umano, non ci saremmo salvati»⁽⁶⁾.

«Il rilievo mi trova d'accordo», questa è la chiosa del Nostro, ma «non significa, ovviamente, *adesione* al marxismo»; semmai, esso «si coniuga correttamente con 'l'ideale della giustizia sociale' che, secondo Bobbio (*Le mie critiche al P.S.I.*), costituisce il fondamento della tradizione socialista» (Appunti sparsi, 1986).

Così si snoda, ricco e vivace, l'itinerario di pensiero di Orazio Buccisano alla ricerca della libertà come valore esistenziale, tra stimolanti suggestioni personaliste e radicate adesioni alla tradizione socialista, senza peraltro che l'idea di "uomo secondo il diritto" che si intende (ri)costruire appaia eclettica o evanescente.

6. — L'attenzione per lo sviluppo della persona trova riscontro in un'appendice agli appunti (Appunti sparsi, 1985) che ho letto con particolare commozione, perché contiene un'intima traccia autobiografica, mirabilmente sintetica quanto suggestivamente evocativa.

"La prima infanzia" evoca, in Orazio, «la famiglia, il giardino, il villaggio» (quante volte mi ha parlato del Suo eremo accogliente di Melicuccà!). «A scuola», andando «su e giù con il trenino» (il trenino per Palmi?), ricorda «un professore piccolo piccolo che grida», probabilmente destinato a rimanere anonimo. "La voglia di crescere" lo accompagna e lo sprona "all'Università", dove incontra «un uomo che non dimenticherò mai», a cui invece è facile, e per me bello, poter dare un nome (Ugo Natoli). Anche "l'età adulta"

⁽⁶⁾ N. BOBBIO, *Libertà e potere*, in ID., *Politica e cultura*, (Einaudi) Torino, 1955, p. 281.

ha un nome, questa volta vergato a chiare lettere: Alberta. Emerge, vibrante, «la voglia del concreto»; si affaccia insidioso, «un senso di stanchezza»; ma si profila, enigmatico, «un valico tra le nubi». Sì che “il ritorno alle origini”, che nell’ultima fase connota e ispira “l’uomo e il diritto”, sembra sospeso tra il ricordo e la speranza.

Ecco. La saldatura tra l’Uomo e il Giurista, affannosamente cercata da chi vi parla tra le carte dell’Amico, trova qui, quasi d’incanto, la sua mirabile sintesi espressiva, frutto della raffinata semplicità che è propria degli Uomini eletti e dei Giuristi degni di tale nome. Nome, presenza e persona di Orazio Buccisano, volendo tornare alle parole del poeta cileno che tanto Lo avevano impressionato, sono scolpite in modo indelebile in quella sintesi: la sintesi di una vita interamente dedicata alla Famiglia, all’Università, alla Società civile, agli Amici.

7. — «Un senso di stanchezza (...)». Orazio non ha dimenticato che Suo padre gli diceva: se sei stanco “o sei malato o sei cretino”.

Purtroppo, la malattia avanzava inesorabile; ma gli è rimasta, fino all’ultimo, l’ansia di cercare, chissà, un valico tra le nubi.

Sparso tra gli appunti, ho trovato una notazione di Maurice Blondel su Agostino: «Agostino cerca come dovendo trovare, e trova come dovendo cercare ancora» (Appunti sparsi, 1985).

A Orazio questo ritratto era evidentemente piaciuto. A me piace riproporlo, con animo commosso ma sereno, pensando a Lui e ringraziandoLo di avermi fatto dono della Sua amicizia.

AURORA VESTO (*)

LA RILEVANZA DEL FATTORE TEMPORALE NELLA DINAMICA DEI RAPPORTI FAMILIARI

ABSTRACT: The essay, through the analysis of the concrete case recently settled by the Italian S.C. – “Sezioni unite” –, examines the relationship between the ecclesiastical jurisdiction and the civil code. In particular, the author considers the differences between “matrimonio-atto” (marriage-act) and “matrimonio-rapporto” (marriage-relationship), and the importance, within the civil system, of temporal element. The latter, under certain conditions, is able to make the “matrimonio-atto” effective, independently of the ecclesiastical decision.

SOMMARIO: 1. Cassazione civile, Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379: il caso. — 2. Il ruolo assiologico del “matrimonio rapporto”. — 3. La variabile temporale come fattore di consolidazione o affievolimento dei rapporti.

1. — *Cassazione civile, Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379: il caso.*

La vicenda, sottoposta all’attenzione delle Sezioni unite della Cassazione⁽¹⁾, riguarda il ruolo da attribuire alla convivenza coniugale, intervenuta tra i coniugi dopo il matrimonio, durata oltre dieci anni e allietata dalla nascita di una figlia, sebbene la moglie avesse manifestato, già prima di unirsi in matrimonio, la propria riserva sulla indissolubilità del vincolo matrimoniale.

Infatti, il Tribunale ecclesiastico aveva dichiarato nullo il matrimonio «*per esclusione dell’indissolubilità del vincolo da parte della donna*», la quale dichiarò ai parenti ed anche al parroco, durante il corso prematrimoniale, di essere atea e di accettare solo formalmente i precetti della chiesa; la Corte di Appello (di Venezia) aveva riconosciuto efficacia alla sentenza annullando il matrimonio.

(*) Università di Messina

(1) Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in *www.altalex.com*.

Avverso tale atto ricorre in Cassazione il marito ⁽²⁾, il quale sostiene la contrarietà della sentenza canonica all'ordine pubblico interno italiano, che manifesta il *favor matrimonii* e, quindi, privilegia la conservazione del rapporto (matrimonio-rapporto) rispetto alle cause invalidanti dell'atto, come la riserva mentale di un coniuge (matrimonio-atto), che restano sanate dal protrarsi del rapporto che ne è seguito.

La questione ha costituito oggetto di ampio dibattito in giurisprudenza.

Da una parte, secondo l'orientamento prevalente ⁽³⁾ (che qui coincide con la tesi portata avanti dal marito), si riteneva che, in caso di riserva mentale di uno dei due coniugi relativa al *bonum sacramenti* ⁽⁴⁾, la convivenza ininterrotta fra i coniugi dopo le nozze "sanasse" l'effetto che discendeva dalla riserva, con la conseguenza che la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio non poteva essere deliberata ed avere efficacia nel nostro ordinamento, sicché non annullava il vincolo di coniugio.

⁽²⁾ Il quale si oppose alla delibazione della sentenza ecclesiastica deducendo, in particolare, che l'accertata esclusione unilaterale dell'indissolubilità del matrimonio da parte della moglie non gli era stata mai resa nota.

⁽³⁾ Cass., Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Dir. fam.*, 2009, pp. 540-542, con note di P. DI MARZIO, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, e di N. BARTONE, *Il pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione a Sez. un. civ. del 18 luglio 2008, n. 19809*; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343, in *Dir. fam.*, 2011, p. 1644, con nota di G. DALLA TORRE, *La C.S.C. 20 gennaio 2011 n. 1343 nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza*, in *Dir. fam.*, 2011, p. 731 ss., con nota di P. DI MARZIO, *A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere deliberata dopo anni di convivenza dei coniugi*, in *Guida al dir.*, 12 febbraio 2011, n. 7, p. 70, con nota di M. FINOCCHIARO, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico si era già formato il giudicato interno*, in *Dir. fam.*, 2011, p. 718, con nota di M. CANONICO, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Le Corti Calabresi*, 2011, p. 827, col nostro commento *La prolungata convivenza costituisce comportamento giuridico di accettazione del rapporto: il «Tempo» blocca la delibazione delle sentenze rotali di annullamento del matrimonio*.

⁽⁴⁾ Questa riserva mentale attiene (non al desiderio di avere o di non avere dei figli, c.d. *bonum prolis*, ma) alla indissolubilità del vincolo matrimoniale; cioè, entrambi i coniugi, o uno dei contraenti manifesta la volontà di celebrare il matrimonio, però con la riserva di non ritenere quel vincolo come indissolubile: circostanza rilevante nell'ordinamento canonico, per la natura sacramentale del matrimonio, che non ha tale rilievo nel nostro ordinamento civile.

In senso contrario, si pone un orientamento recente (richiamato nella difesa della moglie), secondo il quale «*la convivenza fra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è espressiva delle norme fondamentali che disciplinano l'istituto e, pertanto, non è ostativa, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico*»⁽⁵⁾.

La Corte di Cassazione a Sezioni unite, con la sentenza del 17 luglio 2014, n. 16379, compone un contrasto giurisprudenziale, affermando il seguente principio di diritto: «*la convivenza “come coniugi”, protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio “concordatario” regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di “ordine pubblico italiano” e, pertanto, anche in applicazione dell'art. 7, 1° comma, Cost., e del principio supremo di laicità dello Stato, è ostativa (...) alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell’“ordine canonico” nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale*».

2. — Il ruolo assiologico del “matrimonio rapporto”.

Le Sezioni unite nel 2014 operano una ricognizione accurata sull'esecutività delle sentenze ecclesiastiche⁽⁶⁾ e sulla questione della riserva di giurisdi-

⁽⁵⁾ Cass., 22 febbraio-4 giugno 2012, n. 8926. Per un approfondimento della sentenza, si rinvia al nostro *La convivenza coniugale è limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale?*, in *comparazioneDirittoCivile.it*, pp. 1-23. Cfr. S. BARTONE, *La cassazione civile n. 8926/2012 ripristina il diritto, la ragionevolezza, la giurisdizione esclusiva canonica nella delibazione ecclesiastica*, in *Dir. rel.*, 2012, pp. 608-615.

⁽⁶⁾ Si rinvia a E. QUADRI, *Convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: aspettando le Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, pp. 371-373; M. CANONICO, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *statoeChiese.it*, settembre 2011; ID., *Sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale ed efficacia civile limitata a singoli capi*, in *Dir. fam.*, 2011, pp. 159-180; ID., *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: problemi attuali e prospettive future*, in *Dir. fam.*, 2008, pp. 407-447.

zione⁽⁷⁾, ed, altresì, individuano (quella che possiamo definire) una “norma giurisprudenziale” capace di tratteggiare confini e applicazioni del “matrimonio rapporto”.

A seguito dei Patti Lateranensi del 1929 (l. 24 giugno 1929, n. 1159), al fine di raggiungere un equilibrio tra le esigenze del *civis* e quelle del *fidelis*, il matrimonio canonico (da “irrilevante” per l’ordinamento giuridico italiano) diventa produttivo di effetti civili⁽⁸⁾, purché trascritto nei registri dello stato civile. Ciononostante continua a residuare una certa “diarchia” tra l’ordinamento della Chiesa e quello dello Stato, poiché la disciplina dell’“atto” (la struttura) è ravvisabile, fin dalla fase preparatoria e nel momento della celebrazione e costituzione del vincolo; mentre la dinamica dei “rapporti” (la funzione) si evince dalla produzione degli effetti civili nascenti dal vincolo coniugale. Logico corollario è che nel matrimonio concordatario, mentre con il divorzio viene meno il momento del rapporto (gli effetti civili) ma non l’esistenza del vincolo originario, con la sentenza ecclesiastica, invece, viene annullato l’atto matrimoniale che, dunque, si considera come mai posto in essere.

Con la celebrazione si costituisce il “matrimonio-atto” (*matrimonium in fieri*), il quale rileva come «*negozio giuridico solenne, bilaterale, di natura familiare, mediante il quale un uomo e una donna assumono gli impegni di stabile convivenza e di aiuto reciproco*»⁽⁹⁾: è evidente la subalternità del “rapporto” rispetto all’“atto”, poiché la “funzione del matrimonio” segue cronologicamente il momento “genetico-strutturale”.

Il “matrimonio-rapporto”⁽¹⁰⁾ (*matrimonium in facto*) attiene ai comportamenti che i coniugi adottano al fine di confermare *de die in diem* il consenso espresso durante la celebrazione del matrimonio.

In verità, oggi non è più possibile distinguere in modo così netto la

⁽⁷⁾ Sugli argomenti si rinvia al nostro *La convivenza coniugale*, cit., spec. pp. 10-17.

⁽⁸⁾ Cfr. C. MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 2^a ed., 1958.

⁽⁹⁾ G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2^a ed., 2003, p. 15.

⁽¹⁰⁾ Cfr. G. PETRULLI, *Sulla rilevanza del matrimonio rapporto nella delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 2011, pp. 415-430; V. CARBONE, *Validità del «matrimonio rapporto» anche dopo la nullità religiosa del «matrimonio atto»*, in *Fam. e dir.*, 2011, pp. 237-246.

“struttura” dalla “funzione”, poiché il matrimonio concordatario è una fattispecie matrimoniale complessa, che prevede sia l’“atto” di scelta della forma concordataria, espressa dal *fidelis*, sia la volontà programmatica, che i nubendi – sia “*fidelis*” che “*civis*” – esprimono, quando essi e il ministro di culto officiante pongono in essere tutti quegli atti⁽¹¹⁾ manifestativi e certificativi del consenso matrimoniale in sede canonica e civile.

In altri termini, una corretta e aggiornata ricostruzione del matrimonio concordatario attribuisce rilevanza anche al “rapporto” e non solo all’“atto”, poiché, prima della celebrazione eucaristica, i futuri coniugi “programmano” il loro matrimonio attraverso un “atto di scelta”, del negozio che vogliono costituire, che non è propriamente canonico. Così, dunque, ferme restando le peculiarità che contraddistinguono ogni ordinamento, è possibile scorgere un significativo avvicinamento tra l’ordinamento civile e quello canonico⁽¹²⁾, al fine di salvaguardare tutte quelle situazioni che presentano un “rapporto” costitutivo e corroborativo del consenso matrimoniale (civile e canonico)⁽¹³⁾ precedentemente espresso.

⁽¹¹⁾ Come la richiesta di pubblicazioni, che i nubendi eseguono sia al Comune che in Chiesa, nell’albo parrocchiale; la lettura, effettuata dal ministro del culto cattolico, delle norme civili che regolano l’unione; la trascrizione dell’atto nei registri dello Stato civile. In tal senso si esprime L. DE LUCA, *Il riconoscimento del matrimonio canonico*, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano, 1985, pp. 82-83, secondo il quale la richiesta di trascrizione, dunque, non sarebbe soltanto una mera formalità amministrativa, ma un meccanismo attraverso il quale prenderebbe corpo ed esistenza un vero e proprio negozio, che esprime la volontà delle parti di attribuire effetti civili al loro matrimonio canonico, al fine di conseguire il relativo *status* (civile, appunto) di coniugi.

Sul ruolo dello *status* di coniuge si rimanda a C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv not.*, 2009, p. 1135 ss., spec. pp. 1159-1166, e ID., *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all’alba del terzo millennio, Famiglia – Successioni – Contratto – Patrimoni separati*, I, Torino, 2011, pp. 41-74, spec. pp. 65-73.

⁽¹²⁾ Cfr. V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, p. 161: «non sembra quindi che il matrimonio civile abbia percorso un cammino inverso rispetto al matrimonio canonico recentemente riformato, che – proprio riducendo lo stesso valore teleologico dell’atto – ha esaltato il momento del rapporto ponendo in primo piano il *consortium totius vitae*».

⁽¹³⁾ Sul valore del «consenso» nel matrimonio canonico si rimanda a F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna, 1989, p. 69 ss.; E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà preceittiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956.

Vi è, dunque, *divario* nel matrimonio tra il *presente* del fatto materiale della celebrazione e il *futuro* dell'assetto programmatico di interessi che tale fatto manifesta. Il consenso matrimoniale copre (e deve coprire) entrambi tali momenti: è, perciò, anzitutto, volontà *attuosa* con riferimento alla celebrazione, volontà cioè che immediatamente si estrinseca e si esaurisce nell'atto; ma è anche (e soprattutto) *volontà programmatica*, ossia tensione verso gli ulteriori scopi e contenuti che il fatto della celebrazione manifesta, in quanto rivolta verso fatti e situazioni ulteriori, che trascendono il momento celebrativo, e – come tale – destinata a realizzarsi compiutamente in un futuro più o meno prossimo⁽¹⁴⁾.

Seguendo, perciò, questa ricostruzione, dal punto di vista dogmatico, si può affermare che la volontà programmatica ricollega al matrimonio concordatario effetti (non solo per il diritto della Chiesa, ma anche) civili che, a loro volta, devono corrispondere all'assetto di interessi evidenziato dal “fatto” giuridico.

«*Ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico è sempre l'effetto giuridico, il quale traduce nell'ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela*»⁽¹⁵⁾; dunque, la disciplina del rapporto matrimoniale non può non conformarsi agli interessi rilevanti sul piano del fatto, perché diversamente si porrebbe in contrasto con il principio di conformità tra fatto ed effetto⁽¹⁶⁾.

La volontà dei nubendi è, cioè, allo stesso tempo, “attuosa”, poiché esaurisce la sua funzione nella celebrazione dell'atto e nello scambio dei consensi, e “inattuosa”⁽¹⁷⁾ poiché i futuri coniugi, in questo stadio, possono solo

⁽¹⁴⁾ V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 155.

⁽¹⁵⁾ A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 209. Cfr. O. BUCCISANO, *Profili dell'«universitas»*, Milano, 1975, p. 5: «il fatto giuridico enuncia, quindi, un interesse umano, un valore sociale, l'effetto l'assume in sé e lo traduce in un valore giuridico. L'istanza umana diventa così istanza giuridica: vuol dire che il diritto appresta la sua garanzia e la forza di cui dispone perché l'attesa del soggetto venga soddisfatta».

⁽¹⁶⁾ La fondazione teorica di tale principio è di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 3-194.

⁽¹⁷⁾ Difatti, il matrimonio costituisce secondo la dottrina (V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 66) un negozio a rilevanza inattuosa o program-

programmare gli effetti che desiderano che la loro unione realizzi nel tempo; in altri termini, i nubendi gettano le basi del loro rapporto, il quale troverà attuazione attraverso il loro comportamento coerente e reiterato nel tempo.

Le Sezioni unite nelle motivazioni della decisione valutano in modo analitico le caratteristiche e i supporti normativi del “matrimonio-rapporto”. Si legge, infatti, nei motivi della decisione che *«la nostra Costituzione distingue nitidamente il “matrimonio-atto” – cui senza dubbio si riferisce l’art. 29, 1° comma, laddove stabilisce che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia “fondata sul matrimonio” – dal “matrimonio-rapporto”, cui certamente si riferiscono sia lo stesso art. 29, 1° comma, laddove definisce la famiglia con l’espressione fortemente evocativa “società naturale”, sia il 2° comma dello stesso art. 29, laddove “Il matrimonio (...) ordinato sull’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi” evoca chiaramente lo svolgimento del rapporto e della vita matrimoniali, sia infine l’art. 30, 1° comma, nella parte in cui fissa le principali responsabilità genitoriali nei confronti dei figli, e 31, 1° comma, laddove stabilisce che “La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l’adempimento dei compiti relativi (...)”.* La stessa distinzione emerge in modo chiarissimo anche da molteplici disposizioni del Codice civile e di leggi ordinarie, fra le quali è centrale l’art. 143 c.c. (...), che, nel 1° comma (“Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri”), si riferisce certamente al “matrimonio-atto” come “fonte” di eguali diritti e doveri dei coniugi, mentre, nel secondo (“Dal matrimonio deriva l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione”) e nel 3° comma (“Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”), il riferimento è sicuramente al “matrimonio-rapporto”, cioè allo svolgimento del rapporto coniugale e della “vita familiare” (art. 144 c.c.) in tutte le sue dimensioni, morali e materiali, rilevanti sul piano giuridico. Ciò, senza dimenticare i “doveri verso i figli” imposti ad entrambi i coniugi dall’art. 147 c.c. (nel testo sostituito dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 3), secondo cui “Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l’obbligo di mantenere, istruire, educare ed assistere moralmente i figli, nel rispetto delle

matica, poiché è necessaria «l’esistenza di una fase meramente prospettica ed enunciativa dell’interesse (...) autonoma e distinta da quella propriamente realizzativa».

loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'art. 315 bis", inserito dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219, art. 1, 8° comma, dove, ancora una volta, il riferimento è sicuramente al "matrimonio-rapporto", allorquando sia caratterizzato dalla generazione di figli e dalle relative responsabilità genitoriali».

Da questi passaggi motivazionali si evince la "copertura" costituzionale del rapporto matrimoniale, in quanto la famiglia⁽¹⁸⁾ riveste specifica rilevanza nella disciplina nel nostro sistema, che conosce diversi livelli di legalità: quella comunitaria, quella costituzionale e quella ordinaria.

L'art. 8, 1° comma, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. Cedu), enuncia che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza». Il codice civile dispone che «il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi» (art. 43, 1° comma, c.c.); mentre «la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale» (art. 43, 2° comma, c.c.). La libertà di poter eleggere il proprio domicilio e la residenza familiare costituiscono le scelte che la famiglia compie in relazione al tipo di rapporto che vuole svolgere.

Così l'art. 143 c.c. ai commi 2 e 3 indica le dinamiche di svolgimento del rapporto coniugale, costituendo, nell'insieme, il regime patrimoniale primario della famiglia.

L'art. 12 Cedu riconosce agli «uomini e donne, in età matrimoniale (...) il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto», dove la formulazione letterale (attraverso una congiunzione e non una disgiuntiva) mostra di voler separare i due momenti, "il diritto di sposarsi" da un lato, "il diritto di formare una famiglia" dall'altro lato, con la

⁽¹⁸⁾ Per una trattazione sul ruolo e sullo sviluppo della famiglia si rimanda a C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia* (relazione svolta in occasione del Convegno «Persona e comunità familiare 1982-2012» – Salerno, 28-29 settembre 2012), in *comparazione-dirittocivile.it*, p. 4; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 509-529; V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie» (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in AA.VV., *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 431 ss.; ID., «Famiglia» e «famiglie» in *Europa* (relazione svolta in occasione del Convegno «Persona e comunità familiare 1982-2012» – Salerno, 28-29 settembre 2012), in *comparazione-dirittocivile.it*.

conseguenza che la “funzione” che una realtà familiare svolge è autonoma rispetto al suo fatto costitutivo, ma è collegata da un nesso teleologico.

Tali diritti rappresentano importanti “valori” tutelati dall’ordinamento, poiché essi vengono manifestati dai componenti della famiglia attraverso il loro comportamento.

I doveri di “fedeltà”, di “collaborazione”, di “contribuzione”, sono le modalità speculari e reciproche rispetto all’estrinsecazione dei diritti (componente della modalità di valore), che la famiglia stabilisce come svolgere: la realtà familiare, nella foggia che intende rivestire, decide (per esempio) di avere una collaborazione irrisoria, non paritaria, non funzionale all’interesse dei minori, prettamente egoistica; oppure, così come dovrebbe sempre essere, i coniugi, nella diversità dei ruoli che rivestono, concorrono in un assetto comune a vantaggio dell’intera realtà familiare.

In altri termini, *«i soggetti del rapporto familiare non devono essere visti l’uno contrapposto all’altro, come nel contratto, ma devono collocarsi l’uno accanto all’altro, in quanto cooperano nell’interesse della famiglia»*⁽¹⁹⁾; in una comunità di eguali, presidiata da principi di solidarietà, libertà, responsabilità, che non rimane allo stadio di “progetto” di vita, ma che viene realizzata dalla volontà dei consociati.

Le Sez. un., altresì, osservano che *«è indispensabile sottolineare, poi, che le menzionate disposizioni, costituzionali ed ordinarie, sul “matrimonio-rapporto” debbono essere correttamente interpretate in conformità con i principi fondamentali affermati dall’art. 2 Cost.: “La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti (...)”. E proprio da tale ultima disposizione l’art. 2 Cost., appunto, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle ‘formazioni sociali’, tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani” (così la Corte costituzionale nella sentenza n. 494 del 2002, n. 6.1. del Considerato in diritto) (...)*. *«La distinzione tra “matrimonio-atto” e “matrimonio-rapporto” (...) ha nitido e solido fondamento costituzionale e legislativo,*

⁽¹⁹⁾ C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile*, cit., p. 6. Cfr. M. SESTA, *Comunione di vita e «diritti» sulla casa familiare*, in *Fam. e dir.*, 2013, pp. 511-519.

ma la relazione tra il matrimonio come “atto” ed il matrimonio come “rapporto” deve porsi in termini non già di “prevalenza” (cfr. la sentenza n. 8926 del 2012)⁽²⁰⁾, cioè di pretesa superiorità assiologica, dell’uno rispetto all’altro (che sembra alludere in qualche modo alla natura “sacramentale” del matrimonio cattolico), bensì di distinzione⁽²¹⁾ appunto: nel senso, cioè, che questi due aspetti, o dimensioni, dell’istituto giuridico “matrimonio” hanno ragioni, disciplina e tutela distinte – come del resto emerge dalla stessa sistematica del Codice civile (rispettivamente, Capi III e IV del medesimo Titolo VI del Libro I) – e devono, quindi, essere distintamente considerati, anche (...) per l’individuazione dei principi e delle regole fondamentali che, connotando nell’essenziale ciascuno di essi, sono astrattamente idonei ad integrare norme di ordine pubblico interno che, come tali, possono essere ostative anche alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario»⁽²²⁾.

Muovendo da questa disamina, le Sezioni unite delineano una definizione del “matrimonio-rapporto” in quella parte della motivazione della decisione⁽²³⁾ che si può qualificare come una “norma giurisprudenziale”, laddove si legge che «in definitiva, il “matrimonio-rapporto”, il quale ha certamente origine nel “matrimonio-atto”, può ritenersi un’espressione sintetica comprensiva di molteplici aspetti e dimensioni dello svolgimento della vita matrimoniale e familiare, che si traducono, sul piano rilevante per il diritto, in diritti, doveri, responsabilità, caratterizzandosi così, secondo il paradigma dell’art. 2 Cost., come il “contenitore”, per così dire, di una pluralità di

⁽²⁰⁾ V. *supra*, nt. 5.

⁽²¹⁾ In altri termini, nel matrimonio il rapporto è misura dell’atto e «riflesso che il principio del consenso nel matrimonio non è il portato di una esigenza perfezionativa e strutturale dell’atto, bensì una necessità imposta dal rapporto del quale il consenso è fondamento e funzione»; la spiegazione di ciò è data dal fatto che «il matrimonio è un tipico atto a prevalente efficacia strumentale, un atto cioè nel quale il fine pratico da conseguire – il consorzio materiale e spirituale di vita – non si realizza attraverso la mera produzione degli effetti ma solo con la loro attuazione e cioè con l’assunzione da parte dei coniugi di precisi comportamenti destinati a tradurre sul piano della loro esistenza lo stato di fatto corrispondente a tali effetti». Ciononostante «si tratta di comportamenti che, per quanto prescritti dalla legge come dovuti, sono interamente rimessi all’attuazione spontanea dei coniugi» che, tuttavia, non «può dirsi assicurata una volta per tutte, in quanto costituisce il frutto di una continua libera scelta dei coniugi e di un mutuo consenso che ogni volta deve venire nuovamente prestato in occasione dell’esercizio dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio» (V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., pp. 159-160).

⁽²²⁾ Motivi della decisione, punto 3.5.

⁽²³⁾ Motivi della decisione, punto 3.5.

“diritti inviolabili”, di “doveri inderogabili”, di “responsabilità”, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche».

3. — *La variabile temporale come fattore di consolidazione o affievolimento dei rapporti.*

La Corte di Cassazione a Sezioni unite, con la sentenza in esame, risolve un acceso contrasto giurisprudenziale, in merito alla possibilità di riconoscere l'efficacia o meno della sentenza di nullità del matrimonio canonico, nonostante sia avvenuta la costruzione del rapporto tra i coniugi, trattandosi di un'unione duratura e caratterizzata dalla stabilità. L'ordinamento non può non rispettare il «principio di tutela della stabilità delle situazioni costituite o consolidate»⁽²⁴⁾, specie se sono promozionali della persona.

La convivenza prolungata, espressiva dell'*affectio coniugalis*, è un aspetto fondamentale del “matrimonio-rapporto”, poiché lo svolgimento della vita matrimoniale ha come conseguenza il venire in esistenza di diritti inviolabili, doveri inderogabili, responsabilità e aspettative legittime dei membri della famiglia.

Quando la convivenza diventa intollerabile, significa che la famiglia è

⁽²⁴⁾ V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 162, ove l'A. specifica che «siffatto principio (...) comporta la conservazione del matrimonio tutte le volte in cui esso, nonostante il vizio, abbia trovato attuazione come rapporto. In esso – a ben guardare – ha anche la sua *ratio* lo scioglimento del matrimonio, quante volte – benché venuto ad esistenza – il rapporto consortile per l'incidenza di precise cause sopravvenute si sia irreversibilmente dissolto. Nell'un caso e nell'altro il fondamento è identico: è il rapporto che decide in un senso o nel senso opposto le sorti del matrimonio. Le ipotesi in considerazione sono quelle del matrimonio del minore, la cui impugnativa è preclusa oltre l'anno dalla maggiore età e in ogni caso – concorrendo determinate condizioni – dall'accertata “volontà del minore stesso di mantenere in vita il vincolo matrimoniale” (art. 117, 2° comma, c.c.), nonché tutte le altre in cui la legge dichiara espressamente improponibile l'azione per l'impugnazione se dopo cessata la causa determinativa del vizio o scoperto il vizio stesso vi sia stata coabitazione protratta per un anno (artt. 119, 2° comma, 120, 2° comma, 122, 4° comma, c.c.), oppure convivenza come nel caso di simulazione (art. 123, 2° comma, c.c.)».

diventata luogo di mortificazione e non di sviluppo della personalità; con l'inevitabile conseguenza che si ha una famiglia (se unita in matrimonio) soltanto sulla carta ma non nei fatti, non nel rapporto. Sul piano dei valori, quella formazione sociale non esprime alcuna carica assiologia *sub specie familiae*, tale da sussumerla come componente di fatto dell'effetto giuridico: il momento funzionale non ha più modo di estrinsecarsi, non esiste più.

Anche la convivenza nei rapporti *more uxorio* ha avuto diversi riconoscimenti, proprio perché essa costituisce manifestazione del "rapporto" voluto dalle parti.

Si pensi alla successione nel contratto di locazione: quando muore o si allontana il convivente *more uxorio*⁽²⁵⁾, l'altro convivente ha diritto a subentrare nel contratto⁽²⁶⁾.

La convivenza, inoltre, acquista rilevanza anche in materia di adozione, poiché ai fini dell'adottabilità si considera positivamente anche il periodo di convivenza intercorso tra i conviventi prima del matrimonio⁽²⁷⁾.

Anche la legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita⁽²⁸⁾

⁽²⁵⁾ Per approfondimenti si rimanda a L. BALESTRA, *Convivenza «more uxorio» e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 133-161; A. CARRATO, *Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune?*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 1535-1542; A. VESTO, *Affidamento condiviso e assegnazione della casa familiare in caso di rottura della convivenza more uxorio*, in *Fam. e dir.*, 2012, pp. 583-588.

⁽²⁶⁾ La questione, sollevata rispetto alla disciplina vincolistica allora vigente da C. MAZZÙ, *Rilevanza della famiglia nella legislazione vincolistica*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 9 ss., è stata riconosciuta fondata dalla Corte Costituzionale con la sent. 7 aprile 1988, n. 404.

⁽²⁷⁾ Difatti mentre l'art. 6, 1° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184, recita che «*l'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni*», il 4° comma, a completamento della disposizione, enuncia che «*il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto*».

⁽²⁸⁾ Per approfondimenti, v. A. BARENGHI, *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; ID., *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984; P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 1528-1535; A.G. CIANCI, *La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione*, in *Famiglia*, 2002, pp. 89-125; M. SESTA, *Venire contra factum*

attribuisce rilevanza alla convivenza caratterizzata dalla stabilità, poiché consente l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, non solo alle persone coniugate ma anche ai conviventi.

Infine, a norma dell'art. 417 c.c., anche il convivente *more uxorio* è un soggetto legittimato a proporre istanza di interdizione, inabilitazione o di amministrazione di sostegno, poiché si fa riferimento al "coniuge" ma anche alla "persona stabilmente convivente"⁽²⁹⁾.

Acquisita la consapevolezza dell'importanza della convivenza, il problema riguarda la sua rilevanza nei due ordinamenti, che tendono ad avvicinarsi dal punto di vista della valorizzazione del "rapporto" come momento realizzativo del consenso.

Detto ciò, si pone la questione della durata minima che la convivenza deve presentare per qualificarsi come "rafforzativa" del vincolo coniugale, nonostante eventuali anomalie dell'atto, conferendole i connotati dell'incontestabilità, espressa dalla volontà dei coniugi di vivere insieme all'interno di un nucleo caratterizzato da "diritti e doveri".

A tal fine, le Sezioni unite considerano rilevante «*la convivenza protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio concordatario regolarmente trascritto*».

La scelta non appare nuova, poiché il termine di tre anni viene considerato dalla legge come espressivo della stabilità del rapporto tra coniugi: per es., la legge sull'adozione consente ai coniugi uniti in matrimonio «*da almeno tre anni*» di fare richiesta di adozione, e la stabilità della convivenza si realizza anche quando «*i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni*»⁽³⁰⁾.

Detto termine è più ampio di quello previsto dalle norme civili sulla de-

proprium, *finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, in *Nuova giur. cin. comm.*, 2000, II, pp. 350-360; G.B. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale*, Napoli, 1986; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Rin. dir. civ.*, 1986, I, p. 18 ss.

⁽²⁹⁾ Secondo l'art. 417 c.c., «*l'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse*» altresì «*dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente*». La disposizione, richiamata dall'art. 406 c.c., si applica anche all'amministrazione di sostegno.

⁽³⁰⁾ Art. 6, 4° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184.

cadenza delle azioni di annullamento del matrimonio, che considerano rilevante la coabitazione per un anno.

L'art. 123, 2° comma, c.c., rende improponibile l'azione di impugnazione del matrimonio per simulazione⁽³¹⁾ qualora sia decorso un anno dalla celebrazione delle nozze, ovvero i coniugi abbiano convissuto successivamente alla celebrazione medesima. Nella simulazione i coniugi vogliono realizzare solo apparentemente il negozio matrimoniale, ma in realtà non ne vogliono gli effetti; tuttavia, decorso il termine di un anno da quando le parti hanno celebrato il matrimonio simulato, ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi, l'azione non può essere fatta valere e, quindi, il negozio matrimoniale diventa valido.

Risulta evidente che la disciplina civilistica del matrimonio fa prevalere il “rapporto” rispetto all'atto. Il comportamento dei coniugi che continuano a convivere come marito e moglie determina «quasi una sanatoria dell'atto di matrimonio», al fine di «soddisfare l'interesse generale alla certezza dei rapporti e all'uguaglianza giuridica dei coniugi», ponendosi, perciò, in evidente contrasto con l'intenzione di annullare l'unione matrimoniale⁽³²⁾.

Questo perché la nullità del matrimonio simulato scaturisce non tanto e solo per la divergenza che sussiste tra la volontà manifestata e la rappresentazione, ma perché manca la “causa” del negozio. Le parti non vogliono realizzare gli effetti del matrimonio, cioè non vogliono la “componente di

⁽³¹⁾ In arg., v. G. DE TULLIO, *Il negozio simulato*, in *Giur. merito*, 2012, pp. 6-29; A. GAMBARDILLA, *La simulazione nel matrimonio civile: art. 123 c.c.*, in *Dir. fam.*, 2010, pp. 1461-1475; M. TRIMARCHI, *Commento all'art. 123 c.c., Della famiglia*, a cura di L. Balestra, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 311 ss.; A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 315-334; O.T. SCOZZAFAVA, *Il matrimonio simulato nell'ordinamento civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 625-668; N. VISALLI, *Profili giuridici della simulazione nel matrimonio (art. 123 c.c.)*, in *Dir. fam.*, 1982, pp. 1016-1058; F. FINOCCHIARO, *Appunti sulla simulazione nel matrimonio civile*, in *Diritto di famiglia. Scritti in onore di R. Nicolò*, Milano, 1982, p. 293 ss.; R. NICOLÒ, *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *La simulazione nel matrimonio*, in *Quaderni romani di diritto canonico* diretti da P. Fedele, I, Roma, 1977, spec. p. 63 ss.; N. IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Riv. not.*, 1976, pp. 706-713.

⁽³²⁾ A. VESTO, *La convivenza coniugale è limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica*, cit., pp. 18-19.

fatto dell'effetto giuridico" della norma: non vogliono la coabitazione, né l'assistenza morale e materiale, né la fedeltà; in altri termini, non hanno interesse alla costituzione del rapporto matrimoniale.

La simulazione è prevista come causa di nullità del matrimonio sia nel diritto canonico che nel diritto civile, ma con alcune differenze, giacché nel diritto canonico la simulazione non è soggetta ad alcun termine decadenziale (com'è nel nostro ordinamento) e può essere proposta anche se è decorso il termine per poter esercitare l'azione civile.

Se è stato annullato il matrimonio dall'autorità giurisdizionale ecclesiastica per simulazione, la relativa sentenza può trovare ingresso nel nostro ordinamento.

È noto che il diritto canonico prevede l'imprescrittibilità dell'azione diretta a far valere la nullità del matrimonio, mentre il diritto civile prevede termini di decadenza (legati alla coabitazione, al tempo trascorso dalla celebrazione o alla successiva convivenza), dall'azione di nullità.

In altri termini, allora, il comportamento che i coniugi assumono, con una convivenza stabile, è espressivo di una «*sorta di tacita rinnovazione del consenso con effetto di sanatoria, convalida o conferma e conseguente recupero dell'atto costitutivo per un bisogno – si dice – della collettività alla certezza e stabilità del vincolo*»⁽³³⁾.

Dunque, se le parti si adoperano per l'attuazione del rapporto, improntata a consapevole comunione di vita, allora, il vizio genetico del "matrimonio-atto" non è che sia sanato, diviene semplicemente irrilevante⁽³⁴⁾.

Ciò significa che nel matrimonio abbiamo due interessi fondamentali: l'interesse a manifestare un consenso libero e consapevole, espresso al momento della celebrazione dell'atto matrimoniale; l'interesse alla stabilità del rapporto di coniugio, che viene esternato attraverso il "consenso effettivo" alla continuazione del vincolo coniugale⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 162.

⁽³⁴⁾ L. ROSSI CARLEO, *Nullità, separazione, divorzio*, in *Commentario sul divorzio* a cura di P. Rescigno, Milano, 1980, p. 100.

⁽³⁵⁾ Cfr. V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., p. 151, ove si legge: «la verità è che nell'istituto del matrimonio civile si fronteggiano due piani di interessi apparentemente – ma solo apparentemente – in conflitto tra loro: un interesse, di rango sicuramente indi-

Desta forti ragioni di perplessità il fatto che la Cassazione con la pronuncia del 2012, n. 8926⁽³⁶⁾, ha ritenuto non ostativa alla delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, sotto il profilo dell'ordine pubblico interno, la convivenza tra coniugi⁽³⁷⁾ successiva alla celebrazione del matrimonio. Quella sentenza, accogliendo i principi esposti in Sez. un. n. 4700/1988, ritiene delibabile la sentenza ecclesiastica di nullità anche qualora vi sia stata lunga convivenza fra i coniugi dopo il matrimonio, in quanto l'effettività e la durata del matrimonio-rapporto non rappresentano principi inderogabili di ordine pubblico interno.

Inoltre, a sostegno delle sue argomentazioni, nei motivi della decisione decisione del 2012 asserisce che la sentenza delle Sez. un. 2008, n. 19809, «*riguarda una fattispecie relativa a una pronuncia di nullità basata su un vizio del consenso scaturente dall'ignoranza dell'infedeltà prematrimoniale di uno dei coniugi*», ma «*non approfondisce il tema della convivenza come causa ostativa alla delibazione, del quale, anzi, afferma l'irrelevanza nella vicenda scrutinata*»; «*in altri termini, le Sez. un. del 2008 si sono limitate a menzionare la questione (a "sfiorarla") ma, di certo, non l'hanno né affrontata, né risolta, avendo per altro espresso un giudizio di irrilevanza della stessa nell'ambito del ricorso esaminato*»: quindi, si deduce che, a parer della Corte, è la sentenza a Sez. un. del 1988 quella che deve essere accettata e riproposta⁽³⁸⁾.

Dunque la pronuncia del 2012 (conferendo maggior valore all'*atto* viziato rispetto al *rapporto*, la cui forza avrebbe dovuto sanare la preesistente inva-

viduale, alla purezza e libertà del consenso inteso ad evitare che i soggetti possano restare legati ad un impegno che non hanno voluto e non vogliono; e un interesse, invece collettivo, sociale o più esattamente pubblico alla certezza e stabilità del vincolo, neppure esso però fine a se stesso, ma strumentale a dare tutela a quel complesso insieme di interessi ed esigenze facenti capo alla comunità familiare, a quella comunità familiare che proprio col matrimonio prende vita e si costituisce. Tra i due ordini di interesse non vi è scissione e neppure contrapposizione, ma un nesso strettissimo di correlazione e integrazione reciproca».

⁽³⁶⁾ Si rinvia al nostro *La convivenza coniugale è limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica*, cit.

⁽³⁷⁾ Nel caso di specie si trattava di una convivenza di trent'anni, nel corso dei quali la coppia aveva vissuto «pubblicamente come tale», procreando tre figli.

⁽³⁸⁾ A. VESTO, *La convivenza coniugale è limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica*, cit., pp. 22-23.

lità formale) mostrava un'inversione di rotta solo momentanea, «giacché il rapporto costituito fra i coniugi dopo le nozze rappresenta un comportamento di accettazione del vincolo, che non può, di fatto, essere obliato, per privilegiare unicamente (e semplicisticamente) la forma dell'atto matrimoniale»⁽³⁹⁾.

L'alternarsi degli orientamenti esposti è auspicabile che cessi con l'intervento delle Sez. un. del 2014: *«la convivenza “come coniugi”, protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio “concordatario” regolarmente trascritto, (...) è ostativa (...) alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico»*.

Pertanto, non può essere dichiarata efficace nella Repubblica Italiana la sentenza definitiva di nullità di matrimonio pronunciata dal Tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico, ove ci sia stata la suddetta convivenza coniugale. E, sottolinea la sentenza, l'eccezione d'inefficacia deve essere sollevata dalla parte nel giudizio di delibazione, non potendo essere rilevata d'ufficio né dal P.M. né dal giudice, e la parte deve dedurla a pena di decadenza in tale giudizio.

Nel caso specifico però il marito ricorrente aveva sollevato tale eccezione soltanto nel giudizio di legittimità in Cassazione, poiché nel processo per la delibazione, in Corte d'Appello, si era difeso sostenendo che la riserva mentale della moglie, sull'esclusione del *bonum sacramenti*, non era a lui nota e non era stata manifestata; tuttavia, tale ricostruzione non era stata suffragata dalle prove, poiché la moglie aveva manifestato anche durante il corso pre-matrimoniale l'accettazione solo formale del matrimonio religioso.

La Cassazione respinge il ricorso, per ragioni processuali, ma riconoscendo nel merito che la durata del matrimonio, la nascita di una figlia e, dunque, la condotta tenuta dalla donna dopo il matrimonio, durato undici anni, costituisce ostacolo alla delibazione della sentenza canonica.

⁽³⁹⁾ A. VESTO, *La convivenza coniugale è limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica*, cit., p. 23.

Giungendo a questa conclusione le Sezioni unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale che creava, di fatto, notevoli disequaglianze. Si tratta di situazioni esistenziali così delicate da non poter essere lasciate all'arbitrio del momento di decisioni ondivaghe.

Resta il fatto della diversa rilevanza del matrimonio come sacramento, la cui nullità non è sanata per il decorso del tempo; viceversa, esso irrobustisce il fatto, quando si colloca all'interno del nostro sistema giuridico.

La comunione di vita, che i coniugi attuano quotidianamente e nel tempo, assolve ad una funzione "rafforzativa" del vincolo coniugale, poiché l'atteggiamento dei membri della famiglia dimostra che loro esercitano i diritti e i doveri che nascono dal matrimonio. Viceversa, in caso d'inerzia, quando il soggetto mostra di non aver interesse alla situazione giuridica di cui è titolare, il diritto non più esercitato si debilita, perdendo forza, affievolendosi e diventando altro rispetto all'originaria struttura, fino ad estinguersi.

La questione riguarda l'autonomia del «*momento quantitativo-temporale*»⁽⁴⁰⁾, che non si regge mai da solo ma che ha bisogno «*che il fenomeno qualitativamente determinato le faccia da sostegno*»⁽⁴¹⁾.

La fattispecie quantitativa-temporale (gli anni di matrimonio), appoggiata dal carattere qualitativo (l'esercizio del *consortium totius vitae*), riempie il "tempo"⁽⁴²⁾ e lo spazio.

La dottrina ha posto il problema: «*può il fatto giuridico esaurirsi in pure determinazioni temporali e spaziali, che non siano riempite da eventi e da oggetti, e che valgano per sé sole, senza determinazioni complementari correlate?*»⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., p. 373.

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., p. 373: «Così, nel caso dell'usucapione, non avrebbe senso lo stabilire un puro decorso di tempo, dieci o venti anni, se questo tempo non fosse in qualche modo occupato o riempito e quindi qualificato dall'attività possessoria».

⁽⁴²⁾ Cfr. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., p. 374, spec. nt. 27, ove si legge che «*il tempo gioca sempre un ruolo inserviente rispetto al comportamento di cui è costituito l'effetto giuridico. L'indice temporale dell'effetto giuridico – riguarda esso il sorgere della situazione giuridica ovvero la sua realizzazione o la sua durata – inerisce in definitiva al comportamento che forma la componente di fatto dell'effetto giuridico. Il tempo, dunque, è sempre un tempo di azioni o di omissioni*».

⁽⁴³⁾ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., p. 375.

«La risposta in senso negativo» non può essere dubbia: «ciò che isola e rende autonoma la determinazione di tempo e di spazio è il suo stretto carattere quantitativo (perché ovviamente un tempo o spazio qualitativamente determinato sarebbe un tempo o spazio riempito, si risolverebbe cioè in eventi o in oggetti)»⁽⁴⁴⁾.

La consolidazione dei rapporti deve essere voluta dalle parti, attraverso un atteggiamento qualitativo della componente di fatto dell'effetto giuridico, che viene riempita dal comportamento operoso dei membri della comunità familiare, secondo un indirizzo metodologico che pone al centro dell'indagine la situazione come si presenta "ex nunc" e non "ex tunc", facendo "prevalere" la "situazione reale" rispetto a quella "giuridica".

«Tempo senza eventi e senza comportamenti – tempo astratto, tempo vuoto, tempus absolutum verum et mathematicum – è tempo senza interessi umani: un tempo, dunque, che non riveste alcun valore per il diritto, come non lo riveste uno spazio vuoto, assoluto e immutabile e perciò avulso dalla vita»⁽⁴⁵⁾.

Il tempo che l'ordinamento giudica rilevante, perciò, non è il "tempo vuoto", l'interesse abbandonato dal titolare della situazione giuridica, ma è l'"effettività" dell'interesse (il "tempo pieno") manifestato dal soggetto che dimostra coscientemente e intenzionalmente di tutelare l'interesse originariamente manifestato.

Queste considerazioni sulla dimensione temporale sono calzanti rispetto alle motivazioni della sentenza in commento, che vanno condivise.

Anche sotto un altro profilo la questione merita un approfondimento teorico: nella convivenza si verifica un salto qualitativo, realizzato dalla transizione dall'atto all'attività, intesa come insieme coordinato di comportamenti oggettivamente orientati verso uno scopo, manifestativi e realizzativi di un interesse.

Orbene, la decisione in commento merita condivisione, poiché non è possibile continuare a trattare la materia dell'invalidità matrimoniale estrapolando la vicenda dalla realtà concreta, mutuando e avallando supinamente decisioni assunte in altri ordinamenti, che ritengono ininfluenza il fenomeno

⁽⁴⁴⁾ A. FALZEA, *ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ A. FALZEA, *ibidem*.

costante e progredente della convivenza, intesa come complesso di manifestazioni reali, perché attuative del progetto di vita.

Proprio da questa qualità dell'interesse, vissuto e non più programmato, deriva la forza di resistenza del rapporto, capace di radicare la relazione giuridica sul terreno solido della vita reale, sicché il rapporto "*reagisce*" sul fatto, lo legittima *a posteriori*, lo emancipa dalla condizione genetica deficitaria: è il valore dell'effettività che si impone e prevale sulla forma dell'invalidità, specie quando essa è comminata da un altro ordinamento in termini sconosciuti o diversi dal nostro.

GIUSEPPE MARIA BERRUTI (*)

IL RUOLO DEL GIUDICE NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO. LA «DOTTRINA DELLE CORTI»

ABSTRACT: The essay analyses the role of magistracy within a system governed by the principle of dision of powers. This role is not and cannot consist in the application of the law to the given case. Infact, not only the authority of the operative part of the judgement, but also its reasons are important, since they become the “doctrine” of a Court. It represents the general orientation of that Court, its “strong doctrine”. And if it originates from a Supreme Court, it becomes, historically and politacally, “regulative doctrine”. The essay is inspired by the speech in the Meeting “ARISTEC”, in honour of Manuel Jesus Garcia Garida, which took place in “Università Roma Tre” on 22nd and 23th February 2013.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'emergere del fenomeno “dottrina delle Corti”. — 3. La dottrina normativa. — 4. Il ruolo delle Sezioni unite. — 5. Confronto con la Costituzione della Repubblica Italiana. — 6. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

Fino alla metà del XIX secolo non si era ancora affermato nel linguaggio degli specialisti l'uso della parola “dottrina” come nome collettivo, a significare cioè l'attività dei dottori, ovvero l'insieme delle loro opere. In precedenza con questa parola si indicava uno specifico insegnamento, volta a volta risalente ad un giurista, oppure l'insieme delle decisioni, in modo in qualche modo equivalente al termine di “giurisprudenza”. Poi, appunto, l'assunzione del carattere di nome collettivo che significò la conclusione di una evoluzione e la formalizzazione consapevole del trinomio fondamentale dei fattori del diritto: legislazione, giurisprudenza, dottrina.

È vero anche che contemporaneamente l'espressione “giurisprudenza” veniva usata in quanto comprensiva dell'ambito concettuale di tutte tre le

(*) Presidente della III Sezione della Suprema Corte di cassazione.

predette espressioni formanti il trinomio, e quindi a significare, in modo sintetico, il diritto vivente. Tuttavia dalla metà dell'ottocento in avanti si può dire che si stabilizzò nel percorso delle idee, unitamente alla diversità delle rispettive missioni, l'essenzialità di ciascuno dei fattori che ho detto, legislazione, giurisprudenza e dottrina, a formare il diritto.

Conseguenza questa dello spazio sempre più grande che andava occupando la legge scritta, e dell'assottigliarsi di quello della consuetudine.

Ulteriore effetto fu il modo di atteggiarsi, storico e politico, dell'opera dei giudici. Chiamati a svolgere una funzione il cui presupposto era, ormai, *la legge fatta da altri*. Per definizione insomma, chiamati ad applicare la volontà un altro organo.

2. — *L'emergere del fenomeno "dottrina delle Corti"*.

Questo assetto impose di distinguere la funzione che si esplicita nella teorizzazione e nella sistemazione degli istituti portati dalle leggi (operazione inevitabilmente progettuale, condotta secondo la visione del singolo sistematore di un ordine giuridico complessivo), rispetto alla applicazione di una regola che per definizione è antecedente al caso da risolvere.

Con ciò intendo dire che l'avvento della legge, e quindi, più avanti, della legge ordinata secondo sistemi (quali i codici), impose la distinzione tra la dottrina, intesa quale formazione di opinioni sul contenuto e sulla logica del sistema normativo, e l'organizzare pratico ed immediato della vita associata realizzato attraverso la soluzione delle liti. Attività, questa, affidata a particolari giuristi pratici, come tali distinti, appunto dall'esercizio *autoritativo* della funzione del decidere.

Benché non sia mai stato possibile separare in modo netto i confini tra le due attività (la sistemazione teorica degli istituti e la loro applicazione al caso concreto), tuttavia proprio dalla metà dell'ottocento in avanti l'interpretazione giudiziaria iniziò ad assumere il carattere politico di fattore di crescita degli ordinamenti e di antidoto alla rigidità, ed alla immodificabilità, della legge scritta. Iniziò così, anche se meno avvertita, l'esperienza nuova di quella che oggi chiamiamo "dottrina delle Corti".

Nuova, anzitutto perché la dottrina non veniva più percepita derivante come in modo automatico dalle soluzioni portate dalle decisioni (si pensi alla *jurisprudence des arrêts*). Ma anche perché le decisioni, nel tempo, hanno assunto sempre di più una struttura processuale che ha posto le motivazioni, nate quali strumento di garanzia caratteristica di tutti i diritti basati sulla legge scritta, accanto o addirittura in luogo, della statuizione stessa. Cosicché, oggi, al punto in cui siamo di questo percorso spesso e non soltanto a proposito delle cosiddette delle sentenza trattato⁽¹⁾, ma, direi in via di principio, nella forma delle sentenze, tanto civili che penali, e non solo in quelle dei giudici supremi nazionali e sopranazionali, la motivazione della decisione ha finito con il l'assumere anche un carattere ulteriore a quello, che comunque conserva, di supporto della decisione: il carattere autonomo di *dottrina*.

Una dottrina diversa da quella fondata dalla funzione scientifica ed accademica, e dunque sull'essenziale strumento di libertà *tout court* che è la libertà dello scienziato. La libertà della ricerca è garanzia di libertà del pensiero della comunità che di quella ricerca verrà conoscenza. E che la utilizzerà nel cammino delle idee. Essa trae la sua legittimazione dalla mancanza di qualunque sua coattività. Cosicché viene accettata oppure non viene accettata.

La libertà dello studioso garantisce che la dottrina non possa mai essere coattiva. Perché il pensiero non s'impone.

3. — *La dottrina normativa.*

La cosiddetta "dottrina" di una Corte, così come sommariamente descritta, oggettivamente è affermazione autoritativa come il deciso, perché è il ragio-

⁽¹⁾ Si pensi a Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500. La sentenza si può leggere, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1367, con nota di A. DI MAJO e V. MARICONDA, *Risarcibili per la Cassazione gli interessi legittimi*; in *Contratti*, 1999, p. 869, con nota di L.V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema ancora aperto*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 949, con nota di E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*; in *Giur. it.*, 2000, p. 21, con nota di L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; ed *ivi*, p. 1380, con nota di F.G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*

namento che spiega la soluzione adottata. Dunque se esce dall'ambito che la naturale razionalità della decisione le affida, essa diventa in via di principio l'indirizzo generale di quel giudice, forte perché usa la forza della legge che spetta al deciso, forte perché si impone come il deciso e va ben oltre il pur latente pericolo di apologia della decisione.

Diventa qualcosa di sconosciuto alla libertà del pensiero. *Diventa dottrina forte*. Se viene da una Corte Suprema, diventa storicamente, politicamente, dottrina normativa.

Penso in questo momento, a quello splendido documento giuridico che è la sentenza della Corte di cassazione n. 16754 del 2012⁽²⁾, che in qualche modo legittima la percezione collettiva della nozione di un diritto a nascere sano, e, dunque al risarcimento per il fatto di essere nato non sano. Da riconoscere, peraltro, anche a chi, ad onta di detto diritto, è nato e vive senza essere sano. In un sistema nel quale la persona, l'esser persona, dunque la nascita, è il presupposto di ogni diritto.

Dunque un diritto da affermarsi in base ad una valutazione virtuale, che la sentenza, per riconoscere, deve, forse, lo dico con umiltà, essa stessa fondare.

Questa è una dottrina per la sua struttura logica. Perché ipotizza, confrontata, sceglie una costruzione che porta al deciso. E mette nel circuito delle idee una idea, certo, ma forte. Perché, quanto al caso che regola, non ammette dialettica che non quella delineata dalla Corte che ne è l'autrice. Essa è in questo senso, dottrina autoritativa.

4. — *Il ruolo delle Sezioni Unite.*

Non mi pare che la norma dell'art 374 c.p.c. comma terzo, nel testo introdotto dall'art. 8 del d.lgs. n. 40 del 2006, interferisca con il fenomeno che

⁽²⁾ Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro it.*, 2013, I, c. 181; in *Corr. giur.*, 2013, p. 45, con nota di P.G. MONATERI, *Il danno a nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 175, con nota di E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Danno e resp.*, 2013, p. 139, con nota di S. CACACE, *Il giudice rottamatore e l'enfant préjudice*; in *Contratti*, 2013, p. 563, con nota di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*.

mi par di vedere. La legge oggi, stabilisce che «Se la sezione semplice (ndr della Corte di cassazione ovviamente) ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Infatti, anzitutto, l'osservazione che sto svolgendo riguarda la motivazione di una decisione, e dunque la possibilità che essa assuma una forza, per così dire, "normativa", senza di necessità decidere il caso concreto, in modo difforme da una sentenza Sezioni unite su caso analogo, ovvero in assenza di una antecedente decisione delle stesse. Ma soprattutto proprio le Sezioni Unite della Cassazione, a loro volta, possono dare luogo a decisioni adottando motivazioni del tipo che cerco di descrivere.

A questo punto il problema sarebbe spostato di piano, ma resterebbe tale, beninteso se esso è configurabile come tale. Insomma la finalità organizzativa del possibile disordine della Corte di cassazione, esplicitata dalla norma in questione, impeditiva di un contrasto tra sezione semplice e sezioni unite, non può impedire l'uso della motivazione di una decisione come "dottrina", nel senso che qui rileva. Meno che mai, poi, da parte di un giudice del merito.

5. — *Confronto con la Costituzione della Repubblica Italiana.*

Il fenomeno, per quel che ci riguarda, deve essere confrontato con il sistema giudiziario italiano, governato dall'art. 101 della Costituzione, che ne contiene e ne disegna i caratteri e le peculiarità.

I giudici sono soggetti soltanto alla legge, dice l'art 101. Una norma terribile, per la sua caratura utopistica e per la sua modernità. È certamente utopistico promettere ai cittadini che i giudici che si occuperanno della loro libertà o loro beni, in una parola dei loro diritti, saranno sempre tanto "altro da sé" da risultare in ogni caso interpreti, anche creativi, ma tuttavia della legge, cioè di una volontà politica più alta della decisione giudiziaria. Ma è assai moderno promettere che la dipendenza dalla legge funzioni come antidoto all'arbitrio del giudice e mantenga la sovranità del legislatore.

La dipendenza dalla legge ha due facce. Nega che altri che non il giudice

possa “dire” il contenuto della legge, ma vieta al giudice di mettere la sua volontà al posto di quella del Parlamento. Perciò si insegna che la sentenza non è un atto di volontà, ma anzitutto, di scienza, di accertamento. Essa dice cosa è la legge, perciò decide.

Il rapporto con la politica è in questo comando della costituzione. Non si può dire che siccome il giudice dipende solo dalla legge egli perciò può amministrare il suo potere come crede, e chi non è d'accordo con la sentenza può fare appello. Non è, insomma, solo, un problema di garanzie di difesa. Vi è la necessità di una cornice più ampia di quella del processo, quella della responsabilità del giudice. Responsabilità politica, non certo la volgarità della responsabilità civile, come viene talvolta inteso.

I singoli poteri di cui dispone il giudice sono strumenti per l'accertamento dialettico della verità. Non per affermare una tesi. Il giudice deve rammentare che è la prova che decide. E deve usare i suoi poteri per cercarla, non per adoperarne la forza.

Mi spiego. Il giudice, o il magistrato del pubblico ministero che sia, amministra un potere che fonda su un grado enorme di opinabilità. Solo chi ignora tutto della applicazione della legge può pensare al processo come ad un meccanismo in cui ogni esito è prevedibile, magari in base ai precedenti. Qualunque tesi ha la sua antitesi. E nessuna soluzione è certa perché nessuna posizione espressa da un avvocato è censurabile in anticipo, nemmeno sul rilievo che essa è stata altre volte disattesa. Il diritto vivente cambia con la cultura, con l'economia, con la politica. Emergono sempre questioni nuove su principi antichi. Allora la fedeltà alla legge non si misura sulla base dell'esito delle singole decisioni, o sul loro contenuto, oppure sul fatto che esse siano state, oppure no, cambiate al giudice della impugnazione. Si misura sulla professionalità del magistrato. La dipendenza dalla legge impone gli si riconosca libertà nel decidere, ma applicando la legge in modo professionalmente adeguato. Solo così la opinabilità inevitabile delle cose giuridiche, e di quelle giudiziarie in particolare, si può differenziare dall'arbitrio personale. Inaccettabile per quanto animato dalla migliori intenzioni. Solo l'impiego di una professionalità come tale controllabile, giustifica, storicamente, che il giudice possa anche concludere che la legge, oggi, dice cose diverse da quelle che si riteneva dieci anni.

Oppure che due giudici dicano cose opposte sullo stesso problema.

Aggiungo che solo la accettazione concreta da parte dei magistrati del controllo sulla loro professionalità, ben diverso da quello processuale sui singoli provvedimenti, può rendere credibile il processo come strumento neutrale. E giustificare la esigenza di dare al paese ciò che oggi esso non ha, un processo civile ed un processo penale che non servano solo a dare lavoro inutile agli addetti.

Allora il pericolo al quale porta anche ma non solo il conflitto tra magistratura e politica è che i magistrati si chiudano nella autoreferenzialità di una giurisprudenza senza dottrina, perché fondata sulla dottrina delle Corti. Che, insomma, il circuito dottrina giurisprudenza si interrompa. Che la giurisprudenza finisca con autoalimentarsi di sentenze che si stratificano.

Diventando, così, dottrina è vero, ma per la forza della sentenza.

6. — *Conclusioni.*

Si pensi alla terribile vicenda delle impugnative in Corte di cassazione per vizio di motivazione. Può accadere di tutto nel mondo della giustizia quando l'esigenza è quella dello "smaltimento". Termine che si usa anzi si usava per altro materiale che non i diritti. Può accadere anche di affermare come soluzione di ogni problema l'esclusione, appunto, della censura di legittimità alla motivazione del giudice del merito.

Ritengo inutile combattere contro gli stereotipi. Soprattutto contro gli stereotipi più stupidi e più incolti. Non sarebbero stereotipi se fossero cose intelligenti, e dunque vissuti ogni volta che fossero ripetuti. A mio avviso il controllo sulla motivazione ovvero il controllo sulla correttezza giuridica della sentenza e quindi delle opportunità giuridiche e processuali dei suoi passaggi, e sulla chiarezza della relazione tra decisione e legge, sono un momento alto del lavoro della Corte di cassazione. Che rischia di diventare giudice di terzo grado invece che custode della unità del diritto nazionale, se si limita ovvero se viene costretta a limitarsi dallo strabiliante numero di cause che costretta, appunto, ad affrontare i ricorsi come fossero nemici e quindi a smaltirli, verifi-

cando la astratta correttezza della soluzione giuridica. Tratta, magari, dal giudice del merito attraverso un assemblaggio di massime della cassazione. Mentre, in un sistema ordinato a “cassazione”, ovvero ad espulsione dal mondo del diritto di una sentenza irregolare, finezza giuridica del giudice del merito è indicare attraverso la sottolineatura dei fatti rilevanti la avvenuta individuazione degli elementi della fattispecie concreta alla quale intende riferirsi. Quindi delicatezza del lavoro del giudice di cassazione è individuare attraverso questa sottolineatura del fatto, la relazione legge-decisione, che l’art. 101 Cost. pretende.

È acquisizione che io credo non possa essere ancora discussa quella secondo la quale la ineliminabile indeterminazione dei concetti legislativi comporta sempre scelte interstiziali da parte del giudice. Scelte che pertanto non possono che avere, sempre, carattere politico.

La dialettica del foro in questo quadro risulta omogenea a quella democratica (lo insegnava la scuola di Vienna) perché riposa sull’autorità delle Corti, non sulla autorità della dottrina delle Corti.

La dialettica del processo resta democratica se si riferisce a dottrine vere, tra loro liberamente contrappone perché nessuna di esse è “dottrina laureata”, mi piace dire così, ovvero dotata di un crisma di ufficiale definitività che le deriva dall’essere essa stessa decisione.

La legittimazione democratica del giudice, nel cambiamento e nella modernità che la storia oggi ci impone, è quella del caso concreto. Il potere delle Corti è inevitabilmente espansivo perché la ricchezza dei fatti è superabile da qualunque legge. Che per essere attendibile non può che essere, ci ha insegnato Kelsen, che «indeterminata entro certi limiti». La legge sconta l’instabilità della giurisprudenza perché sconta l’instabilità della realtà. Allora la giurisprudenza non può aspirare a quella stabilità alla quale naturalmente, invece, aspira la creazione progettuale dello studioso. Il quale ogni volta che disegna un sistema evidentemente immagina un meccanismo potenzialmente duraturo.

La dottrina delle Corti, se ancora dobbiamo fare riferimento a questa espressione, deve essere coerente al momento nel quale nasce. Solo a quel momento, che deve registrare e regolare.

ANTONIO PALAZZO (*)

OMOAFETTIVITÀ E *JUS* IN ITALIA E IN EUROPA

ABSTRACT: The essay upholds the necessity of a legal regulation of homosexual relationships similar to the traditional unions' one. The analysis of psychological studies of the most important Schools demonstrates that all enough stable relationships are based on the capability to love, independently of the sexual orientation of individuals. The aforesaid orientation shall never represent an element of discrimination (art. 3, Italian Constitution). Basically, it is the degree of the achieved affective maturity to attach legal significance to the union which, on these basis, shall have a suitable and increasing protection within private law.

SOMMARIO: 1. Rapporto omoaffettivo e problema del suo riconoscimento legislativo. — 2. Tendenza dello Stato ad invadere la sfera umana dei sentimenti e tutela dell'intimità. — 3. Matrimonio e famiglia tra Costituzione e codice civile. — 4. Omoaffettività e psicologia analitica freudiana. — 5. Costituzione dell'omoaffettività e ricerche della Scuola junghiana. — 6. Momento d'incontro degli omoaffettivi. — 7. Storia della validità giuridica del matrimonio. — 8. Progetti italiani di iniziativa parlamentare per regolare le convivenze. — 9. *Civil partnership* inglese quale matrimonio per gli omoaffettivi. — 10. *Partnerskab* degli ordinamenti scandinavi ad uso delle coppie omoaffettive. — 11. *Lebenspartnerschaften* con esclusione delle convivenze eterosessuali nel sistema tedesco. — 12. Matrimonio, convivenza e possibile reciprocità della loro conversione in Olanda. — 13. PACS francesi. — 14. Riflessione sui caratteri della inderogabilità delle clausole dei PACS. — 15. Convivenze, matrimonio omoaffettivo e incongruenze nell'ordinamento della Spagna. — 16. Lettura unificata dei modelli di unione omoaffettiva e capacità di amare.

1. — *Rapporto omoaffettivo e problema del suo riconoscimento legislativo.*

Chi vuole prepararsi ad affrontare il problema del diritto delle coppie omosessuali al matrimonio si ritrova prima dinanzi alla conclusione della Corte Costituzionale (sentenza n. 138 del 2010), secondo cui «spetta al Par-

(*) Accademico dei Giusprivatisti Europei, Università degli Studi di Perugia. Progetto "IR&RI - Individual Rights and Regional Integration"; Progetto Jean Monnet Modules 2013/2016 "Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments", finanziati dall'Unione Europea, EACEA, nell'ambito del Programma Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

lamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze nn. 559/1989 e 404/1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione delle coppie coniugate e quella delle coppie omosessuali, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza»⁽¹⁾.

Passati tre anni il Presidente onorario del Comitato Nazionale per la Bioetica conclude viceversa le sue riflessioni sul tema affermando: «compito del giurista è mostrare che il problema dell'omosessualità non è una questione di diritto. È un vistoso problema sociologico, ma non è un problema giuridico: farlo rientrare a forza nelle categorie del diritto è una violenza nei confronti del diritto stesso. Non c'è alcun dubbio: hanno profondamente ragione gli omosessuali quando sottolineano in quali e quante maniere si sono attivate in passato – e possono continuare ad attivarsi ancora oggi nei loro confronti – dinamiche giuridiche di emarginazione e di strumentalizzazione. Queste dinamiche vanno combattute, ma non creando dinamiche giuridiche alternative, bensì realizzando “spazi liberi dal diritto”, spazi cioè che non qualificano giuridicamente le persone, ma all'interno dei quali tutti – e non solo gli omosessuali – possano essere ciò che sono. Hanno torto quegli omosessuali che si ostinano a non accettare il dato antropologico secondo cui l'omosessualità appartiene a una di quelle numerose (e a volte drammatiche) dimensioni di mera fattualità che caratterizzano sì l'esistenza umana, ma che il diritto è impotente a gestire e regolamentare, perché si

⁽¹⁾ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1701. Ma già forti richiami al legislatore erano stati fatti, in ordine alla regolamentazione delle convivenze in generale, dalla dottrina civilistica: A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto? Atti del Convegno tenutosi all'Università di Roma Tor Vergata il 3 dicembre 1987*, Napoli, 1988, p. 51 ss.; e in un successivo incontro di studi, organizzato nell'Università di Roma Tre, il 19 maggio 2000, da A. Zoppini, *Tentativo d'inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, spec. p. 15, ed in ordine alle convivenze omoaffettive cfr. gli studi coordinati da F. BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, (Mimesis) Milano-Udine, 2008.

tratta di dimensioni che hanno un carattere e una valenza pregiudiziale e soprattutto extra-giuridica. Il tentativo di far entrare a forza il diritto entro ambiti che non gli competono è prova della forza di una illusione tanto pericolosa quanto ricorrente: quella per la quale la qualità della esistenza umana dipenderebbe da una sempre più pervasiva giuridificazione»⁽²⁾.

Dunque mentre la Corte auspica che il Parlamento individui forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, l'autorevole esperto che per anni ha presieduto il Comitato Nazionale di Bioetica cerca di convincere ad evitare quella che definisce «una sempre più pervasiva giuridificazione» che, fatta eccezione per l'Italia, ha trovato invece, e non soltanto in Europa, forme a volta corpose di legalità⁽³⁾.

Un Maestro di filosofia del diritto⁽⁴⁾ recensendo l'opera di un Maestro del diritto che scrive di metodologia⁽⁵⁾, apprezza che quest'ultimo abbia detto di «avere per compito di scoprire la verità su cui si fonda il mondo umano della storia e perciò è soprattutto il mondo del diritto. Solo a questo patto la scienza è scienza». E continua: «La scienza del diritto deve avere in sé, ed essere cosciente di avere in sé qualche cosa di certo, di vero, di assoluto, altrimenti non è scienza: in quanto ha questo qualche cosa, essa, se si vuole è filosofia. Ma alla cosiddetta filosofia del diritto, che funzione rimane? Intanto la filosofia deve andare a scuola dalla scienza del diritto così intesa, con una umiltà che chi scrive crede sia la più urgente virtù che essa deve acquistare. Ma non ha essa un suo problema? Certo: in questo mistero che è la vita del concreto non sono certo i problemi che mancano! Se non lo avesse, non sarebbe nata e si sarebbe risolta nella scienza».

Entrambi scrivono all'inizio degli Anni Quaranta e quindi prima della

⁽²⁾ F. D'AGOSTINO, *Sessualità, omosessualità e diritto*, in F. D'AGOSTINO e G. PIANA, *Io vi dichiaro marito e marito. Il dibattito sui diritti delle coppie omosessuali*, (Ed. San Paolo) Cinisello Balsamo-Milano, 2013, p. 135 ss.

⁽³⁾ È la legge inglese, *Civil Partnership Act*, entrata in vigore il 5 dicembre 2005, che si distingue per completezza risultando la regolamentazione con contenuti eguali a quelli del matrimonio eterosessuale.

⁽⁴⁾ G. CAPOGRASSI, *Leggendo la «Metodologia» di Carnelutti*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1940, I, p. 22 ss.

⁽⁵⁾ F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939.

Costituzione repubblicana che enuncerà i principi fondamentali del diritto di famiglia, ma i termini del problema non cambiano perché il Maestro di filosofia del diritto ha chiaro già allora che «difficilissimo è il compito della scienza del diritto costituzionale: in sostanza si tratta di arrivare all'intimo punto dell'esperienza in cui vecchio e nuovo si uniscono: si tratta di arrivare, attraverso la realtà imprescindibilmente composita all'unità»⁽⁶⁾.

Ma attenzione ad estendere le regole del diritto civile patrimoniale al diritto civile delle persone⁽⁷⁾ perché in questa rigidità dommatica è incorso il Maestro del diritto quando ha trattato dell'obbligo di fedeltà dei coniugi, riconducendo il diritto all'esclusività sul corpo di chi ha tradito, ad un diritto reale⁽⁸⁾.

Circa dieci anni dopo l'altro Maestro di formazione romano-civilistica in un famoso saggio concludeva che «esigenze morali, igieniche, politiche ripugnano con l'ammissibilità di diritti sulla persona propria e sull'altrui, intesi soprattutto in quella pienezza di godimento e di disposizione che dà il diritto di proprietà» e facendo riferimento al rapporto di lavoro spiega che «chi lavora per conto di un altro, lascia che quest'altro faccia un certo uso della sua persona, *certo uso* che si ottiene non col possesso e con la detenzione della persona ma con la *condotta che questa si è obbligata a tenere (...)* in favore dell'utente»⁽⁹⁾.

Passeranno cinquant'anni ed altro civilista romano spiegherà che stare insieme supera la mera logica dell'abitudine al rapporto coniugale e «finisce per divenire un valore ed in tal senso *la fedeltà*, o meglio *la lealtà*, è un valore, perché essa vuol dire, appunto, continuità di vita affettiva, al di là delle riduttive opinioni in chiave di esclusività sessuale»⁽¹⁰⁾. Infatti scriveva Montaigne

⁽⁶⁾ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, p. 318.

⁽⁷⁾ È la distinzione raccomandata da A.C. Jemolo, nella sua lezione catanese del 1949, *La famiglia e il diritto*, ora in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, a cura di L. Scavo Lombardo, Milano, 1957, p. 222.

⁽⁸⁾ F. CARNELUTTI, *Separazione per accordo tra i coniugi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, II, p. 153 ss.

⁽⁹⁾ F. VASSALLI, *Del jus in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore, ovvero la dogmatica ludrica*, (Ed. C. Bardi) Roma, 1944, spec. p. 131 ss.

⁽¹⁰⁾ F. GAZZONI, *Amore e Diritto, ovvero i diritti dell'amore*, Napoli, 1994, p. 198.

«la pietra di paragone di un buon matrimonio e la sua vera prova consiste nel tempo che la società dura; se essa è stata costantemente dolce, leale e facile»⁽¹¹⁾.

La tendenza del potere politico, e della cultura che lo prepara, a invadere, per regolamentarla, la natura stessa della persona umana è sempre attuale.

Basti pensare alla legge vigente nella Cina di oggi che regola il numero di figli da procreare per ogni famiglia⁽¹²⁾ e all'idea di *gender*, che significa abbandonare la logica della sessualità e della diversità di genere maschio/femmina per indirizzare il legislatore a regolamentare i fatti umani con l'idea di unicità del genere⁽¹³⁾.

La Corte Suprema degli Stati Uniti inizierà ad aprile 2015 l'ascolto delle parti ricorrenti per decidere se pronunciarsi sull'esistenza di un diritto costituzionale al matrimonio tra soggetti omosessuali. Già 36 Stati dell'unione l'hanno ammesso, e i ricorrenti attuali appartengono a 14 Stati, che lo considerano illegale, come Michigan, Ohio, Tennessee e Kentucky.

Il filosofo del diritto che nel secolo ventesimo ha costruito la dottrina pura del diritto e sistemato gerarchicamente le fonti del diritto positivo ha lasciato un saggio dove tratta dell'omosessualità⁽¹⁴⁾. Conoscitore profondo del giusnaturalismo, che però ritiene assolutamente irrilevante per la validità del diritto positivo⁽¹⁵⁾, egli guarda la specialità dell'omosessuale nel pensiero platonico in tema di amore umano.

Kelsen arriva a Platone attraverso il suo amico Freud che lo aveva invitato a tenere una conferenza sulla psicologia delle masse dove l'oggetto della

⁽¹¹⁾ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, II, a cura di F. Garadini, (Adelphi) Milano, 1982, p. 986.

⁽¹²⁾ Cfr. l'articolo apparso su *l'Espresso*, dicembre 2014, p. 41, *I figli si possono fare ma non si fanno*.

⁽¹³⁾ J. BUTLER, *Undoing gender*, Routledge, 2004, trad. it. di F. Zappino, *Fare e disfare il genere*, con Prefazione di O. Guaraldo, (Ed. Mimesis) Milano-Udine, 2014, spec. p. 103 ss.

⁽¹⁴⁾ H. KELSEN, *L'amor platonico*, con introduzione all'edizione italiana di C. Tommasi, (il Mulino) Bologna, 1985. L'opera fu pubblicata nel 1933: *Die platonische Gerechtigkeit*, in *Kant-Studien*, XXXVIII (1933).

⁽¹⁵⁾ H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, *Appendice a Teoria generale del diritto e dello Stato*, ed. it., (Ed. Comunità) Milano, 1952, p. 423 ss.

ricerca del filosofo del diritto è «stabilire se e in che misura questo tentativo di determinare psicologicamente la realtà sociale possa essere realizzato con profitto in rapporto al concetto e alla natura dello Stato: se, cioè, lo Stato possa essere inteso come una massa psicologica, provvista della stessa struttura su cui ha fatto luce la psicanalisi freudiana»⁽¹⁶⁾.

Ora, mentre per Freud la struttura psichica di questa massa è una struttura di soggetto, per Kelsen viceversa va considerata come la somma di tante psicologie individuali.

Kelsen sostiene che la massa organizzata si trasforma in Stato cioè in ordinamento giuridico ed in questo passaggio da massa a Stato il legame libidico si trasforma in legame normativo e, nella coscienza degli individui, una idea astratta si sostituisce alla rappresentanza di una persona concreta (il capo). Ciò che rimane di questo processo è solo l'insieme delle norme prodottesi di volta in volta dai comportamenti individuali⁽¹⁷⁾.

Kelsen tratta quella evoluzione del pensiero di Platone dalla concezione dello Stato retto dai filosofi e della loro amicizia con i giovani che formano all'*ars politica* in questo periodo, da una considerazione della superiorità dell'amicizia maschile su quella eterosessuale⁽¹⁸⁾; alla diversa concezione che

⁽¹⁶⁾ H. KELSEN, *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse, in Imago*, VIII (1922), pp. 97-141 [trad. it. *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, in H. KELSEN, *La democrazia*, (il Mulino) Bologna, 1981, pp. 387-437].

⁽¹⁷⁾ H. KELSEN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁸⁾ *Le Leggi*, Libro IV, Capitolo 11, 720 E, 721 A, 836 A-B, 837 C-D; XIV, 4, 712; XVIII, 837, B-D; XIX, 873, C.

Sul pensiero di Platone in relazione all'eros, cfr. L. Robin, *La théorie platonicienne de l'Amour*, Paris, 1964, trad. it. di D. Gavazzi, con prefazione di G. Reale, (CELUS) Milano, 1973.

Le fonti più citate da Kelsen prima dell'evoluzione segnata da *Le Leggi* sono, nell'ordine delle note, le seguenti: *La Repubblica*, II, 10, 368; VI, 18, 506-507; VIII, 5, 549-550; IX, 4, 577; IX, 1, 571-572; V, 14, 468; V, 19, 474; V, 14, 468; III, 12, 403; V, 3, 452. *Simposio*, XXIII, 203-204; X, 183; IX, 181-182; XVIII, 195; XXXII, 215; XXIV, 219; XI, 184-185; XIII, 188; XV, 191; XVI, 191-192-193; XVIII, 195; XIX, 196-197; XXII, 201-202; XXIV, 205-206; XXVI, 207; XXVII, 208-209; XXVIII, 210; XIX, 211. *Timeo*, XVIII, 50; XIV, 41-42; XLIV, 90-91. *Fedro*, XXXVII, 256. *Liside*, I, 203; II, 207; XVII, 222; X, 213; X, 214; XVII, 221; XIV, 217; XIII, 216; XIV, 218; XVIII, 222; XVI, 219. *Gorgia*, XLVII, 492-493. *Fedone*,

ha da vecchio, e dopo le sue visite a Siracusa, della direzione dallo Stato che viceversa va affidata ai politici, e della superiorità della istituzione matrimoniale con un disprezzo per l'amicizia omosessuale pensando addirittura di tassare i celibi⁽¹⁹⁾.

È quasi superfluo aggiungere che la concezione di società e Stato in Kelsen gli fa definire l'*eros* come libido omosessuale quale asociale, poiché se si affermasse come norma positiva finirebbe con l'impedire la sopravvivenza della società.

2. — *Tendenza dello Stato ad invadere la sfera umana dei sentimenti e tutela dell'intimità.*

Il problema della ammissibilità di una valutazione degli atti della vita spirituale o psichica da parte del potere statale è antica, ma è stata affrontata con maggiore profondità ed attenzione alle esigenze fisiche o psichiche del cittadino dopo lo sviluppo della psicologia analitica⁽²⁰⁾.

Si è sentito innanzitutto il bisogno di guardare il problema attraverso la storia dei meccanismi di repressione⁽²¹⁾. Scrive Foucault che «questo pre-

XXIII, 82; XIII, 68; IX, 64; XII, 67; X, 65; XXXIII, 83; XXVII, 79; XI, 66-67; XXIX, 80; XXX, 81; XXV, 79; X, 65; XI, 65; XI, 66-67; XXII, 76-77.

⁽¹⁹⁾ Il legislatore fascista ne prese l'idea per la sua politica demografica (r.d. 13 febbraio 1927, n. 124). D'altra parte, il potere gerarchico si serviva della discriminazione sessuale per liberarsi di avversari politici accusati di omosessualità, che venivano internati in manicomio o relegati al confino: cfr. P. DOGLIANI, *Omosessualità*, in *Dizionario del fascismo*, a cura di V. de Grazia e S. Luzzatto, II, (Einaudi) Torino, 2003, p. 264 s.; ma v. anche C. ISPEN, *Celibato (imposta di)*, in *Dizionario del fascismo*, cit., I, 2002, p. 260 s.

⁽²⁰⁾ M. FOUCAULT, *Precisazioni sul potere*, in *Discipline, Poteri, Verità. Detti e scritti*, (Marietti) Genova-Milano, 2008, pp. 93 ss., 147 ss.

⁽²¹⁾ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I, 14^a ed., (Feltrinelli) Milano, 2009, p. 102 ss.; G. ROMEO, *Amori proibiti. I concubini tra Chiesa e Inquisizione*, Roma-Bari, 2008, spec. pp. 21 ss., 31 ss. e 120 ss.; L. PALAZZANI, *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius. La questione del concepimento*, Torino, 1998, pp. 228 ss. e 275 ss.

Ma ancora, nel XVIII secolo, C. Secondat di Montesquieu, ha riguardo alla sanzione piuttosto che alla condizione della persona omosessuale (*Lo spirito delle leggi*, I, Torino, 1965, pp. 114 e 331); J. BENTHAM, *Offences against One's Self: Pederasty* (1785), pubblicato in *Journal of*

suppone due rotture. Una nel corso del diciassettesimo secolo: nascita delle grandi proibizioni, valorizzazione della sola sessualità adulta e matrimoniale, imperativi di decenza, elusione obbligatoria del corpo, riduzione al silenzio e pudori imperativi del linguaggio; l'altra, nel ventesimo secolo, più che rottura, in realtà inflessione della curva: è il momento in cui i meccanismi della repressione avrebbero cominciato ad allentarsi; si sarebbe passati da diritti sessuali rigidi ad una relativa tolleranza nei confronti delle relazioni prematrimoniali o extramatrimoniali; il discredito nei confronti dei "perverti" si sarebbe attenuato, la loro condanna da parte della legge sarebbe stata parzialmente cancellata; si sarebbero tolti in buona parte i tabù che pesavano sulla sessualità dei bambini»⁽²²⁾.

È con il diciottesimo secolo che nasce una tecnologia del sesso completamente nuova «perché senza essere realmente indipendente dalla tematica del peccato, sfuggiva nell'essenziale alla istituzione ecclesiastica». E si aggiunge che «per il tramite della pedagogia, della medicina e della economia, essa faceva del sesso non solo un problema laico ma un problema di Stato; meglio, un problema in cui l'intero corpo sociale, e quasi ciascun individuo, erano chiamati a porsi sotto sorveglianza»⁽²³⁾.

La presenza di Napoleone ai lavori preparatori del *Code civil* ed i suoi interventi in tema di matrimonio e divorzio sono il caso più noto della volontà di Stato diretta alla regolamentazione delle masse: «è il sindaco che celebra il matrimonio» e lo «pronuncia in nome della legge concludendo che gli atti di nascita matrimonio e decesso sono "sacramenti civili"» conferiti in nome della legge⁽²⁴⁾.

Homosexuality, vol. III, 4 e vol. IV, 1 (1978), viceversa ritiene falso il liberalismo continentale degli Idéologues e accusa gli Stati che hanno sanzionato l'omosessualità di violare i diritti di libertà ignorando che l'omosessualità è sempre esistita ed è un pretesto ritenerla contraria alla necessaria attenzione dello Stato per la procreazione.

⁽²²⁾ M. FOUCAULT, *opp. loc. citt.*

⁽²³⁾ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I, cit., p. 103.

⁽²⁴⁾ R. SAVATIER, *L'Art de faire les lois. Bonaparte et le Code civil*, (Daloz) Paris, 1927.

L'influenza del *code civil* sull'evoluzione della codicistica civile italiana, è stata trattata con analisi storica assai pregevole da G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, pp. 80 ss., 314 ss. e 335 ss.

Gli studiosi tedeschi del problema del potere dello Stato sulla regolamentazione degli atti di sentimento, che non possono sottostare alle leggi del potere, ricordano che «i padri del codice civile (e che questo figlio abbia solo padri non è certo un caso) commemoravano il matrimonio, ancora verso la fine del secolo diciannovesimo, quando già c'era chiaramente crisi nella famiglia, come una istituzione che si librava molto in alto, fondata in sé, che in particolare anche i coniugi stessi non devono scuotere e criticare». E riporta il testo del *Motive zum BGB*, V⁽²⁵⁾: «In conformità con la generale visione cristiana (...) nel diritto matrimoniale (...) non deve dominare il principio della libertà individuale, ma il matrimonio deve considerarsi come un ordinamento morale e giuridico indipendente dalla volontà dei coniugi»⁽²⁶⁾.

E i tedeschi sono stati gli ultimi in Europa ad avere un codice civile, legati come sono stati per più tempo alla esigenza del Digesto dove dominano formule come «dominus membrorum suorum nemo videtur» (D. 9, 2, 13) e «liberorum corpus aestimationem non recipiat» (D. E, 9, I).

E se la visione soggettiva del diritto di Savigny arriva a giustificare la libertà di disposizione del corpo sino ad ammettere il suicidio, viceversa, tutte le volte che deve affrontare il problema delle regole della patologia del matrimonio diviene statualista come in tema di incapacità all'unione sessuale segnata dai casi di *impotentia coeundi e generandi*⁽²⁷⁾.

Hegel⁽²⁸⁾, filosofo suo contemporaneo che l'ha pure influenzato, afferma: «poiché il matrimonio è solo l'idea etica immediata e, quindi, ha la sua realtà oggettiva nell'intimità del sentimento soggettivo, consiste in ciò la prima accidentalità della sua esistenza». E aggiunge: «quanto poco può aver luogo una violenza per unirsi in matrimonio, tanto poco peraltro, c'è un vincolo

⁽²⁵⁾ *Motive zum Bürgerliches Gesetzbuch*, V, p. 562.

⁽²⁶⁾ U. BECK e E. BECK-GERNSHEIM, *Das ganz normale Chaos der Liebe*, (Suhrkamp Verlag) Frankfurt a.M., 1990, trad. it. A. Bossari e F. Frontini, *Il normale caos dell'amore*, (Bollati Boringhieri) Torino, 2008, pp. 14 e 117 ss.

⁽²⁷⁾ F.C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, (Bei Veit und Comp.) Berlin, 1840, I, § 53.

⁽²⁸⁾ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di F. Messineo, (Laterza) Bari, 1954, § 176, p. 159.

soltanto giuridico e positivo, che abbia il potere di tenere uniti i soggetti nei sentimenti e negli atti, nati avversi e ostili». E conclude, per affermare la necessità dell'intervento dello Stato, quando il rapporto entra in crisi: «ma occorre una terza autorità etica, che tenga fermo il diritto al matrimonio, della sostanzialità etica, di fronte alla mera opinione di tale principio e alla accidentalità della disposizione d'animo, semplicemente temporale etc.; che distingua questa dall'estraneità totale e constati quest'ultima per potere, soltanto in tal caso, sciogliere il matrimonio». Distinzione che non è sfuggita a Thomas Mann ⁽²⁹⁾: «se il matrimonio non fosse altro che “il congiungimento di due persone di sesso diverso per il reciproco possesso, vita natural durante, dei loro attributi sessuali”» come ebbe a definirlo – con orribile mentalità di scapolo – Immanuel Kant, «esso non avrebbe certo mai dimostrato quella forza di resistenza individuale e istituzionale che ai giorni nostri ha tante occasioni di dar prova di sé. Definizioni come questa sembrano dar ragione alla massima che quanto vi è di più brutale è proprio l'astrattezza». E Mann continua: «più fini, più esperte sono le definizioni di Hegel: ispirate da tutta quella prudenza che è assai opportuna al cospetto di una realtà così intima, così multiforme, così degna di religioso riguardo». E conclude: «Hegel è così delicato da non considerare il matrimonio un rapporto giuridico, fin quando dura. Nel matrimonio, afferma Hegel, il diritto entra in campo solo quando la famiglia è già in procinto di sciogliersi e i suoi membri stanno per tornare indipendenti» ⁽³⁰⁾.

I poteri dello Stato, per la regolamentazione dei diritti della personalità dei privati, ora non sono più quelli del tempo dell'Europa dei codici, ma hanno subito un ridimensionamento segnato con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico.

In particolare nello Stato costituzionale pluralista si riscontra il riconoscimento dei diritti fondamentali attraverso una visione della persona umana, che comprende un'ampia considerazione della sua complessità fisico psichica.

⁽²⁹⁾ T. MANN, *Sul matrimonio*, trad. it. di I. Chiusano, (Es) Milano, 1994, p. 36.

⁽³⁰⁾ I passi di Hegel sono da G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, loc. cit.; quelli di Kant sono da I. KANT, *Metafisica dei costumi. Diritto privato*, Cap. II, § 24 ss., (Ed. Bompiani con testo a fronte) Milano, 2006, p. 159 ss.

Se i contenuti normativi dell'art. 5 c.c. si limitano a tracciare con approssimazione i confini tra il legale ed il naturale della corporeità, le norme costituzionali, a cominciare da quella centrale dell'art. 3, si fondano sulla pari dignità dei cittadini rispettandone la diversità.

L'espressione «sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso (...)», che passa prima nell'ordine le qualità dei soggetti delle specie sessuali nella categoria «cittadini», va considerata quale contenuto di una norma primaria, rispetto a quella della previsione delle formazioni sociali che sono poste al servizio dei titolari dei diritti.

Ed infatti questa interrelazione tra diritti e formazioni sociali è espressa nell'art. 2 premettendo i primi quali «diritti inviolabili dell'uomo» e le seconde quali strumenti «ove si svolge la personalità» di quelli.

3. — *Matrimonio e famiglia tra Costituzione e codice civile.*

I lavori della costituente italiana segnano, nel momento finale che seguì alla conclusione della discussione generale, e prima di procedere allo svolgimento degli emendamenti, la presentazione dell'ordine del giorno di un costituzionalista con notevoli esperienze legislative, secondo cui «tutti gli articoli del Titolo Secondo non debbano essere inseriti in una carta costituzionale»⁽³¹⁾.

E questo «sia perché mancano di un effettivo contenuto normativo (...) sia perché invadono campi riservate alla competenza legislativa ed attualmente regolati dai codici».

Aggiungeva l'inutilità di altre affermazioni «come quella della originarietà della istituzione familiare e della sua preesistenza allo Stato» sottolineando che questa «è caratteristica comune anche ad altre forme di società»⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Ordine del giorno dell'On.le Vittorio Emanuele Orlando, in *Atti dell'Assemblea Costituente – Discussioni sul progetto di Costituzione*, II, Roma, 1947, p. 3239, ora in CAMERA DEI DEPUTATI, *Ricerca sul diritto di Famiglia*, I, 2^a ed., Roma, 1969, p. 145 ss.

⁽³²⁾ Sulla diversità delle formazioni derivate da diverse unioni si era soffermato I. KANT, *Metafisica dei costumi*, (Bompiani) Milano, 2000, p. 163 ss.

A distanza di un trentennio si approfondisce la questione delle diverse forme di società che con il matrimonio preesistono allo Stato.

Un Maestro della generazione più giovane dei costituzionalisti, premesso che la famiglia quale «formazione sociale (...) è espressione di un massimo di intensità e di intimità nel rapporto personale (...) ed è privilegiata rispetto alle altre perché lo Stato ne riconosce l'autonomia più piena di indirizzo, senza peraltro eliminare del tutto interventi all'interno, sempre e soltanto a tutela di corrispondenti che volta a volta si trovano in una condizione di inferiorità», pone una domanda: «ma lo Stato riconosce questo grado di autonomia solo alla famiglia naturale che si basa sul matrimonio?». E a chi gli risponde «la famiglia di fatto è tutelata dall'art. 2, quella legittima è tutelata dal diritto di famiglia, e inoltre dalle agevolazioni dell'art. 31», obietta che «la differenza sta dunque non nel profilo comunitario, ma nella presenza o meno di un «rapporto giuridicamente vincolante»; rapporto del tutto facoltativo, e quindi può essere liberamente rifiutato dalla coppia, senza che si ponga perciò alcun problema di estensione del regime matrimoniale alle convivenze di fatto (che possono essere adulterine, incestuose, omosessuali)»⁽³³⁾.

Ma viene naturale l'osservazione che non basta a queste coppie il riconoscimento costituzionale di essere una formazione sociale degna di tutela perché hanno bisogno di quello della legge ordinaria che regoli il rapporto interno per le vicende cui va incontro durante la sua durata e lo renda noto all'esterno nei rapporti con terzi e con le istituzioni pubbliche.

E difatti, già trent'anni fa si concludeva «legando la libertà delle unioni familiari non fondate sul matrimonio alle responsabilità verso i componenti più deboli la libertà dei soggetti non viene compressa, ma al contrario valorizzata. Chi intraprende una esperienza di tanto peso che coinvolge altre persone non può andar immune da quelle conseguenze di essa che siano reclamate da obiettive ragioni di giustizia e desiderabilità sociale. Lo Stato già nel matrimonio tende a ritirarsi di fronte alla privacy, limitandosi ad imporre un "minimo giuridico": essa deve fare lo stesso anche rispetto

⁽³³⁾ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, (il Mulino) Bologna, 1984, p. 351.

alle famiglie di fatto. La *deregulation* della famiglia legittima si accompagnerà così, correttamente, ad una giuridicizzazione *limitata* di quella naturale, verso un progressivo accostamento dello statuto giuridico dei rapporti coniugali e di quello delle convivenze *more uxorio*»⁽³⁴⁾.

Il contributo della scienza del diritto costituzionale non si è fermato, sviluppandosi attraverso un approfondimento dell'idea di persona nelle interrelazioni tra gli articoli 2 e 3 della Costituzione.

Si richiama innanzitutto l'attenzione sul dato dinamico che caratterizza la personalità, e si dà rilievo alla espressione «si svolge» quale «fatto eminentemente sociale (si svolge nelle formazioni sociali) e ancora che esista, o meglio il suo svolgimento o sviluppo, è la conseguenza del pieno godimento dei «diritti inviolabili», tanto è che può essere impedita da «gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza»⁽³⁵⁾.

Deriva che «nella nostra Costituzione lo sviluppo della personalità è un fine, un dato da raggiungere e da costruire, non già preformato per induzione o deduzione tra le righe delle norme costituzionali»⁽³⁶⁾.

E questa finalità parte dalla formazione culturale della personalità che, se ha raggiunto «la fondamentale importanza del rispetto di sé»⁽³⁷⁾, chiede allo Stato di porre in essere gli strumenti normativi che le istituzioni possono deliberare, tra cui vanno innanzitutto riconosciute le unioni sociali e «vi sono tanti tipi di unione sociale quanti sono i generi di attività sociale che soddisfano le condizioni necessarie»⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ P. BARILE, *op. cit.*, p. 358.

⁽³⁵⁾ B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, p. 124.

⁽³⁶⁾ B. CARAVITA, *op. cit.*, p. 125.

⁽³⁷⁾ J. RAWLS, *Le libertà fondamentali e le loro priorità*, in H.L.A. HART e J. RAWLS, *Le libertà fondamentali*, (La Rosa) Torino, 1994, p. 61. La capacità del rispetto di sé trattata da Rawls determina il gesto volontario di rivelare la propria omosessualità (*coming out* esterno).

⁽³⁸⁾ J. RAWLS, *op. cit.*, p. 63 s.

4. — *Omoaffettività e psicologia analitica freudiana.*

I risultati dell'indagine giuridica sui problemi dell'omosessualità ci hanno condotto a definirla una normale specie nella categoria "sesso".

Ora essi vanno confrontati con i risultati che può fornirci la lettura della scienza che si occupa dei problemi dei sentimenti umani e che va sotto il nome di "psicologia analitica".

Scrive Freud nel 1914: «l'indagine psicoanalitica si rifiuta con grande energia separare gli omosessuali come un gruppo di specie particolare dalle altre persone. Essa (...) sa che tutte le persone sono capaci di scegliere un oggetto sessuale dello stesso sesso e hanno anche fatto questa scelta nell'inconscio (...). Nel senso della psicoanalisi anche l'interesse sessuale esclusivo dell'uomo per la donna è un problema che ha bisogno di essere chiarito e niente affatto una cosa ovvia da attribuire a un'attrazione fondamentalmente chimica»⁽³⁹⁾.

E dovendo usare il termine "invertito" per negare la "degenerazione" scrive: «sembra più opportuno non parlare di degenerazione: *a*) là dove non si presentino contemporaneamente parecchie frasi di derivazione dalla norma; *b*) là dove la capacità di prestazione e di esistenza in generale non appaiano gravemente danneggiati. E che gli invertiti non siano degenerati in questo significato legittimo della parola, risulta da vari fatti: 1) si trova l'inversione in persone che altrimenti non rivelano gravi deviazioni dalla norma; 2) si trova parimenti in persone la cui capacità di prestazione non è disturbata, anzi essi si distinguono per uno sviluppo intellettuale particolarmente elevato e per cultura etica»⁽⁴⁰⁾.

Freud ha chiarito poi che «in base a certi criteri la particolarità di un individuo sono normali o patologiche. Ma questi criteri non sono assolutamente né univoci, né sicuri, né stabili. Difficili da adottare a livello scientifico»⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ S. FREUD, *Introduzione allo studio psicologico su Thomas Woodrow Wilson*, in *Opere*, 11, (Boringhieri) Torino, 1979, pp. 35-41.

⁽⁴⁰⁾ S. FREUD, *Tre saggi sulla teoria sessuale*, in *Opere*, 4, (Boringhieri) Torino, 1970, pp. 447-546.

⁽⁴¹⁾ S. FREUD, *Introduzione allo studio psicologico su Thomas Woodrow Wilson*, cit., p. 35 ss.

Ed ha risposto ad un intervistatore che gli chiedeva se si dovesse considerare una patologia la omosessualità: «io ho (...) la ferma convinzione che gli omosessuali non debbano essere trattati come persone malate. Dovremmo forse considerare malati grandi pensatori studiosi (...) che ammiriamo proprio per la loro integrità mentale? Le persone omosessuali non sono malate. Esse non sono perseguibili penalmente»⁽⁴²⁾.

Ma la sintesi del pensiero freudiano in tema di omosessualità è dell'inizio degli anni Venti: «di solito nella letteratura scientifica sulla omosessualità non si trova una demarcazione sufficientemente netta tra i problemi della scelta oggettuale da un lato, e il carattere sessuale e l'impostazione sessuale dall'altro. Eppure l'esperienza dimostra proprio il contrario: un uomo che ha caratteristiche prevalentemente maschili e che si comporta anche secondo il tipo maschile di vita amorosa, può tuttavia essere invertito rispetto all'oggetto, amare cioè solo uomini e donne. Ci si potrebbe aspettare che un uomo nel cui carattere le peculiarità femminili siano vistosamente prevalenti, e che per di più nell'analisi si comporti come una donna, sia portato proprio per questa sua impostazione femminile, a scegliere un uomo come oggetto d'amore. E invece, nonostante tutto, egli può essere eterosessuale e nella scelta del suo oggetto di mostrare un livello di inversione non superiore a quello medio degli uomini normali. Lo stesso vale per le donne, anche per loro le caratteristiche sessuali psichiche e la scelta oggettuale non sono indissolubilmente connesse. (...) Si ha invece a che fare con i seguenti tre ordini di fattori: caratteristiche sessuali fisiche (ermafroditismo somatico); caratteristiche psichiche (impostazione maschile o femminile) e tipo di scelta oggettuale, i quali, entro certi limiti, variano l'uno indipendentemente dall'altro e, a seconda degli individui, si manifestano in molteplici permutazioni»⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ È un'intervista al *Die Zeitel* del 27 ottobre 1905, dove aveva pure aggiunto che se un omosessuale molestasse un ragazzo non ancora in età di dare il suo consenso e quindi non ancora maggiorenne, dovrebbe essere processato come dovrebbe esserlo un soggetto eterosessuale. Cfr. R.A. ISAY, *On the analytic therapy of homosexual men*, in *The Psychoanalytic Study of the Child*, 40, 1985, p. 235 s.

⁽⁴³⁾ S. FREUD, *Sulla psicogenesi di un caso di omosessualità femminile*, in *Opere*, 9, (Boringhieri) Torino, 1977, p. 141 ss.

5. — *Costituzione dell'omoaffettività e ricerche della Scuola junghiana.*

Studi di un nostro contemporaneo guardano alla base costituzionale della omosessualità e studiando Freud vedono la necessità di approfondire la ricerca bio-genetica ⁽⁴⁴⁾.

Già agli inizi degli anni Novanta si è arrivati a scoprire che un particolare gruppo di cellule dell'ipotalamo anteriore risulta essere più grande il doppio in un gruppo di maschi eterosessuali rispetto a un gruppo di maschi omosessuali. Ciò proverebbe una significativa influenza del substrato biologico sull'orientamento sessuale ⁽⁴⁵⁾.

E appena dopo è apparso il risultato dell'esame di quaranta coppie di fratelli omosessuali maschi, di cui trentatré avrebbero in comune una medesima regione, la Xq28 del cromosoma X. Questo *locus* sembrerebbe influenzare le variazioni individuali dell'orientamento sessuale dei maschi, ma non delle femmine.

Questi studiosi che non sono degli estremisti del determinismo biologico, sottolineano però che l'orientamento, sia omo sia etero, è un carattere estremamente complesso che nessun fattore, preso singolarmente può spiegare, e pertanto il biologo americano si limita a dimostrare che nell'orientamento sessuale esiste una significativa componente genetica ⁽⁴⁶⁾.

In verità è soltanto con l'affermazione freudiana dell'autonomia dell'impulso libidico da ogni vincolo biologico che si è giunti ad una cura del sesso differenziata da quella limitata al corpo.

La sintesi più completa di omosessualità preparata per il Dizionario Jungiano che riproduce i risultati degli studi attuali di psicologia analitica è di

⁽⁴⁴⁾ R.A. ISAY, *Being Homosexual. Gay Men and their Development*, 1989, trad. it., a cura di A. Oliviero: *Essere omosessuali. Omosessualità maschile e sviluppo psichico*, (Raffaello Cortina Editore) Milano, 1996.

⁽⁴⁵⁾ S. LEVAY, *A difference in the hypothalamic structure between heterosexual and homosexual men*, in *Science*, 1991, p. 113 ss.

⁽⁴⁶⁾ D. HAMER, S. HU, V.L. MAGNUSON, N. HU e A.M.L. PATTATUCCI, *A linkage between DNA markers on the X chromosome and male sexual orientation*, in *Science*, 1993, p. 321 ss.

«condizione psicologica di un individuo il cui desiderio sessuale è rivolto verso persone dello stesso sesso».

Precisato che «è detta anche “inversione” ma relativamente all’idea della *eterosessualità*, e cioè relativamente all’idea che il desiderio sessuale verso individui del sesso opposto sia la direzione normale dello sviluppo della libido sessuale», si afferma che «Fondamentalmente l’omosessualità è però intesa non come anomalia psicopatologica, bensì come un’identità psichica, e quindi come uno specifico equilibrio che il soggetto ha trovato nel suo processo di individuazione. Una tale interpretazione è interna all’acquisizione di un modello relativistico della salute mentale e quindi dell’idea generale di normalità. In quanto tale, l’omosessualità non è più qualcosa che debba essere ovviamente curato, quanto piuttosto un’immagine di sé sorta nella psiche del soggetto a partire dallo stadio del processo individualitivo in cui si trova, e di cui il soggetto stesso deve potersi prendere cura (e che, quindi, egli ha occasione di ascoltare e interrogare durante il processo analitico). In questo senso, e in relazione alla nozione junghiana di libido, una tale condizione diventa oggetto di analisi psicologica non come scelta sessuale ma come emblema del profondo interesse cognitivo affettivo verso determinati oggetti psichici, che la specifica scelta sessuale raffigura potentemente»⁽⁴⁷⁾.

E secondo Jung per *libido* «è più prudente intendere un valore energetico suscettibile di comunicarsi a una sfera qualsiasi di attività, potenza, fame, sete, odio, sessualità, religione, etc., senza essere un istinto specifico»⁽⁴⁸⁾.

In quanto è un “tendere” o un “evolvere verso”, la libido è intesa in generale, secondo la scuola junghiana, «come un ammonimento, e in particolare come un movimento, che conosce: e cioè alla libido è attribuito un carattere cognitivo oltreché affettivo»⁽⁴⁹⁾.

Questi primi risultati della ricerca sono fondamentali per l’indagine giu-

⁽⁴⁷⁾ P.F. PIERI, *Omosessualità*, in *Dizionario Junghiano*, (Boringhieri) Torino, 1998, p. 493 s.

⁽⁴⁸⁾ C.G. JUNG, *Trasformazioni e simboli della libido* (1912); *Simboli della trasformazione* (1952), ora in *Opere*, (Boringhieri) Torino, 1976, p. 135 ss.

⁽⁴⁹⁾ P.F. PIERI, *Libido*, in *Dizionario Junghiano*, cit., p. 404 s.

ridica perché, assicurata la normalità di specie del cittadino omosessuale, la norma costituzionale che deve guidare alla determinazione del suo diritto fondamentale è l'art. 3 che non ammette la distinzione di sesso, mentre l'art. 2 prevede solo uno dei primi strumenti per la soddisfazione dei diritti che seguono a quello *status*.

Sui fondamenti attuali delle categorie civilistiche si è spiegato che «significativa è la svolta, davvero storica, oppressa dalla nostra Costituzione, che sembra ignorare le categorie tradizionali: parla dell'*uomo*, della sua *personalità*, di *formazioni sociali* (art. 2); insomma, della *persona umana*, della sua *dignità*, ed il suo *sviluppo* (art. 3). Queste sono le categorie di riferimento del diritto civile nella (nuova) legalità costituzionale. La soggettività, appiattita sulla capacità giuridica (categoria che, con la definizione dettata dall'art. 1 c.c., sancisce la definitiva scissione tra immagine reale e immagine normativa dell'uomo), non può assurgere a categoria alternativa⁽⁵⁰⁾.

6. — *Momento d'incontro degli omoaffettivi.*

Il momento dell'incontro tra omosessuali non è ancora quello della promessa di stare insieme.

I risultati della psicologia analitica sullo studio della causa rilevante che determina l'incontro, ha un riguardo al desiderio inconscio, sotteso sia nella omosessualità maschile e femminile, di ricevere o ridare al proprio partner o alla propria partner ciò che non si è vissuto nella prima infanzia. Ma si riscontra anche l'ambivalenza di amore-odio nei confronti del partner o della partner.

La bisessualità che ha segnato e segna i due partner può determinare che la scelta di iniziare un rapporto abbia avuto origine dalla conflittualità verificatasi in un recente rapporto eterosessuale.

Sono frequenti i rapporti nati fra coppie lesbiche illuse che l'aggressività

⁽⁵⁰⁾ Cfr. G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, p. 137 s.; F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie civilistiche*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. civ.*

sia soltanto maschile. La scoprono nelle vicende del loro rapporto amoroso quando questo si fa più intenso⁽⁵¹⁾.

Spesso si rinvia alla promessa di stare insieme perché l'omosessuale maschio e l'omosessuale femmina non riescono a lasciare i genitori con i quali convivono e si dominano reciprocamente anche senza rapporti incestuosi.

Sono frequenti i casi di maschi che vivono con la madre vedova o di femmine con il padre vedovo. Questi soggetti vorrebbero trovare nel rapporto omosessuale un padre o una madre "buona" che li aiutino nelle crisi depressive.

In sede di regolamentazione legislativa dell'unione il momento della sua preparazione assume aspetti delicati e complessi tanti quanti ne offre la preparazione dell'unione eterosessuale in soggetti che non sono ancora pronti per l'impegno definitivo espresso con il consenso reciproco.

Va rivista al riguardo la funzione ed i servizi che devono svolgere i consultori con la disponibilità di specialisti la cui presenza renderà sempre più possibile la tutela dell'unione omosessuale.

Già a prescindere dal ricorso all'analista per la verifica dell'idoneità alla scelta della convivenza, quello di una qualsiasi richiesta di aiuto allo psicoterapeuta deve trovare questi pronto ad un'analisi con trattamento non diverso da quello fatto agli eterosessuali⁽⁵²⁾.

Inoltre l'analista prima di decidere di iniziare o meno un trattamento psicoterapeutico deve valutare la realizzabilità o meno del richiedente.

Ed ancora più attenzione deve essere posta ad evitare tentativi di cambiare l'orientamento sessuale del paziente omosessuale. Viceversa deve analizzare la qualità e la struttura della relazione affettiva per la rimozione dei conflitti che quella presenta⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ J. LACAN, *L'aggressività in psicanalisi* (1948), ora in *Scritti*, I, (Einaudi) Torino, 1974, p. 95 ss.

⁽⁵²⁾ J. McDOUGALL, *L'omosessualità femminile*, in J. CHASSEGUET-SMIRGEL, *La sessualità femminile. Nuove ricerche psicoanalitiche*, (Laterza) Bari, 1971, p. 263 s.

⁽⁵³⁾ J. McDOUGALL, *De l'homosexualité dite inconsciente*, in *Revue Française de Psychanalyse*, 48, 1984, p. 675 ss.

La patologia che il paziente sia omosessuale che eterosessuale deve sconfiggere con l'analisi è la sua incapacità di amare⁽⁵⁴⁾.

7. — *Storia della validità giuridica del matrimonio.*

L'incapacità di amare assume un ruolo fondamentale nella valutazione della validità giuridica del matrimonio canonico che ha influenzato la formazione della disciplina del matrimonio civile⁽⁵⁵⁾.

Il c.j.c. del 1983 supera la concezione materialistica e procreazionistica che era data da quella gerarchia dei fini del c.j.c. del 1917 (can. 2013). Formalmente si è omessa l'espressione *remedium concupiscentiae* dalla definizione di matrimonio del can. 1055 del c.j.c. del 1983 che pone sullo stesso piano il *bonum coniugum* e la *generatio atque educatio prolis*.

Risulta l'essenza di una nuova concezione personalistica del matrimonio che è basata sul *bonum coniugum* e dove eliminata la *deditio iuris in corpus* si sostituisce l'idea di *amore coniugale* quale donazione reciproca e mutua integrazione delle persone sul piano psicosessuale. La interpretazione giurisprudenziale più recente della *Rota* vede il bene dei coniugi o essenza del matrimonio identificarsi con l'amore. E quindi con il volersi bene mediante la donazione reciproca della propria vita, col sostegno e la completezza dell'esperienza sessuale⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ J. LACAN, *La direzione della cura e i principi del suo potere* (1958), in *Scritti*, a cura di G. Contri, II, (Einaudi) Torino, 1974, p. 380 ss.

⁽⁵⁵⁾ A.C. JEMOLO, *Il divorzio, il Concordato, la Costituzione*, in AA.VV., *I fuorilegge del matrimonio*, a cura di V. Orsini, Paolo e Vittorio Taviani, (Ed. Biblioteca dello spettacolo) Roma, 1963, p. 41 ss.; G. DOSSETTI, *Grandezza e miserie del diritto della Chiesa*, (il Mulino) Bologna, 1996, p. 163 ss.; L. MENGONI, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica contemporanea*, in *Jus*, 1998, pp. 451-467. Il filosofo D. VON HILDEBRAND, *Die Ehe*, (Ars Sacra) München, 1929, aveva già trattato l'amore matrimoniale eliminando la *deditio iuris in corpus*. L'opera è stata tradotta per Ed. Morcelliana, Brescia, 1931, *Il matrimonio*, ed è citata da Pio XII e Giovanni Paolo II nei loro discorsi.

⁽⁵⁶⁾ H. FRANCESCHI, *Preparazione al matrimonio e prevenzione della nullità*, in H. FRANCESCHI e M.A. ORTIZ, *Verità del consenso e capacità di donazione*, (Edusc) Roma, 2009, p. 63 ss. V. anche A. DONATI, *Profili del matrimonio omosessuale*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 1751 ss.

L'entrata in vigore del c.i.c. trova una prima interpretazione del can. 1095, 2-3, in tema di maturità affettiva: «immaturitas affectiva verificatur cum, in adolescentia, pdycho-affectiva evolutio vel sistit vel ad phases praecedentes regreditur, intelligentia incolumi»⁽⁵⁷⁾.

Nella *fissazione* «l'interesse che unisce il soggetto ad un oggetto o ad una persona, si trasforma in un legame rigido e atrofico, e rimane tale senza evolversi, sicché l'individuo permane infantilmente 'fissato'» a qualche oggetto o a qualche persona; l'individuo dunque cessa di rispondere creativamente alle sollecitazioni dell'età, dell'ambiente, e cade sotto il dominio cieco delle abitudini e dell'ambiente. Perciò «l'arretrato affettivo è un individuo normalmente intelligente, anzi molto intelligente, ma la cui maturazione degli istinti, dei sentimenti, delle emozioni, è rimasta più o meno incompleta»⁽⁵⁸⁾.

Nella *regressione*, invece, si verifica «un ritorno ad una fase di sviluppo un tempo superata e quindi a modalità di soddisfazioni individuali di tipo infantile e ad organizzazioni primitive dell'Io»⁽⁵⁹⁾.

In ambedue i casi, il soggetto dimostra un forte egocentrismo, rendendosi così incapace di pervenire ad uno stadio di altruismo, di oblatività, che sono poi le caratteristiche dell'amore⁽⁶⁰⁾.

Rispetto alla concezione tridentina è stata posta a base della causa negoziale del matrimonio⁽⁶¹⁾ l'integrazione sessuale che dall'altezza d'ingegno di Tommaso d'Aquino era stata vista a contenuto del *matrimonium* quale *contra-*

⁽⁵⁷⁾ J.M. PINTO GOMEZ, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*, in Z. GROCHOLEWSKI e V.C. ORTI (a cura di), *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii card. Sabattani*, Roma, 1984, pp. 19-37.

⁽⁵⁸⁾ J.M. PINTO GOMEZ, *L'immaturità affettiva nella giurisprudenza Rotale*, in P.A. BONNET e C. GULLO (a cura di), *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, Città del Vaticano, 1990, pp. 15-56.

⁽⁵⁹⁾ G. DACQUINO, *Religiosità e psicoanalisi*, Torino, 1980, p. 1270.

⁽⁶⁰⁾ A. AMATI, *L'immaturità psico-affettiva e matrimonio canonico (can. 1095, 2-3 CJC)*, (Libr. Ed. Vaticana) Città del Vaticano, 2009, p. 124.

⁽⁶¹⁾ W. AYMANS e K. MORS DORT, *Kanonisches Recht. Lehrbuch Aufgrund des Codex Iuris Canonici*, Band III, (Auf. Schoningh) Paderborn-Munchen, 2007, p. 334 ss.; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Milano, 1941, ora rist. con Prefazione di J. Gaudemet, (il Mulino) Bologna, 1993, p. 149 ss.

ctus elevato da Gesù Cristo a dignità di *sacramentum* (*Summa Theol.*, Suppl. III, q. 43, a. 2, ad 2; q. 58, a. 3) ⁽⁶²⁾.

Tommaso, che conosceva in profondità le scienze naturali e la filosofia antica, era certamente riuscito a vedere la realtà umana con la *libido* e la capacità di amare, che non si manifestano solo nell'atto unitivo-procreativo. Infatti scrive che «l'enorme piacere provato nell'atto sessuale, purché sia in armonia con la ragione, non distrugge l'equilibrio della virtù» (*Summa Theol.*, I-II, q. 153, a.2). È chiaro quindi che il piacere fa parte dello scopo previsto per l'atto sessuale, uno scopo previsto da Dio. Non vi è peccato nel condividere questo piacere; in verità, il peccato sta nel non farlo. Fa parte del piano di Dio per il sesso. L'unica restrizione secondo Tommaso sta nel fatto che, contemporaneamente, si soddisfino gli altri aspetti previsti per l'atto sessuale, che sono la procreazione e l'unità con il coniuge. Egli condanna il raggiungimento del piacere sessuale con violenza, come lo stupro, la sodomia; è senza affettività, come la masturbazione e l'adulterio; ma non si spinge a trattare la capacità di amare omoaffettiva che, nell'unità interpretativa del suo pensiero inesauribile, non ci sentiamo di escludere.

La considerazione della *libido* era stata descritta con chiarezza da Agostino (*De civitate Dei*, 14, 21) «quale uscita dalla fatale colpa di origine è nell'attuale configurazione dell'organismo fisico e psichico dell'uomo, ed è retaggio dell'umana trasmissione della vita». Ma, quando tratta del connubio di Abramo con la schiava Agar (*De civitate Dei*, 16, 25) dice Abramo «dimostrò che non era stato un amante schiavo ma un genitore libero, che in Agar aveva conservato la fedeltà alla moglie, che non aveva soddisfatto il proprio piacere ma la volontà di lei, che aveva ricevuto senza chiedere, che si era unito senza vincolarsi, che aveva generato senza amare».

Agostino scienziato prima ed educatore poi, a costo di contraddirsi ⁽⁶³⁾.

Se gli stessi termini del problema li poniamo per l'unione omosessuale,

⁽⁶²⁾ THOMAS AQU., *Summa Theol.*, Suppl. III, q. 43, a. 2, ad 2; q. 58, a. 3. Per il matrimonio civile quale contratto, cfr. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Vassalli*, rist. 3^a ed., Torino, 1961, p. 44 ss.

⁽⁶³⁾ Ingenua contraddizione secondo E. BONAIUTI, *I rapporti sessuali nell'esperienza religiosa*, (De Carlo) Roma, 1949, p. 120 s.

prevale nella considerazione della validità del consenso, quale causa della convivenza, l'integrazione sessuale⁽⁶⁴⁾.

Come abbiamo visto nel capitolo precedente trattando della preparazione alla convivenza omoaffettiva, sia della coppia maschile che femminile, essenziale per la sua riuscita a continuare per più tempo è il raggiungimento della capacità di amare⁽⁶⁵⁾.

Sovviene, a tal proposito, il caso deciso di recente dal Tribunale di Treviso⁽⁶⁶⁾ valorizzando lo stretto legame che aveva unito due uomini, dall'adolescenza e per oltre venticinque anni, per consentire al convivente sopravvissuto, ed erede universale dell'altro, di disporre in qualità di "familiare" delle ceneri del defunto, per spargerle in Carinzia, terra delle comuni vacanze, in adempimento delle sue ultime volontà. «Escludendosi che con la locuzione familiare si faccia riferimento esclusivamente ai parenti» il Tribunale «ritiene necessario estendere l'interpretazione del termine familiare anche al convivente *more uxorio*», in considerazione della «rilevanza giuridica e la dignità stessa del rapporto di convivenza (...) che abbia caratteristiche di stabilità e serietà», che si tratti di convivenza omosessuale o eterosessuale.

Determinante ai fini del riconoscimento della qualità richiesta dal regolamento comunale di polizia mortuaria è l'apprezzamento delle circostanze di fatto: la stabilità di un rapporto di totale condivisione, tanto delle risorse economiche quanto del patrimonio, e perfino del lavoro, quanto della lunga malattia, che è prova della capacità di amare.

Se nella valutazione della validità dell'unione eterosessuale la capacità di amare deve comprendere l'attitudine all'unione dei corpi sia per l'integrazione sessuale che per la procreazione, nella valutazione della validità dell'unio-

⁽⁶⁴⁾ U. DICKMANN, *L'amato rimane l'altro. Una meditazione sull'eros*, in *A cuore aperto. Riflessioni sul significato del matrimonio*, a cura di Aldegonde Breminkermeijer-Werhehn, (Ed. Città nuova) Roma, 2014, p. 91 ss.

⁽⁶⁵⁾ P. GEFAELL, *Elaborazione e valutazione della perizia psichiatrica*, in AA.VV., *Verità del consenso e capacità di donare*, a cura di H. Franceschi e M.A. Ortiz, (Edusc) Roma, 2009, p. 241 ss.; A. AMATI, *L'immaturità psico-affettiva e il matrimonio canonico*, (Libr. Ed. Vaticana) Città del Vaticano, 2009, p. 123 ss.

⁽⁶⁶⁾ Trib. Treviso, 15 dicembre 2014, inedita, in *Huffington Post*, 18 gennaio 2015.

ne omosessuale la capacità di amare non richiede la stessa rilevanza che ha nel matrimonio eterosessuale la capacità dell'unione dei corpi.

Deriva la irrilevanza della *impotentia generandi* ed una valutazione diversa della *potentia coeundi*, che può assumere una connotazione diversa rispetto all'unione eterosessuale⁽⁶⁷⁾.

Infatti le analisi cliniche e psicoanalitiche hanno messo in luce nei diversi casi di unioni omosessuali la elevazione della *potentia coeundi* addirittura a capacità di amare di grado superiore, fino a giungere alla sublimazione specie in casi di omosessualità femminile⁽⁶⁸⁾.

8. — *Progetti italiani di iniziativa parlamentare per regolare le convivenze.*

Ma la sussistenza della capacità di amare è soltanto presunta anche dopo la conclusione degli incontri con gli analisti presso i consultori. I risultati psicoanalitici devono rimanere riservati per la tutela del diritto di libertà della coppia di unirsi in comunione di vita.

A questo punto dobbiamo utilizzare l'esperienza legislativa della costituzione delle unioni eterosessuali perché l'indagine possa essere utile agli autori della legge attesa da tre legislature, dove sono stati presentati progetti dalle più diverse parti politiche.

Il rapporto omoaffettivo deve costituirsi con la reciproca manifestazione di volontà dei soggetti della coppia dinanzi l'ufficiale di stato civile che ha il dovere istituzionale di operarne la registrazione.

Alcuni dei progetti presentati in questa diciassettesima legislatura non prevedono la norma regolatrice della formazione del consenso e la relativa capacità per esprimerle, e presuppongono l'una e l'altra regolando soltanto

⁽⁶⁷⁾ A. McLAREN, *Impotence. A cultural history*, trad. it. di M. Lucano, con il titolo *Storia dell'impotenza*, (Ed. Odoja) Bologna, 2009, p. 257 ss.

⁽⁶⁸⁾ F.S. CAPRIO, *Omosessualità della donna. Studio psicodinamico del lesbismo*, con introduzione di K.M. Bowman, (Intermedical) Roma, 1961, spec. p. 91 ss.

la procedura della presentazione dell'istanza di registrazione all'ufficiale di stato civile⁽⁶⁹⁾.

Altri prevedono che il patto debba risultare da «atto sottoscritto dalle parti davanti a un notaio nel comune di residenza di uno dei due, ovvero nel comune dove entrambi hanno la residenza», e senza distinguere tra costituzione dei rapporti personali e rapporti patrimoniali, il notaio provvede alla trascrizione in un istituendo “Registro nazionale dei patti di convivenza” da cui, chiunque vi abbia interesse, può ottenere il rilascio che attesti la sussistenza del patto⁽⁷⁰⁾.

Altri ancora prevedono la prova della stabile convivenza da almeno tre anni per ottenere la registrazione quale unione civile⁽⁷¹⁾.

Infine ve ne sono alcuni che contestualmente all'istanza all'ufficiale di stato civile della registrazione della convivenza, obbligano le parti a scegliere il regime patrimoniale che però può essere modificato in qualunque momento di durata dell'unione, e, nell'ipotesi che si ometta di stipulare l'atto pubblico o la contestuale dichiarazione di regime all'ufficiale di stato civile, si presume scelto il «regime di comunione legale»⁽⁷²⁾.

Ciascun progetto manca di organicità tra la normativa che riguarda la costituzione del vincolo e gli effetti patrimoniali tra le condizioni di validità e le cause di invalidità e di scioglimento.

Inoltre, pur attingendo quasi tutti alla disciplina normativa del matrimonio eterosessuale regolato dal codice civile sconoscono la scelta fondamentale, operata dal legislatore del codice, tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto.

Il legislatore italiano dovrà istituire, a questo punto, una commissione legislativa con la partecipazione di civilisti e costituzionalisti che hanno dato prova con le loro ricerche di conoscere gli interessi di cui da tempo viene invocata la tutela dalle coppie omoaffettive.

⁽⁶⁹⁾ D.d.l. Sen. Rep. Fattorini, Lepri ed altri (5 marzo 2014); D.d.l. Sen Rep. Manconi e Corsini (15 marzo 2013); D.d.l. Sen. Rep. Locatelli, Di Lello ed altri (30 aprile 2014).

⁽⁷⁰⁾ D.d.l. Sen. Rep. Alberti Casellati, Bonfrisco ed altri (15 marzo 2013).

⁽⁷¹⁾ D.d.l. Sen. Rep. Sacconi, Bianconi ed altri (14 febbraio 2014).

⁽⁷²⁾ D.d.l. 909 Sen. Rep. Petraglia, De Cristofaro ed altri (3 luglio 2013); D.d.l. 1211 Sen Rep. Marcucci, Lanzillotta ed altri (19 dicembre 2013).

9. — Civil Partnership inglese quale matrimonio per gli omoaffettivi.

L'unico ordinamento attuale che accoglie, per regolare la unione civile omoaffettiva, quasi tutte le regole del matrimonio eterosessuale, è quello inglese.

Il *Civil Partnership Act* entrato in vigore il 5 dicembre 2005 disciplina l'unione civile registrata unicamente tra omosessuale e presenta queste regole: 1) persone dello stesso sesso; 2) non vincolate da un precedente matrimonio o da un *Civil Partnership*; 3) di età superiore ai 16 anni⁽⁷³⁾; 4) non legate reciprocamente da rapporti di parentela o affinità⁽⁷⁴⁾; 5) la coppia ha l'obbligo di pubblicare la notizia relativa alla futura registrazione sulla *Registration Authority* per poter consentire a chiunque vi abbia interesse di fare opposizione; 6) deve dichiarare contemporaneamente con formula solenne alla presenza di un pubblico ufficiale, l'inesistenza di impedimenti; 7) devono trascorrere almeno 15 giorni dall'adempimento di questa formalità per procedere alla celebrazione; 8) la celebrazione deve avvenire alla presenza di due testimoni e del *Civil Partnership Registrar* (funzionario designato dall'autorità competente del territorio che può essere il *county* o *district council*); 9) questo funzionario celebrante deve informare l'ufficiale di stato civile (*Registrar General*) dell'avvenuta registrazione.

La disciplina normativa inglese risulta eguale a quella del matrimonio tra eterosessuali tranne: a) l'impossibilità di adottare il rito religioso (art. 2, 5° comma), e b) l'inesistenza delle diverse norme che attengono al profilo sessuale del rito religioso, quali la mancata consumazione quale motivo di nullità, e l'adulterio quale causa di divorzio⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ È previsto per gli infradiciottenni il consenso che devono prestare le *appropriate persons* (cioè uno dei genitori o il tutore legale).

⁽⁷⁴⁾ Vengono indicati nella prima parte (*The prohibitions*) all'interno delle prime *Schedule* (*Prohibited Degrees of Relationship: England and Wales*). Sono oggetto pertanto di *absolute prohibition*: *adoptive child, adoptive parent, child, former adoptive child, former adoptive parent, grandparent, grandchild, parent, parent's sibling, sibling, sibling's child*.

⁽⁷⁵⁾ I commentatori di queste norme si sono chiesti perché il legislatore è rimasto reticente sulla specificazione degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso. Cfr. G. WILSON, *Financial Provision in Civil Partnership*, in *Fam. Law*, 2007, 37, p. 31; C. BARTON, *Sex and the Family*, in *Fam. Law*, 2005, 35, p. 628; S. CLARKE, *Newsline Extra: Civil Partnership Dissolution*, in *Fam. Law*, 2006, 36, p. 604.

La normativa del *Civil Partnership* è abbastanza corposa e comprende trecento articoli in circa quattrocento pagine per presentare, nella sostanza, gli stessi contenuti del matrimonio eterosessuale.

Inoltre la disciplina normativa sul regime patrimoniale dei beni ⁽⁷⁶⁾, la filiazione, la parentela e l'affinità, la successione testamentaria, è comune a quella che regola i rapporti che derivano dal matrimonio.

Comune pure la disciplina per lo scioglimento del vincolo ⁽⁷⁷⁾.

L'*Adoption and Children Act* 2002 modificato nel 2005 ha determinato, poi, l'equiparazione della disciplina del *Civil Partnership* con quella del matrimonio ⁽⁷⁸⁾.

Ma l'equiparazione normativa si è allargata ancora con l'estensione alle coppie omosessuali della normativa che regola le unioni eterosessuali in materia di fecondazione assistita.

Si tratta dell'*Human Fertilisation and Embryology Bill* 2008 che prevede il riconoscimento delle «same-sex couples as legal parents of children conceived through the use of donated sperm, eggs or embryos».

La disciplina legale del *Civil Partnership Act* accoglie sia regole di natura giuridica del matrimonio come atto, tipiche del matrimonio canonico, che norme riscontrabili nel matrimonio-rapporto del diritto civile ⁽⁷⁹⁾.

Questa coesistenza di regole canonistiche e civilistiche nella legge inglese fornisce all'interprete un modello di unione dove la considerazione della capacità di amare consente di raggiungere un grado di affettività maggiore di quello che si può riscontrare nel matrimonio eterosessuale.

⁽⁷⁶⁾ È una fattispecie di comproprietà (art. 65 ss., *Civil Partnership Act*).

⁽⁷⁷⁾ S. TARASSENKO, *The Civil Partnership Act: Effects on Next of Kin*, in *Fam. Law*, 2005, 35, p. 887.

⁽⁷⁸⁾ È entrata in vigore il 30 dicembre del 2005, modificando l'art. 79 del *Civil Partnership Act*: cfr. E. HITCHINGS, *The Adoption and Children Act 2002: a level playing field for same-sex adopters?*, in *Child and Family L.Q.*, 2007, 19, p. 60.

⁽⁷⁹⁾ Il diritto canonico romano, specie prima della riforma anglicana, è stato la fonte per la penetrazione degli istituti di *civil law* nel sistema inglese: V.M. SMITH, *Ignorance Affecting Matrimonial Consent*, in *Canon Law Studies*, n. 245; P. DANDET, *Études sur l'histoire de la jurisdiction matrimoniale*, Paris, 1933, p. 25; W.M. PLOCH, *Storia del diritto canonico*, 2, (Ed. Massimo) Milano, p. 284 ss.

Così, in ordine alle cause d'invalidità, la disposizione della C.P.A., § 50, esclude l'obbligo di consumare il rapporto che viceversa è essenziale per la validità del matrimonio sia canonico che civile.

La scoperta della gravidanza dopo la registrazione del consenso di una coppia lesbica rende invalido il matrimonio, che è annullabile entro tre anni.

E sulle cause di divorzio, l'adulterio assume rilevanza per lo scioglimento quando assume i caratteri di grave offesa al partner con fatti che determinano l'irreversibile disfacimento del rapporto matrimoniale ⁽⁸⁰⁾.

L'invalidità per la scoperta della gravidanza di una compagna sembrerebbe un'incongruenza della legge che ammette e regola l'adozione di un figlio frutto della procreazione con l'unico mezzo con cui può avvenire, che è sempre al di fuori della coppia delle due lesbiche.

Viceversa, mentre la procreazione decisa insieme dopo la costituzione dell'unione fa parte di un progetto di vita comune, il fatto procreativo, deciso unilateralmente e prima dell'impegno reciproco, è contrario al fondamento dell'unione dove ogni fatto che attiene alla costituzione comunitaria di ordine familiare deve essere frutto della volontà comune.

10. — Partnerskab degli ordinamenti scandinavi ad uso delle coppie omoaffettive.

Gli ordinamenti dei paesi del Nord Europa sono stati i primi ad introdurre il regolamento delle convivenze omoaffettive ed in particolare la Danimarca, prima tra i paesi scandinavi e addirittura nel mondo, con la legge dal titolo *Lov om registrert partnerskab* del 7 giugno 1989.

La *partnerskab* danese permette ad una coppia di soggetti dello stesso sesso di registrare un contratto che stabilisce la loro unione (art. 1) ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ L'adulterio costituisce nel diritto civile inglese motivo di divorzio solo se dà luogo all'*irretrievable breakdown of marriage*.

⁽⁸¹⁾ Cfr. il commento di F. FINOCCHIARO, *La legge danese 7 giugno 1989, n. 372 sulla partnership omosessuale registrata*, in *Dir. eccl.*, 1990, p. 319 ss.; C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Stare insieme*, a cura di F. Grillini e M.R. Marella, Napoli, 2001, p. 151.

L'accordo nasce quale negozio di diritto privato, ed è la registrazione che gli conferisce gli stessi effetti personali e patrimoniali che la legge danese attribuisce al matrimonio eterosessuale (art. 3, 1° comma).

Seguono il modello danese la Norvegia, con la legge denominata *Lov 30 aprile 1993, n. 40 om registrert partnerskap*⁽⁸²⁾, e la Svezia, con la l. 23 giugno 1994, n. 1433, che è stata rivista per completare il regolamento che riconosce sia le coppie eterosessuali che omosessuali con la l. 1° luglio 2003, n. 376⁽⁸³⁾.

Anche l'Islanda con la l. 1° luglio 1996 e la Finlandia con la l. 8 novembre 2001, n. 950.

Gli ordinamenti scandinavi prevedono tutti una “cerimonia di registrazione”, con cui le parti dichiarano pubblicamente la loro reciproca volontà di costituire una *Registered Partnership*.

Il significato che assume in questi ordinamenti la forma solenne della registrazione è quello della equiparazione dell'accordo di *partnership* a quello matrimoniale, con la previsione, nei relativi provvedimenti legislativi, del rinvio alle norme sul matrimonio per gli effetti patrimoniali, e per operare lo scioglimento del vincolo.

Le legislazioni scandinave stabiliscono che la disciplina normativa ora esaminata può essere adottata soltanto per le coppie omosessuali.

11. — *Lebenspartnerschaften con esclusione delle convivenze eterosessuali nel sistema tedesco.*

Il legislatore tedesco ha seguito quello scandinavo adottando la regola della specialità della legge solo per le unioni omosessuali, escludendo quelle eterosessuali non matrimoniali. La *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*, del 16 febbraio 2001, dedica la prima norma alla convivenza registrata recando nella rubrica *Gesetz*

⁽⁸²⁾ In Italia è stata commentata da G. ADEZATI, *Nuove unioni e nuovi status. Note sull'esperienza maturata in alcuni Paesi dell'Europa del Nord*, in *Matrimonio, matrimoni*, a cura di F. Brunetta d'Usseux e A. D'Angelo, Milano, 2000, p. 186.

⁽⁸³⁾ Cfr. G. ADEZATI, *op. cit.*, p. 201 ss.

über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz-LPartG)⁽⁸⁴⁾.

La dichiarazione di due persone che intendono far riconoscere secondo questa legge la propria convivenza deve essere prestata dinanzi all'autorità competente (art. 1, § 1.1).

I partners possono chiedere la registrazione solo se liberi dal vincolo matrimoniale o da altra unione registrata, e non vincolati da un rapporto di parentela e attività in linea retta o collaterale (art. 1, § 2).

Non possono inoltre accedere alla unione registrata i minori di età (§ 1303 BGB).

La *LPartG* dispone all'art. 5 che i conviventi concorrono solidalmente alle spese alimentari, e all'art. 6 che, prima di stabilire la convivenza, devono rilasciare una ulteriore dichiarazione sul regime patrimoniale sempre dinanzi alla stessa autorità con cui scelgono il regime della comunione degli incrementi (c.d. *Ausgleichsgemeinschaft*, art. 6, 2° comma). Se volessero scegliere la separazione dei beni o un regime diverso, devono farlo per atto notarile.

I conviventi secondo l'art. 1, § 2, sono obbligati alla reciproca assistenza, devono organizzare congiuntamente la loro vita e sono reciprocamente responsabili nell'apprestare reciproco sostegno.

Essi possono scegliere un nome comune, detto “nome di famiglia”, da comunicare al momento della costituzione della convivenza (art. 1, § 3, *LPartG*) ed è da questo momento che, in assenza di disposizioni contrarie, ciascun partner si considera membro della famiglia dell'altro (§ 11, *LPartG*).

12. — *Matrimonio, convivenza e possibile reciprocità della loro conversione in Olanda.*

L'ordinamento olandese ha eliminato ogni differenza tra coppie eterosessuali ed omosessuali di modo che la coppia è tutelata senza considerare

⁽⁸⁴⁾ La dottrina tedesca parlò subito di *Fast vollige Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe*, e difatti nella *LPartG* si riscontra addirittura il termine “coniugi” per indicare i conviventi come nei §§ 13, 1° e 2° comma. Vedi D. HEINRICH, *Kollisionrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft*, in *Familienrecht*, 2002, p. 801 ss.; D. SCHWAB, *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, in *Familienrecht*, 2001, p. 385 ss.

il suo orientamento sessuale. Infatti, pur avendo esteso successivamente il matrimonio anche alle coppie omosessuali, ha conservato l'istituto della *Registered Partnership* consentendo alla coppia: *a)* di scegliere tra i due regimi; *b)* di poter commutare l'unione registrata in matrimonio e viceversa. Matrimonio e unione registrata si presentano pertanto come due istituti paralleli a disposizione della coppia, che è libera di scegliere l'uno o l'altra.

La l. 5 luglio 1997 (*Staats bland 324*) entrata in vigore il 1° gennaio 1998 è stata inserita nel primo libro del codice civile che riguarda le persone la famiglia, e permette sia alle coppie omosessuali che alle coppie eterosessuali di legittimare il loro rapporto con l'unione registrata. Questa legge inserisce nel libro primo del codice civile olandese (*BW*) il nuovo Titolo V, che comprende gli artt. 80-80e, le norme regolatrici della registrazione delle convivenze.

L'art. 80 usa il termine "persone" per indicare i due contraenti senza definirne il senso, e lo alterna a quello di "partner", senza mai indicare l'orientamento sessuale⁽⁸⁵⁾.

E quando viene approvata la legge istitutiva del matrimonio omosessuale il legislatore olandese conserva l'istituto della *Registered Partnership*. Deriva che la coppia può non solo scegliere di unirsi in matrimonio, ma anche, nell'ipotesi che fossero già sposati, di convertire in matrimonio in unione registrata notificando all'ufficiale di stato civile la relativa manifestazione di volontà (art. 77a, codice civile olandese).

Va tenuto presente per gli ulteriori sviluppi della nostra indagine che l'ufficiale di stato civile è tenuto a redigere l'atto di conversione del matrimonio in unione, e quest'atto non modifica i precedenti rapporti di filiazione. La stessa procedura possono seguire le parti che vogliono convertire l'unione registrata in matrimonio (art. 80g, codice civile olandese).

Gli effetti della *Registered Partnership* sono analoghi a quelli del matrimonio e con la norma dell'articolo 80b del codice civile olandese vengono applicati ai conviventi i titoli 6, 7 e 8 del codice riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi. Non si spiega pertanto l'istituto della conversione.

⁽⁸⁵⁾ È stato oggetto di attenzione questa terminologia neutrale da parte dei giuristi inglesi: cfr. K. WAALDIJK, *Others May Follow: the Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage For Same-Sex Couple in European Countries*, in *New England Law Review*, 2004, p. 569 ss.

Non possono accedere all'istituto dell'unione i minori (art. 31) e fra le parti non deve esservi un rapporto di parentela o affinità in linea retta o collaterale (art. 80a, titolo 5A).

In ordine allo scioglimento è da dirsi che, a differenza del matrimonio, l'unione registrata può essere sciolta anche senza l'intervento del giudice e basta il mutuo consenso, mentre non è applicabile la separazione personale (art. 80c)⁽⁸⁶⁾, ed è questa forse la ragione della possibile scelta legislativa della conversione del matrimonio in unione.

13. — PACS francesi.

Il *Pacte civil de solidarité*, noto con l'acronimo PACS, è stato introdotto con la legge 15 novembre 1999, n. 99-944 che con l'art. 1 dispone che «Le livre ter del code civil est complete par un titre XII ansi rédigé».

L'art. 515-1 lo definisce come segue: «Le pacte civil de solidarité est un contrat conclu entre deux personnes, qui a pour objet d'organiser leur vie commune».

Chiara dunque la natura di contratto bilaterale, a titolo oneroso, a prestazioni corrispettive, commutativo e ad esecuzione continuata, ed è sottoposto alle disposizioni generali dell'art. 1109 *code civil* quale produttivo di diritti ed obbligazioni reciproche⁽⁸⁷⁾.

I problemi sorgono per la determinazione esatta della causa del contratto che potrebbe ricavarsi dall'art. 515-4 «Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte⁽⁸⁸⁾. / Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun».

⁽⁸⁶⁾ M. BONINI BARALDI e M. ODERKERK, *Olanda*, in *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea. Formazione, vita e crisi della coppia*, a cura di F. Brunetta d'Usseaux, Padova, 2005, p. 221 ss.

⁽⁸⁷⁾ J. HAUSER, *Le Pacte Civil de Solidarité est il un contrat consensuel ou un contrat solennel?*, in *Rep. not. Detrenois*, 2001, p. 11.

⁽⁸⁸⁾ C. DILOY, *Cause et PACS*, in *Rev. recherche jur.*, 2002, p. 115 ss.; R. PIASTRA, *Loi relative au PACS*, in *Dalloz hebdomadaire*, 2000, p. 203 ss.

È identificabile al primo comma la necessità di una vita in comune e il sostegno materiale che le parti sono obbligate a prestarsi reciprocamente.

L'interpretazione che ne ha dato il *Conseil constitutionnel* è nel senso della loro inderogabilità, e che «vita in comune» non consisterebbe soltanto nella «comunione d'interessi»⁽⁸⁹⁾ e nella «esigenza di coabitazione», ma nella «residenza in comune» e nella «vita di coppia».

La giurisprudenza costituzionale ritiene pertanto che la volontà di condurre una vita comune rappresenta certo una causa necessaria, ma va vista nel suo contenuto, che significa «vita di coppia», consistente in una «intimità di legami affettivi e sessuali». Solo che le modalità possono essere stabilite dalle parti e quindi «vita di coppia» sì, ma può essere stabilito il termine della sua durata.

A questa precisazione, il *Conseil constitutionnel* fa seguire la distinzione con la «mera coabitazione tra due persone», che non contiene la causa del patto di solidarietà civile voluta dalla legge.

L'obbligo di «sostegno reciproco e materiale» ha per la giurisprudenza costituzionale il carattere di una disposizione imperativa e quindi appartiene anch'esso alla causa contrattuale, anche se le modalità di attuazione possono sceglierle le parti, e se non le inseriscono nel *pacte* e sono in disaccordo, sarà il giudice a stabilirle, tenuto conto della capacità propria di ogni *partenaire*⁽⁹⁰⁾.

Si rende chiara a questo punto una prevalenza causale di ordine patrimoniale che distingue il *pacte* sia dal matrimonio che dal concubinato. Dal primo, perché *a)* mancano l'obbligo di fedeltà e di assistenza morale, *b)* non ha alcun effetto sui rapporti di parentela ed affinità, *c)* non legittima alla adozione, *d)* non ha effetto sul rapporto di filiazione, ed *e)* ha una disciplina specifica dei rapporti patrimoniali⁽⁹¹⁾. Dal concubinato, perché, mentre il *pacte* è un contratto, questo è una unione di fatto» (art. 515-8).

Le cause di nullità sono previste all'art. 515-2 e sono dettate dalla prevenzione dell'incesto, dal divieto di bigamia e da quello di contrarre il PACS esistendone già uno concluso dal *partenaire*.

⁽⁸⁹⁾ J. HAUSER, *Aujourd'hui et demain, le Pacs*, in *Rev. jur. Personnes et famille*, 1999, n. 8; G. BACH e Y. ROUSSEL, *Le Pacs juridique et pratique*, Paris, 2000, p. 106 ss.

⁽⁹⁰⁾ G. BACH-IGNASSE e Y. ROUSSEL, *Le Pacs juridique et pratique*, loc. cit.

⁽⁹¹⁾ J. HAUSER, *opp. e loc. citt.*

La convenzione, che deve contenere la dichiarazione congiunta diretta al Tribunale del luogo di residenza, va presentata al cancelliere in doppio originale allegando i documenti di stato civile; e l'inadempimento di questi obblighi determina la irricevibilità dell'atto con la conseguente impossibilità d'iscriverlo nel registro speciale.

Ogni atto modificato che i *partners* volessero apporre al PACS va presentato allo stesso cancelliere che lo allega alla convenzione (art. 515-3).

14. — *Riflessione sui caratteri della inderogabilità delle clausole dei PACS.*

La prima riflessione, dopo la lettura dell'art. 515-4, che prevede la reciproca assistenza materiale nelle modalità concordate nel contratto e la limitatezza degli effetti di natura personale dei PACS conduce alla conclusione che il legislatore francese abbia voluto mirare a non creare analogie con il matrimonio.

Viceversa, vengono in rilievo gli obblighi che derivano dalle modalità fissate nel contratto in ordine all'assistenza, ove è prevista la nullità di ogni clausola che manchi del carattere della inderogabilità.

La giurisprudenza è intervenuta al riguardo per risolvere il problema dell'abbandono del domicilio da parte di uno dei due *partners* o in caso di morte di uno, stabilendo che il rapporto con il locatore può essere trasmesso all'altro a tempo indeterminato.

L'art. 515-4, 2° comma, dispone che i *partners* sono solidalmente responsabili nei confronti dei terzi per le obbligazioni assunte da ciascuno dei due al fine di soddisfare i loro bisogni quotidiani e le spese riguardanti l'abitazione comune.

Si tratta della previsione di una solidarietà passiva che è strumentale per garantire la tutela dei terzi che possono, in tal modo, far valere i loro crediti sul patrimonio di ciascuno dei *partners* o sul patrimonio indiviso della coppia⁽⁹²⁾.

⁽⁹²⁾ C. PERNEL, *Le patrimoine des concubins après la loi du 15 novembre 1999; indision ou société défait*, in *Dir. patr.*, 2001, 94, p. 44; S. PIERRE, *La solidarité passive des partenaires du pacs*, in *Dr. Famille*, 2000, 7, p. 8; C. ALLEAUME, «*Solidarité contre solidarité*». *Etude comparative des avantages du mariage et du Pacs au regard du droit du crédit*, in *Dalloz*, 2000, 29, p. 450.

L'art. 515-5 stabilisce che i *partners* indichino nel *pacte* la loro intenzione di sottoporre al regime della comunione di beni mobili che arredano l'abitazione, acquistati dopo la conclusione dell'accordo, perché, in assenza di indicazione contraria espressa delle parti, questa norma pone una presunzione di comunione.

I beni venuti in proprietà ai *partenaires* dopo il perfezionamento del contratto appartengono ai due soggetti in quote uguali salvo che non abbiano disposto diversamente nell'atto di acquisto (art. 515-5).

Le cause di estinzione del patto sono diverse (art. 515-7) a seconda che decidano di risolverlo di comune accordo o con risoluzione unilaterale⁽⁹³⁾.

Nel primo caso presentano, alla cancelleria del luogo ove almeno uno dei due risiede, una dichiarazione scritta congiunta che viene trascritta. Nel secondo, il partner che decida la risoluzione unilaterale dovrà notificare la propria decisione all'altro e inviare copia di essa notificata alla cancelleria del Tribunale che ha ricevuto l'atto iniziale.

Caso diverso di scioglimento è quello del matrimonio di uno dei *partners* che ne dà notizia all'altro mediante notifica e ne invia copia con il proprio certificato di nascita, da cui risulta la data del matrimonio, alla cancelleria del Tribunale ove era stato trascritto l'atto originario.

In caso di decesso di uno dei contraenti, l'altro *partner* invia copia dell'atto di morte alla cancelleria del Tribunale, che procederà alla iscrizione di una nota ai margini dell'atto iniziale ed a quello del Registro.

15. — *Convivenze, matrimonio omoaffettivo e incongruenze nell'ordinamento della Spagna.*

Il riconoscimento legale delle coppie non matrimoniali, sia etero che omosessuali, arriva in Spagna attraverso le Autonomie Locali, perché in quel Paese essi hanno competenza anche per il diritto civile.

Inizia la Catalogna con la l. 15 luglio 1998, n. 10, e segue l'Aragona con

⁽⁹³⁾ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *PACS et famille*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2001, 3, p. 529 ss.; F. VAUVILLE, *La fin du Pacte Civil de Solidarité*, in *Dir. patr.*, 2001, 91, p. 26.

la legge del 26 marzo 1999, n. 6⁽⁹⁴⁾.

Le modalità di costituzione dell'unione (art. 1 della Catalogna e art. 3 dell'Aragonese) sono basate sulla preesistenza della convivenza da due anni, considerando rilevanti le circostanze di fatto a prescindere dalla dichiarazione di volontà per atto pubblico, che è l'alternativa quando non viene ancora raggiunto il tempo legale⁽⁹⁵⁾.

Ma con la l. n. 13 del 2005 la Spagna ha riformato addirittura l'istituto del matrimonio, stabilendo che può essere adottato per regolare sia l'unione eterosessuale che quella omosessuale. Deriva che i coniugi omosessuali possono adottare i figli congiuntamente, o anche che un coniuge può adottare il figlio dell'altro.

Nonostante la Costituzione della Spagna basi l'istituto del matrimonio sull'unione tra uomo e donna, il legislatore del 2005 e la Corte Costituzionale hanno ritenuto che la norma fondamentale dovesse essere interpretata in senso evoluto, dato il mutamento dei costumi.

Ma sia la nostra Corte Costituzionale che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non sono andati oltre e non hanno preso in considerazione con maggiore ragionevolezza l'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che ha determinato una netta discontinuità rispetto alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950, stabilendo che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». L'innovazione si coglie con nettezza attraverso il confronto con quanto scritto nell'art. 12 della Convenzione Europea: «uomini e donne hanno diritto di sposarsi e di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che disciplinano l'esercizio di tale diritto»⁽⁹⁶⁾. Sono immediatamente evidenti le differenze sostanziali tra questo articolo e quello della carta. Qui scompare il riferimento ad «uomini e donne». Non si parla di

⁽⁹⁴⁾ Navarra (3 luglio 2000, n. 6); Valencia (6 aprile 2001, n. 1); Baleari (19 dicembre 2001, n. 18); Madrid (19 dicembre 2001, n. 11); Asturie (23 maggio 2002, n. 4); Andalusia (16 dicembre 2002, n. 5); Canarie (3 marzo 2003, n. 5); Paesi Baschi (7 maggio 2003, n. 2).

⁽⁹⁵⁾ L. AGUILAR RUIZ e C. HORNERO MÉNDEZ, *Un nuevo matrimonio en Espana (a proposito de las recientes reformas del derecho matrimonial espanol)*, in *Familia*, 2006, p. 299.

⁽⁹⁶⁾ S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 52 s.

un unico diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, ma si riconoscono due diritti distinti, quello di sposarsi e quello di costituire una famiglia»⁽⁹⁷⁾.

Ed ecco la conclusione evidente. Nel quadro costituzionale europeo esistono ormai due categorie di unioni destinate a regolare i rapporti di vita tra le persone. Due categorie che hanno analoga rilevanza giuridica, e dunque medesima dignità: *non* è più possibile sostenere che esiste un *principio* riconosciuto – quello del tradizionale matrimonio tra eterosessuali – e *una eccezione* (eventualmente) tollerata – quella delle unioni civili –, eventualmente consentite anche alle persone dello stesso sesso. Non si può trascurare questa diversa configurazione del sistema giuridico rifugiandosi in una certa pigrizia culturale, sull'argomento della discrezionalità degli Stati nel regolare la materia, alla quale rinvia lo stesso art. 9. Le scelte dei legislatori, infatti, non possono prescindere dall'evidente logica paritaria alla quale si ispira la Carta dei Diritti, che è stata bene accolta dalla Corte di Cassazione in una sentenza sulle unioni tra persone dello stesso sesso e che la Corte Costituzionale continua a trascurare pur essendo consapevole che si è di fronte a «rapporti di solidarietà personale. Continuando a battere la vecchia strada, invece di istituire il necessario collegamento tra solidarietà e di eguaglianza, si finisce così con l'alimentare il germe della discriminazione»⁽⁹⁸⁾.

16. — *Lettura unificata dei modelli di unione omoaffettiva e capacità di amare.*

La lettura unificata dei modelli di unione scelti dagli Stati europei ci mostra sistemi diversi tra loro.

Stati scandinavi, Germania e Regno Unito confermano nei loro ordinamenti il ruolo fondamentale del matrimonio e riconoscono le convivenze omoaffettive senza aprire ad altri tipi di convivenza diversi sia dal matrimonio che dall'unione omoaffettiva registrata.

Francia, Olanda, Belgio ed autonomie locali della Spagna, non riconoscon-

⁽⁹⁷⁾ S. RODOTÀ, *op. e loc. ult. cit.*

⁽⁹⁸⁾ S. RODOTÀ, *op. e loc. ult. cit.*, e già prima ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 291 ss.

do le specie di affettività, hanno legiferato un modello normativo esteso a tutte le coppie di conviventi, ma con un sistema che, o accoglie, accanto al matrimonio, uno strumento negoziale come ha fatto la Francia con il *Pacte civil de solidarité*, o estende a tutte le convivenze il matrimonio, come hanno scelto di fare Olanda, Belgio e Spagna.

L'idea guida che abbiamo posto al centro della nostra indagine è stata quella della capacità di amare. Se una coppia non l'ha raggiunto si decide per forme di unione precaria che si adattano alla temporaneità del rapporto. La durata nel tempo dell'unione è viceversa la prima prova della sussistenza della capacità di amare, e può coesistere con un altro fatto di prova, che è la decisione comune di avere figli da allevare.

La scelta legislativa di avere due istituti (uno strutturato per la temporaneità, come un contratto di servizio a tempo determinato per essere assistiti nei lavori domestici e con il degrado del rapporto sessuale ad amore servile, escludendo un programma di procreazione; l'altro, regolato da norme che prevedono la durata a tempo indeterminato con una integrazione sessuale piena basata sulla capacità di amare, e con la previsione del concepimento di figli che arriva, nell'ipotesi di incapacità comune a procreare, fino alla decisione per la procreazione assistita o l'adozione) nasce dall'accoglimento delle esigenze delle coppie che hanno raggiunto o meno la piena capacità di amare.

Viceversa, la scelta legislativa di avere istituti adatti a regolare i rapporti di coppie stabili, ma diversificati a seconda dell'orientamento sessuale, appare contrario ai primi risultati della nostra indagine basati sull'idea della capacità di amare⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Gradi e qualità dell'amore sono trattati da D. VON HILDEBRAND, *Das Weren der Liebe*, Regensburg, Habel, 1971, che mette in luce, attraverso l'esperienza, i caratteri dell'amore come dono di sé, riprendendo i contenuti del suo Trattato *Metaphisik der Gemeinschaft*, Augsburg, Haas & Grabherr, 1930, dove aveva analizzato i tre momenti che determinano la differenza tra i tipi di amore: in primo luogo il *grado* ossia l'intensità dell'amore, il posto più o meno importante che l'altro occupa nella mia vita; in secondo luogo la *qualità* di un amore che è principalmente connessa al tipo di valori che sono a tema nell'amore. Infine si differenzia per *categorie*, relazioni irriducibili l'una all'altra, come tra coniugi o tra genitori e figli. Nel 1929 aveva scritto *Die Ehe*, trad. it. *Il matrimonio*, cit., con cui, dopo essere stato avversato dai canonisti, diviene il principale promotore della concezione di matrimonio accolta dal Concilio Vaticano II e dal nuovo Codice di diritto canonico del 1983.

MARISA DALLA COSTA (*)

EL DERECHO. ¿UN LÍMITE PARA LOS SUEÑOS O UN PASAJE ABIERTO HACIA SU REALIZACIÓN?

El derecho de soñar no figura entre los treinta derechos humanos
que las Naciones Unidas proclamaron a fines de 1948.
Pero si no fuera por él, y por las aguas que da de beber,
los demás derechos se morirían de sed.

Eduardo Galeano

ABSTRACT: Everyone is self made. The fulfilment each person is not in the realization of collective dreams if these are constrained by the contemporary society. These will lead us only to a temporary satisfaction. The full satisfaction will come if everyone could be able to share her/himself with other person, without waiting for approval of nobody. In her/himself realization everybody has to take in account the law. The law is not a limit to freedom of the person but a gate for the self realization. The paper realised an deep overview on the social function of the law in the contemporary age.

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Los sueños y la emigración. — 3. La muerte del sueño. — 4. Conclusión.

1. — *Introducción.*

Desde tiempos remotos el hombre ha perseguido sus sueños. Grandes descubrimientos, hazañas, obras, luchas, han sido motivados por aspirar a una quimera. El movimiento de personas en el pasado como hoy en día, ha mezclado usos, costumbres y creencias, con el único fin de ver materializados sus anhelos.

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

Así mismo, el individuo, ha nacido para vivir en relación con los demás y este hecho lo lleva a renunciar a sus sueños, a veces sacrificando su propia libertad, para poder ser aceptado por la sociedad que lo acoge o, por lo menos, «lo sitúa al margen de lo que en sí es el entramado social que lo cobija y lo sostiene»⁽¹⁾. Ahora bien, si el derecho tiene como fundamento el ayudar al hombre a ejercitar actos responsables de relación con otros semejantes, ¿en qué manera interfiere en su derecho inalienable de seguir sus propios ideales? ¿lo hace solicitando deberes e imponiendo obligaciones que pueden relegar a la persona a sujeto paciente, incapaz de realizar sus propias aspiraciones si no a medida que sean aprobados por un dictamen social? Este jugar con el derecho de seguir los propios ideales y el de establecer reglas para una convivencia armónica del grupo tendrían que forjarse en una convergencia de ambos ejercicios, siempre que uno no menoscabe si no que enaltezca la propia dignidad del otro.

Actualmente vivimos en un territorio que ya no es más un único contenedor de cultura.

El flujo de personas, ideas y mercaderías se mueven en contextos diferentes siempre más alejados del propio territorio de origen, y se hace difícil seguir pensando en el territorio como único contenedor para realizar nuestros sueños. Incluso las ventanas abiertas al mundo son nuevos estímulos para cumplirlos, como lo es también este momento de inestabilidad en el que se vive, que nos exige gran dosis de creatividad e imaginación para enfrentar los desafíos que las rápidas transformaciones nos imponen cada día.

2. — *Los sueños y la emigración.*

Cabe recordar que en Italia, durante las últimas emigraciones de masa, las personas soñaban con una vida próspera, trabajo y la anhelada propiedad de la tierra. Estos deseos transmitidos de generación en generación, ¿de qué

⁽¹⁾ J. BOTELLA, Director de la revista sobre pensamiento social *Papeles para el progreso*, 2002-2011.

manera eran también guiados por intereses políticos? Si algún emigrante no estaba totalmente convencido que ése era su ideal para el futuro, la propaganda se encargaba de convencerlo.

Baste recordar que el 21 de febrero de 1947, «se firmó el *Convenio Argentino Italiano sobre La Inmigración con el propósito de restablecer la corriente migratoria entre Italia y Argentina y tomando en consideración los lazos de amistad, fraternidad y de sangre que unen a ambas naciones y con el fin de ofrecer a los emigrantes la posibilidad ilimitada de procurar su propio progreso por medio del esfuerzo individual sobre la base de igualdad de oportunidades (...)*»⁽²⁾.

A su vez en Argentina, país generoso con el inmigrante, como el preámbulo de su constitución nacional contempla: «*asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Confederación Argentina*»⁽³⁾ (la generosidad tenía como fin la colonización de las tierras, no por cierto responder a los sueños de prosperidad de los hombres de buena voluntad).

En el período 1930-1946 la política migratoria argentina se volvió más restrictiva en el plano normativo. A partir de 1946 se implementó una política de selección y encauzamiento de la inmigración. El gobierno argentino demostraba interés por mejorar la condición de vida de la población autóctona, en lo educacional y económico, por la que pretendía hacer una selección de índole étnica. Esto último se fundamentaba por el hecho de que «la formación del pueblo argentino se basaba en las corrientes inmigratorias de origen latino, por lo que convenía seguir favoreciéndola preferentemente»⁽⁴⁾.

(2) Vid. "Approvazione dell'Accordo fra l'Italia e l'Argentina in materia di emigrazione concluso a Roma il 21 febbraio 1947 annunciato il 23 luglio 1947 G.U. n. 301 del 31 dicembre 1947".

(3) Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1860- RA. (para la Nación Argentina) después de la reforma. Con la ley n° 24430 sancionada dic 15 de 1994 promulgada en enero 3 de 1995 se ordena la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957,1994.

(4) Comisión de asuntos raciales del Congreso argentino, 1946, p. 246.

Se exhortaba preservar «las virtudes heredadas y el acervo patrimonial de los argentinos para que no se desnaturalizaran dentro de una babilonia cosmopolita mal administrada»⁽⁵⁾. Así, para fomentar «la inmigración más conveniente» institucionalizó los estudios étnicos el 25 de julio de 1946 con la creación del Instituto Étnico Nacional. Este consideraba un deber profláctico y de defensa social el fomentar la inmigración «blanca» «sin acervo cultural transmisible por herencia, aunque fueran de mentalidad y cultura inferior al nativo»⁽⁶⁾, por lo que miraba a la inmigración seleccionada de italianos y españoles, sobre todo gente del tipo rural, que explotara la tierra. «Se tenía que descartar la del tipo urbano ya que comerciantes, industriales o profesionales no era lo que el país necesitaba para un auténtico mestizaje de agricultores con la población aborigen»⁽⁷⁾. Sin embargo este período se nutrió con el arribo predominante de intelectuales, profesionales, industriales, técnicos y trabajadores diversos, en su mayoría «miembros de la burguesía acomodada». Para algunos constituyó una emigración atípica y para otros, los italianos judíos, una emigración “castigo”, pero la mayoría coincidía en buscar un refugio transitorio y seguro que no debía durar demasiado tiempo. Si bien en un principio, como dicho con anterioridad, el gobierno argentino priorizó la necesidad de una inmigración fundamentalmente de agricultores, el decreto n° 1872 del 28 de julio de 1938 extendió las limitaciones a los obreros o empleados extranjeros aunque acreditaran un empleo y a los viajeros de primera clase que poseyeran una visa turística, la cual estaba sujeta a un permiso de la Dirección de Inmigración. Esto dio lugar al tráfico de visas y privilegió a los de buena posición económica, quienes debieron “pagar el favor” a funcionarios consulares argentinos.

Por lo que por un lado La ley del 13 de noviembre de 1947 en su art. 3 Italia se comprometía a reprimir cualquier intento de emigración que tuviera finalidad diferente a la del trabajo, por otro la propaganda enaltecía las características del emigrante, y las comodidades que habrían encontrado en la

⁽⁵⁾ Comisión de asuntos raciales del Congreso argentino, 1946, p. 245.

⁽⁶⁾ Comisión de asuntos raciales del Congreso argentino, 1946.

⁽⁷⁾ Comisión de asuntos raciales del Congreso argentino, 1946, p. 8.

nave, en el nuevo mundo, una casa, tierra en cantidad y sobre todo un baño en el interior de la vivienda. En Argentina, en la reforma de la Constitución Nacional de 1949 se hacía referencia a «fomentar la inmigración europea» (art. 17) además de garantizarles derechos civiles y políticos.

Aún hoy se considera legal el ingreso de europeos, como verdadera paradoja que sea sólo el sueño de un europeo habitar el suelo argentino como dicta el preámbulo, en vez que se vuelva desemejante y discriminante al formular una ley que refleje el anhelo de los inmigrantes latinoamericanos, que hoy en día representan los flujos predominantes desde mediados del siglo XX. ¿Acaso la aportación del factor humano no influye en el desarrollo de la actividad económica del país, estimulando el progreso, enriqueciendo la cultura y estableciendo nuevas relaciones entre pueblos vecinos? ¿O se sufre el hecho de que los recién llegados lo hacen compitiendo por un empleo con los del país que les acoge, provocando tensiones y recelos? Los sueños de cada persona chocan con la capacidad de sacrificio de unos y con el miedo a las diferencias del otro.

Cabe destacar, como también el advenimiento de la democracia en países de América del sur, con todos sus errores, permitió un viraje novedoso como el nacimiento del Mercosur⁽⁸⁾. El sueño de integración parece querer realizarse, si bien en una región que a través de su historia ha vivido de sospechas. «Naciones que se encerraron en sí mismas, rehuendo a la cooperación, bajo la advocación de que el derecho y la moral son irrelevantes y subordinados a los intereses nacionales»⁽⁹⁾ el camino se hace aún hoy cuesta arriba. El anhelo de integración en un mundo que tiende a derrotar las fronteras, choca con aquellas constituciones nacionales que nacieron con el deseo de levantar límites territoriales, y las normas circunscriptas terminan enjaulando el sueño de apertura e integración.

Con el acuerdo entre Italia y Francia asentado en la ley del 15 de mayo de 1947 sobre el intercambio de emigrantes con kilogramos de carbón, las

⁽⁸⁾ Tratado de Asunción 23 de marzo de 1991.

⁽⁹⁾ H. MORGENTHAU, *Política entre las Naciones*, Grupo Editor Latinoamericano, Bs.As., 1986, p. 13.

aspiraciones de los emigrantes se vuelven mercadería para permutar. Los anhelos se convierten en rehenes de la ley y del interés político, mientras que la persona permanece encajada en una red de desesperación. A ella sólo le queda canjear su sueño y su dignidad.

Es notable ver, por otro lado como la mujer que inmigró en Argentina sintió que sus anhelos de autonomía, su ser considerada persona cívica en el nuevo mundo se respetaba. A partir de la ley 13010 del 9 de septiembre de 1947 “Derechos políticos de la Mujer”, ella obtiene los mismos derechos y deberes cívicos que la reforma electoral de 1912 había garantizado sólo a los varones. A pesar de que, con anterioridad, se habían presentado diferentes proyectos, ninguno se había llevado a cabo. Significó un arduo proceso que las mujeres inmigrantes pudieron beneficiar más a las anchas que en Italia, aunque, ya desde el año anterior con el decreto n° 74 del 10 de marzo de 1946, en su tierra natal, se había considerado a la mujer ciudadana con derechos plenos, sin embargo, las que se quedaron en Italia, beneficiarían del acceso a oficios públicos recién en 1963. En Argentina, en cambio, la mujer gozaba de “facto” de los derechos de una sociedad llena de contradicciones pero más abierta. La sanción de la ley 13010 permitió la concurrencia de la mujer a las urnas, si bien no significó de ninguna manera la adquisición de una conciencia política en quienes no la poseían hasta el momento⁽¹⁰⁾. Esta ley, que representaba una oportunidad para modificar la condición de la mujer, representó muchas paradojas. Encontraron un lugar en la sociedad, obtuvieron leyes sociales, les dio seguridad, su trabajo empezó a ser reconocido, se les abrieron nuevas perspectivas en el ámbito de la educación ya que dejaron de ser “dignas” sólo como formadoras de maestras, sino que se les dio ingreso a los estudios universitarios. Así mismo, la mujer provenía sobre todo de una Italia rural, de familia de aparceros, tradicionalista y patriarcal. Encuentran en el país que la aloja una Constitución que les tranquiliza en cuanto califica a la familia como «núcleo fundamental de la sociedad» (1949

⁽¹⁰⁾ La sanción de la ley 13.013 implicó la capacitación cívica y la preparación de las mujeres para desempeñarse en las lides políticas. El 25 de julio de 1949 nació el Partido Peronista Femenino cuyo principio era la unidad en torno a la doctrina y a la persona de Perón. Fueron fundamentales en la campaña presidencial de 1951.

art. 37, cap. II). Por primera vez siente que su sueño de igualdad es considerado un derecho⁽¹¹⁾, algo que en su tierra natal no se tenía en cuenta. Por un lado hasta la relación de pareja se vio modificada ya que a ambos se les consideraba componentes y no oponentes pero, por otro lado, la mujer que venía de afuera vio transformada su obediencia tradicional al “pater familias” en una lealtad al líder presidencial⁽¹²⁾ que regía los destinos del país y se le aclamaba lealtad a gran voz.

Cabe destacar también el gran aporte que dieron a Argentina los emigrantes italianos. ¿Llegarían a saber acaso que sus sueños de progreso implantarían las bases para el desarrollo de un país? ¿Se enterarían alguna vez de que pusieron a la Jurisprudencia en dificultad para demarcar un fenómeno de gran alcance y a veces ambiguo?

Se instalaron en el país con oficios que lamentablemente muchos, no eran requeridos en una sociedad moderna, ágil, dinámica. Cabe señalar, por ejemplo, el de ebanista, por lo que con el deseo de progresar y acarreado un gran sentido de sacrificio y ahorro, dieron inicio al “trabajo a domicilio” faena adapta a toda la familia, sobre todo a las mujeres. De esta manera nacieron pequeñas y grandes empresas textiles aprovechando los telares que traían desde sus pueblos, máquinas insustituibles en sus hogares ya que confeccionaban sus propias prendas. Esta capacidad de iniciativa del extranjero, la voluntad de construir progreso obligó al legislador a reglamentar el trabajo. Nació la “ejecución por cuenta ajena”. Esta ley expresaba la voluntad de aplicación a un determinado vínculo laboral: la relación de dependencia⁽¹³⁾. El extranjero adapta sus conocimientos, su cultura, sus ideales al nuevo mundo en un esfuerzo de creatividad movido por sus anhelos que le significan modificar lo conocido para dar lugar a lo nuevo. Constituyeron un horizonte pleno de expectativas. El inmigrante impone sus sueños y la sociedad que lo

(11) Art.17.4 de la Convención Americana «Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los conyugues en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo».

(12) Primera presidencia de Perón, 1946-1951.

(13) Ley n° 12713/41; Decreto Reglamentario n° 118.755/42.

aloja lo acoge y este moverse juntos les va modificando dándoles un nuevo perfil, una nueva identidad, ante la incredulidad del protagonista de dicho cambio y ante la conformación de una normativa que lo represente.

3. — *La muerte del sueño.*

En la actualidad, según las conclusiones del Pacto europeo sobre inmigración (COM/2008)359)⁽¹⁴⁾, se pretende en los estados miembros “favorecer la integración” entre las personas. Ahora bien, es fundamental considerar que la persona al emigrar sigue sus sueños y es tan fuerte el anhelo interior que lo mueve que, su decisión, es una renuncia y un poco, al partir, muere por dentro. Cada paso hacia una nueva realidad es un quitarse de encima costumbres y condicionamientos.

El inmigrante en la nueva sociedad que lo acoge va hacia el ciudadano que la representa, tal vez con un poco de admiración ya que es la imagen de la realización de su sueño, y éste moverse hacia otra persona es el verdadero camino de civilización. Sin embargo, si el movimiento lo hace solamente el inmigrante y no la sociedad anfitriona, entonces termina siendo propiedad del otro, y sus anhelos ya no les son propios sino que se transforman en una quimera ajena.

El extranjero, en su afán por hacerse aceptar, se adapta a las reglas, a la nueva normativa, perdiendo su propia identidad. Se irá “acomodando” en el derecho pero creará dentro de sí mismo un sentimiento de repulsión. El sufrimiento del extranjero, no es tanto por la distancia de su patria, sino la renuncia a la propia identidad, a los propios deseos que, como se ha dicho con anterioridad, terminan siendo los sueños de una nueva sociedad que a través de “reglas” le impondrá sus propios anhelos. Es el coste que pagará para ser asimilado, aceptado. «Pedirle al inmigrante que realice él, por sí solo, el entero proceso de cambio, entra en una lógica que no es de cooperación sino que de sumisión hasta convertirse en pertenencia, porque (...) la civili-

⁽¹⁴⁾ Bruselas, 17-6-2008, COM(2008), 359 final.

zación no comienza con “ven hacia mí” sino con “nos encontremos”⁽¹⁵⁾.

En una entrevista a Carlos Fuentes se le preguntó si postulaba la venganza de los pueblos marginales como una invasión hacia adentro, la que se estaba realizando actualmente a lo largo del planeta. Fuentes respondió que: «cada día se ponen a prueba la capacidad de asimilación y tolerancia de todas las sociedades de Occidente, que durante siglos pasaron impunemente sus valores políticos, económicos y culturales, por el resto del planeta, imponiéndolos a todo el mundo; y hoy no quieren aceptar que sean los pueblos de la periferia los que vayan hacia el centro aportando su presencia, su trabajo, su cultura, su religión, su cocina, a las antiguas metrópolis de Occidente (...). Porque si hay comunicación instantánea habrá también migración instantánea, ya no en carabela sino en jet; y no podemos olvidar que toda frontera es invisible a pesar de que los políticos quieran hacerlas con alambre electrificado»⁽¹⁶⁾.

Podemos afirmar entonces que nuestras leyes tienden a “integrar a la persona diferente”, es decir “¿a negar la diferencia?”⁽¹⁷⁾ como diría Seneca «Impares nascimur, pares morimur»⁽¹⁸⁾.

Cabe destacar que en el Derecho Constitucional Europeo se considera que «la protección de los derechos fundamentales deben ser garantizados a todos pues el respeto debido a la dignidad de todas las personas no puede sufrir excepciones por un factor circunstancial como la nacionalidad»⁽¹⁹⁾. Este factor como la nacionalidad a veces recurre a satisfacer el deseo del inmigrante que sueña con establecerse en un país de la Unión europea. El inmigrante aprovecha del amparo de alguna ley que lo ayude a realizar esa transformación que requiere la realización de su sueño. Por lo que muchos hijos o nietos de italianos emigrados, se apoyan en la “*ius sanguinis*” que

⁽¹⁵⁾ B. SPINELLI, *Ricordati che eri straniero*, ed. Guigajon, 2005.

⁽¹⁶⁾ Fragmento de la entrevista concedida por el escritor Carlos Fuentes a la revista Común Presencia durante una de sus visitas a Colombia.

⁽¹⁷⁾ U. GALIMBERTI, *I miti dei nostri tempi*, Serie Bianca Feltrinelli, p. 368.

⁽¹⁸⁾ Aforismo de Lucio Anneo Seneca (4 a.C. – 65).

⁽¹⁹⁾ C. PEROTTO BIAGI, *Algunas consideraciones sobre los derechos de los inmigrantes y las políticas de integración en la UE*, Universidad de Granada, 2011.

según la ley n° 555 del 13 de junio de 1912 sancionaba la doble ciudadanía, destacando de manera especial el artículo 7, que señala la dispersión mundial de los italianos en muchos países. Por lo que para aquellos inmigrantes, cuyo anhelo es el de vivir en una tierra donde las oportunidades son mayores, encuentran en este artículo un aliado. Así, si el inmigrante ha nacido en un país donde se le atribuye la ciudadanía por el “ius soli”, obtiene la nacionalidad del padre o la del abuelo, basada en la *ius sanguinis*, siempre que su antepasado no haya renunciado al derecho de seguir siendo ciudadano del país que lo vio nacer.

De esta manera el soñar con seguir perteneciendo a la tierra de sus antepasados se ve amparado por la ley que le es cómplice, por lo que el inmigrante de la “generación de vuelta” al querer obtener un beneficio, el de ciudadanía europea, se cuelga a la normativa vigente para alcanzarlo. Su propio sueño adquiere un nuevo “status” el de ciudadano europeo, sin renunciar a su propia tierra de origen. Actualmente en Italia se debate sobre otorgar la ciudadanía por el *ius soli*, ya que se siente la necesidad de cumplir con los anhelos de aquellos que nacen en Italia y se ven negada la ciudadanía. Aquí el derecho se convierte en un límite para el sueño de pertenencia a una comunidad, se adquiere el “status” de extranjero en su propia tierra. En el debate, las fundamentales innovaciones propuestas son: “Doble *ius soli*”, como en Francia, permitiría la adquisición de la ciudadanía a los hijos de extranjeros nacidos en Italia siempre que el extranjero sea residente en Italia por lo menos desde hace un año. El *ius soli* para hijos nacidos en Italia de padres extranjeros que residen legalmente por lo menos desde hace 5 años. Y el *ius soli* a aquellos nacidos en Italia, o inmigrantes desde pequeños, que hayan ido a la escuela por lo menos por un cierto período. Este debate no significa aplicar el *ius soli* puro e incondicionado, no se desea consentir la adquisición de la ciudadanía por caso o fomentando un “turismo” organizado a tal fin.⁽²⁰⁾

Entonces los propios ideales, los viejos y los nuevos, se enredan en las reglas, acomodándose entre los derechos fundamentales y de cierta manera,

⁽²⁰⁾ *Il Fatto quotidiano*, Lavoce.info 11-5-2013, Graziella Bertacchi.

se van eliminando las fronteras que se han querido levantar. Los sueños se hacen responsables de derribar fronteras poniendo al Derecho delante de nuevos retos.

Cuando un anhelo se dibuja en la mente y pone raíces en el corazón de una persona es porque más allá del espacio que la abarca, que la limita, el sueño se está manifestando. Ha muerto un sueño porque se ha materializado y el Derecho lo ha enmarcado.

Por otro lado, en resolución del 26 de octubre de 2005, el Parlamento europeo cree que los inmigrantes han contribuido (y siguen haciéndolo) a la prosperidad y al desarrollo económico, cultural y social de los Estados miembros ⁽²¹⁾

Sin embargo, vivimos dentro de una cultura económica que no nos ve como personas movidas por un sueño, en cambio nos ve como titular de intereses, nos hace extranjeros a nosotros mismos dentro de nuestra propia sociedad, poniéndonos en una condición igual a la del extranjero que se aloja en ella. ¿De allí que se acepte esta contribución a la prosperidad?

La globalización ha transformado el escenario, las fronteras se están moviendo, los límites se están corriendo y todo se vuelve universo. Ahora bien, ¿La normativa ha tenido en cuenta este escenario? Si alguna vez alguien soñó con superar los problemas de etnias y razas, por razón de mercados nos veremos obligados a ser tolerantes. La tolerancia se ha vuelto condición absoluta de convivencia.

¿Y nuestros sueños? ¿No serán tal vez los mismos? ¿No se uniformarán también?

4. — *Conclusión.*

La vida consiste en convertirnos en creadores de nuestra propia realización personal, y la única manera es buscarla en elementos que no estén fuera de la propia vida si no dentro de nosotros mismos. La realización de

⁽²¹⁾ C. CASTAGNOLI, *La política de Inmigración*, enero de 2012, www.europarl.europa.eu.

los sueños impuestos por una sociedad nos llevará a una satisfacción temporánea.

La satisfacción plena llegará cada vez que se elija compartir con alguien el propio ser persona, el propio sueño sin esperar aprobación alguna, sobre todo cuando más difícil se vuelva hacerlo y de esto tendrá que tener cuenta el derecho, para que la realización de los sueños encuentre un pasaje abierto y no un límite a la libertad de la persona.

JEAN CLAUDE TRON^(*)

UNIVERSALIDAD DENTRO DE LA TRIDIMENSIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

ABSTRACT: In the light of the Inter-American Court judgments and the Colombian Constitutional Court cases, the author try to answer to the intricate query about what human rights are or not and where it is possible to ground their moral and ethical basis.

SUMARIO: 1. ¿Hay moralidad en el Derecho. — 2. ¿Es tridimensional el Derecho? — 3. ¿Qué son los derechos humanos? — 4. ¿Tienen un fundamento moral los DH? — 5. ¿Qué es universalidad? — 6. ¿Existen críticas a la universalidad? — 7. Planos de la universalidad. — 8. Lógico / racional. — 9. Ámbitos de la universalidad. — 10. Ámbito jurídico. — 11. Ámbito moral o valorativo. — 12. Ámbito político. — 13. Aceptabilidad y accesibilidad, especificidades de la universalidad. — 14. Adaptabilidad dinámica y evolutiva. — 15. CorteIDH. — 16. Corte Constitucional de Colombia.

1. — *¿Hay moralidad en el Derecho?*

Para Nelson⁽¹⁾ el derecho natural «no es propiamente derecho, sino un conjunto de criterios o de orientaciones para elaborar Derecho justo, en consonancia con las diversas circunstancias reales».

Orozco y González (2008: 22) proponen el carácter instrumental del Derecho al decir que: «(...) entender que el derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los altos ideales de la humanidad, donde ubicamos, indudablemente, todos y cada uno de los derechos humanos».

Considerar a la moral como elemento de esencia, atributo, fin o fundamento del Derecho, implica referirse, en alguna medida, a un sistema moral,

(*) 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) Citado por OROZCO y GONZÁLEZ (2008: 6).

lo cual, debe hacerse con cuidado, debiendo distinguir que una cosa es la *moral social, pública o positiva* ⁽²⁾, entendida como el conjunto de normas morales vigentes en un determinado grupo y en un momento histórico concreto ⁽³⁾, y otra *la moral crítica*, esto es, los principios morales que se consideran justificados y que cabe utilizar para la crítica de las instituciones sociales vigentes, incluida la moral positiva, pudiendo coincidir o discrepar los principios que rigen a cada una de las especies de moral ⁽⁴⁾.

Para un sector de la doctrina, la dimensión moral del Derecho es, además de un elemento del fenómeno jurídico, su fundamento, ya que consiste en ofrecer buenas razones ⁽⁵⁾ y últimas ⁽⁶⁾ sobre la legitimidad de un Derecho positivo; en razón de que se considera es bueno comportarse de acuerdo con lo que prescriben ⁽⁷⁾.

2. — *¿Es tridimensional el Derecho?*

Comenta Flores (1997: 1032) sobre la ambigüedad del concepto «Derecho» ⁽⁸⁾ en tanto que tal palabra se utiliza para referirse a distintas y muy variadas facetas del fenómeno jurídico. Es así que las tres principales corrientes de la filosofía jurídica dan prioridad a alguno de sus elementos: el iusnaturalismo al valor natural o justo, el iusformalismo o positivismo a la norma vigente o formal, y el iusrealismo o pragmatismo al hecho eficaz.

⁽²⁾ En ciertos ordenamientos como el mexicano y criterios jurisprudenciales se alude también a moral pública.

⁽³⁾ La moral establecida.

⁽⁴⁾ Para un mayor detalle ver ATIENZA (2003: 67) de quien tomo ciertas ideas.

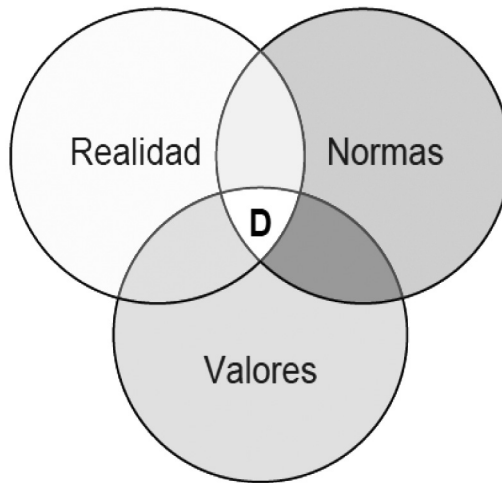
⁽⁵⁾ De ahí que se les considere por Alexy, a los principios en general, como mandatos de optimización que deben satisfacerse en la mayor medida de lo posible según las circunstancias.

⁽⁶⁾ En virtud que no dependan de otras para ser exigibles.

⁽⁷⁾ ATIENZA (2003: 217).

⁽⁸⁾ Calificativo que me parece es predicable también, en concreto, respecto de los derechos humanos o fundamentales, ya que son una especie del género derecho, además que en su uso o connotación se da una especial prioridad a la justificación moral.

García Máynez (2001: 147) afirma que la definición de Derecho implica referir a una realidad compleja y múltiple que ontológicamente se integra por la concurrencia de tres atributos conceptos o definiciones concurrentes y colaborativas que conducen a la unidad conceptual: a) Derecho vigente (normas), b) Derecho intrínsecamente válido (valores) y c) Derecho eficaz (realidad o hechos). Se trata de una síntesis integradora que solo se entiende a partir de considerar los siguientes elementos y aspectos de la institución «Derecho». Para explicarlo se vale de la teoría de los círculos que traslapan o intersectan y que el concepto Derecho es aditivo o una sumatoria de los atributos citados.



En atención a esta teoría, autores como Recaséns y Villoro ⁽⁹⁾, coinciden en que en la realidad del Derecho se dan, recíproca e indisolublemente trabadas entre sí tres dimensiones: hecho, norma y valor, de forma que el Derecho puede definirse como: *Un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.*

⁽⁹⁾ Vid. FLORES (1997: 1028) y VILLORO (2000: 127).

3. — *¿Qué son los derechos humanos?*

Los derechos ⁽¹⁰⁾ humanos son: *a)* derechos subjetivos, derechos a algo o frente a X y obligaciones recíprocas, *b)* libertades o privilegios de realizar algo, *c)* potestades o el poder de producir ciertos efectos mediante actos, *d)* inmunidades contra ciertos actos o sus consecuencias; que todo individuo posee, simplemente por su condición de ser humano, que tiene el derecho de disfrutar y que el Estado debe promover, respetar, proteger y garantizar.

Sin embargo, para un sector doctrinal, son «derechos morales» que han sido reconocidos por el DIDH ⁽¹¹⁾ o por las constituciones lo que se conoce como DF ⁽¹²⁾.

Conviene puntualizar que los DH no pueden entenderse, sólo en términos estrictamente normativos, sino que constituyen o son el resultado de valores que se tratan de proteger, alcanzar y lograr su eficacia o realidad pragmática en el mundo de los hechos.

De ahí que un sector de la doctrina los considere tridimensionales ⁽¹³⁾ y que resulten ser conceptos transversales al tener una dimensión y naturaleza jurídica, moral y social; atento lo cual, se aplican simultáneamente en distintas áreas del conocimiento y en cada contexto tienen una esencia o naturaleza peculiar, objetos específicos y fines que lograr.

Atienza (2003: 214) dice: «(...) *la expresión “derechos humanos” es considerablemente ambigua, puesto que designa diversos conceptos o, quizás mejor, una noción compleja con muchas dimensiones interconectadas. Pero, además, se trata de un concepto*

⁽¹⁰⁾ Hohfeld identifica cuatro modalidades diferentes que funcionan en el lenguaje jurídico (de los sistemas normativos) como significados del término genérico ‘derecho’. En una relación entre individuos A y B, el individuo A podría disponer, según el ordenamiento, de una Acción para exigir («claim») o pretensión, de un Poder, de una Libertad y de una Inmunidad. LAPORTA (1987: 26)

⁽¹¹⁾ Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En estos sistemas la connotación es derechos humanos.

⁽¹²⁾ Cuando se reconocen por las constituciones las razones morales, la connotación generalmente aceptada es de derechos fundamentales.

⁽¹³⁾ Algunos incluso hablan de cinco dimensiones: 1) Valor, 2) norma, 3) hecho (social), 4) tiempo y 5) espacio. FLORES (1997: 1029).

vago tanto intensional⁽¹⁴⁾ como extensionalmente⁽¹⁵⁾».

Establecer la naturaleza o sustancia de los DH no es cosa fácil, dice Atienza (2003: 209), sino que es menester apreciar el uso y contexto de la expresión para adjudicar un sentido.

Una dificultad para aclarar ese concepto surge del hecho de que la expresión “derechos humanos” es ambigua en varios sentidos. El contexto de uso parece requerir siempre la referencia a un sistema normativo, pero puede tratarse de un sistema de Derecho positivo, de un sistema moral o de un ordenamiento, como el Derecho internacional, cuyo estatus – como anteriormente se vio – no es fácil de precisar; en consecuencia, los derechos humanos son en ocasiones auténticos derechos jurídicos, otras veces exigencias – derechos – morales, y otras suponen un tipo de pretensión que se sitúa a mitad de camino entre el Derecho y la moral, como ocurre cuando un texto internacional reconoce un derecho, pero sin habilitar ningún mecanismo que se pueda considerar jurídico para su protección.

Para Laporta (1987: 34) los DH son «derechos morales universales», a partir de los siguientes componentes: a) Para todos y cada uno de los miembros individuales de la clase «ser humano» (sujeto⁽¹⁶⁾), b) una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc. (título y poder de exigencia), c) que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte (justificación), d) para articular una protección normativa en su favor (garantía⁽¹⁷⁾).

⁽¹⁴⁾ Dícese de la intensidad con que se manifiesta una expresión, etc. Acontece cuando no es fácil señalar cuáles son las notas comunes a todas las situaciones en que atribuimos derechos a alguien. Es el caso de la universalidad parecería querer decir que los DH son aquellos que se poseen por el simple hecho de ser persona humana, con independencia de las circunstancias históricas, geográficas o de otro tipo en que se encuentre un individuo. Pero de esa caracterización surgen muchos problemas. Cuál es el concepto de persona humana: cuándo se empieza a ser persona es una cuestión disputada.

⁽¹⁵⁾ Hay casos no claros de aplicación porque la zona de penumbra es considerable. ¿Son derechos humanos la eutanasia o el consumo de drogas? ¿Hasta dónde cubre o protege la libertad de expresión? ¿Forman parte de los derechos fundamentales de los individuos los derechos sociales?

⁽¹⁶⁾ Se trata de una notación universal, al margen de circunstancias, condiciones y contextos porque tales derechos tienen vocación de ser adscritos a todos al margen de ellas.

⁽¹⁷⁾ FERRAJOLI (2004: 43) distingue las garantías primarias, son obligaciones y prohibiciones, de las garantías secundarias, que son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.

4. — *¿Tienen un fundamento moral los DH?*

Dice Atienza (2003: 206-208) que la expresión «derechos humanos», tiene una fuerte carga emotiva, al grado que se les ha convertido en banco de pruebas para una teoría de la justicia, aunado a que carece de un significado descriptivo y, por ende, adolece de ambigüedad. Luego, es necesario precisar el contexto de uso del concepto, lo que obliga a referirlo a un determinado sistema normativo.

Si el sistema es: *a)* moral, estamos frente a exigencias de carácter ético; *b)* jurídico positivo, tendremos auténticos derechos jurídicos⁽¹⁸⁾; y si es, *c)* internacional, determinará pretensiones que se sitúan a mitad de camino entre el Derecho y la moral.

Los DH⁽¹⁹⁾ pueden concebirse como «derechos morales» muy básicos, dotados de un carácter reivindicativo, lo que equivale a un triunfo o conquista frente al soberano o autoridades que detentan el poder, además de ser inmanentes a cualquier hombre por el solo hecho de serlo y estar basados en progresividad.

La conclusión que se obtiene de lo expuesto es que los DH están inspirados en valores, compuestos de un elemento moral, en la medida que su fundamento y razones que los legitiman son de esa entidad.

5. — *¿Qué es universalidad?*

Una idea preliminar del principio de universalidad lleva a proponer que los derechos pertenecen o se extienden a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos; que son pretensiones, libertades, potestades, inmunidades o privilegios⁽²⁰⁾ comunes a todos los hombres sin excepción de ninguno.

⁽¹⁸⁾ En lo sucesivo a este concepto lo denominaré derechos fundamentales.

⁽¹⁹⁾ Considerando que estamos refiriéndonos a los que pertenecen a un sistema moral.

⁽²⁰⁾ Posiciones que el sistema adscribe a sujetos respecto a ciertos bienes y justifican articular una protección. Fundamento o regla del razonamiento práctico, Vid. ATIENZA (2003: 212).

Peces Barba (1994: 617) dice que «*La Declaración de 1789 era más que una declaración de derechos, era todo el programa político y constitucional de la modernidad, y en él ocupará un lugar preeminente la idea de universalidad de los derechos. Son naturales, inalienables e iguales para todos, y de ahí derivará su universalidad, que convierte a la Declaración en un modelo de organización política, con el poder limitado, con la supremacía de la ley, y con la afirmación capital de que una sociedad que carece de separación de poderes y de garantía de los derechos no tiene Constitución.*»

Alexy (2007: 238-239) dice que: «*Los derechos humanos se definen por cinco notas características. La primera es su universalidad (Universalität). Portador o titular de derechos humanos es toda persona en cuanto persona. La universalidad desde el lado del destinatario es más complicada. Algunos derechos humanos, como el derecho humano a la vida, se dirigen contra todos los que pueden ser sujetos de deberes y, con ello, contra toda persona, pero también contra todos los Estados y organizaciones. Otros derechos humanos, como el derecho humano a participar en la formación de la voluntad política, se dirigen solamente contra el Estado al cual pertenece el individuo o en el cual él vive.*»

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, resolución de la Asamblea General de la ONU, A/CONF.157/23; estableció en el párrafo tercero del preámbulo que: *Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización*»⁽²¹⁾.

Más adelante en el punto 1.5 de la Declaración estipula: *Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos*

⁽²¹⁾ Énfasis añadido.

y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁽²²⁾.

Destaca de lo transcrito, como aspectos cruciales, entre otros, que: a) el fundamento de los DH es la dignidad de las personas; b) la universalidad de los derechos, como un atributo *sine qua non* o esencial, lo que implica considerar e incluir a *todas* las personas humanas, con abstracción o *independencia* de las *circunstancias* históricas, geográficas o de otro tipo en que se encuentre un individuo; c) el respeto que debe darse a las circunstancias y contextos regionales y culturales; así como, d) el fin básico, consistente en promover, proteger y conseguir la efectividad de los derechos, importa mucho más garantizarlos, para todos, sin distinciones o discriminaciones, mucho más que reconocerlos.

Comentan García Ramírez-Morales (2012: 99) que: *Es el principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas.*

Es importante no perder de vista dos objetivos que se antojan antagónicos, “*todos los derechos*” son de “*todas las personas*” y, al mismo tiempo, distinguir y diferenciar peculiaridades de grupos o culturas, lo que conlleva a la *relatividad*, como una dicotomía no fácil de superar.

En estas condiciones, el principio de universalidad de los DH implica que, por su flexibilidad y naturaleza, se amolden a las contingencias y peculiaridades de cada persona, para estar *siempre* presentes. Lo anterior es el gran objetivo a conseguir, en este sentido: *Según el principio de la universalidad de los derechos humanos, cada Estado, en el ejercicio de la soberanía que su pueblo supuestamente le confía, más o menos democrática o coactivamente, tiene la potestad de adaptar dichas normas a las peculiaridades políticas, religiosas y culturales de dichos pueblos, pero en ningún caso contradecir abiertamente lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos. El derecho de actuar conforme a las propias convicciones culturales o religiosas no debe servir de pretexto, es decir, no deben invocarse e interpretarse los derechos culturales de modo que supongan la violación o denegación de otros derechos humanos. Pero, ya se ha señalado, esto no resulta nada sencillo en el mundo actual*⁽²³⁾.

⁽²²⁾ <http://www.unhcr.ch>.

⁽²³⁾ G. GARCÍA. Attac Madrid <http://www.attacmadrid.org>.

6. — *¿Existen críticas a la universalidad?*

Algún sector de doctrina ve en el principio de universalidad una suerte de “imperialismo cultural” occidental. Correlativamente, otros critican el relativismo resultante de positivizar los DH, produciendo, eventualmente, prácticas que violan la dignidad humana.

Al margen de este debate, otra postura de oposición considera que con la adopción de un catálogo de DH *erga omnes*, dirigida a evitar ambigüedades en la protección de los elementos más esenciales de la dignidad humana, se provoca que en la búsqueda de aquellos elementos mínimos que constituyen la dignidad del ser humano, se omitan las diferentes visiones sobre lo que conlleva aquella dignidad. Es así que el relativismo resultante de positivizar DH provoca que el Derecho se quede corto ante las aspiraciones de un determinado pueblo, por lo cual, sería pertinente la rearticulación teórica del concepto de universalidad a efecto de brindar una solución al vacío de especificidad en el catálogo internacional de DH. ⁽²⁴⁾

7. — *Planos de la universalidad.*

Peces Barba (1994: 614-615) dice respecto a la universalidad que: *Cuando se habla de universalidad de los derechos se están diciendo al menos tres cosas diferentes, aunque vinculadas en su raíz. Si nos situamos en el plano lógico ⁽²⁵⁾, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal ⁽²⁶⁾, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial ⁽²⁷⁾*

⁽²⁴⁾ Vid. FUENTES (2006: 70).

⁽²⁵⁾ Ámbito de la razón. Sus contrarios son el utilitarismo y el relativismo.

⁽²⁶⁾ Ámbito de la historia. Sus contrarios son el historicismo y el romanticismo.

⁽²⁷⁾ Ámbito de la cultura y el cosmopolitanismo. Su contrario es el nacionalismo.

por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción⁽²⁸⁾.

8. — *Lógico / racional.*

En relación con la problemática que se presenta en el plano lógico o racional, resulta que, la universalidad, como predicado de los DH, hace usualmente referencia a los titulares de esos derechos, determinando materialmente a los sujetos a quienes se adscriben. En ese contexto se tiene que si bien “universalidad⁽²⁹⁾” significa que los DH se adscriben a todos los seres humanos, sucede también que es rasgo propio de los DH, omitir cualquier referencia a circunstancias, condiciones y contextos, porque tales derechos tienen vocación de ser adscritos a todos al margen de ellas, situación difícil de conciliar en tanto que los sistemas jurídicos al redactar y establecer los DF, cada cual crea o impone condiciones. En efecto, los DH al positivarse por ser incorporados al ordenamiento y transmutarse en DF, resultan sujetos y condicionados a circunstancias y contextos. Como consecuencia de ello surge la interrogante ¿Puede ser universal la norma que prevé DH cuando los sujetos, grupos, ideologías, circunstancias o contexto son distintos? ¿Cómo dar cabida y consolidar la universalidad a la par de la relatividad?

A este respecto Laporta (1987: 32-33) propone resolver esa encrucijada de la siguiente forma: «(...) entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son

⁽²⁸⁾ Siempre es patente la intercomunicación de las problemáticas, énfasis y comentarios añadidos.

⁽²⁹⁾ En casos generales la universalidad puramente lógica admite incluir en el enunciado universal cualquier circunstancia del caso, condición del sujeto y características del contexto [Por ejemplo: «Para todo X, tal que X esté en la circunstancia A, cumpla la condición B y viva en el contexto C, X tiene derecho a (...)»].

universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando. / Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como “derechos morales” y no como “derechos legales”»⁽³⁰⁾.

Peces Barba (1994: 623-624) acepta parte del cuestionamiento de Laporta aunque corrige la postura radical de tener que considerar a los DH como morales⁽³¹⁾ y negarles toda calidad jurídica: *«La universalidad como a priori no se puede predicar desde la positividad, tampoco tiene mucho sentido afirmar para proclamarla como hemos dicho, que los derechos son morales y deben ser considerados exclusivamente desde esa vertiente. Lo importante es, a mi juicio, que la universalidad tiene que plantearse desde la moralidad y en nuestro caso desde la de los derechos, desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos, cuando se positivizan. En el fondo, al menos en parte, estamos ante una mera disputa verbal estipulando un sentido u otro para el término “derechos”».*

En consecuencia Peces Barba (1994: 626) propone: 1. *La universalidad racional es de la moralidad básica de los derechos, y no de cada derecho como derecho moral.* 2. *Este punto de vista se extiende tanto a la temporal como a la espacial, aunque en esta última deben tenerse en cuenta la crítica realista y los elementos sociales culturales y económicos que son obstáculo para la efectiva implantación de los derechos.* 3. *Sin la solución de estos problemas, muchos derechos serán imposibles en esas sociedades, e incluso los que no tienen relación directa con la escasez y con la pobreza, sufrirán por el analfabetismo y la falta de nivel cultural.* 4. *La universalidad espacial o territorial es una meta a alcanzar o un punto de llegada que debe superar los nacionalismos, los particularismos, y las teorías de la jurisdicción doméstica en este campo.*

⁽³⁰⁾ LAPORTA (1987: 32-33).

⁽³¹⁾ Parte de la idea que moral y Derecho no pueden confundirse, que se deben distinguir, ya que no puede hablarse de derechos hasta en tanto se incorporan al Derecho positivo antes no tienen tal naturaleza. Las normas morales se convierten en Derecho hasta que se incorporan el ordenamiento positivo con lo cual queda consumada la transformación de normas morales en jurídicas lo que no puede ni debe ser ya ignorado ni desatendido.

9. — *Ámbitos de la universalidad.*

La universalidad de los DH puede ser apreciada o enfocada desde algún ámbito, tal como el: *a)* jurídico, *b)* moral o valorativo, *c)* político, *d)* social y *e)* histórico. En seguida una somera mención a tres de ellos

10. — *Ámbito jurídico.*

Para Ferrajoli, la universalidad tiene que ver con la *forma* en que están redactados los preceptos que contienen DF. En ese sentido dice Carbonell (2012: 387): «*Si su forma de redacción permite concluir que un cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase*⁽³²⁾ (*menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres e indígenas: lo importante es que esté adscrito a todas las personas que tengan la calidad establecida por la norma*), entonces estamos ante un derecho fundamental. Si por el contrario, una norma jurídica adscribe un derecho solamente a una parte de los miembros de un grupo, entonces no estamos frente a un derecho fundamental sino ante un derecho de otro tipo».

Es así que Ferrajoli (2004: 37) propone una definición formal propia de una perspectiva positivista: «(...) son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/ o autor de los actos que son ejercicio de éstas».

Una connotación de los DH es la de ser derechos *erga omnes* cuando los titulares son todos los seres humanos, con independencia de un título adquisitivo.

Correlativamente y respecto al destinatario u obligado, los derechos son

⁽³²⁾ Lo que exige esté normativamente reconocida y determinada.

absolutos cuando se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos a cualquier autoridad y a todos los Estados ⁽³³⁾; son relativos, en cambio, si solamente son oponibles a, por lo menos, un ser humano, un grupo, cierta autoridad o un Estado ⁽³⁴⁾. Estas clasificaciones miran al aspecto de universalidad o relatividad en lo concerniente a los sujetos.

11. — *Ámbito moral o valorativo.*

De aceptar cualquiera de las posturas planteadas por Laporta (quien conviene con la posibilidad de ubicar a los DH en la esfera moral, y por ende fuera del ámbito del sistema jurídico) o por Peces Barba quien sólo reconoce pretensiones morales justificadas del Derecho positivo o de Atienza cuya posición se sitúa en exigir un fundamento moral de los DH, lo que resulta cierto como conclusión, es que tan sólo es universal o universalizable los valores (esencia, naturaleza o pretensiones morales) de los DH, elemento sine qua non de *legitimidad* y justicia de cualquier orden jurídico, la cual se matiza, tropicaliza o adecua por cada cultura, sociedad y época, reconociendo y describiendo lo que se considera pertinente como DF pero siempre imponiendo circunstancias y contextos históricos, geográficos, políticos y culturales.

Por tanto, la universalidad solo se puede predicar de esos aspectos morales o nueva moralidad pública que se pretende imponer de manera universal.

Fuentes (2006: 72) citando a Donnelly, propone la reestructuración del principio de universalidad de los DH, señalando que al proteger bienes jurídicos universales ⁽³⁵⁾, justifican una interpretación acorde a ellos y conforme a la realidad cultural de los pueblos.

⁽³³⁾ Ejemplo de ellos es el derecho a la vida.

⁽³⁴⁾ Un ejemplo de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte. Un ejemplo de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación. Vid. CARBONELL (2012: 388).

⁽³⁵⁾ Bajo este concepto puede ubicarse como equivalente el aludido fundamento o aspecto moral de los DH.

El resultado viene a ser las estipulaciones normativas en tratados de DH o constituciones (DF en concreto y específico, tal como libertad de expresión, tutela judicial efectiva, derechos sociales, etc.) que son regulados de manera heterogénea y a modo o ad hoc por cada orden normativo.

En este mismo sentido Vázquez y Serrano (2012: 139) opinan: «*De esta forma, la moralidad de los derechos nos lleva necesariamente a la idea de dignidad humana, a los grandes valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Así, “la universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada)”. Desde esta lógica, lo universal es la moralidad básica de los derechos más que los derechos mismos.*».

12. — *Ámbito político.*

La universalidad puede apreciarse en el ámbito político tal como Carbonell (2012: 388) lo acota: «*(...) todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren, deberían tener al menos el mismo núcleo básico de derechos fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos.*».

13. — *Aceptabilidad y accesibilidad, especificidades de la universalidad.*

En el contexto de los DESC⁽³⁶⁾, el principio de universalidad ha tenido una peculiar recepción y desarrollo, en especial al considerar los DH relativos a la educación, proveyendo una serie de peculiaridades que deben satisfacerse, con el propósito de consolidar el disfrute de tales derechos al universo de titulares y en razón de conseguir que su disfrute sea lo más efectivo.

El Comité DESC de la ONU, en su 21º período de sesiones, 1999, emitió

⁽³⁶⁾ Derechos económicos, sociales y culturales.

la Observación General, N. 13⁽³⁷⁾ que analiza el contenido normativo del artículo 13 del PIDESC⁽³⁸⁾. Precisa cuáles deben ser las características de la educación, analizada como un derecho social básico para el desarrollo de las personas. Entre otras alude a la: a) Disponibilidad. *Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte.* b) Accesibilidad. *Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte.* c) Aceptabilidad. *La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables.* d) Adaptabilidad. *La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.*

14. — *Adaptabilidad dinámica y evolutiva.*

Considerando que la universalidad de los DH se da a partir y en razón de su naturaleza moral⁽³⁹⁾ y no de la positividad de los derechos en específico, se entiende como la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante “CorteIDH”] partiendo de que lo central es el titular⁽⁴⁰⁾ y hacer efectivo el principio *pro persona*, establece correlacionar los valores y fines con la realidad, reinterpreta e incluso redimensionando los DH a partir de atender las necesidades locales que merecen ser acogidas y resueltas.

⁽³⁷⁾ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Committee on Economic, Social and Cultural Rights - General Comments, <http://www2.ohchr.org>, <http://daccess-ods.un.org>.

⁽³⁸⁾ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁽³⁹⁾ Sea que se les considere como derechos morales o en razón del elemento y pretensión de moralidad que les resulta innato a los derechos positivizados en tratados o constituciones, tal como las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos, según la expresión de Peces Barba (1994: 623).

⁽⁴⁰⁾ Comentan VÁZQUEZ y SERRANO (2012: 144) que: El funcionamiento del DIDH nos da un par de claves para aterrizar el principio de universalidad: la centralidad del sujeto de derechos en su contexto y la reinterpretación de los derechos a partir de las necesidades locales.

En efecto para la CorteIDH son muy importantes los fines reivindicativos y la realidad sobre la que inciden los DH violados, que es la sustancia; razón por la cual, cobran especial relevancia las víctimas. Es así que los *hechos* constitutivos de la violación y los que se derivan como consecuencias, son muy importantes y determinantes para establecer la responsabilidad de los agentes estatales o particulares, destinatarios de los DH y la posterior reparación ⁽⁴¹⁾. La idea es evitar esos hechos, revertirlos cuando sea posible, indemnizar en su caso y garantizar que no vuelvan a repetirse. En este sentido Vázquez y Serrano (2012): *Así, la interpretación de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos interamericanos no se realiza en el vacío, sino que es un producto dialógico resultante de dimensionar los derechos y las obligaciones a la luz de las condiciones y contexto de las víctimas. Los derechos humanos responden y se adecúan a las demandas, y no al contrario.*

La brújula que determina el objetivo de las decisiones es la eficacia de los *valores* ⁽⁴²⁾, elemento que fundamenta a los DH, respecto de los que rige el principio de universalidad ⁽⁴³⁾ por virtud del cual se busca que cada día sea mayor el número de sujetos titulares, con la mejor expresión o dimensión de objetos, capaces de generar, en los casos concretos, la óptima protección y garantía a todos los titulares.

Para conseguirlo, se requiere de un medio o instrumento adecuado para corregir esa afectación a la realidad (hechos), evitarla o desincentivar actos perniciosos y conseguir, en la medida de lo posible la restauración, de acuerdo a los fines pretendidos y legítimos (valores). Ese instrumento es el *Derecho*, entendido como sistema normativo que debe ser eficaz para lograr esos objetivos y su trascendencia en el mundo de los hechos, en la realidad,

⁽⁴¹⁾ En México ahora estos aspectos son muy relevantes, considerando el texto del párrafo 3° del artículo 1° constitucional que establece como obligaciones del Estado prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los DH.

⁽⁴²⁾ Últimos o utilitarios, pero entendidos como razones morales que legitiman a la norma jurídica.

⁽⁴³⁾ Cuyo propósito es ir sumando el mayor número de sujetos titulares al óptimo posible de beneficios. El propósito según VÁZQUEZ y SERRANO (2012: 145) es: Si los derechos son universales en tanto deben poder predicarse de todas las personas, entonces deben ser usados de forma tal que sean útiles para proteger a las personas.

para lo cual debe ser lo suficientemente dúctil y evolutivo, de conformidad con los propósitos de valores, en razón de conseguir o acomodarse acorde a su eficacia. La «*interpretación debe servir para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados y sus efectos propios (effet utile*»⁽⁴⁴⁾)»⁽⁴⁵⁾.

Este uso, o si se quiere manipulación⁽⁴⁶⁾, del ordenamiento, sólo es posible si se parte de que lo universal sea el contenido y factor moral de los DH, ya que será la razón de que se vayan concediendo ampliando o actualizando los derechos específicos, pertinentes y *ad hoc*, derivados del valor que subyace, a manera de que siga siendo vigente, operativo y útil el cualificador moral. El criterio rector determina que la interpretación y alcance de los derechos tenga el carácter de evolutivo en la medida que debe optimizar la respuesta y resultado conforme a fines morales de circunstancias cambiantes, no obstante que el texto se mantenga, el sentido y significado debe irse actualizando y amoldando a manera de conseguir el *effet utile* de la norma en función de privilegiar su contenido moral y resultados pragmáticos.

Parece obvia la aplicación de la teoría tridimensional del Derecho, *hechos* son la sustancia, escenario y resultado, efectividad de los *valores* son el fin a conseguir, a través del *Derecho* que es el medio instrumental.

Vázquez y Serrano (2012: 147) partiendo del presupuesto que los DH son exigencias éticas justificadas por lo que deben ser protegidas eficazmente, comentan: «*De acuerdo con lo anterior, la universalidad, desde un punto de vista práctico, debe permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos. Los criterios de interpretación y aplicación deben responder a este principio general, que pretende cubrir a la mayor cantidad de titulares de derechos bajo*

⁽⁴⁴⁾ 46 Principio de efectividad que induce a privilegiar y consolidar la eficacia de las cláusulas de DH, en especial, de sus efectos propios, en el sistema interamericano en el sentido de que son indispensables para la protección del derecho cuya tutela se reclama.

⁽⁴⁵⁾ VÁZQUEZ y SERRANO (2012: 145).

⁽⁴⁶⁾ En una perspectiva estrictamente formalista, modalidad extrema del positivismo, no parece concebible que el texto normativo tenga más significado que el literal y fuera de contexto, por lo que se “sataniza” cualquier intento por conocer, despejar o descubrir el espíritu de la regla, que es la verdad, a partir de un enfoque valorativo, para que efectivamente sea aplicado.

su protección. Lo anterior implica que debe mirarse tanto a quienes directamente se busca proteger como a las demás personas, especialmente a las más desprotegidas».

15. — *CorteIDH.*

Como ejemplos de aplicación judicial de las ideas expuestas se citan, en lo conducente, párrafos de sentencias emblemáticas de la CorteIDH.

Caso Comunidad indígena *Yakye Axa* Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005⁽⁴⁷⁾.

51 Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.

Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, sentencia de 15 septiembre de 2005.

Algunas cuestiones puntuales que se derivan de este fallo son: *a)* Los tratados de DH son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar la *evolución* de los tiempos y las condiciones de vida actuales; *b)* En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre *elegirse* la alternativa *más favorable* para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. *c)* Los tratados y su

⁽⁴⁷⁾ Un caso precedente de este caso y el subsecuente es: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, en especial, párrafos 146-148.

mecanismo de implementación colectiva, conllevan la necesidad de aplicar e *interpretar* sus disposiciones, de acuerdo con su *objeto* y *fin*, de modo a asegurar que los Estados Partes *garanticen* su cumplimiento y sus *efectos* propios (*effet utile*).

El texto del párrafo relevante es: 106. *Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.*

En clara referencia a estas decisiones y sobre todo al criterio que las inspira, el comentario de Vázquez y Serrano (2012: 145) es: *La Corte simplemente le da sentido a las obligaciones generales bajo principios amplios de interpretación que se desprenden de la propia universalidad de los derechos. Para el Tribunal Interamericano, los tratados internacionales son «instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales».*

16. — Corte Constitucional de Colombia.

En esta muy elocuente tesis confirma la flexibilidad que la norma debe conceder y aceptar en su interpretación buscando privilegiar conseguir las mejores circunstancias.

Derechos Fundamentales – Universalidad. – *Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las*

contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se “suspenden” los derechos humanos y que, en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario. Se deduce que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido⁽⁴⁸⁾.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003.
- ALEXY, Robert, *¿Derechos Humanos sin Metafísica?*, Alicante, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, Universidad de Alicante, 2007.
- ALEXY, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, Derechos y libertades, núm. 8, Madrid, enero junio de 2000. orff.uc3m.es/bitstream/10016/1372/1/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf.
- CARBONELL, Miguel, Comentario al artículo 1º constitucional en la obra colectiva, *Derechos del pueblo mexicano*, tomo I, México, Cámara de Diputados, Miguel Ángel Porrúa, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2004.
- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *La Concepción del Derecho en las Corrientes de la Filosofía Jurídica*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año 1997, Número 90, Septiembre-Diciembre, ISSN 0041 8633, Nueva Serie Año XXX, México, IIJ, UNAM.
- FUENTES, Carlos Iván, *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa*, Revista CEJIL Año I, N° 2 - Debates

⁽⁴⁸⁾ Sentencia No. C-045/96, Corte Constitucional Colombiana, Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

sobre los derechos humanos y el sistema interamericano, septiembre 2006 <http://cejil.org/publicaciones/revista-cejil-2>.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 2001.

GARCÍA, Guillermo, Attac Madrid <http://www.attacmadrid.org>.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa UNAM, 2012.

LAPORTA, Francisco, *Sobre el concepto de derechos humanos*, Alicante, Revista Doxa, n° 4, Universidad de Alicante, 1987.

OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío y GONZÁLEZ GARCÍA, Jonathan Alejandro, *Los derechos humanos desde una perspectiva tridimensional*, (2008), Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco (CEDHJ), <http://www.cedhj.org.mx/instituto>.

PAPACCHINI, Angelo, *Filosofía y derechos humanos*, Santiago de Cali: Editorial Universidad del Valle, 1997.

PECES BARBA, Gregorio, *La universalidad de los derechos humanos*, Alicante, Doxa [Publicaciones periódicas]. N° 15-16 - Universidad de Alicante, 1994.

VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, apuntes para aplicación práctica*, en la obra colectiva *La reforma constitucional de derechos humanos*, coordinada por Miguel Carbonell y Pedro.

Salazar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y UNAM, 2012.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2000.

ANDREA SASSI (*)

STATO DI FIGLIO E DIRITTI FONDAMENTALI NEI SISTEMI ITALIANO ED EUROPEO

ABSTRACT: The essay – starting from the reform of the status of child within the Italian legal system, which came into force on 7th February 2014 – analyses family relationships, with special reference to the one between parents and children. In particular, the author highlights that relationship of filiation involves the completion of means of protection set forth by private law in favor of the human being. In fact, the current system does not depend on the existence of a marriage-based family and attaches value to the relationship among individuals. Therefore, the protection of children belongs nowadays to the law of persons rather than to the family law.

SOMMARIO: 1. “Individualismo dello *status*” e bilanciamento degli interessi. — 2. Funzione e rilevanza dell'accertamento della filiazione. — 3. Atto di nascita, titolarità e responsabilità. — 4. Diritto alla genitorialità. — 5. Diritto alla parentela e diritto all'ascolto. — 6. Principio di verità biologica e interesse del figlio.

1. — “*Individualismo dello status*” e bilanciamento degli interessi.

Nell'ordinamento italiano, come in tutti i paesi dell'Unione Europea, il sistema dell'accertamento della filiazione⁽¹⁾ è il frutto del bilanciamento degli interessi dei singoli soggetti che partecipano ai rapporti familiari.

La nozione di rapporto familiare e, di conseguenza, quella di titolo costitutivo di esso hanno subito in questi ultimi decenni significativi cambiamenti,

(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”; Progetto Jean Monnet Modules 2013/2016 “Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments”, finanziati dall'Unione Europea, EACEA, nell'ambito del Programma Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

(1) Su cui, di recente, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, p. 251 ss.

che incidono fortemente sul concetto stesso di stato giuridico di figlio. Questo, infatti, non si fonda più sull'appartenenza ad un gruppo sociale in quanto tale, ma è conseguenza dell'accertamento del legame (di regola di natura biologica) che unisce il nato ad uno o più soggetti. E detto legame può essere immediato o mediato: il primo si instaura verso il genitore a seguito dell'accertamento della discendenza diretta o del riconoscimento della genitorialità affettiva nei casi previsti dalla legge (adozione o accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo); il secondo è conseguenza di quello accertato verso il genitore e, quindi, del legame giuridicamente rilevante già esistente tra il genitore stesso e il titolare del rapporto con il nato, rapporto che si qualifica come parentela derivante da ascendenza o collateralità. In nessuno di due casi la titolarità discende dall'appartenenza ad un gruppo ed anzi prescinde da questa, che è conseguenza dell'accertamento e non viceversa.

La prospettiva, quindi, si è completamente rovesciata rispetto a quella che per secoli ha costituito il fondamento dei rapporti familiari, in cui era proprio l'appartenenza al gruppo ad attribuire legittimazione al singolo individuo⁽²⁾. Essa derivava dall'applicazione dei principi del diritto romano, che aveva conservato l'idea precivica di *familia* come microrganismo dotato di proprie regole e soggetto al potere assoluto del capostipite (*paterfamilias*): in quest'ottica la legittimazione avveniva proprio per la partecipazione alla *familia*, che poteva derivare da legami di sangue (*cognatio*) ovvero dall'accrescersi alla comunità di altri membri liberi (*agnatio*)⁽³⁾. E, certamente, anche

⁽²⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, spec. p. 288.

⁽³⁾ Sul punto v. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6ª ed., Napoli, 1999, su cui la preziosa analisi di A. TRISCIUOGGIO, *Recensione a G. Franciosi, Clan gentilizio e strutture monogamiche, Jovene, Napoli, 1999* (6ª ed.), in *Arch. giur. Serafini*, 120 (2000), 651 ss.; più di recente e in maniera specifica, C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid, 2009, p. 25 ss., spec. pp. 36 ss. e 43 ss.; e, anche con riferimento alla posizione dell'*uxor in manu*, C. FAYER, *La familia romana. Aspecti giuridici e antiquari*, I, Roma, 1994, pp. 201 ss. e 413 ss. La *potestas* del *paterfamilias* arrivava sino allo *ius vitae ac necis* e al potere di compravendita dei figli (tramite *mancipatio*), che, sebbene considerato a partire dal diritto classico inefficace (in quanto avente ad "oggetto" uomini liberi) continuava ad essere utilizzata nella prassi: C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem... conparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero*, Perugia, 2003,

il modello preso a riferimento dal legislatore costituente negli artt. 29 e 30 risente di questa impostazione, che si traduce nella legittimazione attribuita dall'appartenenza alla famiglia, quale società naturale (cioè costituita sull'unione affettivo-procreativa di persone di sesso diverso⁽⁴⁾) fondata sul matrimonio: famiglia, appunto, legittima.

p. 13 ss.; sui contenuti della *potestas*, con una sintesi assai efficace, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 2^a ed., Napoli, 1963, p. 302 s.; più specificamente, J.P. NÉRAUDAU, *Il bambino nella cultura romana*, in E. BECCHI e D. JULIA (a cura di), *Storia dell'infanzia*, I, Roma-Bari, 1996, p. 30 ss. Un'approfondita analisi ricostruttiva si rinviene in A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 511 ss.; sui riflessi di detta impostazione sulla cultura successiva, pervasa dai principi del cristianesimo, Alb. DONATI, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Padova, 2004, p. 193 ss.

⁽⁴⁾ Per un ampio quadro del dibattito in seno alla costituente, visto in chiave critica con riferimento al pensiero storico-filosofico sulla comunità familiare, Alb. DONATI, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 210 ss. e 239 ss., spec. p. 242 ss. Nell'evoluzione della nostra cultura l'elemento procreativo è preminente, consentendo la perpetuazione della specie, quindi, della comunità familiare e, in prospettiva più ampia, della società civile. Il matrimonio cristiano, infatti, «che non senza difficoltà comincia ad entrare nell'uso del Duecento», è visto come il tentativo di porre rimedio alla concupiscenza e la copula tra uomo e donna è accettata al fine della procreazione [così J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di F. Cataldi Villari, 2^a ed., Roma-Bari, 2008, p. 27; preziosi spunti di riflessione si rinvergono negli studi di altri storici francesi, che si sono occupati della questione: G. DUBY, *I peccati delle donne nel Medioevo*, trad. italiana di G. Viano Marogna, 5^a ed., Roma-Bari, 2008, p. 105 ss.; ID., *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, trad. italiana di M. Garin, Roma-Bari, 1988; v. anche G. DUBY e M. PERROT (a cura di), *Storia delle donne*, II, *Il Medioevo* a cura di C. Klapisch-Zuber, trad. italiana, 8^a ed., Roma-Bari, 2009, ove, in particolare, i contributi di C. CASAGRANDE, *La donna custodita*, p. 98 ss.; P. L'HERMITE-LECLERCQ, *Le donne nell'ordine feudale*, p. 265 ss.; C. FRUGONI, *La donna nelle immagini, la donna immaginata*, p. 424 ss.]. In effetti, sino al secolo XI la Chiesa si era adeguata all'assunto secondo cui «*consensus fecit nuptias, non concubitus*», ma in seguito – con la riforma gregoriana [operata da Papa Gregorio VII (1073-1083)] e della conseguente netta distinzione della comunità in chierici e laici, ribadita e approfondita nel I Concilio Lateranense del 1123, nonché del recepimento del modello di matrimonio in uso presso i popoli germanici (longobardi *in primis*), pervaso dall'idea di sottomissione della donna, il cui consenso non aveva valore – si fa strada una diversa concezione, secondo la quale, oltre alla manifestazione del consenso, è necessaria la *copula carnalis* (cfr. ancora J. LE GOFF, *op. cit.*, p. 28 ss.). Il principio, del resto, è affermato esplicitamente da Graziano nella *quaestio* II della *Causa XXVII* del Decreto, che distingue tra *matrimonio iniziato* (che sorge col consenso) e *matrimonio rato* (che si stabilisce, invece, col successivo intervento della copula, portando così a completamento la fattispecie sul piano giuridico): v. M. MECONCELLI, *La posizione di Graziano sul matrimonio*, in F. REALI (a cura di),

Ma l'evoluzione della normativa italiana – sull'onda di quella dell'Unione Europea, in cui, del resto, è ancor più sentita l'esigenza di non aderire ad uno schema predeterminato di famiglia – ha portato al superamento di un tale modello⁽⁵⁾, volgendo sempre di più verso quello che potremmo definire come “individualismo dello *status*”. Preferiamo utilizzare tale espressione in luogo di altre che pure risulterebbero appropriate, significando così sottolineare la tendenza a considerare prevalenti i diritti, i fini, le iniziative e le azioni del singolo individuo su quelli del gruppo, mutuando i fondamenti posti alla base della dicotomia, proposta su larga scala (nei rapporti tra cittadino e Stato), per distinguere l'individualismo dal socialismo o dallo statalismo, dicotomia che ha impegnato gli studiosi e gli intellettuali essenzialmente a

Graziano da Chiusi e la sua opera. Alle origini del diritto comune europeo, (Edizioni Lui) Chiusi, 2009, p. 223 ss., spec. p. 226 ss. Peraltro, il superamento in quel periodo storico della rigida concezione del peccato non è prerogativa esclusiva dell'ambito familiare: emblematico è il percorso compiuto per distinguere le *usurae* dal giusto profitto, su cui si rinvia a A. SASSI, *Usura pecuniaria e usura reale tra tradizione e rinnovamento del diritto civile italiano*, in *Juripolis. Revista de derecho y política del Tecnológico de Monterrey*, 2/2010, p. 195 ss. E un tale modello è alla base della cultura giuridica europea, come si ricava anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361, con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e *ivi*, c. 1701, con nota di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2010, p. 979; in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Giur. it.*, 2011, p. 537, con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*; nonché da quella della Corte di giustizia dell'Unione: cfr., in particolare, Corte giust., 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, 2001, p. I-04319; in questa sentenza [su cui A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO e A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.] si afferma che «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di “funzionario coniugato” persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio».

⁽⁵⁾ V. già G. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in *Iustitia*, 2012, I, p. 129, secondo il quale «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*».

cavallo tra i secoli XIX e XX e che, in campo giuridico, si è tradotta in particolare in quella tra *homo* e *persona*, e, in prospettiva più ampia, tra giusnaturalismo e giuspositivismo e, quindi, in definitiva nella possibilità per lo Stato di intervenire nello svolgimento delle relazioni interpersonali ⁽⁶⁾.

Con ciò, tuttavia, non si intende: *a)* né affermare che i rapporti familiari interpersonali valgono per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione o formalizzazione ⁽⁷⁾, poiché, come si vedrà tra breve, è proprio l'accertamento che costituisce lo *status* e, quindi, il rapporto di filiazione rilevante per il diritto civile, senza il quale il nato viene tutelato come “individuo”, ma non come “figlio”; *b)* né riprendere il percorso compiuto dallo “*status*” al “contratto” e viceversa, che, anzi, risulta così superato, in quanto le situazioni personali intersoggettive vengono tutelate come tali e a prescindere dall'appartenenza ad un gruppo, ma con strumenti che non possono essere affidati alla mera volontà delle parti e alla loro forza contrattuale: è sempre il sistema, infatti, a doverle realizzare in via obbligatoria e vincolante, in attuazione di tutti i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento a quelli del figlio, soggetto debole ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. specificamente, in tempi risalenti, U. BIONDI, *Individualismo o socialismo? Problemi di legislazione sociale*, (S. Lapi) Città di Castello, 1887, spec. p. 6 ss.; tra i civilisti spiccano le pagine di E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale. Prolusione al corso di diritto civile letta nella R. Università di Napoli*, (Luigi Pierro Editore) Napoli, 1891, spec. p. 12 ss.; e, in relazione all'importanza delle codificazioni, di E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati Moderni. Prolusione letta nella R. Università di Roma*, in ID., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, (S. Carabba Editore) Lanciano, 1889, spec. p. 21 ss.; in tempi recenti tali questioni sono state approfondite su larga scala da Alb. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Roma, 2007, p. 225 ss.; ID., *Homo e Persona. Inherent Dignity e Menschenwürde*, in AA.VV., *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno internazionale in onore di Giuliano Crifò*, Roma, 2009, I, p. 73 ss.; ID., *Scienza della natura ed etica*, con prefazione di T. Perna e postfazione di F. Cozzetto, Soveria Mannelli, 2014, p. 191 ss.; in chiave storica, ma con uno sguardo anche ai rapporti familiari, G. ALESSI, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, 2006, pp. 31 ss. e 85 ss.

⁽⁷⁾ Così, in termini generali, D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 149.

⁽⁸⁾ Sul richiamato percorso dallo *status* al contratto e viceversa, di recente, v. almeno G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1993, p. 238 s.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 39 ss.; V. SCALISI, *Lo status di figlio legittimo da adozione*, in ID., *Categorie*

La dottrina più avveduta ha da ultimo evidenziato i rischi della tendenza ad individualizzare lo *status* e la necessità di uscire da una logica di contrapposizione degli interessi familiari per accedere ad un “equilibrio delle libertà”, dove il concetto di *status* va inteso quale formula comprensiva di diritti e doveri reciproci e coesenziali⁽⁹⁾. Ma la strada è tracciata: reciprocità e coesenzialità sussistono nei rapporti interpersonali tra i componenti della famiglia e non verso il gruppo sociale di appartenenza⁽¹⁰⁾.

Ciò posto, in Italia, si è arrivati – attraverso le novità introdotte dall’ultima riforma della filiazione operata con l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, entrato in vigore il 7 febbraio 2014 – ad attribuire rilevanza allo stato di figlio in quanto tale, sia verso il genitore che verso i parenti⁽¹¹⁾. Viceversa, nel secolo scorso l’interesse del

e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno, Milano, 2005, spec. p. 382; G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 104 ss.

Sulla rilevanza assolutamente centrale dell’interesse del minore v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 547 ss.; G. CIAN, *Recensione ad Antonio Palazzolo, La Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007 (1ª ed.), in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, spec. pp. 482 e 485.

⁽⁹⁾ C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell’interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, p. 248.

⁽¹⁰⁾ V. già A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 257, che parla di astrattezza del rapporto organico tra il membro e il gruppo, se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i membri; e P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, pp. 669 e 919 ss., secondo il quale è la famiglia ad essere funzionale alla realizzazione delle esigenze individuali e non viceversa. Per una rimediazione del concetto di *status* nell’ambito delle relazioni familiari, C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1135 ss.; S. STEFANELLI, *Status e modelli procreativi nel sistema attuale*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 51 ss.; in prospettiva europea, R. CIPPITANI, *Riforma dello status e fonti comunitarie*, *ivi*, p. 119 ss.; V. COLCELLI, *Status di minore e status individuali nell’Unione Europea*, *ivi*, p. 153 ss.; più in generale, sul concetto di *status* in chiave attuale, di recente, G. ALPA, *Status*, in M. ÁLVAREZ LEDESMA e R. CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 649 ss.

⁽¹¹⁾ V., di recente, M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 7 ss., il quale avanza dubbi sulla compatibilità del modello unificato di filiazione con l’art. 29 Cost., dubbi che possono a nostro avviso essere superati soltanto in considerazione dei caratteri attuali dello stato di figlio, costruito come relazione intersoggettiva, che prescinde, quindi, dal modello di famiglia fondata sul matrimonio e, come tale, non la influenza,

compilatore era quasi esclusivamente orientato alla salvaguardia dell'unità della famiglia legittima⁽¹²⁾, e quindi, in ultima analisi, alla tutela del patrimonio familiare. Così, ad esempio, si prevedevano divieti e limitazioni: *a)* al disconoscimento di paternità (v. l'abrogato art. 235 c.c.); *b)* al riconoscimento della prole nata fuori del matrimonio (v. l'art. 274 c.c., dichiarato incostituzionale⁽¹³⁾) e a quella incestuosa, riguardo alla quale ultima vigeva il divieto

tanto più che la tutela della famiglia legittima va sempre vista in relazione alla rilevanza dell'affettività (A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 584) e che l'interesse del minore è sempre preminente (art. 24, 2° comma, C.d.f.U.E.). Infatti, l'esistenza del rapporto genitoriale (e parentale), costruito come del tutto svincolato dalla presenza di legami tra gli autori della procreazione, non incide in nessun caso sulla situazione familiare eventualmente presente, non ricevendo da essa alcuna legittimazione: è soltanto l'accertamento della genitorialità biologica (o affettiva nei casi previsti dalla legge) a determinare la costituzione dello stato di filiazione. Le considerazioni che precedono valgono anche nel caso di filiazione parentale, ove la costituzione è subordinata all'autorizzazione del giudice (artt. 251 e 278 c.c.), dovendo esso valutare soltanto l'interesse del figlio, prescindendo dai valori di unità della famiglia legittima e di tutela dell'affettività dei suoi membri.

⁽¹²⁾ Su cui P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 7 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 929 ss. La preminenza dell'interesse dei figli, anche se nati fuori del matrimonio, sulle esigenze della famiglia legittima era già sottolineata da Gioacchino Scaduto ancor prima dell'emanazione della Carta costituzionale: cfr. G. SCADUTO, *Note sul regolamento della filiazione naturale secondo il progetto del Libro I del cod. civ.*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche e sociali della Regia Università di Messina*, V, Messina, a.a. 1930-31, p. 5 ss., ora in ID., *Diritto civile* a cura di A. Palazzo, Perugia, 2002, p. 759 ss.; e, successivamente, ID., *Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione*, in *Iustitia*, 1965, p. 43 ss., ora in ID., *Diritto civile*, cit., p. 777 ss.

La crisi dell'unità familiare è da tempo sottolineata dalla dottrina che si occupa di pedagogia dell'educazione, che parla di "famiglia frammentata" o di "famiglia segmentata", significando la tendenza ad armonizzare sempre meno ciò che rappresenta il bene personale di ciascun individuo con il bene comune: v. G. MOLLO, *L'etica nella famiglia*, in *La famiglia. Bimestrale di problemi familiari*, n. 186 (1997), p. 7 ss.

⁽¹³⁾ Da Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Famiglia e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corriere giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità*

assoluto di riconoscimento del figlio (v. l'art. 251 c.c., testo previgente): la possibilità per il figlio incestuoso di essere destinatario di riconoscimento diretto della filiazione o di accedere allo stesso nel suo interesse, secondo i novellati artt. 251 e 278 c.c., rappresenta la prova assoluta del superamento dello *status* come appartenenza al gruppo e dell'accoglimento di una concezione individualistica, poiché con la costituzione in maniera diretta dello stato verso i genitori biologici, uniti da vincolo di parentela o affinità, l'interesse della famiglia o delle famiglie originarie alla loro unità soccombe totalmente, essendo considerato giustamente preminente quello individuale del figlio alla genitorialità o bigenitorialità; *c)* e, sotto il profilo squisitamente patrimoniale, alla successione per i figli nati fuori del matrimonio (v. nel c.c. artt. 537, 3° comma, ora abrogato, 566, precedente formulazione, 578 e 579, ora abrogati, 592, dichiarato costituzionalmente illegittimo⁽¹⁴⁾).

2. — *Funzione e rilevanza dell'accertamento della filiazione.*

L'accertamento dello *status* è nell'ordinamento italiano requisito essenziale per la titolarità e l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal rapporto filiale. Infatti, sebbene i diritti fondamentali del figlio quale individuo e soggetto debole, riconducibili all'art. 30 Cost. (ivi compresi quelli al mantenimento, all'istruzione e all'educazione di cui all'art. 279 c.c.) e all'art. 24 C.d.f.U.E., sorgano per effetto della nascita, quello che difetta, per attribuire loro rilevanza giuridica nel sistema della filiazione, è il rapporto e, quindi, il soggetto verso cui farli valere: il nato è potenzialmente titolare di situazioni giuridiche verso il genitore biologico, o verso quello affettivo che abbia prestato consenso esplicito o implicito *ex* art. 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita, ma, sino a che non interviene

dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica.*

⁽¹⁴⁾ Da Corte cost., 28 dicembre 1970, n. 205, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 476; in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 81.

l'accertamento, non esiste il rapporto giuridico che lega i due soggetti e, di conseguenza, la titolarità concreta ed attuale delle predette situazioni.

In altri termini, se è vero che i diritti fondamentali si acquisiscono con la nascita e possono essere fatti valere nei confronti di chiunque, taluni di essi, che assumono rilevanza nel diritto civile, possono trovare attuazione soltanto attraverso rapporti giuridici da questo disciplinati⁽¹⁵⁾. Sono quei diritti che abbiamo definito “patrimonialmente neutri”, proprio perché, pur inerendo a situazioni della persona, si inseriscono in un rapporto giuridico di carattere privatistico, producendo conseguenze (anche) di carattere patrimoniale⁽¹⁶⁾. Essi si rinvencono non solo in fattispecie a carattere contrattuale (ad esempio, consenso informato al trattamento sanitario, senza il quale il medico non può intraprendere la terapia e, quindi, dare attuazione al contratto con prestazione medica⁽¹⁷⁾), ma soprattutto nei rapporti familiari. È in quest'am-

⁽¹⁵⁾ È il diverso atteggiarsi in tale ambito delle “permanenze”, cioè di quelle costanti etiche insuperabili che segnano tutta la storia del diritto e che, derivando dalla relazione inscindibile tra strumenti interpretativi e diritti fondamentali espressi dai principi, costituiscono la coincidenza tra i diritti civili permanenti e le diverse culture etiche, costanti poi trasfuse sotto forma di situazioni giuridiche soggettive nelle fonti primarie del diritto dell'Unione Europea e nelle Costituzioni degli Stati membri: nel diritto civile, sovente, la loro attuazione necessita di un rapporto giuridico costituito, che lega due o più persone determinate, poiché la situazione giuridica può essere fatta valere soltanto verso i singoli soggetti obbligati che ne hanno la relativa titolarità assieme al beneficiario. L'individuazione della categoria fondamentale delle “permanenze” si deve ad Antonio Palazzo: cfr., in particolare, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.; A. PALAZZO, *Permanenze del diritto civile*, in questa *Rivista*, 2006-2009, p. 479 ss.; di recente, ID., *Permanencias*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA e R. CIPPITANI (coords.), *op. cit.*, p. 502 ss.

⁽¹⁶⁾ A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, (2006) rist. 2011, spec. pp. 17 s. e 93 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *op. cit.*, pp. 39 ss. e 377 ss.; A. SASSI, *Diritti patrimonialmente neutri*, in questa *Rivista*, 2006-2009, p. 455 ss.; di recente, ID., *Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA e R. CIPPITANI (coords.), *op. cit.*, p. 213 ss.

⁽¹⁷⁾ Sul punto si rinvia a A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, cit., p. 93 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *op. cit.*, p. 377 ss.; A. SASSI, *Autodeterminazione e consenso informato tra diritto interno e fonti europee*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 313 ss.; ID., *Consentimento informato a los*

bito, infatti, che i diritti fondamentali della persona assumono rilevanza, con particolare riferimento a quelli dei soggetti deboli (cfr. art. 30 Cost., artt. 24 e 25 C.d.f.U.E.), e le categorie civili tradizionali mostrano la loro difficoltà ad adattarsi a situazioni in cui vengono in rilievo diritti fondamentali dell'individuo, i quali, all'evidenza, non possono essere in alcun modo compresi o limitati da una loro applicazione rigida, essendo le prime volte all'attuazione degli interessi della persona e non viceversa⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, non v'è dubbio che detti diritti fondamentali, solennemente proclamati dalle fonti primarie, per esplicarsi hanno bisogno dell'individuazione dei soggetti obbligati e della conseguente costituzione del rapporto giuridico, senza le quali essi rimangono mere enunciazioni di principio. Così, è certo che il figlio, ai sensi dell'art. 30 Cost., ha diritto di essere mantenuto, istruito ed educato dal genitore, ma, senza la sua individuazione e la costituzione del rapporto giuridico tramite l'accertamento di *status*, non vi può essere titolarità in senso tecnico e il diritto fondamentale non può trovare attuazione. In sostanza, prima dell'accertamento può configurarsi soltanto un diritto alla genitorialità⁽¹⁹⁾, cioè a dire un diritto ad acquisire lo *status* o, comunque, a farlo accertare e valere, ma non esistono le singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti, mancando il soggetto obbligato.

Pertanto, nel nostro sistema non v'è mai attribuzione automatica della genitorialità, ma è sempre necessario un atto di accertamento a prescindere dal documento che lo contiene e dalla sua provenienza, in mancanza del quale non opera nemmeno il sistema di finzioni e presunzioni relativo alla

tratamientos terapéuticos (en Europa), in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA e R. CIPPITANI (coords.), *op. cit.*, p. 70 ss.; v. anche A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 206 ss.; concetti sviluppati e acutamente approfonditi da S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma-Perugia, 2011, spec. p. 79 ss.

⁽¹⁸⁾ È quanto, da ultimo, si ricava anche dalla preziosa analisi a tutto tondo, relativa al diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive nella realtà attuale, di C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, cit., spec. pp. 16 ss., 66 ss. e 79 ss.

⁽¹⁹⁾ Che è reciproco, sussistendo al contempo in capo al figlio e al genitore, sebbene con modalità attuative differenti: cfr. *infra*, § 4.

matrimonialità del figlio, confermato e addirittura esteso dall'ultima riforma della filiazione⁽²⁰⁾.

L'accertamento della filiazione è conseguente a quello concernente la

⁽²⁰⁾ Sono i risultati cui è pervenuta la dottrina più autorevole che da decenni si occupa di questi problemi: v., in particolare, A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 145 ss.; ID., *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 12 ss.; E. RUSSO, *Il problema della filiazione*, in *Dir. fam.*, 2001, p. 3 ss., ora in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Roma, 2009, p. 513 ss., spec. p. 517 ss.; ma v. già A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, 2^a ed., Torino, rist. 1954, p. 2 ss., che parla di «Titolo dello stato di filiazione», affermando in particolare: «I diritti e doveri connessi con lo stato di filiazione non possono essere fatti valere se non in quanto lo stato consti legalmente cioè sia documentato»; e Michele GIORGIANNI, *Madre*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 135, secondo cui «l'accertamento della generazione fisiologica (...) avviene nel nostro ordinamento attraverso le indicazioni contenute nell'atto di nascita, redatto in base alla "dichiarazione di nascita"»; v. anche 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*, Torino, 2009, 2, p. 100 ss., spec. pp. 101 e 107, ove correttamente si sottolinea che il rapporto filiale presuppone l'esistenza dello *status*, che, a sua volta, presuppone l'avvenuto accertamento della filiazione; e M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 18 s.; ID., *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 455. In giurisprudenza, si afferma in modo esplicito che il disposto dell'art. 231 c.c. non opera per il semplice fatto della procreazione da donna coniugata, ma solo quando vi sia un atto di nascita di figlio legittimo a seguito di dichiarazione della partoriente in tal senso, mentre, quando risulti che la stessa abbia dichiarato il figlio come naturale, difettando l'operatività di detta presunzione e del conseguente *status* di figlio legittimo, non è necessario il disconoscimento, né si frappone alcun ostacolo alla dichiarazione giudiziale verso persona diversa dal marito: cfr. Cass., 10 ottobre 1992, n. 11073, in *Arch. civ.*, 1993, p. 308; in *Dir. fam.*, 1993, p. 408; Cass., 27 agosto 1997, n. 8059, in *Fam. dir.*, 1998, p. 79; più di recente, Cass., 19 aprile 2010, n. 9300, in *leggiditaliaprofessionale.it*; per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 25 gennaio 2012, *invi*. Al contrario, in altri ordinamenti, come quello francese o tedesco, l'attribuzione della maternità è automatica, a meno che la madre decida di ricorrere all'anonimato: art. 326 del *code civil* e § 1591 BGB [sulle differenze tra l'*accouchement sous x* e la disciplina italiana, per tutti, A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 16 ss.; sul funzionamento del § 1591 BGB, di recente, v. in generale W. SCHLÜTER, *BGB-Familienrecht*, 14^a ed., Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2012, p. 205, nt. a margine 268; per una lettura relazionata anche alla legislazione italiana, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 255 s. (nt. 3)].

nascita, sebbene normalmente coincidente sul piano temporale, e da esso distinto.

Il secondo, infatti, ha ad oggetto un mero fatto giuridico, dal quale deriva in capo al soggetto l'esistenza di quelle situazioni giuridiche soggettive fondamentali che l'ordinamento riconnette al verificarsi dell'evento nascita⁽²¹⁾; e, a tal fine, basta la dichiarazione di nascita resa da uno qualunque dei legittimati *ex art. 30, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento di stato civile)*, affinché l'ufficiale di stato civile possa stilare l'atto di nascita ai sensi del precedente art. 29.

Viceversa, l'accertamento della filiazione è molto più complesso. Esso non avviene necessariamente con l'accertamento della nascita. Infatti, lo *status* non si costituisce e sussistono i presupposti per la dichiarazione di adottabilità secondo l'art. 11, 2° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184 (l. adozione): *a)* nella filiazione matrimoniale qualora la madre eserciti il diritto all'anonimato in base all'art. 30, 1° comma, d.P.R. n. 396/2000; *b)* riguardo al figlio nato fuori del matrimonio, quando nessuno dei genitori proceda al riconoscimento. Inoltre, il predetto accertamento può essere effettuato anche successivamente alla nascita, ovvero, attraverso il ricorso al giudice (accertamento di grado maggiore), si può incidere su uno *status* già costituito e risultante dai registri di stato civile, con conseguente annotazione *ex art. 49, d.P.R. citato*.

Più precisamente, la riferibilità della generazione discende esclusivamente dalla provenienza e dal contenuto della dichiarazione di nascita, eventualmente integrati dal sistema di finzioni e presunzioni previsto per la matrimonialità del figlio di cui agli artt. 231 ss. c.c., e/o dalle singole attività compiute dai genitori. Infatti: *a)* se il figlio è matrimoniale, sempre che la partoriente non abbia esercitato il diritto all'anonimato, la costituzione del relativo stato

⁽²¹⁾ In questo senso – come individuato dalla dottrina più autorevole [R. SACCO (in coll. con P. Cisiano), *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, p. 7 ss., spec. p. 10 ss.] – il fatto è causa della vicenda giuridica che, a sua volta, è conseguenza del fatto, cioè, nella fattispecie in esame, della nascita. Così, ad esempio, il diritto al nome sorge indipendentemente dall'accertamento della filiazione, tanto è vero che nel caso in cui il dichiarante non dia un nome al bambino, o non siano conosciuti i genitori, vi supplisce l'ufficiale di stato civile, che attribuisce al nato un nome ovvero un nome e un cognome (art. 29, 4° e 5° comma, d.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento di stato civile).

è conseguenza della dichiarazione resa dai genitori o da uno solo di essi, che hanno denunciato il figlio come nato dalla loro unione, ovvero da quella effettuata dai legittimati in subordine *ex art. 30, d.p.r. n. 396/2000* (medico od ostetrica o altra persona che abbia assistito al parto); anche in quest'ultimo caso, l'accertamento o il mancato accertamento della filiazione deriva da un'attività consapevole della madre biologica (esercizio o meno dell'anonimato); *b)* se il figlio nasce fuori del matrimonio, occorre sempre un atto di autoresponsabilità del singolo genitore, in difetto del quale il rapporto di filiazione non si costituisce.

In sostanza, occorre avere ben chiara la distinzione tra i vari atti di accertamento conseguenti alla nascita di un individuo, a cui corrispondono i diversi gradi di tutela approntati dall'ordinamento civile, tesi a realizzare lo sviluppo della persona umana secondo i principi fondamentali specificamente ricavabili dagli artt. 2, 3 e 30 Cost. ⁽²²⁾.

Così, la dichiarazione di nascita dev'essere obbligatoriamente e tempestivamente effettuata, nei termini previsti dall'art. 30, 4° comma, d.p.r. n. 396/2000 (al massimo dieci giorni dalla nascita), dai soggetti indicati nel 1° comma della citata disposizione per non incorrere nel reato di soppressione di stato di cui all'art. 566 c.p. ⁽²³⁾. Essa consente di completare la fat-

⁽²²⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie civilistiche*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. civ.*, il quale sottolinea «da svolta, davvero storica, impressa dalla nostra Costituzione, che sembra ignorare le categorie tradizionali: parla dell'uomo, della sua *personalità*, di *formazioni sociali* (art. 2); insomma, della *persona umana*, della sua *dignità* e del suo *sviluppo* (art. 3). Queste sono le categorie di riferimento del diritto civile nella (nuova) legalità costituzionale» (corsivo dell'A.).

⁽²³⁾ Il predetto reato presenta caratteristiche peculiari. Infatti, l'interesse tutelato non risiede soltanto nella tutela dello stato di famiglia (e, quindi, di figlio), ma concerne quello alla stessa identità giuridica del nato come persona, che, nell'ipotesi di soppressione, risulterebbe così privato sul piano legale della sua esistenza in vita, attraverso la sottrazione agli strumenti che il diritto predispone primariamente per designarlo nella sua identità-diversità e, dunque, in relazione a quelle situazioni strumentali che ne connotano la qualità di soggetto di diritto. Il punto è correttamente esplicitato dalla giurisprudenza penale italiana più recente, secondo cui, nel reato di soppressione di stato, la condotta di occultamento consiste nel nascondere per un apprezzabile periodo di tempo il neonato a tutti i soggetti legittimati a denunciarne la nascita all'ufficiale dello stato civile e si protrae sino al compimento della

tispecie della capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c., attraverso l'attribuzione dei segni distintivi della persona [nome, identità, cittadinanza nei casi previsti dall'art. 1, 1° comma, lett. *b*) e 2° comma, l. 5 febbraio 1992, n. 91, ecc.] e il riconoscimento giuridico della sua esistenza, garanzia di accesso ai servizi basilari predisposti dallo Stato in favore della stessa (istruzione, assistenza, servizi di prevenzione sanitaria, ecc.). Viceversa, gli obblighi genitoriali propriamente intesi, enunciati e disciplinati dai nuovi artt. 315 *bis* ss. c.c., così come i reciproci diritti patrimoniali (alimenti, successione legale, ecc.), nonché l'acquisto della cittadinanza per discendenza *ex* art. 1, 1° comma, lett. *a*), della citata l. n. 91/1992, vengono in essere esclusivamente con l'accertamento della filiazione e la costituzione del rapporto giuridico tra genitore e figlio, in mancanza dei quali il nato è tutelato come "persona", ma non come "figlio".

Quindi, per la riferibilità della generazione non è sufficiente l'accertamento della nascita compiuto ai sensi dell'art. 29, 6° comma, del richiamato d.P.R. sull'ordinamento di stato civile, occorrendo inevitabilmente o un atto di autoresponsabilità del genitore, o un provvedimento del giudice, o

dichiarazione tardiva o alla formazione d'ufficio dell'atto di nascita (reato permanente): di recente, Cass., 21 maggio 2013, F. e C., in *leggiditaliprofessionale.it*. Occorre però aver chiaro sul piano sistematico taluni essenziali aspetti: *a*) il "bene giuridico" tutelato dalla norma è quello di attribuire al nato la posizione prevista dal sistema per l'individuo in quanto tale (diritto ad acquisire lo stato di persona); *b*) da ciò promanano conseguenze anche in ambito familiare, poiché la mancata costituzione di rapporti parentali deriva, sebbene indirettamente, dalla non effettuazione della dichiarazione di nascita, che costituisce il presupposto necessario per l'accertamento della discendenza; *c*) è proprio il difetto di acquisizione dello stato di persona a concretare la fattispecie criminosa, impedendo al nato il riconoscimento giuridico della sua esistenza, riconoscimento che, per la sua essenzialità, dev'essere effettuato pure dai legittimati in subordine (medico, ostetrica o chiunque abbia assistito al parto), ovvero attribuito anche d'ufficio *ex* art. 32 d.p.r. n. 396/2000, allorché la dichiarazione non venga effettuata nemmeno tardivamente; *d*) l'obbligatorietà, infatti, sussiste esclusivamente riguardo alla dichiarazione di nascita, mentre nella filiazione matrimoniale la madre può esercitare il diritto all'anonimato e in quella non matrimoniale il genitore può sempre decidere di non procedere a riconoscimento: così si impedisce il riferimento giuridico alla generazione, senza che da ciò derivi alcuna violazione di norme penali [v., in questo senso, P. MAGRI, *Stato di famiglia (delitti contro lo)*, in *Digesto pen.*, XIII, Torino, 1997, 665 s.].

comunque – con riferimento alla filiazione matrimoniale – l’operare del sistema di finzioni e presunzioni di cui agli artt. 231 ss. c.c.⁽²⁴⁾.

In definitiva, sebbene siano il fatto procreativo e la successiva nascita del figlio i presupposti per il sorgere della responsabilità del genitore, questa viene in essere e produce effetti giuridici, compresi quelli di carattere patrimoniale, soltanto a seguito di accertamento dello *status*. E detto accertamento può essere di diversa natura e avere conseguenze differenti: *a*) accertamento *diretto* (di regola proveniente dal genitore o da un giudice), da cui deriva la costituzione con efficacia *erga omnes* dello *status* e l’acquisto della relativa titolarità secondo gli atti di stato civile; *b*) accertamento *indiretto* (normalmente da parte del giudice, ma che potrebbe essere compiuto anche in via transattiva), che ha come conseguenza il sorgere di una responsabilità patrimoniale (comunque fondata sul fatto procreativo) senza che avvenga la costituzione dello *status* verso il genitore nei cui confronti l’accertamento è stato esperito o comunque ottenuto. Come si vede, in entrambi i casi, la titolarità è conseguenza dell’atto di accertamento.

Questo è a nostro avviso un punto fondamentale ai fini di una corretta comprensione del sistema attuale, anche alla luce dei diversi gradi di accertamento della filiazione riconducibili sia ad atti di autoresponsabilità che a provvedimenti giurisdizionali, gradi che la dottrina⁽²⁵⁾ ha da quarant’anni evidenziato e che il legislatore ha fatto propri specialmente con l’ultima riforma (l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013), con cui si è inteso – almeno tendenzialmente – equiparare lo *status* dei figli.

⁽²⁴⁾ Producono la costituzione dello *status* di figlio matrimoniale della coppia in virtù del predetto sistema: *a*) la dichiarazione resa da uno solo dei coniugi, che ha effetto anche nei confronti dell’altro; *b*) in mancanza di questa, la dichiarazione effettuata dal personale sanitario, qualora la partoriente nominata nel certificato di assistenza al parto risulti coniugata, prescindendo quindi dall’atto di autoresponsabilità dei genitori (art. 29, 2° comma, d.P.R. n. 396/2000).

⁽²⁵⁾ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 171 ss.; ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, cit., p. 145 ss.; ID., *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.; e, con specifico riferimento alla riforma di cui alla l. n. 219/2012, ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, cit., p. 9 ss.

3. — *Atto di nascita, titolarità e responsabilità.*

Si è visto nel precedente paragrafo che è soltanto l'accertamento della filiazione che se avviene in via diretta: *a)* produce la titolarità del rapporto tra genitore e figlio e, quindi, delle singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti (titolarità sostanziale); *b)* consente di operare le registrazioni previste dal citato d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (titolarità formale) ⁽²⁶⁾. Viceversa, se si verifica indirettamente, essendo prodromico al sorgere di un rapporto giuridico patrimoniale tra il figlio e il proprio genitore biologico (o i suoi successori), esso è meramente incidentale – rappresentando la *causa petendi* su cui si fonda la richiesta economica – e non ha effetti costitutivi dello *status* di filiazione, con la conseguenza che non è idoneo ad attribuirne la titolarità secondo i registri di stato civile ⁽²⁷⁾.

In detto quadro, l'atto di nascita, contenendo l'indicazione, tra l'altro, delle generalità dei genitori legittimi o di coloro che abbiano proceduto a riconoscimento, costituisce il documento (cfr. art. 236 c.c.) da cui risulta l'evento nascita e la riferibilità della generazione, a prescindere dal legame che unisce i genitori ⁽²⁸⁾. In altri termini, questo rappresenta il titolo dell'esistenza del rapporto filiale, ma in sé non costituisce, né può costituire, accer-

⁽²⁶⁾ Diversamente, secondo parte della dottrina (da ultimo, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5^a ed., Milano, 2014, spec. p. 359 ss.) la titolarità sostanziale deriverebbe automaticamente dal fatto naturale della procreazione, salvo dover ammettere (p. 332, nt. 21) che i diritti connessi alla filiazione non sono esercitabili in via giudiziaria finché il rapporto di filiazione non sia formalmente accertato, in contrasto con l'art. 24 Cost. Per una corretta individuazione degli effetti e della natura giuridica degli atti di accertamento dello *status*, di recente, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 251 ss.

⁽²⁷⁾ In questo senso, si è giustamente rilevato che l'art. 279 c.c. si connota per la sua neutralità con riguardo all'esclusività del contenuto patrimoniale che lo caratterizza, corrispondente alle conseguenze della responsabilità da atto lecito per fatto biologico della procreazione: A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 460.

⁽²⁸⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 274; nell'operatività della riforma v., correttamente, M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 464 s., il quale sottolinea come il principio si ricavi anche dal successivo art. 237, 2° comma, c.c., ove, in relazione al possesso di stato, si prende in considerazione il comportamento sociale del singolo genitore, prescindendo dalla presenza del vincolo matrimoniale.

tamento della filiazione che preesiste, poiché con esso ci si limita a prendere atto dell'intervenuta dichiarazione di nascita ed eventualmente dell'operare del sistema di matrimonialità previsto dagli artt. 231 ss. c.c.⁽²⁹⁾. E l'esistenza del rapporto filiale risultante dall'atto di nascita (e/o dal possesso di stato) può essere rimossa soltanto a seguito di un accertamento di massimo grado compiuto dal giudice nell'ambito di un'azione di stato, come si ricava dal combinato disposto degli artt. 238 e 253 c.c., relativi, il primo alla filiazione matrimoniale e, il secondo, alla non matrimoniale.

Consegue che, secondo il disposto dell'art. 29, 6° comma, d.p.r. n. 396/2000, l'ufficiale di stato civile accerta unicamente un fatto giuridico, cioè l'avvenuta nascita, attraverso il certificato di assistenza al parto o, in difetto, la dichiarazione sostitutiva, ma in nessun caso accerta la discendenza e, quindi, la riferibilità della procreazione ad un dato soggetto.

I rilievi ora compiuti mostrano come la tesi minoritaria, sebbene da ultimo autorevolmente ripresa⁽³⁰⁾, che distingue tra filiazione matrimoniale e non matrimoniale, qualificando l'atto di nascita come accertamento amministrativo della prima, non trovi riscontro nel dato normativo, né, soprattutto, nel funzionamento del sistema. Essa, peraltro, si pone in contrasto con il principio di unicità dello *status* di figlio, enunciato dal novellato art. 315 c.c., e con la disciplina delle registrazioni relative all'atto di nascita di cui all'art. 28, d.P.R. n. 396/2000, che individua un unico sistema per l'iscrizione e la trascrizione degli atti di accertamento a prescindere dalle tipologie di filiazione, nonché con quella concernente annotazioni, rettificazioni e correzioni prevista dai successivi artt. 49, 95 e 98, in cui, del pari, non si rinviene alcuna distinzione tra le predette tipologie.

Quanto ora osservato trova ulteriori conferme nel sistema italiano dall'individuazione dei vari casi di costituzione di stato contestuali alla nascita e, soprattutto, dall'analisi dei singoli atti di autoresponsabilità quali strumenti giuridici per ottenere l'effetto costitutivo. Infatti, l'accertamento contestuale

⁽²⁹⁾ Concetti, questi, chiaramente espressi in A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 274 ss., spec. p. 277.

⁽³⁰⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 360 s.

si compie di regola attraverso la dichiarazione di nascita di cui all'art. 30, d.P.R. ordinamento stato civile, resa nei termini ivi indicati. Detta dichiarazione è il presupposto per la redazione dell'atto di nascita ai sensi del precedente art. 29, atto che costituisce prova della filiazione sia nella matrimoniale, sia nella non matrimoniale (art. 236 c.c.)⁽³¹⁾: la prova può essere superata soltanto attraverso un accertamento di grado maggiore, effettuato a seguito di procedimento giurisdizionale. L'accertamento dev'essere considerato sul piano giuridico compiuto contestualmente alla nascita anche se la dichiarazione è tardiva ai sensi dell'art. 31, d.P.R. citato, poiché in difetto di accertamento della nascita, non è possibile redigere l'atto di nascita di cui al richiamato art. 29, con la conseguenza che l'ufficiale di stato civile procede alla sua formazione tardiva e, pertanto, anche in questo caso dichiarazione e atto di nascita coincidono temporalmente.

È la riprova che nel sistema della filiazione l'atto di nascita non possiede propria autonomia e rilevanza: esso è, quindi, in sé inidoneo a produrre effetti costitutivi, poiché in mancanza di dichiarazione resa dai soggetti indicati nell'art. 30, d.P.R. ordinamento stato civile, l'atto di nascita non può essere formato.

Ma, se la dichiarazione di nascita è sempre necessaria ai fini della costituzione dello stato di filiazione, gli effetti che la legge ad essa riconduce sono differenti a seconda che i genitori siano o meno legati da vincolo matrimoniale. Nel primo caso, dalla dichiarazione (salvo l'anonimato della partoriente) deriva l'applicazione del sistema di finzioni e presunzioni di cui agli artt. 231 ss. c.c.; nel secondo, essa ha effetto soltanto verso il genitore che la compie, ovvero non è idonea a produrre la costituzione dello *status*, se effettuata dal personale sanitario, o da chi ha assistito al parto, in mancanza di quella compiuta dai genitori⁽³²⁾.

Pertanto, la titolarità della filiazione deriva: *a)* quella sostanziale: *a1)* da un atto di autoresponsabilità dei genitori o di uno di essi, contenuto nella dichia-

⁽³¹⁾ V. ancora M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 464.

⁽³²⁾ Sul punto, da ultimo, M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 456.

razione di nascita ovvero, in mancanza di questo, dalla stessa dichiarazione resa dai terzi legittimati ai sensi dell'art. 30, 1° comma, d.P.R. ordinamento stato civile se la filiazione è matrimoniale e la madre non ha esercitato il diritto all'anonimato; *a2*) da un provvedimento del giudice che accerta la discendenza biologica o affettiva nel caso previsto dall'art. 9, l. n. 40/2004, ovvero dichiara l'adozione ai sensi della l. n. 184/1983; *b*) quella formale: *b1*) dalle registrazioni di cui all'art. 28, d.P.R. ordinamento di stato civile, conseguenti alla redazione dell'atto di nascita: se la dichiarazione è compiuta dinanzi l'ufficiale di stato civile il momento in cui sorgono titolarità sostanziale e formale coincide (il richiamato art. 28 parla difatti di "iscrizioni"), mentre negli altri casi quella sostanziale viene in essere con l'atto di accertamento, mentre la formale con la sua registrazione negli atti di stato civile (la citata norma parla di "trascrizioni"); *b2*) dal compimento delle annotazioni previste dall'art. 49, d.P.R. citato, se l'accertamento avviene successivamente alla nascita.

Ciò detto, è ora necessario fornire un quadro più preciso degli strumenti idonei a costituire il rapporto filiale e ad attribuire la relativa titolarità delle situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti.

Come accennato, il rapporto giuridico fondato sulla discendenza – sia esso qualificabile come filiale in senso proprio ovvero avente natura meramente patrimoniale, sebbene sempre fondato sul fatto procreativo – sorge nei seguenti casi: *a*) in presenza di dichiarazione di nascita o riconoscimento del figlio operati dal genitore; *b*) in virtù dell'estensione degli effetti della dichiarazione riguardo al figlio matrimoniale, per l'operare del sistema di finzioni e presunzioni di cui agli artt. 231 ss. c.c.; *c*) sulla base di un provvedimento del giudice che: *c1*) dichiara l'adozione, ovvero *c2*) accerta la filiazione; in quest'ultima ipotesi, a seconda del *petitum*, l'accertamento può avvenire: *c2'*) in via principale, attraverso le azioni di matrimonialità del figlio di cui agli artt. 234, 239 e 240 c.c.⁽³³⁾ o di dichiarazione giudiziale della genitorialità

⁽³³⁾ Con l'ultima riforma il legislatore ha previsto azioni per l'accertamento positivo della matrimonialità del figlio: reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.) e contestazione dello stato di figlio (art. 240 c.c.). In questo modo, si è accolta l'impostazione della dottrina più attenta che ne aveva individuato l'esistenza già nel vigore della normativa precedente, pur in un sistema tutto orientato (sebbene con limiti ben precisi) verso le azioni di accertamento

secondo il successivo art. 269; *c*2²) in via incidentale, con la dichiarazione di responsabilità per il mantenimento e/o la condanna alla corresponsione dell'assegno a carico del genitore ai sensi dell'art. 279 c.c., o dei suoi eredi, legatari e donatari *ex* artt. 580 e 594 c.c.⁽³⁴⁾; analogo risultato, proprio perché manca l'attribuzione formale dello *status* e per la natura meramente patrimoniale del diritto azionato, può raggiungersi anche attraverso atti di autonomia privata: così, potrebbe accadere che, per evitare un contenzioso a seguito del quale magari il fatto procreativo diviene di dominio pubblico, il genitore o i suoi eredi, legatari e/o donatari, che siano certi della discendenza biologica, potrebbero volontariamente riconoscere e soddisfare il diritto patrimoniale all'assegno senza aspettare il provvedimento del giudice⁽³⁵⁾.

negativo volte alla rimozione della stessa: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 321 ss. (e, nella 1^a ed., Milano, 2007, p. 303 ss.). Tuttavia, rimangono fuori dalla previsione normativa le fattispecie contemplate nei primi due commi dell'art. 234 c.c., non riconducibili né al reclamo, né alla contestazione, che pertanto individuano un'autonoma azione, cui sono legittimati entrambi i coniugi e i loro eredi.

⁽³⁴⁾ Cfr. M. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 242.

⁽³⁵⁾ È quanto deciso da Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, in *Giust. cin.*, 1991, I, p. 75 (ivi erroneamente indicata come 19 giugno 1990, n. 5833), che, nonostante qualche imprecisione terminologica, esprime in modo chiaro concetti del tutto condivisibili. Questo il caso. Con scrittura privata del 1975, redatta e sottoscritta in Svizzera, ma intercorsa tra i cittadini italiani Tizio e Caietta (nel cui nome e per conto, essendo essa minore perché nata qualche mese prima, interviene quale rappresentante legale un addetto al locale Ufficio di assistenza sociale) il predetto Tizio ammette di essere il padre della piccola, nata dalla sua unione naturale con Caia; dichiara che tale ammissione avviene «senza legittimazione di stato» e si impegna a versare mensilmente in suo favore un assegno di mantenimento sino al raggiungimento della maggiore età. Con ricorso del 1980, Caia, in qualità di genitore esercente la potestà sulla minore, premesso che Tizio è inadempiente e che v'è pericolo del venir meno della garanzia patrimoniale, chiede ed ottiene sequestro conservativo sui beni dello stesso. Instaurato il procedimento per la convalida e la condanna al pagamento, nella contumacia del convenuto, il Tribunale adito respinge la domanda, rilevando che l'obbligazione da questi assunta ha «causa invalida stante la carenza del riconoscimento della paternità naturale effettuato nelle forme di legge». A seguito di gravame proposto dalla soccombente, la Corte d'Appello, in totale riforma della sentenza di prime cure, non definitivamente pronunciando, dichiara valida l'obbligazione assunta da Tizio con la citata scrittura e dispone la prosecuzione del giudizio in ordine alla determinazione dell'assegno

In tutte le ipotesi indicate, ad eccezione di quella *sub c*²), l'accertamento avviene in modo diretto e la fattispecie produce la costituzione dello *status* di filiazione (*ex novo*, ovvero uno diverso se già uno *status* preesisteva). La dichiarazione di nascita o il provvedimento giudiziale vanno, quindi, inquadrati negli atti di accertamento con effetti costitutivi *erga omnes* e debbono risultare dagli atti dello stato civile⁽³⁶⁾. Essi attribuiscono giuridica rilevanza al rapporto tra genitore e figlio e, dando attuazione ai diritti fondamentali facenti capo a ciascun individuo per effetto della nascita, comportano il sorgere della *responsabilità genitoriale* secondo quanto prevedono il reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201 e il codice civile italiano nel Titolo IX del Libro I (artt. 315 ss.).

e alla convalida del sequestro. Tizio propone immediato ricorso per cassazione, sostenendo che le obbligazioni a carico del genitore, ivi compresa quella di mantenimento, sono subordinate al riconoscimento dello *status*, in mancanza del quale non è configurabile alcuna di esse, con la conseguenza che il relativo impegno al mantenimento assunto nei confronti di un soggetto del quale si ammette di essere genitore naturale ma che non si vuol riconoscere pur essendo possibile, ha causa illecita e come tale è colpito da nullità radicale. La S.C. conferma la sentenza impugnata e osserva: *a)* il rapporto dedotto in giudizio rimane assoggettato alla regolamentazione della legge italiana, pur essendo venuto in essere il suo evento genetico in territorio di uno Stato estero ma pur sempre da cittadini italiani, poiché il negozio in questione ha natura contrattuale, posto che con esso le parti hanno regolato – su un piano convenzionale – i rapporti di natura esclusivamente patrimoniale conseguenti alla procreazione; *b)* l'art. 279 c.c., ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale, attribuisce al figlio non matrimoniale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello *status*; *c)* comunque, anche a voler ammettere – secondo un'interpretazione restrittiva – che la norma citata attribuisce il diritto al mantenimento solo in favore dei figli irrisconoscibili e non anche di quelli che, pur sussistendo i presupposti e l'ammissibilità, non abbiano ancora tale *status* formale, non v'è dubbio che rimane pur sempre prevista nel nostro ordinamento positivo la configurabilità di un diritto al mantenimento avulso dalla qualifica formale di figlio.

Ovviamente, la natura e gli effetti dell'atto sono diversi da quelli di un provvedimento giudiziale, che per sua natura costituisce un accertamento di grado superiore: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 418 ss.

⁽³⁶⁾ V., di recente, Cass., 16 gennaio 2012, n. 430, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 304, che, nel confermare la pronuncia di merito, qualifica la sentenza di disconoscimento di paternità come sentenza costitutiva, inerente allo *status* di una persona, opponibile con forza di giudicato *erga omnes*.

Viceversa, *sub c2*) il provvedimento o l'atto di autonomia privata assumono i caratteri di meri atti di accertamento indiretto della filiazione. Pur concernendo lo stato giuridico del nato, essi sono produttivi di effetti limitati e prodromici al riconoscimento di situazioni giuridiche a carattere patrimoniale a favore di questo (assegno per mantenimento, alimenti, istruzione ed educazione): come tali, sono inidonei ad attribuire giuridicità al rapporto filiale in sé considerato e, quindi, a determinare la titolarità formale dello *status*. Certamente, anche a seguito di detto accertamento si instaura tra genitore biologico e figlio un rapporto giuridico, ma questo ha natura obbligatoria, sebbene derivi sempre dal fatto procreativo, essendo conseguenza del riconoscimento – da parte del giudice o dei soggetti interessati mediante l'atto di autonomia – di una situazione giuridica di tale natura e della titolarità attiva e passiva della stessa. Da esso deriva in capo al genitore biologico una *responsabilità (patrimoniale) da mantenimento*.

Dalle considerazioni che precedono emerge come nel sistema della filiazione la titolarità non vada riferita unicamente alle situazioni giuridiche facenti capo ai vari soggetti e, quindi, non identifichi soltanto l'appartenenza delle stesse, ma concerna specialmente e preventivamente il rapporto che si instaura tra genitore e figlio⁽³⁷⁾, rapporto che si identifica con il concetto stesso di *status* e dal quale derivano le predette situazioni giuridiche di cui il secondo è titolare, e non viceversa. In sostanza, per poter accedere alla titolarità della singola situazione giuridica azionabile, il nato deve preventivamente avere quella del rapporto di filiazione, che, pertanto, dev'essere giuridicamente accertato.

In altri termini, la titolarità della singola situazione giuridica consegue alla titolarità del rapporto filiale e trova giustificazione unicamente in essa. Difatti, i singoli diritti verso un adulto esistono e sono azionabili soltanto in presenza di un rapporto fondato sul fatto procreativo, in mancanza del quale il nato viene tutelato come persona fisica al pari di qualsiasi altro individuo (se minore di età, ovviamente, in misura maggiore), ma non sulla base del

⁽³⁷⁾ E, in conseguenza di questo, il rapporto tra il figlio e gli altri soggetti legati col genitore da vincolo di parentela.

rapporto filiale che, come tale, manca. Così, ad esempio, il diritto al mantenimento verso il genitore presuppone l'esistenza del rapporto filiale e del suo preventivo accertamento, senza i quali esso non può trovare attuazione nel sistema, come del resto avviene in tutte quelle situazioni giuridiche che presuppongono l'esistenza di un rapporto intersoggettivo su cui la situazione stessa si fonda⁽³⁸⁾.

In quest'ottica, appare corretta l'impostazione della S.C., secondo cui sussiste responsabilità aquiliana da illecito endofamiliare del genitore che non abbia proceduto a riconoscimento e, di conseguenza, provveduto al relativo obbligo di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio biologico, ove egli, pur nella piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria discendenza, ne abbia ignorato tutti i segnali⁽³⁹⁾. Nella fattispecie, infatti, non essendo presente il rapporto di filiazione, i diritti del nato trovano una tutela esclusivamente aquiliana quali situazioni giuridiche dell'individuo in quanto tale (diritti fondamentali) e prescindono, quindi, dall'avvenuto accertamento dello *status*, che, come detto, produce la costituzione del rapporto, con conseguente inadempimento in senso tecnico delle obbligazioni da esso derivanti⁽⁴⁰⁾. In sostanza, in mancanza di accertamento,

⁽³⁸⁾ È il caso, tra gli altri, della successione legale a causa di morte, la cui operatività dipende dal particolare rapporto esistente tra il *de cuius* e il suo successore: cfr. A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 422 ss.

⁽³⁹⁾ Di recente, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, p. 1593, con nota di B. TASSONE, *Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale*; Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Danno e resp.*, 2012, p. 868, con nota di D. AMRAM e S. OLIARI, *Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1457, con nota di F. FORTE, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da colposo ritardo nel riconoscimento della paternità naturale*; in *Giur. it.*, 2013, p. 43, con nota di G. MALAVENDA, *Responsabilità dei genitori per violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti*.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, sebbene nella peculiarità della singola situazione esaminata, taluni concetti condivisibili possono ricavarsi da Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *leggiditaliaprofessionale.it*, secondo cui la domanda di mantenimento proposta dal figlio nato fuori del matrimonio nei confronti del proprio genitore naturale è autonoma e diversa, per *causa petendi e petitum*, rispetto alla domanda di risarcimento dei danni subiti dal figlio stesso quale conseguenza della condotta omissiva del genitore in ordine agli obblighi nascenti dalla procreazione.

sussiste una violazione del diritto alla genitorialità e, quindi, all'acquisizione dello *status*, che comporta, a sua volta, la violazione degli obblighi genitoriali di cui all'art. 315 *bis* c.c., violazione fonte di responsabilità aquiliana una volta accertata la discendenza: dall'atto lecito della procreazione derivano comunque conseguenze giuridiche⁽⁴¹⁾, che possono sfociare nel fatto illecito, qualora l'autore di essa, sempre che si accertato come tale, violi i diritti fondamentali del figlio.

E da ciò si originano conseguenze coerenti anche sul piano equitativo, poiché è evidente che gli elementi costitutivi della responsabilità del genitore giuridicamente tale non possono essere analoghi a quelli del soggetto il cui rapporto non sia stato mai costituito e/o accertato. Mentre nel primo caso gli obblighi del genitore esistono in virtù del citato rapporto e, quindi, la loro mancata attuazione comporta (oltre ad una lesione del diritto fondamentale del figlio) un inadempimento in senso tecnico, con conseguente onere in capo a questo di provare che l'inadempimento stesso non dipende da causa a lui imputabile (art. 1218 c.c.), nel secondo la responsabilità sussiste soltanto in presenza della prova rigorosa dell'elemento soggettivo del fatto illecito (art. 2043 c.c.), cioè a dire del fatto che il genitore biologico, pur nella piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria discendenza, ne abbia ignorato tutti i segnali⁽⁴²⁾. In altri termini, la condotta omissiva del genitore che sia stato accertato o dichiarato tale non può avere conseguenze analoghe a quella di chi ignorava la propria discendenza, magari senza sua colpa, ad esempio perché era erroneamente convinto di aver avuto accesso ad un rapporto sessuale protetto e l'altro autore della procreazione non l'ha mai informato.

Consegue che la posizione giuridica del figlio, derivante dall'esistenza del rapporto, è complessa e data da una triade di elementi fondamentali tra loro consequenziali, rappresentati da: *a)* accertamento della filiazione; *b)* titolarità del rapporto; *c)* e, quindi, titolarità delle singole situazioni giuridiche soggettive tutelate.

⁽⁴¹⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 489 s.

⁽⁴²⁾ Cfr., in particolare, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, cit.

È, dunque, soltanto l'accertamento di *status* ad attribuire la titolarità del rapporto e, in quest'ottica, è pienamente coerente l'attuazione del principio di parificazione dei figli (art. 315 c.c.) e l'abrogazione dell'istituto della legittimazione, operate nel sistema italiano con l'ultima riforma.

Pertanto, lo stato di filiazione si identifica non più tanto nel rapporto organico tra il membro e la famiglia di appartenenza, ma essenzialmente nel rapporto che lega il figlio al genitore e, conseguentemente, ai parenti.

Questo modello di filiazione ha trovato attuazione anche nelle fonti dell'Unione Europea, in cui non si aderisce ad una tipologia predeterminata di famiglia, spesso diversa nei vari Stati e nelle varie culture⁽⁴³⁾. Così, ad esempio, il citato reg. n. 2201/2003, si occupa di disciplinare i rapporti interpersonali tra il figlio, i genitori e i parenti a prescindere dall'esistenza e dalle vicende della comunità familiare.

L'individualismo dello *status* ha come conseguenza la coesistenza reciproca di più situazioni giuridiche fondamentali⁽⁴⁴⁾, aventi caratteristiche peculiari poiché inerenti alle qualità della persona e allo sviluppo di essa, sebbene con implicazioni anche di natura patrimoniale (diritti patrimonialmente neutri). Esse assumono rilevanza per il diritto in quanto inserite in un rapporto interpersonale, che prescinde dall'appartenenza ad un gruppo. È proprio detta coesistenza reciproca tra diritti fondamentali dell'individuo – che sono sempre prevalenti rispetto a quelli eventuali del gruppo in quanto tale, giu-

⁽⁴³⁾ V. A. PALAZZO, *Familia (en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea)*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA e R. CIPPITANI (coords.), *op. cit.*, p. 259 ss.

⁽⁴⁴⁾ In argomento risulta essenziale l'approfondimento compiuto dalla dottrina più autorevole sul diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive, ove si sottolinea che, rispetto allo schema del diritto soggettivo patrimoniale (es. diritto di proprietà), la protezione della qualità della persona [che si esplica nel diritto civile in quelli che abbiamo definito "diritti patrimonialmente neutri" (v. *retro*, § 2)] segue uno schema affatto differente; ciò è dovuto al fatto che la legge non protegge solo le qualità di determinate persone, ma protegge tutte le qualità di tutti i soggetti giuridici; la tutela, pertanto, è condizionata ad una valutazione comparativa concernente la prevalenza, in una fattispecie data, di un determinato interesse, rispetto agli interessi di altri soggetti; detta valutazione, che si concreta nella soluzione di un conflitto di interessi, è immanente nella tematica della protezione della qualità della persona: E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, 1, p. 656 ss.

ridicamente tutelati solo se coincidenti o conseguenti a quelli dei singoli – impone al sistema di operare un bilanciamento tra gli stessi, attribuendo preminenza all'uno o all'altro, e agli interpreti di orientare la propria attività in questo senso, avendo riguardo essenzialmente all'interesse del minore, soggetto debole.

Ma quali sono questi diritti fondamentali che vengono in rilievo e qualificano il rapporto di filiazione?

Le situazioni che assumono valenza sono essenzialmente tre: il diritto alla genitorialità; il diritto alla parentela; il diritto alla cura e all'ascolto del minore.

4. — *Diritto alla genitorialità.*

Il diritto alla genitorialità può configurarsi sotto un duplice profilo: 1) il diritto dell'adulto, che, a sua volta, si esplica in due modi contrapposti, positivo e negativo: *a*) quello ad avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; *b*) quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194; 2) il diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

1) Iniziamo con l'interesse dell'adulto.

1a) Il diritto del genitore ad avere ed allevare la prole ha subito a partire dalla fine del secolo scorso un'importante implementazione, dovuta alla introduzione di tecniche biogenetiche sempre più sofisticate, che di qui a pochi anni – come vedremo ⁽⁴⁵⁾ – consentiranno addirittura l'utilizzazione

⁽⁴⁵⁾ *Infra*, § 6.

di gameti provenienti da più di due soggetti. Tuttavia, anche attualmente i problemi non mancano e non sono di pronta soluzione, esulando dal mero campo giuridico e coinvolgendo questioni etiche molto delicate.

In precedenza, il diritto alla genitorialità dell'adulto era assicurato, o dall'accertamento della discendenza biologica conseguente al concepimento naturale o dal ricorso alle procedure di adozione. Ma oggi, con l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, v'è la possibilità di produrre una discendenza, sia con materiale genetico proprio (fecondazione omologa), sia facendo ricorso a gameti di donatori (fecondazione eterologa). La regolamentazione giuridica ha, dunque, preso atto di queste nuove possibilità offerte dalla scienza biomedica, ed ampliato il diritto alla genitorialità dell'adulto, riconoscendolo (al di fuori dell'adozione) anche a quei soggetti affetti da sterilità e infertilità: detto riconoscimento, tra l'altro, è alla base della recente sentenza con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, 1° comma, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili ⁽⁴⁶⁾.

Un caso molto delicato di esercizio del diritto alla genitorialità da parte dell'adulto si ha in presenza di malformazioni diagnosticate del feto, poiché la scelta consapevole dei proseguire nella gravidanza impone al nato un'esistenza limitata, comprimendo il suo interesse a condurre una vita piena. Come si vede, la questione delle qualità dei soggetti coinvolti comporta un difficile bilanciamento tra diritti fondamentali della persona. E detto bilan-

⁽⁴⁶⁾ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida dir.*, 27/2014, p. 16, con nota di A. PORRACCILO, *Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 973, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e *ivi*, p. 1289, con nota di C. CICERO e E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; oltretutto, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*.

ciamento ci sembra non possa mai portare ad una tutela risarcitoria, ma l'eventuale ristoro può al più essere pervaso dalla logica dell'indennizzo: nessuno può, infatti, imporre alla donna di interrompere la gravidanza, né la nascita di una persona, anche se malformata, può essere in sé qualificata come fatto illecito⁽⁴⁷⁾; tuttavia, è indubbio che l'esercizio, ripetiamo lecito, del diritto dell'adulto comporta per il nato l'accesso ad un'esistenza decurtata e il sacrificio del suo interesse fondamentale non può restare privo di conseguenze giuridiche.

1b) Il diritto alla genitorialità ha, come detto, anche un contenuto negativo. La donna, infatti, può, ai sensi della l. n. 194/1978, interrompere la gravidanza con propria decisione autonoma (o presa con il padre del concepito qualora ella consenta), facendo ricorso a tecniche interventistiche o mediante uso di farmaci appositi (c.d. pillola del giorno dopo), ad opera o con il controllo di personale sanitario.

La legge, quindi, consente di sottrarsi alla genitorialità nei casi da essa previsti, evitando di incorrere nella responsabilità da atto lecito della procreazione.

Analogo risultato si ottiene, sul piano della responsabilità genitoriale, con il ricorso all'anonimato. Infatti, che esso inibisce l'accertamento di stato sia nella filiazione matrimoniale che in quella non matrimoniale. Attraverso l'esercizio del relativo diritto, la partoriente evita il sorgere della responsabilità genitoriale e il nato – di cui si accerta soltanto la nascita e al quale viene attribuito un nome e un cognome da parte dell'ufficiale di stato civile che forma il relativo atto di nascita – è avviato alle procedure di adozione secondo quanto dispone l'art. 11, l. n. 184/1983.

Va, comunque, tenuto presente che l'esercizio dell'anonimato non preclude l'accertamento successivo alla nascita quando siano note o vengano in qualche modo scoperte le origini biologiche. E detto accertamento può essere diretto o indiretto.

Per potersi accedere al primo, non deve essere intervenuta sentenza di adozione, che, *ex art. 27* della citata l. n. 184/1983, recide i rapporti con la

⁽⁴⁷⁾ V. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 130 ss.

famiglia di origine, rendendo impossibile il successivo accertamento diretto della discendenza biologica. Ma, se la pronuncia non c'è stata, si può agire in giudizio facendo valere lo stato di matrimonialità del figlio attraverso le azioni di reclamo o di contestazione (artt. 239 e 240 c.c.), o quello di non matrimonialità con la dichiarazione giudiziale della genitorialità (art. 269 c.c.).

Viceversa, l'accertamento indiretto è sempre possibile e il figlio può esercitare il diritto patrimoniale all'assegno per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione verso il genitore biologico o i suoi successori, se questi premuore (artt. 279, 580 e 594 c.c.).

Come si vede, l'anonimato impedisce soltanto l'accertamento di stato contestuale alla nascita verso la partoriente (e nella quasi totalità dei casi nei confronti del padre biologico, che potenzialmente potrebbe procedere a riconoscimento *ex* art. 254 c.c., ma sconosce il verificarsi dell'evento), la quale non viene nominata né nel certificato di assistenza al parto, né nella dichiarazione, né, di conseguenza, nell'atto di nascita, e il segreto è assicurato dagli artt. 28, l. adozione e 93, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 sulla protezione dei dati personali⁽⁴⁸⁾. Tuttavia, l'anonimato, sebbene inibisca l'accesso (legale) alle informazioni contenute nella cartella clinica e, quindi, anche all'identità della partoriente, non preclude, né può precludere giusta il tenore dell'art. 24 Cost., l'accertamento giudiziale della filiazione.

2) Il diritto alla genitorialità può essere analizzato anche nella prospettiva filiale.

Il nato ha interesse a crescere con i genitori, preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della personalità e delle sue inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della l. adozione.

Qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia ragione a quello biologico, il figlio (se minore di età, rappresentato nelle forme previste dalla legge) è arbitro del proprio destino, compiendo un personale bilan-

⁽⁴⁸⁾ Sulla questione, come accennato, è intervenuta di recente la Consulta, sanzionando il sistema nella parte in cui non prevede la possibilità di ripensamento della partoriente, ma sostanzialmente confermando la legittimità della previsione del diritto all'anonimato della stessa: Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit.

ciamento tra più interessi fondamentali tutelati dal sistema, quali quello alla verità biologica, ma anche l'altro a mantenere lo stato inveridico e, dunque, rapporti sociali e affettività consolidati. Le azioni di stato, siano esse volte all'accertamento diretto della filiazione o a quello indiretto, sono tutte imprescrittibili riguardo al figlio, che può decidere in qualsiasi momento di mutare il proprio stato giuridico verso l'adulto⁽⁴⁹⁾, o di acquisirlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto).

Tuttavia, il diritto alla genitorialità assume connotati differenti in presenza della minore età del figlio, poiché esso rileva non soltanto nella fase costitutiva del rapporto, ma soprattutto in quella esecutiva, con particolare riferimento all'esercizio della responsabilità genitoriale e all'affidamento, che può essere condiviso, o attribuito alternativamente all'uno o all'altro dei genitori se ciò risponde all'interesse del minore, e viene mantenuto anche in caso di affidamento *ex art. 5, l. adozione*. Ed è importante che il rapporto permanga verso entrambi i genitori, attuando così pienamente il diritto alla bigenitorialità⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ In questo caso lo stato inveridico verso il genitore affettivo dev'essere rimosso, salvo il reclamo nelle ipotesi di cui all'art. 239, 1° e 3° comma c.c., tramite le azioni di disconoscimento *ex art. 243 bis c.c.* o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c., a seconda che la nascita sia avvenuta o meno in matrimonio.

⁽⁵⁰⁾ Gli studi di psicologia infantile hanno dimostrato l'importanza di quello che i ricercatori del c.d. "Gruppo di Losanna", a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, definiscono "triangolo primario". Secondo questa concezione, la funzione paterna trova piena espressione ed attuazione soltanto se la cornice di riferimento è triadica, con la conseguenza che essa non è meramente secondaria e di supporto alla relazione tra madre e bambino, ma è significativa in quanto tale, essenziale e preziosa, pregna di valore in quanto partecipa direttamente alla determinazione di un campo relazionale unico, che sussiste anche grazie alla sua presenza; in altri termini, una figura materna con date caratteristiche non può esistere verso il bambino senza una specifica figura paterna e, allo stesso modo, la relazione tra madre e bambino, non solo risulta influenzata dalla figura del padre, ma è da questa fortemente arricchita; ciò è espressione di quella che viene definita "*Gestalt* relazionale complessa", cui partecipano padre, madre e bambino: cfr., in particolare, G. SALONIA, *Dal noi all'io-tu. Contributo per una teoria evolutiva del contatto*, in *Quaderni Gestalt*, 8-9/1989, p. 45 ss.; ID., *Tempo e relazione. L'intenzionalità relazionale come orizzonte ermeneutica della Gestalt Terapia*, *ivi*, 14/1992, p. 7 ss.; D.N. STERN, *One way to build a clinically relevant baby*, in *Infant mental health journal*, 1/1994,

Ancora una volta è il diritto dell'Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 C.d.f.U.E., al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il citato reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari.

L'ordinamento italiano tende ad assicurare il diritto alla bigenitorialità sia nella fase fisiologica di attuazione del rapporto filiale, attribuendo la responsabilità ad entrambi i genitori (artt. 316 ss. c.c.), sia in quella patologica dei rapporti tra gli stessi, con la regola dell'affidamento condiviso (artt. 337 *bis* ss. c.c.).

Il limite alla bigenitorialità è dato soltanto dall'interesse preminente del figlio, che può portare ad una pronuncia di decadenza dalla responsabilità nei confronti di colui che abbia gravemente mancato ai propri doveri (art. 330 c.c.)⁽⁵¹⁾, ovvero all'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori (art. 337 *quater* c.c.), affidamento, tuttavia, inidoneo a recidere i legami con l'altro, che mantiene il diritto a partecipare allo sviluppo del minore, ivi compreso anche il c.d. diritto di visita⁽⁵²⁾.

Il diritto alla genitorialità va in ogni caso guardato anche in relazione a quello degli altri figli, dovendosi contemperare le esigenze e dare protezione agli interessi di quei soggetti che abbiano la titolarità del rapporto verso il medesimo o i medesimi genitori. In questo senso, il rapporto di parentela, che si instaura per la discendenza da uno stesso stipite, costituisce un limite al diritto alla genitorialità del singolo e realizza nei rapporti interpersonali

pp. 9-25; E. FIVAZ DEPEURSINGE e A. CORBOZ WARNERY, *Il triangolo primario. Le prime relazioni triadiche tra padre, madre e bambino*, ed. italiana con prefazione di D.N. Stern e introduzione di G.C. Zavattini, (Raffaello Cortina Editore) Milano, 2000; M. SPAGNOLO LOBB (a cura di), *Psicoterapia della Gestalt*, 2ª ed., (Franco Angeli) Milano, rist. 2010.

⁽⁵¹⁾ Che produce conseguenze anche sul piano successorio (indegnità a succedere): cfr. A SASSI, *Esclusione legale ed esclusione volontaria nel sistema italiano dell'indegnità a succedere*, in questa *Rivista*, 2013, p. 275 ss., spec. p. 293 ss.

⁽⁵²⁾ V. il richiamato reg. n. 2201/2003, che, all'art. 2, n. 10, lo definisce come «il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza per un limitato periodo di tempo».

quel bilanciamento delle situazioni giuridiche fondamentali relative alla qualità delle persone, cui in precedenza s'è fatto cenno⁽⁵³⁾.

5. — *Diritto alla parentela e diritto all'ascolto.*

L'interesse del figlio a stabilire relazioni interpersonali giuridicamente rilevanti con i consanguinei non si esaurisce con la piena attuazione del diritto alla genitorialità, ma trova il suo naturale completamento nel diritto ad intrattenere rapporti con gli altri parenti, anch'esso fondamentale.

Quest'ultimo è stato oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore dell'ultima riforma, che ha sancito legalmente, in particolare attraverso le modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., la rilevanza del rapporto a prescindere dall'esistenza o meno di una famiglia legittima, ad ulteriore conferma di quel processo di individualizzazione dello *status* cui in precedenza s'è fatto cenno⁽⁵⁴⁾.

Il compilatore attuale, infatti, ha recepito integralmente le osservazioni compiute in dottrina⁽⁵⁵⁾, così definitivamente superando l'orientamento teso a distinguere la parentela dalla consanguineità, che riteneva la prima legata esclusivamente alla costituzione dello *status* di figlio matrimoniale⁽⁵⁶⁾.

Oltre alle modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., con cui si è opportunamente precisato l'ambito della parentela e gli effetti del riconoscimento, si è eliminato ogni riferimento alla natura matrimoniale della filiazione contenuto nei precedenti artt. 565 ss. c.c., riconoscendo così espressamente il reciproco diritto del figlio e dei parenti del genitore, che ha effettuato il riconoscimen-

⁽⁵³⁾ *Retro*, § 3.

⁽⁵⁴⁾ *V. retro*, § 1.

⁽⁵⁵⁾ Per tutti, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 578 ss.

⁽⁵⁶⁾ Orientamento di recente ribadito da Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 591, con nota di C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Famiglia e dir.*, 2001, p. 361, con nota di G. FERRANDO, *Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1034, con nota di E. GUERINONI, *La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali*, in *Famiglia*, 2001, p. 498, con nota di M. DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*.

to o che è stato dichiarato come tale, a partecipare *ab intestato* alle rispettive successioni.

Si tratta di orientamento che privilegia la persona rispetto alla famiglia e che si giustifica nei limiti in cui la tutela di quest'ultima non è strumento di tutela della prima: di conseguenza, si è interpretato restrittivamente il limite dei diritti dei membri della famiglia legittima, posto dall'art. 30 Cost., in relazione alla parificazione dei figli non matrimoniali⁽⁵⁷⁾, tanto più che, come correttamente sottolineato, la tutela costituzionale della famiglia legittima ha un senso soltanto se riferita all'unità affettiva tra i membri che la compongono⁽⁵⁸⁾.

Le considerazioni che precedono valgono anche nell'adozione legittimante, poiché, in base agli artt. 6 ss. l. adozione, il minore acquista lo stato di figlio matrimoniale degli adottanti, e la rilevanza dello *status* si estende, oltre che ai parenti in linea retta dei genitori adottivi, anche a quelli in linea collaterale. Rimangono però esclusi dalla nuove tutele coloro che accedono all'adozione di minori in casi particolari, prevista dagli artt. 44 ss., l. adozione, e a quella di persone maggiori di età *ex* artt. 291 ss. c.c. Ma, anche alla luce dell'ultima riforma che ha operato un'estensione *ex lege* dei vincoli di parentela alla filiazione non matrimoniale, il richiamo all'art. 300 c.c. compiuto dall'art. 55, l. adozione appare quanto mai anacronistico, e il legislatore ha perso un'altra occasione per attuare effettivamente quella parificazione dei figli tanto solennemente enunciata nel nuovo art. 315 c.c. In relazione all'adozione di maggiorenni, poi, la dottrina ha ampiamente dimostrato l'inopportunità di escludere l'adottato dai rapporti con i parenti dell'adottante ed evidenziato i profili di incostituzionalità che una tale scelta comporta⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ In questi termini, A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 454 s.; e v. prima E. DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, 2, spec. p. 235, che prospetta l'astratta possibilità di una parentela senza legami familiari, superando il sistema in cui essa è un riflesso del matrimonio e, appunto, della famiglia.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. ancora A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 584.

⁽⁵⁹⁾ V., ampiamente, A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 258 ss.

Tuttavia, il mutamento di maggiore rilievo che si è perpetrato in questi ultimi decenni riguarda il pieno riconoscimento del diritto del minore alla cura e all'ascolto.

Si tratta di una rivoluzione culturale, prima ancora che giuridica, con riferimento alla posizione della prole: questa, da sempre considerata nella storia del diritto civile come "oggetto" del potere paterno, diviene la figura centrale del nuovo diritto di famiglia, che per tale ragione è stato qualificato dalla migliore dottrina come "diritto paidocentrico"⁽⁶⁰⁾.

Anche nel diritto delle persone e della famiglia le attenzioni maggiori da parte del sistema si sono sempre indirizzate verso situazioni giuridiche a carattere patrimoniale: attraverso la previsione dell'incapacità di agire e della potestà (prima patria, poi genitoriale), e del relativo potere di rappresentanza, ci si preoccupava essenzialmente di tutelare il patrimonio del minore e di assicurare la sua crescita nel contesto dell'unità familiare. Soltanto negli ultimi tempi si è assistito ad una maggiore attenzione per tutte quelle attività legate all'infanzia, prima considerate marginali, attività al cui indirizzo il minore deve partecipare attivamente dovendosi tenere conto della sua opinione in relazione alla capacità di discernimento e al grado di maturità raggiunto.

Una forte spinta in questo senso è stata fornita dal diritto dell'Unione Europea. È il caso dell'istruzione e della formazione, considerate cruciali nel processo di integrazione, un tempo esclusivamente deputate alla preparazione al lavoro e alla vita sociale e totalmente estranee al diritto civile, e oggi contemplate in Europa nelle fonti comunitarie, con particolare riferimento a quelle riconducibili alla *Strategia di Lisbona*, al *Processo di Bologna* e al *Processo di Copenaghen*. Nel diritto attuale si abbandona l'idea che l'educazione e l'istruzione debbano concernere essenzialmente una fase della vita individuale o un aspetto limitato della collettività, per affermare l'esistenza di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive patrimonialmente neutre, immedia-

⁽⁶⁰⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 547 ss.; G. CIAN, *op. cit.*, spec. pp. 482 e 485. Sull'evoluzione della posizione del figlio nella cultura europea, v. ancora A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 509 ss.; e ID., *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, cit., p. 77 s.; ID., *Famiglia*, cit., p. 262 s.

tamente tutelabili sul piano individuale, ma rilevanti anche per la comunità: istruzione e formazione, unitamente alla ricerca, sono i principali strumenti su cui si fonda la “Società della conoscenza”⁽⁶¹⁾.

Ciò posto, il diritto del minore ad essere ascoltato nelle situazioni della vita che lo riguardano e che incidono sulla sua esistenza possiede un contenuto complesso. Esso non comprende soltanto il diritto all’ascolto propriamente inteso, ma anche quello alla manifestazione di volontà consapevole, con effetti preclusivi sulla costituzione dello stato di filiazione: ciò, riguardo al riconoscimento, si traduce nella necessità di acquisire il necessario consenso del figlio ultra quattordicenne, la cui mancanza ha, appunto, effetti impeditivi (art. 250, 2° comma, c.c.)⁽⁶²⁾.

Il diritto all’ascolto propriamente inteso si esplica: *a)* nella libertà di pensiero; *b)* nel dialogo; *c)* e, soprattutto, nell’ascolto da parte dei genitori e delle

⁽⁶¹⁾ Cfr. R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell’informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, 2007, p. 165 ss.

L’importanza dell’*ascolto* è fondamentale anche sul piano pedagogico, costituendo il fondamento del *dialogo*, situazione imprescindibile per il funzionamento delle relazioni familiari: cfr. G. MOLLO, *Comunicare in famiglia*, in *Il nodo. Scuole in rete*, anno 12° (2009), p. 38 s. (consultabile anche in www.basilicata.istruzione.it).

⁽⁶²⁾ Peraltro, il giudice può desumere argomenti contrari all’ammissibilità del riconoscimento posteriore anche dall’ascolto del minore ancora non legittimato all’assenso: cfr. Trib. min. Bologna, 23 aprile 2005, in leggidigitaliprofessionale.it, secondo cui, sebbene il riconoscimento del figlio sia diritto soggettivo primario del genitore e si presuma lo specifico interesse del minore al riconoscimento, nel giudizio di opposizione, qualora il minore adolescente – non ancora legittimato all’assenso ex art. 250, 2° comma, c.c. – manifesti consapevolmente e in piena autonomia contrarietà al riconoscimento del secondo genitore, il diritto soggettivo di quest’ultimo non può prevalere al punto di recare pregiudizio psicofisico alla prole; concetti che si rinvengono anche nella giurisprudenza della S.C., espressi essenzialmente in merito all’autorizzazione prevista dall’art. 274 c.c., dichiarato incostituzionale (Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit.): secondo Cass., 11 settembre 2012, n. 15158, in *Famiglia e dir.*, 3013, p. 306, in tema di dichiarazione giudiziale di paternità, la contrarietà all’interesse del minore sussiste solo in caso di accertamento di una condotta del preteso padre tale da giustificare una dichiarazione di decadenza dalla potestà genitoriale, ovvero di prova dell’esistenza di gravi rischi per l’equilibrio affettivo e psicologico del minore e per la sua collocazione sociale; conf., ad esempio, Cass., 11 marzo 2003, n. 3548, in *Arch. civ.*, 2004, p. 382; Cass., 26 luglio 2002, n. 11041, in *Giur. it.*, 2003, p. 1138, con nota di V. BELLOMIA, *Ancora sulla fase di ammissibilità ex art. 274 c.c. e interesse del minore*, in *Arch. civ.*, 2003, p. 810.

autorità e nella conseguente partecipazione alle decisioni⁽⁶³⁾.

Anche se le Costituzioni del secolo scorso non contemplano disposizioni specifiche riguardanti il minore, la dottrina europea ha sottolineato che l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, anche in applicazione del fondamentale principio di eguaglianza sostanziale tra i soggetti di diritto, deve essere ricondotto nell'alveo della capacità di intendere e di volere, cioè a dire – con espressione più moderna e meno orientata a logiche di diritto patrimoniale – di discernimento, ritenendosi irrilevante la capacità di agire e quindi la maggiore età dell'interessato⁽⁶⁴⁾. Ma è con il citato art. 24 C.d.f.U.E.

⁽⁶³⁾ Il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste e il mancato ascolto costituisce una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo (Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, c. 903; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di F. DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 364, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; di recente, Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *leggiditaliprofessionale.it*; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 389; Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1839; in *Giur. it.*, 2014, p. 294, con nota di L. AIROLA TAVAN, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi da dovere del giudice a diritto del figlio*; App. Catania, 12 dicembre 2013, in *leggiditaliprofessionale.it*). Inoltre, sulle sue determinazioni consapevoli ben può fondarsi la decisione del giudice sulla collocazione presso l'uno o l'altro dei genitori [l'assunto è correttamente esplicitato da Trib. Perugia (ord.), 26 marzo 2014, in *Rass. giur. umbra*, 2014, p. 73, con note di A. SASSI, *Accertamento di stato e diritti fondamentali nella riforma della filiazione*, e di F. SCAGLIONE, *Capacità di discernimento e legittimazione processuale del minore*, nel senso che degli esiti dell'ascolto del minore si deve necessariamente tenere conto, a meno di diversa valutazione del giudice doverosamente orientata a realizzare l'interesse del minore, imponendosi, tuttavia, un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al figlio, Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *leggiditaliprofessionale.it*]. Un ampio quadro delle tutele del minore è offerto da F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 271 ss.; sul suo ruolo processuale v. G. SAVI, *Il ruolo processuale del minore*, *ivi*, p. 295 ss.

⁽⁶⁴⁾ Osserva A. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 149 s., come l'esercizio dei diritti assoluti e quindi, di regola, l'esercizio dei diritti fondamentali della persona, non comporti alcun problema di capacità di agire; ciò consente al minore e all'infermo di mente di avvalersi delle libertà civili e politiche per il cui esercizio non siano stabiliti limiti specifici; il limite all'esercizio di tali diritti deve essere individuato

che i diritti dei fanciulli trovano solenne enunciazione: al 1° comma si prevede in loro favore il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la loro opinione che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

Per quanto concerne le legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, molte di esse prevedono in capo al minore un diritto all'ascolto e la rilevanza delle sue opinioni in ambito familiare o dinanzi alle pubbliche autorità: così, ad esempio, i *Children Acts* del 1989 e del 1991 e il *Family Act* del 1996 nel diritto inglese o la novella al *Code civil* introdotta con l. 2002-305 in Francia, l'art. 154 *Código civil* spagnolo, l'art. 1878 del codice portoghese e l'art. 301 di quello svizzero, ma soprattutto il § 1626, 2° comma, BGB, secondo cui i genitori devono tenere conto della crescita del figlio e della sua aspirazione all'indipendenza, in merito al quale dottrina e giurisprudenza hanno affermato l'esistenza di un dovere in capo ai genitori di "educazione collegiale"; ma oltre alle *modalità*, si ritiene che la norma contempli anche una *finalità*, in quanto i genitori sono tenuti a promuovere nel processo educativo l'autonomia e la responsabilità del figlio: è quello che viene qualificato come diritto al dialogo (*besprechen mit dem Kind*)⁽⁶⁵⁾.

soltanto nella regola generale della capacità naturale. Nel medesimo senso, v. almeno P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 36; C. ABBAMONTE, *Età (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 94 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 307 ss.; S.P. PANUNZIO, *Capacità. II) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 3; e, più di recente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 949. Il principio, del resto, è alla base della formulazione degli artt. 12 e 13 della citata l. n. 194/1978, che mostrano la rilevanza della volontà della donna minorenni o interdetta in una materia così delicata e importante, in cui l'intervento del giudice è volto, attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, ad appurare l'esistenza in capo all'incapace di agire della consapevolezza e ponderazione della scelta compiuta.

⁽⁶⁵⁾ Per la dottrina, U. DIEDERICHSEN, *sub* § 1626-1626a, in AA.VV., *Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch*, 65ª ed., München, 2005, spec. nt. a margine 23; L.M. PESCHEL-GUTZEIT, *sub* § 1626, in AA.VV., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª ed., t. IV, *Famlienrecht §§ 1626-1631; Anhang zu § 1631: RKEG; §§ 1631a-1633*, Berlin, 2002, nt. a margine 113 ss.; P. HUBER, *sub* § 1626, in AA.VV., *Münchener Kommentar zum*

Nell'attuale legislazione italiana, il diritto all'ascolto è previsto in via generale per quei minori che abbiano compiuto i dodici anni di età e anche di età inferiore se capaci di discernimento (cfr. artt. 315 *bis*, 336, 336 *bis* e 337 *octies* c.c.). Ciò significa che si è inteso fissare il limite della capacità di discernimento al dodicesimo anno di età, salvo l'accertamento del giudice nella specifica situazione.

I sistemi attuali prevedono, quindi, strumenti volti al dialogo e alla condivisione da parte del figlio delle scelte compiute nel suo interesse.

6. — *Principio di verità biologica e interesse del figlio.*

Posti questi principi fondamentali, va precisato che l'impianto normativo attuale privilegia il principio di verità biologica, tendenzialmente attribuendo la genitorialità con riguardo alla trasmissione del patrimonio genetico.

Si tratta di scelta condivisibile, peraltro accreditata in alcune pronunce della Corte costituzionale⁽⁶⁶⁾, che permette di realizzare pienamente il rapporto tra genitore e figlio, oltre a consentire a quest'ultimo di avere infor-

Bürgerlichen Gesetzbuch, 4^a ed., t. VIII, *Familienrecht II*. §§ 1589-1921. *SGB VIII*, München, 2002, ntt. a margine 63 e 65; in giurisprudenza, OLG Karlsruhe, in *NJW* 1989, p. 1298; in *FamRZ*, 1989, p. 1322; in *DAVorm*, 1989, p. 700; OLG Köln, in *FamRZ*, 2001, p. 1087; un quadro approfondito è offerto da A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 553 s.

⁽⁶⁶⁾ Cfr., ad esempio, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, 30/2006, p. 30, con nota di M. FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Famiglia e dir.*, 2006, p. 461, con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*, in *Notariato*, 2006, p. 537; in *Foro it.*, 2006, I, c. 3290 ed *ivi*, 2007, I, c. 705, con nota di M. FORTINO, *Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 628, con nota di M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente art. 235 c.c. (ora abrogato), relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264 ss.; e, per i profili attuali, ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., 250 ss.

mazioni complete sulle proprie origini a tutela della propria salute fisica e psichica⁽⁶⁷⁾. Essa trova riscontro normativo nella previsione in capo al nato di un diritto fondamentale, e come tale imprescrittibile, all'accertamento dello stato in quanto veridico, nella legittimazione generale all'azione nel caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c.) e

⁽⁶⁷⁾ Ciò è dimostrato, nel caso di parto anonimo e/o di adozione, dalla necessità di accedere alla conoscenza delle proprie origini biologiche e dal dibattito sul bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei genitori biologici e quello alla salute psico-fisica del nato, su cui sono intervenute di recente la CEDU e la Corte costituzionale italiana: Corte EDU, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 194 e *ivi*, p. 537, con nota di G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contenimento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 103, con nota di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*; in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 67, con nota di P. PACINI, *Accesso alle proprie origini biologiche*, Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corriere giur.*, 2014, p. 471, con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 279, con note di V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, e di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*. Per un inquadramento sistematico della questione v. già S. STEFANELLI, *Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, 2, p. 833 ss.; in prospettiva europea, di recente, V. COLCELLI, *La tutela privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini*, in L. CASSETTI (coord.), *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, consultabile in www.diritti-cedu.unipg.it.

Del resto, anche gli studi di psicologia mostrano l'importanza delle origini biologiche e della loro conoscenza, laddove non coincidano con quelle del genitore, nella formazione e nel pieno sviluppo di ciascun individuo: v. almeno R. LOMBARDI, *Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 663 ss.; D.J. SIEGEL, *La mente relazionale. Neurobiologia dell'esperienza interpersonale*, ed. italiana, (Raffaello Cortina Editore) Milano, 2001; M. ANDOLFI e V. CIGOLI (a cura di), *La famiglia d'origine. L'incontro in psicoterapia e nella formazione*, (Franco Angeli) Milano, 2003, spec. pp. 7 ss., 147 ss. e 180 ss.; F. VADILONGA (a cura di), *Curare l'adozione*, (Raffaello Cortina Editore) Milano, 2011, pp. 133-140; v. anche I. DE BONO, *Dal trauma all'esperienza adottiva*, in *Trasformazioni*, 1/2006, pp. 39-55, ove si sottolinea l'erroneità della diffusa convinzione che adottare un bambino molto piccolo, magari neonato, annulli o riduca al minimo la storia antecedente, la quale, al contrario, ha inizio al momento del concepimento ed è una storia che lascia una memoria inscritta nel corpo e che partecipa alla costruzione dell'identità del bambino.

di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), nonché nel fatto che la filiazione può essere provata con ogni mezzo (artt. 241 e 269, 2° comma, c.c.). Conseguenza che la verità biologica, almeno in via potenziale, prevale indipendentemente dalla volontà dei genitori biologici o sociali e dalle risultanze dei registri di stato civile⁽⁶⁸⁾.

Questi elementi debbono a nostro avviso guidare l'interprete – almeno in prima istanza – anche nella soluzione di casi particolarmente delicati verificatisi nella pratica, quale quello dello scambio di embrioni nella fecondazione medicalmente assistita⁽⁶⁹⁾, a seguito del quale, per errore, sono stati impiantati nella donna embrioni provenienti da altra coppia, di cui ovviamente possiedono le caratteristiche genetiche, senza il consenso dei fornitori di gameti.

Anche nella fattispecie deve normalmente prevalere il criterio di discendenza biologica (come avviene nel caso di sostituzione di neonato *ex* artt. 239 e 240 c.c.), non essendo applicabile l'art. 9, l. n. 40/2004. La norma impedisce il disconoscimento al soggetto che abbia prestato il consenso esplicito o implicito all'eterologa⁽⁷⁰⁾, nonché l'esercizio dell'anonimato per la partoriente, escludendo, al contempo, la possibilità per il nato di instaurare rapporti con il donatore di gameti. Ma è evidente che nell'ipotesi in esame difetta sia il consenso della coppia “ricevente”, che non ha mai consentito alla fecondazione eterologa, avendo dovuto ricevere embrioni “propri”, né, soprattutto, quello dei “donatori di gameti”, le cui cellule sono state impiantate a loro insaputa nell'utero della partoriente.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., di recente, Cass., 29 settembre 2013, n. 21882, in *leggiditaliaprofessionale.it*, secondo cui, nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la genitorialità è conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l'elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al “disvolere” del presunto padre, una diversa interpretazione ponendosi in contrasto con l'art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo.

⁽⁶⁹⁾ Su cui D. CORVI, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita not.*, 2014, p. 701 ss.

⁽⁷⁰⁾ Per un'applicazione della regola, da ultimo, Trib. Roma, 19 settembre 2013, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 1136, con nota di A. BATÀ e A. SPIRITO, *Inseminazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità*.

Deriva l'applicazione delle regole generali. E, come si è ora ricordato, indipendentemente dalle risultanze dell'atto di nascita, la maternità, al pari della paternità, può essere provata con ogni mezzo, e soltanto in prima istanza essa viene dimostrata secondo la regola contenuta nel 3° comma dell'art. 269 c.c. (coincidenza tra l'identità di colui che pretende di essere figlio e l'identità di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre). Quest'ultima regola, confermata anche dalla riforma del 2012-2013, che non ha eliminato il contrasto con il precedente 2° comma, è evidentemente espressione dell'assunto secondo cui *mater semper certa est, pater numquam*, assunto che poteva assumere valenza in una realtà in cui l'evento procreativo era affidato al corretto funzionamento di elementi naturali e la partoriente era sicuramente madre biologica del nato, ma che non ha più senso alcuno in quella attuale⁽⁷¹⁾. Infatti, oggi è sempre possibile ricorrere ad indagini genetiche (a meno che il materiale da analizzare sia talmente deteriorato, di modo da non potersi ricavare elementi utili: ad esempio, cadavere in elevato stato di decomposizione) e fare impiego di tecniche di fecondazione assistita (omologa o eterologa), che, come vedremo tra breve, tra non molto consentiranno addirittura di combinare elementi del Dna femminile (nucleare e mitocondriale) provenienti da individui diversi, con la conseguenza che le madri fornitrici di gameti saranno addirittura due.

Il principio di verità biologica incontra importanti contemperamenti in altri che possiedono pari rilevanza e dignità, quali quelli alla certezza dello *status* e alla tutela dei rapporti sociali e dell'affettività⁽⁷²⁾, poiché, salvo limitate eccezioni, le azioni volte alla rimozione dello *status* debbono essere espe-

⁽⁷¹⁾ Cfr., di recente, R. D'ALTON-HARRISON, *Mater semper incertus est: who's your mummy?*, in *Medical Law Review*, 23 gennaio 2014, pp. 1-27 (consultabile anche in www.medlaw.oxfordjournal.org).

⁽⁷²⁾ Il riconoscimento pieno di tali situazioni giuridiche – anch'esse rientranti nella tutela costituzionale di cui all'art. 30 – si deve ad Antonio Palazzo: v., di recente, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 270 ss.; ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss. La rilevanza dell'affettività nelle relazioni familiari – già sottolineata anche da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. p. 920 s. – è al centro della importante indagine di C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, 2, p. 527 ss.

rite entro breve tempo dalla nascita. Infatti, di regola, come accennato nel precedente paragrafo, esse sono imprescrittibili soltanto riguardo al figlio che, in questo modo, diviene arbitro della propria situazione, operando un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali egualmente tutelati.

È possibile realizzare detto bilanciamento non soltanto attraverso le azioni di accertamento diretto della filiazione verso il genitore biologico, che necessariamente comportano la rinuncia al precedente *status* consolidato e incompatibile col nuovo, ma anche mediante quelle volte al suo accertamento indiretto *ex artt.* 279, 580 e 594 c.c., che consentono di mantenerlo a tutela dei rapporti affettivi verso il genitore affettivo che se n'è occupato, al contempo attuando la responsabilità da procreazione verso quello biologico. Resta escluso dalla responsabilità soltanto il donatore di gameti che, ai sensi dell'art. 9, 3° comma, l. n. 40/2004, oltre a non acquisire relazioni parentali con il nato (relazioni che cessano anche in caso di adozione *ex art.* 27, 3° comma, l. adozione), non può essere titolare di alcun obbligo verso lo stesso.

Deriva che il principio di verità biologica non è assoluto, ma va guardato nell'ottica del concreto interesse del figlio, che è preminente.

Questi concetti non sempre sono chiari e correttamente applicati nella giurisprudenza della S.C., soprattutto in ordine alle conseguenze della condanna per i delitti contro lo stato di famiglia, con particolare riferimento a quello p. e p. dall'art. 567 c.p. (*Alterazione di stato*)⁽⁷³⁾. Infatti, si sostiene che,

⁽⁷³⁾ Secondo la giurisprudenza, la norma è posta a garanzia dell'identità del neonato, del rapporto effettivo di procreazione per come naturalmente si determina e, quindi, dell'integrità dello stato di filiazione, quale attributo della personalità. Essa prevede due distinte ipotesi di delitto di alterazione di stato, diverse nella nozione e nella pena: la prima si consuma quando nei registri di stato civile si fa figurare uno stato di filiazione diverso da quello reale mediante sostituzione di neonato, mentre la seconda si compie a seguito di false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, avvenendo l'alterazione quando, nella formazione dell'atto di nascita, si inserisce un dato non veritiero sull'identità, sulla discendenza, sulla qualità di figlio matrimoniale o meno, sul sesso, ecc.: cfr. Cass., 18 marzo 1975, A., in *Riv. pen.*, 1976, p. 69; Cass., 9 giugno 1981, V., *ivi*, 1982, p. 177; Cass., 27 aprile 1983, M., *ivi*, 1984, p. 241; e, sui caratteri della condotta, Cass., 21 ottobre 1980, D.U., *ivi*, 1981, p. 179; Cass., 12 febbraio 2003, R. e V., in *Giur. it.*, 2004, p. 1712, con nota di S. FERRARI, *Considerazioni sul delitto di alterazione dello status filiationis*; G.i.p. Trib. Torino, 6 febbraio 2013, C. e S., in *leggiditaliaprofessionale.it*.

all'esito della dichiarazione di falsità contenuta nella sentenza penale, consegue necessariamente la cancellazione dagli atti di stato civile della registrazione dell'atto di nascita compiuto in violazione di legge e di ogni altro conseguente, rientrando la fattispecie tra quelle di rettificazione previste dall'art. 95, d.P.R. n. 396/2000, il cui procedimento è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso⁽⁷⁴⁾.

Ma è evidente l'equivoco in cui cadono i giudici, poiché l'atto in questione non è affatto indebitamente registrato, esistendo all'epoca un atto di autoresponsabilità compiuto nelle forme previste e, quindi, produttivo di effetti, né è falsa la conseguente registrazione negli atti di stato civile. Il vizio, se di vizio si può tecnicamente parlare, non attiene agli atti del procedimento di registrazione in loro considerati, ma alla veridicità della dichiarazione effettuata dal genitore, con la conseguenza che per la rimozione dei predetti atti è sempre necessaria un'azione di stato, tanto più che nella filiazione matrimoniale la rimozione dell'accertamento contestuale alla nascita può

⁽⁷⁴⁾ Di recente, Cass., 2 ottobre 2009, n. 21094, in *leggiditaliaprofessionale.it*. Questo il caso. Con ricorso ex art. 95, d.P.R. n. 396/2000, il Procuratore della Repubblica – premesso che era stata dichiarata la falsità del riconoscimento del minore Caietto operato da Caio per atto notarile e che, pertanto, era doveroso disporre la cancellazione delle iscrizioni e/o trascrizioni effettuate nei registri di nascita e di cittadinanza, dipendenti dall'atto di accertamento dichiarato falso – chiede ed ottiene dal Tribunale adito la predetta cancellazione della trascrizione degli atti concernenti Caietto. Propone reclamo alla Corte d'Appello quest'ultimo, ma il provvedimento impugnato viene confermato. Osserva, in particolare, il giudice del gravame che alla dichiarazione di falsità del riconoscimento contenuta nella sentenza penale di condanna consegue necessariamente la cancellazione dai registri dello stato civile di tutti gli atti indebitamente registrati in conseguenza del riconoscimento non veridico, rientrando la fattispecie nella previsione di cui all'art. 95, d.P.R. n. 396/2000 e, precisamente, nella «cancellazione di un atto indebitamente registrato». Propone ricorso per cassazione il soccombente. La S.C. conferma il decreto, osservando che il procedimento di rettificazione di cui alla citata norma è diretto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso, in quanto la funzione degli atti di stato civile è proprio quella di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei relativi registri, ai sensi dell'art. 451 c.c.

avvenire soltanto nei casi tassativamente indicati dall'art. 238 c.c. E detta azione è soggetta a proprie peculiari regole, concernenti soprattutto la legittimazione e i termini per l'esperimento, regole poste a tutela degli interessi fondamentali del figlio alla certezza e alla conservazione dello *status*, anche se non veridico, e all'affettività⁽⁷⁵⁾: il relativo provvedimento del giudice non dà luogo a cancellazione *ex art. 95, d.P.R.* ordinamento di stato civile, ma costituisce autonomo titolo per l'annotazione prevista nel precedente art. 49 [v., in particolare, 1° comma, lett. *l*), *m*) e *o*].

Pertanto, il richiamato art. 95 non può mai riguardare l'accertamento della discendenza (art. 567 c.p. – *Alterazione di stato*), che può essere rimosso o costituito soltanto con un'azione di stato (accertamento di grado superiore), ma concerne altri aspetti della dichiarazione e/o gli effetti che la legge automaticamente alla stessa riconduce: così, ad esempio, se il figlio non è mai venuto ad esistenza e la falsità concerne l'evento nascita (art. 566 c.p. – *Supposizione o soppressione di stato*), è palese che non si tratta di un problema di discendenza e conseguente titolarità dello stato giuridico (che riguarderebbe persona inesistente) e l'accertamento della falsità comporta l'applicazione del citato art. 95.

In sostanza, occorre distinguere tra: *a*) accertamento *inveridico*, per la cui rimozione è sempre necessaria un'azione di stato soggetta a regole stringenti a tutela dei diritti fondamentali del figlio, che, in questo modo, è arbitro della propria parentela; e *b*) accertamento *indebito*, in cui non sussistono problemi in ordine alla riferibilità della generazione, e la non rispondenza della registrazione negli atti di stato civile ai canoni legali è dovuta a circostanze che non necessitano di un accertamento di stato di grado superiore con effetti di giudicato *erga omnes*.

Né può obiettarsi che nel caso in esame l'azione di stato sarebbe superflua e contraria a ragioni di economia processuale, poiché gli interessi del figlio appena richiamati sono fondamentali, costituzionalmente garantiti e,

⁽⁷⁵⁾ Il problema, del resto, è risalente: sulle conseguenze dell'accertamento indiretto della discendenza biologica nella sentenza penale, v. A. CICU, *La filiazione*, cit., p. 239 s., il quale correttamente rilevava che la pregiudiziale civile è assoluta quando si ha controversia di stato.

soprattutto, non formano oggetto di valutazione nel processo penale. Se si ritenesse diversamente, deriverebbero conseguenze abnormi, poiché sarebbe sufficiente la condanna in sede penale⁽⁷⁶⁾ per un delitto contro lo stato di famiglia per scardinare tutto il sistema delle azioni di stato e dell'accertamento di grado maggiore che da esse deriva. In particolare: *a)* si darebbe ingresso alla rimozione dello *status* costituito indipendentemente dalla volontà dell'interessato, creando così una palese disparità di trattamento tra quelle situazioni in cui l'inveridicità sia stata accertata in sede penale e quelle in cui detto accertamento difetti per una qualsiasi ragione; *b)* verrebbero completamente disattese le condizioni previste dal sistema per l'esperimento dell'azione di disconoscimento (art. 244 c.c.) e per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), coincidendo l'imprescrittibilità e la legittimazione generale soltanto nell'azione di contestazione dello stato di figlio (artt. 240 e 248 c.c.); *c)* si attribuirebbe alla sentenza di condanna emessa in sede penale autorità di giudicato civile sullo *status* con efficacia *erga omnes* e, quindi, anche verso chi – compreso eventualmente il figlio – non si sia costituito parte civile e, quindi, non abbia partecipato al giudizio.

Certamente l'accertamento dei fatti materiali compiuto con la sentenza penale di condanna spiega i suoi effetti preclusivi in sede civile ai sensi dell'art. 654 c.p.p. nei confronti di coloro che hanno rivestito la qualità di parte del processo (ferma restando la possibilità di una loro autonoma valutazione qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere)⁽⁷⁷⁾,

⁽⁷⁶⁾ O addirittura, secondo l'orientamento della S.C., l'accertamento dell'intervenuta prescrizione del reato, in quanto la declaratoria di falsità di un documento può essere legittimamente pronunciata anche in sede di sentenza di non luogo a procedere per prescrizione, quando essa sia stata motivatamente accertata in esito all'udienza preliminare: di recente, Cass., 23 ottobre 2012, A.N.N., in *leggiditaliaprofessionale.it*.

⁽⁷⁷⁾ Sul punto, di recente, Cass., 17 novembre 2011, n. 24082, in *leggiditaliaprofessionale.it*, secondo cui la sentenza del giudice penale di estinzione del reato per prescrizione, emessa a seguito di dibattimento, spiega effetti nel giudizio civile, nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo penale, in ordine alla sussistenza dei fatti materiali in concreto accertati, anche se può essere operata in sede civile una loro rivalutazione in via autonoma, qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere in quella sede. Viceversa, in presenza di applicazione della pena su richiesta (c.d. patteggiamento; art. 444 c.p.p.), il giudice civile deve procedere in modo autonomo alla rivalutazione del fatto e del materiale

ma il giudizio di stato è sempre necessario per l'accertamento di grado maggiore, finalizzato alla rimozione della situazione consolidata e alla costituzione di una nuova e con la prima incompatibile.

Il principio di verità biologica, oltre a trovare un limite negli altri posti a tutela dell'interesse del figlio appena richiamati, come si è accennato poco fa, potrebbe comunque risultare inidoneo ad attribuire la genitorialità nel caso di figli nati a seguito dell'introduzione di tecniche – allo stato ancora allo studio⁽⁷⁸⁾ – consistenti in manipolazioni genetiche sulla cellula uovo, anche effettuate al fine di evitare malformazioni del feto, con materiale proveniente da donna estranea alla coppia. In questo caso, i geni presenti nel nuovo soggetto sarebbero riconducibili a tre genitori (due madri e un padre), con la conseguenza che risulterebbe impossibile riferirne la discendenza biologica.

Più in particolare, in applicazione degli studi compiuti in tema di clonazione, un embrione che presenta anomalie mitocondriali, viene disgregato nelle sue cellule singole (i blastomeri), dai quali si estraggono i nuclei, che vengono a loro volta trapiantati negli ovociti di un'altra donna, precedentemente enucleati, che presentano mitocondri sani. Da questo metodo, qualora desse risultati clinicamente approvati e venisse applicato, deriverebbero, tuttavia, rilevanti problemi etici e giuridici di carattere generale, vista la formazione di più embrioni identici dalla clonazione di uno iniziale [attività potenzialmente in contrasto con il divieto di cui all'art. 3, lett. *d*), C.d.f.U.E.]⁽⁷⁹⁾.

probatorio: v. almeno Cass., 18 aprile 2013, n. 9456, *ivi*; Cass. (ord.), 6 dicembre 2011, n. 26263, *ivi*; Cass., Sez. un., 31 luglio 2006, n. 17289, *ivi*.

⁽⁷⁸⁾ Nel Regno Unito, dopo una serie di indagini, il 3 giugno 2014 l'Authority HFEA ha dichiarato, tra l'altro, che: *a*) «the evidence it has seen does not suggest that these techniques are unsafe»; *b*) «there are still experiments that need to be completed before clinical treatment should be offered». Nonostante la necessità di compiere ulteriori ricerche prima di passare alla sperimentazione e poi all'applicazione del metodo, la strada è tracciata e la questione ha già suscitato un acceso dibattito parlamentare, viste le implicazioni etiche e giuridiche che ne derivano: v. www.publications.parliament.uk.

⁽⁷⁹⁾ Preziose e più dettagliate informazioni, nonché spunti di riflessione si rinvencono in A. MORRESI, *Figli in provetta di tre genitori*, in *Il foglio quotidiano*, 1° marzo 2013, p. 1 [nella versione in lingua spagnola *Hijos de probeta de tres progenitores*, in *Prudentia iuris. Revista del Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, n. 75 (2013), p. 201 ss. (consultabile anche in www.bibliotecadigital.uca.edu.ar)], che evidenzia il fatto che con il metodo menzionato

Analoghe difficoltà di individuazione della discendenza potrebbero verificarsi nell'uso di procedimento inverso, anch'esso in avanzata fase di sperimentazione, consistente nell'impianto di materiale mitocondriale di altra donna sull'ovocita originario, che, ovviamente, conserva il nucleo con il proprio Dna.

In entrambi i casi, ci si troverebbe di fronte a più donne fornitrici di materiale genetico. E, in proposito, non sarebbe sufficiente la previsione di divieti, poiché – come dimostrano i casi della fecondazione eterologa e della maternità surrogata – basta che il metodo sia legalmente o illegalmente praticato in qualunque paese del mondo perché il problema si presenti.

Sul piano giuridico, quindi, secondo le regole generali, il figlio avrebbe potenzialmente la possibilità di vedersi costituito il rapporto verso entrambe le donne, oltre che verso il padre: del resto, l'ordinamento già conosce situazioni di questo tipo nell'adozione in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983) e in quella di maggiori di età (artt. 291 ss. c.c.), nelle quali l'adottato conserva i rapporti con la famiglia di origine, trovandosi così con un doppio stato giuridico, l'uno verso i genitori biologici e l'altro verso quello adottivo.

Tuttavia, un criterio legale per l'individuazione della madre ci sembra potrebbe essere quello della prevalenza quantitativa del materiale, presente nella sua quasi totalità nel nucleo dell'ovocita e in minima parte nei mitocondri⁽⁸⁰⁾, anche se qualitativamente il Dna mitocondriale assume importanza fondamentale, soprattutto ove venga utilizzata la tecnica dell'estrazione nucleare, in cui è proprio il nucleo ad essere innestato su altro ovocita in precedenza enucleato.

si creano una serie di embrioni tutti eguali tra loro nel Dna, tanti quanti gli ovociti enucleati: non si tratta, quindi, di produrre una copia identica di un individuo (pecora Dolly), ma di formare più embrioni identici tra loro, clonando un embrione iniziale.

⁽⁸⁰⁾ Un gamete femminile (ovocita) è una cellula che ha per il 99,9% del suo patrimonio genetico del Dna nel nucleo e lo 0,1% al di fuori di esso, nei mitocondri, che si ereditano solo per via materna (tramite appunto gli ovociti), in quanto quelli presenti negli spermatozoi si distruggono subito dopo la fecondazione e, quindi, non vengono trasmessi alle generazioni future. Per queste ragioni, le analisi comunemente praticate per stabilire la discendenza biologica sono in grado di individuare la compatibilità con il Dna nucleare, mentre riguardo a quello mitocondriale sono necessarie indagini più accurate.

In ogni caso, un tale criterio dovrebbe subire dei temperamenti. Infatti, i metodi di cui si tratta potrebbero essere utilmente impiegati anche nel caso il cui i nuclei provengano da donna in età non più fertile o difficilmente fertile (giusta anche la possibilità di crioconservazione, in relazione alla quale negli ultimi tempi sono stati risolti notevoli problemi tecnici), che risulterebbero “rivitalizzati” dalla presenza di mitocondri sani ed attivi, pur mantenendo il Dna del nucleo e, quindi, le caratteristiche fenotipiche della donna cui appartiene. In questa ipotesi, visto che il nostro ordinamento pone dei limiti di età ai potenziali genitori sia nella fecondazione medicalmente assistita (art. 5, l. n. 40/2004, secondo cui la coppia dev’essere in età potenzialmente fertile) che nell’adozione (art. 6, l. n. 183/1984, che prevede il limite massimo dei quarantacinque anni nella differenza di età tra gli adottanti e l’adottato), si potrebbe a nostro avviso dare generalmente prevalenza al materiale genetico mitocondriale, nell’interesse del nato, il cui *status* verrebbe ad essere costituito verso una madre avente un’età pienamente compatibile con la delicata funzione da svolgere. Certamente, però, la questione va sempre guardata nella singola fattispecie, avendo riguardo al concreto interesse del figlio, che può utilmente ricavarsi, in particolare, dagli atteggiamenti della madre “mitocondriale” e di quella “nucleare”, nonché dalla eventuale presenza di uno *status* già costituito, con conseguente applicazione delle stringenti regole previste per l’esercizio delle relative azioni, poste a tutela degli interessi fondamentali alla certezza delle situazioni giuridiche e all’affettività, cui poco fa s’è fatto cenno.

ASSUNTA MORRESI (*)

FECONDAZIONE ETEROLOGA IN ITALIA: IL PERCHÉ DI UN VUOTO NORMATIVO

ABSTRACT: The paper analyses the Italian situation about medically assisted procreation after the Constitutional Court ruling that eliminated the ban on heterologous in vitro fertilization. The author, through the analysis of the different unsolved problems, shows the necessity of legal regulation applicable in the whole national territory.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il divieto di soppressione e di selezione di embrioni. — 3. Il divieto di fecondazione eterologa. — 4. La mancanza di regolamentazione della fecondazione eterologa in Italia. — 5. La selezione dei donatori. — 6. Problemi aperti. — 7. Tracciabilità del materiale biologico. — 8. Diritto alla conoscenza delle proprie origini. — 9. Proposte di regolamentazione e provvedimenti tampone.

1. — *Premessa.*

Con la sentenza n. 162/2014⁽¹⁾ la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla l. n. 40/2004 all'art. 4, 3° comma, rendendo praticabile anche in Italia questo percorso di procreazione medicalmente assistita (Pma).

È un pronunciamento che modifica radicalmente la legge suddetta: richie-

(*) Università degli Studi di Perugia; Componente del Comitato Nazionale per la Bioetica e del Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita.

⁽¹⁾ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida dir.*, 27/2014, p. 16, con nota di A. PORRACCILO, *Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 973, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e *ivi*, p. 1289, con nota di C. CICERO e E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; oltretutto, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*.

de un intervento specifico del legislatore per colmare un vuoto normativo che si è aperto e per regolare nuove fattispecie che si sono venute a creare.

La l. n. 40, lo ricordiamo, è stata costruita cercando di riprodurre in laboratorio percorsi analoghi alla procreazione naturale: il figlio è della coppia – eterosessuale – che lo desidera, che non può sceglierlo o selezionarlo fra altri. Coerentemente, la formazione di embrioni in vitro è considerata lecita solamente nell'ambito di un iter procreativo, e non può prevedere scopi diversi (come ad es. la ricerca scientifica). Al tempo stesso, il ricorso alle tecniche di Pma non è una libera alternativa alla procreazione naturale: «*La legge suddetta, infatti, ha come scopo quello di offrire alle coppie sterili o infertili – e solo a queste coppie – l'accesso a particolari tecniche che, pur non curando direttamente la sterilità/infertilità, offrono comunque la possibilità di avere dei figli nell'ambito della coppia stessa. In altre parole, la ratio della legge, con la precondizione fondamentale della sterilità/infertilità, è quella offrire alle coppie sterili/infertili una possibile condizione di pari opportunità rispetto a quelle naturalmente fertili*»⁽²⁾.

Di conseguenza, la l. n. 40 nella sua forma originale si muoveva entro due confini netti: il divieto di eterologa e quello di selezione e soppressione di embrioni umani.

2. — *Il divieto di soppressione e di selezione di embrioni.*

Anche dopo la sentenza della Consulta n. 151/2009⁽³⁾, che ha abolito il numero massimo di tre embrioni da generare e trasferire contemporanea-

⁽²⁾ Da “Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di p.m.a.”, nominata con decreto del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, *Postilla* della Prof.ssa Assunta Morresi alla “Relazione finale”, approvata a maggioranza il giorno 8 gennaio 2010.

⁽³⁾ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2301; in *Corr. giur.*, 2009, p. 1213, con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*; in *Fam. dir.*, 2009, p. 761, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 684, con nota di F.R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; in *Giur. it.*, 2010, p. 281, con note di L. TRUCCO, *Procreazione*

mente in utero, gli embrioni umani secondo la l. n. 40 devono essere formati comunque in numero “strettamente necessario” alla procreazione: non so no cioè previsti embrioni cosiddetti “soprannumerari”, che pongono inevitabilmente il problema, irrisolto, del loro destino⁽⁴⁾.

La soppressione degli embrioni generati in laboratorio non è consentita per nessun motivo, neppure di ricerca scientifica, mentre la donna può accedere all'interruzione di gravidanza secondo quanto previsto dalla l. n. 194/78. L'eliminazione degli embrioni formati e che vivono al di fuori del grembo materno, infatti, non è giustificata da un conflitto fra diritto alla vita del concepito e diritto alla vita e/o alla salute della madre, come invece prevede la normativa italiana sull'aborto la quale fa riferimento a una gravidanza iniziata, già in atto⁽⁵⁾. Inoltre nella Pma il consenso informato sottoscritto dalla coppia prima di sottoporsi ai trattamenti mostra la volontà esplicita di avere figli, e quindi di generare embrioni nelle modalità e nei termini sot-

assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere, di D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra «detto» e «non detto». Brevi riflessioni sul processo costituzionale della legge n. 40/2004*, e di G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi della sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*.

⁽⁴⁾ Un problema che si pone anche in paesi come gli Usa dove è possibile distruggerli, donarli/darli in adozione a coppie che lo richiedano, e utilizzarli a fini di ricerca scientifica – liberamente, se con fondi privati. Nonostante queste possibilità, uno studio del 2002 stimava l'esistenza di circa 400.000 embrioni crioconservati nelle cliniche statunitensi, di cui l'88% impegnati in “progetti parentali” [David I. Hoffman, M.D. Gail L. Zellman, Ph.D., C. Christine Fair, M.A., Jacob F. Mayer, Ph.D., Joyce G. Zeitz, B.Sc., William E. Gibbons, M.D., Thomas G. Turner, Jr., M.S., In association with The Society for Assisted Reproductive Technology (SART) and RAND, *Cryopreserved embryos in the United States and their availability for research*, *Fert. and Steril.* (2003), 79, 1063-69].

⁽⁵⁾ Sulla definizione di “inizio di gravidanza” dalla letteratura di settore emergono difformità. Non è questa la sede per affrontare nel dettaglio l'argomento, ma è bene ricordare che per alcuni l'inizio è da individuare nel concepimento, cioè nella fecondazione dell'ovocita, mentre per altri l'inizio coincide con l'impianto dell'embrione nell'utero. Mentre nel concepimento naturale la discussione è aperta, per quello in vitro non è certo possibile parlare di gravidanza quando l'embrione, pur vitale e adeguato al trasferimento, è in coltura e non è stato ancora trasferito in utero. Di conseguenza un embrione vivo e vitale è tutelato dalla l. n. 40/2004 finché è in laboratorio, e lo è meno una volta trasferito in utero, quando subentra la l. n. 194/1978.

toscritti. Allo stesso tempo, come già ricordato, l'accesso alla Pma previsto solamente in caso di sterilità o infertilità della coppia e non in presenza di malattie genetiche, va nella direzione di mettere, per quanto possibile, le coppie sterili nelle stesse condizioni di quelle fertili, e quindi di consentire loro l'accesso a percorsi procreativi assistiti dalla tecnologia: la Pma quindi, per la l. n. 40 non è un'opzione per scegliere i figli a seguito di diagnosi embrionali (Diagnosi Preimpianto, PGD, o Screening Preimpianto, PGS), cioè per scegliere di chi essere genitori, né un'alternativa alla procreazione naturale. Coerentemente con il divieto di selezione e di soppressione embrionale, per la coppia la revoca del consenso alla Pma è possibile solamente fino al momento della fecondazione, e non quando l'embrione è già formato ma non ancora trasferito⁽⁶⁾. Resta immutato il divieto di selezione eugenetica degli embrioni⁽⁷⁾. Al momento, quindi, non ci sono i presupposti per consentire diagnosi di embrioni su base genetica a fini di selezione degli stessi⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ L. n. 40/2004, art. 6, 3° comma.

⁽⁷⁾ Art. 13, comma 3b.

⁽⁸⁾ Non è possibile neppure per coppie sterili/infertili, come invece viene da più parti asserito. La sentenza 151/2009 non ha aperto a questa possibilità, ma l'ha resa concretamente praticabile consentendo la formazione contemporanea di un numero di embrioni maggiore di tre, che possono essere in parte crioconservati e trasferiti in utero successivamente, in momenti diversi. Utilizzare la PGD per selezionare embrioni adatti al trasferimento, infatti, ne richiede necessariamente un numero relativamente elevato – almeno nove, riporta gran parte della letteratura di settore – e comunque sicuramente superiore a tre. Anche a seguito di alcune sentenze di tribunali in questo senso [Trib. Cagliari, 24 settembre 2007; Trib. Firenze (ord.), 17 dicembre 2007; Trib. Bologna (ord.), 29 giugno 2009; Trib. Salerno (ord.), 9 gennaio 2010; Corte EDU per la *Costa-Pavan*, 28 agosto 2012], nel dibattito pubblico italiano l'accesso alla PGD al momento sembra invece già consentito, pur limitatamente alle coppie sterili. Alcuni centri Pma privati la stanno applicando (ad es. il SISMER a Bologna, in www.sismer.it e recentemente la Regione Lombardia ha ingiunto al Policlinico di Milano di eseguire questo tipo di analisi, in www.milano.corriere.it. Ci si avvale in questo caso di un'interpretazione dell'art.14 comma 5, laddove viene dichiarato che la coppia che ha accesso alla Pma, qualora lo richieda, sia informata «sullo stato di salute degli embrioni prodotti». La PGD, secondo questa lettura della l. n. 40, può essere finalizzata a stabilire lo stato di salute embrionale. Perché la l. n. 40 sia rispettata, bisognerebbe però al contempo escludere che la PGD sia una tecnica per selezionare gli embrioni su base eugenetica (art. 13, comma 3b), e che sia rispettato l'art. 13, 2° comma, che «consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano a condizione che si perseguano finalità

3. — *Il divieto di fecondazione eterologa.*

Il divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa emerge da tutto il testo della l. n. 40: la parola “donazione” non compare mai, il soggetto “donatore” è citato solamente all’art. 9, che tutela i nati da eterologa in caso di violazione del divieto di eterologa stessa, e non è prevista l’obbligatorietà di una tracciabilità sistematica, dalla raccolta di gameti ai nati. Non vi è, cioè, per la coppia che si sottopone alla Pma, obbligo di comunicare alle autorità sanitarie l’esito delle gravidanze accertate. Non si tratta di dimenticanza del legislatore: nella fecondazione omologa – unico percorso previsto dalla l. n. 40 – la tracciabilità donatore-nato è intrinseca, nei fatti, essendo i donatori di gameti anche i genitori legali del bambino, sempre rintracciabili all’anagrafe⁽⁹⁾.

Il registro degli embrioni e dei nati previsto dalla l. n. 40 ha significato, in questi anni, semplicemente la raccolta del numero totale degli embrioni formati e dei nati per ciascun centro Pma, con molte lacune proprio per i nati.

Non essendo previsto alcun obbligo per le coppie di rendere noto ai centri Pma l’esito delle gravidanze, né sanzioni per la mancata comunicazione, il numero dei nati viene stimato dai centri stessi che contattano e interrogano (spesso per via telefonica) ogni singola coppia di cui è stata accertata la gravidanza: in questo modo, però, non tutte le nascite possono essere rilevate e quindi registrate. Non tutti i centri Pma, infatti, sono all’interno di

esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso». Nella primavera 2015 è previsto un nuovo pronunciamento della Corte costituzionale riguardo alla possibile estensione dell’accesso alla Pma a coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche: se la Consulta ammettesse tale possibilità, il ricorso alla PGD diventerebbe lecito.

⁽⁹⁾ Nell’omologa non c’è separazione fra genitore genetico e legale, come invece avviene nella fecondazione eterologa, nella quale interviene un terzo componente estraneo alla coppia, cioè un “donatore”, chiamato così dalla letteratura internazionale perché si presuppone che non tragga guadagno economico dalla cessione dei propri gameti. È noto che avviene piuttosto il contrario, con pagamenti più o meno espliciti, spesso mascherati da “indennità” o “rimborsi” per il “donatore”: continueremo comunque a usare questo termine nel corso del presente articolo per coerenza con la letteratura di settore.

un ospedale con un reparto di ostetricia e ginecologia, e non tutte le coppie che si rivolgono a un centro Pma collegato a un ospedale, vi partoriscono.

Il numero dei nati da fecondazione assistita (così come di tutti i dati relativi all'attività dei centri Pma) quindi, è il risultato di un'autocertificazione delle coppie, per la quale non esistono norme che consentano controlli ex-post.

A riprova dell'approssimazione del dato sui nati da fecondazione assistita riportato nelle relazioni annuali al parlamento sull'applicazione della l. n. 40, due elementi: il primo, la voce "gravidezze perse al follow up", che ad esempio nell'ultima relazione⁽¹⁰⁾, relativa alle attività dei centri Pma del 2012, risulta pari al 14% (cioè del 14% delle gravidanze accertate non si conoscono gli esiti). Il secondo, il confronto dei dati con il CeDAP⁽¹¹⁾, il Certificato di Assistenza al Parto, nel quale i nati da tecniche Pma vengono dichiarati dalle madri subito dopo il parto; ad esempio nella relazione al parlamento sull'attuazione della l. n. 40 nel 2008, si legge «*Il confronto del numero dei nati da tecniche di PMA censiti dal CeDAP (6.227 nati) con quelli raccolti dal Registro nello stesso anno (10.212) mostra una differenza di circa il 40%»*. Due autocertificazioni molto differenti, quindi, quella rilevata dal registro e quella del CeDAP, nessuna delle due corrispondente al vero. A tutt'oggi non è conosciuto con esattezza il numero reale di nati da fecondazione assistita (omologa) in Italia, e un nato da fecondazione assistita, in mancanza di comunicazioni da parte dei propri genitori, non ha modo di conoscere le modalità del proprio concepimento⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15) – Attività anno 2012 centri procreazione medicalmente assistita – Utilizzo dei finanziamenti (artt. 2 e 18) anno 2013 – 30 giugno 2014 – in www.salute.gov.it.

⁽¹¹⁾ La rilevazione – istituita dal Decreto del Ministro della sanità 16 luglio 2001, n. 349 Regolamento recante "Modificazioni al certificato di assistenza al parto, per la rilevazione dei dati di sanità pubblica e statistici di base relativi agli eventi di nascita, alla natimortalità ed ai nati affetti da malformazioni" – costituisce la più ricca fonte a livello nazionale di informazioni sia di carattere sanitario ed epidemiologico sia di carattere socio-demografico, relative all'evento nascita e rappresenta uno strumento essenziale per la programmazione sanitaria nazionale. Nel 2010, ad es. la rilevazione CeDAP «registra un numero di parti pari al 98,8% di quelli rilevati con la Scheda di Dimissione Ospedaliera (SDO) ed un numero di nati vivi pari al 98,7% di quelli registrati presso le anagrafi comunali nello stesso anno».

⁽¹²⁾ La modalità di raccolta dati riguardo ai nati da fecondazione assistita è estremamente

4. — *La mancanza di regolamentazione della fecondazione eterologa in Italia.*

Non è quindi possibile affermare che la fecondazione eterologa possa essere regolata esaustivamente dalla normativa che già regola l'omologa, come ripetutamente detto a seguito della pubblicazione delle motivazioni dalla sentenza n. 162⁽¹³⁾: siamo l'unico paese al mondo che pretende di regolare una fattispecie mediante una normativa costruita sul suo divieto⁽¹⁴⁾.

Ma non basta. La sentenza n. 162 considera l'eterologa già regolata, in analogia all'omologa, facendo riferimento a direttive europee su cellule e tessuti, e ai relativi decreti legislativi di recepimento. In particolare, viene citato il decreto legislativo n. 191/2007 che attua la direttiva europea 2004/23/CE sulle norme di qualità e sicurezza per cellule e tessuti umani ad uso clinico.

La normativa europea su cellule e tessuti non si esaurisce con quanto citato, ma comprende anche altre direttive e relativi decreti di recepimento⁽¹⁵⁾. Questa serie di provvedimenti assicura la tracciabilità fra donatore e

variabile da paese a paese, e talvolta le procedure previste dalla legge non corrispondono alla prassi seguita abitualmente, o comunque tollerata dalle autorità competenti (come ad es. in Spagna, dove il Registro Nazionale dei donatori è previsto per legge ma non è istituito). In generale, la rilevazione sistematica dei nati si ha più facilmente nei casi di fecondazione eterologa nei paesi dove è caduto l'anonimato, o comunque in situazioni particolari, dove l'accesso alla Pma e all'adozione anche alle coppie omosessuali rende necessaria una registrazione più puntuale dei percorsi genitoriali, che si discostano dal modello di famiglia naturale.

⁽¹³⁾ Ad es. Giuseppe Tesauo, Presidente della Corte costituzionale ed estensore della sentenza n. 162, in *Eterologa, nessun divieto*, in *Il Messaggero*, 10 agosto 2014: «Il vuoto normativo non c'è: “i centri di fecondazione assistita autorizzati possono praticare già ora l'eterologa, purché rispettino tutti quei paletti che la legge 40 ha fissato per la procreazione medicalmente assistita in generale e tutti i meccanismi di controllo pubblico previsti e magari talvolta insufficienti”»; dopo una seconda intervista sullo stesso argomento concessa al portale telematico di Giuffrè Editore *Giustiziacivile.com*, in data 24 settembre 2014, in *www.giuffre.it* e persino una terza, stavolta sul *Corriere della Sera* del 30 settembre, dedicata anche all'eterologa, il costituzionalista Marco Olivetti firma il 1° ottobre un editoriale sul quotidiano *Avvenire*, stigmatizzando duramente modalità e contenuti delle esternazioni di Tesauo.

⁽¹⁴⁾ Identica considerazione, insieme a una disamina acuta e molto dettagliata delle vicende italiane relative alla fecondazione eterologa, in L. D'AVACK, *Il Progetto filiazione nell'era tecnologica – Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2014, p. 137 ss.

⁽¹⁵⁾ 1. Direttiva europea 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del

ricevente (di cellule e tessuti, in generale), in modo esaustivo se applicata a

31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani – *G.U. Unione Europea*, 7 aprile 2004.

2. Direttiva europea 2006/17/CE della Commissione dell'8 febbraio 2006, che attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani – *G.U. Unione Europea*, 9 febbraio 2006.

3. Direttiva europea 2006/86/CE della Commissione del 24 ottobre 2006, che attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani – *G.U. Unione Europea*, 25 ottobre 2006.

4. Direttiva europea 2012/39/CE della Commissione del 26 novembre 2012, che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani.

B1) recepimenti e provvedimenti collegati:

B1.1. d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191 “Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani” – *G.U. n. 261 del 9 novembre 2007, Suppl. Ordinario*, n. 228.

B1.2. d.lgs. 25 ottobre 2010, n. 16 “Attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, al conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani” – *G.U. n. 40 del 18 febbraio 2010*.

B1.3. d.lgs. 30 maggio 2012, n. 85 “Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 25.1.2010 n.16, recante attuazione delle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE che attuano la direttiva 2004/23/CE per quanto riguarda le prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, al conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani” – *G.U. n. 147 del 26 giugno 2012 – Suppl. Ordinario n. 130*.

B1.4. Accordo Stato-Regioni, 15 marzo 2012 “Requisiti minimi organizzativi, strutturali e tecnologici delle strutture sanitarie autorizzate di cui alla legge 19 febbraio 2004 n. 40 per la qualità e la sicurezza nella donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di cellule umane” – Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano.

B1.5. d.m. 10 ottobre 2012 “Modalità per l'esportazione o l'importazione di tessuti,

qualsiasi trapianto di cellule e tessuti ad uso clinico, ma che, riferita alle cellule germinali, e cioè ai gameti, e quindi alla Pma, si traduce nella tracciabilità fra donatore e donna a cui viene trasferito in utero l'embrione (in questo caso è la donna il soggetto ricevente, e, fra l'altro, non riceve cellule riproduttive ma embrioni⁽¹⁶⁾). In altre parole, la normativa europea non prevede una tracciabilità specifica per la Pma, estesa fino al nato.

Anche in questo caso, non si tratta di dimenticanza del legislatore: negli altri paesi è la legge nazionale relativa alla Pma che, per la fecondazione eterologa, prevede esplicitamente tale tracciabilità.

Altrove la Pma eterologa è stata ammessa insieme all'omologa, anche in quei paesi come Austria e Germania, dove è consentita solo un'eterologa "maschile", con donazione di sperma e non di ovociti. L'Italia, in questo senso, è stata un *unicum*, consentendo solo l'omologa. Le direttive europee su cellule e tessuti, inoltre, sono del marzo 2004, febbraio e ottobre 2006, quando negli altri paesi europei l'eterologa, pur nelle diverse forme ammesse, era praticata da tempo: di conseguenza il recepimento di tali direttive è stato effettuato in coerenza e a completare una legislazione che già prevedeva e regolava questa fattispecie.

In Italia la legge n. 40 ha preceduto solo di un mese l'entrata in vigore della prima direttiva europea (febbraio 2004, l. n. 40); il primo decreto di recepimento – relativo alla 2004/23/CE – è del novembre 2007, a firma del Ministro Turco, il secondo – relativo alle direttive 2006/17/CE e 2006/86/CE – è del gennaio 2010 (d.lgs. n. 16/2010); la loro applicazione specifica per la Pma si è concretizzata nel maggio 2012 con un accordo Stato-Regio-

cellule e cellule riproduttive umani destinati ad applicazioni sull'uomo" – G.U. n. 15 del 18 gennaio 2013.

⁽¹⁶⁾ Va ricordato che le direttive citate si riferiscono solamente a cellule e tessuti, e richiamano solo marginalmente la parola "embrione" – nei "considerando" nn. 7 e 12 della 23/2004, nel n. 2 dell'Allegato III della 17/2006, nel punto F dell'Allegato II della 86/2006, e addirittura nel "considerando" n. 6 della 86/2006 per escluderne l'applicazione al trasferimento di embrioni. Dal punto di vista formale, per le direttive europee nel caso di cellule germinali il ricevente è il destinatario di una donazione di cellule riproduttive, per le quali non si fa mai riferimento alla loro fecondazione.

ni⁽¹⁷⁾. In questo periodo, della normativa europea non sono state recepite quelle parti relative alla donazione di gameti da persone diverse dal partner, in particolare l'allegato III della 17/2006, nei punti 3-4⁽¹⁸⁾.

5. — *La selezione dei donatori.*

Si tratta di un allegato molto importante che nei punti suddetti contiene le indicazioni minime previste a livello europeo per effettuare la selezione dei donatori di cellule riproduttive tutelando la salute delle coppie riceventi e dei nascituri.

La fecondazione omologa e quella eterologa, infatti, non sono sovrapponibili. Se la fecondazione eterologa è come quella omologa limitatamente alla fecondazione in laboratorio di un ovocita con uno spermatozoo, al tempo stesso è profondamente diversa dall'omologa perché implica un'attività in più da parte dei centri di procreazione assistita: la selezione di un donatore sano, che nell'omologa non c'è⁽¹⁹⁾.

È quindi la donazione da una persona diversa dal partner a non essere prevista nel nostro ordinamento giuridico: è questa la nuova attività legata all'eterologa, che richiede una autorizzazione dedicata da parte delle autorità competenti.

⁽¹⁷⁾ Il lavoro di applicazione di tale decreto è stato effettuato dal Ministro Sacconi e dal sottosegretario Roccella, in un clima ostile da parte del principale partito di sinistra (Pd), nella persona dell'on. Ignazio Marino, e anche da parte di rappresentanti del mondo contrario alla l. n. 40, come esponenti della Associazione Luca Coscioni, che accusarono il governo di chiedere la tracciabilità prevista in sede europea per schedare le coppie che accedevano alla Pma.

⁽¹⁸⁾ Al momento in cui si scrive questo articolo, si deve ancora procedere al recepimento della successiva direttiva europea 2012/39/CE che modifica la direttiva 2006/17/CE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani.

⁽¹⁹⁾ Si tralascia in questa sede l'immensa letteratura in ambito giuridico, sociologico e psicologico riferibile alla distanza abissale fra eterologa e omologa in quanto a filiazione e genitorialità. Anche limitandoci all'assetto giuridico italiano, va sottolineato che esso è interamente costruito attorno alla filiazione non matrimoniale.

La normativa vigente, infatti, prevede che *i centri Pma debbano essere autorizzati esplicitamente dalle regioni o dalle province autonome per ogni nuova attività*: il decreto n. 191/2007, art. 6, 3° comma, recita: *«la regione o la provincia autonoma, previo accertamento della conformità dell'istituto dei tessuti ai requisiti previsti dalla normativa vigente e dal presente decreto, con particolare riferimento all'art. 28, comma 1, lettera a), lo autorizza e lo accredita, ed indica le attività di cui è consentito l'esercizio, prevedendone le condizioni (...)*»; e il 4° comma: *«l'istituto dei tessuti non apporta modifiche sostanziali alle proprie attività senza il rilascio della preventiva autorizzazione da parte della regione o della provincia autonoma interessata»*.

I criteri per la selezione del donatore da persona diversa dal partner, e quindi, di conseguenza, i criteri a cui le regioni dovrebbero attenersi per concedere o meno le autorizzazioni ai centri per la nuova attività, sono contenuti nell'allegato III, punti 3-4 della direttiva 2006/17/CE di cui sopra. In particolare, si prevede che tale selezione avvenga in base all'età, all'anamnesi sanitaria e medica, a valutazioni sui fattori di rischio; sono poi previsti test di tipo infettivo (es. HIV ed epatite), e genetico: soprattutto per questi ultimi nell'allegato ci sono indicazioni minime generali che vanno ulteriormente dettagliate rispetto al testo proposto, anche in ragione della specificità del contesto etnico di provenienza del donatore (ad esempio bisogna stabilire se e quali patologie genetiche vanno escluse con certezza). Solo i centri riconosciuti in grado di svolgere questa selezione potranno esercitarla. L'autorizzazione è necessaria sia per i centri che selezionano in autonomia il donatore, sia per chi importa i gameti e quindi li sceglie: in quest'ultimo caso il centro deve essere in grado di fare il "match" migliore donatore-ricevente dal punto di vista sanitario, in particolare per individuare i test genetici minimi a seconda del contesto etnico di donatore e ricevente.

6. — *Problemi aperti.*

Risulta quindi evidente che, *al momento della pubblicazione delle motivazioni della sentenza n. 162, la fecondazione eterologa, riconosciuta lecita, non è ancora disciplinata*, mancando una norma che regolamenti la selezione del donatore e ne

stabilisca la tracciabilità della donazione, fino al nato, e in assenza del completamento del recepimento della normativa europea dedicata ⁽²⁰⁾.

Risultano quindi non corrette le affermazioni rilasciate a mezzo stampa dal presidente della Corte Costituzionale Tesauro: oltre a essere un fatto estremamente irrituale e una grave interferenza nei confronti del potere esecutivo, non corrispondono al vero.

Non solo: la carenza normativa fin qui evidenziata impedisce di attuare l'unica indicazione specifica per la fecondazione eterologa contenuta nella sentenza n. 162, e cioè *la conta delle "donazioni"*, da inserire, secondo la Consulta, nelle linee guida della l. n. 40.

Si tratta di affermazioni superficiali, formulate «forse, spiace dirlo, con scarsa competenza» ⁽²¹⁾.

Innanzitutto, va chiarito cosa contare.

La Consulta si riferisce alle “donazioni”, espressione che potrebbe significare “raccolta” di gameti o “fecondazioni”, che comunque indicano due fattispecie molto differenti. Per “raccolta” (di gameti) si intende la produzione di liquido seminale, solitamente a seguito di masturbazione, per gli uomini, e per le donne il prelievo ovocitario, cioè del liquido follicolare nel quale si recuperano gli ovociti giunti a maturazione dopo stimolazione ovarica controllata, in un intervento in anestesia generale. Per “fecondazione” si intende invece l'unione di un gamete maschile con uno femminile. Con una “raccolta” di liquido seminale si possono effettuare in media 10/15 “fecondazioni”, mentre per le donne dipende dal numero di ovociti prodotti (da qualche unità a più di dieci). Quindi il numero di “raccolte” è solitamente diverso da quello delle “fecondazioni”.

⁽²⁰⁾ Non è possibile recepire gli allegati delle direttive europee che ci riguardano (in particolare la 2006/17/CE) con decreti ministeriali: il d.lgs. n. 85/2012, all'art. 9 impone che questi allegati in particolare siano recepiti mediante regolamento governativo (cioè con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunciarsi entro novanta giorni dalla richiesta) sentito il Garante della Privacy, il che esclude la possibilità di recepire mediante atti amministrativi.

⁽²¹⁾ L. D'AVACK, *Il Progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., p. 154.

Ma si potrebbero anche contare le “gravidezze”, e cioè i test positivi di gravidanza riscontrati dopo le fecondazioni e i trasferimenti in utero degli embrioni ritenuti adatti; oppure i (bambini) “nati”, o anche “i nuclei familiari”, contando solo una volta quelle famiglie in cui ci sono più bambini nati dallo stesso donatore. Si possono contare quindi cinque fattispecie differenti – “raccolta”, “fecondazione”, “gravidezze”, “nato”, “nucleo familiare” – ognuna delle quali presuppone una diversa filiera di informazioni necessarie per la conta. È quindi evidente che la parola “donazione” così come formulata dalla Corte Costituzionale è vaga e imprecisa.

Possiamo ragionevolmente supporre che la ratio in mente ai giudici della Consulta sia stata quella di impedire un numero eccessivo di nati dallo stesso donatore: ipotizziamo quindi di dover contare i nati o i nuclei familiari.

Ma è bene capire come concretamente questo si fa, o si dovrebbe fare. Una volta stabilito il numero massimo X di nati, bisogna organizzare un percorso in cui, dopo una o due raccolte di gameti, si effettua per lo stesso donatore un numero di fecondazioni pari a X : i gameti del donatore vengono poi bloccati per verificare quante delle X donazioni si sviluppano in gravidanze, esitano successivamente in parti e quindi in nati vivi. Se questi, alla fine, sono, per ipotesi, $X:3$, allora si procederà con le altre $2:3X$ fecondazioni, e così di seguito fino a che il numero dei nati raggiunge il valore massimo stabilito (X). A quel punto i gameti residui, se ce ne sono, vengono distrutti, oppure, se la legge lo consente, vengono conservati solo per eventuali richieste specifiche delle coppie che hanno già avuto un bambino con quel donatore.

È chiaro che un meccanismo del genere significa una tracciabilità completa donatore-nato, con un percorso che deve poter essere monitorato con continuità: per “contare”, cioè per attuare la sentenza n. 162, è necessaria una tracciabilità piena donatore-nato che la legislazione vigente non prevede.

È necessaria quindi una norma che estenda fino al nato la tracciabilità che le normative europee, recepite con decreto legislativo, prevedono solamente fino al trasferimento in utero dell’embrione: una norma che quindi, necessariamente, deve essere di pari rango all’esistente, cioè di rango primario.

Nella stessa norma sarà possibile stabilire il numero massimo di nati dallo stesso donatore: non può per questo essere utilizzato lo strumento delle linee guida previste dalla l. n. 40, come invece afferma la sentenza n. 162. La l. n. 40, non nominando mai la fattispecie “donazione”, non consente a una norma amministrativa che la richiami di regolare qualcosa che la l. n. 40 stessa non prevede⁽²²⁾.

La Consulta sembra poi ignorare la sentenza con cui nell’ottobre 2007 il Tar Lazio ha reso illegittime per “eccesso di potere” parte delle linee guida della legge 40 allora vigenti⁽²³⁾: la linea guida è atto amministrativo e non può andare oltre il dettato della stessa legge. Non è possibile quindi, come invece suggerisce la Consulta, utilizzare lo strumento delle linee guida per integrare una normativa primaria come la l. n. 40 o i decreti legislativi di recepimento delle direttive europee.

Di conseguenza, con la normativa vigente, non è possibile per una coppia chiedere lo stesso donatore per un secondo figlio concepito con eterologa, perché mancano i presupposti nella normativa primaria: nel contesto vigente sarebbe come chiedere lo stesso donatore di sangue per più trasfusioni, in assenza di specifiche necessità di tipo medico.

⁽²²⁾ In assenza di norma primaria, questo parametro potrebbe essere incluso nel recepimento dell’allegato III della 2006/17, in riferimento al “rischio sanitario” del punto 3, includendo nel “rischio sanitario” l’unione involontaria di consanguinei, cioè di due nati da eterologa di sesso diverso, nati dallo stesso donatore, che abbiano un figlio inconsapevoli del loro stato di parentela. In questo senso prevedere un numero massimo di nati dallo stesso donatore rende minimo tale rischio.

⁽²³⁾ Tar Lazio Roma, Sez. III *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 489, con nota di S. PENASA, *Tanto tuonò che piove: l’illegittimità parziale delle linee guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, sottolinea che le linee guida sono un «atto amministrativo di natura regolamentare, di provenienza ministeriale, le cui finalità sono quelle stabilite nell’articolo 7 e consistono nel potere di dettare la disciplina delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Si tratta di disposizione che riconosce all’Autorità amministrativa, ministeriale, il potere di adottare regole di alto contenuto tecnico e di natura eminentemente procedurale e non quello di intervenire, positivamente, sull’oggetto della procreazione medicalmente assistita che rimane consegnata alla legge».

7. — *Tracciabilità del materiale biologico.*

Sempre allo stesso fine, e per garantire esigenze sanitarie che saranno illustrate fra breve, è necessario istituire un Registro Nazionale dei donatori.

Allo stato attuale, la tracciabilità del materiale biologico è prevista solo all'interno di ciascun centro Pma: la fecondazione omologa implica, nei fatti, una tracciabilità piena senza necessità di ulteriori informazioni. Al momento, quindi, un donatore che si rivolgesse a più centri Pma verrebbe contato come fosse tante persone diverse, una per ogni centro, perché non c'è un codice nazionale in atto.

Lo stesso problema vale per le importazioni di gameti dall'estero. È ovviamente possibile che più centri italiani importino dall'estero gameti dello stesso donatore: solo un registro nazionale consentirebbe di monitorare e conteggiare correttamente le donazioni a carico di ciascun donatore che “esporti” nel nostro paese. Gli scambi di materiale biologico, infatti (e quindi anche di gameti), sono consentiti fra centri autorizzati ai sensi della normativa europea sopra citata, indipendentemente dai confini degli Stati⁽²⁴⁾. Va ricordato anche che il numero massimo di donazioni è diverso da paese a paese – e pure contato con criteri differenti – e quindi i nostri centri dovrebbero importare tenendo conto delle differenze con la nostra normativa (per esempio in Francia il massimo è di 10 nati, in Spagna 6, mentre in Gran Bretagna è dieci famiglie)⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Per l'Italia vale inoltre il divieto di scambio di gameti con paesi che ne facciano libero commercio.

⁽²⁵⁾ In teoria ogni centro autorizzato Pma o banca di gameti dovrebbe essere in grado di comunicare il numero di esportazioni di gameti effettuate verso ogni altro centro, e quindi anche verso ogni altro paese. Ma, come è stato già detto, contare le cellule riproduttive spedite, singolarmente per gli ovociti o in aliquote per il liquido seminale, non equivale a contare i nati. Inoltre, eventi avversi gravi verificatisi in Europa hanno dimostrato che anche biobanche note e accreditate in ambito internazionale hanno esportato gameti illimitatamente, senza tenere conto di alcun limite nazionale, che quindi nessuno dei centri importatore ha fatto valere. Ci riferiamo per esempio al caso di neurofibromatosi di un donatore di una banca danese (A. HANSEN, *Danish sperm donor passed neurofibromatosis on to five children*, 2012, *BMJ*, 345, e6570)

Solo un Registro Nazionale dei donatori, che includa la tracciabilità completa donatore-nato, può consentire di “contare” i nati e di limitarne il numero dallo stesso donatore, controllando che il numero massimo stabilito non sia superato.

Un registro senza il quale non è possibile offrire altre importanti garanzie sanitarie, le principali delle quali sono impedire la donazione involontaria fra consanguinei e avere sempre la possibilità di collegare donatore e nato nell'eventualità di problemi di salute di entrambi.

Per la prima fattispecie si tratta di evitare che, involontariamente, ci siano concepimenti incestuosi o comunque fra consanguinei in grado di parentela tale da costituire un pericolo per la salute del nato; la probabilità di malattie autosomiche recessive infatti aumenta nella discendenza di unioni fra consanguinei. Con la normativa attuale su cellule e tessuti, è possibile che, ad esempio, Giovanna doni i propri ovociti al Centro X, al quale, a sua insaputa, si rivolgono anche Luca, suo fratello, sposato con Lucia, infertile, che riceve anonimamente gli ovociti di Giovanna, e che quindi vengono fecondati con il seme di Luca. Attualmente non c'è divieto di concepimenti fra consanguinei, né vi è una base normativa a cui richiamarsi per inserirlo, se non nell'allegato III della 2006/17/CE, ancora da recepire. Solo con un Registro centralizzato è possibile incrociare i dati fra Registro stesso e centri Pma per evitare che il ricevente sia consanguineo del donatore⁽²⁶⁾.

È solo il Registro dei donatori, insieme a una tracciabilità completa fino al nato, a consentire poi ai nati da eterologa, una volta cresciuti, di sapere se la persona con cui intendono avere una relazione affettiva è figlia dello stesso donatore, sia nel senso di figlia legale che di nata dai suoi gameti donati.

È sicuramente vero che consentendo un numero ragionevolmente basso di nati dallo stesso donatore, e controllando rigorosamente che tale numero non sia superato, le probabilità che due nati dello stesso donatore si unisca-

⁽²⁶⁾ Sarebbe possibile impostare una modalità “in automatico”, perché l'eventuale riconoscimento sia effettuato dal sistema e non dai singoli operatori, per esempio compilando un elenco dei codici fiscali dei parenti del donatore fino al quarto grado, e lasciando che sia il sistema informatico a dare un segnale di allarme se uno di questi coincide con quello di un componente di una coppia di riceventi.

no da grandi sono scarsissime. È però anche vero che proprio perché gli eventi avversi, in generale, hanno una limitatissima probabilità di accadere, il livello di attenzione a che non si verifichino tende ad abbassarsi: le misure di sicurezza e i percorsi di qualità sono finalizzati proprio a limitar ancora di più la – già – scarsa probabilità che tali eventi, si verifichino. In Gran Bretagna, per esempio, i nati da fecondazione eterologa fin dall'età di sedici anni possono chiedere informazioni sulla possibile parentela con la persona con cui intendono avviare una relazione affettiva⁽²⁷⁾.

Deve poi poter essere possibile lo scambio di informazioni fra donatore e nato (famiglia legale del nato, se minore, o nato stesso, una volta maggiorenne) riguardo i rispettivi profili sanitari, sia nel caso in cui emergano necessità specifiche che per eventuali aggiornamenti sulle rispettive condizioni di salute, qualora emergessero patologie di tipo ereditario nel nascituro, nel nato, nel donatore (o emergano fra i figli della famiglia legale del donatore, patologie riconducibili al donatore stesso).

Al nato da eterologa deve essere garantito l'accesso alle informazioni inerenti profili sanitari del donatore, eventualmente depositate presso il Registro, così come deve essere possibile ricontattare il donatore stesso per gravi motivi sanitari. Potrebbero necessitarne sia la madre del nascituro che il nascituro (prima del parto), che il nato, sia minorenne che maggiorenne. La richiesta andrebbe regolamentata prevedendo una modalità di dichiarazione di "stato di necessità" che eviti abusi di richieste di accesso ai dati del donatore, da un lato, e, dall'altro, una discriminazione per il nato da eterologa, se

⁽²⁷⁾ Hfea Code of Practice v. 8: da "Information for people seeking treatment with donated gametes and embryos". 20.2. The centre should provide information to people seeking treatment with donated gametes or embryos about legal parenthood, and the collection and provision of information, specifically: (...) *d)* a donor-conceived person's right to access: i) anonymous information about the donor and any donor-conceived genetic siblings, from the age of 16; ii) identifying information about the donor (where applicable), from the age of 18; iii) identifying information about donor-conceived genetic siblings, with mutual consent, from the age of 18; iv) *information about the possibility of being related to the person they intend to marry or enter into a civil partnership with, at any age*; and v) information about the possibility of being related to the person they intend to enter into an intimate physical relationship with, from the age of 16 (corsivo nostro).

impossibilitato a raggiungere il donatore nonostante i gravi motivi di salute lo richiedano (ad esempio, trapianto di midollo da compatibile).

Al tempo stesso è importante che il donatore possa aggiornare il proprio stato di salute comunicando al Registro Nazionale l'insorgenza di patologie a carattere ereditario, a suo carico o comunque a lui riconducibili, e che lo stesso avvenga per il nato da eterologa.

Grande attenzione va data quindi al consenso informato, sia della coppia ricevente che del donatore: andrà specificato in quali circostanze nato e donatore devono obbligatoriamente aggiornare il proprio stato di salute, e in quali invece tale aggiornamento sarà facoltativo.

Il donatore dovrà espressamente dichiarare la propria disponibilità o meno a essere contattato per conoscere o meno i risultati degli esami clinici a cui è stato sottoposto, e gli eventuali aggiornamenti sullo stato di salute del nato; una volta contattato, potrà ovviamente essere sempre libero di dare o meno il proprio consenso ad eventuali ulteriori esami, accertamenti o richieste di informazione⁽²⁸⁾.

Chiaramente un Registro che deve rispondere a queste esigenze non può che essere istituito con normativa primaria, dovendo anche contenere dati sensibili e personali, che andrebbero conservati oltre i trenta anni attualmente previsti dalla legislazione europea per registri di cellule e tessuti in generale.

Sarebbe poi opportuno, vista la sentenza della Consulta, esplicitare per via normativa l'accesso alla cosiddetta "doppia eterologa", cioè l'accesso all'etero-

⁽²⁸⁾ In un recente documento del Comitato Etico della Società Americana per la Medicina Riproduttiva ("Interests, obligations, and rights in gamete donation: a committee opinion", Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine American Society for Reproductive Medicine, Birmingham, Alabama) si fa riferimento alla necessità di aggiornare le modalità di consenso informato riguardo soprattutto i donatori di gameti, che non debbono essere considerati come meri "provider" di gameti, ma molto spesso chiedono di essere informati circa l'esito delle loro donazioni, non solamente riguardo i nati, ma anche l'eventuale esistenza di embrioni crioconservati formati dai propri gameti, e il loro destino. Nella l. n. 40 è previsto un apposito d.m. a doppia firma, Ministero della Salute e della Giustizia, che esplicita il consenso informato della coppia ricevente, mentre quello del donatore è previsto nelle normative europee in via generale, senza alcun riferimento alla specificità delle cellule riproduttive.

loga a entrambe i membri della coppia, se entrambe sterili. Il testo della n. 162 ha tutti gli elementi per ammettere tale fattispecie, anche se in diversi passaggi fa riferimento esplicito solo all'eterologa "singola", cioè a carico solamente di uno dei due componenti della coppia. Al tempo stesso, però, non vieta mai esplicitamente il doppio accesso all'eterologa, anzi, al contrario: facendo riferimento alla infertilità assoluta come criterio, e alla non discriminazione fra diverse forme di sterilità, pone le basi per ammettere entrambe i componenti della coppia a ricevere gameti estranei, nel caso in cui entrambi siano "assolutamente sterili". Inoltre il riferimento all'adozione come genitorialità riconosciuta pur in assenza di legami genetici (di entrambi i genitori) rafforza la liceità della doppia eterologa, per analogia.

Questo passaggio porta necessariamente alla questione della donazione/adozione degli embrioni a partire dai cosiddetti "sopranumerari", e richiede anche una maggiore attenzione nel passaggio di embrioni fra centri Pma, anche di paesi diversi (import-export).

Ammettendo la "doppia eterologa", infatti, è logicamente ammissibile anche la cessione di embrioni crioconservati a coppie sterili che li richiedessero, ma, ancora una volta, è necessario un intervento normativo che regolamenti tale fattispecie, intervento che potrà essere radicalmente differente a seconda di come si considerino gli embrioni umani: se mero materiale biologico, ancorché estremamente prezioso (donazione) o esseri umani (adozione). La normativa internazionale prevede entrambe le fattispecie.

Più ambigua è la situazione per il trasferimento di embrioni fra centri: parrebbe infatti possibile, come conseguenza di quanto affermato sinora, che una coppia italiana possa importare embrioni già formati in altri paesi e giacenti in altri centri Pma, purché accreditati. Il d.m. del 10 ottobre 2012, *Modalità per l'esportazione o l'importazione di tessuti, cellule e cellule riproduttive umani destinati ad applicazioni sull'uomo* (13A00447) (G.U., 18 gennaio 2013, n. 15), pone infatti come ambito di applicazione, comma 4b) «*gameti ed embrioni destinati ad essere utilizzati ai fini della riproduzione assistita nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di procreazione medicalmente assistita (ai sensi dell'articolo, 4, comma 3, della legge n. 40/2004)*» (Capo II), cioè il limite è dato proprio dal comma di legge relativo al divieto di eterologa, eliminato dalla sentenza n. 162.

Si potrebbe quindi profilare la possibilità di ricevere embrioni estranei alla coppia da centri esteri, mentre questa pratica è preclusa in Italia, finché una legge non la preveda esplicitamente.

Sussiste inoltre il rischio concreto che il divieto di commercializzazione dei gameti (e degli embrioni) esplicitamente previsto dalla l. n. 40 e ribadito dalla sentenza n. 162/2014 sia aggirato.

Per rafforzare la prevista gratuità della donazione di gameti ed evitare pagamenti surrettizi mascherati da “rimborsi”, magari erogati in modalità forfettaria, sarebbe opportuna una norma primaria che annulli qualsiasi forma di accordo in tal senso fra donatore e terzi, e che limiti l’import-export di gameti ed embrioni fra centri di tipo no-profit.

8. — *Diritto alla conoscenza delle proprie origini.*

Ricordiamo poi la questione della conoscenza delle proprie origini, che ha due profili differenti: il primo si riferisce alla possibilità che il nato da eterologa sappia di essere stato concepito in tal modo, mentre il secondo riguarda la possibilità del nato da eterologa di conoscere i dati anagrafici del donatore, e quindi poterlo/a contattare, eventualmente anche insieme agli altri componenti della rete parentale (per esempio altri fraterastri e/o sorellastre, intendendo sia i figli legali del donatore che i nati da gameti donati).

Il Comitato Nazionale di Bioetica (Cnb) ha affrontato i due aspetti della questione nel parere “Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa”, approvato il 25 novembre del 2011.

Il Cnb nel parere citato, approvato con un solo voto contrario, ha convenuto sulla responsabilità morale dei genitori di comunicare ai figli nati da eterologa le modalità del loro concepimento, e, in aggiunta, ha indicato, fra l’altro di «Riconoscere, secondo modalità da affidare al legislatore, il diritto del nato, raggiunta la maggiore età, ad accedere alle informazioni in merito alle proprie origini biologiche, qualora lo richieda».

Per quello che riguarda l'accessibilità ai dati anagrafici del donatore, il Cnb ha registrato posizioni differenziate (12 a favore di tale conoscenza e 11 contro).

Sempre riguardo alla possibilità di conoscere i propri genitori biologici, va osservato che la stessa sentenza n. 162, oltre al riferimento all'anonimato previsto per la donazione di cellule e tessuti, richiama la giurisprudenza precedente (soprattutto la sentenza della Consulta n. 278/2013) e quella internazionale. Nell'una e nell'altra il diritto a conoscere le proprie origini si sta affermando sempre più, come si può verificare anche dal numero crescente di paesi nei quali, soprattutto a seguito di contenziosi giudiziari, è caduto l'anonimato del donatore, spesso previsto inizialmente nelle normative: Austria (1992); Germania (1998); Svizzera (2001); Olanda (2002); Norvegia (2003); Gran Bretagna (2004); Svezia (2006), Finlandia (2006); Nuovo Galles del Sud (2007), Western Australia (1999 e 2004); Victoria (1995 e 2009) e Nuova Zelanda (2004)⁽²⁹⁾.

La citata sentenza n. 162, inoltre, fa riferimento anche alla disciplina dell'adozione, che prevede, a determinate condizioni e modalità, che l'adottato possa conoscere i propri genitori biologici.

Sembrano quindi prendere corpo due indicazioni differenti: l'anonimato del donatore al momento della donazione, e la possibilità di conoscerne il nome una volta giunti a un'età stabilita. La normativa attuale garantisce la prima per l'eterologa, ma non la seconda, e non si pronuncia circa il diritto del nato a conoscere le modalità del proprio concepimento⁽³⁰⁾.

In assenza di interventi del legislatore, quindi, si può ragionevolmente ritenere che la donazione, al momento, sia anonima, ma che non sia pos-

⁽²⁹⁾ L. D'AVACK, *Il Progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., p. 62.

⁽³⁰⁾ L'assenza di tale informazione può costituire un grave danno al nato da eterologa, soggetto tutta la vita a errate anamnesi mediche, nonché deliberatamente privato di conoscenze potenzialmente decisive per salvare la propria vita (ad es. necessità di trapianti da soggetti compatibili). A differenza dei bambini abbandonati, infatti, per i nati da eterologa è possibile risalire ai genitori biologici, e si potrebbe verificare il paradosso per cui il Servizio Sanitario Nazionale, in possesso di tali dati, li potrebbe negare a chi li richiede per motivi di salute, per tutelare invece la privacy del donatore, che non ha ragioni mediche stringenti per invocare tale privacy.

sibile garantire alla coppia ricevente, né al donatore, che tale anonimato sia rispettato nel tempo. E se è vero che questo vale per la donazione di qualsiasi cellula o tessuto (non si può mai escludere, in generale, che le leggi in vigore che prevedono l'anonimato siano modificate in futuro), a maggior ragione potrebbe valere per la donazione di gameti, considerato quanto esplicitamente argomentato nella stessa n. 162. Va inoltre fatto notare che la donazione anonima impedisce la donazione volontaria di gameti fra consanguinei dello stesso sesso (figlia-madre, figlio-padre, fra sorelle, fra cugine, fra fratelli, fra cugini), come invece avviene in diversi paesi europei (ad esempio, in Gran Bretagna).

9. — *Proposte di regolamentazione e provvedimenti tampone.*

L'8 agosto scorso il ministro della Salute Beatrice Lorenzin ha presentato in Consiglio dei Ministri un testo di Decreto Legge per regolare gli aspetti sanitari della fecondazione eterologa, lasciando al legislatore, in sede di conversione in legge del decreto, la possibilità di intervenire anche su aspetti di maggiore impatto etico, come ad esempio l'anonimato o meno del donatore. Il Presidente del Consiglio Renzi, seguito poi dall'intero Consiglio dei Ministri, riconoscendo la necessità di una legge dedicata, ha però respinto l'ipotesi del decreto auspicando un percorso interamente parlamentare, che non coinvolgesse in alcun modo il governo. Nella stessa giornata il Ministro Lorenzin inviava una lettera ai capigruppo di Camera e Senato per informarli della vicenda, e trasmetteva loro il testo del decreto presentato al Cdm, invitandoli ad avviare il lavoro parlamentare⁽³¹⁾. Già

⁽³¹⁾ Caro collega, nella odierna riunione del Consiglio dei Ministri è stata esaminata la mia proposta di intervento legislativo urgente per dare attuazione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014 recante la declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa contenuto nella legge n. 40 del 2004.

All'esito di approfondita discussione, il Consiglio dei Ministri ha condiviso, all'unanimità, la necessità di intervenire in via legislativa, nonché – tenuto conto degli evidenti profili etici che attingono la materia – di rimettere ad una iniziativa legislativa parlamentare la disciplina della PMA eterologa nel nostro ordinamento.

nel mese di luglio il governatore della Toscana Enrico Rossi aveva fortemente voluto una delibera della propria regione che contenesse i criteri minimi per partire subito con l'attuazione della sentenza della Consulta ⁽³²⁾. Successivamente, in data 3 settembre, con una convocazione straordinaria del Presidente della Conferenza delle Regioni Sergio Chiamparino, la Conferenza stessa ha licenziato un accordo fra i Presidenti delle Regioni che stabiliva linee di indirizzo per l'attuazione della fecondazione eterologa, punto di riferimento comune per le delibere che le singole regioni avrebbero poi potuto adottare.

L'accordo, impropriamente indicato dai media come "linee guida" delle regioni, non aveva chiaramente alcun valore vincolante, e non era – non poteva essere – assolutamente in grado di rispondere alle problematiche sopra

A tal fine, si è deciso di richiedere a tutti i gruppi parlamentari di assumere iniziative dirette ad una tempestiva attuazione della sentenza della Consulta, secondo le indicazioni provenienti dal Giudice delle leggi e nel rispetto dei principi costituzionali vigenti.

Come ti è noto, in qualità di Ministro competente per materia, nell'immediatezza della pubblicazione della pronuncia della Consulta ho nominato un Gruppo di lavoro con i principali esperti italiani, al quale ho chiesto di indicare le linee portanti di un intervento legislativo urgente. Sulla base dell'attività del Gruppo di lavoro i miei Uffici hanno predisposto una bozza di intervento legislativo idoneo a disciplinare in sicurezza la PMA eterologa – che come mero contributo sul tema Ti allego – i cui cardini principali sono: - il recepimento di parte della direttiva 2006/17/CEE; - l'istituzione di un registro nazionale per la tracciabilità donatore-nato; - la regola della volontarietà e gratuità della donazione di cellule riproduttive; - il principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato; - l'introduzione di un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore; - l'introduzione di un limite minimo e massimo di età per i donatori; - l'introduzione immediata della fecondazione eterologa nei LEA, con relativa copertura finanziaria.

AssicurandoTi sin da ora il sostegno del Governo, e mio personale, alle iniziative che il Parlamento vorrà intraprendere per una corretta e tempestiva attuazione della sentenza della Consulta, Ti saluto cordialmente. Beatrice Lorenzin.

⁽³²⁾ Della discutibilissima delibera della regione Toscana vogliamo ricordare solamente due fra i numerosi punti critici: il primo, che prevedeva l'esclusione dei soggetti affetti da ludopatia dal novero dei donatori; il secondo, che stabiliva che: «Le caratteristiche fenotipiche di donatori e donatrici devono includere: - Peso e altezza; - Colore degli occhi : castani, verdi, neri, azzurri; - Colore naturale dei capelli: nero, castano, biondo, rosso; - Tipo naturale di capelli : lisci, ondulati, ricci; - Carnagione: pallida, rosea, olivastra, scura».

illustrate. Al contrario: lacunoso, quando non errato o fuorviante in diversi punti⁽³³⁾, lasciava comunque passare il messaggio che l'eterologa fosse concretamente praticabile da subito, e che le regioni fossero state in grado di superare abilmente e agilmente le farraginose e – implicitamente – pretestuose obiezioni del Ministero della Salute.

Sono state sufficienti poche settimane per far emergere la verità: come era stato previsto dagli esperti, e prevedibile da chi avesse un minimo di familiarità con il mondo della Pma, a distanza di tre mesi dal festeggiatissimo accordo, secondo quanto riportato dai media, in tutta Italia le fecondazioni di tipo eterologo sono state circa una trentina.

Alla prova dei fatti, l'insufficienza e l'approssimazione delle indicazioni contenute negli atti amministrativi regionali hanno reso impossibile ai centri Pma pubblici praticare l'eterologa (tranne all'ospedale toscano del Careggi, dove comunque si parla di eventi aneddotici): i pochi tentativi sono stati effettuati da alcuni centri privati. La presa d'atto del fallimento non ha avuto nei giornali la stessa enfasi delle improvvise interviste al Prof. Tesaurò – che nel frattempo è diventato ex-presidente della Consulta, e che comunque non ha più rilasciato dichiarazioni – né tanto meno i toni trionfalistici delle ore immediatamente successive all'accordo fra i governatori delle regioni. Dalle cronache locali sono comunque trapelati scontento e delusione, quando non rabbia, delle coppie che avevano sinceramente creduto alla possibilità di partire subito, senza alcuna norma. È stato inoltre reso noto che l'accordo regionale prevede alcuni test sui

⁽³³⁾ Ad es. quando recita: «*I dati clinici del donatore/ donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente*». Non è chiaro, nell'ordine: chi sia il "personale sanitario" (medici, infermieri, dirigenti amministrativi); quali siano i "casi straordinari"; chi debba presentare "specifico richiesta"; quali siano le "procedure istituzionalizzate"; cosa si intenda per "problemi medici" e di chi sia la relativa "prole"; e infine, ipotizzando che questo paragrafo serva per rintracciare il donatore in caso di problemi gravi di salute del nato da eterologa, non è chiaro per quale motivo le informazioni mediche non possano essere mai comunicate ai genitori del nato (cioè alla coppia ricevente), visto che per qualsiasi indicazione terapeutica nei confronti di un minore, sono i genitori a dover sottoscrivere il consenso informato.

gameti non previsti dagli altri paesi europei né effettuati in precedenza nel nostro, il che ha ostacolato sia le importazioni dall'estero che l'uso dei gameti crioconservati nel nostro paese.

Alla vigilia di Natale, all'interno del maxiemendamento collegato alla Legge di Stabilità, è stato approvato un passaggio per l'istituzione del Registro Nazionale dei donatori, presso il Centro Nazionale Trapianti⁽³⁴⁾. Un provvedimento fortemente voluto dal Ministro Lorenzin che nelle settimane precedenti aveva costruito un larghissimo consenso politico su di esso, anche da parte di quei politici che, all'indomani del pronunciamento della Consulta, si erano pubblicamente dichiarati scettici circa l'effettiva necessità di una legge.

L'istituzione del Registro rappresenta indubbiamente il primo fondamentale passo per una effettiva attuazione della sentenza n. 162 con le dovute garanzie sanitarie. Ci sono adesso le condizioni per un adeguato recepimento delle normative europee, e per aggiornare le linee guida della l. n. 40, insieme ai decreti ministeriali collegati (consenso informato, import-export di gameti ed embrioni, destino degli embrioni crioconservati). Un intervento del parlamento risulta tuttavia ancora necessario, innanzitutto per colmare quei vuoti che necessitano di una normativa primaria, in primis il diritto o meno a conoscere le modalità del proprio concepimento – e quindi l'essere nati da eterologa – e le proprie origini, cioè l'anagrafica del donatore e relativa rete parentale. Va aggiunto che con la normativa attuale è esclusa qualsiasi forma di pagamento esplicito al donatore di gameti, (o anche implicito, nelle modalità di indennità forfettaria)⁽³⁵⁾: chi volesse modificare queste disposizioni dovrebbe ricorrere a un intervento legislativo specifico. Va comunque sottolineato che, nella situazione attuale, diversi aspetti della stessa fattispecie, cioè la fecondazione eterologa, vengono regolamentati da differenti

⁽³⁴⁾ Art. 1, 298° comma, l. 23 dicembre 2014, n. 190 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, in *G.U.* 29 dicembre 2014, n. 300.

⁽³⁵⁾ Anche se è una norma che rischia di essere aggirata, come già detto in precedenza nel presente testo, mediante accordi fra donatori e terzi o mediante procedure di importazione da centri Pma profit.

normative⁽³⁶⁾ con il risultato di una frammentazione della regolamentazione nazionale della procreazione assistita, che non ne facilita la comprensione da parte degli operatori del settore, né l'applicazione omogenea sul territorio. Un fatto, questo, aggravato dalla regionalizzazione dell'organizzazione sanitaria, che ne differenzia ancor più l'accesso da parte dei cittadini.

⁽³⁶⁾ V. nt. 15 a cui vanno aggiunte la l. n. 40 e i relativi decreti ministeriali ad essa collegati, ed infine la norma che istituisce il Registro Nazionale dei donatori.

FRANCESCO SCAGLIONE (*)

INTERESSE DEL MINORE E REGOLE
DI VALIDITÀ DEL CONTRATTO
NELL'ESPERIENZA ITALIANA ED EUROPEA

ABSTRACT: The essay analyses the contractual capacity of the minor, in consideration of the reform of the status of child within the Italian legal system, which came into force on 7th February 2014. In particular, the author examines German, English and French legal systems and, starting from the necessary link between “capacità di discernimento” and “capacità di agire”, infers the substantial unity of the concept of private law capacity, as legitimation to perform actions having juridical relevance, both personal and patrimonial.

SOMMARIO: 1. Interesse del minore e legittimazione a contrarre. — 2. Teoria dell'annullabilità del contratto e dogma dell'incapacità assoluta del minore — 3. Capacità negoziale del minore nel diritto tedesco. — 4. *Contracts for necessities* e responsabilità del minore nel diritto inglese. — 5. *Actes de la vie courante* e autonomia del minore nel diritto francese. — 6. Capacità di discernimento e diritto del minore ad essere ascoltato. — 7. Presunzioni legali di capacità di agire e capacità di diritto privato del minore.

1. — *Interesse del minore e legittimazione a contrarre.*

La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in tutti i Paesi firmatari (in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176), pone ad oggetto di considerazione prioritaria in tutte le decisioni riguardanti i minori emesse da organi legislativi, giudiziari o amministrativi, la nozione di “miglior interesse del fanciullo” o “interesse superiore del fanciullo” (*the best interest of the child, intérêt supérieur de l'enfant*: art. 3, 1° comma).

(*) 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.

Del pari, l'art. 24, 2° comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dichiara che «In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente»⁽¹⁾.

Il sistema giuridico internazionale, pertanto, vede il minore come soggetto da tutelare pienamente in tutte le forme di manifestazione della sua personalità, sia considerato singolarmente, sia soprattutto nell'ambito della sua naturale e necessaria relazionalità.

La tutela del minore nel codice civile si realizza attraverso la cura della sua persona e dei suoi beni affidata a coloro che ne hanno la rappresentanza legale, *in primis* i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, sul presupposto che il minore sia un soggetto incapace di agire (v. artt. 2, 316 e 320 c.c.).

Tuttavia, la tradizionale concezione, per così dire, “paternalistica” del rapporto educativo in senso lato, in virtù della quale i genitori si prendono cura del figlio minore sul presupposto che costui debba considerarsi un soggetto assolutamente inidoneo a provvedere ai propri interessi (incapacità di agire assoluta)⁽²⁾, ha col tempo mostrato un limite evidente, derivante dal fatto

⁽¹⁾ Nelle Spiegazioni alla Carta viene poi precisato che «Questo articolo si basa sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, firmata il 20 novembre 1989 e ratificata da tutti gli Stati membri, e in particolare, sugli articoli 3, 9, 12 e 13 di detta Convenzione».

⁽²⁾ Emblematica di questa concezione è stata la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959, che proclamava (Principio settimo) come l'interesse del minore «deve essere la guida di coloro che hanno la responsabilità della sua educazione», in primo luogo i genitori; ciò perché il fanciullo «a causa della sua immaturità fisica e intellettuale, ha bisogno di una particolare protezione», anche giuridica (terzo *Considerato*).

Le radici ideologiche del “paternalismo” si rinvergono nel pensiero utilitarista di John Stuart Mill (1806-1873), il quale, nel suo famoso saggio *On Liberty*, pubblicato per la prima volta nel 1859, si domandava: «If protection against themselves is confessedly due to children and persons under age, is not society equally bound to afford it to persons of mature years who are equally incapable of self-government?» (J.S. MILL, *On Liberty*, edited by J. Gray and G.W. Smith, Routledge, London-New York, 1991, p. 95). Nel vigore del codice civile del 1942, ma anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, il più autorevole esponente di questa corrente di pensiero fu A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, 2^a ed. (rist.), Torino, 1958, pp. 308-309: «La condizione di incapacità in cui si trova il figlio dà luogo al problema tecnico-giuridico della costruzione del rapporto di patria-potestà. Se si potesse considerare il figlio come oggetto, anziché soggetto di diritto, il rapporto potrebbe

che gli spazi di autonomia del minore si sono accresciuti non soltanto in relazione alle sue scelte esistenziali – espressione dei diritti fondamentali di libertà – ma anche in ordine all’attività negoziale funzionale alla concreta realizzazione di quelle scelte⁽³⁾.

Il tema dei contratti del minore, in particolare, evoca la necessità di un ripensamento del valore attuale di alcune categorie fondamentali del diritto civile, come quella fondata sul binomio capacità giuridica-capacità di agire, ove si rifletta sulla stretta interrelazione oggi esistente tra la capacità di discernimento del minore e la validità degli atti da lui posti in essere. Se, infatti, il *grand mineur* non è in Italia una figura giuridicamente riconosciuta, tuttavia non è possibile ignorare la fondamentale circostanza che l’età del minore ed il suo grado concreto di maturità psicologica sono fattori che influenzano in modo determinante il giudizio circa la rispondenza degli atti dispositivi da lui compiuti al suo effettivo interesse. L’individuazione, all’interno del più ampio *genus* degli atti di disposizione patrimoniale, dei cosiddetti “atti minuti della vita quotidiana”, sulla falsariga degli *actes de la vie courante* dell’esperienza francese e dei *necessary acts* del diritto inglese, testimonia, al riguardo, lo sforzo interpretativo della dottrina teso a restringere la portata dell’art. 2, 2° comma, c.c. – secondo cui «con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un’età diversa» – in modo da consentire al minore degli anni diciotto di svolgere una, sia pur limitata, attività giuridica utile, se non addirittura in alcuni casi necessaria, alla migliore realizzazione della sua personalità *in fieri*.

configurarsi come identico od analogo a quello che si ha nel diritto di proprietà. Ma se anche è possibile, per certi riguardi, considerare il figlio come entità fisica, alla stregua di una cosa, non è come tale che esso viene in considerazione nel rapporto di patria potestà. Il dovere del genitore non è, né solo, né principalmente, quello di curare la vita animale del figlio, è invece quello di allevare un’entità spirituale, un soggetto di diritti. Di qui il problema: se al dovere del genitore corrisponde un diritto del figlio, come è possibile un rapporto giuridico se il figlio è incapace e nell’esercizio del suo diritto è, appunto in grazia della patria potestà, rappresentato dallo stesso genitore?».

⁽³⁾ In argomento, v. da ultimo E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell’interesse del minore)*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1141 ss.; P. STANZIONE, *Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 725 ss.

È certo, tuttavia, che l'interesse del minore non può realizzarsi senza il filtro dei soggetti – genitori esercenti la responsabilità genitoriale e giudici – che sono chiamati in concreto non soltanto a valutare l'attitudine del minore stesso alla formulazione di scelte esistenziali libere e consapevoli, ma innanzitutto ad indirizzarne la volontà verso obiettivi conformi al modello educativo delineato in seno alla famiglia e alla scuola, nel rispetto delle regole fondamentali di rango costituzionale che ispirano il vivere civile in un determinato contesto sociale. Sotto questo profilo, l'idea della "prevalenza" dell'interesse *superiore* del minore su altri interessi, di cui sono portatori *in primis* i genitori, postula una valutazione di compatibilità della volontà del minore con il canone pedagogico di riferimento.

Si tratta di un equilibrio assai delicato, atteso che le istanze espresse dal minore capace di discernere, *sub specie* di "capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni", devono essere necessariamente tenute presenti dai genitori, obbligati espressamente a rispettarle (v. art. 315 *bis*, 1° comma, c.c.).

L'art. 320 c.c. prevede che la rappresentanza e l'amministrazione in ordine agli atti dispositivi del patrimonio del minore compete ai genitori esercenti la responsabilità genitoriale; il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, inoltre, è subordinato all'autorizzazione del giudice tutelare, il quale ne valuta la necessità o l'utilità evidente per il figlio (art. 320, 3° comma, c.c.).

In Italia, pertanto, è esclusa, in linea generale, la legittimazione a contrarre del minore, in omaggio al modello del codice civile napoleonico del 1804, in cui si prevedeva l'incapacità di contrattare e la nullità del contratto concluso dal minore non emancipato (art. 1124). Tuttavia, mentre il codice civile del 1865 sanciva la nullità del contratto stipulato da quest'ultimo senza l'intervento del suo legittimo rappresentante (art. 1303, 1° comma), l'attuale codice del 1942 ha trasformato la *sanzione* della nullità nel *rimedio* dell'annullabilità del contratto concluso dal minore (art. 1425 c.c.), sul presupposto che costui debba considerarsi un soggetto legalmente incapace di contrarre (*rectius*: di contrarre) sulla base del disposto degli artt. 2 e 320 c.c.

Ne deriva che il figlio può impugnare con l'azione di annullamento (art. 1441 c.c.) entro cinque anni dal compimento della maggiore età (art. 1442

c.c.) i contratti che coinvolgono il suo patrimonio stipulati dai genitori senza la necessaria autorizzazione del giudice tutelare (art. 322 c.c.), ovvero da lui stesso stipulati, salvo il caso che egli abbia con raggiri occultato la sua minore età (art. 1426 c.c.).

2. — *Teoria della annullabilità del contratto e dogma dell'incapacità assoluta del minore.*

Il già segnalato mutamento nel vigente codice civile del tipo di invalidità del contratto concluso dall'incapace di agire venne giustificato così dalla Relazione del Guardasigilli al Re (n. 651): «All'incapacità della parte doveva essere mantenuto l'effetto di rendere annullabile e non nullo il contratto, non solo per la tendenza del nuovo codice a conservare quanto più è possibile il contratto, ma anche perché, potendo in concreto il contratto concluso da un incapace non recar danno alla sua sfera economica e giuridica, la sanzione della nullità sarebbe stata sproporzionata»⁽⁴⁾.

Premesso il rilievo circa l'incomprensibile riferimento della Relazione ad un presunto "mantenimento" della annullabilità – atteso che il codice civile del 1865 prevedeva invece la nullità – ciò che colpisce maggiormente nelle parole del Guardasigilli, quale interprete della *ratio legis*, non è tanto il riferimento espresso al principio di conservazione del contratto, quanto piuttosto l'implicita ammissione della possibilità che la valutazione della conformità del contratto all'interesse dell'incapace di agire sia in prima battuta effettuata da costui dopo la cessazione della causa di incapacità, per mezzo dell'esperimento o meno dell'azione di annullamento, cui segue l'ulteriore filtro della decisione giudiziale. Infatti, la configurazione dell'annullabilità quale rimedio nella disponibilità dell'interessato conduce a revocare in dubbio lo stesso presupposto dell'annullabilità del contratto concluso dal minore, vale a dire la incapacità assoluta di agire di costui, sulla base del rilievo che il contratto

⁽⁴⁾ *Relazione al Re del Guardasigilli*, in *Codice civile, Testo e Relazione Ministeriale*, Roma, 1943, p. 142.

del minore è efficace fino a che non venga annullato dal giudice⁽⁵⁾.

Questa osservazione lascia in realtà trasparire l'antico dibattito sulla opportunità, dal punto di vista dogmatico, di preservare l'originaria elaborazione pandettistica, secondo cui la mancanza di capacità di agire della parte avrebbe comportato necessariamente la nullità del negozio giuridico⁽⁶⁾.

D'altra parte, sul piano ricostruttivo di una teoria dell'annullabilità, negare l'incapacità di agire del minore in virtù della efficacia (precaria)⁽⁷⁾ del contratto concluso da quest'ultimo significa anche aderire a quella opinione tradizionale secondo cui il contratto annullabile è valido sino a che non intervenga una sentenza di annullamento passata in giudicato⁽⁸⁾.

Viceversa, è stato sostenuto che, non essendo l'efficacia un predicato esclusivo della validità (si pensi al contratto simulato o a quello sospensivamente condizionato), «l'efficacia del contratto annullabile non è data da una

⁽⁵⁾ F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 67.

⁽⁶⁾ Cfr. P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 36 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 586; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 603; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist. a cura di N. Irti, Torino, 1999, p. 74, secondo cui il caso della efficacia del negozio annullabile rientra sotto la figura del mutamento non definitivo del rapporto giuridico. Secondo F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., rist., Napoli, 1989, p. 257, la prescrizione dell'azione di annullamento farebbe diventare da interinale definitiva l'efficacia del negozio annullabile.

⁽⁸⁾ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, t. II, Milano, 1972, pp. 296-297: «È noto, infatti, che il contratto annullabile è *provvisoriamente valido*, o, con altre parole, ha una validità risolutivamente pendente (nullità sospesa); ciò nel senso che, se esercitata vittoriosamente l'azione di annullamento, il contratto *diviene* nullo. Se ne induce che, sino a quando non sia annullato con sentenza passata in giudicato, il contratto annullabile è valido; ed è anche efficace *medio tempore* (ove non sia inefficace per altra causa; perché, ad esempio, sottoposto a condizione sospensiva, o a termine iniziale e simili); onde, la controparte è tenuta (o le parti, sono tenute) a rispettarlo e, se del caso, ad eseguirlo. La validità diviene definitiva, se l'azione di annullamento si prescrive». Parlò di «inefficacia meramente eventuale o potenziale del negozio» Alfr. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 270 s.; ma contro questa definizione si schierò apertamente E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1950 p. 457, per il quale l'invalidità «è quella inidoneità a produrre in guisa durevole e irremovibile gli effetti essenziali del tipo, che discende dalla logica correlazione stabilita fra requisiti ed effetti nel congegno della norma giuridica».

sua qualità intrinseca, ma da altri atti o fatti che si aggiungono alla vicenda: la convalida espressa o tacita, il maturare della prescrizione, l'esecuzione o la rinuncia ad opporre l'eccezione di prescrizione»⁽⁹⁾.

In realtà, sia che l'efficacia del contratto annullabile si ritenga immediata (ma precaria), sia che invece la si consideri frutto di una fattispecie a formazione progressiva, gli è che l'introduzione del rimedio dell'annullabilità nel codice civile vigente, in virtù del quale il contratto stipulato da un incapace di agire è (o può essere) produttivo di effetti anziché nullo, sebbene teso a verificare la funzionalità soggettiva dell'atto⁽¹⁰⁾, cioè la sua effettiva rispondenza all'interesse della parte, risponde a logiche di oggettivazione dello scambio scaturenti dalla necessità pratica di assicurare la certezza dei traffici giuridici. Il termine di prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento, d'altro canto, evita che il contratto rimanga indefinitamente esposto all'impugnazione con grave pregiudizio per la circolazione dei beni.

In ogni caso, il dogma dell'incapacità assoluta di agire del minore urta inesorabilmente contro le esigenze sempre più vive di promozione della sua personalità (v. art. 2 Cost.) in ordine non soltanto al compimento degli atti minuti della vita quotidiana (ad es., acquisto di un libro o di vestiario), quanto soprattutto alla concreta attuazione, sul piano negoziale, di quelle scelte essenziali che possono contraddistinguere il percorso di crescita intellettuale e spirituale del minore stesso (ad es., iscrizione ad un'associazione culturale)⁽¹¹⁾.

In Italia i tentativi di sottrarre queste attività negoziali alla regola dell'annullabilità, pur mantenendo fermo il suddetto dogma, attraverso il ricorso all'istituto della rappresentanza o del contratto a favore di terzi si sono rivelati alquanto artificiosi. Infatti, nel primo caso, si considera il minore rappresentante dei propri genitori, per cui, per la validità del contratto concluso da

⁽⁹⁾ M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2005, p. 11, sulla scia di M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, p. 73 s.

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 124.

⁽¹¹⁾ Cfr. M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 109; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, p. 214; G. MARINI, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Rimedi*, 1, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 329; R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2012, p. 37 ss.

costui è sufficiente che egli abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso (art. 1389, 1° comma, c.c.)⁽¹²⁾; nel secondo, invece, si ritiene, ad esempio, che l'atto di iscrizione ad una associazione sia effettuato dal minore in rappresentanza dei genitori, ma a favore di terzo, cioè di sé stesso⁽¹³⁾.

3. — *Capacità negoziale del minore nel diritto tedesco.*

In altre esperienze giuridiche europee, come in Germania, il problema della capacità negoziale del minore viene affrontato dal legislatore in modo minuzioso, ma forse fin troppo complesso e poco realistico⁽¹⁴⁾. Nel sistema tedesco, infatti, mentre il minore di sette anni si trova in una condizione di incapacità di agire assoluta, con la conseguenza che le sue dichiarazioni di volontà sono nulle (§§ 104, 105 BGB), viceversa il minore che abbia compiuto il settimo anno d'età gode di una limitata capacità di agire (§ 106 BGB)⁽¹⁵⁾, essendo necessario il consenso preventivo o l'approvazione successiva del rappresentante legale per l'efficacia del contratto da lui concluso solo se egli non acquisti esclusivamente un vantaggio giuridico (§§ 107 e 108,

⁽¹²⁾ Salvo la difficoltà di considerare il minore rappresentante in relazione a contratti aventi ad oggetto beni mobili di valore ingente (ad es. gioielli preziosi), in ordine ai quali potrebbe addirittura sostenersi che il contratto concluso dal minore (ad es. un bambino in età pre-adolescenziale) è inesistente: cfr. V. PIETROBON, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 767 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. M. FRANZONI, *op. cit.*, pp. 93-94.

⁽¹⁴⁾ Cfr. G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, p. 525; M. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, p. 171 ss.

⁽¹⁵⁾ In altri ordinamenti, invece, la soglia dell'acquisto della maggiore età e della connessa capacità negoziale è diversa: in Scozia sedici anni (v. *Age of Legal Capacity Act* del 1991, section 1: «As from the commencement of this Act: (a) a person under the age of 16 years shall, subject to section 2 below, have no legal capacity to enter into any transaction; (b) a person of or over the age of 16 years shall have legal capacity to enter into any transaction»); in Austria quattordici anni (§ 21 ABGB). Cfr. S. FERRARI e S. PFEILER, *Profili generali della legge austriaca di riforma dei diritti del minore*, in *Familia*, 2003, I, p. 1039 ss.

1° comma, BGB) ⁽¹⁶⁾; è consentita però la revoca della dichiarazione della controparte fino alla approvazione del contratto (§ 109 BGB).

Una regola assai importante, detta “regola della paghetta”, è quella fissata nel successivo § 110 BGB (il c.d. *Taschengeldparagraph*), secondo cui «un contratto concluso dal minore senza l’approvazione del rappresentante legale si ritiene efficace dal principio se il minore esegue la prestazione contrattuale con mezzi affidatigli per questo fine o per disporne liberamente, dal rappresentante o, con l’approvazione di quest’ultimo, da un terzo» ⁽¹⁷⁾. Il limite principale di questa regola è costituito dalla sostanziale assenza di autonomia dispositiva del minore, atteso che il controllo sulla destinazione dei mezzi economici di costui è pur sempre affidato al suo rappresentante legale (*in primis*, il genitore). Infatti, secondo l’interpretazione prevalente, l’espressione «contratto concluso senza l’approvazione del rappresentante legale» andrebbe intesa quale «senza l’approvazione *espresa* del rappresentante legale»; d’altro canto, è pur sempre quest’ultimo che può decidere se lasciare al minore autonomia di scelta circa l’impiego concreto della somma affidatagli ⁽¹⁸⁾. In altri termini, nel sistema tedesco lo spazio di autonomia del minore, *sub specie* di capacità di assumere obbligazioni, è tracciato dalla volontà del suo rappresentante legale. Sotto questo profilo, la capacità di agire del minore che abbia compiuto i sette anni, oltre che limitata, appare *conformata*, nel senso che il minore è capace di agire soltanto in conformità alla volontà del suo rappresentante legale.

⁽¹⁶⁾ § 107 BGB (Einwilligung des gesetzlichen Vertreters): «Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters».

⁽¹⁷⁾ § 110 BGB (Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln): «Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind».

In argomento, v. N. BUSCH, *Der Reifegrad Minderjähriger als Massstab im Zivilrecht*, München, 2001, p. 31 ss.; J. SCHMITT, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 6. Auflage*, Beck, 2012, sub § 110; W.F. LINDACHER, *Überlegungen zu § 110 BGB. Funktion, Anwendungsbereich und dogmatische Einordnung*, in *Festschrift für F.W. Bosch*, 1976, pp. 533-547.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M. CINQUE, *Il minore contraente*, cit., p. 174.

La peculiarità del diritto tedesco è, quindi, che il rappresentante legale non si sostituisce al minore, né lo affianca, bensì ne determina e ne controlla l'attività negoziale, autorizzando in via preventiva o approvando successivamente la stipula dei contratti del minore⁽¹⁹⁾.

Ciò, come si è accennato, non vale per le dichiarazioni di volontà da cui derivi *esclusivamente* un vantaggio giuridico per il minore, per le quali il § 107 BGB non richiede il consenso del suo rappresentante legale: si tratta dei contratti unilaterali da cui non derivino obbligazioni a carico del minore. Tuttavia è necessario specificare che, sebbene il minore non possa essere parte (formale e sostanziale) di contratti a prestazioni corrispettive, perché altrimenti sarebbe gravato da obbligazioni di fonte negoziale, è invece possibile che su di lui gravino obbligazioni di fonte legale, quali imposte ed altri oneri pubblicistici; perciò, diversamente che in Italia (v. art. 320, 3° comma, c.c.), il minore potrà accettare, ad esempio, la donazione di un terreno⁽²⁰⁾.

4. — Contracts for necessities e responsabilità del minore nel diritto inglese.

I contratti del minore nell'ordinamento inglese sono regolati dalle regole del *common law* così come modificate dal *Minors' Contracts Act* del 1987, nonché dal *Sale of Goods Act* del 1979. Si tratta di una disciplina unica nel panorama europeo, in quanto contraddistinta da un'ampia casistica giuri-

⁽¹⁹⁾ Sulla possibilità di un'applicazione della regola dell'autorizzazione preventiva anche in Italia, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., p. 215. Sull'argomento, v. M. MAGGIOLÒ, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 271 ss.

⁽²⁰⁾ La norma tedesca ha suggestionato il progetto di codice europeo dei contratti elaborato dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei, ove, all'art. 150, 1° comma, è previsto che il contratto concluso dal minore non è annullabile quando da esso derivino soltanto dei vantaggi per l'incapace. Tuttavia, al successivo 3° comma si specifica che il contratto concluso da un incapace non è inoltre annullabile (...) «se si tratta di uno degli atti usuali della vita quotidiana che comportano un esborso modesto e vengono effettuati con l'impiego di denaro o di mezzi provenienti da attività lavorative consentite all'incapace oppure messi legittimamente a disposizione affinché egli abbia a disporre liberamente». Cfr. G. GANDOLFI (a cura di), *Code européen des contrats, livre premier: avant-projet*, Milano, 2004.

sprudenziiale, com'è naturale in un sistema fondato sul *judge made law*, ove il precedente giudiziario è vincolante.

Alla regola generale dell'invalidità dei contratti conclusi dal minore di diciotto anni fanno eccezione due tipologie di contratti: *a) i contracts for necessities; b) i beneficial contracts*⁽²¹⁾.

I *contracts for necessities* sono i contratti di acquisto di *necessaries*, cioè di beni (alimenti, vestiario, medicine) necessari per il mantenimento del minore, nonché di servizi indispensabili per la cura o l'assistenza della sua persona, in rapporto alle normali esigenze della sua condizione economico-sociale⁽²²⁾. Ai sensi della *section 3, subsection 2 e 3*, del *Sale of Goods Act* del 1979, «Where necessities are sold and delivered to a minor (...) he must pay a reasonable price for them. In subsection above necessities means goods suitable to the condition in life of the minor (...) concerned and to his actual requirements at the time of the sale and delivery». Da questa norma si evince che il contratto è vincolante per il minore solo se i beni sono stati consegnati (*delivered*), e che la connessa responsabilità è limitata al pagamento di un prezzo ragionevole per i beni ricevuti (*reasonable price*).

Quanto all'ampiezza dei *necessaries*, la casistica è ampia e risalente nel tempo, poiché tali beni riflettono la peculiare condizione di vita del minore: così, ad esempio, in un precedente del 1869 un minore facoltoso di famiglia agiata poté comprare un prezioso anello e donarlo alla fidanzata⁽²³⁾, mentre

⁽²¹⁾ Cfr. J. POOLE, *Textbook on Contract Law*, 9th ed., Oxford University Press, New York, 2008, p. 647 ss.; G.C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT e M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, 15th ed., Oxford University Press, New York, 2007, p. 548 ss.; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 12th ed. by E. Peel, Sweet and Maxwell, London, 2007, p. 566 ss.; H. COLLINS, *The Law of Contract*, 4th ed., Cambridge University Press, New York, 2003, p. 116; G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, p. 168 ss.; M. CINQUE, *Il minore contraente*, cit., p. 141 ss.; A. VENCHIARUTTI, *L'attività contrattuale dell'incapace nel diritto inglese. I «contracts for necessities» e i «beneficial contracts of service»*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, p. 1143 ss. G. ALPA e R. DELFINO (a cura di), *Il contratto nel common law inglese*, 3^a ed., Padova, 2005, pp. 145 ss., 238 ss.

⁽²²⁾ Cfr. G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 168.

⁽²³⁾ *Jennifer v. Walker* (1869) 19 L.T. 398. In *Chapple v. Cooper* (1844) 13 M. and W. 252 at 258, una giovane vedova minore d'età fu condannata al pagamento delle spese funebri del marito sul presupposto che il servizio funebre fosse da annoverarsi tra i *necessaries*. Del pari

nel 1908 fu respinta l'azione giudiziale di un sarto che pretendeva da uno studente del *Trinity College* di Cambridge il pagamento di 122 sterline e 19 scellini per la vendita di alcuni abiti, inclusi undici panciotti decorati, sulla base del rilievo che il convenuto era già ampiamente fornito di abiti adeguati alla sua posizione sociale⁽²⁴⁾. La tutela del minore è però poco efficace qualora egli acquisti beni che non sono ritenuti “necessari” e ne abbia già pagato il prezzo (*executed contracts*); per la restituzione di quest'ultimo, infatti, il minore dovrà provare la *total failure of consideration* (mancanza totale di un corrispettivo in suo favore)⁽²⁵⁾ ovvero il *mistake*, cioè l'errore, alla stessa stregua di un adulto⁽²⁶⁾. Ma anche l'affidamento dell'altra parte non sembra in realtà ricevere una tutela adeguata, poiché chi contrae con un minore è esposto ad un onere della prova assai gravoso al fine di ottenere l'adempimento: l'attore, infatti, deve provare in giudizio sia che i beni venduti sono necessari per quel minore, sia che costui non ne abbia già a sufficienza⁽²⁷⁾. Nell'antico *leading case* sopra ricordato⁽²⁸⁾, l'azione di adempimento del sarto

fu considerata *necessary* la bicicletta da corsa acquistata da un giovane apprendista: *Clyde Cycle Co. v. Hargreaves* (1898) 78 L.T. 296. Viceversa fu esclusa l'appartenenza alla categoria dei *necessaries acts* dell'acquisto di un cavallo da corsa da parte di un minore benestante: *Wharton v. Mackenzie* (1844) 5 Q.B. 606 at 612.

⁽²⁴⁾ *Nash v. Inman* (1908) 2 KB 1.

⁽²⁵⁾ Cfr. *Currie v. Misa* (1875) L.R. 10 Exch. 153, at 162: «A valuable consideration in the sense of the law may consist either in some right, interest, profit, or benefit, accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered or undertaken by the other» (la *consideration* consiste in un diritto, interesse, vantaggio o beneficio ricevuto da una parte ovvero in una tolleranza, in un sacrificio o in una perdita concessa, subita o sopportata dall'altra).

⁽²⁶⁾ G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., p. 578.

⁽²⁷⁾ Cfr. G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., pp. 568-569: «The supplier must show both that the goods are capable of being necessities and that they actually are necessities (...) The courts have put on the claimant the burden of proving the difficult negative proposition that the minor was not adequately supplied. As a general rule a person is only required to prove a negative if such proof depends on facts peculiarly within his own knowledge; here the proof required of the supplier depends on facts peculiarly within the knowledge of the minor».

⁽²⁸⁾ *Nash v. Inman*, cit.

non trovò accoglimento proprio perché questi non riuscì a provare innanzi alla corte che gli abiti venduti erano appropriati alle condizioni di vita del minore e che il minore stesso non era già adeguatamente fornito di quel tipo di abiti. Si tratta dunque di provare una circostanza negativa dipendente da fatti che di regola non rientrano (e difficilmente possono rientrare) nella sfera di conoscenza dell'attore, bensì restano quasi sempre in quella del minore (convenuto).

I *beneficial contracts (of service)* sono tanto i contratti relativi ai rapporti di lavoro assunti dal minore, quanto quelli che lo stesso minore stipula per la sua educazione o istruzione professionale⁽²⁹⁾. Essi sono validi in quanto comportino un beneficio per il minore, ma il vantaggio dev'essere valutato nell'ottica di un'interpretazione complessiva del contratto: così, ad esempio, nel 1890 fu esclusa la vincolatività di un contratto di apprendistato per un periodo di sette anni stipulato da una ballerina quattordicenne perché tra le clausole del contratto vi erano condizioni particolarmente vessatorie, come l'obbligo di non sposarsi senza il permesso del datore di lavoro; inoltre il salario era estremamente basso e non vi era alcuna garanzia circa la successiva assunzione della minore⁽³⁰⁾.

È possibile quindi affermare che nel diritto inglese un contratto è vincolante per il minore solo in quanto gli rechi un vantaggio o gli procuri beni necessari in relazione alle sue peculiari condizioni sociali e stili di vita; non vi è però alcun riferimento normativo ad un concetto di capacità di agire del minore, neppure limitata, come invece avviene – lo si è già visto – nel diritto tedesco per i minori che abbiano compiuto i sette anni d'età (v. espressamente il § 106 BGB). Si potrebbe allora pensare che il minore, come l'infermo di mente, nel diritto inglese sia un soggetto incapace di agire⁽³¹⁾, con

⁽²⁹⁾ G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 170.

⁽³⁰⁾ *De Francesco v. Barnum* (1890) 45 Ch.D. 430.

⁽³¹⁾ Cfr. *Nash v. Inman*, cit., at 8: «An infant, like a lunatic, is incapable of making a contract (...) in the strict sense of the word: but if a man satisfies the need of the infant or lunatic by supplying to him necessaries, the law will imply an obligation to repay him for the services so rendered, and will enforce that obligation against the estate of the infant or lunatic».

la conseguenza che, in realtà, la sua responsabilità non andrebbe qualificata come di natura contrattuale. Ma, in contrario, si è obiettato che, se è pur vero che un bambino molto giovane è incapace di contrarre perché non può neanche manifestare un consenso idoneo alla conclusione di un accordo («and if then supplied with necessaries there is not even the shadow of an agreement to accept and pay for the goods»), ciò però non può certamente dirsi per un giovane di diciassette anni che ordini degli abiti e prometta di pagarli: costui, infatti, «can and does consent: the only question is whether he ought as a matter of legal policy to be held to the agreement»⁽³²⁾.

5. — Actes de la vie courante e autonomia del minore nel diritto francese.

Diversamente dal sistema inglese, nel quale una norma espressa (la *section 3* del *Sale of Goods Act*) non attribuisce ai *minors* la capacità di concludere contratti di acquisto aventi ad oggetto i *necessaries*, bensì li vincola ove questi siano stati eseguiti, l'esperienza francese mostra l'esistenza in capo al minore di una espressa capacità di agire con riferimento ai c.d. *actes usuels* o *actes de la vie de tous le jours*⁽³³⁾. In entrambi gli ordinamenti, però, la concreta specificazione dell'ambito di operatività dei contratti vincolanti per il minore oppure che costui è capace di stipulare si risolve in una *quaestio facti* rimessa all'apprezzamento del giudice, tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

Infatti, secondo l'art. 1124 *code civil* i minori non emancipati sono incapaci di contrattare, ma nella misura stabilita dalla legge: in proposito l'art. 389-3, al. 1, *code civil*, stabilisce che «L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes». L'ampiezza della categoria degli atti che l'uso (la consuetudine sociale) autorizza il minore a compiere da solo, introdotta

⁽³²⁾ G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, cit., p. 570.

⁽³³⁾ Cfr. A. RAISON, *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, 4^a ed., Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 2000; J.C. MONTANIER, *Les actes de la vie courante en matière des incapacités*, in *J.C.P.*, 1982, I, 3076. Sul sistema contrattuale francese v. l'efficace analisi di B. NICHOLAS, *The french law of contract*, 2nd ed., Oxford, 1992.

nel codice civile francese a partire dal 1964, ha dato luogo ad un vivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale in Francia, poiché a volte travalica i limiti degli atti “minuti” in senso stretto, come, ad esempio, nei casi della locazione di un appartamento o dell’acquisto di una motocicletta da parte del minore⁽³⁴⁾. In un famoso precedente, la *Cour de Cassation* ritenne valido il contratto di autonoleggio di un’autovettura concluso da un minore⁽³⁵⁾.

Tuttavia, l’art. 1305 *code civil* stabilisce che «La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions»; l’azione di rescissione però non può basarsi esclusivamente sulla minore età dell’attore al tempo della conclusione del contratto, dovendo egli provare che subirebbe un pregiudizio economico dal contratto in questione. Si è allora innanzi ad un caso di presunzione relativa di capacità di agire del minore nel diritto francese? La risposta è senz’altro negativa, perché il minore che subisce una lesione contrattuale allega soltanto l’esistenza di un pregiudizio economico derivante per lo più dalla sua inesperienza, non già la sua incapacità di intendere e di volere, e, quindi, la mancanza di discernimento in ordine alle conseguenze giuridiche dell’atto che ha compiuto. In proposito si può osservare che la soluzione del diritto francese è analoga a quella dell’ordinamento inglese, atteso che i giudici, per stabilire se vi è stata una *lésion*, utilizzano gli stessi criteri adottati dalle Corti inglesi per accertare che i beni o le prestazioni ricevute dal minore rientrino fra i *necessaries*⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. J. STOUFFLET, *L’activité juridique du mineur non émancipé*, in *Mélanges offerts à monsieur le professeur Pierre Voirin*, Librairie general de droit et de Jurisprudence, 1966, p. 790.

⁽³⁵⁾ Cass. civ., 4 novembre 1970, in *Dalloz*, 1971, p. 186 (l’età richiesta per guidare un’auto e la maggiore età, all’epoca fissata a ventuno anni, erano diverse). Ma v. Cass. civ., 9 maggio 1972, *Bull. civ.* n° 122, *Gaz. Pal.*, 1972, 2, p. 871: «Si le mineur peut passer seul des actes de la vie courante, il ne saurait en être ainsi des actes tels que l’achat d’une voiture automobile».

⁽³⁶⁾ Sul punto, v. H. KÖTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, p. 187, che ricordano Cass. civ., 4 ottobre 1966, in *Bull. Cass.*, 1966, I, no. 449 (contratto stipulato tra un produttore discografico e il cantante sedicenne Johnny Halliday, contratto parzialmente valido in mancanza di *lésion*) e *Chaplin v. Leslie Frewin (Publishers) Ltd.*, 1966 Ch. 71 (contratto d’edizione stipulato dal figlio diciannovenne – all’epoca ancora minorenni – di Charles Chaplin sulla pubblicazione delle sue memorie, contratto valido). Cfr. anche M. CINQUE, *Il minore contraente*, cit., p. 162 ss.

6. — *Capacità di discernimento e diritto del minore ad essere ascoltato.*

Se, nel sistema italiano, il problema ricostruttivo fondamentale è quello di conciliare le necessità della prassi e della realtà dei traffici giuridici (quest'ultima, peraltro, connotata dall'assenza di contenzioso civile nella specifica materia⁽³⁷⁾) che vedono quotidianamente il minore quale parte (formale e sostanziale) di tutta una serie – in continua evoluzione – di contratti conclusi non in forma scritta e aventi ad oggetto per lo più beni mobili di consumo (ad es., vendita), con l'impostazione dogmatica tradizionale, secondo cui il minore è un soggetto assolutamente incapace di agire, la soluzione non può consistere nel ricorso a finzioni più o meno artificiali, ma in un'interpretazione evolutiva del sistema normativo esistente, in grado di soddisfare pienamente gli interessi patrimoniali, e, per quanto riguarda il minore, anche esistenziali, dei soggetti coinvolti dalle operazioni economiche, senza per ciò

⁽³⁷⁾ Non riguarda il caso di un contratto concluso dal minore, da ultimo, Cass., 29 maggio, 2014, n. 12117, in *Foro it.*, 2014, c. 2498, con nota di C. BONA, *L'annullamento parziale del contratto e l'eterointegrazione del contraente*; e in *Corr. giur.*, 2014, p. 1019, secondo cui «Il contratto con il quale il genitore acquista per sé un immobile con il denaro del figlio, quando il giudice tutelare ne aveva autorizzato il solo acquisto per il minore, è annullabile limitatamente alla clausola in cui si indica il genitore come acquirente, con conseguente acquisto dell'immobile da parte del figlio». Nella fattispecie, con atto del 2003 Tizia aveva convenuto davanti al Tribunale di Massa – Sez. distaccata di Carrara, il padre, Caio, acquirente, e il venditore Mevio, chiedendo l'annullamento del contratto di compravendita stipulato nel 1997, con cui il primo aveva fatto intestare a sé personalmente, nell'atto dell'acquisto, un immobile pagato con denaro della figlia, all'epoca minorenni, contravvenendo all'ordine del giudice tutelare. Il denaro era stato conseguito dalla ricorrente a titolo di risarcimento dei danni per un grave incidente stradale ed era stato destinato dal Giudice tutelare all'impiego in titoli di Stato. Successivamente, su istanza del genitore, il giudice aveva autorizzato lo smobilizzo della somma affinché venisse destinata all'acquisto di un fondo ad uso commerciale da intestare alla minore. Sennonché il padre aveva proceduto direttamente all'acquisto, facendo intestare la proprietà a se stesso, ed, essendo oberato di debiti, aveva in tal modo provocato la proposizione di numerose azioni pregiudizievoli da parte dei creditori.

La decisione della Cassazione sorprende per il penetrante potere correttivo del giudice, che si sostanzia in un anomalo e quanto mai dubbio annullamento parziale “soggettivo” del contratto *ex art. 322 c.c.* con sostituzione di uno dei contraenti, in applicazione analogica, secondo la motivazione, dell'art. 1432 c.c., sull'annullamento del contratto per errore. Evidentemente la tutela dell'interesse del minore giustifica soluzioni assai discutibili in punto di diritto.

stesso pregiudicare la funzione educativa dei genitori e le eventuali esigenze di tutela del minore stesso.

Del resto, la legge stessa a volte smentisce il dogma dell'incapacità assoluta di agire del minore, nella misura in cui, ad esempio, in tema di protezione del diritto d'autore, ammette che «l'autore che abbia compiuto sedici anni di età ha la capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano» (art. 108, l. n. 633/1941); ma basti pensare, più in generale, che la capacità lavorativa del minore di diciotto anni è espressamente prevista dall'art. 2, 3° comma, c.c., secondo cui «sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro», aggiungendo che «in tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro»⁽³⁸⁾. Orbene, è da chiedersi allora se il minore – nei casi previsti dalla legge – possa anche *stipulare* il contratto di lavoro⁽³⁹⁾, a meno di non ritenere che il contratto vada stipulato dal rappresentante legale, atteso che il minore non possiederebbe la capacità primaria contrattuale, ma solo quella secondaria di esercizio dei diritti derivanti dal contratto, anche attraverso il processo⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Secondo l'art. 37 Cost., «la legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato». L'art. 3 della l. n. 977/1967, e successive modificazioni, stabilisce due requisiti per l'individuazione dell'età minima per l'ammissione al lavoro, in assenza dei quali risulta applicabile la sanzione contenuta nell'art. 26. In generale, è vietata l'ammissione al lavoro prima che il minore abbia concluso il periodo di istruzione obbligatoria (art. 34 Cost.); in ogni caso, l'età per lavorare è fissata nel minimo a quindici anni compiuti (salvo che per il settore pubblico in cui l'età minima coincide con il compimento dei diciotto anni: art. 2, d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487).

⁽³⁹⁾ Come ritiene, ad esempio, M. DE CRISTOFARO, *Minore età e contratto di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 359 ss.

⁽⁴⁰⁾ G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, p. 206 ss.; Pret. Oderzo, 30 giugno 1988, in *Lavoro 80*, 1989, p. 430; Tar Sicilia, Palermo, 23 agosto 1988, n. 509, in *Tar*, 1988, I, p. 3192; C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 212 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 35ª ed., Napoli, 1995, p. 144.

In quest'ottica, «il consenso del minore, come elemento di fatto, si può considerare una condizione del contratto (art. 1353), col quale il genitore promette il fatto del minore (v. anche l'art. 1381)»: P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1957, p. 864.

Tuttavia, è possibile seguire un più ampio percorso argomentativo utile alla individuazione di una – sia pur limitata – capacità negoziale del minore, partendo dal rilievo circa l'esistenza, già nell'ordinamento internazionale, di una importante norma, l'art. 12 della già richiamata Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, secondo cui «gli Stati parti garantiscono al fanciullo *capace di discernimento* il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione, *tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità*. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato». La «possibilità di essere ascoltato» deve essere riconosciuta al minore «in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale»⁽⁴¹⁾.

⁽⁴¹⁾ Il principio del diritto all'ascolto del minore capace di discernere è presente anche in altre fonti internazionali, tra cui vanno ricordate: A) la Convenzione dell'Aja del 28 maggio 1970, relativa al rimpatrio dei minori (ratificata con la l. 30 giugno 1975, n. 396), al cui art. 5 è previsto che «nessuna decisione su di una richiesta di rimpatrio dovrà essere presa prima che il minore sia stato sentito personalmente, se le sue facoltà di giudizio lo consentono, da un'autorità competente dello Stato richiesto»; B) la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (art. 16, lettera a), e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (art. 13, 2° comma) entrambe ratificate con l. 15 gennaio 1994, n. 64 (di cui v. l'art. 7, 3° comma); C) la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996, ratificata con la l. 20 marzo 2003, n. 77, che garantisce al minore capace di discernimento il diritto di ricevere ogni informazione pertinente e di essere consultato ed esprimere la sua opinione, da prendere «in adeguata considerazione, su ogni questione che lo riguarda, anche nelle procedure giudiziarie o amministrative», nonché il diritto ad «essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione» (art. 3); D) il Regolamento CE 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, secondo cui 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» (art. 23, lett. b); E) la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata con la legge 28 marzo 2001, n. 145, secondo cui va preso in

Nell'ordinamento italiano, l'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c., dispone che «Il

considerazione il parere del minore, per ogni intervento biomedico sul suo corpo, «come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità» (art. 6); F) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (che, ai sensi dell'art. 6, 1° comma, del Trattato sull'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei Trattati), secondo cui i minori hanno il diritto di «esprimere liberamente la propria opinione», che va «presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità» (art. 24, 1° comma). Infine, bisogna ricordare la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sede a Strasburgo, che, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 4 novembre 1950, assicura la tutela giurisdizionale dei diritti umani non solo tra gli Stati, ma anche ad ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda di essere vittima da parte degli Stati di una violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione. La CEDU non si occupa espressamente dei minori, fatta eccezione per l'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione del 1952, che disciplina il diritto all'istruzione, considerando comunque i genitori e non i bambini soggetti titolari del diritto. Tuttavia, soprattutto negli ultimi anni, le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si sono occupate indirettamente della tutela e dell'ascolto dei minori attraverso l'applicazione degli artt. 6 ed 8 della CEDU, riguardanti, rispettivamente, il diritto ad un equo processo ed il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In particolare, in alcuni casi concernenti la violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte si è impegnata ad accertare, in sede di verifica della correttezza del bilanciamento tra interessi confliggenti, se i giudizi nazionali, nel tutelare il minore e la sua opinione, avessero considerato adeguatamente l'interesse del genitore leso dall'adozione dei provvedimenti limitativi contestati. In tal modo, sono stati tutelati i diritti relazionali di natura familiare riconosciuti e garantiti dall'art. 8 CEDU. Inoltre, è stato sancito il diritto del minore di partecipare effettivamente al processo in cui è coinvolto, tenuto conto della sua particolare fragilità, applicando l'art. 6 CEDU: cfr. Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, E. c. Germania, ricorso n. 25735/94, sentenza del 13 luglio 2000, §§ 50-52; Corte EDU, B c. Italia, sentenza del 16 settembre 1999; Corte EDU, T c. Regno Unito, ricorso n. 24724/94, sentenza del 16 dicembre 1999, § 80 ss.; Corte EDU, T c. Regno Unito, ricorso n. 60958/00, sentenza del 15 giugno 2004, § 28. V. anche Corte EDU, W. c. Regno Unito, sentenza dell'8 luglio 1987, Series A, n. 121 (1987). Il caso è il seguente: S., figlio del ricorrente, era stato posto in affido a lungo termine finalizzato all'adozione dall'assistenza sociale britannica, la quale riteneva l'ambiente familiare inadeguato ad una crescita sana del minore. Sia durante l'affido che dopo l'adozione fu impedito al ricorrente e alla moglie di avere contatti con il minore. Il padre quindi decise di ricorrere alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sulla base della considerazione che la decisione di porre in adozione il bambino era inappellabile e che, pertanto, violava l'art. 8 CEDU in ordine al mancato rispetto della vita familiare da interferenze illecite. La Corte stabilì, in proposito che «Where a child has been taken away from his parents and placed with alternative carers, he may in the course

figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano»⁽⁴²⁾.

La fonte sovranazionale e quella interna, riconoscendo il diritto del minore ad essere ascoltato, introducono pertanto una nozione assai importante, quella di capacità di discernimento, che consente di tener conto delle opinioni del minore in ordine alle questioni giuridiche che lo interessano.

In particolare, la capacità di discernimento può essere definita quale *attitudine del soggetto alla formulazione di un giudizio valutativo in ordine alle proprie situazioni esistenziali*.

Il minore, pertanto, può essere in grado di esprimere opinioni (in sede di ascolto) oppure di effettuare delle scelte, tramite atti di assenso o di consen-

of time establish with them new bonds which it might not be in his interests to disturb or interrupt by reversing a previous decision to restrict or terminate parental access to him».

Il 17 novembre 2010 il Consiglio d'Europa ha emanato le Linee guida sulla giustizia a misura di minore (*child friendly*), che nel preambolo fanno espresso riferimento come fonte ispiratrice alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e affermano che i principi del giusto processo debbono applicarsi alle persone minori di età in ragione della specificità della loro situazione. Sull'argomento, v. M.G. RUO, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia child friendly*, in *Dir. fam.*, 2013, p. 297 ss. Cfr. anche M. CATANZARITI, *I diritti su misura: la Corte Europea di Strasburgo e i minori*, in *Sociologia del diritto*, 2012, p. 97 ss.; M. G. RUO, "The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Minorigiustizia*, 2011, 3, p. 39 ss.

⁽⁴²⁾ Questa norma va letta in unità con l'art. 336 *bis* c.c., che ha cura di specificare le modalità dell'ascolto da parte del giudice, avvertendo, peraltro, al 1° comma, che «se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato». L'ascolto del minore è previsto anche dall'art. 337 *octies* c.c. in ordine ai provvedimenti giudiziali riguardanti i figli *ex art.* 337 *ter* c.c., in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio. Altre norme che prevedono l'ascolto del minore sono l'art. 250, 4° comma, c.c., in tema di procedimento per valutare l'opportunità del riconoscimento del figlio da parte di un solo genitore, qualora l'altro genitore che ha rifiutato il consenso proponga opposizione al ricorso giudiziale; l'art. 316, 3° comma, c.c., in tema di esercizio della potestà genitoriale; l'art. 348, 3° comma, c.c., in tema di scelta del tutore; l'art. 371, n. 1, c.c., in tema di provvedimenti circa l'educazione del minore sottoposto a tutela; gli artt. 4, 10, 15, 22, 25 e 45 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di ascolto del minore adottando.

so⁽⁴³⁾, che incidono, in varia misura, sullo svolgimento del processo formativo della sua personalità⁽⁴⁴⁾. Questo grado di maturità psichica è accertabile dal giudice attraverso un'indagine rimessa alla sua discrezionalità ed è la naturale conseguenza del diverso atteggiarsi – nei singoli casi concreti – della personalità *in fieri* del minore⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ V. le puntuali osservazioni di M. PARADISO, *Le prescrizioni del giudice civile tra coazione e consenso*, in *Famiglia*, 2001, p. 555 ss., il quale distingue le figure dell'ascolto, del parere, dell'assenso e del consenso.

⁽⁴⁴⁾ Che dire, ad esempio, circa la maturità del minore quattordicenne capace, in base all'art. 250, 2° comma, c.c., di manifestare il proprio assenso al riconoscimento da parte dei genitori? L'assenso del quattordicenne, in quanto manifestazione di volontà che integra quella dei genitori, è, infatti, condizione per l'accertamento dello status di figlio derivante da un atto di autoresponsabilità dei genitori (riconoscimento), e, quindi, per l'esercizio della responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 316 c.c., nonché per l'assunzione da parte del genitore dei doveri di mantenimento, educazione, istruzione e assistenza morale *ex art.* 147 c.c.

Un altro esempio rilevante di come il legislatore consideri la scelta esistenziale del minore un segno incontrovertibile della sua capacità di discernimento, è dato dall'art. 7, 7° comma, l. 184/1983, secondo cui «Il minore, il quale ha compiuto gli anni quattordici, non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso, che deve essere manifestato anche quando il minore compia l'età predetta nel corso del procedimento. Il consenso dato può comunque essere revocato sino alla pronuncia definitiva dell'adozione».

Il consenso del quattordicenne, così come la sua revoca, sono atti negoziali di natura personale necessari per il completamento del procedimento di adozione oppure decisivi per la sua interruzione. A differenza dell'assenso, la volontà espressa dal minore acquista un'autonomia ancora più marcata.

Il codice civile prevede anche altre fattispecie in cui il processo di maturità del minore che abbia raggiunto i quattordici anni di età, lo legittima, ad esempio: *a)* alla formulazione di un'istanza giudiziale di nomina di un curatore speciale che proponga l'azione di riconoscimento della paternità *ex art.* 244, 6° comma, c.c.; *b)* a formulare istanza giudiziale per l'autorizzazione ad impugnare il riconoscimento (mediante un curatore speciale appositamente nominato dal giudice) *ex art.* 264 c.c.; *c)* ad esprimere il suo necessario consenso affinché il genitore che esercita la potestà o il tutore possano promuovere o proseguire l'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale *ex art.* 273, 2° comma, c.c.

⁽⁴⁵⁾ La storia del diritto, d'altro canto, insegna che l'attenzione alla diversa maturità del minore nel corso del suo sviluppo psico-fisico non è nuova: già il diritto romano conosceva la distinzione, nell'ambito della categoria degli imuberi, tra bambini totalmente privi di intelletto e quindi incapaci di formulare un discorso ragionevole (*infantes qui nullum intellectum habent e qui dari non possunt*), e *imuberi infantia maiores*, ai quali invece si riconosceva un minimo

A differenza di quanto sancito dalle Convenzioni internazionali, il prin-

di giudizio e di maturità intellettuale, che li rendeva capaci di formulare un discorso sensato (*qui loqui o fari possunt e qui iam aliquem intellectum habent*). D'altra parte, nella Roma dell'inizio del II secolo d.C., Decimo Giunio Giovenale affermava nelle sue *Satirae* (XIV, 47) che «*maxima debetur puero reverentia*», mettendo in luce come l'ascolto del minore fosse una pratica sociale fortemente auspicabile in un'epoca in cui anche l'istituto della *familia* mostrava i primi segni di un processo degenerativo che in seguito avrebbe coinvolto tutte le istituzioni politiche dello Stato. Cfr. Gai *Inst.*, 3, 107-109; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1994, pp. 395 ss., 587 ss.; B. ALBANESE, *Note sulla storia della capacità di agire*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Francesca Laura Morvillo*, a cura di M.T. Ambrosini, I. Corrado, V. Lojacono e D. Ziino, Milano, 2001, p. 2 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, pp. 263-264.

Poiché, dunque, la capacità di discernimento è espressione della graduale evoluzione della persona, essa non può che essere suscettibile di diverse gradazioni a seconda dell'età, e, soprattutto, del personale percorso affettivo e intellettuale, nonché della situazione esistenziale che forma oggetto del giudizio valutativo.

Gli studi di psicologia dell'età evolutiva e di pedagogia mostrano che dal terzo al settimo anno di vita il bambino utilizza una logica egocentrica, formulando giudizi assoluti, quasi del tutto insensibili al punto di vista degli altri (c.d. periodo del travaglio edipico); dopo i 7-8 anni e fino agli 11-12 anni, ovvero nella fase pre-puberale, il bambino prende poco a poco coscienza della definizione dei concetti che impiega, senza spingere le sue riflessioni al di là del suo immediato presente, ma mostrando reazioni adeguate e comprensibili alle decisioni degli adulti; dopo i 12 anni comincia il vero e proprio pensiero formale del minore, vale a dire il ragionamento ipotetico-deduttivo che trae conclusioni valide indipendentemente dall'osservazione sperimentale o dalla verità di fatto, e l'adolescente inizia a giudicare gli adulti su un piano di eguaglianza e di reciprocità: v. L. STEINBERG, E. CAUFFMANN, *Maturity of judgement in adolescence: psychosocial factors in adolescent decision making*, in 20 *Law and Human Behavior* 249 (1996); M. MONTESSORI, *La mente del bambino*, Garzanti, Milano, 1952 (rist. 2012), p. 85 ss., spec. pp. 192-193; M. VENTURINI, *La capacità di discernimento del minore*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Francesca Laura Morvillo*, cit., pp. 479-483; G. LUTTE, *Psicologia degli adolescenti e dei giovani*, Bologna, 1987, pp. 87 ss., 137 ss.

Con molta probabilità sono queste le ragioni per cui il legislatore italiano ha introdotto una presunzione relativa di capacità di discernimento da parte dei minori che abbiano già compiuto i dodici anni, mentre, all'opposto, ritiene necessario un apposito accertamento preventivo di detta capacità nei minori di età inferiore, ai fini dell'acquisto del diritto ad essere ascoltati dal giudice (art. 315 *bis*, 3° comma, c.c.). Illuminanti, in proposito, le riflessioni seicentesche del giovane Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) sull'autonomia del minore ultradodicescenne: G.[OTTFREDO] G.[UILLIELMO] L.[EIBNUNZIO] L.[IPSIENSI], *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae ex artis didacticae principiis in parte generali praemissis, experientiaequae luce*, Francofurti, 1667, p. 291: «A duodecimo ad decimum octavum liberalius tractetur, praeceptoribus non subsit, sed amicis». In argomento, v. G. ACETI, *Sulla «Nova methodus discendae docendae-*

cipio generale accolto nell'ordinamento italiano non subordina in ogni caso il riconoscimento del diritto del minore ad essere ascoltato alla effettiva rilevazione della sua capacità di discernimento, prescindendo dalla sua età anagrafica. Il preventivo accertamento della capacità di discernimento, infatti, è espressamente richiesto soltanto per l'ascolto del minore che non abbia ancora compiuto i dodici anni di età; ne deriva che già il minore di anni dodici è assistito da una presunzione legale di attitudine al discernimento. Si tratta di una presunzione *iuris tantum*, che è posta dal legislatore in ossequio al criterio pragmatico dell'*id quod plerumque accidit*, atteso che il minore dodicenne è, di regola, un soggetto dotato della suddetta attitudine.

Il diritto all'ascolto è un diritto fondamentale del minore che «tutela l'interesse essenziale del minore a che le decisioni importanti per la sua vita e la sua crescita siano prese tenendo conto della sua volontà e dei suoi sentimenti»⁽⁴⁶⁾; ma esso è anche la situazione soggettiva attiva attraverso cui acquista espressa rilevanza giuridica la capacità di discernimento del minore, la quale è un presupposto di efficacia delle norme che attribuiscono questo diritto.

Orbene, se l'ascolto del minore (capace di discernimento) è volto alla tutela delle sue situazioni esistenziali, ciò significa che egli è in grado di compiere atti di esercizio di quei diritti fondamentali⁽⁴⁷⁾. Anzi, sotto questo profilo, si è evidenziata l'insufficienza della dicotomia capacità giuridica-capacità di agire, atteso che «se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (arg. ex artt. 2 e 3 Cost.), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di

que jurisprudentiae» di Goffredo Guglielmo Leibniz, in *Jus*, 1957, pp. 1-41. In Francia, il re Luigi XIV con la Dichiarazione del 1° febbraio 1669 anticipò a 14 anni per i maschi e a 12 per le femmine l'età in cui i minori potevano compiere la scelta di diventare cattolici contro la volontà dei loro genitori, mentre nel 1681 egli anticipò tale possibilità a 7 anni per entrambi i sessi, età in cui i bambini «sono capaci di ragione e di scelta in una materia così importante come quella della loro salvezza»: *Declaration du Roy portant que les enfants de la Religion prétendue Réformée pourront se convertir à l'âge de sept ans*, Versailles 17 giugno 1681, in *Recueil des Édits, Déclarations et Arrêts du Conseil rendus au sujet des gens de la Religion prétendue Réformée*, Paris, Joseph Saugrain, 1714.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5ª ed., Milano, 2014, p. 339.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 949.

esercitarlo immediatamente»⁽⁴⁸⁾.

Ecco perché al minore dev'essere riconosciuta capacità processuale in tutte le questioni che lo riguardano; il diritto ad essere ascoltato dal magistrato, pertanto, si traduce nella necessaria partecipazione del minore, capace di discernere, al processo⁽⁴⁹⁾, fatta salva la diversa volontà del minore stesso⁽⁵⁰⁾ o diversa valutazione dell'interesse del minore da parte del giudice (art. 336 *bis*, 1° comma, c.c.)⁽⁵¹⁾. Ma v'è di più: la Suprema Corte ha anche sottolineato

⁽⁴⁸⁾ In questi termini, P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 250; nello stesso senso, v. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 48: «Deve, però, essere indubbio che, specialmente con riferimento alle situazioni di natura personale, riconoscere la titolarità di una libertà senza ammetterne l'esercizio significa disconoscere l'esistenza di quella stessa libertà». V. anche C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, p. 73, secondo il quale «devono reputarsi esclusi dalla regola dell'incapacità negoziale quegli atti nei quali si estrinsecano le libertà fondamentali della persona, salva solo l'interferenza del genitore o del tutore giustificata dalla funzione di educazione e di cura. Es.: Il genitore non potrebbe impugnare l'atto di iscrizione del figlio ad un partito politico o ad un sindacato».

⁽⁴⁹⁾ La capacità di essere parte nel processo (art. 75 c.p.c.) non va confusa con la capacità di stare in giudizio, vale a dire di promuovere il processo o di difendersi in esso, di compiere validamente atti processuali, che non compete al minore: cfr., per tutti, A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, 17ª ed., a cura di C. De Angelis, Milano, 2009, p. 107.

⁽⁵⁰⁾ Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1067: «In tema di sottrazione internazionale di minori, può costituire autonoma fattispecie ostativa all'accoglimento della domanda di rientro la volontà contraria manifestata al riguardo dal minore, il quale (alla stregua di quanto accertato dal giudice di merito, che ha proceduto al suo ascolto) abbia un'età ed una maturità tale da giustificare il rispetto della sua posizione».

⁽⁵¹⁾ Cfr. App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. merito*, 2012, p. 32: «L'ascolto del minore infradodicenne, nelle controversie tra i genitori che lo concernono, va disposto allorchè il minore presenti capacità di discernimento, e sempre che corrisponda all'interesse del minore stesso: pertanto, allorchè questi abbia in precedenza manifestato stragiudizialmente il desiderio di non essere coinvolto nella vicenda che pur lo riguarda, il giudice può decidere prescindendo da tale incumbente» (nella specie, i genitori separati controvertavano se impartire o meno un'educazione religiosa ad un bambino di circa dieci anni di età, il quale però aveva chiaramente manifestato la propria intenzione di non essere coinvolto nella controversia: la Corte d'Appello allora, anche al fine di evitargli un inutile turbamento, ha ritenuto non utile l'ascolto, decidendo nel merito, ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c., disponendo che il bambino proseguisse il catechismo, pur se iniziato contro la volontà del padre). Nello stesso senso, v. Cass., 25 febbraio 2014, n. 4413; Cass., 31 marzo 2014, n. 7479, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1471: «In

la necessità che il giudice tenga conto degli esiti dell'ascolto del minore, motivando adeguatamente, in proporzione al grado di discernimento del minore stesso, l'eventuale difformità della propria decisione dalle opinioni da quest'ultimo manifestate⁽⁵²⁾.

In proposito, la Corte Costituzionale, con sentenza del 16 gennaio 2002, n. 1, ha statuito che, a seguito della prescrizione dell'art. 12 della Convenzione di New York del 1989, il minore va considerato come parte del procedimento nei giudizi concernenti la potestà dei genitori, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale⁽⁵³⁾.

tema di sottrazione internazionale di minori, il giudice, ove accerti che l'ascolto, pur normalmente doveroso, possa essere contrario all'interesse del minore, e anche solo potenzialmente dannoso, può omettere tale incombenza, dandone congrua motivazione, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento» (nella specie, il giudice di merito aveva fondato il mancato ascolto del minore, comunque sentito dai servizi sociali, sull'elevata conflittualità esistente tra i genitori, motivazione ritenuta congrua dalla Suprema Corte).

⁽⁵²⁾ Cass., 17 maggio 2012, n. 7773; Cass., 15 maggio 2013, n. 11687. In argomento, v. F. DANOLI, *Principi e garanzie costituzionali del giusto processo minorile*, in *Dir. fam.*, 2012, II, p. 1217 ss.; F. TOMMASEO, *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, *ivi*, p. 1265 ss.

⁽⁵³⁾ Corte cost., 16 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3302, con nota critica di A. PROTO PISANI. In argomento v., di recente, Trib. Varese (ord.), 12 febbraio 2013, che ribadisce la necessità di rendere partecipe il minore delle scelte da assumere nel suo interesse. La vicenda riguardava una minore che, in sede di separazione tra i genitori, era stata collocata in una comunità protetta, poiché era emerso, dalla relazione dei Servizi sociali, la non idoneità dell'ambiente familiare domestico materno. La madre, agendo per la modifica del provvedimento, chiedeva il collocamento della figlia presso di sé e la nuova famiglia, dal momento che la donna era in procinto di dare alla luce un'altra bambina avuta col nuovo compagno. Lo spostamento, per la minore, avrebbe comportato il trasferimento in un altro comune di residenza con conseguente cambiamento della scuola frequentata ad anno scolastico in corso. I Servizi sociali avevano espresso parere favorevole all'immediato trasferimento della minore, vicina al compimento dei dodici anni, presso il nucleo familiare della madre, anche se ciò avrebbe comportato il distacco dal contesto d'inserimento attuale. Il Tribunale di Varese afferma che le decisioni in materia di conflitti genitoriali non possono e non devono essere delegate al Servizio sociale poiché tale ruolo è riservato dalla legge al giudice, anche in relazione ai delicati interessi coinvolti come quelli della famiglia e dei minori. Il giudice deve giungere a tali decisioni dopo che il minore sia stato reso partecipe delle scelte che si stanno assumendo nel suo interesse, dopo aver valutato giuridicamente la correttezza for-

D'altra parte, il principio della difesa tecnica del minore, è già evidente sia nei procedimenti *de potestate* ex art. 336, 4° comma, c.c. (decadenza o reintegrazione nella potestà genitoriale, condotta del genitore pregiudizievole ai figli, rimozione del genitore dall'amministrazione del patrimonio del minore oppure riammissione nell'esercizio dell'amministrazione), sia nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità (art. 8, 4° comma, l. n. 184/1983, come sostituito dalla l. n. 149/2001)⁽⁵⁴⁾.

Tuttavia, se ci si colloca su un piano più generale, la considerazione del minore quale *parte processuale*, se legata alla necessità del suo ascolto, sembra da escludere: infatti, richiamando l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo⁽⁵⁵⁾,

male e processuale delle richieste dei genitori. Proprio per il ricorso a misure stereotipate e poco personalizzate adottate dai Tribunali e le troppo ampie e frequenti deleghe di gestione dei conflitti familiari ai Servizi sociali, l'Italia è stata di recente condannata dalla Cedu con le sentenze del 23 gennaio 2013 e 2 novembre 2010. Pertanto, stante il possibile conflitto di interessi tra il minore ed i genitori, il Tribunale di Varese ha ritenuto opportuno nominare alla minore un curatore speciale che la rappresenti in giudizio, con il compito di provvedere a raccogliere la sua opinione circa la volontà della stessa di trasferirsi presso l'abitazione della madre, e, conseguentemente, iscriversi presso una nuova scuola.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. O. LANZARA, *L'avvocato del minore*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 981 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, p. 557 ss.

⁽⁵⁵⁾ L'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori dispone che «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti; nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, e permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa».

Ai sensi del successivo art. 9 della Convenzione di Strasburgo, «1. Nei procedimenti che riguardano un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti. 2. Le Parti esaminano la possibilità di prevedere che, nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria abbia il potere di designare un rappresentante distinto, nei casi opportuni un avvocato, che rappresenti il minore». In appli-

la Corte di Cassazione ha affermato che «costituisce violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, in quanto il minore è portatore di interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come *parte in senso sostanziale*»⁽⁵⁶⁾. Questa considerazione del minore come parte in senso sostanziale è ribadita in modo esplicito dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui «posto che la partecipazione dei minori ai procedimenti relativi al loro affidamento e alle visite dei genitori è assicurata dal loro ascolto e dall'esercizio dei poteri officiosi riconosciuti al giudice, non vi è la necessità anche della designazione di un curatore speciale e di un difensore»⁽⁵⁷⁾.

cazione di questo articolo, la Corte costituzionale, con sentenza n. 83 del 2011 (in *Fam. e dir.*, 2011, p. 545 ss., con nota di F. TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*) a proposito del giudizio di opposizione di un genitore al riconoscimento del figlio (minore di quattordici anni, che dev'essere ascoltato se abbia compiuto i dodici anni e anche se di età inferiore, ove capace di discernimento) da parte dell'altro genitore (art. 250, 4° comma 4, c.c.), ha statuito che «il minore, nella vicenda sostanziale e processuale che lo riguarda, costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica, essendo implicati nel procedimento suoi rilevanti diritti e interessi, in primo luogo quello all'accertamento del rapporto genitoriale con tutte le implicazioni connesse. Ne deriva che al detto minore va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 cod. civ. E, se di regola la sua rappresentanza sostanziale e processuale è affidata al genitore che ha effettuato il riconoscimento (artt. 317-bis e 320 cod. civ.), qualora si prospettino situazioni di conflitto d'interessi, anche in via potenziale, spetta al giudice procedere alla nomina di un curatore speciale. Il che può avvenire su richiesta del pubblico ministero, o di qualunque parte che vi abbia interesse (art. 79 cod. proc. civ.), ma anche di ufficio, avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'art. 9, primo comma, della citata Convenzione di Strasburgo».

⁽⁵⁶⁾ Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit. Successivamente, nello stesso senso, v. Cass., 17 febbraio 2010, n. 3804; Cass., 26 marzo 2010, n. 7281; Cass., 14 luglio 2010, n. 16553; Cass., 13 aprile 2012, n. 5884, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 653 ss., con nota di V. CARBONE, *Opposizione al riconoscimento di figlio naturale: il minore infrasedicenne non solo deve essere sentito, ma è parte del processo*. In argomento, v. G. SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in *Tratt. Zatti*, VI, 2ª ed., Milano, 2012, p. 154 ss; F. DANOVÌ, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 243 ss; A. PÈ e A. RUGGIU (a cura di), *Il giusto processo e la protezione del minore*, Milano, 2011.

⁽⁵⁷⁾ Cass., 31 marzo 2014, n. 7478, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1471.

7. — *Presunzioni legali di capacità di agire e capacità di diritto privato del minore.*

La capacità di discernimento è però un concetto che travalica i confini – per certi versi angusti – dell’ascolto del minore, nella misura in cui se ne evidenzino le analogie con l’altro concetto di capacità di intendere e di volere e se ne indagli il rapporto con il principio generale stabilito dall’art. 2 c.c., secondo cui la capacità di agire si acquista al compimento del diciottesimo anno di età.

Sotto questo profilo, l’affermazione secondo cui il minore, seppur capace di discernere, è incapace di agire può rivelarsi un ossimoro qualora si abbia riguardo alla concreta realtà dei traffici giuridici.

Infatti, è noto che il minore, soprattutto in età puberale, è un soggetto in grado di concludere contratti, sovente via Internet, che soddisfino i suoi bisogni di “consumatore”⁽⁵⁸⁾.

Tuttavia, si può osservare, più in generale, che se – come si è visto in precedenza – la capacità di discernimento è il presupposto dell’esercizio delle situazioni di natura esistenziale, essa non può che esserlo anche in relazione all’esercizio di quelle di natura patrimoniale, soprattutto considerato che queste ultime si trovano in posizione servente o strumentale rispetto alle prime⁽⁵⁹⁾.

Pertanto, la capacità di agire è un concetto necessariamente *derivato* da quello di capacità di discernimento, del quale costituisce un naturale sviluppo. La capacità di agire, infatti, può definirsi *l’attitudine al compimento di atti di disposizione patrimoniale da parte di un soggetto capace di discernere*⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. D. DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 75 ss. Gli studi più recenti di sociologia del diritto mostrano chiaramente come le grandi corporations internazionali orientino con aggressività e in modo incisivo le loro politiche commerciali verso una specifica clientela costituita da minori, accrescendo la necessità di proteggere il loro armonico sviluppo psico-fisico: J. BAKAN, *Childhood under siege. How big business targets children*, Simon & Schuster, New York, 2011 (trad. it. *Assalto all’infanzia*, prefazione di C. Saraceno, Feltrinelli, Milano, 2012).

⁽⁵⁹⁾ Cfr. P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 455 s., nt. 21.

⁽⁶⁰⁾ La necessaria connessione tra capacità di discernimento e capacità di agire è ben presente nell’art. 13 del codice civile svizzero: «Toute personne majeure et capable de discernement a l’exercice des droits civils».

A conferma di ciò, è sufficiente ricordare che l'art. 428 c.c. prevede l'annullabilità degli atti a contenuto patrimoniale posti in essere dal soggetto che per qualsiasi causa, anche transitoria, fosse incapace di intendere o di volere al momento in cui li ha compiuti. Questa norma mostra chiaramente come la capacità di agire sia subordinata alla ricorrenza, in concreto, della capacità di intendere o di volere⁽⁶¹⁾, la quale non è altro che l'aspetto rilevante, sul piano patrimoniale, della capacità di discernimento⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 148: «Substrato di fatto della capacità di agire è la naturale attitudine della persona ad intendere ed a volere».

⁽⁶²⁾ *Contra*, almeno in apparenza, P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, cit., p. 864, e ID., *Capacità di agire*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, p. 214: «Quando il soggetto sia legalmente capace di agire è irrilevante l'incapacità naturale. Questa rende invalido l'atto soltanto come elemento di una fattispecie complessa. Deve concorrere col grave pregiudizio dell'autore negli atti unilaterali (art. 428, 1° comma), col pregiudizio dell'autore e la malafede dell'altro contraente nei contratti (art. 428, capov.)». Le osservazioni dell'illustre Autore, pienamente condivisibili, si riferiscono in realtà alla irrilevanza della incapacità naturale *non dichiarata*. Ma tutte le volte in cui la incapacità naturale sia accertata dal giudice ai sensi dell'art. 428 c.c., la fattispecie complessa si è già realizzata, onde può dirsi a buon diritto che, *in questo caso*, la incapacità naturale *dichiarata* comporta necessariamente l'incapacità di agire, anche se quest'ultima non sia accertata giudizialmente, del soggetto maggiorenne. In altri termini, se il soggetto incapace di intendere e di volere fosse capace di agire, non avrebbe alcun senso (o sarebbe una contraddizione in termini) l'annullamento dell'atto da lui compiuto ad opera del giudice *ex art.* 428 c.c.

Secondo R. CATERINA, *Le persone fisiche*, cit., p. 35, «da capacità di discernimento di cui parla talvolta il legislatore è sicuramente nozione più ristretta della capacità di intendere e di volere (essendo semmai in parte assimilabile alla sola capacità di intendere); per cui il giudice dovrebbe ascoltare il minore *ove* ritenga che abbia sufficiente capacità di discernimento; potrà anche convincersi, tuttavia, che il minore in questione non abbia una piena capacità di intendere e di volere (per una sua generale immaturità o per le pressioni psicologiche a cui è sottoposto relativamente alle decisioni in discussione)». In realtà, la distinzione tra capacità di intendere (cioè di discernere) e capacità di volere, sebbene legittimata dall'uso della congiunzione disgiuntiva *o*, è difficilmente sostenibile nella prassi; infatti, se per capacità di discernimento deve intendersi, come si è detto, la attitudine del soggetto alla formulazione di un giudizio valutativo in ordine alle proprie situazioni esistenziali, ci pare che il minore contraente capace di discernere sia *di regola* anche capace di compiere scelte libere e consapevoli in ordine all'attività negoziale preordinata alla concreta attuazione – in misura più o meno marcata – delle decisioni di natura esistenziale. Ciò sicuramente si verifica avuto riguardo agli atti minuti della vita quotidiana ed in generale per gli atti di ordinaria ammi-

L'art. 428 c.c. dimostra che il soggetto maggiore di età, astrattamente capace di agire, può non esserlo in concreto: l'art. 2 c.c., dunque, pone soltanto una presunzione *iuris tantum* di capacità di agire in capo a chi abbia compiuto il diciottesimo anno di età. Si tratta di un'altra soglia di età stabilita dal legislatore, superabile dalla prova contraria raggiunta in sede di accertamento giudiziale della concreta capacità di discernimento.

La presunzione, infatti, è destinata a cadere, in tutto o in parte, tutte le volte in cui la incapacità di intendere e di volere sia accertata: *a)* con sentenza di interdizione; *b)* con sentenza di inabilitazione; *c)* con sentenza di annullamento dell'atto *ex art.* 428 c.c.; *d)* con decreto di nomina dell'amministratore di sostegno.

La capacità di agire, essendo una capacità derivata da quella di discernimento, è suscettibile, al pari di quest'ultima, di diverse *gradazioni*⁽⁶³⁾.

La effettiva capacità di agire deve rapportarsi, infatti, alla condizione personale del soggetto. E così, il giudice può stabilire che l'interdetto possa

nistrazione (v. *infra*, nel testo). In proposito, è necessario anche esaminare la questione della applicabilità dell'art. 428 c.c. ai contratti del minore. Orbene, ci sembra che sia del tutto condivisibile l'osservazione secondo cui per gli atti "minuti" sia difficile concretamente ravvisare il requisito del grave pregiudizio del suo autore richiesto dalla norma *de qua* (cfr. M. CINQUE, *Il minore contraente*, cit., pp. 138-139). Viceversa, quando per altri contratti (di ordinaria amministrazione) si riscontri tale requisito, non vi saranno ostacoli, concorrendo la malafede dell'altro contraente, all'annullamento di essi, previo accertamento della assenza della capacità di discernimento nel caso concreto *sub specie* di incapacità naturale. In altri termini, se chi intende non vuole, allora vorrà dire che la sua volontà è viziata (da errore, violenza o dolo); l'art. 428 c.c., quindi, non pone l'alternativa tra capacità di intendere oppure capacità di volere, ma usa i termini intendere e volere quali sinonimi.

⁽⁶³⁾ L'etimologia del termine *capacità* (*capax*, che contiene, e *capere*, contenere) rivela una stretta connessione di esso con l'idea di continenza e, quindi, di misurabilità e di graduabilità del contenuto, come testimoniato dalla relativa voce dell'opera cinquecentesca del famoso giureconsulto francese Barnabé Brisson (1531-1591), consigliere di Stato e presidente del parlamento durante il regno di Enrico III di Valois: cfr. BARNABAE BRESSONII, *Capax*, in *De verborum quae ad ius pertinent significatione libri 19. Per ordinem litterarum dispositi, indicem memorabilium omnium verborum quae in libris iuris civilis repperiuntur, infinitorumque prope locorum explicationem continentes. His accesserunt appendix praetermissarum quarundam vocum. Parergon liber singularis*, Lugduni, 1559, p. 95. Nello stesso senso, v. anche le voci *Capax* e *Capacitas* di Giovanni Calvino (Jehan Cauvin, 1509-1564): JOHANNIS KAHL, *Magnum Lexicon juridicum*, I, Coloniae Allobrogum, 1759, p. 233.

compiere da solo taluni atti di ordinaria amministrazione, oppure che l'invalidità possa compiere da solo taluni atti di straordinaria amministrazione (art. 427, 1° comma, c.c.); nel decreto di nomina dell'amministrazione di sostegno, il giudice indica gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno (art. 405, 5° comma, n. 4, c.c.); il minore emancipato può compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione (art. 394, 1° comma, c.c.), mentre, se autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, può compiere da solo gli atti di straordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa (art. 397, 3° comma, c.c.).

Orbene, se esiste una presunzione legale relativa di capacità di agire dei maggiori di età, viceversa non è ipotizzabile una presunzione assoluta di incapacità di agire del minore, almeno per quegli atti dispositivi che non rientrano nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione per i quali l'art. 320, 3° comma, c.c. richiede l'autorizzazione al giudice tutelare da parte dei genitori. Sarebbe, infatti, una contraddizione in termini consentire al minore di stipulare personalmente contratti che coinvolgono il suo patrimonio in maniera così incisiva che neppure i suoi rappresentanti legali (genitori) possono stipulare senza un'espressa autorizzazione giudiziale. Vi sono dei contratti, come, ad esempio, la vendita immobiliare, per i quali il sistema prevede un apposito controllo preventivo del giudice a tutela dell'interesse del minore e che necessitano dell'intervento del notaio quale garante del rispetto della norma di cui all'art. 320, 3° comma, c.c. Può dirsi, pertanto, che solo in relazione agli atti di ordinaria amministrazione è possibile che la capacità di discernimento del minore lo legittimi a contrarre: si tratta, secondo l'interpretazione della giurisprudenza, di quegli atti che: 1) siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione; 2) abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo; 3) comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto⁽⁶⁴⁾.

Sotto questo profilo, dalla lettura dell'art. 2 c.c. alla luce dell'art. 3 Cost.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Cass., 15 maggio 2003, n. 7546, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 615.

si evidenzia l'esigenza di garantire, in ossequio al principio di eguaglianza, che l'esclusione della capacità di agire del minore sia, al pari di quanto può avvenire per il maggiore di età, funzionale alla migliore tutela della sua personalità⁽⁶⁵⁾.

Queste indicazioni, del resto, sono confermate da un'interpretazione sistematica dell'art. 2 c.c. Ed infatti, l'atto dispositivo posto in essere dal minore è efficace fin quando non sia annullato *ex* art. 1425 c.c., mentre la dimostrazione di un elevato grado di discernimento del minore, testimoniato dai raggiri mediante i quali egli ha occultato la sua minore età, impedisce in ogni caso l'annullamento del contratto che ha stipulato (art. 1426 c.c.). Sotto questo aspetto, anzi, può dirsi che la presunzione legale relativa di discernimento del minore che abbia compiuto i dodici anni dovrebbe implicare anche la presunzione che egli goda dell'attitudine al compimento di quegli atti a contenuto patrimoniale, non classificabili tra quelli di straordinaria amministrazione, necessari – quanto meno – per garantire il pieno esercizio dei diritti di libertà e delle situazioni esistenziali di cui è titolare.

Tuttavia, la libera autodeterminazione del minore capace di discernimento nell'ambito dei diritti personali e di libertà incontra sempre il limite derivante non solo dalla necessità di tutelare gli altri suoi interessi fondamentali costituzionalmente garantiti, ma anche dalle esigenze educative connesse all'esercizio della responsabilità genitoriale. Lo spazio di autonomia del minore, quindi, è sempre frutto di un delicato bilanciamento di interessi di rango costituzionale, cui il giudice perviene soltanto in via sussidiaria ed eventuale. Infatti, la peculiare condizione giuridica del minore, quale persona fisica soggetta alla potestà genitoriale oppure a tutela, lungi dal costituire un ostacolo insormontabile alla sua capacità di diritto privato, invece il segno tangibile della speciale attenzione che l'ordinamento riserva alla cura dei suoi interessi preminenti per mezzo di coloro ai quali ne attribuisce la rappre-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 141: «Il principio d'eguaglianza non si esaurisce nella capacità giuridica o nell'attitudine ad essere titolari di una situazione giuridica. Esso – che in tanto ha valore in quanto trova effettiva attuazione – si riferisce anche alla capacità d'agire; sì che la diseguaglianza di quest'ultima dev'essere pur sempre giustificata per una migliore realizzazione della personalità».

sentanza. Quest'ultima, infatti, si contraddistingue per essere strettamente connessa alla più ampia funzione educativa del minore che il rappresentante è chiamato a svolgere, specialmente nell'ambito della comunità familiare, allo scopo di promuovere la realizzazione della personalità del minore ⁽⁶⁶⁾.

In questa prospettiva, l'eventuale impugnativa degli atti di disposizione patrimoniale compiuti dal minore, ad esempio ad opera del genitore dissenziente (v. art. 322 c.c.), è subordinata ad un procedimento giudiziale autorizzatorio, nel corso del quale deve essere vagliata attentamente, in relazione alla concreta capacità di discernimento del minore, da un lato, e alle necessità educative coinvolte dalle dinamiche familiari, dall'altro, la reale conformità dell'atto all'interesse preminente del minore ⁽⁶⁷⁾.

Il principio generale dell'ascolto del minore, infatti, è strumento di tutela tanto delle situazioni esistenziali quanto di quelle patrimoniali di cui egli è titolare. L'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c., postula l'audizione del minore da parte del giudice in *tutte* le procedure e le questioni che lo riguardano; la norma, pertanto, è riferibile anche ai giudizi civili riguardanti situazioni patrimoniali del minore.

Del resto, proprio la possibilità del figlio, entro cinque anni dal raggiungimento della maggiore età, di impugnare il contratto *ex* art. 1442, 2° comma, c.c., dimostra la necessità dell'audizione del minore, atteso che il genitore si sostituisce ad un'attività che costui potrebbe compiere (o decidere di non compiere) in futuro ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2012, pp. 294 ss., 312 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2007, pp. 202 ss., spec. p. 205, il quale osserva che, agendo i genitori nell'interesse del figlio minore e in virtù di un potere strettamente connesso all'esercizio della potestà, l'azione di annullamento da essi promossa è sottoposta al regime previsto dall'art. 320, 3° comma, c.c., in quanto atto di straordinaria amministrazione. Ne consegue che «la valutazione del giudice in sede di autorizzazione all'azione di annullamento potrebbe essere tale da rigettare la richiesta del genitore (o dei genitori) e, senza con ciò convalidare l'atto, sempre annullabile su istanza del figlio stesso una volta raggiunta la maggiore età, far sì che il negozio (in astratto annullabile) produca ugualmente i suoi effetti».

⁽⁶⁸⁾ In tal senso, v. F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, p. 102:

È allora opportuno chiedersi se, con riferimento ai c.d. atti di disposizione patrimoniale della vita quotidiana, o atti “minuti”, senz’altro facenti parte del *genus* degli atti di ordinaria amministrazione, possa concepirsi una presunzione legale relativa di capacità di agire del minore ⁽⁶⁹⁾, almeno di colui che abbia compiuto gli anni dodici, applicando analogicamente il capoverso dell’art. 409 c.c., secondo cui il beneficiario dell’amministrazione di sostegno può *in ogni caso* compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana ⁽⁷⁰⁾. La risposta può essere affermativa, a condizione che la nozione di atto della vita quotidiana sia rapportata al contesto familiare ed educativo nel quale il minore vive, analogamente, come si è visto, a quanto accade nell’esperienza giuridica francese e, soprattutto, inglese.

Rimane il fatto che, sul piano sistematico, dal necessario collegamento tra la capacità di discernimento e la capacità di agire, deriva una sostanziale unitarietà del concetto di capacità di diritto privato, intesa quale idoneità al compimento di atti sia a contenuto personale che patrimoniale.

La distinzione tra capacità di discernimento e capacità di agire è destinata pertanto a cadere innanzi alle concrete esigenze di tutela degli interessi della persona, che vanno sempre considerati unitariamente, nonostante le differenti caratteristiche di essi, fondate sulla diversità della loro natura.

«Poiché, concedendo l’autorizzazione al genitore si sostituisce un’attività del figlio che sarebbe in futuro rimessa alla sua libera scelta, sembra opportuno limitare tale sostituzione a un’attività che trova concorde la volontà del soggetto direttamente interessato. Potrebbero, comunque, legittimare la concessione dell’autorizzazione in contrasto con le intenzioni del minore ragioni di particolare urgenza».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, cit., p. 109, secondo cui il fondamento giuridico per questa attività dei minori è da rinvenire nell’art. 2 Cost. E già F. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, p. 50, prospettava la tesi di un acquisto anticipato della capacità di agire da parte del minore nel caso di atti negoziali “marginali”, cioè di modesto importo economico. *Contra*, anche con riferimento alla categoria degli atti di godimento, v. le osservazioni di A. FALZEA, *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 25: «Per queste categorie di atti non è esatto affermare che ai minori è riconosciuta capacità di agire: sono atti, invero, che possono validamente essere compiuti pure da interdetti e sulla validità dei quali non influisce neppure la incapacità naturale».

⁽⁷⁰⁾ Cfr. M. CINQUE, *Il minore contraente*, cit., p. 121 ss.

JUAN SEBASTIAN DE STEFANO (*)

LA [IN]OPERATIVIDAD DEL PIDESC
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TSJCABA:
A PROPÓSITO DEL DERECHO A LA VIVIENDA
EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

ABSTRACT: The problem of the direct or not applicability of the International Treaties of Human Rights in the national legal systems is really relevant in juridical debate since 1980s. Scholars analyse the question starting from two different approaches. They talk about monistic or dualistic approach. For the first, national legal system and international treaties are parts of the same legal framework. Thus Human Rights has not to be enforced on the national level. On the contrary for the dualistic approach national and international law constituted two separate legal systems. The Human Rights recognised by international treaties, could only be applied by national Courts if international treaties were incorporated into the national legal systems by legislative acts. The article aims to analyze the effectiveness of the international treaties on human rights in the national legal system, with specific attention on the jurisprudence of “Tribunal Superior de Justicia” of Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. El Derecho a la Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. — 3. El fallo “Alba Quintana”. — 4. Algunas observaciones al fallo “Alba Quintana”. — 5. Reflexiones finales.

1. — *Introducción.*

La cuestión de la operatividad de las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos ocupó un lugar central en el debate jurídico y la agenda judicial entre los últimos años de la década de 1980 y los primeros de la de 1990. El debate giraba en torno a la concepción dualista

(*) Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

o monista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los dualistas sostenían que el Derecho Nacional y el Internacional conformaban dos ordenamientos jurídicos separados, y que las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales sólo podían ser aplicadas por los jueces nacionales cuando el Derecho Internacional era incorporado mediante una ley al Derecho Nacional. Por el contrario, quienes se inclinaban por la posición monista afirmaban que el Derecho Nacional y el Internacional conforman un único ordenamiento jurídico, y que no puede desconocerse el Derecho Internacional con la simple invocación de una norma nacional que sea contraria a sus disposiciones o principios.

Dos fallos testigo de este debate han sido los fallos Ekmekdjian de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el primero de ellos “Ekmekdjian c. Neustadt”⁽¹⁾ del año 1988, la Corte se inclina por la posición dualista y rechaza la petición del actor de que se aplique el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos argumentando, justamente, que dicha normativa no era operativa puesto que no había sido internalizada al Derecho Nacional mediante una ley. En 1992 la Corte cambia su postura con el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich”⁽²⁾ en el que toma la posición monista y, siguiendo el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establece como doctrina que no puede invocarse una norma de Derecho Interno para desconocer otra de Derecho Internacional.

La doctrina de este último fallo fue criticada básicamente por dos motivos: El primero es que no se daba en el caso *sub examine* una contradicción entre un tratado internacional y una norma nacional sino que el problema era la falta de una norma nacional que incorporara al derecho interno al tratado internacional. Por lo tanto, la referencia al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados habría sido innecesaria⁽³⁾. La segunda crítica apuntaba a que al decir que no puede invocarse una norma de

(1) Fallos de la CSJN 311:2497.

(2) Fallos de la CSJN 315:1492.

(3) Conf. P. MANILI, *La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional*, en D. SABSAY, *Colección de análisis jurisprudencial Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 79.

Derecho Interno para desconocer otra de Derecho Internacional se podía interpretar que los tratados internacionales eran jerárquicamente superiores a la Constitución Nacional.

Ante la segunda crítica del fallo, en 1994 la Corte aclaró el panorama en el fallo “Café La Virginia”⁽⁴⁾ (especialmente con la doctrina que surge del voto del Juez Boggiano), estableciendo que por más que se incorpore un tratado internacional por medio de una ley nacional, la posterior sanción de una ley que contradiga a la que internalizó el tratado internacional no implica que se aplique el principio “ley posterior deroga ley anterior”. En otras palabras, la doctrina de “Ekmekdjian c. Sofovich” interpretada de conformidad con la de “Café La Virginia” nos dice que el Estado no puede desconocer un tratado internacional invocando una ley interna.

Finalmente, la discusión sobre la operatividad de las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos aparentó quedar cerrada en 1995 con el fallo “Giroldi”⁽⁵⁾, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció el alcance de la frase “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, interpretándola «como la convención [...] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación». En este mismo fallo, y a partir de la interpretación que la Corte hace del artículo 75 inciso 22, se establece el llamado control de convencionalidad que desde la reforma constitucional de 1994 aplica en toda la jurisprudencia relativa a la materia a fin de evitar la responsabilidad internacional del Estado por realizar acciones contrarias a lo que los tratados internacionales prescriben⁽⁶⁾.

Toda esta larga introducción la hago a fin de decir que la cuestión de la operatividad de las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos es un debate que parecía cerrado. Sin embargo, considero

⁽⁴⁾ Fallos de la CSJN 317:1282.

⁽⁵⁾ Fallos de la CSJN 318: 514.

⁽⁶⁾ D. SABSAY, *El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Pensar en Derecho. Año 1, núm. 0*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 266.

que el fallo “Alba Quintana”⁽⁷⁾, dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el 2010, reabrió esta discusión con respecto a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

El objetivo de este trabajo es exponer la postura jurisprudencial y los fundamentos que tuvo en miras el Tribunal Superior de Justicia para reabrir este debate, así como las observaciones que esta jurisprudencia recibe, en primera instancia por el voto disidente de la doctora Ruiz en el mismo fallo, en segunda instancia por la doctrina constitucionalista y finalmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Q. C., S. Y. c. GCBA s. Amparo”⁽⁸⁾. Pero, antes de comenzar con esto quiero exponer de manera breve la situación del Derecho a la Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires y la judicialización de este derecho, a fin de que pueda comprenderse mejor la dimensión de esta problemática; el régimen normativo que hoy la contempla; y las razones que motivaron la decisión del caso “Alba Quintana”.

2. — *El Derecho a la Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires.*

Un año antes de que el Tribunal Superior de Justicia dictara sentencia en el caso “Alba Quintana, Pablo c. GCBA s. Amparo”, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ponía de manifiesto en su Informe Anual que no existen datos oficiales respecto a la dimensión del déficit habitacional de la ciudad⁽⁹⁾, por lo que se hace necesario acudir a datos no oficiales para intentar comprender mejor la situación de esta problemática. En atención a la trayectoria y confiabilidad del CELS en materia de Derechos Humanos reproduciré aquí las cifras que se exponen en dicho Informe Anual con el objetivo de lograr esta comprensión.

«[C]onsiderando sólo los valores referidos a villas de emergencia, núcleos

⁽⁷⁾ LL 2010-D-19.

⁽⁸⁾ LL, 2012-C-220.

⁽⁹⁾ CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2009, p. 305.

habitacionales transitorios (NHT), asentamientos precarios o informales, inquilinatos, hoteles, pensiones, casas tomadas y conjuntos urbanos construidos, la situación deficitaria de estos espacios alcanza, en 2006, aproximadamente a unas 413.937 personas, es decir, un 13,7% del total de los habitantes de la CABA.

La condición socioeconómica de las poblaciones, su ubicación territorial y la afectación de la infancia a partir de esas condiciones son tres ejes que, de manera preliminar, permiten enmarcar la temática específica de las viviendas en la ciudad. En este sentido, en 2008 el 14,6% de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años y el 9,3% de los menores de 5 años se encontraban en situación de pobreza. La empobrecida zona sur no solamente concentraba una porción mayor de menores de 14 años que el total de la ciudad (17,5% del total, contra el 27,2% en la comuna 4 y 24,5% en la comuna 8), sino que en ellas, el 38,6% de los niños, niñas y adolescentes eran pobres»⁽¹⁰⁾.

Es de destacar que esas cifras no contemplan la situación más visible de la vida en la calle, o sea, la cantidad de personas que vemos dormir en las veredas o bajo los puentes de la ciudad; por lo que, aún siendo cifras impresionantes, son más bajas que la situación real de esta problemática.

El Derecho a la Vivienda está contemplado en la Ciudad de Buenos Aires tanto por tratados internacionales de derechos humanos como por normativa local.

En cuanto a la normativa internacional podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente la Observación General n° 4 (OG4) referida al contenido y alcance del Derecho a la Vivienda.

El artículo 11 del PIDESC prevé: «Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua en las condiciones de existencia». La OG4, por su parte,

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 306.

establece que «el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte»; el concepto de vivienda adecuada (o digna) se refiere a «disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable».

En cuanto a la normativa local la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone en su artículo 31 que: «La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones».

El mandato impuesto por este artículo fue ejecutado a través de la Ley 341 de la Ciudad de Buenos Aires (modificada por la Ley 964) cuyo objetivo es implementar a través del Instituto de Vivienda de la Ciudad (IVC) un plan de créditos hipotecarios para familias pobres en situación habitacional crítica. Sin embargo, como este plan no logró grandes resultados que ayudaran a disminuir el déficit habitacional, el Gobierno de la Ciudad implementó una serie de políticas públicas para intentar paliar esta situación crítica. Así es que se crea el Programa de Apoyo a Familias en Situación de Calle con el Decreto 690/2006, modificado por el Decreto 960/2008; y otro plan destinado a adultos mayores de sesenta años en situación de calle conocido como el plan Vivir en Casas, reglamentado por el Decreto 211/2007.

Los decretos 690/2006 y 960/2008 establecen un subsidio de emergencia de hasta un monto determinado que se reparte en seis cuotas iguales para que la persona en situación de calle pueda acceder a alguna forma de vivienda. Pero este subsidio no se renueva una vez agotado. El Decreto 211/2007 destinado a adultos mayores de sesenta años consiste en un subsidio con monto fijo mensual, renovable cada dos años, destinado a subsanar una situación de calle.

Vale la pena mencionar que pocos meses después de que el Tribunal Superior de Justicia dictara sentencia en el caso “Alba Quintana” se sancionó la Ley 3.706 de la Ciudad sobre Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo a la Situación de Calle, en cuyo artículo 4 inciso C obliga al Estado Local a «[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado».

Además de la reglamentación, la dimensión de un derecho implica también la posibilidad de exigirlo judicialmente. En cuanto al Derecho a la Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, el acceso a la justicia fue siempre un agravamiento del problema más que una solución. Actualmente la Ciudad padece un grave problema de jurisdicción en razón del territorio producto de la falta de traspaso de competencias por parte del Estado Nacional al Estado Local. Así es que conviven en la Ciudad de Buenos Aires un fuero nacional (civil; comercial; del trabajo; criminal y correccional) con un fuero local (contencioso administrativo y tributario; penal, correccional y de faltas). Esta problemática jurisdiccional-territorial afecta en gran medida al déficit habitacional cada vez que los jueces nacionales ordenan desalojos en los que los demandados – muchas veces imposibilitados de pagar un abogado particular – no son atendidos por la Defensoría General de la Nación y, por lo tanto, ven restringido su acceso a la justicia. En su Informe Anual 2008 el CELS menciona que de la totalidad de los casos de desalojos forzados en la Ciudad de Buenos Aires, ordenados por la Justicia Nacional Civil, sólo en uno el demandado no fue patrocinado por un abogado particular; y ni siquiera en ese caso actuó la Defensoría General de la Nación sino que la

defensa fue ejercida por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal⁽¹¹⁾. También se denuncia en dicho informe la actitud de los funcionarios del Fuero Nacional Civil que ordenan lanzamientos sin hacer un correcto análisis de los derechos humanos en juego⁽¹²⁾. Cuestión que también podemos trasladar al Fuero Criminal y Correccional en los casos de desalojos forzosos por el delito de usurpación.

La falta de intervención activa por parte de los órganos jurisdiccionales se intenta fundamentar en la división de los derechos en negativos y positivos que se realiza, principalmente, en la doctrina estadounidense. Esta división se basa en que «[l]os derechos negativos destierran y excluyen al gobierno; los positivos lo exigen e invitan. Para los primeros, los funcionarios públicos son una molestia, mientras que los segundos requieren su intervención activa. Lo característico de los derechos negativos es que protegen la libertad, mientras que los positivos impulsan la igualdad»⁽¹³⁾. «[E]l argumento principal de quienes rechazan la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es que existe una diferencia de naturaleza entre estos derechos y los civiles y políticos. A estos últimos, sostienen, les corresponden obligaciones negativas para el Estado, es decir, obligaciones de no hacer [...]. Por el contrario, los derechos económicos sociales y culturales se tornan efectivos por el cumplimiento de obligaciones positivas, la mayoría de las cuales debe solventarse con fondos públicos»⁽¹⁴⁾.

Stephen Holmes y Cass Sunstein han demostrado que esta es una división falaz, para hacerlo se valen de un contraejemplo. Estos autores toman un típico caso de un derecho negativo como es el Derecho de Propiedad de una persona, el cual es turbado por otra. Si el propietario quiere recuperar su propiedad debe ejercer su derecho; y sólo puede hacer esto a través de los meca-

⁽¹¹⁾ CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008, p. 353.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 346.

⁽¹³⁾ S. HOLMES y C. SUNSTEIN (traducido por Stella Mastrangelo), *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 60.

⁽¹⁴⁾ CELS, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008, p. 31.

nismos institucionales, es decir, reclamándole al Estado que tutele activamente su propiedad brindándole seguridad tanto preventiva para que su derecho no sea vulnerado, como judicial-posterior en caso de que la prevención no haya alcanzado para protegerlo. A partir de este razonamiento, nuestros autores ponen de manifiesto que todos los derechos son positivos, porque si el Estado no intervendría activamente para garantizarlos no habría derechos⁽¹⁵⁾.

Resulta manifiesta, entonces, la responsabilidad de la Defensoría General de la Nación y de la Justicia Nacional en cuanto al agravamiento del déficit habitacional de la Ciudad de Buenos Aires. Muy distinta resultó la respuesta que la Defensoría General y el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad dieron a esta problemática. A partir del caso “Vecinos de la Villa Dulce” en el que hubo una participación activa tanto de la Defensoría General y del Poder Judicial de la Ciudad como de diversas ONGs de Derechos Humanos «se inició una nueva etapa: la exigibilidad judicial del reclamo por el derecho a una vivienda adecuada»⁽¹⁶⁾.

Ante la grata respuesta que brindó la Defensoría General y el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, la avalancha de acciones judiciales no se hizo esperar. En los últimos cinco años la justicia local se sobrecargó de amparos de vivienda y como la mayoría de los jueces del Fuero hacía lugar a las acciones el Gobierno de la Ciudad ingresó en una situación presupuestaria crítica.

En este mapa de situación es que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad dicta el fallo “Alba Quintana” que a continuación comentaremos.

3. — *El fallo “Alba Quintana”.*

Pablo Alba Quintana había sido beneficiario del subsidio establecido por el Decreto 690/2006 y lo había agotado; al ser denegada la extensión del subsidio por parte de la Administración, promovió una acción de amparo

⁽¹⁵⁾ S. HOLMES y C. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 69.

⁽¹⁶⁾ CELS, *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2008*, cit., p. 356.

contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se lo [re]incorporara al programa habitacional entonces vigente.

El juez de primera instancia dictó primeramente una medida cautelar a fin de que el actor siguiera gozando del subsidio, y finalmente hizo lugar a la acción de amparo, declaró la inconstitucionalidad de la determinación de plazos de vigencia de los programas de asistencia habitacional, sea cual fuere su denominación, en tanto su vigencia debía supeditarse estrictamente a la continuidad o no de las causas que fundaron la inclusión de los beneficiarios en los programas y ordenó al Gobierno de la Ciudad que garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna del accionante hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia.

El fallo fue apelado por la vencida, pero antes de que la Sala II resolviera entró en vigencia el Decreto 960/2008 por lo que decidió que no le correspondía ya pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del Decreto 690/2006 por la modificación que le fue introducida. Sin perjuicio de ello, resolvió:

1. Rechazar el recurso deducido por la demandada. Sin costas.
2. Ordenar a la demandada la provisión de un subsidio que le permita al actor abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado.

Contra dicha resolución el Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad, agraviándose en función de:

1. La afectación del debido proceso y de la defensa en juicio.
2. La vulneración del principio de división de poderes.
3. La lesión del derecho de propiedad.
4. Gravedad institucional.
5. Incongruencia.
6. *Reformatio in peius*.
7. La afectación del principio de legalidad.
8. La arbitrariedad de la sentencia.
9. La errónea interpretación de las normas constitucionales implicadas.

La Cámara concedió el recurso excepto respecto de los agravios de arbitrariedad y gravedad institucional.

El Tribunal Superior de Justicia, finalmente, hizo lugar al recurso, revocó la sentencia apelada y decidió reenviar la causa a la Sala II para que dicte un nuevo pronunciamiento que respete el alcance del Derecho a la Vivienda que el Tribunal Superior determinó en el fallo. Éste surge, en principio, del voto de los doctores Conde y Lozano; con el que el doctor Casás coincide en diversos pasajes de su voto.

El Tribunal Superior de Justicia establece que el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad le impone al Estado Local:

1. Atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado.

2. Esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo.

3. No brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado.

4. Sino que éste debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado.

5. La inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios.

6. Los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales.

7. Deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la Constitución de la ciudad de Buenos Aires y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.

8. El Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

Con respecto al alcance de los subsidios habitacionales establece que: «Los subsidios para vivienda no constituyen la política a que hace referencia el art. 31 de la CCABA, según ya ha sido explicado. Sin embargo, forman parte de ella, disponiendo medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran, objetivamente, en desventaja para procurarse por sí un lugar donde vivir.

En ese marco, el derecho que generan a posibles beneficiarios, es un de-

recho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable (art. 31 CCBA y PIDESC)»⁽¹⁷⁾.

También afirma que la obligación del Estado debe ser entendida a partir de la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OG3) según la cual los recursos estatales son por principio limitados y el Estado no está obligado más allá de lo que sus recursos le permiten. Dice el Tribunal Superior de Justicia que es competencia del Poder Legislativo en primer término, y del Ejecutivo con carácter excepcional, determinar la asignación de los recursos, y que los jueces no pueden inmiscuirse en esa tarea porque de lo contrario violarían la división de poderes y atentarían contra la democracia⁽¹⁸⁾. Lo único en lo que el Poder Judicial puede intervenir es en la evaluación de la asignación de prioridades⁽¹⁹⁾; y de hecho es lo único que va a evaluar al momento de establecer que no corresponde otorgar el subsidio al actor.

En este sentido el fallo también pone de resalto que el Estado Local ha cumplido con las obligaciones impuestas por el PIDESC ya que, aunque hay una carencia por parte del Poder Legislativo, que el Poder Judicial no puede suplir, el Poder Ejecutivo ha llevado a cabo distintas políticas públicas – en la medida de lo que sus recursos le permiten – pudiendo ofrecer un estándar mínimo de “abrigo” a cualquier persona que se encuentre en situación de calle con la creación de “paradores”; y ha creado planes de subsidios para solucionar los problemas de vivienda de los grupos más desaventajados dentro del total de habitantes que se encuentran en situación de calle.

Podemos concluir que la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el fallo “Alba Quintana” es que: «El bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obte-

⁽¹⁷⁾ Punto 6 del voto de los doctores Conde y Lozano; punto 5 del voto del doctor Casás.

⁽¹⁸⁾ Punto 7 del voto de los doctores Conde y Lozano.

⁽¹⁹⁾ Punto 8 del voto de los doctores Conde y Lozano.

ner una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar ‘abrigo’ como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC)»⁽²⁰⁾.

Aplicando esta doctrina a la situación particular del actor, se determina que no pertenece a un grupo especialmente vulnerable y que no puede otorgársele un beneficio mayor a costa de que éste no se le otorgue a quienes están en peor situación⁽²¹⁾. De esta forma el Tribunal aplica la teoría rawlsiana de la igualdad, estableciendo que «las desigualdades sociales y económicas deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad»⁽²²⁾.

4. — *Algunas observaciones al fallo “Alba Quintana”.*

Si bien lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia no parece, en principio, irrazonable; la doctora Alicia Ruiz en su disidencia y la doctrina constitucionalista han resaltado algunos problemas argumentativos del fallo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, realiza algunas observaciones a la doctrina de “Alba Quintana”; pero, lejos de tomar una postura crítica, la avala.

El argumento central del voto mayoritario en el fallo gira en torno a la di-

⁽²⁰⁾ Punto 15 del voto de los doctores Conde y Lozano.

⁽²¹⁾ Punto 16 del voto de los doctores Conde y Lozano.

⁽²²⁾ J. RAWLS (traducción de Francisco de Andrés), *La justicia como equidad*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 93.

visión de poderes, la falta de un acto legislativo que efectivice el Derecho a la Vivienda y la imposibilidad de los jueces de subrogarse en esa competencia obligando al Poder Ejecutivo a administrar irrazonablemente los recursos. En este orden de ideas, la doctora Ruiz recuerda la Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OG9) que establece la aplicabilidad directa del PIDESC por los jueces nacionales aún a falta de un acto legislativo local. Por eso la doctora Ruiz expresa: «El sistema internacional de derechos humanos fue creado en protección de las personas, lo que presupone que los derechos que se reconocen son exigibles jurisdiccionalmente y no dependen de la discrecionalidad de la administración o el legislador»⁽²³⁾.

Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, por su parte, afirman que la forma en la que el Tribunal entiende la división de poderes es anacrónica⁽²⁴⁾; que nada tiene que ver con la concepción de la división de poderes en la Argentina sino, más bien, con el pensamiento antifederalista estadounidense⁽²⁵⁾. «La noción de división de poderes está tradicionalmente ligada a la idea de ‘frenos y contrapesos’. En este sentido, se niega que implique una separación estricta, esto es, un sistema en el que cada poder tiene funciones específicas que resolver, sin que ninguno de ellos pueda interferir en las funciones de los demás. Por el contrario, el núcleo de la idea de frenos y contrapesos es que cada una de las ramas de gobierno puede, y debe, contrarrestar los posibles excesos de las demás. En este orden de ideas, parece asistirle razón a la juez Ruiz cuando señala que ‘el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo de sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión del juez’. En definitiva, el solo hecho de que, en nuestro esquema constitucional, la disposición de recursos sea, en principio, una facultad de los órganos políticos,

⁽²³⁾ Punto 6.A del voto de la doctora Ruiz.

⁽²⁴⁾ R. GARGARELLA y G. MAURINO, *Vivir en la calle: El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC*, en *Lecciones y Ensayos. Núm. 89*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 334.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, p. 333.

no implica *per se* que el juez deba abstenerse de controlar que el ejercicio de dicha facultad sea conforme al orden constitucional»⁽²⁶⁾.

La última de las observaciones realizadas a la doctrina de “Alba Quintana” es la que surge del fallo “Q. C., S. Y. c. GCBA s. Amparo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para decidir en esa causa, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad se basó en lo decidido en “Alba Quintana” sin tomar en cuenta que los actores se encontraban en una situación de hecho sustancialmente diferente, y de mayor vulnerabilidad, a la del actor en el fallo invocado como argumento. No nos interesa desarrollar aquí los hechos particulares del caso, sino simplemente exponer algunas observaciones de la Corte que complementan la doctrina del Tribunal Superior de Justicia.

En el considerando 11 del fallo, la Corte dice que la operatividad de los DESC «significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. (...) [T]odo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial».

Del considerando mencionado surge claramente que la Corte no discre-

⁽²⁶⁾ E. MONTI, *Democracia deliberativa y derechos sociales: ¿Qué deben hacer los jueces?*, en *Lecciones y Ensayos. Núm. 89*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, p. 372.

pa con la doctrina del caso “Alba Quintana”, aunque en el siguiente considerando la Corte introduce el test de razonabilidad, dejando claro que lo expresado en el considerando anterior – el cual es conteste con la doctrina del Tribunal Superior de Justicia – no implica que el Poder Legislativo y el Ejecutivo tengan facultades discrecionales absolutas; sino que «los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces».

5. — *Reflexiones finales.*

La doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Ciudad en el fallo “Alba Quintana” con las observaciones que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Q. C., S. Y.” reabre la discusión de la operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que parecía cerrada después de los fallos “Ekmekdjian c. Sofovich”, “Café La Virginia” y “Girolodi”.

Ante este plano de situación podemos decir que sólo son operativas las normas referidas a derechos civiles y políticos (Derechos Negativos) y no así las referidas a derechos económicos, sociales y culturales (Derechos Positivos). Sin perjuicio de esto, el Poder Legislativo y el Ejecutivo no tienen una discrecionalidad absoluta en cuanto a la reglamentación de estos derechos, y están sometidos al test de razonabilidad que lleva a cabo el Poder Judicial.

Esta doctrina es muy importante, pero no tanto para revisar el comportamiento que han tenido los jueces del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, sino más bien el de los funcionarios de otros fueros como el Nacional Civil o el Criminal y Correccional, que, como vimos anteriormente, son en gran medida responsables del déficit habitacional que hoy existe en la Ciudad de Buenos Aires. Cabe preguntarnos ¿por qué la Justicia Nacional

no interpreta las normas del Código Civil o las del Código Penal referidas al derecho de propiedad, la usurpación y a los desalojos de conformidad con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

De conformidad a la doctrina de la Corte en el caso “Q. C., S. Y.” los magistrados no pueden escudarse de forma absoluta en la división de derechos en negativos y positivos, ni en la falta de operatividad de estos últimos, para sólo tutelar los primeros. Sino que deben hacer un examen de la razonabilidad de la normativa aplicable al caso donde se encuentran en juego derechos humanos positivos, a fin de garantizarlos en la mayor medida posible, siempre que ello no implique inmiscuirse en las facultades presupuestarios propias del Poder Legislativo y Ejecutivo; por lo tanto, este test de razonabilidad es perfectamente aplicable a los casos de desalojos que se discuten tanto en la justicia civil como en la penal.

BIBLIOGRAFÍA

- CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2008*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008.
- CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2009.
- CELS, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2008.
- GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, *Vivir en la calle: El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC*, en *Lecciones y Ensayos. Núm. 89*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass (traducido por Stella Mastrangelo), *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

- MONTI, Ezequiel, *Democracia deliberativa y derechos sociales: ¿Qué deben hacer los jueces?*, en *Lecciones y Ensayos. Núm. 89*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.
- RAWLS, John (traducción de Francisco de Andrs), *La justicia como equidad*, Paidós, Buenos Aires, 2004.
- SABSAY, Daniel, *Colección de análisis jurisprudencial Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- SABSAY, Daniel, *El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *Pensar en Derecho. Año 1, núm. 0*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.

VÍCTOR MARTÍN ORDUÑA MUÑOZ (*)

ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA COMO DERECHO HUMANO

ABSTRACT: State could be define as a democratic organisation if is able to ensure full, proper and effective access to justice to its citizens. Out full and effectiveness access to the justice the State failing in its duties, already not only national, but at the international level. The access to the justice is a human right. Thus the strict adherence to the Constitution and international treaties means state constraints not avoid the no access, but on the contrary, taking an active role to improve in day by day best practices on reality by human rights above mentioned. Thus the goals of the article is to check whether or not the Mexican legal system realise a full and effectiveness access to the justice has a concrete application in the light of Constitution and the international treaties, main on administrative and fiscal justice.

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Los derechos humanos. — 3. El acceso a la justicia. — 4. La tecnología en el acceso a la justicia. — 5. Los medios electrónicos. — 6. Derecho comparado. — 7. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y su incursión en el uso de las nuevas tecnologías para la impartición de justicia fiscal y administrativa. — 8. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa: el Sistema de Justicia en Línea. — 9. El Sistema de Justicia en Línea como herramienta de apoyo en el derecho humano de acceso a la justicia. — 10. Consideraciones finales.

1. — *Introducción.*

En la actualidad, todo Estado que se considere moderno y democrático debe contar con un sistema de impartición de justicia eficaz para su población, en el cual se respeten, cumplan y garanticen de manera real y efectiva los derechos de las personas, buscando siempre los más altos estándares de

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

protección, es decir, debe tomarse en consideración, en todo momento, el principio *pro persona*, que implica velar por la aplicación o la interpretación de la norma más amplia o extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y viceversa, se debe acudir a la norma o interpretación más restringida en caso de establecer restricciones al ejercicio de un derecho.

Efectivamente, es el Estado quien tiene la obligación de propiciar las condiciones necesarias para que las personas ejerzan sus derechos de forma efectiva, siendo aquí donde entra en juego el sistema de impartición de justicia y los medios de protección o defensa que se le brindan al gobernado para poder hacer frente a las violaciones a sus derechos, específicamente a los llamados derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos y garantizar la reparación de los daños producidos⁽¹⁾.

En este contexto y en relación a la impartición de justicia, ubicamos el acceso a la justicia no solo como una obligación del Estado hacia sus gobernados, sino que dada su relevancia, se considera un derecho humano, pues es a través del ejercicio de éste que las personas pueden acudir a las instancias creadas para ello, a recibir justicia y verificar que se cumplan y respeten sus derechos que consideran vulnerados, y en su caso, se repare el daño causado.

En consecuencia, el Estado como deber fundamental del mismo debe garantizar el cumplimiento de tan importante derecho, ya sea implementando mecanismos o utilizando herramientas que le permitan facilitar y favorecer, no solo el acceso a la justicia, sino un acceso efectivo a la misma en aras de asegurar a todas las personas la tutela efectiva de sus derechos a través de una vía expedita e idónea de protección judicial.

En ese contexto, es importante señalar que, aunque tardíamente se empieza a hacer uso de la tecnología para acercar la justicia a los ciudadanos como parte de dicho avance que se ha implementado alrededor del mundo, se ha implementado herramientas que permiten agilizar y facilitar la impartición de justicia y el cumplimiento de las obligaciones tributarias de las personas.

⁽¹⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, núm. 4 (1988), párrafos 166-167.

Es por lo expresado hasta el momento que toma relevancia el hecho de analizar algunos de los mecanismos o herramientas electrónicas que los Estados utilizan en la actualidad para lograr un mayor acceso a la justicia de sus gobernados. Por tanto, haremos una breve referencia al derecho comparado sobre el uso de tecnologías en las actividades del Estado, como lo es la administración de justicia, para después abordar en específico el caso mexicano, el cual tiene un tema relevante y de actualidad, como lo es la implementación de la novedosa plataforma tecnológica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que permite tramitar por internet el juicio contencioso administrativo en todas sus etapas, llamada “Sistema de Justicia en Línea” y cómo su implementación puede ayudar a cumplir con la obligación del Estado mexicano para brindar un mayor y fácil acceso a la justicia a los gobernados, al ser un mecanismo disponible las 24 horas del día, los 365 días del año, lo que me permitirá reducir tiempos y costos en la substanciación del juicio.

2. — *Los derechos humanos.*

Ahora bien, conviene como punto de partida referirnos a la corriente de pensamiento del “neoconstitucionalismo”, también conocido como “constitucionalismo moderno”, pues es aquí donde cobra especial importancia el papel rector y protector de la Constitución de los derechos fundamentales, limitando el poder del Estado, enfatizando la importancia de los medios constitucionales de la defensa de dicho derechos y reconociendo que el ordenamiento jurídico debe estar cimentado en un mínimo de valores, los cuales quedan plasmados en la misma; cobrando la labor del juez especial relevancia, pues ya las leyes no son consideradas como la totalidad del derecho sino como una parte del mismo, contribuyendo aquellos a la formación del ordenamiento jurídico, realizando un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales y de tratados internacionales.

Desde luego, la noción de dignidad humana y los derechos fundamentales se convierten en premisas del Estado constitucional de derecho, de

manera que ni siquiera las mayorías representadas en asambleas legislativas pueden ir en contra de esas premisas, es decir, tales derechos salen de la esfera de lo “decidible”, pues se establecen en la Constitución como límites.

Una vez establecido lo anterior, corresponde ahora aproximarnos al concepto de “derechos fundamentales”, lo cual no es algo sencillo, ya que es una de las nociones más controvertidas en la actualidad, la cual ha sido objeto de multiplicidad de definiciones surgidas desde diferentes perspectivas.

Es importante mencionar que no hay una terminología unánime para identificar a los derechos fundamentales, pues son llamados derechos humanos, derechos fundamentales, garantías constitucionales, derechos del hombre.

La terminología de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tampoco es uniforme, pues emplea indistintamente expresiones como derechos fundamentales o humanos, aunque ha predominado el término garantías individuales.

Al respecto, el reconocido constitucionalista, Miguel Carbonell, establece la diferencia entre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales⁽²⁾. Así, señala que los derechos fundamentales son aquellos previstos en el texto constitucional y en tratados internacionales, mientras que los derechos humanos constituyen una categoría más amplia. En este sentido, considera que el término garantías individuales está mal empleado si lo que se pretende es hacer referencia a los derechos del individuo, ya que dichas garantías no son los derechos en sí, sino las protecciones constitucionales que tienen el fin de garantizarlos.

En este sentido y para mayor claridad de lo que debemos entender por derechos humanos, que será la expresión que se utilizará en el presente ensayo, conviene remitirnos a la doctrina, que señala que los derechos humanos son «los privilegios fundamentales que el ser humano posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados por ésta»⁽³⁾. En otras palabras, son el conjunto

⁽²⁾ M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM.

⁽³⁾ A. TROVEL Y SIERRA, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 11.

de derechos primarios que tiene toda persona simplemente por tener tal carácter, y que son aceptados universalmente, como es el caso del derecho a la vida, a la salud, a la libertad personal, a la educación y al acceso a la justicia.

Tales derechos humanos revisten ciertas *características*, entre otras, que pertenecen a todos los seres humanos sin distinción alguna (universales), protegiéndolos desde su concepción hasta su muerte (permanentes), no se pierden por el transcurso del tiempo (imprescriptibles) ni están sujetos a ninguna condición (incondicionales), así como tampoco pueden ser cedidos (intransferibles) o perderse o transferirse por propia voluntad (inalienables), consideran las necesidades tanto del individuo como de la sociedad (progresivos), además de ser indivisibles o interdependientes, es decir, se encuentran ligados, pues si se vulnera uno en automático se vulnera otro; y finalmente, son internacionales, ya que son reconocidos por la comunidad internacional mediante la firma de tratados, convenios, protocolos o pactos.

En la actualidad, las normas jurídicas pueden distinguirse entre *reglas* y *principios*. Las primeras son un tipo de normas a las que “se obedece”, pues nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ciertas situaciones específicas ⁽⁴⁾; mientras que los segundos son normas «que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» ⁽⁵⁾, lo que significa que los principios pueden ser cumplidos en diferente grado a diferencia de las reglas. En este orden de ideas, las normas de derechos humanos contemplan un sistema mixto, pueden contener principios o reglas, sin embargo la mayoría de ellas contienen principios; lo que resulta curioso pues antes los principios eran considerados una fuente del derecho a la que se recurría como última opción y ahora han cobrado gran relevancia.

Hoy en día se reconoce que las normas de derecho fundamental son preponderantemente *principios*, lo que trae importantes consecuencias, sobre todo al momento de su aplicación.

⁽⁴⁾ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, trad. Marina Gascón, 5ª ed., Trotta, 2003, p. 24.

⁽⁵⁾ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3ª. reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 432.

Asimismo, el constitucionalista Miguel Carbonell⁽⁶⁾, señala que en México se consideran como fuentes de los derechos fundamentales o humanos: *i)* la Constitución, *ii)* la reforma constitucional, *iii)* los tratados sobre derechos humanos, y *iv)* la jurisprudencia.

En relación a la Constitución, como fuente de los derechos fundamentales, si bien, teóricamente se suele distinguir entre la parte orgánica y la parte dogmática, la verdad es que es posible encontrar derechos fundamentales en diversas partes del texto constitucional, y no sólo en los primeros 29 artículos, por lo que el listado de derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna no es un universo cerrado, es decir, no es limitativo ni estático, sino que puede y debe irse ampliando mediante adiciones, a través del procedimiento correspondiente, que es la reforma constitucional.

Al respecto, vale la pena recordar que el pasado 8 de abril de 2010, el Senado de la República aprobó una importante reforma constitucional en la materia, cuyo texto deja atrás la expresión garantías individuales, que se substituye por el término derechos humanos, lo cual invariablemente amplía la protección a los principios inherentes a los mismos.

En efecto, la reforma del artículo 1º Constitucional, a través del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política Federal de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, confiere a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con la facultad para ejercer el control difuso de constitucionalidad o de convencionalidad.

Derivado de la reforma referida, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció las obligaciones del Poder Judicial⁽⁷⁾, señalando que para proceder a la inaplicación de una norma inferior, se debe realizar un contraste previo,

⁽⁶⁾ M. CARBONELL, *op. cit.*, nota 2, p. 52 ss.

⁽⁷⁾ Considerando Sexto, párrafo 22, inciso A) de la Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

mediante una interpretación conforme *en sentido amplio*, interpretando 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; asimismo, la interpretación conforme *en sentido estricto*, cuando haya varias interpretaciones jurídicamente válidas, prevalecerá aquélla que haga 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; cuando las alternativas anteriores no sean posibles proceder a inaplicar la ley⁽⁸⁾.

Por su parte, los tratados internacionales son acuerdos entre Estados, de los que derivan normas jurídicas y de acuerdo con el artículo 133 de nuestra Carta Magna, los tratados celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, son Ley Suprema de toda la Unión, de ahí que, cuando se cumplen esos requisitos, los tratados se conviertan en derecho interno, y puedan ser aplicados por nuestro país. Incluso existen pronunciamientos judiciales que ubican esos tratados exactamente al mismo nivel que la Constitución, por implicar una ampliación de los derechos ahí protegidos⁽⁹⁾.

Se considera que constituyen una fuente de derechos fundamentales de enorme trascendencia práctica, pues además de ser un motor primordial del desarrollo mundial de tales derechos en tiempos recientes, las convenciones y tratados internacionales contemplan derechos que no están previstos en la Constitución o proporcionan perspectivas complementarias a nuestro texto constitucional.

Si bien es cierto que mediante dichos instrumentos internacionales se pueden introducir a nuestro sistema jurídico derechos fundamentales no previstos en la Constitución, estos derechos tienen, al menos conforme al status quo judicial, la desventaja de no contar con las mismas garantías se-

⁽⁸⁾ Considerando Séptimo, párrafos 32 y 33 incisos A), B) y C).

⁽⁹⁾ Cfr. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, “Tratados internacionales. cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución”, Semanario judicial de la federación y su gaceta, 9ª Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

cundarias que los derechos de rango constitucional, en tanto la violación de un tratado internacional sólo puede reclamarse en vía amparo como contravención al principio de legalidad (aa. 14 y 16 constitucionales) pero no como una violación directa a la Constitución, y por lo tanto, no se podría impugnar la inconstitucionalidad de una ley por contravenir un derecho fundamental previsto en un tratado internacional. Por esto, la inobservancia en México de algunos derechos fundamentales no es, para el grueso de nuestras autoridades, una cuestión de constitucionalidad en sentido estricto, sino de legalidad.

Por lo que toca a la jurisprudencia, constituye una verdadera fuente del derecho, consistente en la interpretación que realiza la autoridad judicial respecto de uno o varios puntos de una norma, que surge en un cierto número de casos semejantes y cuyas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos.

Explicadas ya las bases necesarias para la comprensión de los derechos humanos en general, corresponde ahora referirnos a un derecho humano en específico de vital importancia, que es el acceso a la justicia.

3. — *El acceso a la justicia.*

Desde la antigüedad, se hablaba ya del concepto de justicia y de su relevancia en la sociedad. Recordando a grandes filósofos como Aristóteles que veía la justicia como igualdad proporcional: «*Dar a cada uno lo que es suyo, o lo que le corresponde*», pasando por Ulpiano, el cual decía «*la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho*», hasta John Rawls, que la define como equidad, que significa que la justicia es fruto y resultado de una elección efectuada por individuos en condiciones de equidad; en resumen, desde el punto de vista filosófico, la justicia es la exigencia de darle a cada quien lo que le corresponde; por eso representa un valor primordial para desarrollar cualquier norma.

La justicia es un derecho fundamental que, junto con la libertad y la paz, «*tienen por base el reconocimiento de la dignidad, intrínseca y de los dere-*

chos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»⁽¹⁰⁾.

El acceso a la justicia no se ha entendido siempre de la misma manera, pues a lo largo del tiempo ha sufrido diversas transformaciones, al ser considerada antes como solo una posibilidad de defensa de los derechos individuales, mientras que hoy en día, se considera como el deber del Estado de proporcionar un sistema de justicia protector no solo de los derechos individuales, sino también de los colectivos.

Por tanto, dentro de un sistema legal podemos entender el acceso a la justicia como un derecho humano primario, pues representa la posibilidad de toda persona, sin distinción alguna, es decir, sin importar su raza, sexo, religión, condición económica o social, de salud, etc., de acudir al sistema de justicia establecido por el Estado para la resolución de conflictos y restitución de los derechos protegidos de los cuales es titular. En otras palabras, este principio significa la posibilidad, ante una controversia o violación a un derecho, de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución.

Conviene ahora citar el marco normativo tanto nacional como internacional que da sustento al derecho humano de acceso a la justicia.

En principio, los derechos humanos se pueden clasificar en: derechos y libertades fundamentales, derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de los pueblos. Dentro de los derechos civiles y políticos ubicamos el acceso a la justicia, así tenemos que los artículos 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽¹¹⁾, hacen referencia a las garantías de acceso a la justicia y en esencia, señalan que toda persona tiene derecho a contar con recursos efectivos ante los Tribunales

⁽¹⁰⁾ Párrafo primero del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

⁽¹¹⁾ «Artículo 8º. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

«Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales, así como también tiene el derecho en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8° establece las garantías judiciales, que en su primer párrafo corrobora lo señalado por el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos comentado en el párrafo inmediato anterior, en el sentido de que toda persona debe ser oída con las debidas garantías y en un plazo razonable por un Tribunal competente, imparcial y previamente establecido, para determinar sus derechos y obligaciones, o bien que esté llevando un proceso penal por que se le acusa de la comisión de algún delito.

Asimismo, el artículo 25 de la citada Convención establece la protección judicial, que en su primera parte señala que: «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...)».

En el ámbito nacional, el derecho fundamental de acceso a la justicia está consagrado en el segundo párrafo del artículo 17 de nuestra Constitución Política, cuyo texto se encuentra conforme a los instrumentos internacionales previamente comentados; al establecer que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, además de la gratuidad de su servicio.

Resaltamos el hecho de que no basta solo la existencia formal de los recursos, sino que además, estos deben ser idóneos, efectivos y expeditos para remediar la controversia o la violación a los derechos causada. Es decir, el Estado debe buscar e implementar los mecanismos y medidas cuya aplicación implique efectivamente el cumplimiento del derecho humano en comento, por lo que cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer

uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia y por tanto, debe ser eliminada.

A lo largo del presente ensayo se ha mencionado el deber del Estado de garantizar y proteger los derechos humanos o fundamentales de las personas, en específico, el de acceso a la justicia; por lo que conviene ahora precisar las dos obligaciones: *a)* La obligación de respetar. El Estado no debe afectar o violentar los derechos humanos establecidos en los ordenamientos jurídicos internos o internacionales; *b)* La obligación de garantizar. El Estado debe realizar las acciones pertinentes y tendientes a asegurar que todas las personas estén en condiciones de ejercer y de gozar de sus derechos humanos.

En este sentido, el Estado para cumplir con sus obligaciones, debe procurar que la brecha entre la norma y la realidad sea lo más pequeña posible, permitiendo un adecuado acceso a la justicia, ya que de nada serviría proclamar que las personas «tienen el derecho de acceso a la justicia», si en la vida real, en los hechos, esa prerrogativa se encuentra limitada o incluso sea inexistente.

Corroborar lo anterior la jurisprudencia cuyo rubro es el siguiente: «Acceso a la justicia. Los órganos jurisdiccionales deben evitar, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o limitar ese derecho»⁽¹²⁾.

En nuestro caso, el sistema de justicia mexicano presenta diversos obstáculos que afectan el cumplimiento real del derecho de acceso a la justicia en general, entre otros problemas, se pueden mencionar: la dilación en la actuación judicial; la excesiva carga laboral en los Tribunales; los grandes costos que implica un proceso legal; los abusos de autoridad; la incorrecta aplicación de la ley y la inadecuación de los recursos para atender necesidades específicas.

Como puede observarse, el problema del acceso a la justicia se presenta en todas las áreas de aplicación del Derecho, sin embargo y dado el tema que nos ocupa, me constreñiré a las materias administrativa y fiscal.

⁽¹²⁾ Jurisprudencia número 200 2436, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, p. 1695.

4. — *La tecnología en el acceso a la justicia.*

Es innegable el hecho de que en el mundo actual la tecnología juega un papel de suma importancia, estando presente en casi todos los aspectos de nuestra vida, simplificando las tareas del hombre.

El nacimiento de internet revolucionó la vida moderna, pues eliminó las distancias y los retrasos en la comunicación, constituyendo un medio efectivo y veloz de comunicación, dadas las condiciones y la naturaleza de internet, el número de usuarios a dicha red, llega a los 900 millones a nivel mundial⁽¹³⁾ y tan solo en México el número de usuarios asciende a 45'108,655⁽¹⁴⁾.

En ese sentido, debido a la globalización y al desarrollo acelerado de la tecnología, las sociedades del mundo se encuentran cada vez más interconectadas, razón por la cual, los gobiernos de los países no pueden quedarse atrás en el uso de la misma para agilizar y facilitar la comunicación con sus gobernados, pues es indiscutible que las sociedades modernas se mueven gracias y través de la tecnología.

El mundo del derecho no podía permanecer ajeno al desarrollo de la tecnología, la cual ha ido paulatinamente permeando en el mismo, como la creación del Derecho Informático y la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a la impartición de justicia, a las actividades que desarrolla el Estado y a los servicios que presta a sus gobernados.

En este orden de ideas, cada vez aumenta el número de los gobiernos que utilizan los medios informáticos para hacerle llegar a sus gobernados información de utilidad, ya sea sobre las acciones que realiza para cumplir determinados fines, o bien, referente a las obligaciones que deben cumplir y cómo hacerlo (que la tendencia es que también se realicen en su totalidad por internet), o bien, para generar y prestar algún servicio.

De lo anterior, surge la idea de lo que se conoce como e-government, que consiste en el uso y aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el conocimiento en los procesos internos de gobierno,

⁽¹³⁾ Ó.J. SOLORIO PÉREZ, *Derecho de la Propiedad Intelectual*, Oxford, México, 2010, p. 59.

⁽¹⁴⁾ www.inegi.org.mx.

para llevar a los ciudadanos los servicios que brinda. Se caracteriza por el uso de tecnologías para facilitar la operación de gobierno y la distribución de la información y servicios del mismo.

En México, es mejor conocido como “Gobierno Digital o Electrónico”, cuyo concepto «incluye todas aquellas actividades basadas en las modernas tecnologías informáticas, en particular Internet, que el Estado desarrolla para aumentar la eficiencia de la gestión pública, mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos y proveer a las acciones de gobierno de un marco mucho más transparente que el actual. / Estas actividades cubren aspectos internos de la gestión de los organismos públicos, la difusión masiva de la información sobre los actos del gobierno, así como la prestación de más y mejores servicios a los administrados»⁽¹⁵⁾.

El Gobierno Digital es un proyecto que se ha venido gestando desde hace ya varios años, al tener en claro que «la modernización de la gestión pública, a través del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, permite transformar un gobierno deficiente en un gobierno competitivo, ofreciendo a la población servicios públicos y acceso a la información de manera sencilla, oportuna, transparente, de bajo costo y en un ambiente seguro y privado. Estos compromisos del gobierno apoyado por las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se conceptualizan, a partir de finales de los años 90, como gobierno digital o gobierno electrónico (e-government, e-gobierno)»⁽¹⁶⁾.

Creación de páginas web correspondientes a Secretarías, entidades u organismos del Gobierno Federal, Estatal e incluso Municipal, que contienen información de utilidad para los ciudadanos.

- a) Publicación y consulta del Diario Oficial de la Federación por internet,
- b) Creación del portal de Denuncia Ciudadana,
- c) En materia tributaria:
 - Presentación por internet de las declaraciones ante el SAT
 - Creación de la Firma Electrónica Avanzada

⁽¹⁵⁾ Disponible en: www.programaanticorruption.gob.mx.

⁽¹⁶⁾ Disponible en: <http://200.34.175.29:8080>.

- Emisión de facturas electrónicas
- Generación de documentos electrónicos
- Creación de un sistema de impartición de justicia vía electrónica
- Pago de derechos por internet,

d) Publicación del directorio de los servidores públicos que laboran en las instituciones, así como de los teléfonos o correos electrónicos de contacto donde se puede obtener información en caso de que se requiera,

e) Publicidad de las sentencias emitidas por los Tribunales a través de sus páginas electrónicas.

5. — *Los medios electrónicos.*

Los medios electrónicos son «aquellos medios o instrumentos mecanizados, producto de la tecnología y la electrónica, que sirven para la recepción, almacenamiento y transmisión de datos cuyo fin es la de servir como vehículo del saber humano y de la comunicación en los ámbitos técnico, social, político y económico»⁽¹⁷⁾; en otras palabras, son todos aquellos instrumentos tecnológicos creados para obtener de manera automatizada un eficiente intercambio de información, como ejemplo tenemos el internet, la computadora, el fax y el correo electrónico.

El hablar de medios electrónicos no sólo implica hablar de innovación, de avances tecnológicos, sino de otros conceptos que la vida moderna exige: ahorro, amplia disponibilidad, cobertura y simplificaciones.

Día a día va en aumento el número de personas que utilizan los medios electrónicos como una parte importante en el desarrollo de sus actividades laborales y personales, pues han descubierto que son una herramienta para simplificar y agilizar su trabajo, así como a lograr una comunicación prácticamente inmediata entre todos los miembros de una empresa o de alguna or-

⁽¹⁷⁾ A. LINARES CARRANZA, *Los medios electrónicos como elementos de prueba*, México, Ed. Porrúa, 2012, p. 276.

ganización, así como una fuente rápida para obtener y difundir información.

En el ámbito jurídico los medios electrónicos han adquirido mayor importancia en nuestros días, pues dado su gran desarrollo han permitido la generación de un nuevo tipo de documentos, los llamados documentos electrónicos, que en un proceso jurisdiccional son ofrecidos como medios de convicción sobre un cierto hecho o acto, es decir, se ofrecen como pruebas en el juicio, implicando que su valoración por el Juez revista ciertas particularidades, a diferencia de un documento tradicional o en papel; sin embargo gozarán de la validez y eficacia de un documento original impreso, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes.

Efectivamente, el mundo del Derecho evoluciona y hoy en día, además de los documentos electrónicos tenemos la substanciación del proceso jurisdiccional en línea, es decir, a través de internet, siendo la forma más innovadora, económica, fácil y expedita para poder acceder a la administración de justicia. Lo que se busca con su implementación es la reducción drástica del tiempo en el trámite y desahogo de los juicios y una disminución en los costos, tanto para el gobernado como para el propio Estado, que se traduce en un beneficio económico.

En este orden de ideas, se presenta a continuación, grosso modo, uno de los esfuerzos de mayor trascendencia e importancia que han realizado algunos gobiernos en relación con la impartición y el acceso a la justicia, que es la implementación de plataformas tecnológicas que permiten que toda aquella persona que reclame justicia, pueda acceder de forma fácil y rápida, a través de internet, a presentar su demanda sin necesidad de acudir en forma física a los inmuebles que sirven de sede a los Tribunales.

6. — *Derecho comparado.*

En relación con lo anterior, se realiza una breve referencia a dos países de nuestro continente que en su esfuerzo por acercar las funciones jurisdiccionales a sus gobernados, utilizando principalmente las Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones, han implementado su uso en la impartición de justicia, como son Costa Rica y Argentina.

6.1. – *Costa Rica*⁽¹⁸⁾.

El Poder Judicial de Costa Rica cuenta con un sistema de consulta en línea, que permite a los justiciables presentar su escrito de demanda vía internet, enviar promociones directamente al expediente, quedando registradas en el órgano jurisdiccional en que se radicó la demanda y consultar los expedientes en los que sean parte sin necesidad de acudir físicamente a las instalaciones de dicho órgano jurisdiccional.

La plataforma permite el envío de documentos electrónicos siempre y cuando se encuentren firmados digitalmente, es decir, con la firma electrónica, ya que se considera que éstos tienen el mismo valor probatorio que un documento o prueba física. Además, dicha plataforma se encarga de integrar todos los documentos recibidos y enviados por dicha vía al expediente electrónico para su posterior consulta por el justiciable, el cual deberá obtener ante el Tribunal correspondiente un “usuario”, que es la llave de entrada a la mencionada consulta en línea, brindando certeza tanto al Tribunal como al usuario.

Las notificaciones de los expedientes que se hayan ingresado con este sistema de consulta en línea, se realizarán vía correo electrónico y como dato curioso, los litigantes tienen la opción de la mensajería móvil, es decir, que si al momento de registrar su demanda por dicha vía, ingresaron un número de celular, mediante avisos MSN recibirá avisos de notificaciones y recordatorios relacionados con el juicio en cuestión.

Asimismo, como otro de sus objetivos está el de homologar el formato en que los ciudadanos presentan sus escritos, poniendo a su disposición en el mismo sistema de consulta en línea, diversos formularios clasificados por materia, que son plantillas de escritos que les sirven a los usuarios como guías para presentar sus propios escritos.

⁽¹⁸⁾ <https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/gestionenlineapublico/>.

6.2. *Argentina*⁽¹⁹⁾.

Buscando incrementar la eficacia y accesibilidad de su Poder Judicial utilizó las nuevas Tecnologías de la Información y puso en operación el sistema de notificaciones electrónicas voluntarias y el sistema de ingreso de demandas y poderes vía Web.

Respecto del sistema de notificaciones electrónicas voluntarias, vale la pena destacar que la persona que desee utilizarlo debe suscribir un convenio, en el que señalará su dirección de correo electrónico, y se compromete a recibir por esa vía toda notificación que se debió de haber realizado de manera personal o mediante cédula; haciendo la aclaración que sólo se reciben avisos de que existe una actuación procesal a notificar, debiendo entrar la parte interesada al sistema para hacer efectiva la recepción de la notificación. Ahora bien, en caso de que la parte no ingrese al sistema, se tendrá por notificado en automático de todas aquellas actuaciones que tengan 5 días de ingresadas a su cuenta de usuario.

En cuanto al sistema de ingreso de demandas y poderes vía Web, es el sistema que permite a los justiciables iniciar un procedimiento ante el Poder Judicial y enviar promociones al expediente que se cree para tal efecto, y para poder hacer uso del mismo, también deben suscribir un convenio de adhesión y presentarlo ante la Secretaría General de la Cámara Federal de la Seguridad Social, anexando una copia de algún documento de identidad, y una vez que todo se encuentre debidamente integrado, se firma por duplicado el convenio, quedándose el órgano jurisdiccional con un ejemplar y el segundo en poder del justiciable. Hecho lo anterior, se le entrega al solicitante su usuario y contraseña para de acceso al sistema y se le habilita el servicio correspondiente.

Este sistema es una herramienta que facilita el proceso de intercambio de demandas y notificaciones por medios electrónico⁽²⁰⁾. Los tribunales federa-

⁽¹⁹⁾ <http://www.pjn.gov.ar/>.

⁽²⁰⁾ G. Morales Gutiérrez, *El Juicio en Línea: De Lo Contencioso Administrativo*, México, Oxford University Press, 2012, p. 29.

les con competencia de seguridad social pueden resolver en formato digital: el escrito de demanda y la documental asociada, su traslado, la contestación respectiva, las notificaciones y las sentencias pronunciadas durante el juicio.

Dicho sistema permite agilizar los tiempos de substanciación del proceso judicial y ofrecer mayor transparencia y seguridad a los justiciables.

6.3. *México.*

Por lo que corresponde a nuestro país, éste no fue ajeno a la revolución que traían consigo las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pues como se apuntó en líneas anteriores, México desde principios de este siglo, comenzó a incrementar sus esfuerzos por aplicar la tecnología en beneficio de sus gobernados, incluyendo en los Planes Nacionales de Desarrollo la necesidad de aprovechar las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el desarrollo de las estrategias y la modernización de los procesos.

En este contexto, los órganos jurisdiccionales del país también empezaron a tomar medidas para agilizar el desarrollo de sus actividades y el servicio brindado a los justiciables que acuden ante ellos. Resaltando, en este sentido, la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que inició en agosto de 2003 el proceso denominado “Consulta Nacional, una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano”, que después de 3 años de arduo trabajo e investigación dio como resultado el llamado “Libro Blanco de la Reforma Judicial”, el cual «contiene una visión crítica del sistema de impartición de justicia a nivel nacional sobre temas que merecen la atención de los órganos y poderes del Estado»⁽²¹⁾.

De dicho libro se desprende que uno de los principales retos y necesidades de la reforma judicial es el garantizar un verdadero cumplimiento a los derechos consagrados en el artículo 17 de la Constitución, mediante un mayor acceso a la justicia, impartiendo ésta sin dilaciones, es decir, de forma pronta y expedita para todos los mexicanos.

⁽²¹⁾ Presentación del Libro Blanco de la Reforma Judicial, por la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/presentacion-libro-blanco.pdf>.

Acorde con lo anterior, en 2007 el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal⁽²²⁾ estableció que la firma electrónica serviría para el seguimiento de expedientes (FESE), con la finalidad de que las partes el juicio y el mismo personal jurisdiccional, tengan acceso al expediente electrónico generado con motivo del juicio, teniendo la posibilidad no solo de consultarlo, sino de enviar y recibir promociones por medio de la telemática.

Sin embargo, el proyecto del sistema FESE continúa en desarrollo debido al alto costo que implica el perfeccionamiento de los sistemas y programas informáticos (software), así como la adquisición del hardware necesario para su aplicación, por lo que se estableció que el proyecto se desplegara paulatinamente y de acuerdo al presupuesto con el que se contara⁽²³⁾.

Otro ejemplo lo encontramos en el Palacio de Justicia Federal, que en el año 2009, en los juzgados federales especializados en materia penal, implementó los expedientes electrónicos que facilita la consulta de los asuntos; pese lo anterior, el problema radica en que se lleva al mismo tiempo el expediente electrónico y el físico, representado una carga de trabajo para el personal del juzgado, que debe mantener actualizados ambos expedientes, por lo que tampoco representa un ahorro de papel para dicho órgano jurisdiccional.

7. — *El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y su incursión en el uso de las nuevas tecnologías para la impartición de justicia fiscal y administrativa.*

Una vez que ya mencionamos los esfuerzos del Poder Judicial para implementar el uso de las nuevas tecnologías en la labor jurisdiccional, es hora de referirnos al ámbito de la materia fiscal y administrativa, donde encontramos al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), que como encargado de ministrar a los gobernados justicia en las materias ya

⁽²²⁾ Se estableció el uso de la firma electrónica para el seguimiento de expedientes mediante el acuerdo general 21/2007 de fecha 23 de mayo de 2007 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de junio el mismo año.

⁽²³⁾ Artículo segundo transitorio del acuerdo general 21/2007 de fecha 23 de mayo de 2007 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de junio el mismo año.

indicadas, y ante diversos problemas que se presentaron en el desarrollo de sus actividades, consideró necesario buscar medios que le permitieran realizar su labor de una forma más rápida, eficiente y eficaz, en beneficio de los justiciables que acuden ante él para dirimir sus controversias.

Lo anterior, encuentra su origen en el hecho de que se amplió la competencia del TFJFA, incrementando notablemente el número de juicios sometidos a su jurisdicción. Así lo evidenciaron los informes de los diferentes Presidentes del Tribunal en el periodo de 10 años comprendido de 1998 a 2008.

Mientras que la infraestructura del Tribunal “en 1988 contaba con 30 salas regionales, y en 2008 la cantidad se elevó a 41. Es decir, mientras que las cargas de trabajo en el periodo de referencia se incrementaron 240%, la estructura en salas apenas creció 37%.”⁽²⁴⁾

Del comparativo anterior, se hace evidente el hecho de que la carga laboral en las salas regionales se incrementó sustancialmente, consecuentemente aumentó el tiempo de duración de los juicios, es decir, se incrementó el tiempo transcurrido desde su inicio, con la presentación de la demanda, hasta su resolución con la sentencia, que en promedio fue de 3 años.

Consecuentemente, el Tribunal se vio en la necesidad de buscar alternativas que le permitieran afrontar las situaciones comentadas, siendo la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones la opción más viable para abatir el rezago y al mismo tiempo, poner a la vanguardia la administración e impartición de la justicia fiscal-administrativa.

8. — *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa: el Sistema de Justicia en Línea.*

En este contexto, surge la idea del Sistema de Justicia en Línea en 2008, derivado de la problemática que ya se había identificado con claridad, y que era consecuencia de:

- 1) La evolución exponencial de la competencia material del Tribunal.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, p. 12.

Debido al crecimiento de la población y económico del país se requirió que el TFJFA tuviera las facultades para conocer de un mayor número de actos emitidos ya no solo por las autoridades fiscales, si no por todas las emitidas por la administración pública federal.

2) El gran incremento en la demanda de justicia fiscal-administrativa.

Este problema es consecuencia del anterior, pues al incrementarse la competencia material del Tribunal, y al crecer la población, un mayor número de personas que se consideran afectadas por los actos de autoridad acuden a reclamar justicia ante el Tribunal a través del juicio contencioso administrativo o juicio de nulidad como también se le conoce.

3) El lento crecimiento de las Salas Regionales.

El poco incremento del número de las salas regionales del TFJFA es debido a que su creación es bastante costosa para el mismo y en consecuencia para el país, pues aproximadamente, doblar el número de salas regionales metropolitanas, es decir, de 11 a 22, tendría un costo aproximado de 2 mil 68 millones de pesos⁽²⁵⁾.

4) Un juicio contencioso administrativo esencialmente escrito y con plazos legales forzosos.

Debido a la excesiva carga de trabajo, al poco o casi nulo crecimiento de las salas del Tribunal y derivado del cumplimiento forzoso de los plazos legales, el tiempo para resolver los juicios era muy largo, incluso podían llegar a durar hasta 3 años.

En respuesta a lo anterior, el Tribunal tenía dos opciones: incrementar la estructura jurisdiccional o considerar la aplicación de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TICs) a la impartición de justicia.

Como la primera opción resultaba sumamente costosa y en aras de poner a la vanguardia la impartición de justicia fiscal administrativa es que se eligió la segunda opción, con la finalidad de encontrar una solución en la tecnología para abatir el rezago de los juicios que se sustanciaban ante el TFJFA.

Fue así como surgió la idea del juicio en Línea, y el 26 de marzo de 2009

⁽²⁵⁾ F. CUEVAS GODÍNEZ, *Juicios en línea reducirían y abaratarían los trámites del Tribunal Federal de Justicia Fiscal*, Boletín núm. 4039, Cámara de Diputados, XVI Legislatura, México. [<http://www3.diputados.gob.mx>].

la Cámara de Diputados recibió por parte del Presidente de la República la iniciativa de decreto que reformó y adicionó diversas disposiciones a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) y a la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (LOTFJFA), con la finalidad de incorporar y sustentar dicho juicio, buscando con esto que la forma de impartir justicia se modernizara y fuera más pronta, confiable, expedita y eficaz a través de los medios tecnológicos, acercando la misma al justiciable y cumpliendo el mandato constitucional establecido en el segundo párrafo del artículo 17.

Entre algunos de los principales argumentos vertidos para la implementación de los juicios en línea, podemos mencionar:

a) Se plantea la creación de un mecanismo que permita la impartición de justicia pronta y expedita, a través del uso de Tecnologías de la Información y Comunicación,

b) Reducir el costo económico de los juicios contencioso administrativos,

c) Aumentar la certeza jurídica para los involucrados,

d) La posibilidad de reducir de dos años a seis meses el promedio en que resuelve el Tribunal los asuntos,

e) Resolver más casos que antes, con el mismo personal,

f) No significaba alguna modificación de fondo a ninguna norma jurídica,

g) No tocaba derechos ni obligaciones, sino sólo cuestiones de proceso,

h) Su implementación permitiría ahorrar dinero,

i) El juicio en línea sería optativo.

j) El juicio tradicional y el nuevo coexistirían para asegurar un pleno y absoluto acceso a la justicia.

El 15 de abril de 2009 la Cámara de Diputados aprobó el dictamen de la Comisión de Hacienda y Crédito Público del proyecto de decreto para reformar y adicionar diversas disposiciones de la LFPCA y a la LOTFJFA. Después, se turnó a la Cámara de Senadores y el 28 siguiente el Senado lo aprobó; por tanto la iniciativa fue remitida al Ejecutivo Federal, quien la publicó el 12 de junio de 2009 en el Diario Oficial de la Federación.

Con esto se dio el primer gran paso para hacer una realidad la sustanciación del juicio contencioso administrativo por internet, a través de la plataforma

tecnológica que el TFJFA debía poner en marcha, llamada “Sistema de Justicia en Línea”.

Sobre este tema y abriendo un paréntesis en el desarrollo del tema, considero de importancia esclarecer que los términos “Sistema de Justicia en Línea” y “Juicio en Línea” no son lo mismo, pues aunque en la práctica se han utilizado como sinónimos, no lo son. El “Sistema de Justicia en Línea”, conforme a la fracción XV del artículo 1-A de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, es el sistema informático establecido por el Tribunal a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo que se sustancie ante el mismo; mientras que el “Juicio en Línea” de acuerdo con la fracción XIII del citado precepto legal, es la substanciación y resolución del juicio contencioso administrativo federal en todas sus etapas, así como de los procedimientos previstos en el artículo 58 de dicha Ley, a través del Sistema de Justicia en Línea, incluso en los casos en que sea procedente la vía sumaria.

Es decir, por juicio en línea debemos entender el proceso como tal, el juicio contencioso administrativo que ya conocemos, mientras que por Sistema de Justicia en Línea, debemos entender la plataforma tecnológica mediante la cual se substanciará el juicio contencioso administrativo por internet.

Una vez que ha quedado clara la distinción de conceptos, procederemos a comentar cómo es que éste novedoso sistema informático creado por el Tribunal es una herramienta que facilita el acceso a la justicia, dentro de su ámbito de competencia, es decir, la justicia fiscal-administrativa, coadyuvando así al deber del Estado de garantizar el cumplimiento efectivo del derecho humano de acceso a la justicia.

9. — *El Sistema de Justicia en Línea como herramienta de apoyo en el derecho humano de acceso a la justicia.*

Con el fin de garantizar el acceso a la justicia fiscal y administrativa de una forma más extensa, fácil y ágil, se implementó el mencionado Sistema de Justicia en Línea, que dentro de sus más grandes beneficios está el ahorro de

tiempo, en cuanto a la substanciación del juicio contencioso administrativo, y el ahorro económico que representa tanto para las partes en el juicio como para el órgano jurisdiccional encargado de resolver el asunto.

Al reducir los costos que implica acudir a los Tribunales, como el gasto de dinero en las copias de traslado para cada una de las partes, que en múltiples ocasiones tienen un gran volumen, o el traslado desde el domicilio u oficina hacia la sede del Tribunal; se beneficia a las personas que intervienen en el juicio, pues en este sentido, en un juicio en línea prácticamente desaparecen las copias de traslado a las partes y la necesidad de acudir físicamente al Tribunal, al ser posible que desde la comodidad de su hogar, oficina, o desde cualquier parte de la República en que se encuentre, con el simple hecho de tener una computadora con acceso a internet, puede consultar el estatus procesal de su expediente, así como todas las actuaciones contenidas en el mismo.

Respecto al ahorro de tiempo en el trámite del juicio, se ve reflejado en el hecho de que en la vía tradicional, un juicio duraba aproximadamente 3 años, mientras que un juicio en línea puede resolverse hasta en 6 meses. Se reduce considerablemente el tiempo en que se realiza la notificación de alguna actuación dictada dentro del expediente, ya que en la vía en línea, las notificaciones se realizan electrónicamente, enviando un aviso al correo electrónico de la parte interesada para que entre al sistema a consultar el expediente y se notifique.

Como colofón a este punto, se hace mención a la primera sentencia dictada por la Sala Especializada en Juicios en Línea, que desde el inicio del juicio, en la vía sumaria, hasta su culminación trascurrieron tan sólo 31 días hábiles.

Esta disminución drástica de tiempo le brinda al justiciable la certeza de saber que su asunto se resolverá en rápidamente y en caso de ser procedente, se restituirán sus derechos que consideró violentados por la autoridad a corto tiempo.

Otra ventaja a resaltar es la disponibilidad total de acceso al Sistema, al encontrarse disponible las 24 horas del día los 365 días del año, a diferencia de la Oficialía de Partes de las Salas Regionales, que sólo se encuentra abierta al público por un horario reducido y por periodos determinados. Esto se traduce en una gran ventaja para las partes, pues pueden presentar sus promociones

las 24 horas del día y todos los días del año, sin preocuparse si encontrarán abierta la Oficialía de Partes o si es un fin de semana.

Asimismo, al ser optativo para el particular, se garantiza y respeta el acceso a la justicia pues lamentablemente aun no todas las personas cuentan con acceso a medios electrónicos, por tanto, sería contrario a lo establecido en el artículo 17 de nuestra Carta Magna obligar a los particulares a que el juicio en el que sean parte se tramite a través de internet, se estaría limitando la impartición de justicia únicamente a un sector de la población, que cuenta el acceso y el conocimiento de los medios electrónicos.

10. — *Consideraciones finales.*

Es fundamental en un Estado democrático y de derecho velar por el cabal cumplimiento del mandato constitucional contemplado en el artículo 17. Un Estado que no garantice el adecuado y eficaz acceso a la justicia de sus gobernados, estaría fallando en sus obligaciones, ya no solo nacionales, sino a nivel internacional.

Por tanto, es menester que en estricto apego a la Constitución Política y a los tratados internacionales se respeten los derechos humanos ahí consagrados, no solo con una actitud pasiva de no hacer, sino al contrario, asumiendo un rol activo y proactivo, que busque siempre las mejores prácticas para que los derechos fundamentales sean una realidad y no letra muerta.

En la actualidad, es en el plano de la administración de justicia en donde se demuestra la vigencia de los derechos fundamentales, donde se verifica si efectivamente los derechos contemplados en la Constitución Política o en los tratados internacionales tienen una aplicación real.

Lo anterior es así, derivado de que la existencia de los derechos humanos cobra eficacia y validez en el momento en que surge una violación a sus disposiciones, y se resuelven efectivamente por los mecanismos jurisdiccionales establecidos para tal fin. Si ese sistema de impartición de justicia no cumple con su misión, entonces no tiene razón de ser, implicando que las leyes que contienen y protegen los derechos humanos se tornen ineficaces y se ubiquen fuera

del derecho positivo vigente, reduciéndose a simples adornos a la legislación.

En este orden de ideas y para conseguir el ambicioso objetivo de garantizar de forma efectiva y real los derechos humanos, se ha demostrado que una de las mejores maneras de acercar la justicia a las personas es a través del empleo de la tecnología, en específico de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que gracias a su gran desarrollo y cada vez más a su mayor presencia en el mundo, es posible llegar a más lugares y a más personas, en menos tiempo, con costos menores y mucha menos infraestructura, permitiendo así que paulatinamente los lugares que son de difícil acceso y que se encuentran incluso en áreas marginadas, participen de las maravillas y beneficios que conlleva la tecnología.

En el caso de México, que cuenta con una población multicultural, en donde aún existe un amplio margen de discriminación y desigualdad social, es necesario implementar mecanismos, como programas sociales, que permitan disminuir significativamente la brecha entre los sectores con mayor poder adquisitivo y de conocimiento de medios electrónicos, con los sectores menos desarrollados y con limitadas posibilidades de acceso a los mismos.

Con lo cual se lograría una sociedad más homogénea, con iguales posibilidades de acceso a medios electrónicos y a la tecnología en general, y sobre todo, igualdad de acceso a la ministración de justicia, cuando así se requiera.

No pasa desapercibido el hecho de que la implementación de tecnología en el desarrollo de las actividades estatales y en la entrega de servicios que el mismo Estado brinda a los gobernados, resulta costoso; sin embargo, y dado el mundo globalizado en el que vivimos, es de la mayor importancia dedicar más esfuerzo y recursos al sector tecnológico, en pro de simplificar trámites y actividades del Estado, como el de la impartición de justicia, siempre buscando el beneficio de la población y el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales de todo ser humano.

No olvidemos que las generaciones que hoy coincidimos en este espacio de tiempo y que compartimos el amor por el estudio de las Ciencias Jurídicas, tenemos el deber ineludible de propiciar el uso de las herramientas tecnológicas al servicio del Derecho que sin duda serán la constante de las generaciones venideras de abogados.

ARTURO IRTURBE RIVAS^(*)

TRASCENDENCIA DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 107,
FRACCIÓN I, CONSTITUCIONAL, PUBLICADA
EL 6 DE JUNIO DE 2011. EL INTERÉS LEGÍTIMO

ABSTRACT: The author releases a deep analysis of the impact and the relevance in the Mexican legal framework by the reform of article 107, section I, of the Federal Constitutional. The new article 107 Federal Constitutional establishes guarantees for the protection of human rights and provides to everyone open access to Amparo remedy, by order, going over to the concept of “legitimate interest”.

1. — Tradicionalmente la procedencia del juicio de amparo había estado condicionada a los casos en los que el acto reclamado afectara al quejoso en su interés jurídico, como se desprende del artículo 107, fracción I, constitucional, vigente hasta el 3 de octubre de 2011, que disponía que el juicio de amparo era procedente únicamente a instancia de parte agraviada.

Y en consonancia con esa norma fundamental, el artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, establecía que el juicio de amparo era improcedente contra actos que no afectaran «los intereses jurídicos del quejoso».

Los tribunales federales se han encargado de explicar que el interés jurídico no es otra cosa más que la titularidad de un derecho subjetivo tutelado por el orden jurídico.

De esta manera, el juicio de amparo había estado limitado, pues estaba al alcance únicamente de las personas, físicas o morales, titulares de un derecho subjetivo, como el derecho de propiedad o la titularidad de una licencia de construcción o de funcionamiento de una negociación.

^(*) Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

Pero desde el 4 de octubre de 2011, cuando entraron en vigor las reformas constitucionales del 6 de junio del año en cita, en los juicios iniciados a partir de la fecha primeramente citada, no es necesario demostrar un interés jurídico para la procedencia del amparo, pues es suficiente la titularidad de un interés legítimo, individual o colectivo, lo que tiene aplicación, principalmente, en materia administrativa, es decir, en los juicios de amparo contra actos de las autoridades pertenecientes a los Poderes Ejecutivos, federal y locales, con lo que, evidentemente, se amplía la procedencia del juicio de amparo.

Es importante poner de manifiesto que, tratándose de actos jurisdiccionales, se sigue aplicando el concepto del derecho subjetivo para determinar la procedencia del juicio de amparo.

Cuando hablamos de interés legítimo, nos estamos refiriendo a la facultad o legitimación por parte de los particulares (y en ocasiones de un órgano administrativo), para impugnar actos de autoridad, principalmente de la administración pública. Es decir, a supuestos en los que es legalmente factible accionar contra un órgano de la administración activa, ya sea a través de un recurso o un juicio; en otras palabras, a lo que en Derecho Procesal se denomina la legitimación en la causa.

En relación con este tópico, la capacidad procesal o legitimación en el proceso es la aptitud que tienen todas las personas, que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles, para intervenir en un proceso, ya sea como actores o demandados; es la capacidad de actuar o de obrar que todos tenemos por el simple hecho de tener personalidad jurídica.

Mientras que la legitimación en la causa, o legitimación propiamente dicha, es la capacidad para ser parte de un proceso determinado, cuyo objeto se relaciona con el interés de una persona específica⁽¹⁾.

Todos tenemos, en términos generales, la posibilidad de ser partes en un juicio administrativo, así en general, porque tenemos personalidad jurídica; pero para impugnar un acto concreto, de una autoridad específica, sólo tienen legitimación los que tienen un interés personal en el asunto.

⁽¹⁾ F. RUIZ RISUEÑO, *El Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Colex, Madrid, 1999, pp. 184-186.

De esta manera, vemos que la legitimación en la causa se relaciona con los intereses de las personas, lo que significa que la resolución que se dicte con motivo de la impugnación del acto administrativo, les producirá una afectación.

Y esos intereses han sido clasificados doctrinariamente en tres especies: El derecho subjetivo; el interés simple; y el interés legítimo ⁽²⁾.

2. — El derecho subjetivo, que ha sido identificado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito con el interés jurídico, el cual se encontraba previsto en la abrogada Ley de Amparo y se encuentra en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, como presupuesto de procedencia del juicio de amparo y del contencioso administrativo federal, respectivamente, consiste en la prerrogativa legalmente establecida, por medio de la cual una persona puede exigir de otra el cumplimiento de una prestación.

En efecto, como bien lo dice Escola, «(...) por derecho subjetivo se debe entender el poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos (Marienhoff); o el poder de exigir, condicionado por la existencia de una obligación jurídica que pesa sobre un sujeto pasivo, y por el hecho de que esta obligación fue establecida en interés del sujeto activo» ⁽³⁾.

El mismo tratadista nos explica que el derecho subjetivo está constituido por tres elementos fundamentales: *a)* una obligación jurídica impuesta al sujeto pasivo; *b)* que esa obligación haya sido establecida para satisfacer intereses individuales; y *c)* que el sujeto activo sea titular de uno de esos intereses ⁽⁴⁾.

Por lo tanto, bien podemos afirmar que el derecho subjetivo se caracteri-

⁽²⁾ M.J. ARGANARÁS, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1955, p. 14.

⁽³⁾ H.J. ESCOLA, *Compendio de Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. I, pp. 189-190.

⁽⁴⁾ *Loc. cit.*

za por ser exclusivo y por hacer referencia, como dice Góngora Pimentel, a la «titularidad de los derechos afectados con el acto reclamado»⁽⁵⁾; es decir, es el derecho reconocido por la ley en beneficio de personas determinables. Con el derecho subjetivo el ordenamiento jurídico protege a un solo sujeto; se trata de un interés individual jurídicamente protegido.

Cuando las leyes exijan la demostración de un derecho subjetivo para accionar, sólo tendrá legitimación en la causa quien demuestre ser el titular de ese derecho.

Refiriéndose a los inconvenientes que provoca la identificación del interés jurídico con el derecho subjetivo, Zaldívar Lelo de Larrea explica que: «Tal conceptualización del interés jurídico no se compadece con las necesidades de una sociedad moderna ni da respuesta a los retos del derecho público contemporáneo. Se privilegia a la autoridad frente al gobernado y se consuman sectores amplios de impunidad, en momentos en que la lucha por los derechos fundamentales es de tal importancia que, incluso, su consagración y la existencia de garantías procesales efectivas es requisito para que un Estado pueda ser calificado como democrático en sentido sustancial»⁽⁶⁾.

Por otra parte, el interés simple es indiferenciado; se identifica con el interés general; es el que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. En pocas palabras, es el mero interés ciudadano por la legalidad.

Así, podemos decir que todos tenemos interés simple en que los servicios públicos funcionen correctamente. Lo tiene una cantidad indiferenciada de personas.

El interés simple no da acción contencioso administrativa; sólo permite la denuncia o la acción popular cuando las leyes así lo establecen; como la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (artículo 189) que prevé acción popular para denunciar actos que dañen el medio ambiente o

⁽⁵⁾ G. GÓNGORA PIMENTEL, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 233.

⁽⁶⁾ A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, México, 2002, p. 44.

a los recursos naturales. En la acción popular, como dicen Escusol y Rodríguez-Zapata, se confunden la legitimación en el proceso y la legitimación en la causa⁽⁷⁾.

Finalmente, el interés legítimo, que es algo más que el interés simple sin llegar a constituir un derecho subjetivo.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha explicado, de manera sucinta y acertada, la diferencia entre el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple, en los siguientes términos: «*Interés jurídico. Sus acepciones tratándose de recursos e instancias administrativas.* – Para examinar la procedencia de los medios de impugnación previstos en las leyes administrativas, debe examinarse el concepto de “interesado” frente a una triple distinción: el interés como derecho subjetivo, el interés legítimo o de grupo y el interés simple. La primera de tales categorías ha sido frecuentemente delineada por los tribunales de amparo, para quienes resulta de la unión de las siguientes condiciones: un interés exclusivo, actual y directo; el reconocimiento y tutela de ese interés por la ley, y que la protección legal se resuelva en la aptitud de su titular para exigir del obligado su satisfacción mediante la prestación debida. La segunda categoría, poco estudiada, ya no se ocupa del derecho subjetivo, sino simplemente del interés jurídicamente protegido (generalmente grupal, no exclusivo, llamado legítimo en otras latitudes) propio de las personas que por gozar de una posición calificada, diferenciable, se ven indirectamente beneficiadas o perjudicadas con el incumplimiento de ciertas reglas de derecho objetivo, bien porque con ello vean obstaculizado el camino para alcanzar ciertas posiciones provechosas, bien porque sean privadas de las ventajas ya logradas; diversas normas administrativas conceden a estos sujetos instancias, acciones o recursos, por ejemplo, los artículos 79 de la Ley Federal de Derechos de Autor (previene la participación de sociedades y agrupaciones autorales en la fijación de tarifas), 19 de la Ley Federal de Radio y Televisión (establece la obligación de conceder audiencia a quienes consideren inconveniente el otorgamiento

⁽⁷⁾ E. ESCUSOL BARRA y J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PERÉZ, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 328.

de una concesión en favor de un solicitante), 124 de la Ley de Vías Generales de Comunicación (dispone la audiencia en favor de las agrupaciones de trabajadores interesados en permisos para ejecutar maniobras de servicio particular), 46 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Relacionados con Bienes Muebles (consagra la inconformidad de quienes estimen violado un procedimiento de licitación pública) y 151 de la Ley de Inventiones y Marcas (da la acción de nulidad para remediar incluso la infracción de normas objetivas del sistema marcario). Por último, en la tercera categoría se hallan los interesados simples o de hecho que, como cualquier miembro de la sociedad, desean que las leyes se cumplan y para quienes el ordenamiento sólo previene la denuncia o acción popular. *Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito*. Revisión Administrativa 2463/89. Fábricas de Papel Loreto y Peña Pobre, S.A. de C.V. 30 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos»⁽⁸⁾.

3. — En este orden de ideas, a fin de ampliar la procedencia del juicio de amparo, en beneficio de un mayor número de personas, el artículo 107, fracción I, constitucional, vigente a partir del 4 de octubre de 2011, dispone lo siguiente: «Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: / I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. / Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo,

⁽⁸⁾ Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo V, segunda parte 1, enero a junio de 1990, p. 264.

el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa».

No nos dice mucho el texto constitucional sobre lo que debemos entender por interés legítimo. Sólo de manera lacónica nos dice que es el interés que tiene una persona «en virtud de su especial situación frente al orden jurídico».

La exposición de motivos de la iniciativa tampoco nos dice gran cosa. Explica al respecto: «Frente a la disyuntiva de mantener el sistema en sus términos actuales o abrir nuevas posibilidades de impugnación, se propone introducir la figura del interés legítimo. Se trata de una institución con un amplio desarrollo en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el nuestro que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico – interés jurídico – o, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivada del propio orden jurídico»⁽⁹⁾.

Como se ve, la iniciativa solo hace referencia a la afectación de una situación jurídica derivada del propio orden jurídico.

Al respecto, el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos del Senado, a las que fue turnada la iniciativa para su estudio, prácticamente se limita a reiterar lo que ésta dice. Y lo mismo hizo, en su momento, la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados⁽¹⁰⁾.

Más explícito, el más alto Tribunal de la República, en la exposición de motivos de su proyecto aduce: «El interés legítimo se ha desenvuelto de manera preferente en el derecho administrativo y parte de la base de que existen normas que imponen una conducta obligatoria de la administración, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares. Si se tratara de proteger un interés simple, cual-

⁽⁹⁾ Gaceta del Senado número 352 del 19 de marzo de 2009.

⁽¹⁰⁾ Gaceta del Senado número 68 del 10 de diciembre de 2009. Y Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados número 3156-IX, del 7 de diciembre de 2010.

quier persona podría exigir que se cumplan esas normas por conducto de la acción popular. Este tipo de interés no es el que se quiere proteger. Puede haber gobernados para los que la observancia o no de este tipo de normas de la administración pública resulte una ventaja o desventaja de modo particular respecto de los demás. Esto puede ocurrir por dos razones, en primer lugar puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que alguna persona se encuentre, que la hace más sensible que otras frente a un determinado acto administrativo; en segundo lugar, puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los destinatarios del acto administrativo que se discute. Ésta es la noción del interés legítimo, es decir, que ciertos gobernados puedan tener un interés cualificado respecto a la legalidad de determinados actos administrativos»⁽¹¹⁾.

Congruente con la reforma constitucional, y retomando el proyecto elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los años dos mil y dos mil uno, el artículo 5, fracción I, párrafos primero y segundo, de la nueva Ley de Amparo, a la letra dice: «Artículo 5. Son partes en el juicio de amparo: / I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. / El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo».

Advertimos que la propia Ley de Amparo, siguiendo el concepto expuesto desde la iniciativa de reforma constitucional, únicamente nos dice que puede tener la calidad de quejoso en un juicio de amparo, la persona que sufra una afectación «en virtud de su especial situación frente al orden jurídico».

Se debe tener presente, como dice Argañarás, que el interés legítimo es

⁽¹¹⁾ Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2001, pp. 32-33.

el «interés ocasionalmente protegido»⁽¹²⁾. Y que, según enseña Fiorini, «el beneficiario en el interés legítimo tiene la exigencia de que se cumpla la norma general, pues, en forma indirecta, satisface su interés, aunque al mismo tiempo puedan beneficiarse otros en igual forma. El beneficiario no es, en este caso, uno solo; por el contrario, son varios los que se benefician con el interés amparado por la norma objetiva»⁽¹³⁾.

Para que estemos en presencia del interés legítimo, es indispensable que la autoridad cause un perjuicio especial a una persona o a un grupo de personas, sin que se trate del que de manera general y uniforme se produce a grandes sectores de la población, como podrían ser los consumidores o los usuarios de un servicio público. No se trata de un agravio ocasionado al público.

4. — El interés legítimo no es exclusivo como el derecho subjetivo, pues cuando es colectivo, como dice Fiorini⁽¹⁴⁾, es concurrente y coincidente, pues protege a una pluralidad de sujetos respecto de situaciones de hecho que los favorecen. Esto significa que la declaración de nulidad de un órgano jurisdiccional pretendida por el actor que impugna un acto administrativo apoyándose en un interés legítimo, le va a evitar un perjuicio o a causar un beneficio o una utilidad en lo personal⁽¹⁵⁾.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido al interés legítimo como el interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, como puede advertirse de la tesis XLIII/2013, que dice: «*Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple.* La reforma al artículo 107 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, además de que sustituyó el

(12) M.J. ARGANARÁS, *op. cit.*, p. 15.

(13) B.A. FIORINI, *Qué es el Contencioso*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 61.

(14) *Op. cit.*, p. 61.

(15) S. BALLESTEROS ARRIBAS, *Guía Práctica de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en *Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Número 64, Cemci, Granada, 1999, p. 632.

concepto de interés jurídico por el de interés legítimo, abrió las posibilidades para acudir al juicio de amparo. No obstante lo anterior, dicha reforma no puede traducirse en una apertura absoluta para que por cualquier motivo se acuda al juicio de amparo, ya que el Constituyente Permanente introdujo un concepto jurídico mediante el cual se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante, entendido éste como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido. En cambio, el interés legítimo se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra. Consecuentemente, cuando el quejoso acredita únicamente el interés simple, mas no el legítimo, se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el numeral 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. / Amparo en revisión 366/2012. Carlos Rubén Nobara Suárez. 5 de septiembre de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán»⁽¹⁶⁾.

Por su parte, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identifica al interés legítimo con el interés difuso en beneficio de una colectividad: «*Interés legítimo. Alcance de este concepto en el juicio de amparo.* La redacción de la fracción I del artículo 107 de la Constitución Federal, dispone que debe entenderse por parte agraviada para efectos del juicio de amparo, y señala que tendrá tal carácter quien al acudir a este medio de control cumpla con las siguientes condiciones: 1) aduzca ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo; 2) alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la propia Constitución; 3) demuestre una

⁽¹⁶⁾ Tesis 1ª. XLIII/2013, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVII, tomo I, febrero de 2013, p. 822.

afectación a su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico; y, 4) tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, aduzca la titularidad de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa. Ahora, para explicar el alcance del concepto “interés legítimo individual o colectivo”, ante todo, debe señalarse que tanto el jurídico como el legítimo suponen que existe una tutela jurídica del interés en que se apoya la pretensión del promovente, a diferencia del interés simple que no cuenta con esa tutela, en tanto que la ley o acto que reclama no le causa agravio jurídico, aunque le cause alguno de diversa naturaleza como puede ser, por ejemplo, uno meramente económico. Por otra parte, debe entenderse que al referirse el precepto constitucional a la afectación de un derecho, hace alusión a un derecho subjetivo del que es titular el agraviado, lo cual se confirma con la idea de que en materia de actos de tribunales necesariamente se requiere que cuente con un derecho subjetivo, es decir, tenga interés jurídico. Sentado lo anterior, el interés legítimo no supone la existencia de un derecho subjetivo, aunque sí que la necesaria tutela jurídica corresponda a su “especial situación frente al orden jurídico”, lo que implica que esa especial situación no supone ni un derecho subjetivo ni la ausencia de tutela jurídica, sino la de alguna norma que establezca un interés difuso en beneficio de una colectividad, identificada e identificable, lo que supone la demostración de que el quejoso pertenece a ella. / Amparo en revisión 553/2012. – Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C. – 14 de noviembre de 2012. – Mayoría de tres votos. – Disidentes: José Fernando Franco González Salas y Sergio A. Valls Hernández. – Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. – Secretaria: Ma. de la Luz Pineda Pineda. Amparo en revisión 663/2012. – Marco Antonio Tinoco Álvarez. – 21 de noviembre de 2012. – Mayoría de tres votos. – Disidente: José Fernando Franco González Salas. – Ausente: Sergio A. Valls Hernández. – Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. – Secretaria: Ma. de la Luz Pineda Pineda. Solicitud de modificación de jurisprudencia 14/2012. – Magistrados Integrantes del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. – 21 de noviembre de 2012. – Mayoría de tres votos. – Disidente: José Fernando Franco González Salas. – Ausente:

Sergio A. Valls Hernández. – Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. – Secretario: Juan Pablo Rivera Juárez»⁽¹⁷⁾.

Consideramos que para que se actualice el interés legítimo, no es necesario que se presente un interés difuso en beneficio de una colectividad, porque, como lo disponen tanto la Constitución como la nueva Ley de Amparo, el interés legítimo puede ser individual o colectivo.

En suma, el interés legítimo, que podríamos ubicarlo en un punto intermedio entre el derecho subjetivo y el interés simple, corresponde a las personas que por la situación objetiva y particular en la que se encuentran, tienen interés en que el poder público ajuste su actuación a la ley, pero no sólo por el mero interés ciudadano en la legalidad, sino porque cumpliéndose con la ley conservan un beneficio o evitan un perjuicio cierto, aunque carezcan de un derecho subjetivo.

Es decir, el interés legítimo es el reflejo de una utilidad que al gobernado le proporciona la actuación legal de la administración pública; aunque es necesario exigir al actor o recurrente la presencia de un factor especial que lo distinga de la generalidad de las personas.

Por otra parte, tal como sucede con el derecho subjetivo, el interés legítimo debe ser personal y actual. Bien lo dice Alonso Ibáñez: «ha de tratarse de un interés actual, real, no potencial, futuro o hipotético, ni el consistente en simples expectativas»⁽¹⁸⁾.

Que el interés sea personal implica que el acto de autoridad represente un perjuicio propio para el accionante, aunque no sea exclusivo. Y que sea actual, significa que el agravio sea presente no futuro, incierto ni hipotético. En cambio, a diferencia de la índole del agravio (directo) que un acto de autoridad provoca a los titulares de derechos subjetivos, el perjuicio que sufre un titular de un interés legítimo puede ser indirecto, es decir, que el medio de defensa de que se trate es procedente aunque el perjuicio que sufra la actora sea a través de un acto dirigido a otro gobernado. O sea que la legitimación

⁽¹⁷⁾ Tesis 2ª. XVIII/2013, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVIII, tomo 2, marzo de 2013, p. 1736.

⁽¹⁸⁾ M.delR. ALONSO IBÁÑEZ, *Las Causas de Inadmisibilidad en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 180.

no se limita a la persona que resulta directamente perjudicada, como bien lo dice Mairal al expresar que: «Cabe excluir, pues, a quien se queja del agravio ocasionado al público o a un tercero, pero no a quien se queja de un perjuicio que él mismo sufre aunque sea por medio de un acto dirigido a un tercero. El punto puede también resolverse preguntándose si existen otras categorías de interesados, además de la que personifica el recurrente, más aptas para impugnar la conducta ilegítima de la Administración y, además, dispuestas a hacerlo: no cabe siempre limitar la legitimación al más perjudicado, pues éste puede carecer de interés o de medios para cuestionar la irregularidad»⁽¹⁹⁾.

De esta manera, por ejemplo, los vecinos tienen interés legítimo para oponerse a la instalación de un bar o de un centro nocturno en su colonia. El propietario de un establecimiento mercantil tienen interés legítimo para impugnar la clausura de su negociación aunque carezca de licencia de funcionamiento. El propietario de un inmueble tiene interés legítimo para oponerse a la demolición aunque hubiera construido sin licencia de uso del suelo ni de construcción.

Vemos en estos ejemplos cómo una persona o un grupo de personas, se ven afectados por un acto de autoridad, afectación que aunque no lesiona un derecho subjetivo sí da lugar al interés legítimo.

Es importante poner de manifiesto que la falta de interés legítimo, no necesariamente es motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de amparo, como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia intitulada “Interés legítimo. En principio, la falta de éste no es motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de amparo que conduzca a desechar la demanda cuando los padres, en representación de su hijo menor de edad, acuden a combatir actos de autoridad dirigidos a afectar los predios de un tercero, de cuyo uso se benefician por algún título lícito, y se relacionan con la satisfacción de necesidades sensibles para determinados derechos constitucionales”⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ H.A. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. I, pp. 203-204.

⁽²⁰⁾ Jurisprudencia 1ª. 44/2013, pendiente de publicación

5. — Similar criterio contiene la tesis de rubro “Interés legítimo. Su existencia indiciaria e inicial para efectos de determinar la admisión de una demanda de amparo, activa las facultades del juez para analizar provisionalmente las relaciones jurídicas en que se alega la existencia del acto reclamado”.

Por lo tanto, en términos generales, se debe admitir la demanda para dar oportunidad al quejoso de demostrar su interés legítimo hasta la audiencia constitucional.

Por lo que hace al juicio administrativo que se sigue ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, de una manera imprecisa, el artículo 8, fracción I, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, dispone que no será necesario demostrar un interés jurídico «en los casos de legitimación expresamente reconocida por las leyes que rigen al acto impugnado». Disposición que estimamos de difícil aplicación, porque el interés legítimo depende de la situación particular de las personas, sin que, por regla general, el legislador lo reconozca expresamente.

A nivel local, la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, hasta el 29 de enero de 2004, ya había dejado atrás la noción del interés jurídico, al disponer en su artículo 34, que para la procedencia del juicio era necesario el acreditamiento por parte del actor de un interés legítimo; con lo que desde luego ampliaba las posibilidades de defensa a los particulares, pues aun cuando no pudieran demostrar un derecho subjetivo, derivado de una licencia, autorización, concesión o algo similar, podían accionar ante el tribunal cuando sufrieran un perjuicio ocasionado por un acto de la administración pública.

La exposición de motivos de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (vigente hasta el 29 de enero de 2004) explicaba de esta manera la inclusión de la noción del interés legítimo: «Igualmente, debemos resaltar que en la iniciativa de ley que se propone se consigna una disposición que permite a la parte promovente actuar en el procedimiento administrativo con el simple requisito de acreditar un interés legítimo, en contraposición a lo dispuesto en la Ley vigente en la cual se contempla la exigencia para la parte demandada de tener que comprobar un interés

jurídico; propuesta que amplía el horizonte de actuación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, obviamente en beneficio de los habitantes de esta entidad federativa, al no verse limitados sus derechos en los que por diversas circunstancias, no se pueda comprobar el interés jurídico para actuar. Es conveniente destacar que originalmente, el ordenamiento jurídico del Tribunal contemplaba el interés jurídico y se destaca que la experiencia ha demostrado que es preferible abrir las puertas del Tribunal para mayor número de afectados, comprobando tener un interés legítimo».

A pesar de la disposición específica de la citada ley local del contencioso administrativo, una de las salas del tribunal declaró improcedente un juicio en el que el actor reclamaba la orden para que retirara un anuncio espectacular de su propiedad; adujo la sala que el demandante no contaba con licencia para anuncio.

En vía de amparo, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, declaró ilegal la sentencia del tribunal de lo contencioso administrativo, por confundir interés jurídico con interés legítimo; y resolvió que para la procedencia del juicio no era necesario contar con licencia para anuncio, puesto que la ley (hasta el 29 de enero de 2004) sólo exigía la demostración de un interés legítimo, así que era suficiente con que el actor demostrara la propiedad del anuncio espectacular para la procedencia del juicio administrativo, según se advierte de la tesis que a continuación se transcribe: *«Interés legítimo, noción de, para la procedencia del juicio ante el tribunal de lo contencioso administrativo del distrito federal.* – De acuerdo con los artículos 34 y 72, fracción V, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, para la procedencia del juicio administrativo basta con acreditar la afectación a un interés legítimo, por lo que no es indispensable la demostración de una lesión a un derecho subjetivo, que se identifica con el interés jurídico. Por tanto, erróneamente la responsable exigió a la actora que demostrara contar con licencias para anuncio como si la ley pidiera, para hacer procedente el juicio, la afectación a un interés jurídico, esto es, al derecho subjetivo que otorgan las licencias a su titular. El interés legítimo solamente implica un perjuicio cierto a una

persona con motivo de un acto de autoridad, con independencia de que cuente o no con derechos subjetivos; por ende, si la resolución impugnada exige a la actora el retiro de sus anuncios, es claro que afecta su interés legítimo porque le ocasiona un perjuicio o lesión apreciable objetivamente, pues de no cumplir con el mandato de la autoridad se expone a sanciones y, si cumple, perderá los anuncios que tiene instalados. / *Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito*. Amparo directo 3059/2001. Publicidad y Promociones Internacionales, S.A. de C.V. 9 de noviembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Iturbe Rivas. Secretaria: María Lorena García Gutiérrez»⁽²¹⁾.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación explica de esta manera el concepto de interés legítimo a que se refiere la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal: «*Interés legítimo, noción de, para la procedencia del juicio ante el tribunal de lo contencioso administrativo del distrito federal.* – De acuerdo con los artículos 34 y 72, fracción V, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, para la procedencia del juicio administrativo basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo para demandar la nulidad de ese acto, resultando intrascendente, para este propósito, que sea, o no, titular del respectivo derecho subjetivo, pues el interés que debe justificar el accionante no es el relativo a acreditar su pretensión, sino el que le asiste para iniciar la acción. En efecto, tales preceptos aluden a la procedencia o improcedencia del juicio administrativo, a los presupuestos de admisibilidad de la acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; así, lo que se plantea en dichos preceptos es una cuestión de legitimación para ejercer la acción, mas no el deber del actor de acreditar el derecho que alegue que le asiste, pues esto último es una cuestión que atañe al fondo del asunto. De esta forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia,

⁽²¹⁾ Semanario Judicial de la Federación, novena época, tomo XV, marzo de 2002, pp. 1368-1369.

frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, de donde se sigue que los preceptos de la ley analizada, al requerir un interés legítimo como presupuesto de admisibilidad de la acción correspondiente, también comprende por mayoría de razón al referido interés jurídico, al resultar aquél de mayores alcances que éste. / Contradicción de tesis 69/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo, Cuarto y Décimo Tercero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan Díaz Romero. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot»⁽²²⁾.

6. — Desafortunadamente, los artículos 34 y 72, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, fueron reformados por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de enero de 2004, para restablecer el interés jurídico tratándose de asuntos que versen acerca de actividades reguladas, como se advierte de la siguiente transcripción: «Artículo 34. Sólo podrán intervenir en el juicio, las personas que tengan interés legítimo en el mismo. / En los casos en que el actor pretenda obtener sentencia que le permita realizar actividades reguladas, deberá acreditar su interés jurídico mediante la correspondiente concesión, licencia, permiso, autorización o aviso».

«Artículo 72. El juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es improcedente: / XI. Cuando no se acredite el interés jurídico, en los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 34 de esta Ley».

Esta reforma, que exige la demostración de una concesión, licencia, per-

⁽²²⁾ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVI, diciembre de 2002, p. 242.

miso, autorización o aviso, tratándose de actividades reguladas, constituye un retroceso en la justicia administrativa, pues vuelve al concepto arcaico de interés jurídico que ya había sido superado a fin de facilitar a los particulares el acceso al tribunal.

La respectiva exposición de motivos sólo dice que la reforma a la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, es complementaria de la iniciativa que reforma, adiciona y modifica diversas disposiciones de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, sin explicar por qué se restablece el requisito de tener que contar con concesión, licencia, permiso, autorización o aviso para hacer procedente el contencioso administrativo local.

La Ley Orgánica del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal, en vigor a partir del 11 de septiembre de 2009, nuevamente estableció (en su artículo 51) que sólo podían intervenir en el juicio las personas que tuvieran interés legítimo.

Desafortunadamente, el indeciso legislador local, por reforma del 24 de julio de 2012, volvió a disponer que «En los casos en que el actor pretenda obtener sentencia que le permita realizar actividades reguladas, deberá acreditar su interés jurídico mediante la correspondiente concesión, licencia, permiso, autorización o aviso». Con lo que, para la procedencia del juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, se restablece un sistema mixto que es el que se encuentra en vigor: para unos casos basta un interés legítimo y, para otros, se requiere interés jurídico.

Así las cosas, es indudable que con la reforma al artículo 107, fracción I, constitucional, que venimos comentando, se ha dado un gran avance en los esfuerzos para establecer garantías para la protección de los derechos humanos, al facilitarse a los particulares el acceso al juicio de amparo, enterrando, por fin, el concepto de interés jurídico (salvo para asuntos jurisdiccionales).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario, *Las Causas de Inadmisibilidad en el Proceso Contencioso Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- ARGAÑARÁS, Manuel J., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1955.
- BALLESTEROS ARRIBAS, Silvia, *Guía Práctica de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Número 64, Cemci, Granada, 1999.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, volumen I.
- ESCUSOL BARRA, Eladio y Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- FIORINI, Bartolomé A., *Qué es el Contencioso*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al Estudio del Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- IRTURBE RIVAS, Arturo, *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, volumen I.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2001.
- RUIZ RISUEÑO, Francisco, *El Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Colex, Madrid, 1999.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, México, 2002.

GUSTAVO ARTURO ESQUIVEL VÁZQUEZ (*)

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA

ABSTRACT: The paper is focused on the case law of the Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, which is the highest Court in Mexico dealing with the fiscal and administrative matters. In particular, it is analysed the judgments where the Tribunal implements the principles concerning the human rights, on the ground of the interpretation provided by the Interamerican Court of Human Rights and by the Mexican Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUMARIO: 1. Orígenes y naturaleza del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. — 2. Competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. — 3. La protección jurisdiccional de los derechos humanos. — 4. Apéndice jurisprudencial.

1. — *Orígenes y naturaleza del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.*

El contencioso administrativo en México es más añejo de lo que comúnmente se piensa, Carrillo Flores apunta ⁽¹⁾ que el pasado del Tribunal Fiscal de la Federación «anterior denominación del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa» lo es la Junta Superior de Real Hacienda, la cual se constituyó según lo establecido en la Ordenanza de Intendentes expedida en diciembre de 1786 ⁽²⁾, es decir casi tres años antes de la Re-

(*) Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad Panamericana. 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⁾ Véase A. CARRILLO FLORES, *Orígenes y desarrollo del Tribunal Fiscal de la Federación*, en *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, 1987, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 207.

⁽²⁾ Véase L. JÁUREGUI, *La Real Hacienda de Nueva España*, 1ª ed., 1999, Facultad de Economía, UNAM, México, p. 85.

volución Francesa y trece antes de la constitución del Consejo de Estado francés.

El autor Jáuregui anota respecto de la Junta Superior Real de Hacienda que: «La Ordenanza de Intendentes concedió a este organismo una importante dosis de poder y presencia en la mayoría de los asuntos de la Real Hacienda, sobre todo en materia contenciosa, como lo señalaba el artículo 78. / Por lo que toca al ejercicio de la jurisdicción contenciosa en los expedientes y negocios de mis rentas deberán los intendentes conocer primitivamente, y con absoluta inhibición de todos los magistrados, tribunales y audiencias de aquel reino, a excepción sólo de la Junta Superior de Real Hacienda. / La Junta Superior estaba formada en su mayoría por miembros de la Audiencia, por lo que es lógico suponer que se encargaba de resolver todos los asuntos contenciosos de la fiscalidad novohispana»⁽³⁾.

Con las luchas intestinas que caracterizaron al siglo diecinueve mexicano, existió un intento de insertar el contencioso administrativo en el año de 1853, con Teodosio Lares y las *Bases para la Administración de la República*, y la *Ley para el arreglo de lo Contencioso Administrativo* y su reglamento, que establecían un Consejo de Estado de acuerdo al modelo francés y como un organismo de jurisdicción retenida⁽⁴⁾.

Como tales disposiciones se presentaron durante la administración del general Antonio López de Santa Anna, su posterior derrocamiento y la aversión que se produjo hacia su persona, trajo como consecuencia el rechazo a la mayor parte de lo realizado durante sus gestiones⁽⁵⁾, incluyendo lo relativo al contencioso administrativo.

Dos constituciones políticas y más de ochenta años transcurrirían para retomar las ideas del contencioso administrativo y en el año de 1936 se establece el Tribunal Fiscal de la Federación, dentro del ámbito del poder

⁽³⁾ L. JÁUREGUI, *La Real Hacienda de Nueva España*, cit., p. 87.

⁽⁴⁾ Véase H. FIX-ZAMUDIO, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, 1983, México, § 145, p. 79.

⁽⁵⁾ Obviamente escapó al rechazo y aún persiste y se canta el *Himno Nacional*, que se creó a partir de un concurso convocado por la administración santannista en el año de 1853 y que se interpretó públicamente por primera vez en 1854.

ejecutivo, con atribuciones de un tribunal especializado y justicia delegada, es decir, que los fallos se dictaban en nombre del Presidente de la República, al estilo de lo ocurría con las extintas Comisiones Agrarias.

La evolución del Tribunal Fiscal de la Federación, ha sido constante⁽⁶⁾ y actualmente su denominación es Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con plena autonomía presupuestal y para dictar sus fallos y autonomía presupuestal, por lo tanto es uno de los Tribunales previamente establecidos y contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el artículo 73, fracción XXIX-H, con la característica de resolver controversias entre la Administración Pública Federal y los afectados por sus actos de autoridad, a lo que se le añade la característica especial de resolver también controversias entre un órgano técnico de la Cámara de Diputados, como lo es la Auditoría Superior de la Federación y los afectados por sus resoluciones, que pueden ser cualquiera de los tres poderes de la Unión, cualquiera de los tres niveles de gobierno reconocidos en la constitución, como lo es Federal, Estatal y Municipal o, particulares, estableciéndose en ese sentido un nuevo paradigma. En el siguiente apartado se detallará la competencia material del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

2. — *Competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.*

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, es competente para resolver acerca de las controversias por las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se especifican en el artículo 14 de su Ley Orgánica, y comprende a las siguientes resoluciones definitivas:

1) Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación.

⁽⁶⁾ Para una visión más amplia véase el capítulo IX de *El Órgano Público autónomo y el Tribunal Legislativo en México*, de G.A. ESQUIVEL VÁZQUEZ, Editorial Porrúa, S.A., 2006, México.

2) Las que nieguen la devolución de un ingreso, de los regulados por el Código Fiscal de la Federación, indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda de conformidad con las leyes fiscales.

3) Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales.

4) Las que causen un agravio en materia fiscal distinto a las anteriores.

5) Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales que concedan las leyes a favor de los miembros de las fuerzas armadas nacionales o de sus familiares o derechohabientes.

6) Las que se dicten en materia de pensiones civiles, con cargo al Erario Federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

7) Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

8) Las que nieguen la indemnización o que, por su monto, no satisfagan al reclamante y las que impongan la obligación de resarcir los daños y perjuicios pagados con motivo de la reclamación, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado o de las leyes administrativas federales que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado.

9) Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como sus organismos descentralizados.

10) Las que traten las materias señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior.

11) Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

12) Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones antes mencionadas.

13) Las que se funden en un tratado o acuerdo internacional para evitar la doble tributación o en materia comercial, suscrito por México, o cuando

el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor alguno de los referidos tratados o acuerdos.

14) Contra actos administrativos, decretos y acuerdos de carácter general, diversos a los reglamentos, cuando sean autoaplicativos o se controvierta con motivo de su primer acto de aplicación.

15) Las que se configuren por negativa ficta en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Procedimientos Administrativo o las disposiciones aplicables o, en su defecto, en el plazo de tres meses, así como las que nieguen la expedición de la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rija a dichas materias. Esto no será aplicable a los casos en que se pueda afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa.

También serán impugnables los que por afinidad les corresponda en acatamiento a jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, las que le sean atribuidas en las demás leyes como de competencia del Tribunal como lo son:

1) Ley de Coordinación Fiscal art.11-A. Resolución recaída al recurso de inconformidad interpuesto con motivo del incumplimiento de las disposiciones del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

2) Ley del Servicio de Administración Tributaria. art. 34. Responsabilidad del pago de los daños y perjuicios causados por los servidores del Servicio de Administración Tributaria o indemnización por gastos y perjuicios por falta de allanamiento al contestar la demanda en las hipótesis previstas.

3) Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. art. 25. Resoluciones que apliquen sanciones administrativas.

4) Sanciones y resoluciones de la Auditoría Superior de la Federación. (Art. 79 CPEUM).

5) Ley de Fiscalización y rendición de cuentas de la Federación. art 69.

6) Ley del Servicio Profesional de Carrera de la Administración Pública Federal, art. 80. Controversias de carácter administrativo.

7) Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. art. 24. Controversias por indemnización.

8) Ley de Protección de Datos Personales en posesión de particulares art. 56

Debiendo de resaltarse que de conformidad al artículo 2° de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y el artículo 14, penúltimo párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, también son impugnables los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación, lo que resulta relevante ya que se tiene la coyuntura para el justiciable, que al impugnar directamente tales actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, podrá ejercer el control difuso a que se refiere el artículo 1° constitucional.

Por otra parte y por mandato constitucional contenido en los artículo 73, fracción XXIX-H y 79, fracción IV, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, es el órgano jurisdiccional establecido por el Poder Legislativo para resolver las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como entre la entidad de fiscalización superior de la Federación y las entidades fiscalizadas o los servidores públicos afectados adscritos a las mismas, consecuentemente el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, revisa la legalidad de los actos emitidos por la administración pública federal o por el órgano técnico de la Cámara de Diputados que es la entidad de fiscalización superior de la Federación.

Con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se encuentra obligado a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución, debiendo adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, de conformidad con el principio *pro persona*.

Resulta interesante la extensa y detallada clasificación elaborada por Carpizo de los derechos humanos, que como garantías se contienen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que partiendo de una

clasificación genérica de garantías de igualdad, libertad y seguridad jurídica, las desglosa de la siguiente forma: «En México, las garantías de igualdad son: 1) goce, para todo individuo, de las garantías que otorga la Constitución; 2) prohibición de la esclavitud; 3) igualdad de derechos sin distinción de sexos; 4) prohibición de títulos de nobleza, prerrogativas y honores hereditarios; 5) prohibición de fueros; 6) prohibición de ser sometido a proceso con apoyo en leyes privativas o a través de tribunales especiales. / Las garantías de libertad son: 1) libertad de planeación familiar; 2) libertad de trabajo; 3) nadie puede ser privado del producto de su trabajo si no es por resolución judicial; 4) nulidad de los pactos contra la dignidad humana; 5) posesión de armas en el domicilio para la seguridad y legítima defensa. La ley establece las condiciones para la portación de armas; 6) libertad de locomoción interna y externa del país; 7) abolición de la pena de muerte salvo en los casos expresamente consignados en la Constitución y que ya he mencionado; 8) libertad de pensamiento; 9) libertad de información; 10) libertad de imprenta; 11) libertad de conciencia; 12) libertad de cultos; 13) inviolabilidad de la correspondencia; 14) inviolabilidad del domicilio; 15) libertad de asociación y reunión; 16) reunión con fin político; 17) manifestación pública para presentar a la autoridad una petición o una protesta; 18) prohibición de reos políticos. / Las garantías de seguridad jurídica son: 1) derecho de petición; 2) a toda petición, la autoridad contestará por escrito; 3) irretroactividad de la ley; 4) privación de derechos sólo mediante juicio seguido con las formalidades del proceso; 5) principio de legalidad; 6) prohibición de aplicar la analogía y la mayoría de razón en los juicios penales; 7) principio de autoridad competente; 8) mandamiento judicial escrito, fundado y motivado para poder ser molestado en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; 9) detención sólo con orden judicial; 10) abolición de prisión por deudas de carácter puramente civil; 11) prohibiciones de hacerse justicia por propia mano; 12) expedita y eficaz administración de justicia; 13) prisión preventiva sólo por delitos que tengan pena corporal; 14) garantías del auto de formal prisión; 15) garantías del acusado en todo proceso criminal; 16) sólo el ministerio público y la policía judicial pueden perseguir los delitos; 17) prohibición de penas infamantes y trascendentes; 18) nadie puede ser juzgado dos veces

por el mismo delito; 19) los juicios criminales no pueden tener más de tres instancias»⁽⁷⁾.

Resulta oportuno mencionar que como se desprende de la clasificación que formula Carpizo, buena parte de las garantías que menciona, «con excepción evidente de las que son exclusivamente de la materia penal», resultan objeto del control jurisdiccional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

3. — *La protección jurisdiccional de los derechos humanos.*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ya icónico expediente *Varios 912/2010*, de 14 de julio de 2011⁽⁸⁾, precisó algunas consideraciones acerca de cómo deben ser protegidos los derechos humanos por los órganos jurisdiccionales, las que a continuación se transcriben:

«21. De este modo, los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos».

«27. De este modo todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos

⁽⁷⁾ J. CARPIZO, *Estudios Constitucionales*, 6ª ed., Editorial Porrúa, e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 111, México, 1998, pp. 485 y 487.

⁽⁸⁾ Coincidentemente la fecha en que se conmemora a la Revolución francesa de 1789, que consagró a los Derechos Humanos.

humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*».

«29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en al última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia».

«31. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133) así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.

- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano no haya sido parte».

«32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación».

«33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del 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 aquella que hace 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 aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte».

«34. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control, acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes y sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada».

«35. Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el 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, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas».

De las anteriores consideraciones del Supremo Tribunal, se puede advertir que el punto medular es el contenido en el párrafo 33, ya que claramente define la interpretación que deben llevar a cabos los juzgadores para proteger los derechos humanos de los justiciables.

Así se tiene que, como ya se expresó en párrafos precedentes, que ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se impugnan las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se especifican en el artículo 14 de su Ley Orgánica, y comprende a las siguientes resoluciones definitivas:

- Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación.

- Las que nieguen la devolución de un ingreso, de los regulados por el Código Fiscal de la Federación, indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda de conformidad con las leyes fiscales.

- Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales.

- Las que causen un agravio en materia fiscal distinto a las anteriores.

- Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales que concedan las leyes a favor de los miembros de las fuerzas armadas nacionales o de sus familiares o derechohabientes.

- Las que se dicten en materia de pensiones civiles, con cargo al Erario Federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

- Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

- Las que nieguen la indemnización o que, por su monto, no satisfagan al reclamante y las que impongan la obligación de resarcir los daños y perjuicios pagados con motivo de la reclamación, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado o de las leyes administrativas federales que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado.

- Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como sus organismos descentralizados.

- Las que traten las materias señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior.

- Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

- Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones antes mencionadas.

- Las que se funden en un tratado o acuerdo internacional para evitar la doble tributación o en materia comercial, suscrito por México, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor alguno de los referidos tratados o acuerdos.

- Contra actos administrativos, decretos y acuerdos de carácter general, diversos a los reglamentos, cuando sean autoaplicativos o se controvierta con motivo de su primer acto de aplicación.

- Las que se configuren por negativa ficta en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Procedimientos Administrativo o las disposiciones aplicables o, en su defecto, en el plazo de tres meses, así como las que nieguen la expedición de la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rijan a dichas materias. Esto no será aplicable a los casos en que se pueda afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa.

Que también serán impugnables los que por afinidad les corresponda en acatamiento a jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, las que le sean atribuidas en las demás leyes como de competencia del Tribunal como lo son:

- Ley de Coordinación Fiscal art.11-A. Resolución recaída al recurso de inconformidad interpuesto con motivo del incumplimiento de las disposiciones del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

- Ley del Servicio de Administración Tributaria. art. 34. Responsabilidad del pago de los daños y perjuicios causados por los servidores del Servicio de Administración Tributaria o indemnización por gastos y perjuicios por falta de allanamiento al contestar la demanda en las hipótesis previstas.

- Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. art. 25. Resoluciones que apliquen sanciones administrativas.

- Sanciones y resoluciones de la Auditoría Superior de la Federación. (Art. 79 CPEUM).

- Ley de Fiscalización y rendición de cuentas de la Federación. art 69.

- Ley del Servicio Profesional de Carrera de la Administración Pública Federal. art. 80. Controversias de carácter administrativo.

- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. art. 24. Controversias por indemnización.

- Ley de Protección de Datos Personales en posesión de particulares art. 56.

Debiendo de resaltarse que de conformidad al artículo 2º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y el artículo 14, penúltimo párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, también son impugnables los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación, lo que resulta relevante ya que se tiene la coyuntura para el justiciable, que al impugnar directamente tales actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, podrá ejercer el control difuso a que se refiere el artículo 1º constitucional.

Lo anterior no implica que en el supuesto de impugnarse una resolución definitiva, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa esté imposibilitado para ejercer la facultad, de ejercer el control difuso y pronunciarse acerca de la inaplicabilidad de una norma general en la resolución impugnada.

En ambos casos, al momento de resolver en definitiva y atendiendo a lo que ya resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá proceder de la siguiente manera:

1) Observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure

una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

Al respecto cabe traer a cuenta lo expresado por Ferrer en los siguientes términos: «3. El *objeto* materia de la interpretación conforme no se restringe:

A. exclusivamente a los derechos humanos de rango constitucional (sea fuente constitucional o internacional), sino también comprende a los derechos infra constitucionales, toda vez que este criterio interpretativo se aplica con independencia del rango o jerarquía que tenga la norma en cuestión; de tal manera que las normas que los contengan, deberán interpretarse de conformidad con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales; se trata, en este sentido, de una interpretación “desde” el texto fundamental hacia abajo.

B. a los previstos en el capítulo I del Título Primero de la Constitución federal, sino a todos los derechos humanos sea cual sea su ubicación en el texto fundamental (como sucede con los derechos humanos de tipo laboral previstos en el artículo 123, por ejemplo);

C. a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales específicos en dicha materia, sino también a aquellos derechos humanos previstos en “cualquier” tratado internacional, sea cual sea su denominación o la materia que regule; por ejemplo, los derechos humanos contenidos en los tratados en materia de derecho internacional humanitario o de derecho internacional en general, y

D. a normas de tipo “sustantivas”, sino también a las de carácter “adjetivas” relativas a derechos humanos. Así, la norma para interpretar derechos humanos puede ser objeto, a su vez, de interpretación conforme»⁽⁹⁾.

2) Velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por

⁽⁹⁾ E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Chile, publicado en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 555.

los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

Sobre ese punto en específico, Ferrer, escribe que: «En efecto, al realizarse el “examen de compatibilidad convencional”, el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José) que implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales»⁽¹⁰⁾.

3) Preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. No hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), encontrándose obligado a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

Una vez más se presenta la opinión de Ferrer que: «En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la “interpretación” de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica optar por la interpretación armónica más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis* previsto en el artículo 29 del Pacto de San José y ahora también en el segundo párrafo del artículo 1° constitucional, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, contrario sensu, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando no pueda lograrse interpretación constitucio-

⁽¹⁰⁾ E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Chile, publicado en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 578-579.

nal y convencional posible, los jueces deberán *desaplicar* la norma nacional o *declarar su invalidez*, según la competencia que la Constitución y las leyes nacionales otorguen a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del “control difuso de convencionalidad”»⁽¹¹⁾.

4) El parámetro de análisis de este tipo de control que deberá ejercer, se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133) así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.

- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte

- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano no haya sido parte.

5) Esta posibilidad de inaplicación por parte del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en ningún momento supondrá la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente parte de esa presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

6) De este modo, este tipo de interpretación a realizar por parte del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, presupone realizar tres pasos.

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al igual que todas las demás autoridades del 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 existen varias interpretaciones jurídicamente válidas, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa debe, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la constitución y en los tratados internacionales en

⁽¹¹⁾ E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Chile, publicado en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 595.

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 aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

4. — *Apéndice jurisprudencial.*

Al respecto es de resaltarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado que únicamente son vinculantes las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Estado Mexicano fue parte del asunto, quedando el resto de las sentencias dictadas por tal Corte como meramente orientadoras, según se desprende de las siguientes tesis: [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 556; Registro: 160 482 – *Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado Mexicano fue parte en el litigio.* El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único precedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de once votos en relación con la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Luis María Aguilar Morales. Mayoría de ocho votos en cuanto a la posibilidad de revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado Mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla, o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por el Estado Mexicano; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXV/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: 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, cuyos rubros son los siguientes: ‘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’», conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

[TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 550; Registro: 160 584. *Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado Mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución federal.* Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos. Varios 912/2010. 14 de de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: 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, cuyos rubros son los siguientes: ‘*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*’», conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

Existe opinión crítica respecto de tal criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que Ferrer considera que: «De ahí que no compartimos el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de considerar a la jurisprudencia de la Corte IDH como “orientadora”, al llevar implícita la idea de ser “facultativa” para el juez; cuestión que estimamos debería meditarse en el futuro por el propio pleno de nuestro máximo tribunal. Este criterio fue establecido por una mayoría de seis votos contra cinco, por lo que puede sufrir mutaciones a corto plazo»⁽¹²⁾.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, tiene la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

En lo que concierne a los principios que caracterizan a los derechos humanos, se han considerado que son los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En cuanto a la *universalidad*, los derechos humanos son para todas las personas, no pueden ser limitados en el sentido de que para una categoría de

(12) E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Chile, publicado en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 598-599.

personas le son aplicables y a otras no, no importa de que si se trata de que unos sean más delincuentes que otros y que por tal razón se les reduzca o elimine el goce de los derechos humanos.

Adicionalmente es de indicarse que: «El principio de universalidad, se encuentra íntimamente ligado a la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales pues se refiere al alcance de su protección, independientemente de que sean o no reconocidos por el orden jurídico nacional. Su objeto es ir más allá de la simple aplicación de la ley y pasar a su tutela supranacional»⁽¹³⁾.

Por lo que se refiere a la *Interdependencia*, los derechos humanos se encuentran vinculados entre sí y por tal motivo unos dependen de otros, no se puede considerar que el derecho a la vida se encuentre independiente o ajeno al de la libertad innata.

«Los derechos fundamentales son interdependientes en tanto establecen vinculación entre ellos, y son indivisibles en tanto deben ser observados como un conjunto, así el avance de uno facilita el avance de los demás y de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente al resto de ellos»⁽¹⁴⁾.

Por lo que se trata acerca de la *Indivisibilidad*, es tan sencillo como que los derechos humanos no pueden ser divididos ni protegerse de manera aislada: «(...) los derechos fundamentales como conjunto de prerrogativas propias a la persona, no pueden ser analizados ni tutelados en forma aislada, sino como un solo cuerpo jurídico, ya que forman parte de una construcción que protege la dignidad y el valor de la persona»⁽¹⁵⁾.

La *Progresividad*, los derechos humanos no bastan con que sean reconocidos en los ordenamientos legales, deben protegerse y además no puede existir retroceso en los mismos, deben avanzar y no revertirse, por ejemplo si se encuentra reconocida la igualdad sin distinción de sexo, no debería retrocederse a una desigualdad en perjuicio de uno de los sexos.

«El objetivo de promover la dignidad de las personas, no puede estar

⁽¹³⁾ <http://www.prodecon.gob.mx>.

⁽¹⁴⁾ <http://www.prodecon.gob.mx>.

⁽¹⁵⁾ <http://www.prodecon.gob.mx>.

limitado a un cierto número de derechos o postulados básicos, pues en la medida que la sociedad va reconociendo día con día valores intrínsecos del individuo, que ameritan una protección especial, se amplía y enriquece el catálogo de derechos.

Los derechos fundamentales, son progresivos porque concretan las exigencias de la dignidad de la persona en cada momento histórico determinado; las necesidades personales y colectivas, no son estáticas, por el contrario, aumentan según el progreso social, cultural, económico o industrial de la comunidad existe una tendencia permanente a alcanzar mayores niveles de bienestar»⁽¹⁶⁾.

Por otra lado y en ese orden de ideas, se tiene que por parte del juzgador deberá desarrollarse un criterio que resuelva apropiadamente la cuestión que se le plantea, debiendo diferenciar entre una simple violación a los derechos reconocidos en las diversas disposiciones legales y los tratados internacionales de que se trate, y la violación que las normas secundarias efectúen de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, ya que al buscarse la desaplicación de la norma, será el propósito del control difuso.

En ese contexto y sentido se ha expresado ya el Poder Judicial Federal, «al resolver en amparo casación sobre el otorgamiento de una pensión» diferenciado situaciones de legalidad con la violación a instrumentos internacionales; tal y como se aprecia de la ejecutoria dictada por el Décimo Tercer Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito en el D.A. 678/2011-12103: «Finalmente, en el caso no se advierte violación alguna a los instrumentos internacionales que incorporan el derecho a la seguridad social y sus alcances, reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 22 y 25), en el Pacto Internacional de Derechos Humanos (artículos 9, 10.2 y 10.3); en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVI); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26); en el protocolo de “San Salvador” en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9) y de

⁽¹⁶⁾ <http://www.prodecon.gob.mx>.

manera especializada en el convenio No. 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre seguridad social (norma mínima), toda vez que no se están restringiendo ni menoscabando las prestaciones relativas al seguro de jubilación a que tiene derecho la parte quejosa, sino que únicamente se está precisando que si ésta pretende la inclusión en su cuota diaria pensionaria de conceptos distintos al salario tabular, prima de antigüedad y/o quinquenios, le corresponde acreditar que se realizaron las aportaciones respectivas al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado».

Tampoco debe soslayarse que los derechos humanos resultan limitados, los distintos instrumentos internacionales de alguna manera así lo establecen, incluso en la *Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre*, se mencionan los límites a los derechos humanos de la siguiente forma en el Artículo XXVIII: «Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Lo anterior resulta relevante para el juzgador, que primordialmente debe atender el principio de *pro persona*, sin que ello signifique que al aplicar tal principio, se puedan atropellar los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general y el desenvolvimiento democrático.

En el supuesto de que un acto administrativo se funde en una norma que vulnere a los derechos humanos, existirán las opiniones de que la actuación del Tribunal para proteger los derechos humanos podrá ser de oficio o a petición de parte.

En efecto, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa al momento de resolver el asunto que le sea presentado, deberá acatar lo que se establece en el artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo: *Artículo 50.* – Las sentencias del Tribunal se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del actor que se deduzca de su demanda, en relación con una resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.

Cuando se hagan valer diversas causales de ilegalidad, la sentencia de la Sala deberá examinar primero aquéllos que puedan llevar a declarar la nulidad lisa y llana. En el caso de que la sentencia declare la nulidad de una reso-

lución por la omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, o por vicios de procedimiento, la misma deberá señalar en que forma afectaron las defensas del particular y trascendieron al sentido de la resolución.

Las Salas podrán corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos que se consideren violados y examinar en su conjunto los agravios y causales de ilegalidad, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda y en la contestación.

Tratándose de las sentencias que resuelvan sobre la legalidad de la resolución dictada en un recurso administrativo, si se cuenta con elementos suficientes para ello, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad de la resolución recurrida, en la parte que no satisfizo el interés jurídico del demandante. No se podrán anular o modificar los actos de las autoridades administrativas no impugnados de manera expresa en la demanda.

En el caso de sentencias en que se condene a la autoridad a la restitución de un derecho subjetivo violado o a la devolución de una cantidad, el Tribunal deberá previamente constatar el derecho que tiene el particular, además de la ilegalidad de la resolución impugnada.

Hecha excepción de lo dispuesto en fracción XIII, apartado B, del artículo 123 Constitucional, respecto de los Agentes del Ministerio Público, los Peritos y los Miembros de las Instituciones Policiales de la Federación, que hubiesen promovido el juicio o medio de defensa en el que la autoridad jurisdiccional resuelva que la separación, remoción, baja, cese, destitución o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada; casos en los que la autoridad demandada sólo estará obligada a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tengan derecho, sin que en ningún caso proceda la reincorporación al servicio.

De su análisis se puede apreciar que en el cuarto párrafo, del artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento contencioso Administrativo, se establece la prohibición de suplir la queja del justiciable, lo que ha sido sustentado ya con anterioridad por la jurisprudencia de la segunda época del Tribunal: *Procesal (demanda) II-J-200 Sentencias. – Es indebido suplir las deficiencias de la queja en el juicio de nulidad. – En los términos de los artículos 193 y 229 del*

Código Fiscal de la Federación de 1967, no es dable suplir la deficiencia de la queja de cualquiera de las partes, introduciendo elementos ajenos a sus planteamientos, ya que en las sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación únicamente deben examinarse los puntos controvertidos de la resolución, la demanda y la contestación; además de que si hubiera sido voluntad del legislador que el Tribunal examinara cuestiones de oficio, lo habría señalado en forma expresa, como ha sucedido en otras materias diversas a la fiscal.

Revisión No. 521/78.- Resuelta en sesión de 11 de enero de 1980, por unanimidad de 6 votos.- Magistrada Ponente: Margarita Lomelí Cerezo.- Secretaria: Lic. Celia López Reynoso.

Revisión No. 1155/82.- Resuelta en sesión de 19 de septiembre de 1983, por unanimidad de 7 votos.- Magistrado Ponente: Alfonso Cortina Gutiérrez.- Secretaria: Lic. Ana María Múgica Reyes.

Revisión No. 12/84.- Resuelta en sesión de 17 de agosto de 1984, por unanimidad de 6 votos.- Magistrado Ponente: Alfonso Cortina Gutiérrez.- Secretaria: Lic. María Estela Ferrer Mac Gregor P.

Tesis de jurisprudencia No. 200 (Texto aprobado en sesión de 26 de octubre de 1984). R.T.F.F. // Segunda Época. Año VI. No. 59. Noviembre 1984. p. 369. La excepción expresa para suplir la queja del justiciable, lo es que el Tribunal, por ser de orden público, podrá hacer valer la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución, tal y como lo considera la propia Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativa en el artículo 51: *Artículo 51.* – Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: (...) El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

A lo anterior debe precisarse que si bien, existe la prohibición al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de suplir la queja, no existe para suplir la deficiencia de la queja del justiciable en el supuesto de conceptos de anulación implícitos en la demanda, como lo precisa el tercer párrafo del

artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y, se determina en la siguiente jurisprudencia y tesis aislada del Tribunal: *Procesal (demanda) II-J-293 Sentencias. – Suplencia de la queja. – no se incurre en ella cuando se examinan conceptos implícitos de la demanda.* – Se da la suplencia de la queja cuando se introducen en la litis argumentos que de ningún modo hizo valer la actora, pero no acontece cuando la juzgadora, en el desempeño de su función jurisdiccional, hace razonamientos que resultan del estudio de los argumentos que sí le fueron planteados y de la aplicación e interpretación del derecho, aun cuando dichos razonamientos no hayan sido expresados, sino que implícitamente estén contenidos en los argumentos de la demanda.

Revisión No. 533/81.- Resuelta en sesión de 1º de julio de 1982, por mayoría de 6 votos, 1 más con los resolutivos y 1 en contra.

Revisión No. 714/84.- Resuelta en sesión de 16 de enero de 1985, por unanimidad de 8 votos.

Revisión No. 1418/84.- Resuelta en sesión de 31 de enero de 1986, por mayoría de 7 votos y 1 más con los resolutivos.

(Texto aprobado en sesión de 7 de abril de 1987). R.T.F.F. // Segunda Época. Año VIII. No. 88. Abril 1987. p. 804: *Procesal Sentencias de Sala Superior IV-P-2aS-132 Poderes del juez, cuando las partes equivocan sus argumentos de derecho.* – La evolución interpretativa del juicio de amparo ha influido en forma importante en la interpretación de las disposiciones relacionadas con el juicio contencioso administrativo. Así, instituciones incorporadas de la casación al amparo directo, repercutieron en una interpretación rigorista efectuada por el Tribunal Fiscal de la Federación y convalidada en su tiempo por el Poder Judicial de la Federación; sin embargo, nuestro máximo Tribunal ha ido, a través de una construcción pretoriana, atenuando el rigor formal. Por lo que este Tribunal, con fundamento en el artículo 237 del Código Fiscal de la Federación, ha considerado que resolver la cuestión efectivamente planteada, lo obliga a distinguir entre la fuerza vinculante de los hechos llevados a juicio y la obligación que tiene el juez de conocer y aplicar el derecho. De conformidad con el artículo citado, el Tribunal queda vinculado por las razones de hecho expuestas por las partes. Lo anterior resulta de la necesidad de respetar el principio de contradicción; únicamente los hechos notorios

se excluyen de la regla, ya que no necesitan ser probados. Por otra parte, las razones de derecho no vinculan al juzgador con la misma fuerza. El juez está obligado a conocer el derecho, conforme al principio *Iura Novit Curia*, principio general de derecho que el Código Fiscal de la Federación recoge en el propio artículo 237 al establecer que el Tribunal debe fundar sus sentencias en derecho. Por lo tanto, los poderes del juez para resolver conforme a derecho, están, en primer término, limitados por la causa petendi. Así, el Tribunal no puede dar algo diferente de lo pedido o en mayor cantidad ni por una causa distinta, salvo que la Ley autorice la suplencia de la demanda o la causa sea de orden público. En el contencioso administrativo mexicano el juez tiene otro límite, no puede cambiar los fundamentos y motivos de la resolución impugnada, pero no debe confundirse dicha resolución con los argumentos formulados en la apelación. En tal virtud, mientras se respete la causa petendi y no se alteren los fundamentos y motivos de la resolución impugnada, el Tribunal tiene la facultad, poder que es simultáneamente deber, de apartarse de los argumentos de derecho, presentados por la autoridad en su recurso, aun cuando el particular esté de acuerdo con dicha argumentación. (8)

Juicio No. 100(A)-II-1297/96/148/95. – Resuelto por la Segunda Sección del Tribunal Fiscal de la Federación, en sesión de 9 de marzo de 1999, por unanimidad de 4 votos. – Magistrado Ponente: Rubén Aguirre Pangburn.- Secretaria: Lic. Isabel Urrutia Cárdenas.

(Tesis aprobada en sesión de 9 de marzo de 1999) R.T.F.F.//. Cuarta Época. Año II. No.13. Agosto 1999. p. 51.

La actuación del juzgador deberá plegarse en ese sentido a lo que establece la Constitución y su vinculación con las normas secundarias y la jurisprudencia obligatoria del propio Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

A lo que se añade que precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se pronunció acerca de que el control de convencionalidad resulta *ex officio* en materia de derechos humanos, tal y como se corrobora de las siguientes tesis: [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535 ; Registro: 160 589. *Control de convenciona-*

lidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1º constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito

Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: 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, cuyos rubros son los siguientes: ‘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’», conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

[TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 551; Registro: 160 526. *Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de Derechos Humanos*. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis Ma-

ría Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVIII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: 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, cuyos rubros son los siguientes: ‘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’», conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

[TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 552 ; Registro: 160 525. *Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de Derechos Humanos*. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que 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 reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano

sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; *b*) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos 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; y, *c*) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de 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. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: 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, cuyos rubros son los siguientes: ‘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’», conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.

Coincidiendo en ese sentido Ferrer en los siguientes términos: «De esta forma, como lo ha sostenido la propia Corte IDH, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia “en todos los niveles” están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁽¹⁷⁾».

Resulta oportuno mencionar que es lo que se ha considerado que significa la expresión latina *Ex officio* ya que no significa “de oficio”, en todo caso:

« <i>ex officio</i> »	Por virtud del oficio. El miembro <i>ex officio</i> es aquel que forma parte de un órgano por el solo hecho de que ostenta una determinada función o cargo fuera del órgano de que se trate.	La frase castiza y preferible, aparentemente desconocida en la R.D., es miembro <i>natos</i> ⁽¹⁸⁾ .
-----------------------	--	--

«by virtue or because of an office “the Vice President serves *ex officio* as president of the Senate”»⁽¹⁹⁾.

Es de mencionarse que la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa emitió la siguiente jurisprudencia: VII-J-1aS-31. *Control difuso de la constitucionalidad en materia de Derechos Humanos. – El tribunal federal de justicia fiscal y administrativa, debe ejercerlo de oficio.* – Conforme a los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa dentro del ámbito de su competencia tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los

⁽¹⁷⁾ E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Chile, publicado en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 594.

⁽¹⁸⁾ <http://www.academia.org.do>.

⁽¹⁹⁾ <http://www.merriam-webster.com>.

tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, adoptando la interpretación más favorable a la persona, lo que se entiende en la doctrina como el principio “pro persona”; por otra parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia P./J. 4/2010, ha sostenido que el artículo 152 de la Ley Aduanera, al no establecer un plazo para que la autoridad elabore y notifique el acta de irregularidades de mercancías de difícil identificación, viola la garantía de seguridad jurídica, misma situación acontece, tratándose del levantamiento del acta de irregularidades o escrito de hechos u omisiones derivado de la resolución definitiva del procedimiento de verificación de origen practicado conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al quedar al arbitrio de la autoridad el determinar el momento en que llevará a cabo tales actos, dejando en incertidumbre al particular sobre la situación que guarda la importación o exportación que realizó de las mercancías; en ese sentido, no obstante que no se haya hecho valer concepto de impugnación en relación a la actuación de la autoridad sustentada en el artículo 152 de la Ley Aduanera para el levantamiento de acta de irregularidades o escrito de hechos u omisiones derivado de la resolución definitiva del procedimiento de verificación de origen, este Tribunal a efecto de cumplir con la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos ha de ejercer de oficio el control difuso de la constitucionalidad en materia de derechos humanos, sin que ello implique una determinación de inconstitucionalidad por parte de este Tribunal, puesto que sólo se está dejando de aplicar dicho precepto. (Tesis de jurisprudencia aprobada por acuerdo G/S1-23/2012). *Precedentes*: VII-P-1aS-220 Juicio Contencioso Administrativo Núm. 1058/11-07-02-9/103/12-S1-04-03. – Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 13 de marzo de 2012, por unanimidad de 5 votos a favor.- Magistrado Ponente: Rafael Anzures Uribe. – Secretario: Lic. Javier Armando Abreu Cruz. (Tesis aprobada en sesión de 22 de marzo de 2012) R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año II. No. 10. Mayo 2012. p. 180 VII-P-1aS-221 Juicio Contencioso Administrativo Núm. 877/11-03-01-2/124/12-S1-01-03. – Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal

Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 27 de marzo de 2012, por unanimidad de 5 votos a favor. Magistrado Ponente: Rafael Estrada Sámano. Secretario: Lic. Andrés López Lara. (Tesis aprobada en sesión de 27 de marzo de 2012) R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año II. No. 10. Mayo 2012. p. 180 VII-P-1aS-222 Juicio Contencioso Administrativo Núm. 109/11-03-01-8/905/11-S1-01-03. – Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 29 de marzo de 2012, por unanimidad de 5 votos a favor. Magistrado Ponente: Rafael Estrada Sámano.- Secretario: Lic. Julián Rodríguez Uribe. (Tesis aprobada en sesión de 29 de marzo de 2012) R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año II. No. 10. Mayo 2012, p. 180 VII-P-1aS-223 Juicio Contencioso Administrativo Núm. 2892/10-07-03-1/1243/11-S1-01-03. – Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 10 de abril de 2012, por unanimidad de 5 votos a favor. Magistrado Ponente: Rafael Estrada Sámano. Secretario: Lic. Julián Rodríguez Uribe. (Tesis aprobada en sesión de 10 de abril de 2012) R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año II. No. 10. Mayo 2012. p. 180 VII-P-1aS-224 Juicio Contencioso Administrativo Núm. 1030/11-04-01-2/1488/11-S1-01-03.- Resuelto por la Primera Sección de la Sala Superior del el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 12 de abril de 2012, por unanimidad de 5 votos a favor. Magistrado Ponente: Rafael Estrada Sámano. Secretaria: Lic. Magdalena Judith Muñoz Ledo Belmonte. (Tesis aprobada en sesión de 12 de abril de 2012) R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año II. No. 10. Mayo 2012. p. 180 Así lo acordó la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión celebrada el veintiséis de junio de dos mil doce. Firman la Magistrada Nora Elizabeth Urby Genel, Presidenta de la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y la Licenciada María del Consuelo Hernández Márquez, Secretaria Adjunta de Acuerdos, quien da fe. R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año II. No. 12. Julio 2012. p. 30⁽²⁰⁾.

En ese orden de ideas, es de reiterarse que por parte del juzgador deberá

⁽²⁰⁾ <http://www.libreria-tfjfa.com>.

desarrollarse un criterio que resuelva apropiadamente la cuestión que se le plantea, diferenciando entre una simple violación a los derechos reconocidos en las diversas disposiciones legales y los tratados internacionales de que se trate, y la violación que las normas secundarias efectúen de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

Es de mencionarse por otra parte que, al concluir el año de 2011 se presentó ante el Senado de la República una Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria de los artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la que fue dictaminada y presentada a discusión y votación el día 25 de abril de 2012⁽²¹⁾, que retoma básicamente lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultando interesantes las definiciones que formula en su artículo 2°: «Artículo 2°. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: I. *Órganos jurisdiccionales*: los juzgados y tribunales ordinarios, federales o locales, independientemente de su competencia por materia, excepto aquellos competentes para conocer del juicio a que se refiere la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II. *Derechos humanos*: los reconocidos por el Estado Mexicano en términos el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; III. *Jurisprudencia*: la emitida por el Poder Judicial de la Federación; IV. *Criterios vinculantes*: los emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y cuya aplicación será obligatoria. No serán criterios vinculantes los emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano no haya sido parte; V. *Control difuso*: análisis por virtud del cual los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de su competencia, examinan una norma general a la luz de los derechos humanos, la jurisprudencia y los criterios vinculantes, favorecidos, en todo tiempo, la protección más amplia a las personas; VI. *Inaplicación de la norma general*: acto por el cual los órganos jurisdiccionales, una vez realizado el control difuso,

(21) <http://www.senado.gob.mx>.

determinan inaplicar en el caso concreto la norma general analizada, y *VI (sic). Resolución definitiva*: las resoluciones que emitan los órganos jurisdiccionales, respecto de las cuales las leyes no prevean la procedencia de juicio, recurso o medio de defensa alguno. También se considerarán resoluciones definitivas, aquellas respecto de las cuales, tratándose de delitos graves, las leyes prevean medios de defensa pero éstos no hayan sido interpuestos por las personas legitimadas para ello»⁽²²⁾.

En el dictamen presentado por las Comisiones unidas de Justicia; y de Estudios Legislativos, Primera; al pleno de la Cámara de Senadores el día 25 de abril de 2012, inclusive se insertó en su página nueve, un cuadro que refleja el tipo de control que debe ejercerse, sus niveles, el fundamento constitucional, las autoridades competentes, las vías para ejercerlo y, los efectos del control, cuadro que es el siguiente⁽²³⁾:

A lo anterior se añade la reiteración de lo que ya determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de que las normas generales se presumirán constitucionales, al establecerlo así el artículo 3º de la mencionada iniciativa: «*Artículo 3º*. Los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio del control difuso, deberán presumir la constitucionalidad de la norma general analizada. / Para tal efecto, deberán aplicar el método de interpretación conforme, según el cual, cuando existan varias interpretaciones jurídicamente válidas, deberán preferir aquélla que haga, a la norma general analizada, compatible con los derechos humanos, la jurisprudencia o los criterios vinculantes. / Sólo cuando no sea posible la interpretación conforme, los órganos jurisdiccionales podrán determinar la inaplicación de la norma general, para lo cual deberán expresar, en la parte considerativa de su resolución, los argumentos lógico-jurídicos que la sustenten».

Cómo cuestión novedosa, se presenta el que el control difuso de los órganos jurisdiccionales, se encontrará sujeto a su vez a una revisión por

⁽²²⁾ Gaceta parlamentaria del Senado, 3 de Noviembre de 2011, Primer Periodo Ordinario No. Gaceta: 301, véase, <http://www.senado.gob.mx>.

⁽²³⁾ <http://www.senado.gob.mx>.

parte del Poder Judicial Federal, a través de una vista y recurso denominado: *recurso de control constitucional por inaplicación* que promoverá la Procuraduría General de la República, expresándose en la exposición de motivos correspondiente que:

El proyecto que se somete a la consideración del Senado de la República tiene por objeto regular la intervención del Poder Judicial de la Federación en la revisión de la constitucionalidad de la inaplicación de normas generales que realicen los juzgados y tribunales, federales o locales, independientemente de su competencia por materia, excepto aquellos competentes para conocer del juicio de amparo.

Para tal efecto y con la intención de generar criterios de interpretación homogéneos respecto de la inaplicación de normas generales, el presente proyecto define el control difuso como el análisis por virtud del cual los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de su competencia, examinan una norma general a la luz de los derechos humanos, la jurisprudencia y los criterios vinculantes, favoreciendo, en todo tiempo la protección más amplia a las personas.

(...) En el entendido de que la atribución de los organismos jurisdiccionales no puede traducirse en la expulsión del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, sino sólo de dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia, resulta necesario que sea nuestro Tribunal Constitucional quien se pronuncie en definitiva respecto de dichas inaplicaciones.

Para tal efecto, el proyecto prevé que el Procurador General de la República pueda promover un recurso de control constitucional por inaplicación ante los Tribunales Colegiados, respecto de aquellas resoluciones definitivas emitidas por los órganos jurisdiccionales mencionados en el párrafo anterior, en las que se resuelva la inaplicación de una norma general.

El recurso de control constitucional por inaplicación propuesto no constituye una instancia intermedia o adicional a los procedimientos ordinarios de los cuales deriva la inaplicación de una norma general. Es decir, no se trata de un procedimiento contencioso en el que se busque probar la ilegal

actuación del órgano jurisdiccional que inaplica la norma general.

El recurso tiene por objeto que el Tribunal Colegiado analice el control difuso en el que se sustente la inaplicación de la norma general, a efecto de que la confirme o, en su caso, declare la constitucionalidad de la norma inaplicada.

En tal virtud, el recurso referido sólo será procedente en contra de las resoluciones definitivas que emitan los órganos jurisdiccionales respecto de las cuales las leyes no prevean la procedencia de juicio, recurso o medio de defensa alguno. Es decir, el recurso no será procedente en aquellos casos en que las partes tengan otros medios de defensa por agotar, incluyendo el juicio de amparo, o que habiéndolos tenido, no los hubieren agotado.

Se exceptúa de lo anterior, aquellas resoluciones respecto de las cuales, tratándose de delitos graves, las leyes prevean medios de defensa pero éstos no hayan sido interpuestos por las personas legitimadas para ello. Es decir, que aquellas resoluciones que versen sobre delitos graves, respecto de las cuales las leyes prevean un medio de defensa, pero éste no se agote por las partes legítima dentro de los plazos establecidos, podrán ser recurridas vía el recurso de revisión.

Por lo que hace al procedimiento, se establece que el Procurador General de la República podrá promover el recurso de control constitucional por inaplicación ante el órgano jurisdiccional que haya emitido una resolución definitiva en la que se contenga la inaplicación de una norma general, quien lo remitirá junto con ésta al Tribunal Colegiado dentro del término de tres días hábiles.

Para tal efecto, el órgano jurisdiccional que emita una resolución definitiva en la que se determine la inaplicación de una norma general, deberá dar vista al Procurador General de la República por un plazo de veinte días hábiles, dentro del cual podrá promover el recurso.

La resolución que confirme la inaplicación de la norma general o, en su caso, declare la constitucionalidad de la norma inaplicada, será aprobada por mayoría y deberá ser emitida por el Tribunal Colegiado, a más tardar, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquel en que se haya radicado el expediente.

Finalmente, se prevé que las razones contenidas en los considerandos que funden la resolución de los recursos de control constitucional por inaplicación a que se refiere esta Ley, serán obligatorias para los Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales, según corresponda en la jurisdicción donde se haya emitido la resolución ⁽²⁴⁾.

Una vez sustanciado el recurso de control constitucional por inaplicación ante los Tribunales Colegiados, tendrá como consecuencia que hasta éste se resuelva, se tendrá la certeza acerca de la resolución que hubiese dictado el órgano jurisdiccional.

Artículo 9. Si la resolución del recurso de control constitucional por inaplicación confirma la inaplicación de la norma general, lo notificará de inmediato al órgano jurisdiccional, a fin de que la resolución definitiva surta todos sus efectos.

En caso contrario, si declara la constitucionalidad de la norma inaplicada, lo notificará de inmediato al órgano jurisdiccional para efecto de que emita una nueva resolución atendiendo a esta determinación.

Así se tendría que en el supuesto de prosperar la Iniciativa en comento y promulgarse como Ley, las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que se adecuarían a la hipótesis del artículo 2º, fracción VI (sic), que más que sentencia definitiva, sería una de carácter terminal para la autoridad al no encontrarse ésta en aptitud de impugnarla; lo serían aquellas respecto de las cuáles no proceda el recurso de revisión a que alude el artículo 63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, cuyo texto en la parte que interesa es el siguiente:

Artículo 63. Las resoluciones emitidas por el Pleno, las Secciones de la Sala Superior o por las Salas Regionales que decreten o nieguen el sobreseimiento, las que dicten en términos de los artículos 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 6º de esta Ley, así como las que se dicten

⁽²⁴⁾ Gaceta parlamentaria del Senado, 3 de Noviembre de 2011, Primer Periodo Ordinario No. Gaceta: 301, véase, <http://www.senado.gob.mx/index>.

conforme a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y las sentencias definitivas que emitan, podrán ser impugnadas por la autoridad a través de la unidad administrativa encargada de su defensa jurídica o por la entidad federativa coordinada en ingresos federales correspondiente, interponiendo el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente en la sede del Pleno, Sección o Sala Regional a que corresponda, mediante escrito que se presente ante la responsable, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación respectiva, siempre que se refiera a cualquiera de los siguientes supuestos:

I. Sea de cuantía que exceda de tres mil quinientas veces el salario mínimo general diario del área geográfica correspondiente al Distrito Federal, vigente al momento de la emisión de la resolución o sentencia.

En el caso de contribuciones que deban determinarse o cubrirse por periodos inferiores a doce meses, para determinar la cuantía del asunto se considerará el monto que resulte de dividir el importe de la contribución entre el número de meses comprendidos en el periodo que corresponda y multiplicar el cociente por doce.

II. Sea de importancia y trascendencia cuando la cuantía sea inferior a la señalada en la fracción primera, o de cuantía indeterminada, debiendo el recurrente razonar esa circunstancia para efectos de la admisión del recurso.

III. Sea una resolución dictada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Servicio de Administración Tributaria o por autoridades fiscales de las Entidades Federativas coordinadas en ingresos federales y siempre que el asunto se refiera a: *a)* Interpretación de leyes o reglamentos en forma tácita o expresa. *b)* La determinación del alcance de los elementos esenciales de las contribuciones. *c)* Competencia de la autoridad que haya dictado u ordenado la resolución impugnada o tramitado el procedimiento del que deriva o al ejercicio de las facultades de comprobación. *d)* Violaciones procesales durante el juicio que afecten las defensas del recurrente y trasciendan al sentido del fallo. *e)* Violaciones cometidas en las propias resoluciones o sentencias. *f)* Las que afecten el interés fiscal de la Federación.

IV. Sea una resolución dictada en materia de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

V. Sea una resolución dictada en materia de comercio exterior.

VI. Sea una resolución en materia de aportaciones de seguridad social, cuando el asunto verse sobre la determinación de sujetos obligados, de conceptos que integren la base de cotización o sobre el grado de riesgo de las empresas para los efectos del seguro de riesgos del trabajo o sobre cualquier aspecto relacionado con pensiones que otorga el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

VII. Sea una resolución en la cual, se declare el derecho a la indemnización, o se condene al Servicio de Administración Tributaria, en términos del artículo 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria.

VIII. Se resuelva sobre la condenación en costas o indemnización previstas en el artículo 6º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

IX. Sea una resolución dictada con motivo de las reclamaciones previstas en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Con lo cual el ejemplo más sencillo de una sentencia definitiva y terminal, dictada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que podría ser materia del recurso de control constitucional por inaplicación ante los Tribunales Colegiados, resultaría ser aquella sentencia definitiva que declare la inaplicabilidad de una norma general que vulnere los derechos humanos del justiciable y no se adecue a cualquiera de los supuestos de impugnación que contemplan las fracciones I a IX del artículo 63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

De lo anterior se abstrae que todas las demás sentencias definitivas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que contengan una declaratoria de inaplicación de una norma general que vulnere los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, o los derechos humanos contenidos en la Constitución, impugnables mediante el recurso de revisión o el juicio de amparo, serán revisadas por el Poder Judicial Federal, que confirmará o revocará la declaratoria de inaplicación, ejerciendo con ello su control directo y convencional de la constitucionalidad respectiva.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como revisor de la

legalidad de los actos emitidos por la administración pública federal o por el órgano técnico de la Cámara de Diputados que es la entidad de fiscalización superior de la Federación; dada la reforma constitucional y con las modalidades que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene la oportunidad de realizar el control difuso de la constitucionalidad, para proteger los derechos humanos de los justiciables con el pronunciamiento que en su caso, se efectúe respecto de la inaplicabilidad de una norma general.

FUENTES

Obras generales

- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 6ª edición, Editorial Porrúa, e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 111, México, 1998, 607 pp.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, 1987, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 286 pp.
- ESQUIVEL VÁZQUEZ, Gustavo Arturo *El Órgano Público autónomo y el Tribunal Legislativo en México*, Editorial Porrúa, S. A., 2006, México, 138 pp.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, 1983, México, 151 pp.
- JÁUREGUI, Luis, *La Real Hacienda de Nueva España*, 1ª edición, 1999, Facultad de Economía, UNAM, México, 389 pp.

Hemerográficas

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Chile, publicado en Estudios Constitucionales, año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 531-562.

Legislativas

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Fiscal de la Federación.

Ley Federal de los Derechos del Contribuyente.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Judiciales

Sentencia del 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente Varios 912/2010.

M.D.F. RODRIGO MUÑOZ SERAFÍN^(*)

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN CONTROVERSIAS (ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE TRIBUTARIO)

ABSTRACT: Mexico lives a profound transformation of its legal system due to several legal reforms. Especially this dues to the Constitutional reform regarding Human Rights which took place on June 2011, as a result of the condemnation the country suffered from the Inter-American Human Rights Court. Therefore this work is on the analysis of the Right to Access to Administrative Justice, not only from its formal content, but also material, in national perspective and also through international instruments complementing Constitutional Right.

SUMARIO: 1. A manera de Introducción. — 2. La reforma constitucional en materia de derechos humanos: el quid de los nuevos paradigmas. — 3. Contenido y Alcance del Derecho de Acceso a la Justicia. — 4. La situación actual del Derecho de Acceso a la Justicia Administrativa y su posible solución. — 5. Breve referencia a la naturaleza de los medios alternativos de solución de controversias y al arbitraje en particular. — 6. Las principales objeciones en relación con el arbitraje en materia tributaria y nuestra posición. — 7. Conclusiones.

1. — *A manera de Introducción.*

Es para mí un honor participar en una obra de esta dimensión, motivo por el que no sería posible iniciar este trabajo sin antes agradecer la generosa invitación que me hicieran los coordinadores de “*Derechos Individuales e Integración Regional*”, Dr. Roberto Cippitani, Dr. Mario I. Álvarez Ledesma y Dr. Manuel L. Hallivis Pelayo.

En el mes de octubre de 2011, cuando tuve el honor de compartir una

^(*) Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

mesa de análisis con los Doctores Álvarez Ledesma y Hallivis Pelayo en la que abordamos el tema de “*El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa: Perspectiva frente a la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de 10 de junio de 2011*”⁽¹⁾ (apenas cuatro meses después de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos a la que me referiré más adelante) coincidíamos en que para ese entonces, ningún jurista mexicano tenía la justa dimensión de lo que la citada reforma iba a originar en el sistema jurídico mexicano, misma que tuvo lugar como resultado del conocido “Caso Radilla Pacheco vs. México” o “Caso Radilla”⁽²⁾, en el que nuestro país fue objeto de una condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que existió la violación a los Derechos Humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos en contra del señor Rosendo Radilla Pacheco⁽³⁾.

Lo cierto es que hoy, a dos años distancia, considero que hay clara evidencia de que aquella conclusión apriorística, era correcta. A partir de entonces con motivo de reformas legales previas que culminaron con la citada reforma constitucional y a riesgo de sonar exagerado, parece que el sistema jurídico mexicano se ha transformado radicalmente, al grado que muchas instituciones tradicionales bajo las que muchos fuimos formados en el campo del derecho y por tanto tuvieron vigencia por muchas generaciones, hoy son obsoletas o en el mejor de los casos desactualizadas.

⁽¹⁾ Dentro del evento Conmemorativo del 75 Aniversario de la Promulgación de la Ley de Justicia Fiscal organizado por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A.C.

⁽²⁾ Asunto resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2009 y en el que los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco, después de muchos años y de agotar todas las instancias nacionales, denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, su presunta desaparición forzada el 25 de agosto de 1974 por parte de efectivos del Ejército mexicano en el Estado de Guerrero.

⁽³⁾ Para un completo análisis del Caso Radilla se sugiere consultar, entre otros, E. FERRER MAC-GREGOR et al., *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2011; y J.R. COSSÍO et al., *El Caso Radilla Estudio y Documentos*, México, Ed. Porrúa, 2012.

Basta como ejemplo de lo anterior atender, además de a la referida reforma constitucional, a la reciente reforma a la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁽⁴⁾ que introduce cuestiones novedosas hasta ahora sólo conocidas en México como parte del Derecho Comparado, tales como el interés legítimo individual y colectivo, o la declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes como resultado del Juicio de Amparo⁽⁵⁾, excepción -inexplicable- de las normas generales tributarias, o bien la posibilidad de que los particulares puedan fungir como “autoridad responsable” en el citado juicio. Otro ejemplo es la reforma al sistema de justicia penal acusatorio y oral, que plantea los principios relativos a la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, en la que además se reformó el artículo 17 constitucional (Derecho de Acceso a la Justicia) y a la que nos referiremos más adelante por ser de especial importancia para el tema que nos ocupa⁽⁶⁾.

Más específicamente en materia tributaria, el nombramiento del primer Ombudsman Fiscal⁽⁷⁾ que permitió el funcionamiento de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), hecho que ha permitido establecer el inicio de una nueva relación entre fisco y contribuyente, caracterizada hasta entonces por los cada vez más constantes y crecientes abusos de la autoridad tributaria. O bien la creciente firma de Convenios de Intercambio de Información en materia tributaria, que en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constitu-

⁽⁴⁾ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

⁽⁵⁾ Cabe acotar este comentario, en el sentido de que si bien es cierto la declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes ya estaba contemplada en el artículo 107 fracción II de la Constitución Mexicana, la realidad es que tal figura era inoperante por falta de regulación procesal, que ahora se incorpora en la referida Ley de Amparo. Asimismo es importante aclarar que si bien es cierto la referida declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes ya existía en el sistema jurídico mexicano, ésta no era procedente como consecuencia del Juicio de Amparo (promovido por los particulares), sino únicamente a través de las controversias constitucionales a que se refiere el artículo 105 de la Carta Magna.

⁽⁶⁾ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

⁽⁷⁾ Elección que llevó a cabo el Senado de la República el 28 de abril de 2011 y que actualmente recae en la Lic. Diana R. Bernal Ladrón de Guevara.

yen normas de derecho interno y que en mi opinión, seguramente en breve pondrán en tensión por un lado la necesidad legítima del Estado a conocer la situación de los contribuyentes mexicanos en otros países y por otra parte el respeto a sus Derechos Humanos, como es el Derecho a la Intimidad y la Protección de Datos Personales, entre otros⁽⁸⁾.

Como es natural, este contexto de cambio no se limita al aspecto normativo, sino también a los paradigmas originados en el sistema existente antes de las referidas reformas constitucionales y legales, destacando los correspondientes a los Derechos Humanos, que hoy ocupan no sólo la cúspide de la discusión, sino como es de esperarse, están redefiniendo en todos los ámbitos, la relación entre Estado y Gobernado, dando con ello cabida a una prolífera emisión de criterios jurisdiccionales sobre este tema.

Ahora bien, como en cualquier momento de cambio, no falta quien se resista al mismo o quienes pretenden “ajustar” la nueva realidad a paradigmas que guste o no, pasaron a ser obsoletos y así por ejemplo, hoy nuestro país enfrenta un choque cultural importante, pues por un lado el desarrollo de la relación Estado – Gobernado empieza a descansar sobre el marco de los Derechos Humanos, pero por otro, tenemos una arraigada cultura positivista, lo que invariablemente lleva a que (aunque incorrecto en mi opinión), siempre se busque alguna norma nacional o internacional que establezca claramente el alcance y contenido del Derecho Humano de que se trate, lo que sin lugar a duda anticipa un camino sinuoso y con el amplio riesgo de caer en un retraso o en el mejor de los casos, en un lento desarrollo de una cultura nacional vanguardista en este tema.

Sin embargo, al margen de este problema, al que no me referiré mayormente por no ser objeto de este trabajo, lo cierto es que por el camino largo para muchos, entre ellos algunos que tienen a su cargo la interpretación jurisdiccional de las normas, o bien por el camino “fácil” (y natural, agregaría), abandonando o al menos tamizando nuestra cultura positivista, todas

⁽⁸⁾ Destaca en este tema la adhesión a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecha en Estrasburgo el veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y ocho, cuya promulgación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 27 de agosto de 2012.

las instituciones y principios que derivan de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deben redimensionarse y redefinirse.

Tal es el caso del Derecho de Acceso a la Justicia en general, el que aunque parezca raro, no ha sido analizado a profundidad por los tribunales nacionales ⁽⁹⁾, hecho que en gran medida no se debe a una cuestión de desinterés o negligencia, sino a las características propias del sistema de solución de conflictos y a los tradicionales o mejor dicho “trillados” argumentos que se plantean, los que en su gran mayoría relacionan este derecho con el contenido de los artículos 14 y 16 constitucionales, los que en mi opinión, si bien regulan algunos elementos de ese Derecho de Acceso a la Justicia, no lo contemplan en su totalidad ni en su justa dimensión ⁽¹⁰⁾.

Independientemente de lo anterior, considero que esa redimensión en el contenido de los principios e instituciones que conforman la tradición jurídica mexicana, obliga no sólo a tomar como punto de partida a los Derechos Humanos, sino que, conjuntamente con ello, también a abordar desde otra perspectiva esas instituciones, para con ello centrar la discusión en nuevos postulados o si se prefiere, teorías y/o enfoques que contribuyan a la materialización de una nueva cultura en materia de Derechos Humanos que a la postre, influyan en las ideas del legislador y en general en los operadores de la norma jurídica ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados.

⁽¹⁰⁾ Sobre el contenido y alcance que la jurisprudencia mexicana ha hecho del Derecho de Acceso a la Justicia contemplado por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se sugiere consultar H. FIX FIERRO y S. LÓPEZ AYLLÓN, *El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria*, en D. VALDÉS y R. GUTIÉRREZ (coords.), *Justicia, Memorial del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 11 ss., y más recientemente K.A. CASTILLA JUÁREZ, *Acceso Efectivo a la Justicia Elementos y Caracterización*, México, Ed. Porrúa, 2012, p. 225 ss.

⁽¹¹⁾ García Frías sostiene que «las ideas de la doctrina, pueden influir en las ideas del legislador». Cfr. Á. GARCÍA FRÍAS, *Definición de Arbitraje Tributario*, Enciclopedia Jurídica Mexicana Anuario 2005, México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

2. — *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: el quid de los nuevos paradigmas.*

Como antes se esbozó, el tema de Acceso a la Justicia, como en general cualquier tema relacionado con Derechos Humanos tiene su origen en la multireferida reforma constitucional del año 2011, motivo por el que si se toma en cuenta que en muchos países este tema está, si no agotado, sí ampliamente desarrollado al ser el andamiaje en el que se desenvuelve su sistema jurídico, considero oportuno hacer una breve referencia a ella, así como a las implicaciones que de *facto* ha tenido en el sistema jurídico mexicano para que de este modo el lector pueda tener un mejor panorama de su importancia, así como de la necesidad del cambio de paradigmas al que someramente hemos hecho mención.

México es un país que a partir de la terminación de la guerra revolucionaria, con la promulgación de la Constitución de 1917 reconoce y respeta los Derechos Humanos, lo que incluso ha llevado a nuestro país a suscribir numerosas convenciones internacionales sobre esta materia.

Sin embargo, producto de su desarrollo histórico jurídico, la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos no tenía plasmado -en mi opinión de manera correcta- este reconocimiento a los Derechos Humanos, pues hasta antes de la reforma de junio de 2011, el artículo primero de nuestro Máximo Ordenamiento se refería a “las garantías otorgadas en la constitución” a que tenían derecho de gozar todos los “individuos”, es decir, se hablaba de garantías, no de derechos y se hacía referencia a “los individuos” y no a “las personas”.⁽¹²⁾

Es así que en nuestro país se ha desarrollado una cultura de los Derechos Humanos⁽¹³⁾, pero desde la óptica de las “garantías” y no de los derechos en sí mismos, lo que dada la confusión conceptual aludida, representaba ya un

⁽¹²⁾ El citado artículo 1 establecía que «En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. (...)».

⁽¹³⁾ N.A. Calificaría, en comparación con otros países como los europeos, de “incipiente”, el desarrollo que en nuestro país han tenido los Derechos Humanos.

problema de fondo en la protección de estos derechos⁽¹⁴⁾.

No obstante lo anterior, con motivo de la aludida reforma constitucional del pasado mes de junio de 2011, resultado de la condena de que México fue objeto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del “Caso Radilla Pacheco vs. México” o “Caso Radilla” y aunque los aspectos de la citada sentencia estuvieron referidos principalmente a aspectos del ámbito militar y de la legislación castrense mexicana, destacan para nuestro análisis el hecho de que se estableciera que (a) los jueces de los Estados miembros, están obligados a ejercer un control judicial de las leyes nacionales, tomando como parámetro los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos de conformidad con la jurisprudencia interamericana, (b) que los jueces nacionales deben interpretar la constitución a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos y (c) que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias, está facultada para establecer obligaciones y reparaciones concretas que debe cumplir el Poder Judicial del Estado.

Si bien es cierto el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control difuso de la convencionalidad no es novedoso como doctrina, pues ya había sido sostenido en distintos casos respecto de otros países⁽¹⁵⁾, para México fue la primera ocasión en que dicho organismo internacional le imponía una condena aplicando dichos criterios, originando que además de obligarlo a realizar diversas acciones para su cumplimiento, entre las que estaban efectuar diversas modificaciones a su legisla-

⁽¹⁴⁾ Para un análisis sobre las diferencias entre las garantías individuales y Derechos Humanos, se sugiere consultar M. CARBONELL, *Los Derechos Fundamentales en México*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 2009 y H. FIX-ZAMUDIO, *Breves Reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional*, en E. FERRER MAC-GREGOR (COORD.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2003.

⁽¹⁵⁾ Por ejemplo caso *Almoncid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile* resuelto el 26 de septiembre de 2006, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* resuelto el 24 de noviembre de 2006, caso *La Cantuta vs. Perú* de 29 de noviembre de 2006, caso *Boyce y otros vs. Barbados* de 20 de noviembre 2007 y *Heliodoro Portugal vs. Panamá* de 12 de agosto de 2008, entre otros.

ción interna, implicaba también abandonar la añeja postura jurisprudencial de que los tratados internacionales firmados por México tienen rango de leyes federales (por debajo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y que en realidad deben ser elevados a rango constitucional, es decir, en el mismo rango de la ley suprema, conformando así lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad”⁽¹⁶⁾.

Este hecho dio lugar también a dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁽¹⁷⁾: la primera de ellas dirigida al juicio de amparo, dotándolo de mayor fuerza al ampliar los supuestos de procedencia respecto de cualquier norma general, pues a partir de dicha reforma, el referido Juicio podrá promoverse no sólo por violaciones a los Derechos Humanos (ya no garantías) consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también respecto de aquellos contemplados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Asimismo como se dijo, se introducen figuras nuevas como el amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo; así como la declaratoria general de inconstitucionalidad, entre otras.

La segunda reforma fortalece la protección de los Derechos Humanos, al reconocer su característica de “progresividad” e imponiendo la obligación de interpretar y aplicar las normas relacionadas con estos derechos de acuerdo con el *Principio Pro Persona*.

Aunado a lo anterior, pocos días después de la publicación de estas reformas, después de numerosas discusiones sostenidas en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, primero respecto de si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tenía jurisdicción para imponer obligaciones al Poder Judicial mexicano y segundo, respecto de la forma en que dicha sentencia debía ser cumplida, finalmente fue publicada en el Diario Oficial

⁽¹⁶⁾ Esta postura no es compartida por una minoría de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes sostienen, con base en diversos argumentos, que aun con motivo de las reformas constitucionales de junio de 2011 y de la decisión en el Caso Radilla, los tratados internacionales firmados por México no tienen rango constitucional y que se encuentran por debajo de ésta.

⁽¹⁷⁾ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 6 y 10 de junio de 2011.

de la Federación, la Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros que conformaron una minoría, en el que medularmente se resolvía en definitiva el cumplimiento de las obligaciones impuestas al Poder Judicial Federal con motivo de la condena en el citado Caso Radilla⁽¹⁸⁾.

A través de dicha resolución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció una serie de criterios que cambiarían radicalmente tanto la forma de interpretar la ley, así como la forma en que ahora deben conducirse todas las autoridades de los tres poderes para que, en el ámbito de sus competencias, garanticen la observancia y respeto de los Derechos Humanos de las personas.

Aunque las reformas constitucionales en esta materia comprendieron diversos artículos de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos⁽¹⁹⁾, para efectos de nuestro análisis, destaca la contenida en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que ahora en la parte que interesa señala lo siguiente⁽²⁰⁾: «Artículo 1. *En los Estados Unidos*

⁽¹⁸⁾ 4 de octubre de 2011.

⁽¹⁹⁾ Conforme al Decreto por el que se Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁽²⁰⁾ El texto vigente de este artículo hasta antes de la reforma que se comenta señalaba lo siguiente: «Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. / Está prohibida la esclavitud».

Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. / Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. / Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...)».

Por lo que se refiere al primer párrafo del artículo transcrito, la reforma esencialmente consistió en haber cambiado el término “garantías individuales” por el de “derechos humanos”, pero además, según se desprende del mismo, ahora se reconoce que esos derechos humanos de los que gozan las personas en México, no necesariamente tienen que estar contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también en los tratados internacionales que en esta materia hayan sido suscritos por México, lo que, como se señaló, implica una mayor protección a los mismos.

El segundo párrafo del citado artículo 1º, encierra una reforma de gran importancia, pues ahora se establecen las “reglas” sobre las que se llevará a cabo la interpretación de las normas relativas a derechos humanos, exigiendo que ésta sea con base en el “Principio Pro Persona”, es decir, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia respecto de estos derechos⁽²¹⁾.

vitudo en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. / Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas».

⁽²¹⁾ Estudiosos de los Derechos Humanos sostienen que esta especificación era innecesaria pues la interpretación de este tipo de normas únicamente puede hacerse a través de este método. Sin embargo no debe perderse de vista primero, que en general México es

Otra reforma, la que para muchos constituye la verdadera reforma del artículo que nos ocupa, se encuentra en su tercer párrafo, en el que se incorpora el control difuso de constitucionalidad y el de convencionalidad en materia de derechos humanos, lo que implica la obligación de todas las autoridades (legislativas, administrativas y judiciales) a verificar que la norma legal a aplicar a un caso determinado sea acorde con los preceptos constitucionales y/o tratados internacionales que contemplen Derechos Humanos.

Ahora bien, como se vio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente varios 492/2010 en relación al Caso Radilla, llevó a cabo la aplicación de este precepto ya reformado, dando lugar a diversas tesis aisladas que dan paso a nuevos paradigmas en materia del control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de Derechos Humanos, como son los siguientes:

A) Se establece el control de convencionalidad *ex officio* por virtud del cual todos los funcionarios que tengan funciones jurisdiccionales, sin importar el orden de gobierno al que pertenezcan⁽²²⁾ están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior⁽²³⁾.

B) Se establece el alcance del control difuso de constitucionalidad que podrán ejercer todos los que tengan a su cargo funciones jurisdiccionales,

tradicionalmente un país con una arraigada cultura positivista y segundo, que en el ámbito tributario mexicano, a pesar de que muchos destacados doctrinarios lo niegan, se sigue considerando a la norma tributaria como una norma de excepción y por tanto ha predominado la interpretación literal de estas normas, además de que en mi opinión una desmedida aplicación estricta de éstas y señalo “desmedida aplicación” porque si bien es cierto no es admisible una aplicación analógica de preceptos que regulan los elementos del tributo, esa “aplicación estricta” se ha llevado a niveles que afectan también normas procedimentales originando la existencia de lo que denomino un exacerbado formalismo.

⁽²²⁾ México tiene tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal.

⁽²³⁾ Tesis No. Registro: 160,589. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1. Tesis: P. LXVII/2011(9a.), p. 535, consultable en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>.

especificando que dichos juzgadores no están facultados para hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, pero los obliga a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en materia de Derechos Humanos⁽²⁴⁾.

C) Se establecen los parámetros para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos señalando que éste se integra de la manera siguiente: *a)* todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; *b)* todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; *c)* los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y *d)* los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte⁽²⁵⁾.

D) Se establece que para el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe partirse de la presunción de constitucionalidad de una norma para realizar la confrontación correspondiente con la Constitución o tratado internacional de que se trate⁽²⁶⁾.

E) Se establecen los pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, siendo los siguientes: *a)* Interpretación conforme en sentido amplio, lo que 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

⁽²⁴⁾ *Ídem*.

⁽²⁵⁾ No. Registro: 160,526. Tesis: Aislada. Materia(s): Constitucional. Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1. Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), p. 551, consultable en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>.

⁽²⁶⁾ No. Registro: 160,525. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1. Tesis: P. LXIX/2011(9a.), p. 552, consultable en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>.

derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; *b*) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos 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; y, *c*) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles⁽²⁷⁾.

F) Se reitera el control concentrado de constitucionalidad por virtud del cual la referida constitucionalidad de una norma y por tanto su posible expulsión del sistema jurídica sigue siendo facultad exclusiva del Poder Judicial, aun tratándose de normas de derechos humanos⁽²⁸⁾.

De acuerdo con este breve esbozo sobre el cambio constitucional que nuestro país sufrió en razón de la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no será difícil advertir que desde la Constitución de 1917 en México únicamente existía un sistema de control concentrado de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial y una especie de control difuso, (por cierto, relativamente reciente), tratándose de normas declaradas inconstitucionales por jurisprudencia firme, en la actualidad.

Sin embargo, ahora en nuestro país cohabitan dos sistemas de control en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial: (i) el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control, como el amparo directo e indirecto, además de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales y (ii) el control por parte del resto de los jueces del país durante los procesos ordinarios en los que son competentes.

⁽²⁷⁾ *Ídem*.

⁽²⁸⁾ No. Registro: 160,480. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Décima Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1. Tesis: P. LXX/2011 (9a.), p. 557, consultable en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>.

Esta situación se traduce en una compleja situación que podría intentar desglosarse de la siguiente forma:

A) El ejercicio de ambos sistemas (constitucionalidad y convencionalidad) se lleva a cabo de manera paralela pero independiente uno del otro, es decir, se tiene un sistema concentrado en una parte y difuso en otra.

B) La dualidad de sistemas implica que la constitucionalidad de una norma y su posible expulsión del sistema jurídico siempre deba ser juzgada por el Poder Judicial Federal, pero por otro lado, las demás autoridades del país en el 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, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

C) La “regla” anterior es distinta en aquellas autoridades con funciones jurisdiccionales, quienes sí están facultadas para inaplicar una norma que consideren inconveniente en materia de derechos humanos, pero tal inaplicación no podrá tener efectos *erga homines*, lo que implica que no estén facultadas para expulsarla del sistema jurídico.

D) El propio Poder Judicial Federal y en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación está facultada para determinar la inconveniente de la norma, lo que se traduce en que podrá declarar su inconstitucionalidad, así como declarar su inconveniente.

Ahora bien, es importante no perder de vista que el control difuso de la convencionalidad únicamente es aplicable a normas que protegen un Derecho Humano, situación que de suyo complica su aplicación.

Ello porque si bien es cierto existen Derechos Humanos que podríamos definir como evidentes aún sin que se encuentren positivados, como por ejemplo el Derecho a la Vida o el Derecho a la Salud, en muchas ocasiones no resulta tan sencillo identificar ese derecho humano que pudiera violentarse a través de una norma, por lo que podrían darse dos resultados, igualmente reprochables: (i) vulnerar un Derecho Humano so pretexto de que la norma tributaria no se identifica con alguno en particular o (ii) considerar que existe un Derecho Humano vulnerado cuando no es así.

En el ámbito procesal la situación no es muy distinta, pues, en la actuali-

dad no existe una ley que reglamente el control difuso de la convencionalidad, por lo que hoy en día no se tiene claro quién y cómo juzgará, en última instancia, la inconventionalidad de una norma. Por obvio que pueda parecer al decir que será la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe el mecanismo procesal para ello.

Irremediamente y quizá muy pronto, la discusión sobre la jerarquía de los tratados internacionales generará nuevas controversias, pues ¿qué pasará cuando una norma enfrente su convencionalidad con su constitucionalidad?

Bajo el sistema de control de constitucionalidad actual, como también se dijo, la jurisprudencia sobre constitucionalidad de leyes es obligatoria para todos los tribunales del país, por lo que cabe preguntarse si un tribunal distinto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaría facultado para inaplicar una norma por considerarla inconventional, si en el caso existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que previamente hubiera declarado la constitucionalidad de esa norma ⁽²⁹⁾.

Finalmente y con el único fin de no alargar más las incógnitas que el tema genera y que son muchas más, cuando una norma es inconstitucional e inconventional, ¿Qué criterio debe prevalecer? Ello es importante porque el efecto es distinto, una norma inconventional se desaplica al caso sin ser expulsada del sistema jurídico, pero una norma inconstitucional puede ser expulsada del sistema jurídico.

Como puede observarse, los nuevos paradigmas generados en materia de Derechos Humanos ocasionan que hoy México enfrente más preguntas que respuestas. En mi opinión, ni los mismos tribunales encargados de ve-

⁽²⁹⁾ A este respecto tenemos conocimiento, con motivo de la conferencia magistral “*Jurisprudencia en la Nueva Ley de Amparo*” dictada por la Señora Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Margarita Luna Ramos, en el marco del *Seminario de Juicio de Amparo* organizado por la Academia Mexicana de Derechos Fiscal, A.C. y la Universidad Iberoamericana Ciudad de México el pasado 13 y 14 de junio de 2013, que ya existieron dos casos en los que dos Tribunales Colegiados de Circuito inobservaron una jurisprudencia del Máximo Tribunal, resultando en un caso, en el aval de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que en el otro originó el inicio de un procedimiento de responsabilidades ante el Consejo de la Judicatura Federal, por considerar que tal conducta era violatoria de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

lar por la protección de estos Derechos tienen claro cómo y hacia a dónde vamos, por lo que considero que nadie, en su sano juicio, puede contestar esta pregunta.

¿Hacia dónde vamos? Desde la óptica procesal creo que la pregunta sólo podría tener una respuesta: a reglamentar la coexistencia de los dos sistemas de control de constitucionalidad y convencionalidad que hoy existen en el país, pero más allá de eso, la pregunta creo que sólo tiene la respuesta que el tiempo dará.

Cómo abordarán los tribunales del país la interpretación, aplicación y protección de los Derechos Humanos, es un tema que nadie conoce. En la práctica se encuentran posiciones divididas, por un lado se encuentran quienes con gran entusiasmo han recibido el nuevo paradigma, pero por otro, quienes lo ven con escepticismo y hasta con recelo.

En este rompecabezas sin solución todavía, parece que sólo hay una cosa clara: en mayor o menor medida, rápida o lentamente, por convicción o por obligación, debemos adoptar los nuevos paradigmas que en materia de Derechos Humanos se generaron en México a partir de junio de 2011 a fin de que ese cambio se lleve conforme a la tradición mexicana, pues de otro modo será a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como nuestro país tendrá que delinear su nueva cultura en esta materia.

Es por todo lo anterior que parte de la adopción de esos nuevos paradigmas exigen también, como antes se dijo, la necesidad de abordar desde otra perspectiva las instituciones jurídicas mexicanas, para con ello centrar la discusión en nuevos postulados, hecho que además por virtud de la incorporación de los diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos al derecho nacional exige también que esas nuevas perspectivas no queden limitadas al ámbito interno, pues ello representaría el riesgo de caer en un círculo vicioso, y por tanto resulta obligatorio abrir la perspectiva al ámbito internacional.

3. — *Contenido y Alcance del Derecho de Acceso a la Justicia.*

Hasta ahora ha sido poco analizado el contenido y alcance del Derecho de Acceso a la Justicia. En el ámbito interno tal derecho se encuentra contemplado específicamente por el artículo 17 constitucional, complementado, en cierta medida por los diversos 14 y 16 de la Carta Magna y de manera más amplia este Derecho forma parte del Derecho a la Seguridad Jurídica que en su conjunto, se encuentra regulado por los artículos 14 a 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El citado artículo 17 constitucional establece lo siguiente: «Artículo 17. *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. / Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. / Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. / El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos. / Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. / Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. / Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. / La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público. / Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil.».*

La doctrina nacional ha sido uniforme al considerar que en general, el párrafo segundo, en correlación con los párrafos primero y sexto establecen el derecho de Acceso a la Justicia. Sin embargo y más recientemente es necesario incluir en esta conclusión, el contenido del párrafo cuarto cuya adición

a partir de la reforma de 2008, eleva a rango constitucional una institución que de hecho ya tenía plena operación en México, como es la llamada – en mi opinión de forma incorrecta – “justicia alternativa”⁽³⁰⁾.

De ahí que llegado este punto es necesario preguntarnos ¿qué debe entenderse por acceso a la justicia? La respuesta a esta pregunta es por demás complicada. Basta intentar definir el término “justicia” para agotar tomos y tomos de papel, sin llegar quizá a una definición unánime o al menos generalmente aceptada, lo que ha dado lugar a que haya destacados juristas que refiriéndose a los principios procesales, de plano sostienen que la “justicia” es sólo un valor subjetivo, por lo que debemos conformarnos con aspirar a la “legalidad” de una resolución⁽³¹⁾, posición que no compartimos, pero que en nuestra opinión resulta entendible bajo el tamiz del positivismo jurídico, sustento en buena medida de la tradición jurídica mexicana.

Por tanto, intentar establecer una definición de “acceso a la justicia” que goce de cierta unanimidad sería tarea con pocas posibilidades de éxito, lo que en palabras de Jesús María Casal, obedece a circunstancias muy variadas, como la disciplina desde la que se analice, la perspectiva normativa predominante, así como por la regulación o jurisprudencia constitucional de un determinado país, entre otros⁽³²⁾.

Es así que en realidad podemos encontrar tantas definiciones de este concepto como fuentes sean consultadas y para muestra veamos que por

⁽³⁰⁾ No se comparte esta calificación porque en mi opinión, hablar de “justicia alternativa” implica la existencia de dos tipos de justicia, la “justicia oficial” tradicionalmente encargada los órganos estatales, titular del monopolio de la jurisdicción y “otra justicia” representada por los “medios alternativos”, cuando en realidad considero que sólo existe una sola justicia, pero debiendo reconocerse que al menos en la modernidad, la función jurisdiccional no es competencia exclusiva o monopólica del Estado, ya que quienes se encargan de estas formas de resolución de controversias, como serían los árbitros, también ejercen jurisdicción.

⁽³¹⁾ Cfr. L.C. GÓMEZ, *La Teoría General del Proceso. Los Conceptos Fundamentales de la Teoría General del Proceso en Especialización en Materia Procesal Fiscal*, Tomo I, Procedimientos en Materia Fiscal y Administrativa, México, Fideicomiso para Promover la Investigación del Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, 2000, pp. 58-59.

⁽³²⁾ J.M. CASAL, en J.M. CASAL et al., *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*, Venezuela, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2005, p. 20 ss.

ejemplo, en una definición muy completa y compleja, Castilla Juárez la define como: «*El deber primario del Estado y derecho humano-garantía del que gozan todas las personas, sin distinción alguna, para que por medio de leyes claras y sencillas o con el apoyo de un profesional del derecho calificado, puedan acceder de manera individual o colectiva por medio de un recurso efectivo, a cualquier mecanismo establecido o reconocido por la ley para la solución de controversias y determinación de derechos-libertades y obligaciones, a fin de que dentro de éste de manera equitativa y atendiendo a los márgenes y parámetros de eficiencia y eficacia, así como de respeto de los derechos humano que brindan las garantías del debido proceso y el principio pro persona, se dicte una resolución que dé solución al problema planteado de manera equitativa y justa hasta lograr el cabal cumplimiento de ésta, con el objetivo de que toda persona, en la vida diaria, pueda realizar las conductas que sean necesarias para desarrollar su proyecto vital y una ciudadanía efectiva que a su vez nutra la consolidación de un Estado democrático y social de derecho, por medio de la redistribución de la dignidad e igualdad y un desarrollo con equidad de todas las personas*»⁽³³⁾.

Miguel Carbonell dice que «*el acceso a la justicia previsto por el artículo 17 constitucional supone la obligación del Estado de crear los mecanismos institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales o cualquier otro tipo de derechos pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes garantías para obtener la reparación de esa violación*»⁽³⁴⁾.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido el acceso a la Justicia como: «*(El) derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o*

⁽³³⁾ K.A. CASTILLA JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁽³⁴⁾ M. CARBONELL, *op. cit.*, p. 722.

presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da»⁽³⁵⁾.

Consideramos ocioso continuar plasmando definiciones del término “Acceso a la Justicia”, pues como se dijo y puede apreciarse de los ejemplos transcritos, existirán tantos conceptos como fuentes o autores se consulten. Sin embargo, un hecho que también puede observarse de las transcripciones anteriores y en donde tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han sido relativamente uniformes, es en el hecho de que el común denominador de todas las conceptualizaciones de “Acceso a la Justicia” consiste en que todas ellas refieren a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de otros derechos o intereses o bien para resolver un conflicto.

En este sentido, como lo señala Jesús María Casal, pueden identificarse dos nociones de este concepto: una en sentido amplio y otra en sentido restringido. La primera de ellas comprende el derecho consistente en la disponibilidad real de instrumentos judiciales o de otra índole previstos en un ordenamiento jurídico que permitan la protección de derechos o la solución de un conflicto, es decir, en términos generales la posibilidad de acudir ante una instancia facultada para ello, con el objeto de que a través de un proceso se solucione jurídicamente la situación planteada, mientras que la noción de Acceso a la Justicia en sentido estricto, implica un derecho subsumido en el derecho a la tutela judicial o tutela jurisdiccional efectiva⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ No. Registro: 188804 Tesis: Jurisprudencia por contradicción. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Septiembre de 2001; p. 5, consultable en <http://ius.sejn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>. Rubro: *Justicia, acceso a la. la potestad que se otorga al legislador en el artículo 17 de la constitución general de la república, para fijar los plazos y términos conforme a los cuales aquélla se administrará no es ilimitada, por lo que los presupuestos o requisitos legales que se establezcan para obtener ante un tribunal una resolución sobre el fondo de lo pedido deben encontrar justificación constitucional.*

⁽³⁶⁾ J.M. CASAL et al., *op. cit.*, p. 23-24.

Resulta claro que la noción en sentido restringido del concepto comentado, queda comprendida en la de sentido amplio antes descrita, siendo ésta última, la que por su amplitud y completitud nos parece la más adecuada para evaluar el cumplimiento de este sistema al Derecho de Acceso a la Justicia.

Esto, porque además, este concepto amplio conlleva consigo los elementos generalmente aceptados que comprende el referido Derecho de Acceso a la Justicia, como son, entre otros, la imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional, quien deberá estar previamente investido de la competencia para conocer de la cuestión que se le plantee, la equidad procesal, así como en general los elementos que conforman “el debido proceso”, además de la prontitud en su resolución y la congruencia interna y externa de ésta.

Aunado a lo anterior, la noción en sentido amplio de “Acceso a la Justicia” no sólo contempla los instrumentos procesales, generalmente frente al Estado, para hacer efectivo este derecho, sino que además comprenden otros medios de resolución de conflictos o de protección de derechos de carácter administrativo e incluye por tanto, no sólo a los órganos del Poder Judicial, sino a los medios alternativos de solución de conflictos, como son, entre otros y por antonomasia el arbitraje, la conciliación y la mediación⁽³⁷⁾.

Consideramos que la conclusión anterior podría resumirse en el hecho de que el Acceso a la Justicia va más allá de las formas y formalidades del proceso de cada país, afirmación que se ve respaldada según lo dicho por el relator en materia de acceso a la Justicia de la OEA, quien en su informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General de ese organismo internacional, expreso que «No obstante que el acceso a la justicia no se restringe a la actividad judicial (...) el término “acceso a la justicia” comprende el principio fundamental que es el derecho a la justicia en sí mismo, como un valor que supera las formalidades procesales y las instituciones para permitir al hombre común insertarse en el contexto de su ciudadanía»⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Cfr. J.M. CASAL et al., *op. cit.*, p. 24 ss.

⁽³⁸⁾ Comité Jurídico Internacional, *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2008*, p. 196, consultable en <http://www.oas.org>. Consulta 20 de abril de 2013.

En este punto resulta importante retomar uno de los temas abordados en epígrafes anteriores y cuestionarnos ¿Qué papel juega la reforma constitucional del mes de junio del 2011, en la que entre otros preceptos se modificó el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?

Como se señaló anteriormente, con motivo de dicha reforma, el citado artículo 1, además de establecer la obligación que tienen todas las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre otros cambios se señala que *«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»*.

Resulta importante reiterar el hecho de que a partir de la vigencia del precepto reformado, se diferencia entre los “derechos humanos” y las “garantías” para su protección, pero además se reconoce que tanto los citados derechos humanos y sus garantías de los que gozarán las personas, no sólo se encuentran contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que éstos también pueden estar establecidos en los instrumentos internacionales de los que México sea parte.

Esto significa entonces que contrario a la tradición jurídica que se había seguido, si bien es cierto que la Carta Magna es el máximo cuerpo normativo del país, en él no necesariamente se encuentran contemplados todos los derechos humanos de una persona, ni tampoco las garantías para su protección, con lo que indefectiblemente se da paso a la incorporación de los instrumentos internacionales que regulen a los derechos humanos y sus garantías al ámbito nacional, lo que en opinión de algunos estudiosos representa una mayor protección a los mismos.

De lo anterior se desprende que ambos conceptos si bien son complementarios no tienen igual significado, lo que resulta una novedad, pues hasta antes de la citada reforma, el numeral aludido únicamente hacía referencia a las “garantías de las que gozaría todo individuo”.

En términos generales, la diferencia aludida estriba en el hecho de que ahora nuestra Carta Magna, siguiendo a Álvarez Ledesma, reconoce el ca-

rácter tridimensional del derecho ⁽³⁹⁾ y así, distingue a los “derechos humanos” como los valores axiológicos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que México es parte y sus “garantías” como los derechos públicos subjetivos contenidos las normas positivas que regulan y protegen dichos derechos.

Llevados estos conceptos al tema que nos ocupa, no será difícil concluir que el derecho de Acceso a la Justicia, como derecho humano o valor axiológico contemplado en nuestra Constitución, puede ser “complementado” o exigido con mayor amplitud, si se encuentra una mayor o mejor regulación del mismo en los instrumentos internacionales que en materia de Derechos Humanos, México ha suscrito nuestro país. Máxime si se toma en cuenta la contundente y reiterada afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que *el acceso a la justicia es uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado democrático de derecho, así como piedra angular del propio ordenamiento regional sin el cual su tare de salvaguarda se tornaría inútil*⁽⁴⁰⁾.

En este contexto y para analizar el “Acceso a la Justicia” en la normativa internacional, consideramos necesario referirnos al *Derecho Humano a la Seguridad Jurídica*, que alude a la aplicación y cumplimiento efectivo de la ley por parte de las autoridades, a fin de garantizar el libre ejercicio de los derechos de las personas y su protección por parte del Estado en los términos y bajo las modalidades que para cada caso establezca la ley⁽⁴¹⁾.

Constitucionalmente, los derechos a la seguridad jurídica se encuentran previstos por los artículos 14 a 23 de la Carta Magna y en particular, para fines de nuestro análisis por el artículo 17 segundo párrafo. Son complementados, entre otros, por los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1, 8.2, 9 10 y 25.1 de la Convención Americana

⁽³⁹⁾ M. ÁLVAREZ LEDESMA, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Ed. Mc Graw Hill, 2008.

⁽⁴⁰⁾ Entre otros, caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 200, caso Yatama, sentencia de 23 de junio de 2005, caso Palamara Iribarne, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

⁽⁴¹⁾ Cfr. J.R. OLIVOS CAMPOS, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2011, p. 153.

sobre Derechos Humanos, XVIII y XXV.1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1 y 5 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

Para el tema que nos ocupa, cobra especial interés el contenido del tercer párrafo del artículo 17 constitucional que instituye *la posibilidad de implementar mecanismos alternativos de solución de controversias*, destacando el hecho de que dicho precepto no establece limitante a alguna materia o rama del derecho, lo que evidentemente permite concluir al menos *prima facie*, que tales medidas también podrían ser aplicables a la materia tributaria, que finalmente es el tema al que nos referiremos como eje central de este documento.

Así las cosas, en materia de seguridad jurídica, existen instrumentos internacionales que regulan este derecho, o en mejores términos, podríamos señalar que complementan este derecho, como serían entre otros, los previstos por los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1, 8.2, 9 10 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XVIII y XXV.1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1 y 5 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

El artículo 25.1 de la de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: «1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*».

En el mismo sentido el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que «*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*».

Por su parte el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que: «*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*».

Como puede observarse, los instrumentos internacionales referidos, en términos generales coinciden en los elementos que conforman el Derecho de Acceso a la Justicia antes comentados. Analizar todos ellos, aunque fuera someramente, superaría el alcance y extensión de este trabajo, por lo que en epígrafes siguientes nos referiremos únicamente a la existencia de recursos o procedimientos breves, sencillos, rápidos y efectivos como elemento para garantizar el Derecho Humano de Acceso a la Justicia y que constituyen un elemento que no contempla la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁽⁴²⁾.

Para concluir este epígrafe resultan necesarias dos precisiones: primero, también por rebasar el alcance de este trabajo, el concepto “tribunales” a que aluden los preceptos transcritos no se analizará, bastando señalar que en México ha sido generalmente aceptado, tanto por la doctrina, así como por los órganos jurisdiccionales, que dicho término debe entenderse en un sentido amplio y no limitado a los órganos estatales⁽⁴³⁾. En segundo término, cabe señalar que hasta ahora se ha hablado, en general sobre el Derecho

⁽⁴²⁾ Un excelente y completo estudio sobre el contenido y alcance del Derecho de Acceso a la Justicia se encuentra en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2007.

⁽⁴³⁾ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CLV/2004, de la Novena Época, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 409, bajo el rubro *Administración e impartición de justicia. los órganos pertenecientes al poder judicial no son los únicos encargados de realizar esa función* sostuvo que «(...) de ese precepto constitucional [artículo 17 constitucional] no se desprende que los órganos pertenecientes al Poder Judicial sean los únicos encargados de administrar e impartir justicia, ni que los organismos que formalmente son integrantes del Poder Ejecutivo tengan impedimento para sustanciar procedimientos administrativos y emitir sus resoluciones” y concluye que “la administración e impartición de justicia que tutela el artículo 17 constitucional, puede desempeñarse por órganos del Estado que, aunque no son formalmente integrantes del Poder Judicial, están en aptitud de realizar actos en sentido material e intrínsecamente jurisdiccionales, sin importar que el órgano estatal que los realice pertenezca al Poder Legislativo, al Judicial o al Ejecutivo, siempre y cuando la ley los autorice para ello y no haya prohibición constitucional al respecto». En el mismo sentido se pronuncia Fix Fierro, en H. FIX FIERRO, *Comentario al artículo 17 constitucional*, Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones, LV Legislatura de la Cámara de Diputados, 4ª Ed, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 581.

de Acceso a la Justicia. Sin embargo, como se desprende del propio título de este trabajo, el tema que en realidad nos ocupa es el Acceso a la Justicia Administrativa.

Esto, ya que los comentarios hasta ahora realizados son aplicables en general al derecho referido, sin necesidad de acotarlo a alguna rama en particular, es decir, son plenamente aplicables al Acceso a la Justicia Administrativa. Sin embargo, con la finalidad de ir centrando la discusión en la temática particular que se pretende abordar, a partir de los siguientes epígrafes iniciaremos las referencias particulares a la Justicia Administrativa, ya que es el campo en el que nos desarrollamos y del cual conocemos su problemática.

Es cierto que la evidencia empírica demuestra que las características, defectos y problemática que enfrente la Justicia Administrativa, no es exclusiva de ésta y bien el análisis que se plantea podría ser perfectamente adaptable a la Justicia mexicana en general. Sin embargo, considero que el empirismo, por acucioso que sea, no justifica generalizaciones que puedan inducir al error y se corre el riesgo de hacer afirmaciones sin sustento.

4. — *La situación actual del Derecho de Acceso a la Justicia Administrativa y su posible solución.*

Si se cuestionara sobre el respeto que se tiene al derecho de Acceso a la Justicia Administrativa por parte del Estado mexicano, la respuesta desde la óptica de su contenido constitucional o si se prefiere, retomando la noción en sentido restringido de “Acceso a la Justicia”, es posible decir que formalmente, el derecho a la seguridad jurídica y en particular el derecho de Acceso a la Justicia, se respeta, pues se cuenta con tribunales previamente establecidos, incluso especializados en la materia y cuya imparcialidad está garantizada, además que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la ley secundaria establecen los mecanismos para remediar posibles violaciones cometidas por estos órganos al momento de resolver una controversia.

No obstante lo anterior consideramos, que en su aspecto material o en

el sentido amplio de la acepción, el derecho de Acceso a la Justicia no se cumple: La necesidad de esperar como mínimo dos o tres años y en algunos casos más de siete, para dirimir el derecho que tiene el Estado a percibir un crédito fiscal o el contribuyente para reconocerle que no lo adeuda, no puede calificarse como una justicia pronta (elemento del Derecho de Acceso a la Justicia en su acepción amplia, según se refirió en el epígrafe anterior), lo que origina, como lo ha sostenido el Poder Judicial, que la administración de justicia que como derecho público subjetivo establece el artículo 17 constitucional, se vea cada vez más distante⁽⁴⁴⁾.

Bajo este contexto, no debe perderse de vista que esa falta de materialización en la protección del derecho de Acceso a la Justicia, no sólo implica una vulneración constitucional (ámbito interno), sino que además se traduce en una reiterada ilegalidad en la actuación de estos órganos, quienes en su actuar no sólo no respetan a cabalidad el mandato constitucional conferido en su artículo 17, sino que vulneran también distintos instrumentos internacionales que contemplan de una manera más amplia este derecho.

Esta situación, nos lleva a una inaceptable situación en la que si bien la vulneración de algún derecho del que es titular un contribuyente puede ser subsanada a través del sistema de justicia mexicano, ello no ocurre, sino hasta después de que el órgano encargado de ello (léase tribunales judiciales y administrativos), vulneran a su vez otro derecho del gobernado como es el derecho a una justicia pronta, como elemento del Acceso a la Justicia.

Este señalamiento lo realizamos pues el propio artículo 17 constitucional establece que *toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes*, de donde se sigue que la prontitud en la impartición de justicia está sujeta a criterios objetivos de tiempo, que en cada caso fije la ley correspondiente.

Así las cosas, en materia administrativa, como es sabido, la Ley Federal

⁽⁴⁴⁾ Tesis VIII.4o.16 K, sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 1397. Rubro: *Administración de justicia. cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a ese derecho público subjetivo previsto en el artículo 17 de la constitución federal.*

de Procedimiento Contencioso Administrativo establece determinados plazos para cada etapa procesal, desde la presentación de la demanda y hasta el cierre de la instrucción, lo que después de ocurrido, según dicha ley, la sentencia deberá pronunciarse dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que se dicte el acuerdo de cierre de instrucción en el juicio⁽⁴⁵⁾, hecho que nunca ocurre, al margen de los motivos que como antes se dijo, podrían, si no justificarlo, sí explicarlo.

Luego entonces, tomando en consideración el derecho (que en términos de los instrumentos internacionales antes referidos) toda persona tiene a contar con un recurso sencillo y rápido, así como tomando en cuenta la permisión constitucional para establecer medios alternativos de solución de controversias, es posible concluir que la viabilidad de éstos, no sólo se presenta desde la óptica constitucional propiamente dicha, sino también como una herramienta que permitiría coadyuvar con la máxima protección de los derechos humanos.

Ello porque a través de este tipo de instituciones, se estaría cumpliendo no sólo con el referido mandato interno, sino con el mandato contenido en los instrumentos internacionales que regulan con mayor especificidad el derecho de Acceso a la Justicia, como parte del Derecho Humano a la seguridad jurídica, ya que sin lugar a duda, los mecanismos alternativos de solución de controversias representan recursos o procedimientos breves, sencillos, rápidos y efectivos a que aluden los instrumentos internacionales antes referidos.

No debiendo perder de vista, como lo señala Jesús María Casal, que *«las instancias que coadyuven al acceso a la justicia en funciones de asesoramiento, mediación o conciliación no desplazan a los órganos judiciales en el cumplimiento de sus atribuciones. Igualmente, la intervención de órganos administrativos en la protección de determinados derechos, mediante una actuación (cuasi) jurisdiccional, ha de estar rodeada de las garantías básicas del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y no cierra las puertas de control judicial de la actuación administrativa»*⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Artículo 49 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

⁽⁴⁶⁾ J.M. CASAL et al., *op. cit.*, p. 24.

De donde se sigue que en palabras de Miguel Carbonell, *otra forma de mejorar el acceso a la justicia se puede dar por medio de los llamados «sistemas alternativos de solución de controversias, (...) entre los que se encuentran la mediación, el arbitraje, la amigable composición (...) [y] deben ser fortalecidos como una forma de descargar de trabajo a los tribunales y de propiciar soluciones más rápidas, baratas y efectivas para los particulares»*⁽⁴⁷⁾.

Es así que aún ante la brevedad del análisis hasta ahora realizado, consideramos que existen los elementos necesarios para concluir que jurídicamente y en particular desde la óptica de la protección de los Derechos Humanos, la necesidad de incluir medios alternativos de solución de controversias, queda plenamente soportada, pues constituyen recursos o procedimientos breves, sencillos, rápidos y efectivos que como también se dijo, complementan o coadyuvan a la materialización del Acceso a la Justicia.

5. — *Breve referencia a la naturaleza de los medios alternativos de solución de controversias y al arbitraje en particular.*

Si llegado este punto el lector coincide en la necesidad de explorar la posibilidad de incluir medios alternativos de solución de controversias, como medida coadyuvante en el respeto y verdadera materialización del Derecho de Acceso a la Justicia, sería conveniente entonces, analizar de manera muy breve su naturaleza y en particular la naturaleza del arbitraje tributario, el que, adelantando conclusiones, por sus características propias, consideramos representaría el medio idóneo ante una materia tan sensible como es la definición del derecho o no que en cada caso tendía el Estado para ingresar a sus arcas un crédito fiscal⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ M. CARBONELL, *op. cit.*, p. 726.

⁽⁴⁸⁾ Por no ser materia propiamente de este trabajo, nos parece adecuado adoptar la definición que el Código Fiscal de la Federación establece en su artículo 6 del término “crédito fiscal”, al señalar que «Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de sus accesorios o de aprovechamientos, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga

Los llamados “métodos alternativos de resolución de controversias” (MASC’s), también llamados “métodos equivalentes” son métodos heterocompositivos que, como su nombre lo indica, surgen por la búsqueda de alternativas ante el litigio jurisdiccional para solucionar conflictos entre particulares, es decir, que se desarrollan sin la intervención de las autoridades judiciales, o aún con la participación de ellas, pero sin que ejerzan su función jurisdiccional.

Existen diversos tipos de MASC’s principalmente en el ámbito internacional, los que son producto de las obligaciones que a los países, —como entes soberanos, sujetos de derecho internacional— les impone la Carta de las Naciones Unidas al señalar que «las partes en conflicto deben buscar una solución mediante la negociación, investigación de hecho, mediación, conciliación, arbitraje o cualquier otro medio pacífico»⁽⁴⁹⁾. Así, en el ámbito internacional, existen, como MASC’s: i) la negociación; ii) la mediación; iii) los buenos oficios; iv) la conciliación; y v) el arbitraje.

Es importante señalar que es en países con sistemas jurídicos denominados “common law”, donde este tipo de métodos heterocompositivos ha tenido un mayor desarrollo⁽⁵⁰⁾, principalmente en Estados Unidos donde son conocidos como ADR’s (“Alternative Dispute Resolution”, por sus siglas en inglés) y entre ellos se encuentran: i) el pequeño juicio; ii) el juicio privado; iii) el arbitraje derivado; iv) el juicio sumario ante jurado; v) el oyente neutral; vi) la determinación por experto neutral; vii) adaptación de contrato;

derecho a exigir de sus funcionarios o empleados o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena».

⁽⁴⁹⁾ Carta de las Naciones Unidas, *Artículo 33*.

⁽⁵⁰⁾ Rabasa sostiene que «en las naciones cuya organización jurídica se basa en el common law el derecho se encuentra, capitalmente, en las sentencias de los tribunales, sea por falta de ley escrita o como interpretación autorizada de los textos legales vigentes; la ley positiva, aunque jerárquicamente superior al precedente judicial, nada significa en la práctica, sino hasta que la jurisprudencia define su sentido jurídico y la desenvuelve. De lo cual se colige que dentro de este sistema de organización social, el derecho consuetudinario, hechura del juez, sigue siendo más importante que el derecho escrito, producto del legislador, y que los libros en los que se publican sus decisiones y sentencias de los tribunales son las fuente principal de toda la literatura jurídica»: E. RABASA, *El artículo 14 y el Juicio Constitucional*, 7ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000.

viii) las consultas, ix) la investigación; x) la conciliación y xi) la amigable composición, además de los anteriormente mencionados en el ámbito internacional⁽⁵¹⁾.

Dentro de los MASC's enunciados, para nuestro estudio destacan dos de ellos, que en mi experiencia generalmente son confundidos con el arbitraje: (i) la mediación y (ii) la transacción o negociación, pero que «*deben separarse del arbitraje, pues éste no precisa de la realización de concesiones recíprocas de las partes, sino que el árbitro realiza una composición de la disputa*»⁽⁵²⁾, lo que no ocurre en el caso de la mediación y la negociación.

Por lo que se refiere al arbitraje, de manera más o menos homogéneas, es definido como un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.

Por su parte, la negociación o transacción es una forma autocompositiva a través de la cual, las partes mediante el pacto o acuerdo de voluntades, resuelven una controversia⁽⁵³⁾, mientras que la mediación es el proceso informal en el que una tercera parte neutral ayuda a las partes en conflicto a resolver la controversia pero sin tener el poder para imponer una solución⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ Para un panorama general sobre los MASC's enunciados, ver R. CRUZ MIRAMONTES y Ó. CRUZ BARNEY, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Ed. Porrúa, 2004. También G. URIBARRI CARPINTERO, *Derecho Arbitral Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2006 o R. CRUZ MIRAMONTES y Ó. CRUZ BARNEY, *El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México*, México, Ed. Porrúa, 2004.

⁽⁵²⁾ Á. GARCÍA FRÍAS, *Arbitraje Tributario*, Ponencia presentada en las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito Ecuador, 2004.

⁽⁵³⁾ L.C. GÓMEZ, *Teoría General del Proceso*, 9ª ed., México, Ed. Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1996.

⁽⁵⁴⁾ M.V. BRAVO PERALTA, *El Arbitraje Económico en México*, México, Ed. Porrúa, Universidad Anáhuac Facultad de Derecho, 2002.

De lo hasta aquí expuesto es posible advertir que aunque el arbitraje, la transacción o negociación y la mediación, son medios de solución de controversias en los que no interviene un órgano jurisdiccional, en los dos últimos la solución del conflicto depende de la voluntad de las partes en contienda, es decir, que las partes involucradas lleguen a un arreglo, sin que esté prohibido otorgarse concesiones mutuas.

Por su parte, en el arbitraje, a diferencia de la transacción o negociación y la mediación, la decisión sobre el conflicto no depende de la voluntad de las partes sino de la decisión de un tercero: el árbitro, el que deberá decidir a quién le asiste la razón con base en los hechos que se le presenten y sin que en su actuación se encuentre la posibilidad de hacer concesión o distinción alguna para las partes.

En otros términos, el arbitraje, por sí mismo, no contempla el otorgamiento de concesiones entre las partes y por el contrario, la controversia, al igual que en un proceso formalmente jurisdiccional, es decidida por un tercero quien resolverá conforme a los elementos de prueba aportados por las partes dentro del proceso arbitral.

Si bien es cierto en nuestra opinión ésta es la principal característica que diferencia el arbitraje de otros medios alternativos de solución de controversias, podemos complementar sus características, señalando aquellas que la doctrina mexicana ha reconocido de manera relativamente uniforme, como las siguientes:

A) Es un método alternativo heterocompositivo de resolución de controversias, en donde por lo tanto no interviene una autoridad jurisdiccional o interviniendo no lo hace con tal carácter.

B) Su origen necesariamente está en la voluntad de las partes para someterse a él.

C) Es vinculatorio y por tanto obligatorio para las partes.

D) El alcance que tiene es limitado al tipo de controversia que las partes hayan acordado resolver con base en él.

E) Las reglas del procedimiento son fijadas por las partes o bien por el árbitro institucional de que se trate, variando por tanto dichas reglas de

acuerdo con el árbitro institucional que conozca del asunto, o del acuerdo de las partes en cada caso.

F) El proceso es de mayor informalidad, en comparación con el procedimiento judicial.

G) El árbitro carece de imperio, por lo que en ocasiones es necesaria la intervención del órganos jurisdiccional competente para la ejecución del laudo, previo reconocimiento legal del mismo.

H) Para algunos autores el arbitraje es, en cierta medida un auxiliar en la impartición de la justicia⁽⁵⁵⁾, pero su aplicación está limitada a las materias expresamente reconocidas por la legislación.

Con base en el apretado análisis sobre la naturaleza de los medios alternativos de solución de controversias y en particular del arbitraje, así como sus principales características, desarrollado en este epígrafe, no es difícil advertir que en esencia, al menos desde la óptica formal, esta institución tiene grandes similitudes con el procedimiento contencioso administrativo federal que se sigue ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa⁽⁵⁶⁾, por lo que al menos desde este punto de vista, *a priori* en nuestra opinión no existiría alguna causa definitiva que impidiera la inclusión de un arbitraje en materia tributaria, como una medida alternativa para la resolución de las controversias que en el ámbito interno se susciten en la relación jurídico-tributaria.

⁽⁵⁵⁾ Existen importantes controversias sobre el particular, habiendo posturas que incluso consideran el arbitraje como una institución prohibida por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al considerar que el procedimiento arbitral queda en manos de un tribunal especial, postura ésta última que no se comparte, ya que en mi opinión la misma deriva de una interpretación aislada y por tanto errónea del citado precepto constitucional, además de que como se señaló, debe considerarse lo que un sector de la doctrina sostiene en el sentido de que el arbitraje *per se* no tiene por objeto impartir justicia en sentido estricto, sino únicamente resolver una controversia.

⁽⁵⁶⁾ Para un completo estudio sobre el procedimiento contencioso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se sugiere consultar M. LUCERO ESPINOSA, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 11ª ed. actualizada, México, Ed. Porrúa, 2011.

6. — *Las principales objeciones en relación con el arbitraje en materia tributaria y nuestra posición.*

El análisis de la implementación de esta institución y en general de los distintos medios alternos de solución de controversias en materia tributaria no es reciente. Ha sido objeto de estudio en diversos foros como la *International Fiscal Association* o el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, entre otros, lo que ha llevado a que en algunos países el arbitraje en materia tributaria ya haya sido implementado, como es el caso de Brasil, Venezuela o Estados Unidos de Norteamérica, donde existe tanto el arbitraje tributario, como instituciones similares a éste desde hace muchos años y más recientemente el caso de Portugal.

Sin embargo en México el tema aún no ha sido abordado de una manera sistemática que permita llegar a conclusiones definitivas que demuestren su viabilidad o por el contrario, su imposible inserción en esta materia. No obstante esta falta de estudios sistemáticos, las posiciones actuales en contra de esta institución poco a poco se van desdibujando.

Así, quienes sostenían que constitucionalmente un arbitraje tributario era improcedente, argumentando la falta de habilitación expresa que hiciera nuestra Carta Magna, hoy, ese argumento ha sido superado por la inclusión en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la posibilidad de implementar lo que se ha denominado la “justicia alternativa”, pero además de ello, porque la reciente reforma en materia de Derechos Humanos⁽⁵⁷⁾, que si bien parece atravesar un período de “moda”, obliga a cambiar muchos de los paradigmas que se tenían respecto de la protección de esos derechos, según se comentó anteriormente.

Como es posible advertir, las posiciones sobre la viabilidad de un arbitra-

⁽⁵⁷⁾ El artículo 1 reformado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que «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. (...)».

je en materia tributaria se encuentran divididas y en general las objeciones a la implementación de este medio alternativo de solución de controversias en materia tributaria, se han concentrado en tres grandes rubros a saber: *a)* La indelegabilidad de la función jurisdiccional, *b)* La indisponibilidad del crédito fiscal y *c)* La vulneración al Principio de Legalidad.

Aunque discernir sobre cada una de ellas sería objeto de una obra específica, en virtud de las múltiples aristas respecto de las que cada uno de estos temas puede ser abordado, en general consideramos que tales posturas no encuentran una justificación sólida ante los argumentos que plantean su inexactitud, por lo que a fin de que el lector pueda formar un juicio propio, nos referiremos de manera muy breve a cada una de ellas.

6.1. – Supuesta violación al Principio de indelegabilidad de la función jurisdiccional.

Por lo que se refiere al argumento que sustenta la supuesta violación del arbitraje tributario a la indelegabilidad de la función jurisdiccional, en nuestra opinión tal posición es resultado de una errónea concepción de la naturaleza del arbitraje, pues se pierde de vista que la finalidad de esta institución no es impartir justicia, sino resolver un conflicto, independientemente de que la impartición de justicia lleva en sí misma la resolución de una solución conflictual⁽⁵⁸⁾.

Aunado al planteamiento anterior, para fijar una mejor posición sería interesante hacer dos cuestionamientos cuya respuesta consideramos podrá contribuir a un mejor posicionamiento: (i) una instancia arbitral en materia tributaria ¿vulnera este principio cuando se refiere a ésta, pero no a la materia mercantil donde es una institución reconocida por la legislación correspondiente y en la que incluso intervienen los jueces en cuanto a la ejecución del laudo arbitral? y (ii) Si una institución vulnera este principio ¿por qué el

⁽⁵⁸⁾ Sobre el tema se recomienda consultar, entre otros, R. CRUZ MIRAMONTES y Ó. CRUZ BARNEY, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Ed. Porrúa, 2004 y L.E. GRAHAM TAPIA, *El arbitraje comercial*. Colección de obras monográficas, México, Ed. Themis, 2000.

propio artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las leyes deberán prever mecanismos alternativos de solución de controversias?

Si bien es cierto, como ya se dijo, no existe unificación de criterios en el tema tratado, no debe perderse de vista que gracias a la reforma del tercer párrafo del artículo 17 constitucional, el establecimiento de los MASC's, entre los que se encuentra el arbitraje, necesariamente implica reconocer que la jurisdicción no es un atributo exclusivo de los jueces estatales, sino que los árbitros también ejercen jurisdicción, es decir, que no existe un monopolio de ésta.

Por tal motivo no encontramos motivo suficiente para considerar que por tratarse de la materia tributaria, la implementación de un arbitraje pueda vulnerar la indelegabilidad de la función jurisdiccional, que se reitera, no es exclusiva de los órganos estatales tradicionalmente encargados de ella.

6.2. – Supuesta violación al Principio de Indisponibilidad del crédito fiscal.

Consideramos que no existe violación a este principio, principalmente por dos razones a saber: la primera de ellas porque en nuestra opinión la realidad es que no existe tal disposición de crédito fiscal, según se verá más adelante, pero además, porque aunque ésta existiera, tal disposición no está prohibida constitucionalmente.

Sostenemos que no existe disposición del crédito fiscal porque éste, según lo define el propio Código Fiscal de la Federación, es toda cantidad que el estado tiene derecho a percibir, entre otros, por concepto de contribuciones⁽⁵⁹⁾.

Ahora bien, si se toma en cuenta que hablar de arbitraje implica la exis-

⁽⁵⁹⁾ Artículo 4 Código Fiscal de la Federación. «Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena. (...)».

tencia de una controversia respecto de un hecho o un derecho, ello significa que en una situación como ésta, el derecho del Estado a recibir una contribución (crédito fiscal), no es definitivo, pues el mismo debe ser reconocido por un órgano facultado para ello.

De ahí que si no existe ese derecho, entonces no es posible considerar que se está disponiendo del mismo cuando aún no forma parte del patrimonio del Estado, lo que se puede corroborar si se considera el momento en que el Estado puede ejercer su facultad económico coactiva para hacer efectivo un crédito fiscal, es decir, su derecho de cobro, y que no es sino hasta que tal derecho sea exigible, según lo establecen las propias normas reguladoras del crédito fiscal⁽⁶⁰⁾.

Además de lo anterior, en nuestra opinión tampoco existe disposición del crédito fiscal porque el arbitraje, como se analizó en el epígrafe 6, a diferencia de otros medios alternos de solución de controversias (mediación o negociación), no implica la solución del conflicto mediante el otorgamiento de concesiones recíprocas, donde sí podría existir tal disposición, ya que el arbitraje, como se señaló, es en términos generales una técnica, a través de la cual, dos partes, que se encuentran enfrentadas sobre una misma cuestión presente o futura, deciden, de mutuo acuerdo, someter su resolución a un tercero – denominado árbitro –, obligándose ambas a acatar la decisión emitida por este último.

Por tanto, como se puede apreciar de la definición anterior, en el arbitraje, las partes en conflicto someten su diferencia a un tercero, distinto a un órgano jurisdiccional, quien resuelve la controversia, siendo obligatoria su resolución para los contendientes, por lo que no puede decirse que existe tal disposición del crédito fiscal.

⁽⁶⁰⁾ Artículo 144 Código Fiscal de la Federación. «No se ejecutarán los actos administrativos cuando se garantice el interés fiscal, satisfaciendo los requisitos legales. Tampoco se ejecutará el acto que determine un crédito fiscal hasta que venza el plazo de cuarenta y cinco días siguientes a la fecha en que surta efectos su notificación, o de quince días, tratándose de la determinación de cuotas obrero-patronales o de capitales constitutivos al seguro social. Si a más tardar al vencimiento de los citados plazos se acredita la impugnación que se hubiere intentado y se garantiza el interés fiscal satisfaciendo los requisitos legales, se suspenderá el procedimiento administrativo de ejecución».

No obstante lo anterior, aún y suponiendo que el arbitraje en materia tributaria pudiera implicar disposición del crédito fiscal, no debe perderse de vista que tal cuestión no está prohibida constitucionalmente, por lo que este supuesto problema en todo caso sería una cuestión que debería ser regulada por la ley secundaria.

En otros términos, esa indisponibilidad del crédito fiscal no es absoluta, por lo que está permitida en la medida en que la ley la contemple, tal y como hoy en día sucede en el ejercicio de las facultades de condonación de que está investida la autoridad tributaria y el mismo titular del Ejecutivo Federal, lo que sin duda implica una disposición del crédito fiscal.⁽⁶¹⁾

Finalmente no debe perderse de vista que quienes sustentan la supuesta violación a este principio, al parecer dan por hecho que la instancia arbitral tendría lugar una vez terminada la etapa oficiosa, lo que no necesariamente debe ser así, pues también existe la posibilidad de que un arbitraje en materia tributaria pudiera adoptarse como una fase más de esa etapa.

6.3. – Supuesta Vulneración al Principio de Legalidad.

Para abordar este tema es importante tomar en cuenta que en nuestro sistema de derecho, el Principio de Legalidad tiene dos manifestaciones: La Reserva de Ley (esfera normativa) y la Legalidad Administrativa (esfera aplicativa).

Aunque ambos temas pueden ser analizados desde distintas perspectivas, lo que daría lugar a un análisis que nuevamente rebasaría el alcance de este trabajo, en términos generales puede decirse que el principio de legalidad administrativa contemplado por los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entraña que la administración debe ceñir su actuar a lo que disponga la ley.

Por su parte, el Principio de Reserva de Ley aunque contemplado por el artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos

⁽⁶¹⁾ A manera de ejemplo obsérvese el contenido de los artículos 39 fracción I o 74 ambos del Código Fiscal de la Federación y más recientemente el artículo Tercero transitorio de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2013.

Mexicanos, guarda estrecha relación con el diverso 14 constitucional y en términos generales implica que es necesaria una ley formal para el establecimiento de los tributos, lo que satisface la exigencia de que sean los propios gobernados, a través de sus representantes, los que determinen las cargas fiscales que deben soportar, así como que el contribuyente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de sus obligaciones fiscales, de manera que no quede margen a la arbitrariedad.

Ahora bien, debe mencionarse que la más calificada doctrina clasifica la Reserva de ley en absoluta y relativa. La primera de ellas existe cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal; en nuestro caso, a la ley emitida por el Congreso, ya sea federal o local. En este supuesto, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes.

Por su parte, la reserva relativa, permite que otras fuentes distintas de la ley regulen parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse. En otros términos, la regulación de las citadas fuentes secundarias debe subordinarse a las líneas esenciales que la ley haya establecido para la materia normativa.

En este supuesto, la ley puede limitarse a establecer los principios y criterios dentro de los cuales la concreta disciplina de la materia reservada podrá posteriormente ser establecida por una fuente secundaria.

De esta forma no se excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones posibiliten una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

De acuerdo con lo antes señalado, en resumen, la clasificación de la reserva de ley en absoluta y relativa se formula con base en el alcance o extensión que sobre cada materia se atribuye a cada especie de reserva.

Si en la reserva absoluta la regulación no puede hacerse a través de normas secundarias, sino sólo mediante las que tengan rango de ley, la relativa no precisa siempre de normas primarias. Basta un acto normativo primario

que contenga la disciplina general o de principio, para que puedan regularse los aspectos esenciales de la materia respectiva.

Así pues, en nuestro país, la reserva es de carácter relativa, ya que, excepto por los elementos de las contribuciones, las normas procesales no deben ser reguladas en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente sólo un acto normativo primario que contenga la regulación esencial de la referida materia, puesto que de ese modo la presencia del acto legislativo primario marca un límite de contenido para las disposiciones secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria. Por otro lado, en casos excepcionales, y que lo justifiquen, pueden existir remisiones a preceptos secundarios, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación subordinada y dependiente de la ley, y también constituyan un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria.

De lo anterior se considera que el contenido de dichos principios, en relación con un arbitraje tributario, no podrían considerarse vulnerados, en la medida en que el proceso arbitral se establezca en una ley que faculte a un órgano arbitral a dirimir una controversia entre fisco y contribuyente (esfera normativa) y siempre que el proceso a través de cual se resuelva dicha controversia, cumpla con las exigencias de los artículos 14 y 16 constitucionales, respetando con ello la garantía de “debido proceso legal” (esfera aplicativa).

Del breve bosquejo hasta aquí expuesto respecto del debate que existe en torno a la implementación de un arbitraje tributario, no es difícil advertir la dicotomía del tema aunque, sin que objetivamente pueda afirmarse que una posición es determinante respecto de la otra.

No obstante, consideramos que las conclusiones que hasta ahora se han alcanzado en los distintos análisis que se han hecho sobre este tema, conjuntamente con las experiencias encontradas en el derecho comparado, parecen indicar de manera bastante firme que los argumentos en favor de la implementación de un arbitraje tributario encuentran mayor sustento que aquellos que se oponen a él.

7. — *Conclusiones.*

Si bien es cierto que a lo largo de este trabajo se han abordado de manera muy sucinta una diversidad de temas que en realidad deben ser objeto de análisis más detallados y amplios, ésta no es la intención de este documento, pues lo que en realidad se persigue y esperamos haber dejado plasmado es el poner de manifiesto la necesidad de cambiar los paradigmas que hasta ahora han sido base de la cultura jurídica mexicana.

Ello con motivo de la obligatoria apertura de las fronteras de nuestro derecho al ámbito internacional y más específicamente al ámbito internacional de los Derechos Humanos, originado por la reforma constitucional en esta materia, resultado de la condena impuesta a nuestro país por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es en este cambio de paradigmas y apertura de fronteras en el que necesariamente debemos dar paso a instituciones jurídicas hasta ahora poco abordadas o analizadas primordialmente en su aspecto formal, de tal forma que la nueva cultura de Derechos Humanos en realidad se materialice en una verdadera protección de los mismos.

A lo largo de este documento nos hemos referido en particular al Derecho de Acceso a la Justicia, intentando hacer, aunque breve, un análisis de su contenido material y alcance no sólo constitucional, sino a la luz de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos para dejar plasmado, la interrelación que ambos sistemas tienen, complementando o ampliando el contenido de un Derecho Humano.

En el caso, esa complementariedad a que nos referimos, no es únicamente una cuestión teórica, pues como se señala en este documento, la materialización de la protección integral de un Derecho Humano requiere, primero analizarlo no sólo desde la óptica interna, sino también desde la perspectiva internacional.

Segundo, analizarlo en conjunto tanto con las instituciones existentes, así como con las herramientas jurídicas que existen en un momento dado, buscando una nueva relación y aplicación entre ellas.

Tercero y en nuestra opinión, más importante, que ese análisis se haga

dejando de lado viejos paradigmas, para así dar paso a una apertura de pensamiento que permita comprender que muchas de las instituciones que antes parecían no tener relación, hoy pueden y en muchos casos deben redimensionarse en su aplicación práctica, sin tener miedo a plantear posturas o teorías novedosas, lo que más que una posibilidad, es una exigencia ante una cultura que en el mejor de los casos es poco conocida.

Tal es el caso de los Derechos Humanos, *el acceso a la Justicia Administrativa y los Medios Alternativos de Solución Controversias, en particular el arbitraje tributario*.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, Ed. Mc Graw Hill, 2008.
- BRAVO PERALTA, Martín Virgilio, *El Arbitraje Económico en México*, México, Ed. Porrúa, Universidad Anáhuac Facultad de Derecho, 2002.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Ed. Porrúa, 2009.
- CARPIZO, Enrique, *Derechos Fundamentales Interpretación Constitucional la Corte y los Derechos*, México, Ed. Porrúa, 2011.
- CASAL, Jesús María et al., *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*, Venezuela, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2005.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos Artemio, *Acceso Efectivo a la Justicia. Elementos y Caracterización*, México, Ed. Porrúa, 2012.
- CISNEROS FRÍAS, Germán et al. (coords.), *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Ed. Porrúa, 2004.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003.
- FIX FIERRO, Héctor, *Comentario al artículo 17 constitucional, Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones, LV Legislatura de la Cámara de Diputados*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 2000.
- GARCÍA FRÍAS, Ángeles, *Arbitraje Tributario, Ponencia presentada en las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Quito Ecuador, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y Transformaciones*, México, Ed. Porrúa, 2011.
- GÓMEZ, Lara Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 9ª ed., México, Ed. Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1996.
- Fideicomiso para Promover la Investigación del Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, *Especialización en Materia Procesal Fiscal*, Tomo I Procedimientos en Materia Fiscal y Administrativa, México, 2000.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El arbitraje comercial. Colección de obras monográficas*. México, Ed. Themis, 2000.
- HERRERA ORTIZ, Margarita, *Manual de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2011.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 11ª ed. actualizada, México, Ed. Porrúa, 2011.
- MORENO TRAPIELLA, Prudencio C., *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Contencioso-Administrativo Español. El Caso Específico del Control Judicial de las Sanciones Administrativas*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012.
- OLIVOS CAMPOS, José René, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2011.
- RABASA, Emilio, *El artículo 14 y el Juicio Constitucional*, 7ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000.

URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *Derecho Arbitral Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2006.

URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo (coord.), *Acceso a la Justicia Alternativa. La Reforma Artículo 17 Constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias*, México, Ed. Porrúa, 2010.

VALDÉS, Diego y GUTIÉRREZ, Rodrigo (coords.). *Justicia, Memorial del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Fiscal de la Federación.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Enero de 2005.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Mayo de 2005.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Septiembre de 2001.

Carta de las Naciones Unidas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2007.

Comité Jurídico Internacional, *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General 2008*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *caso Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 200, *caso Yatama*, sentencia de 23 de junio de 2005, *caso Palamara Iribarne*, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

CARLOS CHAURAND ARZATE^(*)

LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN REGIONAL. TENSIONES ENTRE MERCADO Y DERECHOS HUMANOS

ABSTRACT: The paper aims to analyze how the international treaty may improve the supra-regional integration. As a matter of fact, the asymmetrical nature of the process of globalization is it: a game between demand and supply. The process of globalization is a the mirror of a strength competition between the grooving answer for individual rights by the countries of the South of the world (the demand), and the economic dimension of the globalization (the supply). The international treaties could be a way to reduce the potential fight between the market and human rights.

1. — No es exagerado afirmar que la diplomacia es la forma superior de la política; y que ésta, por su parte, es la estrategia más pura, refinada y a la vez más pragmática de la conquista; y en atención a ello, se puede colegir que mediante el ejercicio eficaz del servicio diplomático es posible prevenir, evitar o diferir las consecuencias desastrosas de la guerra.

El ingrediente racional del *homo sapiens* dicta a su elemento animal, que frente al dilema que la circunstancia pueda presentar al jefe de una nación entre la *via amicabile* y el cesáreo cruce del Rubicón, el líder opte, siempre, por la conciliación.

El enfrentamiento brutal, troglodita y primitivo de los ejércitos, tiene lugar sólo cuando fracasan la cordura, la prudencia, la sutileza y las demás artes del cortejo recíproco entre los estadistas y sus emisarios.

La contienda de hecho, entre comunidades nacionales, tiende, por un lado, a la aniquilación, la neutralización o el control del adversario; y por

^(*) Universidad de Guanajuato. Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

otro, busca la defensa del territorio del propio estado mediante acciones reales respecto de la agresión de otras entidades nacionales ⁽¹⁾.

Independiente de la legitimación y del grado de justicia que se pueda tener para acudir a una guerra formal e intrínsecamente justa; y al margen de los resultados obtenidos en el campo de batalla, no podemos considerar más que como un fracaso el hecho de que se tengan que romper las hostilidades.

Salvo honrosas excepciones, el *casus belli*, normalmente es un siniestro pretexto para desatar el perverso juego de la contienda, en el que, sin importar que haya algún triunfador indiscutible, al final del día, todos, vencedores y vencidos, terminan siendo derrotados.

La guerra es un juego absurdo de perder-perder. Empero, en algunas circunstancias, es una situación ineludible; sobre todo cuando está en peligro la integridad del territorio, la dignidad de la nación o cuando se procura la defensa de la soberanía o de los intereses de la comunidad nacional ⁽²⁾.

Quedó atrás la etapa histórica del colonialismo rampante que postulaba como principio de acción la justificación de las acciones punitivas en función de una política de anexión y conquista.

La mayoría de las guerras terminan por medio del armisticio, que es un acuerdo superior que establece la tregua de las hostilidades y pone fin a los conflictos; y todas, absolutamente todas las que no se han llevado a cabo, se han evitado por medio de transacciones convenientes que adoptan la forma de lo que se conoce como tratados internacionales.

En varias oportunidades hemos establecido que la fórmula del estado nacional hizo su aparición en el escenario internacional a través de dos tratados que se conocen como la Paz de Westfalia ⁽³⁾.

Asimismo, habrá que recordar, que México, de manera formal, surgió a la vida internacional y adoptó el perfil de estado nacional precisamente mediante un tratado, que no es otro, que el conjunto de los acuerdos que se

⁽¹⁾ K. VON KLAUSEWITS, *De la guerra*, Colfón, S.A., México, D.F., 1999, p. 72.

⁽²⁾ C. CHAURAND ARZATE, *Conferencia en Universidad Iberoamericana*, Ciudad de México. UIA, México, D.F., 2004.

⁽³⁾ *Idem*.

conocen como Tratados de Córdova que fueron suscritos el 24 de agosto de 1821.

Mediante ese pacto se coronaron los esfuerzos de los insurgentes, se logró el reconocimiento de la legitimidad de su lucha y la fuerza social de su reclamo por una sociedad libre; y se consiguió la emancipación respecto de la metrópoli española.

En atención a esos antecedentes, que a mi juicio resultan de un impacto contundente, se justifica el interés que despierta el tema de los tratados internacionales, en general; y en específico, el relativo al régimen jurídico que los regula.

2. — Los tratados son consustanciales a las relaciones entre los Estados, aun cuando históricamente, los tratados son un fenómeno previo al surgimiento de los Estados; y es claro que la convivencia entre éstos sería muy difícil y azarosa sin la existencia de una estructura normativa que la pudiera regular.

Debido a la gran interacción entre países que existe en el mundo moderno, la cual se ha incrementado a causa de la globalización, se ha multiplicado el número de convenios y tratados internacionales.

Los tratados son instrumentos jurídicos que se fundamentan y producen por medio del consentimiento recíproco manifestado por los Estados para instituir un catálogo de derechos y obligaciones entre las partes, que de acuerdo a la normatividad internacional deben adoptar la forma escrita.

De la misma manera que en el plano doméstico de las relaciones internas de los estados las personas hacen uso de los contratos para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, los sujetos de derecho internacional y en específico los Estados, celebran tratados sobre las más diversas materias con el propósito fundamental de estipular derechos y obligaciones regidos por el Derecho Internacional.

Cada vez es más evidente y cercana la relación que existe entre el derecho internacional y los órdenes estatales. La globalización, la cooperación internacional, la búsqueda de un orden común, así como la necesidad de

otorgar seguridad jurídica a las actividades de los particulares, han hecho que un número mayor de materias sean reguladas por el derecho internacional, principalmente a través del derecho convencional⁽⁴⁾.

El tratado internacional es manifestación de la soberanía y ejercicio de la independencia originaria de los Estados; pero, también, es la expresión concreta del acto de obligarse de manera recíproca con otras entidades nacionales.

Desde esa perspectiva, el análisis teórico de los tratados atiende a dos ejes de atención; por un lado, los consideramos desde el punto específico del acto volitivo o consensual, mediante el cual dos o más Estados o, sujetos del Derecho internacional estipulan y regulan sus derechos y obligaciones, y el acto normativo por el que esos mismos sujetos crean normas que les obligan.

En atención a la primera vertiente de análisis, el tratado se asemeja al contrato del Derecho privado interno estatal con su estructura fundamentalmente sinalagmática. Por lo que toca al segundo punto de vista, estrictamente formal, en tanto que norma escrita, estos pactos internacionales tienen similitudes muy grandes con la estructura de la ley.

De lo anterior se llega a la conclusión de que la estructura normativa y las consecuencias que generan estos actos consensuales, trascienden el ámbito estricto de los sujetos que intervienen directamente en su creación.

Debido a la excesiva producción, suscripción y aplicación de este tipo de convenios, el Derecho de los Tratados Internacionales se ha convertido, de pronto, en una de las disciplinas que más se ha desarrollado en el pasado inmediato.

En efecto, a partir de la celebración de las Convenciones de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados y la de 1986 sobre Tratados Celebrados entre Organismos Internacionales o entre Organismos Internacionales y Estados, el Derecho de los Tratados Internacionales trascendió los límites de la *inveterata consuetudo* al campo concreto, específico y directo de la codificación⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ G. RODRÍGUEZ HUERTA, *La Celebración de Tratados en el orden constitucional*, ITAM y Senado de la República, México, D.F. 2008, p. 17.

⁽⁵⁾ C. CHAURAND ARZATE, *ibidem*.

Ello, con todas las implicaciones y consecuencias positivas de seguridad y de certeza, que le atribuimos a este sistema quienes hemos abrevado en la tradición jurídica de la familia Romano Canónica que impera en nuestro Estado Nacional.

En el ámbito próximo de nuestra legislación interna, habrá que tener en cuenta que a raíz de la suscripción, ratificación y entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, nuestro sistema normativo doméstico generó la Ley sobre la celebración de tratados.

3. — La materia de los tratados es tan diversa como múltiples y variados son los intereses de los estados nacionales que los suscriben, y de esa guisa, dentro del catálogo de convenciones internacionales que han sido celebradas, ratificadas y adoptadas por nuestro Estado nacional, existen las que en estricto se ocupan de regular las relaciones comerciales, como es el específico caso Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN ó NAFTA).

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no recogían en sus textos originales ninguna deposición sobre derechos humanos debido a que, en el momento de su conclusión, los objetivos de integración económica eran prioritarios. Esta afirmación es difícilmente discutible a pesar de que algunos autores quieran ver en el preámbulo de aquellos Tratados, o en alguna de sus disposiciones, tácitas alusiones a esta materia⁽⁶⁾.

El impacto que esos compromisos internacionales pueden acarrear en el estatuto jurídico de las personas, constituye la médula esencial del horizonte teórico de estas reflexiones, y la afectación que los mismos pueden ocasionar a la esfera concreta de los derechos humanos establece el marco estricto de la preocupación intelectual que nos anima.

Porque, en vía de antecedente, traigo a la memoria que en la década de los 80 del recientemente concluido Siglo XX, algunos países de América Latina

⁽⁶⁾ A. MANGAS MARTÍN et al., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 293.

sufrían una fuerte recomposición interna con motivo de procesos bélicos intestinos y movimientos revolucionarios; mientras que otros como México, Brasil y Argentina acusaban un severo estancamiento de sus economías y se acentuaba en ellos la crisis por el endeudamiento externo, lo cual frenaba el desarrollo social de la región y reflejaba una «crisis estructural de acumulación, un fracaso del modelo agro exportador, y también del Estado intervencionista nekeynesiano y crisis del capitalismo dependiente periférico»⁽⁷⁾.

Todo ello dio pie a la aplicación de Políticas de Ajuste Estructural inducidas desde las instituciones financieras internacionales conformadas por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y los bancos regionales, pero fundamentalmente fueron los dos primeros organismos los que por medio de empréstitos, constriñeron a los gobiernos de los países implicados, a establecer una serie de reformas que pretendidamente permitirían a los Estados de América Latina salir de la crisis en que se encontraban⁽⁸⁾.

Es verdad que resultaba evidente que se requería de drásticas recomposiciones estructurales para reactivar la economía e incentivar el desarrollo social, por lo que, los gobiernos de esta área regional se plegaron a las exigencias de las instituciones financieras de cumplir con la condición que se les imponía para la renegociación de sus deudas.

Como correlato y complemento de esa estrategia de contracción de las variables macroeconómicas y de la reducción del gasto social, los organismos financieros sugirieron a los países de la región, que adoptaran al libre comercio como catalizador del crecimiento económico y generador del desarrollo.

4. — En ese marco, y con esa visión de estado surgió el Tratado de Libre Comercio de América del Norte que compromete a nuestro país con Canadá y los Estados Unidos de América a que, en un plano de reciprocidad, se

⁽⁷⁾ Cfr F. JUDSON, *El ajuste y las agendas nacionales centroamericana*, en *www.uca.edu.sv*, citado por N. CASTAÑEDA y A. SANDOVAL, en *Los Tratados Comerciales como instrumento de las políticas de Ajuste Estructural y su impacto en los Derechos Humanos*.

⁽⁸⁾ *Idem*.

franqueen las fronteras a las mercancías de los otros suscriptores y se libere de aranceles a esos productos.

Es inconcuso que un compromiso como éste, y todos los de su estirpe deben de afectar en mayor o menor medida, y para bien o para mal, la esfera jurídica que contiene los derechos humanos de los nacionales de los estados suscriptores, sólo que la ponderación exacta de los impactos, tanto cuantitativos como cualitativos es un quehacer de eficacia limitada, si se tiene en cuenta que al ser instrumentos relativamente recientes, los países pequeños de la región todavía no tienen, en su mayoría, procesos de evaluación completos que se apliquen rigurosa y regularmente a la determinación de consecuencias tangibles⁽⁹⁾.

No obstante, ello no ha dejado paralizado e impávido el esfuerzo intelectual de los estudiosos que pese a las limitaciones econométricas, han seguido indagando si los compromisos internacionales en materia estrictamente comercial han lesionado los derechos humanos de las respectivas comunidades nacionales, lo cual han intentado mediante la contrastación entre los referidos tratados y el estatuto que establece los referidos derechos.

Ese esfuerzo científico de cotejo, parte de la evidencia de que la interdependencia es un fenómeno del que no se puede sustraer la superestructura jurídica; que siempre es posible identificar fenómenos de interdependencia entre las normas de un sistema jurídico dado; entre los sistemas jurídicos estatales; entre los regímenes internacionales; y desde luego, entre las normas de estos dos últimos. Así por ejemplo, el derecho urbanístico incide sobre la realización del derecho a la vivienda.

De igual manera las reglas del mercado de valores estadounidense influyen sobre la aplicación del derecho bursátil en los países de la Europa central, por ejemplo. Al tiempo, que las normas sobre protección internacional de patentes pueden impactar la eficacia del derecho a la salud tutelado por Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. De igual manera, es un hecho verificable, que los programas derivados de

⁽⁹⁾ A. TREJOS, *Instrumentos para la evaluación del impacto de acuerdos comerciales internacionales: aplicaciones para países pequeños en América Latina*, CEPAL, Subsección Regional México, México, D.F., 2009, p. 20.

los acuerdos suscritos por recomendaciones del Fondo Monetario Internacional pueden alterar de alguna manera, el cumplimiento estatal del derecho doméstico a la educación o las pensiones.

A esos efectos, no es ocioso que, como elemento de compulsión para confrontar la hipótesis de trabajo, nos remitamos al contenido esencial del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en el cual se establece que los suscriptores manifiestan como finalidades: Reafirmar los lazos de amistad y cooperación entre sus naciones; Contribuir al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y ampliar la cooperación internacional; Reducir las distorsiones en el comercio; Establecer reglas claras y de beneficio para su intercambio comercial; y promover el desarrollo sostenible⁽¹⁰⁾.

Hay quienes, en un ejercicio inicial de comparación, aseveran que los objetivos antedichos, son simples expresiones retóricas, y que a pesar de la proliferación de los Tratados Comerciales en América Latina, no se ha alcanzado a plenitud ninguno de los supuestos anteriores, dado que es perceptible un severo déficit en la balanza comercial de diversos países del continente, que los sectores de exportación no han logrado vincularse con los de producción local que impulsen otras áreas de la industria nacional, que no ha aumentado significativamente el empleo, que el que se ha generado en muchas ocasiones es precario, y que los salarios, de algunas actividades, han perdido su poder adquisitivo⁽¹¹⁾.

Esto refleja que los tratados no han sido una garantía plena para impulsar el desarrollo ni el crecimiento económico y parte de ello se debe a las malas negociaciones que los países en desarrollo han hecho, no hubo un análisis a fondo sobre los sectores que se podían abrir a la competencia externa ni un fortalecimiento de la industria nacional, se olvidó la necesidad de reducir asimetrías y mejorar las condiciones de competitividad para el mercado global⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ J. WITKER, *Los Derechos económicos y sociales, en el contexto del Área de Libre Comercio de las Américas*, Mimeografiado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

⁽¹¹⁾ F. JUDSON, *ibidem*.

⁽¹²⁾ *Idem*.

No obstante, a fin de elucidar alguna conclusión y estar en posibilidades de establecer si el impacto de los tratados comerciales en el ámbito de aplicación de los derechos humanos, cualitativamente es de signo positivo o negativo, habrá que precisar en qué consisten estas prerrogativas de las personas; y a ese respecto, cabe recordar que en un aspecto descriptivo, éstos constituyen un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas⁽¹³⁾, las cuales se encuentran establecidas positivamente por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

5. — Son un conjunto de garantías inherentes, indivisibles, interdependientes y mínimas que pertenecen a cada integrante de la sociedad por su propia condición en tanto seres humanos y como parte de la comunidad nacional⁽¹⁴⁾.

La doctrina es concordante en reconocer como características de estos derechos: la *universalidad*, conforme a la cual, corresponden a todas las personas, sin excepción, sin importar su raza, sexo, edad, idioma, nacionalidad, religión, opinión pública, posición económica; la *indivisibilidad*, atenta la cual, los derechos humanos no pueden fraccionarse, limitarse o reducirse; la *inalienabilidad*, conforme a la que el destinatario de éstos no los puede perder ni los puede ceder; y la *interdependencia*, según la cual, la realización, o en su caso, la violación de uno de estos derechos afecta indispensablemente a todos los demás derechos⁽¹⁵⁾.

En la base del concepto de Derechos Humanos subyace el reconocimiento a la dignidad del individuo. Son un producto de la lucha histórica de los grupos sociales por crearlos, imponerlos y defenderlos; y si por un lado son el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, lo que

⁽¹³⁾ A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 232.

⁽¹⁴⁾ N. AYALA, *Derechos humanos y globalización*, Documentos de discusión global, Montevideo, 2033, p. 2.

⁽¹⁵⁾ J. CARPIZO, *Derechos Humanos y Ombudsma*, UNAM y CNDH, México, 1993, p. 164.

legítima al Estado de derecho pues constituyen los presupuestos de consenso sobre los que se levanta la sociedad democrática; por el otro representan el estatuto jurídico de las personas en su relación con el Estado y entre ellos mismos⁽¹⁶⁾.

Detrás de esa conceptualización se encuentran dos elementos que les resultan esenciales, una dimensión histórica, en tanto que son resultado de la conducta y actividad humanas que determinan el modo de ser de una comunidad en una circunstancia histórica determinada; y un sistema axiológico que sirve de ideal y de sustrato a las aspiraciones más elevadas y a los valores más profundos de los pueblos.

Algo similar ocurre con la liberación del mercado estatuida mediante instrumentos normativos internacionales, la cual también es parte de un proceso histórico con sus conflictos sociales, económicos y culturales, si se tiene en cuenta que la integración proviene de los procesos de globalización y que ésta obedece a la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo por las que se enlazan lugares lejanos, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a millares de kilómetros de distancia o viceversa. Este es un proceso dialéctico puesto que esos acontecimientos locales pueden moverse en dirección inversa a las distantes relaciones que les dieron forma⁽¹⁷⁾.

En una primera aproximación parece haber una 'idea común' sobre los derechos humanos como un sistema de valores universal; esta concepción resulta marcada en parte por el proceso de globalización. Sin embargo esta aparente tendencia a la universalización de los derechos humanos parece imponerse desde un único parámetro cultural, económico, político y social limitando entonces el respeto a la diversidad y al multiculturalismo que la misma definición de Derechos Humanos supone.

La propia intensificación de las relaciones entre comunidades distintas y distantes, así como las facilidades de los medios de comunicación, ponen en

⁽¹⁶⁾ F. SORONDO, *Los Derechos Humanos a través de la historia*, SERPAJ, Montevideo, 1988, p. 6.

⁽¹⁷⁾ A. GIDDENS, *La tercera vía, la renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999, p. 43.

evidencia al mismo tiempo, que diferentes comunidades poseen sistemas de valores diferentes.

Por otro lado, asumiendo la existencia de un sistema universal de «derechos humanos» cabe preguntarse en qué medida la constricción estructural que deviene de la globalización se vincula con el avance o retroceso de los derechos humanos, en particular en América Latina, habida cuenta de lo cual, en adelante buscaremos presentar algunas de las diversas formas que adquiere esta peculiar interacción de la vida moderna desde una perspectiva latinoamericana.

Para concretar ese propósito, cabe precisar que esas libertades, prerrogativas, facultades y aspiraciones, han sido catalogadas de variadas maneras y atendiendo a criterios diferentes, de las cuales, la siguiente es la más completa y omnicompreensiva, y tiene como dato asociante e hilo conductor de su clasificación, el orden de su aparición en la historia de la humanidad, de donde se ha partido para configurar la ya clásica estratificación teórica, en las conocidas tres generaciones de Derechos Humanos⁽¹⁸⁾.

Cabe resaltar que dicho orden no responde a ninguna escala jerárquica ni a grado alguno de subordinación entre los distintos derechos; pues como se ha señalado, están dotados de las características de interdependencia e integralidad, lo que quiere decir que para que se cumplan los últimos, es necesario que se hagan efectivos los primeros y los segundos⁽¹⁹⁾.

6. — La primera generación de Derechos Humanos está compuesta por un catálogo de libertades del que requiere disponer el individuo como garantía mínima indispensable para que se considere intacta su dignidad personal; son los derechos públicos subjetivos y teóricamente se les identifica como derechos fundamentales civiles y políticos. Básicamente apuntan a la protección del ser humano como individuo contra cualquier acto de agresión de entidades públicas.

⁽¹⁸⁾ VASAK, citado por N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, España, 1991, p. 76.

⁽¹⁹⁾ N. AYALA, *op. cit.*

Este primer grupo está conformado por el primer conjunto de derechos a ser aprobados tanto en el orden nacional como internacional, por lo que son los de más larga data. Sus orígenes corresponden a una antigua tradición, que tiene su expresión más fuerte en los cambios revolucionarios del Siglo XVIII: la Declaración de los Derechos de Inglaterra (1689), la Declaración de Independencia en Estados Unidos (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789).

El titular de los mismos es el individuo. Entre éstos se encuentran: El Derecho a la vida, el Derecho al honor, el Derecho a la libertad, seguridad e integridad personal, el Derecho a la libertad de expresión, el Derecho a elegir y ser elegido, el Derecho de petición y el Derecho al libre tránsito.

Los de segunda generación refieren al bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y la cultura, a fin de asegurar el desarrollo de los seres humanos y sus comunidades. tales derechos, al decir de la CEPAL «conjugan una normatividad general con demandas concretas que la sociedad, o ciertos sectores de ella, plantean al Estado, a saber, reclamos de mejores condiciones de trabajo, mejor educación, mejor acceso a la salud y a la vivienda, y otros» (CEPAL; 2000). Son derechos colectivos, el titular de éstos es el individuo en comunidad, dado que el goce de ellos beneficia al conjunto de la sociedad, no a individuos aislados.

En palabras de Buergenthal ⁽²⁰⁾, «la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no depende, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde imperie la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente. Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asumen los Estados respecto de ellos esta vez son de medio o comportamiento».

El cumplimiento de los derechos de segunda generación varía según las economías y niveles de desarrollo de país en país. Entre ellos podemos se-

⁽²⁰⁾ T. BUERGENTHAL, en *Manual internacional de derechos humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

ñalar: el derecho al trabajo, la educación, la salud, la protección y asistencia a los menores y la vivienda. Ahora bien, mientras en el caso de los de primera generación, parece claro el rol que cabe al Estado en garantizarlos, en el caso de los de segunda generación es motivo de debate, ya que algunos sostienen que no corresponde necesariamente a una responsabilidad estatal, y sobre todo cuando se observan los cambios que trae aparejada la globalización⁽²¹⁾.

La consagración de los Derechos Económicos, Sociales Culturales y Ambientales (DESCA), queda registrado, principalmente: en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador; y se reducen a las siguientes prerrogativas de las personas: 1) Derecho a la libre determinación; 2) Derecho al trabajo; 3) Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; 4) Derecho a fundar y afiliarse a sindicatos, libertad sindical y huelga; 5) Derecho a la seguridad social; 6) Derecho a la protección y asistencia a la familia; 7) Derecho a la alimentación; 8) Derecho a la vivienda; 9) Derecho a la salud y derecho a un medio ambiente sano; 10) Derecho a la educación; 11) Derechos culturales.

El catálogo de los Derechos de los Pueblos, de la Tercera Generación, o Derechos de Solidaridad, como también se les denomina, no se ha decantado por completo, pues algunos de ellos están aún en proceso de definición, pues quienes los postulan tratan de establecer cuestiones que no se habían considerado específicamente en las anteriores dos generaciones de derechos humanos, pues tratan de incluir en su determinación contenidos de carácter supranacional.

Aunque no existe acuerdo a la hora de enumerar y clasificar las aspiraciones de este grupo, es claro que se puede comprender, entre ellos: el derecho a la autodeterminación de los pueblos; el derecho al desarrollo; el derecho a un medio ambiente sano; y desde luego, el derecho a la paz.

Al igual que los de las generaciones anteriores, este grupo de prerrogativas han sido producto de los acontecimientos determinantes de la evolución

⁽²¹⁾ N. AYALA, *op. cit.*

histórica. Este grupo apunta también a incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de los pueblos.

7. — Los derechos de tercera generación pueden ser demandados a los Estados, por individuos o colectivos miembros de la comunidad nacional, en ejercicio de intereses legítimos, pero también los Estados pueden exigirlos; y es que el Estado como personificación de la sociedad jurídicamente organizada, también es el titular de los mismos y dentro de la comunidad internacional puede ejercerlos ante otros Estados.

El señalar que es apreciable la influencia recíproca de los tratados de contenido estrictamente comercial, con los que tutelan los derechos humanos, a mi juicio no incurre en los supuestos de la petición de principio, sino que constituye una evidencia notoria; y en ese marco quedan, también las aseveraciones de quienes señalan que los compromisos internacionales que regulan el libre mercado y señalan que las constricciones estructurales, no sólo interactúan de manera recíproca con las normas tutelares, sino que llegan a cohibir de manera importante el ejercicio de las prerrogativas que establecen a favor de las personas ⁽²²⁾.

Ha quedado apuntado, *supra*, que en atención al principio de interdependencia de los derechos humanos, existe una especie, no sólo de capilaridad sino de constante interacción y reciprocidad de éstos, que hace que tanto el disfrute como la violación de uno de los derechos afecte indispensablemente a todos los demás ⁽²³⁾, sólo que, el drástico contenido de algunos tratados comerciales no afecta de manera directa a los derechos de la primera y de la tercera generaciones, sino que sensiblemente va en demérito de las prerrogativas que constituyen el grupo de la segunda generación.

Ha sido apreciable, en los Estados de la región, que los Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales de los respectivos pueblos, han

⁽²²⁾ R. MORALES, *¿Qué es el ajuste estructural?*, ITESO-SIMORELOS, Guadalajara, Jalisco, México, 2000.

⁽²³⁾ J. CARPIZO, *Derechos Humanos y Ombudsman*, UNAM y CNDH, México, 1993, p. 164.

ido en detrimento debido a que los tratados comerciales privilegian a los mercados, a las inversiones y dotan de derechos a las grandes corporaciones reduciendo al estado como un órgano regulador con poderes mínimos, asimismo dentro de éstos se consideran a las exportaciones como el detonante de crecimiento dejando de lado el fortalecimiento de todos los sectores nacionales⁽²⁴⁾.

Asimismo, que las Políticas de Ajuste Estructural, la integración regional con vistas al libre flujo de mercancías y la aplicación de los Tratados Comerciales, son situaciones que no han contribuido a resolver las principales demandas de la población relativas a salud, educación, trabajo digno, salarios remuneradores y dignos, a la vivienda, y a la alimentación, sino que por el contrario se ha registrado una sensible reducción del gasto social, la quiebra de la industria nacional, el poco estímulo a la producción local, el aumento de inflación, la concentración del ingreso, y la desprotección de sectores claves para la economía nacional⁽²⁵⁾.

No se han tomado en cuenta las recomendaciones que en ese sentido ha formulado el Comité DESC de Naciones Unidas cuando se encuentra en la situación de señalar al Estado parte, que es necesario garantizar que los programas de ajuste estructural se formulen y apliquen de manera que ofrezcan redes de seguridad adecuada para los sectores vulnerables de la sociedad a fin de impedir el deterioro del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales que protege el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y que están generosamente consagrados en nuestra Constitución⁽²⁶⁾.

8. — Desafortunadamente estos resultados tampoco han repercutido a favor en el proceso de negociación del Área de Libre Comercio de las Américas, por el contrario prevalece la misma filosofía con la que se negoció el

⁽²⁴⁾ R. MORALES, *op. cit.*

⁽²⁵⁾ *Idem.*

⁽²⁶⁾ Observaciones finales del Comité de DESC de la Organización de las Naciones Unidas en 1993 (E/C.12/1993/16) aplicables al derecho a la libre determinación.

TLCAN y otros tratados birregionales, lo cual dificulta que este acuerdo contemple la garantía de velar por los DESCA cuando se continúa privilegiando al mercado como regulador del orden social sin atender las causas estructurales de la pobreza⁽²⁷⁾.

Ni ese, ni otros tratados de contenido comercial pueden considerarse como acuerdos de integración con carácter social cuando la política social de algunos de los estados signatarios ha sido sólo proporcionar paliativos transitorios y coyunturales para atemperar los efectos de la globalización. El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), como en los demás acuerdos regionales y universales de integración económica, debe respetar y cumplir puntualmente con los principios rectores de los pactos y convenios internacionales referidos a los DESCA⁽²⁸⁾.

En el proceso de la apertura al mercado mundial, en la liberalización interna y en la redefinición de la naturaleza del estado, América Latina ha entrado a un nuevo orden económico mundial supranacional cediendo, en parte, soberanía. Este nuevo paradigma apunta a consolidar un estado universal más o menos homogéneo en donde la legalidad esté condicionada por las fuerzas del mercado en un previsible escenario de inequidad donde los más poderosos serían los que más beneficiados y en donde, en contrapartida, se seguiría difiriendo la realización de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales de la mayoría de los integrantes de las poblaciones de los estados suscriptores⁽²⁹⁾.

Porque, según Gómez Isa⁽³⁰⁾, pese al discurso apologético de la globalización y del ajuste estructural, se ha comprobado que de 1960 a 2000, la distancia entre el quinto de la población mundial que vive en países desa-

⁽²⁷⁾ *Idem.*

⁽²⁸⁾ Declaración de Quito, Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe, Quito Ecuador, 24 de julio de 1998.

⁽²⁹⁾ N. AYALA, *op. cit.*

⁽³⁰⁾ Cfr. F. GÓMEZ ISA, *Derechos Humanos y Globalización*, ponencia presentada en Congreso sobre el desafío del desarrollo humano, Propuestas locales para otra globalización, Bilbao, 2008.

rrollados y el quinto que vive en los países subdesarrollados se había más que duplicado, y la tendencia sigue siendo hacia la profundización de la desigualdad; y que de seguir por ese camino se corre el riesgo de que el mundo se convierta en un auténtico Apartheid Global⁽³¹⁾ donde ricos, por un lado, y pobres, por otro, vivamos cada vez más separados por un auténtico muro de pobreza con escasas posibilidades de encontrar espacios comunes y de colaboración.

En el estudio realizado por Natalia Ayala⁽³²⁾ para establecer la relación entre globalización y derechos humanos, y las consecuencias del ajuste estructural derivado de los tratados de índole estrictamente comercial en cuanto a dichas prerrogativas personales, y enfocándonos sólo a los derechos de segunda generación (Económicos, Sociales y Culturales), queda de manifiesto que con respecto a la realización de ese estatuto jurídico siguen existiendo innumerables desafíos y logros a ser alcanzados, dada la relación compleja entre los mismos y las economías.

Es inconcuso que de esa correlación que se da entre Derechos y Mercado se producen consecuencias de todo tipo, tanto positivas como negativas, algunas de las cuales pueden ser ejemplificadas a partir del análisis de la dimensión de la segunda generación de los Derechos Humanos.

Entre los rasgos positivos de esa tensión se puede mencionar la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales desde el esfuerzo y acción de entidades internacionales y la firma de tratados y acuerdos a nivel planetario en defensa de los mismos⁽³³⁾.

No obstante que existen organismos específicos para la promoción y defensa de la mayoría de los derechos comprendidos en esta generación. Por ejemplo, para garantizar el derecho al trabajo a nivel mundial surgió la Organización Internacional del Trabajo (OIT); para la defensa del derecho a la salud, la Organización Mundial de la Salud (OMS); y para promover el

⁽³¹⁾ J.M. PUREZA, *El patrimonio común de la Humanidad. Rumbo a un derecho internacional de la solidaridad*, Ediciones Afrontamento, Oporto, 1998, p. 76.

⁽³²⁾ *Op. cit.*

⁽³³⁾ *Idem.*

derecho a la cultura y a la educación se creó, dentro de las Naciones Unidas, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a nivel nacional se han producido transformaciones en las leyes, redefiniéndolas según las implicancias de los tratados y acuerdos firmados por cada una de ellas. Este cambio es consecuencia directa de la apertura mundial del debate abierto y protección de los derechos humanos en todo el planeta; conformando así, otro aspecto positivo de la relación entre mercado globalizado y Derechos Humanos.

Todos estos elementos determinan que en la actualidad existe una importante toma de conciencia a nivel global sobre la necesidad de protección y defensa de los Derechos Humanos; y del análisis de algunos indicadores en el estudio llevado a cabo por Natalia Ayala, específicamente por lo que se refiere a los DESCA se halló que, si bien no existen tendencias únicas, en la gran mayoría de los países de América Latina, las tasas de desempleo tienden a crecer desde 1985 a la fecha; que salvo honrosas excepciones, el gasto social se ha contraído en la mayoría de los países de la región; y que no obstante que se percibe una propensión a la disminución de la pobreza, dicha tendencia a la reducción no es la misma que la que afecta a la asimetría derivada de los indicadores de desigualdad; pues al interior de la región hay disparidades muy notorias en la lucha contra la pobreza y la indigencia⁽³⁴⁾.

Por fin, a nivel de gran conclusión, en la gran mayoría de los estudios realizados para determinar por qué lado se ha decantado la tensión entre mercado y derechos humanos, es apreciable, la contundente coincidencia, en que el carácter asimétrico del proceso de globalización se refleja en las agudas disparidades que afrontan los países del Sur, al tiempo que las demandas de gruesas franjas de sus poblaciones nacionales pugnan por ejercer sus derechos sociales y económicos, lo cual se estrella con la ideología mercantil que, por su parte, intenta imponer la globalización, el ajuste estructural y el libérrimo juego de la oferta y la demanda exclusivamente desde su dimensión económica.

⁽³⁴⁾ *Idem.*

FRANCISCO JAVIER PALOMARES HILTON^(*)

REFORMA LABORAL. SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

ABSTRACT: The paper is devoted to verify the compliance of the Mexican recent Labour legislation with the need to protect the Human Rights, especially in accordance with the American Convention on Human Rights. Furthermore, it is investigated the role carried out by the judicial power and by the Mexican National Commission dealing with the protection of the human rights in the work contract.

SUMARIO: 1. Antecedentes constitucionales. – 2. Protección a los derechos. – 3. Escenario laboral. – 4. Reforma laboral. – 5. Conclusiones.

1. — *Antecedentes constitucionales.*

Con motivo de la profunda reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de Junio del 2011, en que de inicio el Primer Capítulo del Título Primero, cambió su denominación era de “Las Garantías Individuales”, pasó a ser de “Los Derechos Fundamentales”, su artículo 1º, ahora integra conceptos de los ahora famosos “Derechos Humanos”, incluyendo las figuras jurídicas de: Igualdad, Dignidad Humana y Principio Pro-Persona, así como los conceptos de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de esos derechos, que tienden más a explicar los efectos interpretativos tanto de su protección así como de su afectación.

Esta aportación que el Constituyente hace al marco jurídico nacional, indiscutiblemente resulta totalmente novedosa, y desde el punto de vista téc-

^(*) Asociación Jurídica Al Muhami, Centro Libanes A.C. Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

nico y teórico, se aprecia impecable. Analizando el valor axiomático añadido en la norma suprema, identifica muy claramente cuáles son los valores que tutela; del mismo modo, es claro el mensaje que da al público general sobre sus alcances; solamente resta cuestionarnos qué tanto y hasta dónde, en la práctica, es que pueda ser observada y cumplida dicha normatividad para que se dé la protección real de tales derechos.

Es importante advertir que esos derechos, se encuentran tutelados por normatividad externa e interna. La primera, se integra por los tratados o convenios internacionales que sean acordes a nuestra Constitución Federal y hayan sido celebrados y ratificados mediante las vías adecuadas, así como por aquellos tratados o convenios que, a pesar de no haber sido celebrados ni ratificados, por el hecho de que México forme parte de la Organización Internacional del Trabajo, desde su adhesión a dicho organismos se comprometió voluntariamente a cumplir con todas las disposiciones que dichos organismos emitieran y clasificaran como “fundamentales”, por lo que aún y cuando no se tenga toda la formalidad vinculatoria respecto de dichos instrumentos, materialmente sí la tienen.

En congruencia y extensión a esa novedad, también se modificó el Artículo 102 Apartado B de nuestra Carta Magna, se excluyó la limitante que había para que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, pudiera intervenir en asuntos de carácter laboral; sin embargo, es importante transcribir la parte conducente del precepto legal en cita, que señala:

«B. 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.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. 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.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios (...).».

De la transcripción anterior, se advierte que:

a) La Comisión Nacional de Derechos Humanos, es un organismo autónomo;

b) Es competente para conocer de quejas contra actos u omisiones que violen derechos humanos, condicionado a que sean de naturaleza administrativa y provengan de cualquier autoridad o servidor público, excluyendo al Poder Judicial Federal;

c) Los actos que emite dicha Comisión, no son sentencias, ni resoluciones, sino recomendaciones que atendiendo a su propia denominación, no son vinculatorias o de cumplimiento obligatorio, y por tanto carece de facultades coercitivas.

d) Al no ser una instancia judicial ni jurisdiccional, se considera como una vía administrativa.

e) La obligatoriedad de esas recomendaciones, para el servidor público, se limita a tener que responderlas o justificarse, no necesariamente a cumplirlas.

f) El mandato Constitucional, previendo las limitantes antes citadas, impone a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la obligación de formular quejas y denuncias ante las autoridades respectivas. Lo que implica, que cuenta con la facultad de erigirse en un coadyuvante del ciudadano afectado en sus derechos humanos, contando con un interés legítimo (al estar derivado de la ley) para promover y actuar ante cualquier autoridad para la protección de los derechos humanos.

Es la atribución referida en este último inciso, la que capta nuestra aten-

ción pues le confiere un doble carácter, por un lado de autoridad competente para recibir y atender quejas sobre violación a los derechos humanos, (pero sólo en las circunstancias previstas, ya que si la violación se diera por parte de un particular o un servidor público del Poder Judicial Federal, ésto implica un vacío jurídico que se denomina impunidad y atenta contra el principio de igualdad) pues qué ocurre cuando la violación proviene de un particular o de servidores del Poder Judicial Federal?, no hay autoridad competente para conocer de ello. También se advierte que, le confiere un carácter de Procuraduría de la Defensa de los Derechos Humanos, y le otorga legitimidad de asesoría y representación legal para defender los derechos del ciudadano afectado, con o sin su consentimiento y ante todo tipo de autoridades competentes, como podrían ser las Juntas de Conciliación y Arbitraje, Procuraduría General de la República o Procuraduría de Justicia del Distrito Federal según fuera el caso, Tribunal Superior de Justicia, si fuera motivo de ejercer alguna acción civil como un posible daño moral o daños y perjuicios, etc.. Esta facultad resulta que no es discrecional ni condicionada, por lo que debería ser cumplida a cabalidad, sin embargo, extrañamente, {esa atribución no se incluye dentro de las que enlista el Artículo 6 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, siendo incongruente que el Constituyente le confiere una atribución, que al no haberse incluido por el Congreso en la Ley Federal que le da vida a dicho organismo, pasa a ser letra muerta pues lo que uno (constituyente) le da, el otro (Congreso de la Unión) se la quita.

Se desconoce si atiende a un error legislativo o simplemente estamos ante una simulación de protección a los derechos humanos.

2. — *Protección a los derechos.*

Conforme al iuspositivismo y teoría Kelseniana, el incumplimiento a una ley debe tener aparejada una sanción, de lo contrario se estaría ante una ley imperfecta condenada a no ser cumplida, por no tutelar derecho alguno. Ésto es, partiendo de que toda norma debe proteger un valor, que tratándo-

se de los derechos humanos, estaríamos hablando de: subsistencia, igualdad, dignidad humana, libertad en todas sus variantes, etc.; la norma aunque sea general, abstracta e impersonal, y eventualmente puede dirigirse o restringirse a un sector o grupo determinado, excepción que no aplica a los derechos humanos, pues conforme la doctrina, los Derechos Humanos deben ser universales, entendiéndose para todos y observados, cumplidos y respetados por todo tipo de autoridades y particulares, sin distinción alguna, por lo que ni los particulares ni los servidores públicos del Poder Judicial Federal pueden estar eximidos de ello, a pesar del error de técnica jurídica que se advierte del artículo 102 Apartado B de nuestra Carta Magna.

Retomando que las garantías constitucionales, aunque ahora se denominen de otro modo, pero constituye la forma en que el Estado “garantiza” o asegura al gobernado los límites de su actuación, otorgando derechos positivos, consistentes en qué es lo que puede hacer, sin afectar los derechos fundamentales del gobernado, y derechos negativos consistentes, en las limitantes, condicionantes y reglamentaciones así como lo que no pueden hacer las Autoridades, garantizando los derechos del ciudadano. Esa parte dogmática, otorga certeza sobre qué es lo que las autoridades del estado pueden hacer, de qué forma y qué es lo que no pueden hacer, así como los derechos fundamentales de que goza cualquier persona que se encuentre en territorio nacional.

Conforme al artículo 32.1 del Pacto de San José de Costa Rica, «*los derechos de cada persona está limitados por los derechos de los demás, por la Seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común*». En México, la doctrina nos marcó que: «*la esfera jurídica del gobernado abarca hasta donde inician los derechos de otro*». Mismo concepto jurídico, explicado con palabras diferentes.

Resulta contradictorio que en el artículo 1 Constitucional, se tutelan derechos fundamentales o humanos; sin que en esa misma normatividad se aporten los elementos que hagan factible el cumplimiento de su buena intención. Analizando la normatividad secundaria, se advierte que de manera enunciativa como frase electoral y seductora, se señala que se deben de respetar los derechos humanos; empero, resulta que no se prevé la forma en que pueda ser restituida o indemnizada una persona que haya sido afec-

tada en sus derechos fundamentales o humanos, como al ser discriminada o tratada en forma indigna en su trabajo; es importante distinguir que en el Código Penal se prevén delitos sexuales, preceptos legales que el bien jurídico que tutelan es la libertad sexual e integridad física, conceptos jurídicos distintos y autónomos de los que ahora nos ocupan y su valor axiomático es otro.

La legislación secundaria, solamente ha tutelado los derechos patrimoniales o en su caso los electorales, siendo que en los primeros resulta estar previsto y reglamentada la forma en que sean restituidos o indemnizados, así como las consecuencias jurídicas de su violación. Los electorales, tiene un trato distinto que prevé la legislación específica, sin que esté prevista o reglamentada en la normatividad interna la forma de restituir una violación a nuestros derechos humanos.

Entonces, la Constitución se queda corta al no crear una autoridad competente para conocer de la violación de los derechos humanos por parte de cualquiera otra persona o autoridad, sea particular o servidor público de cualquier entidad; con facultades coercitivas; ni se establezca un sistema de restitución y/o indemnización de derechos afectados. No faculta a las legislaturas locales a hacerlo, y las leyes federales tampoco lo hacen.

No es coincidencia que el concepto de los Derechos Humanos, siempre vaya relacionado con el concepto de democracia, y ambos sistemas requieran de una certificación externa de otros países o de organismos internacionales sobre nuestra evolución y que actuamos conforme a los lineamientos actuales, y actualicemos nuestras leyes y actos como si fuéramos civilizados y de primer mundo. En su inicio fue entendible, ya que con motivo de la conclusión de la segunda guerra mundial, lo que se pretendió fue evitar estados totalitarios y dictaduras que actuaran en contra de la humanidad, pero pasados los años y atentos a los acontecimientos mundiales de la última década, vemos que se han simulado muchas cosas de formas diversas, y el ser humano al ser esclavo de sus debilidades y ambiciones, está condenado a repetir su propia historia. Como punto de apoyo a lo antes expuesto, me permito transcribir el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos humanos, también denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, que determina:

«Artículo 63. – 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos el pago de la justa indemnización a la parte lesionada. / 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión».

Este precepto adquiere un mejor entendimiento a esta exposición, mediante los artículos 1 y 2 del mismo ordenamiento, que señalan:

«Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. – 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. / 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

«Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. – Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Dicho pacto, fue ratificado por México, el 2 de Marzo de 1981; sobra decir que 21 años después de su ratificación, no se han tomado las medidas legislativas que garantizan el ejercicio de los derechos y libertades ahí contenidas así como en el Artículo 1 de nuestra Constitución Política. No solamente no existe autoridad competente para conocer de todo tipo de derechos humanos, con facultades jurisdiccionales; tampoco existe una ley o reglamento que prevea las medidas que deban y puedan tomarse para que esa misma conducta no se vuelva a repetir por parte del agresor, así como la forma en que debe restituirse el derecho afectado o en su caso indemnizado.

Y si resulta difícil y subjetivo cuantificar la honra, la angustia, el estrés, el sufrimiento, son aspectos que deben ser analizados, valorados y cuantificados, pues si bien es cierto que no se puede regresar el tiempo para borrar o evitar ésa afectación y vivencia, tampoco es justo ni legal, el que no se haga ni se pueda hacer algo por no estar legislado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en vía Jurisprudencial ya ha fijado ciertas bases para su correcta determinación, mismas que pueden ser un referente, si es que en algún momento se quiere hacer de manera eficaz.

3. — *Escenario laboral.*

Las expectativas que generó esa profunda reforma Constitucional fueron muchas; e igual de variadas fueron las causas de tan altas esperanzas. Solamente faltaba adecuar la legislación secundaria a los cánones superiores, a efecto de que se pudiera reglamentar la forma de proteger los derechos fundamentales de la Carta Magna.

Por un lado, para ese momento histórico (2011), nuestras leyes laborales resultaban ser anacrónicas, como se verá a continuación: *una Ley Federal del Trabajo de 1970, basada en la de 1931, con una (maquillada) reforma procesal de 1980, y después de una espera de 32 años se dio una reforma que entró en vigor a partir del 1° de Diciembre del 2012, que ha sido muy discutida por no ajustarse al momento político, social y económico actuales del país, ni a los que pretende llegar; una Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (Burocrática) de 1963, que supletoriamente aplica la Ley Federal del Trabajo, por lo que ambas, son compañeras del mismo dolor.*

Decían los romanos que *«aunque las leyes sean injustas, deben de aplicarse a efecto de evitar caer en la anarquía»*, y así se vino haciendo durante mucho tiempo y sin entrar en la discusión sobre lo justas o injustas que sean nuestras leyes históricas y/o positivas, sino al hecho que el haberlas tenido estáticas tanto tiempo y dejar que fueran inadecuadas a la realidad de los sectores sociales y factores de la producción, la pasividad del ejecutivo en realizar iniciativas de ley, creación o modificaciones parciales o totales y por consecuencia misma pasividad de ambas Cámaras, aunque haya sido por la falta de consenso

político para poder llegar a cualquier acuerdo, esa traba reiterada a lo largo de varias administraciones, solamente generó una situación curiosa que vivimos muy de cerca en el litigio y particularmente en el ámbito laboral, y fue que el Poder Judicial de la Federación, a través de sus resoluciones y reiteración de criterios, ha dictado infinidad de criterios jurisprudenciales que son actos de naturaleza formalmente judiciales pero materialmente legislativos, ya que la Jurisprudencia al ser una fuente de derecho y de observancia obligatoria conforme a lo dispuesto por el artículo 192 de la recién abrogada Ley de Amparo, su cumplimiento es obligatorio para las Juntas Local y Federal de Conciliación y Arbitraje, Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito y la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación. Llegando al extremo, que como comenta el Dr. Hugo Italo Morales Saldaña: *«lo que importa no es lo que dice la ley, sino lo que dice la Corte, que dice la ley»*; ésto es que, esa interpretación por reiteración de criterios, eventualmente no se limitan o someten al precepto legal o Constitucional que se supone interpretan, sino que ocasionalmente han llegado al extremo de modificar o restringir preceptos legales emitidos por el Congreso de la Unión, sin haberse pronunciado respecto de su Constitucionalidad o Inconstitucionalidad.

Es con motivo de lo anterior, que los Laudos que emiten los Tribunales del Trabajo en los últimos años están fundados en Jurisprudencia y no en la Ley. Ésto podría parecer que no fuera tan malo, pero ponderando las consecuencias materiales de esta anomalía, debemos partir que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que la aplicación retroactiva de la Jurisprudencia no es violatoria de garantías, por tratarse de situaciones adjetivas y no sustantivas. Dando mayor incertidumbre jurídica a los ciudadanos, sobre las leyes o reglas y sus interpretaciones, en base a las cuales se resuelven los juicios en que ellos son parte y tienen un interés jurídico, pues estas últimas serán las vigentes y aplicables al momento en que se resuelva su juicio y no las del momento en que hubiera iniciado el conflicto, dándose una garantía de legalidad y seguridad jurídica “muy relativa” pues al momento de iniciar un conflicto podríamos establecer una estrategia, ya sea de acción o de excepción, conforme a las leyes, interpretaciones y criterios

vigentes. Con la única supuesta garantía de que en el transcurso del juicio no podrían modificar las leyes que lo rigen tanto en lo sustancial como en lo adjetivo; pero al no poder conocer la forma, dirección o momento en que las interpretaciones o criterios jurisprudenciales cambiarían y si fueran favorables o desfavorables, pudiendo generar que nuestra estrategia trazada, que al inicio era adecuada y a la postre dejara de serlo, como consecuencia del nuevo criterio con el que se nos aplica y resuelve en forma retroactiva, mediante una nueva reflexión que haya hecho el Poder Judicial Federal.

Fue así como las Leyes Laborales, fueron perdiendo credibilidad y aplicación en la vida jurídica fáctica. Lo que tuvo como consecuencia, la obligación de estar siempre actualizado en los criterios jurisprudenciales de la semana anterior, y aún sin poder saber los cambios futuros de esos mismos criterios, pues la Jurisprudencia puede ser interrumpida en cualquier momento ya fuera por el mismo Tribunal o Sala que la emitió o su superior, al hacer una reconsideración o bien por una denuncia de contradicción de tesis, o haber sido superada por un criterio diverso de un Tribunal, Sala o Pleno de mayor jerarquía.

No podemos pasar por alto, que en el Poder Judicial de la Federación, era tradición y requisito que sus integrantes, fueran personas con una preparación académica y técnica intachable, con un prestigio, presencia y honestidad incuestionables. Todo ha cambiado, y cada vez son menos los que cumplen con esas características. No es casualidad que cada vez es más común ver resoluciones que obedecen a intereses políticos o lineamientos impuestos, con los que se alejan de resoluciones jurídicas y bajo consideraciones incongruentes, confusas y mal fundamentadas, olvidándose de la legalidad y más aún de la justicia.

Es importante recordar que en materia laboral, la Ley impone que se debe resolver "*a verdad sabida y buena fe guardada*", frase sacramental que sirve para no aplicar textualmente la ley, y poder atemperar alguna situación que pueda afectar un interés colectivo o social de consecuencias políticas. Lo que originalmente constituyó un recurso o salida de emergencia para el juzgador, se ha convertido en un sistema para resolver contra los trabajadores de manera sistemática y proteger a toda costa el interés del patrón, y en especial

cuando éste es el Estado; lo que obedece a una confusión, pues quien haya pensado, que el origen de las condenas y sumas que han tenido que pagar por cumplimiento de sentencias en juicios laborales, derivan de los términos en que hubiera estado la legislación, es falso. La mayor de las veces atienden a una mala administración sobre el personal y a la evasión de las responsabilidades patronales, aunado a la falta de asesoría especializada. Esa irregularidad de resolver con línea, aniquila la libertad y autonomía que debe tener un juzgador para poder resolver con apego a su experiencia y conocimientos, por lo que la crítica que hacemos es al sistema y no a las personas, pues el desarrollo de esa labor no es nada fácil. Queda claro que el Consejo de la Judicatura Federal ha hecho esfuerzos importantes por motivar y capacitar a todo el personal, así como para sancionar al personal que incumpla con sus obligaciones, pero es curioso que un ciudadano no puede interponer una queja ante dicho órgano cuando algún Juez resuelve en forma contraria al derecho, pues ahí si les respetan la libertad y autonomía que debe tener todo juzgador en la forma en que resuelve. Lo que sólo nos garantiza que esa libertad y autonomía pueda ser vulnerada solamente desde el interior, pues son los únicos que pueden tomar “medidas” en caso de insubordinación o desobediencia a la línea política o administrativa que se dé al respecto.

4. — *Reforma laboral.*

El 30 de Noviembre del 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo. Del que someramente, comentamos los derechos humanos laborales que ahora se tutelan en esta Ley secundaria o Reglamentaria del 123 Constitucional.

Para hacer una exposición más clara y gráfica, tendremos que hacer algunas transcripciones de los preceptos legales respectivos, en los términos siguientes.

1) Iniciamos, por el Artículo 2, reformado de la Ley Federal del Trabajo, que establece: «*Artículo 2. – Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio*

entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales. / Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo. / El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva. / Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón. / La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.

De inicio, no se distingue claramente cuál es el valor jurídico que pretende proteger, carece de redacción adecuada y una ausencia de técnica legislativa utilizando de manera indistinta comas o punto y coma; o, definiendo conceptos que difieren de lo que ya ha definido la Organización Internacional del Trabajo, y el que su segundo párrafo se contraponga con el cuarto y quinto párrafo del mismo ordenamiento, lejos de constituir un mensaje claro y entendible, conforma un galimatías. Con ésto advertimos que la legislación interna no se está adecuando a la externa.

En su primer párrafo, advertimos que esa Ley pretende propiciar el trabajo digno o decente, pues gramaticalmente la “o” puede ser copulativa o disyuntiva, como si fueran conceptos diversos o aunque lo fueran, ambos son tutelados; en el siguiente párrafo, lejos de apegarse a conceptos homologados internacionalmente, y fuera una manera de que nuestra legislación se fuera adecuando al marco externo, en los términos que el Estado se comprometió voluntariamente a hacerlo.

El no apegarnos a conceptos uniformados por la O.I.T., y discutir cuando un trabajo es Digno o cuando es Decente, similitudes y diferencias, nos

lleva a la subjetividad y salirnos de un enfoque serio, tal y como lo hace el legislador. Y a pesar de ello, mediante dicho precepto pretende reglamentar en la Ley Laboral «los derechos fundamentales de Igualdad y Dignidad de la Persona», tuteladas en el Artículo 1º Constitucional.

2) En complemento, *«Artículo 3. – El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio. / No podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana. / No se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada. / Es de interés social promover y vigilar la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que éstas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones».*

Los Derechos Humanos que tutela, son “Igualdad, y Medio Ambiente Sano”.

3) Como aportación e innovación, ahora el Legislador adiciona él: *«Artículo 3. Bis. – Para efectos de esta Ley se entiende por: a) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas; y b) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos».*

Los Derechos Humanos que reglamentan este precepto son: Dignidad Humana y Libertad Sexual. Ahora, retomando todo lo expuesto en el Capítulo II del presente, debemos analizar cuál es la consecuencia jurídica para el patrón que viola esos derechos humanos, en el trabajo, pues bien la propia ley, prevé mediante los preceptos que a continuación se transcriben:

«Artículo 48. – El trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario, a razón del que corresponda a la fecha en que se realice el pago. / Si en el juicio correspondiente no comprueba el patrón la causa de

la rescisión, el trabajador tendrá derecho, además, cualquiera que hubiese sido la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos computados desde la fecha del despido hasta por un período máximo de doce meses, en términos de lo preceptuado en la última parte del párrafo anterior. / Si al término del plazo señalado en el párrafo anterior no ha concluido el procedimiento o no se ha dado cumplimiento al laudo, se pagarán también al trabajador los intereses que se generen sobre el importe de quince meses de salario, a razón del dos por ciento mensual, capitalizable al momento del pago. Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable para el pago de otro tipo de indemnizaciones o prestaciones. / En caso de muerte del trabajador, dejarán de computarse los salarios vencidos como parte del conflicto, a partir de la fecha del fallecimiento. / Los abogados, litigantes o representantes que promuevan acciones, excepciones, incidentes, diligencias, ofrecimiento de pruebas, recursos y, en general toda actuación en forma notoriamente improcedente, con la finalidad de prolongar, dilatar u obstaculizar la sustanciación o resolución de un juicio laboral, se le impondrá una multa de 100 a 1000 veces el salario mínimo general. / Si la dilación es producto de omisiones o conductas irregulares de los servidores públicos, la sanción aplicable será la suspensión hasta por noventa días sin pago de salario y en caso de reincidencia la destitución del cargo, en los términos de las disposiciones aplicables. Además, en este último supuesto se dará vista al Ministerio Público para que investigue la posible comisión de delitos contra la administración de justicia».

«Artículo 50. — Las indemnizaciones a que se refiere el artículo anterior consistirán: I. Si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado menor de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; si excediera de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios; II. Si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados; y III. Además de las indemnizaciones a que se refieren las fracciones anteriores, en el importe de tres meses de salario y el pago de los salarios vencidos e intereses, en su caso, en los términos previstos en el artículo 48 de esta Ley».

«Artículo 51. — Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador: I. Engañarlo el patrón, o en su caso, la agrupación patronal al proponerle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; II. Incurrir

el patrón, sus familiares o cualquiera de sus representantes, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, hostigamiento y/o acoso sexual, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos; III. Incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en los actos a que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo; (...) IX. Exigir la realización de actos, conductas o comportamientos que menoscaben o atenten contra la dignidad del trabajador; y X. Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes, en lo que al trabajo se refiere».

«Artículo 52. – El trabajador podrá separarse de su trabajo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se dé cualquiera de las causas mencionadas en el artículo anterior y tendrá derecho a que el patrón lo indemnice en los términos del artículo 50».

La transcripción se hace en el orden numérico progresivo de los preceptos; sin embargo, para una fácil comprensión deben analizarse en el orden siguiente: 51, 52, 48 y 50. De tal suerte que, la única acción que la ley confiere al trabajador que le han sido violentado esos “derechos humanos laborales” que tutela el Artículo 3 Bis, es demandar como acción principal la rescisión de la relación de trabajo por causas imputables al patrón (Art. 51 Fracc. II y III), para su ejercicio se le fija un término prescriptivo o perentorio de treinta días, a partir de que ocurra el suceso o hecho generador de la acción principal para que el trabajador voluntariamente se separe y presente su demanda (Art. 52), en la que reclame el derecho a que el patrón le pague una Indemnización con motivo de la terminación de la relación de trabajo (Art. 50), y como prestación accesoria el pago de los salarios caídos limitados hasta un año (Art. 48), así como las prestaciones que hubiera devengado aún en partes proporcionales. Es importante resaltar que, la indemnización prevista en la Ley Laboral atiende a la terminación forzosa de la relación de trabajo y pago de prestaciones devengadas, todos ellos derechos patrimoniales que tutela la propia Ley desde 1931. Teniendo la misma consecuencia jurídica y pecuniaria, el que el patrón viole los derechos humanos del trabajador tutelados por la ley, o le cause otro tipo de afectación, con la que podrá reclamar lo mismo. Volviéndose a actualizar el vacío legal antes referido.

Sí volvemos a leer las definiciones del artículo 3 Bis de la L.F.T., entendemos que la intención del legislador fue tratar de evitar o castigar conductas como el abuso que puede ejercer un superior jerárquico respecto de sus subordinados y garantizar un trato digno, humano y respetuoso, y con mayor razón evitar el acoso sexual. Mucho se ha hablado en nuestro país de la figura del bullying, que es el acoso entre alumnos o de alumnos a maestros, y se ha tratado de hacer conciencia sobre la gravedad de esas conductas y la forma en que dañan internamente a la persona y el modo es mediante el maltrato y la humillación a la persona, hasta que se harte y se acabe cambiando de escuela. Pues bien, esa figura se da a nivel aficionados, y viene a ser un entrenamiento de práctica para que más adelante en el desarrollo laboral, aplique las mismas habilidades, y esa figura ahora se denomina “Mobbing”, en que normalmente el victimario se escuda en la figura de autoridad y jerarquía que le dan una ventaja sobre aquel subordinado y considerado como débil.

Al ser una relación vertical, el victimario tiene otras personas bajo su mando que sirven de “testigos mudos”, pues suelen ser el público ideal para dar el trato indigno y ofensivo que haga el jefe con la intención de minimizar, ridiculizar y ofender a la víctima, con lo que pierde asertividad y confianza en sí mismo, y necesariamente se equivoque. Dando motivos para confirmar que el jefe tiene razón y que éste no es capaz ni merece ese lugar, hasta que tenga que renunciar. De manera simultánea se da una afectación en el prestigio de la persona dentro de su fuente de trabajo (social), se afecta su integridad personal (psicológica, social y física). Esta conducta se da con mucha frecuencia y más en el sector público, que dadas las restricciones a la estabilidad en el empleo, es buena medida para deshacerse de los ajenos e ir integrando un nuevo equipo de trabajo, con amigos.

El hecho de que con la Reforma laboral del 2012, en su artículo 3 Bis, se incluyan figuras como acoso sexual y hostigamiento, a nuestro parecer mal definidas, lejos de aclarar conceptos, generan mayor confusión, y no dan certeza jurídica al trabajador. Por lo que no resuelve de manera eficiente la problemática referida, misma que ha sido motivo de diversos estudios serios en Inglaterra y España, en donde se fijan consecuencias legales claras a ese mismo derecho.

El contenido axiomático del precepto indicado es claro: por un lado tutela la dignidad humana del trabajador y por otro su libertad sexual; sin embargo, las restricciones que impone a dichas figuras, hacen que su aplicación en caso de juicio sea muy difícil de comprobar y más aún lograr que se le da la razón, pues por un lado la carga probatoria corre a cargo del trabajador, y por otro al igual que el despido, son conductas que por su propia naturaleza ocurren en la privacidad de cuatro paredes, sin testigos ni medios probatorios que puedan acreditarse quedando en el simple dicho contrapuesto de los involucrados, por lo que a reserva de lo que, a lo largo del tiempo podamos observar en la práctica, y todo ello para no poder recibir nada a cambio de ello.

Cuando hablamos de una afectación a derechos humanos laborales, nos referimos a emociones como son: angustia, sufrimiento, preocupación, impotencia, ira, etc.. Mismas que impactan en el plano físico, como son: estrés, hipertensión, diabetes mellitus y cualquiera de ellas puede generar consecuencias funestas; cuando hablamos de humillación, maltrato, trato indigno, ya sea en público o privado, implican un desgaste interno mayor, aunado a la imagen de la persona ante él mismo y sus compañeros de trabajo, familia, sociedad, afectándose la integridad de la persona.

Al día de hoy, nada de eso está cuantificado ni es cuantificable en la legislación interna. Sin que determine la posibilidad de ser restituidos y en su caso indemnizados los derechos humanos afectados, ni el otorgamiento de la atención médica, psicológica o psiquiátrica necesaria para el restablecimiento del afectado en su salud.

Con relación a este tema, de manera comparativa nos permitimos referir al Lic. Miguel Ángel Rodríguez Herrera, que en su libro titulado “El Daño Moral en Materia Laboral”, aborda los casos en que la figura del despido genera una afectación y desgaste tal en la persona del trabajador despedido, que la indemnización legal y los salarios caídos (que en esa data aún no se habían delimitado a sólo un año) no eran suficientes para satisfacer la afectación emocional, patrimonial, familiar, social, psicológica y en ocasiones hasta médica que pueda ocasionar, al ser separado sin motivo, para lo que dicho autor propone “importar” del ámbito civil y aplicar en el ámbito labo-

ral, la figura jurídica del Daño Moral a efecto de que se pudiera dar una plena satisfacción a esa afectación; pues bien, siendo que la figura del daño moral, conforme a la legislación civil y su interpretación, impide que pueda llevarse a cabo en los términos que lo propone el autor referido y él mismo así lo reconoce, podría hacerse una reforma a dicha figura jurídica para que también por ésa vía y competencia pudiera establecerse los parámetros de indemnizar y restituir los derechos humanos afectados, para que en esas condiciones sí pudiéramos hablar de una tutela factible y real de los derechos humanos, incluyéndose los laborales y hasta en tanto eso no ocurra sigue quedando en el discurso político.

Esta referencia, también nos comprueba que determinados bienes jurídicamente tutelados, son y deben ser cuantificables para efecto de que su protección sea materialmente posible, siendo una referencia importante.

Investigadores serios y dignos de todo respeto, señalan que: *«el futuro del derecho laboral en México, se encuentra en los derechos humanos y nadie lo ha advertido»*. Coincidimos en esa frase, siempre que en lo futuro se emite una legislación y se cree una autoridad competente para pronunciarse al respecto y cuente con facultades coercitivas, puede que ahí tenga una presencia importante el Derecho del Trabajo, no antes.

Con la muy reciente Reforma a la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, permite que los Jueces de Distrito y Tribunales Colegiados conozcan de violaciones a los Derechos Humanos, y atendiendo a los efectos restitutorios de las sentencias de amparo, que tiene por finalidad retrotraer las cosas al estado que guardaban hasta antes de su violación. Volvemos al tema de no poder regresar el tiempo ni dejar de vivir lo que ya vivimos, con emociones, angustias, etc. Y ante el mismo vacío legal, consideramos que podrá ser interesante incursionar mediante la figura del cumplimiento sustituto, para confirmar si puede ser indemnizada esa afectación, o solamente es una tutela “virtual” bien intencionada.

5. — *Conclusiones.*

1. Las obligaciones de hacer o no hacer, pueden ser conmutadas por una de dar.

2. Un derecho (de cualquier naturaleza) que no es determinado, ni determinable de manera pecuniaria, por no existir una normatividad al respecto, es una ficción al ser imposible su cumplimiento. (Art. 63 del Pacto de San José de Costa Rica).

3. Una ley que impone un ordenamiento, y no contempla una sanción a su incumplimiento, es una ley imperfecta que tiende a no ser cumplida. (Hans Kelsen).

4. Los Derechos Fundamentales o Humanos, al ser universales, son a favor de todos y deben ser cumplidos y respetados por todos, autoridades (incluyendo servidores del Poder Judicial Federal) y particulares.

5. El Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, impone: «*Artículo 25. Protección Judicial. – 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. / 2. Los Estados Partes se comprometen: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el Sistema Legal de Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*».

Conforme a todo lo previamente expuesto, podemos concluir que:

- i) La Comisión Nacional de Derechos Humanos, no es Juez ni Tribunal;
- ii) La quejas ante la C.N.D.H., no nos amparan contra una violación de Derechos Fundamentales, pues sus recomendaciones no son vinculatorias, por lo que no se garantiza su cumplimiento.
- iii) La competencia no exime a particulares o Poder Judicial Federal.
- iiii) Al no haber consecuencias jurídicas, el recurso judicial resulta estéril.

Como corolario, si bien es cierto que el presente ensayo constituye una crítica, la intensión es identificar un problema, que no está a nuestro alcance

resolverlo, pero la pretensión es aportar una crítica constructiva para que, cada quien desde su frente de batalla cumpla su misión.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos de México. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de Junio del 2011.
- Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas Disposiciones de la Ley Federal del Trabajo. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de Noviembre del 2012.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de Abril del 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta, Madris, 2001.
- GONZÁLEZ PLASENCIA, Luis et al., *Derechos Humanos. Actualidad y Desafíos*, Ed. Fontamara, Primera Edición, México 2012.
- MORALES S., Hugo Italo, *La Organización Internacional del Trabajo. Conceptos Fundamentales*, Ed. Sista, México, 2010.
- PIÑUEL Y ZABALA, Iñaki, *Mobbing. Como sobrevivir al Acoso Psicológico en el Trabajo*, Ed. Sae Terrae, Santander, España, 2008.
- RODRÍGUEZ HERRERA, Miguel Ángel, *El Daño Moral en Materia Laboral*, Ed. Porrúa, México, 2009.
- BARRAGAN CISNEROS, Velia Patricia, *Del Acoso Moral en el Trabajo. Perspectiva Constitucional, Legal, Organización y Política*, Flores Editor y Distribuidor, Durango, Mëx, 2011.

VALENTINA COLCELLI^(*)

LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. PROFILI RICOSTRUTTIVI TRA MERCATO INTERNO E ORDINAMENTO NAZIONALE

ABSTRACT: The paper we provide an overview of the historical roots of the on data protection in European Union legal System. Then, we discuss on digital single market as described in the Communication from the Commission of 19 May 2010 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Digital Agenda for Europe [COM(2010) 245 final].

SOMMARIO: 1. Diritti Fondamentali ed ordinamento UE: il caso del diritto alla privacy. — 2. Tutela dei dati personali nella tradizione europea. — 3. La direttiva n. 95/46/CE sul trattamento dei dati personali e loro libera circolazione. — 4. La nozione di dato personale, trattamento e trasferimento di dati verso paesi terzi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Lindqvist. — 5. Protezione dei dati personali nel mercato virtuale unico europeo. — 6. Il codice della Privacy italiano. — 7. La responsabilità extracontrattuale nel codice della Privacy. — 8. La modifica del Codice della privacy nel settore delle comunicazioni elettroniche e sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori. — 9. Qualche riflessione finale.

1. — *Diritti Fondamentali ed ordinamento UE: il caso del diritto alla privacy.*

Tra i diritti fondamentali tutelati in maniera espressa dal sistema UE, vi è la protezione dei propri dati personali. L'intervento dell'Unione europea in materia di privacy è relativamente recente.

Nel continente europeo, infatti, il tema della protezione della sfera del riserbo era stato trattato inizialmente dal Consiglio d'Europa. Questo diritto

^(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”; Progetto Jean Monnet Modules 2013/2016 “Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments” (Coord.), finanziati dall'Unione Europea, EACEA, nell'ambito del Programma Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

fondamentale è quindi significativo del fenomeno di reciproca influenza tra i sistemi UE e CEDU. Il diritto alla privacy, infatti, è nato nella tradizione dell'ordinamento anglosassone; è entrato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo attraverso l'attività interpretativa della sua Corte; da lì è penetrato nelle tradizioni giuridiche di Stati – come anche quello italiano – alle quali in origine non necessariamente apparteneva; ha finito per questa via per costituire quella base giuridica comune alla quale attinge, per la sua stessa strutturazione, l'ordinamento giuridico comunitario⁽¹⁾. L'ordinamento UE lo ha finito per disciplinare sistematicamente.

È semplice, quindi, constatare come il catalogo dei diritti elaborato in campo internazionale sia chiamato ad influenzare i diritti interni; come parimenti le diverse tradizioni nazionali sono entrate nella redazione della Convenzione E.D.U. costituendo, nel contempo anche la base giuridica comune dell'ordinamento comunitario; come esse abbiano avuto ingresso nell'attività interpretativa delle loro Corti (Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Giustizia), in un processo di circolare contaminazione che nel tempo si riproduce. Il diritto alla privacy e alla tutela dei propri dati personali è significativa del rapporto di contaminazione tra sistema CEDU e UE, che anche prima dell'avvento del novellato art. 6 TUE, si è storicamente verificato.

La diffusione di massa dei prodotti multimediali, delle televisioni satellitari, l'estensione dell'uso di Internet – per fare qualche semplice riferimento – non sono solo esempi di notevoli capacità tecniche raggiunte dalla ricerca e dalla produzione su larga scala, ma anche realtà che hanno aperto la strada a riflessioni nuove e complesse sul piano giuridico. Si assiste, infatti, alla nascita di diritti fondamentali di nuova generazione⁽²⁾. Tra questi, appunto,

⁽¹⁾ Ci sia consentito il rinvio al nostro, V. COLCELLI, *Riservatezza e trattamento dei dati personali nella normativa dell'Unione europea*, in A. PALAZZO e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 457 ss.

⁽²⁾ Si pensi, ad esempio, al diritto alla comunicazione promosso nell'ambito dell'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (ITU, Constitution of International Telecommunication Union, Kyoto, 1994). N. PARISI, *Casi e materiali di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2003, p. 18 ss., ritiene che detto diritto, qualificato come diritto umano fondamentale nella società globale dell'informazione, consiste nel riconoscimento per ognuno della facoltà di avere accesso ai servizi base di comunicazione ed informazione,

quello all'informazione⁽³⁾ il cui limite «è rappresentato [proprio] dal diritto alla riservatezza, per la tutela degli interessi pubblici e privati»⁽⁴⁾.

L'esigenza di garantire il rispetto della sfera intima delle persone ha iniziato ad essere elaborata negli Stati Uniti negli anni sessanta. È il periodo «in cui la letteratura giuridica nord-americana, nella persona di W. L. Prosser, propone una teorizzazione del diritto all'identità personale (...) parlando di *false light in the public eye*. Si configura, cioè, il *tort of false light* come una delle quattro ipotesi di attentato alla privacy, che può essere violata oltre che dalla generica invasione nella vita altrui (*intrusion*), o dalla pubblicazione di fatti privati altrui (*public disclosure of private facts*), o dall'uso non consentito, del nome o dell'immagine altrui (*appropriation*), anche dalla diffusione di notizie personali non veritiere, che danno un'immagine falsata della persona (*false light in the public eye*)»⁽⁵⁾.

In questa fase iniziale il diritto degli individui all'essere lasciati soli⁽⁶⁾ coincideva, da un lato con la protezione della sfera privata dalla curiosità dei terzi⁽⁷⁾ e dall'interesse altrui a conoscere⁽⁸⁾, dall'altro con il controllo del flusso di informazioni che dalla persona veicolavano verso l'esterno⁽⁹⁾.

senza che le nuove tecnologie incrementino il divario già esistente fra i paesi sviluppati e in via di sviluppo nel mondo contemporaneo. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *The Internet and Privacy Legislation: Cookies for a Treat?*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 1, 1997, p. 1.

⁽³⁾ Sulla copiosissima dottrina in materia di diritto all'informazione si indica J. JACOPELLI (a cura di), *Verso il diritto all'informazione*, Bari, 1991.

⁽⁴⁾ Così M. MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, p. 7.

⁽⁵⁾ Così F. BASILICA, *Il difficile percorso della formalizzazione giuridica dei diritti della personalità c.d. atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 678.

⁽⁶⁾ L'esigenza di garantire il rispetto della vita privata veniva sintetizzato nella conosciuta formula linguistica del *right to be let alone*, adottata per la prima volta dal giudice Cooley.

⁽⁷⁾ Così P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, p. 236.

⁽⁸⁾ Cfr. A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 9 ss.; Y. POULLET e J.M. DINANT, *The internet and private life in Europe: Risks and aspirations*, in A.T. KENYON e M. RICHARDSON (eds.), in *New Dimensions in Privacy Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 60 ss.

⁽⁹⁾ Si veda in questo senso S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, p. 216.

Una nozione siffatta di riservatezza finiva per coincidere con l'esigenza di tutela dell'intimità domestica e del domicilio, così come del decoro e della reputazione. La stessa inviolabilità della corrispondenza, così come dell'immagine, nelle discipline esistenti nei diversi ordinamenti, contribuivano a delineare i contorni di questo diritto strettamente connesso alla tutela delle vicende private di ognuno, scevre di rilevanza sociale⁽¹⁰⁾.

L'originaria accezione individuante il diritto alla privacy si è mostrata nel corso del tempo non in grado di salvaguardare con sufficiente forza il bene giuridico della vita privata, esposto a nuove e possibili forme di aggressione.

L'iniziale modo di intendere il riserbo ha dovuto confrontarsi con la crescente tecnologizzazione ed informatizzazione della società.

La raccolta organizzata di dati su supporti che possono facilmente e velocemente circolare in tutto il mondo, la loro conservazione, elaborazione ed aggregazione, che agevola la formazione per ogni individuo di un profilo su gusti, orientamenti politici, preferenze di genere diverso, hanno necessariamente mutato i connotati del diritto alla riservatezza da come inizialmente elaborato.

La protezione del solo domicilio, dell'immagine, così come della corrispondenza o dei mezzi della comunicazione del pensiero nelle forme tradizionali, si sono mostrati non più sufficienti a proteggere gli atti relativi alla sfera del riserbo: «dato di fondo del nuovo contesto è l'inserimento dell'individuo nella società 'globale', nella quale la stragrande maggioranza delle azioni compiute delle scelte individuali lasciano una 'traccia' che

⁽¹⁰⁾ Nel nostro ordinamento giuridico la Corte di Cassazione nella sentenza n. 2199 del 1975, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 144, finiva per identificare il diritto alla riservatezza con l'interesse a sottrarre alla conoscenza dei terzi le vicende private accadute all'interno e fuori del domicilio domestico, e che non abbiano per i terzi un interesse socialmente rilevante. Nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, il diritto alla riservatezza, così come originariamente concepito, ha trovato negli articoli 13, 14, 15 e 21 della Costituzione e nel più ampio riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2, agevole base giuridica. Va ricordato, comunque, che il cammino del riconoscimento di questo diritto non è stato necessariamente agevole come testimonia per esempio la sentenza della Corte di cassazione n. 4487 del 1956, in *Foro it.*, 1957, I, c. 423, la quale affermava che «nessuna disposizione di legge autorizza a sostenere che [il diritto alla riservatezza] era stato sancito».

ne consente la mappatura e con essa la ricostruzione dell'*identikit* della persona»⁽¹¹⁾.

Nasce, per tale ragione, una sensibilità nuova verso il problema della modalità con cui salvaguardare la sfera individuale del riserbo.

Senza aprire scenari di pericoli apocalittici, da più parti definiti di orwelliana memoria, si è riflettuto su come «la libertà di informazione e l'incrementata libera circolazione delle informazioni, realizzate dalle moderne tecnologie, richiedano la contestuale ed indispensabile predisposizione di strumenti giuridici di protezione dei dati personali, per garantire ai privati il mantenimento di una sfera di riservatezza ed agli Stati o alle organizzazioni internazionali la possibilità di mantenere segrete alcune informazioni per motivi attinenti alla sicurezza pubblica, alle questioni militari, alle relazioni internazionali e a tutti quei motivi che attengono alla salvaguardia di interessi collettivi che lo richiedono»⁽¹²⁾.

Va però ricordato, prima di iniziare la trattazione del problema *privacy* nel sistema europeo, come il sistema americano ed il sistema europeo di protezione delle informazioni – seppure interdipendenti tra di loro (nell'ordinamento giuridico americano, come brevemente visto, il diritto e la tutela è per primo realizzato nel *right to be let alone*) – in realtà divergono proprio nella scelta delle informazioni da proteggere con ogni conseguenza che questo può avere sugli aspetti regolatori della loro circolazione. Nel sistema americano la *privacy* è garanzia di uno spazio privato nei confronti di illegittime interferenze da parte di terzi. Essa è così fortemente connessa all'idea di libertà, della proprietà privata e dell'iniziativa economica⁽¹³⁾. L'evoluzione del modello europeo è legato all'idea di *privacy* come ulteriore strumento di tutela della persona innanzi alle forme di aggressione ed umiliazione che può subire.

⁽¹¹⁾ Testualmente E. VARANI, *Diritto alla privacy e trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario: dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 «Codice in materia di protezione dei dati personali»*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1770.

⁽¹²⁾ Così sul punto M. MIGLIAZZA, *op. cit.*, Milano, 2004, p. 11.

⁽¹³⁾ J. ROSEN, *Continental Divide*, sottotitolato *Americans see privacy as a protection of liberty, Europeans as a protection of dignity. Will one conception trump the other – or are both destined to perish?*, in www.legaffairs.org.

2. — *Tutela dei dati personali nella tradizione europea.*

In Europa la tutela della riservatezza ed il trattamento dei dati personali iniziano ad affermarsi attraverso la lettura fatta, per opera della Corte Europea dei diritti dell'uomo, dell'art. 8 C.E.D.U., pur non avendo detta disposizione un contenuto specificatamente dedicato agli aspetti menzionati⁽¹⁴⁾.

«La Corte europea, più volte chiamata a pronunciarsi riguardo alla diffusione di notizie intime o private relative agli individui, ha finito per applicare a queste fattispecie la norma di cui all'art. 8 C.E.D.U. che riconosce il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita»⁽¹⁵⁾.

Le principali decisioni in cui la Corte inizialmente ha statuito in tema di protezione dei dati, concernono l'utilizzo di questi da parte delle autorità pubbliche. Gli interventi giurisprudenziali erano sostanzialmente diretti a valutare le misure in materia adottate dagli Stati, chiamati a bilanciare contemporaneamente l'interesse alla protezione della privacy con quello alla circolazione delle informazioni all'interno di strutture pubbliche. Si pensi al caso della conservazione dei dati sanitari negli ospedali e la loro segretezza⁽¹⁶⁾, al diritto che i dati presenti nei registri di polizia non siano utilizzati per scopi diversi da quello per cui sono stati raccolti, oppure al diritto alla segretezza delle comunicazioni telefoniche⁽¹⁷⁾.

Per la giurisprudenza della Corte, lo Stato aderente alla Convenzione non è l'unico destinatario dell'articolo in commento, riferendosi il suo contenuto anche alle eventuali violazioni commesse dai privati nei confronti di

⁽¹⁴⁾ Espressamente Corte europea, 27 agosto 1997, *M.S. c. Svezia*, in *Eur. Court HR*, IV, 1997, p. 1437, ha ulteriormente affermato come l'art. 8 si applica alla materia dei dati personali.

⁽¹⁵⁾ In questo senso M. SPATTI, *Diritto alla riservatezza e trattamento dei dati personali*, in N. PARISI e D. RINOLDI (a cura di), *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2004, p. 165.

⁽¹⁶⁾ Si veda ancora Corte europea, 27 agosto 1997, cit.

⁽¹⁷⁾ In questo senso Corte europea, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, in *Eur. Court HR*, serie A, vol. 82, 1984, p. 7, o ancora molto più recentemente, Id., 16 febbraio 2000, *Amman c. Svizzera*, in *Eur. Court HR*, II, 2000, p. 2031 ss.

altri soggetti⁽¹⁸⁾. La Corte ha riconosciuto alle previsioni della Convenzione europea su i diritti dell'uomo, e soprattutto all'art. 8 C.E.D.U., un'efficacia orizzontale: gli Stati, quindi, sono destinatari non solo degli obblighi derivanti dalla medesima Convenzione, ma anche dello specifico dovere di sorvegliare che non siano commesse violazioni interindividuali dei diritti ivi riconosciuti⁽¹⁹⁾.

Parallelamente, quindi, alle prime pronunce giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo anche il Consiglio d'Europa è stato investito del problema della tutela del riserbo della persona.

I primi interventi dell'indicato organismo internazionale si esprimono attraverso atti con carattere non vincolante. Essi si risolvono in semplici raccomandazioni agli Stati, affinché i governi si adoperino per adottare provvedimenti diretti a far trovare ai principi fondamentali della persona applicazione nel campo della raccolta e dell'elaborazione dei dati. Sono la risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 26 settembre 1973⁽²⁰⁾ sulla protezione della vita privata delle persone fisiche rispetto alle banche dati elettroniche nel settore privato, e la risoluzione del 29 settembre 1974⁽²¹⁾ relativa alle banche dati nel settore pubblico.

Alcuni Stati Europei hanno accolto, quasi nell'immediatezza, le raccomandazioni del Consiglio (la Svezia emana una legge sulla tutela della riservatezza e la tutela dei dati nel 1973, la Germania nel 1977, la Francia, la Danimarca, la Norvegia nel 1978, il Lussemburgo nel 1979). Tra gli Stati aderenti era ancora, comunque, mancante una legislazione uniforme: «la presenza di disposizioni eterogenee finiva così per rappresentare anche

⁽¹⁸⁾ Così Corte europea, 26 marzo 1985, *X et Y c. Paesi Bassi*, in *Eur. Court HR*, serie A, vol. 91, 1985, p. 11, sul diritto di ogni persona alla segretezza dei dati sanitari che la riguardano.

⁽¹⁹⁾ Sulla necessità che uno Stato promuova azioni positive per la protezione della vita privata accanto all'obbligo di non interferenza la Corte europea si è pronunciata per la prima volta nel 1979 nel caso *Marcks*, in *Eur. Court HR*, serie A, n. 31, 1979, p. 5 ss.

⁽²⁰⁾ R(73) 22 del 26 settembre 1973, in *Council of Eur., Committee of Ministers, Recommendations and Resolutions*, 1973.

⁽²¹⁾ R(74) 29 del 20 settembre 1974, in *Council of Eur., Committee of Ministers, Recommendations and Resolutions*, 1974.

un ostacolo alla libera circolazione transfrontaliera delle informazioni»⁽²²⁾.

È in questa realtà in movimento che il Consiglio d'Europa predispose un altro documento, questa volta a carattere vincolante, sulla modalità attraverso la quale raccogliere, gestire ed eventualmente trasferire i dati personali, rispondendo alla duplice esigenza di garantire la libera circolazione dei dati, così come la salvaguardia dei diritti fondamentali. Da parte del Consiglio viene pertanto emanata, il 28 gennaio 1981, la «Convenzione d'Europa per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati di carattere personale» (n. 108), comunemente indicata come Convenzione di Strasburgo (d'ora in poi anche: Convenzione dati)⁽²³⁾. La Convenzione di Strasburgo impone regole minime agli Stati aderenti, e lascia quest'ultimi la facoltà di adottare norme d'attuazione maggiormente dettagliate. I paesi, per questa ragione, sono chiamati anche a prevedere misure di sicurezza che impediscano forme di distruzione e di perdita accidentale dei dati registrati, e che, in ogni caso, impediscano l'accesso e la diffusione non autorizzate degli stessi⁽²⁴⁾.

Qualora le informazioni siano contenute in banche dati, la Convenzione riconosce ai titolari di avere contezza sia dell'esistenza, sia dei fini della collezione elettronica, nonché dell'identità, della sede o residenza del responsabile della stessa. Gli interessati possiedono, anche, il diritto di poter ottenere la correzione, così come la cancellazione dei dati quando questi siano trattati in modo illegittimo⁽²⁵⁾. Il riconoscimento dei menzionati diritti implica la facoltà di poter far ricorso innanzi alle competenti autorità in caso di violazione⁽²⁶⁾.

La Convenzione Dati prevede, altresì, che gli Stati possano comunque attenuare sia gli obblighi sia i diritti previsti nell'accordo internazionale. La legge interna del paese aderente, infatti, per ragioni connesse alla sicurezza

⁽²²⁾ Testualmente F. DONATI, *Commento art. 8*, in R. BIFULCO, M. CARTARIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti – Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 85.

⁽²³⁾ La c.d. Convenzione Dati è entrata in vigore per l'Italia il 1° luglio 1997.

⁽²⁴⁾ Cfr. art. 7 Convenzione di Strasburgo.

⁽²⁵⁾ Cfr. art. 8 Convenzione di Strasburgo.

⁽²⁶⁾ Ancora art. 8, lett. d), Convenzione di Strasburgo.

pubblica, alla sicurezza dello Stato, per interessi monetari, per far fronte alla repressione dei reati e per la protezione dei diritti e delle libertà degli individui può prevedere deroghe alle previsioni contenute nel Trattato⁽²⁷⁾. La finalità di armonizzazione delle legislazioni dei paesi aderenti affianca l'intento perseguito dall'Accordo di attuare tra gli stessi uno spazio di libera circolazione dei dati. Per tale ragione viene fatto divieto alle legislazioni interne di proibire o sottoporre ad autorizzazione il flusso di informazioni.

La trasmissione di dati personali può essere non consentita, invece, verso paesi terzi, quando questi non prestano idonea garanzia di protezione⁽²⁸⁾.

La Convenzione di Strasburgo è stata recentemente novellata. L'otto novembre 2001 è stata aperto alla firma un Protocollo addizionale, entrato in vigore il primo luglio 2004. L'Accordo si è arricchito, così, di previsioni che da un lato contengono la possibilità di trasferire dati verso paesi terzi, dall'altro prevedono l'obbligo di istituire un'Autorità di controllo chiamata ad assicurare il rispetto della normativa adottata per l'esecuzione degli impegni provenienti dalla Convenzione stessa. Questi due ultimi aspetti normati dalla Convenzione attraverso Protocollo aggiuntivo, erano già presenti nella disciplina comunitaria intervenuta nel frattempo.

L'azione dell'allora Comunità europea dal punto di vista temporale è successiva alla situazione descritta.

La allora Comunità, attraverso l'attività della Corte di Giustizia⁽²⁹⁾ prima

⁽²⁷⁾ Cfr. art. 9 Convenzione di Strasburgo. In realtà la presenza di eccezioni che permettano da parte dello Stato l'ingerenza nella vita privata degli individui era già contenuta nel secondo comma dell'art. 8 C.E.D.U.

⁽²⁸⁾ Si veda art. 12 Convenzione di Strasburgo.

⁽²⁹⁾ La Corte di Giustizia europea, insieme a Tribunale di primo grado, assicura ai sensi dell'art. 220 TCE il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati. È istituzione delle Comunità Europee composta da un giudice per Stato membro (art. 221 TCE); i giudici sono assistiti da otto avvocati generali, i quali sono chiamati a presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che chiedono il loro intervento (art. 222 TCE). Precisa P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 55: «quanto alle funzioni, la Corte di giustizia esercita, innanzi tutto, un controllo di legittimità sugli atti comunitari [quando il ricorso è presentato da una istituzione comunitaria o da uno Stato membro; quando il ricorso è promosso da una persona fisica la competenza è del Tribunale di primo grado.

e delle previsioni di cui all'art. 6 T.U.E. poi, ha fatto proprio il percorso di progressivo riconoscimento del diritto alla riservatezza compiuto dal Consiglio Europa e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La tutela del riserbo e del trattamento dei dati personali sono espressione del diritto fondamentale della persona alla vita privata, manifestazione del patrimonio genetico della costruzione europea in quanto "comunità di diritto"⁽³⁰⁾.

L'Unione, infatti, individua come propri valori fondanti i principi di libertà, democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e dello stato di diritto: «diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali di diritto comune»⁽³¹⁾.

Va ricordato, infatti, come alcune carte costituzionali europee riconoscano espressamente il diritto alla protezione dei dati personali. Si pensi alla costituzione irlandese⁽³²⁾, a quella portoghese⁽³³⁾ o a quella spagnola che

La Corte ha in questo caso una giurisdizione di appello per soli motivi diritto] (...). Alla Corte di giustizia spetta poi la competenza a pronunciarsi su 'ricorsi per carenza' diretti a far accettare la violazione da parte del Parlamento, della Commissione, del Consiglio o della Banca centrale europea dell'obbligo di prendere posizioni a cui tali istituzioni siano tenute in virtù del Trattato [anche in questo caso la Corte non si pronuncia sui ricorsi per carenza presentati dalle persone fisiche]. (...) Spetta alla Corte di giustizia il potere di pronunciarsi sui ricorsi di infrazione promossi, per violazione del diritto comunitario (...).

⁽³⁰⁾ In questo senso G. ALPA, *La normativa sui dati personali: modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Dir. inf. e informatica*, 1997, p. 703. Si veda anche P. SUÑÉ LLINÁS, *La Protección de Datos Personales y el Registro de Ficheros. En la obra colectiva Estudios sobre Comunidades Autónomas y Protección de Datos Personales. II Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid, 2006, pp. 247-251; ID., *Marco Jurídico del Tratamiento de Datos Personales en la Unión Europea y en España, en la obra colectiva La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, 1999, pp. 245-274.

⁽³¹⁾ Cfr. art. 6 T.U.E.

⁽³²⁾ Si veda l'art. 10 della Costituzione irlandese, il cui secondo comma demanda al legislatore ordinario il compito espresso di emanare norme a tutela della *privacy* nei confronti della raccolta e distribuzione dei dati personali.

⁽³³⁾ Cfr. legge costituzionale del 20 dicembre 1997, n. 1, la quale ha espressamente introdotto disposizioni in tema di protezioni di dati.

esplicitamente chiama la legge ordinaria a limitare «l'utilizzazione informatica al fine di garantire l'onore, l'intimità personale e familiare dei cittadini e il pieno esercizio dei loro diritti». Altri Stati membri non hanno nelle proprie carte costituzionali espressi riferimenti alla tutela della privacy, ma nel corpo normativo delle diverse costituzioni europee non vi è difficoltà a rintracciare la base giuridica della tutela del riserbo. Si pensi al caso italiano ed all'art. 2 della Costituzione: la «riservatezza viene (...) considerat[a] come un diritto della personalità rientrante in quella categoria di diritti caratterizzanti l'individuo» per cui «la tutela del dato personale è (...) strettamente collegata alla tutela della libertà personale, principio cardine della Costituzione italiana ed oggetto di tutela in tutti i rami [dell'ordinamento giuridico](...)»⁽³⁴⁾.

La Comunità ha rintracciato, quindi, negli artt. 14, 95, 286 T.C.E. e nell'art. 6 T.U.E. il fondamento giuridico delle sue competenze in tema di tutela della privacy e dei dati personali.

L'allora art. 286 T.C.E.⁽³⁵⁾, oggi art. 16 TFUE, sanciva espressamente in capo alle istituzioni comunitarie l'obbligo del rispetto della normativa sul trattamento dei dati⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Così sul fondamento giuridico del diritto alla *privacy* nel nostro ordinamento F. TUFARELLI, *La tutela dell'interessato nel diritto alla riservatezza dei dati personali: conferme e novità presenti nel codice della privacy*, in *Dir. e form.*, fasc. 3, 2005, p. 392. La stessa Corte Costituzionale nella sentenza 12 aprile 1973, n. 38 (in *Foro it.*, 1973, I, c. 1978), ha affermato che «fra i diritti inviolabili dell'uomo, oltre che nell'art. 2, negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, rientrano quelli del proprio decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

⁽³⁵⁾ Testualmente l'art. 286 T.C.E.: «A decorrere dal 1° gennaio 1999 gli atti comunitari sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati si applicano alle istituzioni e agli organismi istituiti dal presente trattato o sulla base del medesimo. 2. Anteriormente alla data di cui al paragrafo 1 il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251, istituisce un organo di controllo indipendente incaricato di sorvegliare l'applicazione di detti atti alle istituzioni e agli organismi comunitari e adotta se del caso, tutte le altre pertinenti disposizioni».

⁽³⁶⁾ «Per rispondere alla necessità di norme che disciplinano il trattamento dei dati personali, la Commissione e il Consiglio, al momento dell'adozione della direttiva [n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento delle informazioni personali e la libera circolazione dei dati] si erano impegnati, con una dichiarazione pubblica, a conformarsi alle condizioni della direttiva e hanno chiesto alle altre istituzioni di segui-

Ai sensi dell'art. 95 T.C.E., oggi art. 114 TFUE, poi, le istituzioni europee possedevano, così come possiedono, il potere di porre in essere «misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno»⁽³⁷⁾.

La finalità dell'intervento comunitario in materia di privacy, quindi, era anche quella «di spingere gli Stati membri ad adottare una protezione uniforme dei diritti e delle libertà delle persone relativamente al trattamento dei dati e permettere la piena realizzazione del mercato interno»⁽³⁸⁾.

I dati personali sono infatti anche “beni” che possono essere scambiati nel mercato. Dentro l'obiettivo del raggiungimento di un mercato interno le istituzioni europee sono, quindi, chiamate a rispettare e tutelare i diritti fondamentali della persona, tra questi anche quello della vita privata.

Come più volte ricordato «all'approccio tradizionale della privacy, come diritto all'intimità della vita privata, al riserbo, all'identità personale, si è con il passare degli anni affiancata un'altra dimensione della (...) [stessa] connessa agli abusi nella raccolta e nella utilizzazione delle informazioni da parte delle c.d. ‘banche dati’ (...). In pratica la privacy si arricchisce e si proietta ben al di là della mera sfera del riserbo, perché nella sfera privata rientrano tutte quelle azioni, opinioni, preferenze, informazioni personali su cui il soggetto intende mantenere un controllo esclusivo»⁽³⁹⁾. Dalla presa d'atto dell'esistenza di nuove forme di aggressione alla riservatezza che potevano servirsi anche delle potenzialità dei sistemi informatici, viene riconosciuto il diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni attraverso la

re il loro esempio». In forza dell'impegno assunto e della crescente importanza del rispetto dei diritti e delle libertà della persona nel sistema comunitario, l'art. 286 è stato introdotto, con il Trattato di Amsterdam, nel Trattato istitutivo della Comunità europea. Così sul punto F. DONATI, *op. cit.*, p. 86. La dichiarazione del Consiglio e della Commissione è stata pubblicata in un comunicato stampa del Consiglio il 24 luglio 1995 (9012/95 – Press. 226).

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 95, § 1, T.C.E..

⁽³⁸⁾ Ancora F. DONATI, *op. cit.*, p. 85.

⁽³⁹⁾ Così F. BASILICA, *op. cit.*, p. 694, anche per una lucida ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale che ha accompagnato nell'ordinamento giuridico italiano il consolidarsi del diritto all'identità personale.

predisposizione di una normativa che introducesse presupposti e limiti al fenomeno della gestione del trattamento dei dati.

Base giuridica della produzione comunitaria in tema di circolazione dei dati fu quindi anche l'art. 14 T.C.E., oggi art. 26 TFUE. La disposizione assicurava la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali per la creazione del mercato comune, spazio privo di frontiere interne. Il raggiungimento dell'obiettivo dell'unificazione del mercato ha orientato la volontà politica degli Stati membri, accelerando la realizzazione dell'integrazione dei mercati. «Proprio in ragione dell'importanza politica, più che giuridica, assunta dalla nozione di mercato interno, si è assistito alla sua progressiva identificazione (...) con l'intero campo d'azione della Comunità: in altre parole, il mercato interno, secondo l'accezione oggi prevalente, non è limitato alle quattro libertà di circolazione (...), ma ad esso tendono ad essere ricondotte tutte le politiche comunitarie che contribuiscono, anche indirettamente, a rimuovere gli ostacoli all'unificazione dei mercati nazionali»⁽⁴⁰⁾. Il perseguimento degli obiettivi della Comunità e poi dell'Unione ha imposto, quindi, la libera circolazione anche dei dati personali.

L'azione comunitaria, allora, ha finito per creare «un sistema normativo e pretorio relativamente (...) completo, perfezionato ed adeguato agli sviluppi tecnologici in materia di tutela della privacy, che ha influenzato positivamente gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di cui alcuni come l'Italia in modo specifico, tramite l'introduzione di istituti che non erano ancora noti o sufficientemente applicati a livello nazionale»⁽⁴¹⁾.

L'intervento comunitario si è quindi articolato attraverso fonti differenti.

Il Parlamento europeo ed il Consiglio adottano il 24 ottobre del 1995 la direttiva n. 95/46/CE⁽⁴²⁾ relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento delle informazioni personali e loro libera circolazione.

⁽⁴⁰⁾ Riferisce sul punto L. DANIELE, *Commento art. 14 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 14 ss.

⁽⁴¹⁾ Testualmente sul sistema normativo comunitario M. MIGLIAZZA, *op. cit.*, p. 35.

⁽⁴²⁾ In G.U.C.E L 281/31 del 23 novembre 1995.

Il 15 dicembre 1997 viene emanata la direttiva n. 97/66/CE ⁽⁴³⁾ sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, oggi abrogata dalla n. 2002/58/CE del 12 luglio 2002 ⁽⁴⁴⁾ relativa al settore delle comunicazioni elettroniche.

Il problema del trattamento dei dati da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari è invece affrontato dal regolamento n. 45/2001 del 18 dicembre 2000 ⁽⁴⁵⁾.

La Carta dei diritti, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000, riconosce, poi, espressamente la protezione del dato personale come diritto fondamentale della persona.

A Nizza il 7 dicembre del 2000 viene proclamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale è stata, pertanto, affidato un compito ricognitivo e compilatorio dei diritti civili, politici, economici e sociali radicati in Europa in quanto già affermati dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali di ciascun paese membro, nonché riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e da quella europea dei diritti dell'Uomo. Il catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quindi, non è un prodotto autonomo, ma affonda le radici della sua stessa esistenza nei citati riferimenti.

Raccogliendo la tradizione giurisprudenziale e normativa precedente la sua proclamazione, la Carta, quindi, nel suo articolo 8 riconosce espressamente il diritto dell'individuo alla protezione dei dati di carattere personale, confermando l'importanza che gli Stati membri dell'Unione attribuiscono alla tutela della privacy.

L'articolo 7 della stessa si occupa, invece, del rispetto della vita privata e della vita familiare.

La Carta dei diritti, come noto, non viene inserita all'interno del Trattato di Nizza, rimanendo così proclamata dal punto di vista politico, ma non do-

⁽⁴³⁾ In G.U.C.E. L 24/1 del 30 gennaio 1998. Per un commento a questa come alla dir. 95/46/CE si veda P. PIRODDI, *Art. 286 CE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 959 ss.

⁽⁴⁴⁾ In G.U.C.E. L 201 del 31 luglio 2002.

⁽⁴⁵⁾ In G.U.C.E. L 8/1 del 12 gennaio 2001.

tata di adeguata efficacia giuridica precettiva. Questo limite non ha impedito comunque a quest'ultima di influenzare ampiamente lo sviluppo del sistema normativo comunitario e dei singoli Stati nazionali⁽⁴⁶⁾.

Alla Carta è riconosciuta, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, una valenza interpretativa dei diritti fondamentali quali principi comuni degli ordinamenti europei⁽⁴⁷⁾. «Inevitabilmente l'applicazione sempre più stabile da parte degli organi e dei giudici comunitari comporta la stabilizzazione della Carta dei diritti quale fonte di origine giurisprudenziale come tale applicabile anche negli stati membri, anche in forza dell'orientamento della nostra corte costituzionale»⁽⁴⁸⁾. Oggi ha assunto valore giuridico di Trattato.

Essa è pertanto strumento di esegesi delle tradizioni costituzionali comuni ai paesi europei, sia per i giudici della Corte di Giustizia che per gli stessi giudici nazionali chiamati ad applicare il diritto interno⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Si veda L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento UE*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 565 ss. Oggi questo valore è comunque rafforzato. Infatti il Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa ha incorporato al suo interno la Carta dei diritti. Pur conoscendo le attuali disavventure della Costituzione europea – non ratificata da tutti gli Stati membri – la scelta di inserire nel testo del Trattato le disposizioni della Carta è stato salutato come una delle novità più rilevanti, anzitutto in ragione dell'accostamento che si determina con la struttura delle Costituzioni degli Stati membri. Tutte le Carte Costituzioni dei Paesi membri dell'Unione europea, infatti, dedicano una loro parte alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

⁽⁴⁷⁾ Osservano così M.V. FERRONI e E. MARCHISIO, *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 676, ove si specifica: «Alla luce della giurisprudenza, la Carta non sembra avere valore normativo ulteriore rispetto a quello delle norme vigenti a fondamento dei diritti in essa richiamati. Tuttavia, il riconoscimento come 'fondamentale' di un diritto da parte della Carta sembra anche avere, nel diritto europeo efficacia di riconoscimento e gerarchizzazione di tale diritto nell'ordinamento giuridico comunitario, 'al più alto rango dei valori comuni degli stati membri'. Ne consegue che i diritti previsti nella carta abbiano bensì un contenuto sostanzialmente corrispondente a quello previsto dalle norme altrimenti vigenti, ma che il loro richiamo in quella sede sarebbe altresì idoneo ad attribuire ai diritti in essa elencati una qualità che deve guidare la loro interpretazione (...). Tale funzione 'interpretativa' acquista rilevanza particolare nell'ottica di quanti ritengono la Carta abbia riconosciuto 'seppur timidamente' nuovi diritti».

⁽⁴⁸⁾ Sul punto A. CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzione italiana: verso il Trattato costituzionale europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁽⁴⁹⁾ La Corte costituzionale, già da tempo con sentenza ha qualificato come diretta-

Se così è anche la tutela della privacy sul piano del diritto interno riceve un impulso importante in forza della sua espressa inclusione nella Carta di Nizza. In questi termini «non soltanto non si potrà più dubitare della (...) valenza (...) [della privacy quale] interesse costituzionalmente garantito – salvo poi eventualmente a disquisire della fonte di tale garanzia: gli artt. 2,13, 15 o l'art. 14 Cost. – ma neppure dell'ampiezza degli aspetti tutelati riconducibili ora al diritto alla riservatezza, ora al diritto alla protezione dei dati di carattere personale che riguardano l'individuo»⁽⁵⁰⁾.

La realizzazione del mercato interno in UE passa, poi, anche attraverso la costruzione di un mercato specifico ed integrativo del mercato interno propriamente detto, riconoscibile nel c.d. mercato virtuale unico individuato e regolato dalla Comunicazione della Commissione europea del 19 maggio 2010, denominata «Agenda digitale europea»⁽⁵¹⁾.

3. — *La direttiva n. 95/46/CE sul trattamento dei dati personali e loro libera circolazione.*

Senza dar origine ad un sistema rigido di norme che finisse per imbrigliare l'attività di trattamento dei dati – espressione comunque di sviluppo del mercato⁽⁵²⁾ – la direttiva n. 95/46/CE persegue la finalità di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, e in specifico quello alla vita privata con riguardo al trattamento delle informazioni sulla persona.

«La direttiva (...) mettendo in relazione la tutela della riservatezza quale diritto della personalità con l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazio-

mente applicabili e prevalenti sul diritto interno con esse contrastanti anche le statuizioni contenute nelle pronunce giurisdizionali delle Corti comunitarie. Si vedano le sentenze n. 113/1985 (in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 28) e n. 389/1989 (in *Corr. giur.*, 1989, p. 1058).

⁽⁵⁰⁾ Testualmente E. VARANI, *op. cit.*, p. 1773.

⁽⁵¹⁾ COM (2010) 245 def.

⁽⁵²⁾ Per S. SEMINARA, *Privacy e diritti dell'interessato*, in *Riv. resp. civ. e pren.*, 1998, p. 885, l'impianto su cui si regge la normativa comunitaria sono da un lato la disciplina del mercato e dall'altra il potenziamento dei diritti della persona.

ne dei dati personali conserva l'impostazione della Convenzione di Strasburgo, sotto il profilo in cui, più che rappresentare uno strumento attributivo di veri e propri diritti della personalità, essa soddisfa l'esigenza di armonizzare nell'ambito del mercato unico la libera circolazione dei dati personali – considerati come beni giuridici a pieno titolo – in vista di liberalizzarne il flusso intracomunitario per la piena realizzazione del mercato interno»⁽⁵³⁾.

«Il divario nei livelli di tutela dei diritti e delle libertà personali, in particolare della vita privata (...) [infatti] può impedire la trasmissione dei dati stessi fra territori degli Stati membri (...) e tale divario può pertanto costituire un ostacolo all'esercizio di una serie di attività economiche su scala comunitaria, falsare la concorrenza e ostacolare, nell'adempimento dei loro compiti, le amministrazioni che intervengono nell'applicazione del diritto comunitario»⁽⁵⁴⁾.

Per effetto, quindi, dell'attuazione della direttiva, in forza del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, «gli Stati membri non potranno più ostacolare la libera circolazione dei dati personali per ragioni inerenti alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche»⁽⁵⁵⁾.

La normativa contenuta nella direttiva n. 95/46/CE eredita, pertanto, molti dei principi previsti nella Convenzione di Strasburgo (n. 108) della quale dichiara l'intenzione di ampliarne i contenuti.

La fonte comunitaria in esame si applica al trattamento dei dati personali interamente o parzialmente automatizzato, così come al trattamento non automatizzato di informazioni contenute o destinate ad archivi⁽⁵⁶⁾. La Convenzione di Strasburgo (n. 108) è applicabile, invece, alle sole informazioni automatizzate.

Vengono qualificati come dati personali informazioni di qualsiasi natura

⁽⁵³⁾ Riflette in questi termini P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 960.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *considerando* n. 7, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁵⁵⁾ Testualmente *considerando* n. 7, dir. n. 95/46/CE. Rammenta a proposito della funzione dei *considerando* che precedono i testi di diritto derivato comunitario G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 54, che quest'ultimi pur essendo privi di valore precettivo hanno un indubbio valore esegetico del testo normativo che precedono.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. art. 3, dir. n. 95/46/CE.

provenienti da una persona che sia identificata o identificabile, direttamente o indirettamente, «mediate riferimento ad un numero (...) o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica e culturale»⁽⁵⁷⁾.

I privati intesi come persone fisiche titolari dei dati sono i destinatari delle garanzie. Ai paesi dell'Unione è rimessa, comunque, la facoltà di estendere la tutela alle persone giuridiche⁽⁵⁸⁾.

Non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva in esame i trattamenti effettuati da persone fisiche per l'esercizio di attività di carattere esclusivamente personale o domestico⁽⁵⁹⁾.

A provvedere con apposite normative nei settori esclusi dall'applicazione saranno chiamati i singoli Stati.

La disciplina prevista dalla direttiva n. 95/46/CE si incentra sull'informata consapevolezza del titolare dei dati, che deve sempre esprimere il proprio consenso al trattamento⁽⁶⁰⁾.

L'informazione dell'interessato ha, quindi, un ruolo di particolare importanza nella libera formazione della sua volontà. Diventa per tale ragione un vero e proprio diritto nei confronti del titolare del trattamento⁽⁶¹⁾.

L'introduzione del consenso del titolare dei dati assume carattere di assoluta novità in relazione al contenuto della Convenzione di Strasburgo (n. 108).

⁽⁵⁷⁾ Si veda art. 2, lett. *a*), dir. n. 95/46/CE.

⁽⁵⁸⁾ Si prevedeva soltanto nella direttiva n. 97/66 che fossero tutelabili gli interessi della persone giuridiche, se parti di un contratto con un soggetto fornitore di servizi di telecomunicazione offerti al pubblico. Così art. 2, lett. *a*), dir. 97/66/CE.

⁽⁵⁹⁾ Così ancora art. 3, § 2, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁶⁰⁾ Ai sensi dell'art. 2, lett. *b*), dir. n. 95/46/CE per consenso della persona interessata si intende «qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata con la quale la persona interessata accetta che i dati personali che la riguardano siano oggetto di un trattamento».

⁽⁶¹⁾ Vi è nella dir. n. 95/46/CE una sezione, IV, appositamente dedicata alla modalità d'informazione della persona interessata. Le modalità variano se l'informazione debba avvenire in caso di raccolta dei dati presso la persona interessata (art. 10) o no presso quest'ultima (art. 11). In entrambe i casi comunque deve essere sempre fornita l'identità del responsabile del trattamento e le finalità per cui questo avviene.

Questa rilevante previsione viene letta come dipendente dal carattere maggiormente economico della direttiva in esame rispetto alla Convenzione europea n. 108 del 1981. La normativa in esame, come anticipato, è infatti «strettamente correlata al funzionamento del mercato interno comunitario, per cui la privacy costituisce un diritto disponibile da parte del suo titolare, in funzione di un incremento della diffusione e dell'uso delle moderne tecnologie, intese sia come servizi che come merci»⁽⁶²⁾.

Sarà la normativa interna di ciascun Stato membro che dovrà disporre misure d'attuazione della direttiva in modo che i dati personali siano trattati lecitamente e siano rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime.

La direttiva in esame chiarisce, poi, per la sua stessa comprensione ed applicazione, il significato da attribuire ad alcune espressioni chiave in essa contenute.

Specificatamente per trattamento la norma comunitaria intende «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate ai dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione»⁽⁶³⁾.

Le informazioni dovranno, nel tempo, essere sempre trattate in modo compatibile con le finalità per cui sono state inizialmente raccolte. È conciliabile con i scopi iniziali il successivo trattamento per fini storici, statistici o scientifici, purché sia prestata idonea garanzia ad opera degli Stati.

Dei dati, poi, deve essere sempre garantita l'esattezza e l'aggiornamento.

In applicazione anche in materia di tutela della riservatezza del principio di trasparenza che ispira molta dell'azione comunitaria (si pensi al diritto d'accesso nei confronti degli atti amministrativi delle istituzioni), la conservazione delle informazioni non deve comunque mai eccedere il tempo ne-

⁽⁶²⁾ In questo senso M. MIGLIAZZA, *op. cit.*, Milano, 2004, p. 43.

⁽⁶³⁾ Testualmente la definizione di trattamento contenuta nell'art. 2, lett. b), dir. 95/46/CE.

cessario per il raggiungimento delle finalità previste ⁽⁶⁴⁾.

È possibile, in ogni caso, che il trattamento dei dati sia lecito pur prescindendo dal consenso dell'interessato.

Al principio della preventiva autorizzazione del titolare dei dati, su cui s'incentra l'intera disciplina, vengono pertanto introdotte una serie di eccezioni. Si può, quindi, operare su dati prescindendo dall'autorizzazione del titolare quando il trattamento sia previsto da un contratto; quando sia necessario per adempiere ad un obbligo facente capo al responsabile del trattamento stesso; o ancora quando sia essenziale per salvaguardare un interesse pubblico o vitale della persona interessata; oppure per perseguire un interesse legittimo del responsabile del trattamento o di un terzo, nel momento in cui non si incontri il limite del prevalente interesse della persona titolare dei dati ⁽⁶⁵⁾.

In realtà questa previsione ha sollevato non poche perplessità, consentendo un regime di deroghe sicuramente ampio rispetto al principio fondamentale della necessità del consenso dell'interessato ⁽⁶⁶⁾.

Categorie particolari di informazioni, concernenti diritti fondamentali della persona, indicate dall'art. 8 della dir. n. 95/46/CE, sono definite dati sensibili; essi ricalcano analoga previsione contenuta nella Convenzione di Strasburgo (108). È vietato, pertanto, il trattamento delle notizie che rivelano di una persona l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché quelle relative alla salute e alla vita sessuale.

Il divieto si arresta, però, innanzi al consenso espresso della persona interessata, salvo che la legislazione dello Stato membro preveda che questo non sia sufficiente per derogare al veto imposto. Altre ed ulteriori poi possono essere le eccezioni all'impedimento: il trattamento potrebbe, infatti, essere necessario per assolvere obblighi o diritti del responsabile del trattamento in materia di

⁽⁶⁴⁾ Cfr. art. 6, dir. 95/46/CE, il quale contiene i principi relativi alla qualità dei dati.

⁽⁶⁵⁾ I principi relativi alla legittimazione al trattamento dei dati sono contenuti nella sez. II, art. 7, dir. 95/46/CE.

⁽⁶⁶⁾ Così rileva M. SPATTI, *op. cit.*, p. 168.

lavoro; oppure il trattamento riguarda dati resi pubblici in modo manifesto dallo stesso interessato; o è reso indispensabile per salvaguardare l'interesse vitale della persona interessata ovvero di un terzo, quando il titolare dei dati sia incapace fisicamente o giuridicamente di prestare il proprio consenso.

L'articolo in esame lascia comunque un discreto margine ad ogni Stato membro di fissare ulteriori eccezioni al principio che vieta l'uso di siffatte categorie di dati. Dette deroghe aggiuntive, se adottate, devono sempre essere notificate dallo Stato membro alla Commissione.

I soggetti da cui provengono le informazioni sono anche titolari del diritto di poter accedere alla banca-dati per rettificarli ⁽⁶⁷⁾. Di conseguenza all'interessato è consentito di ottenere dal titolare del trattamento la conferma dell'esistenza o meno di operazioni su informazioni che lo riguardano, così come di avere notizie sulle finalità, sulle categorie dei dati trattati e sui destinatari a cui questi vengono comunicati.

Ancora, gli interessati possono ottenere la comunicazione intelligibile dei dati che sono oggetto di trattamento, le informazioni disponibili sulla loro origine, la conoscenza applicata nei trattamenti automatizzati. Il diritto d'accesso dovrà essere esercitabile liberamente, senza costrizioni, ad intervalli di tempo ragionevoli e senza ritardi o spese eccessive.

Connessa all'esercizio del diritto d'accesso vi è la possibilità di comunicare ai terzi destinatari dei dati l'intervenuta rettifica, cancellazione o congelamento di quest'ultimi.

I responsabili delle operazioni prima di procedere al trattamento sono chiamati alla notifica all'Autorità di controllo ⁽⁶⁸⁾. A fronte di determinate condizioni gli Stati membri possono introdurre deroghe a detto obbligo, prevedendo esemplificazioni.

Esiste, disciplinato dalla direttiva in esame, un diritto d'opposizione della persona interessata al trattamento dei propri dati per motivi preminenti e legittimi derivanti dalla sua situazione, salvo che la normativa nazionale disponga diversamente.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. art. 12, dir. 95/46/CE.

⁽⁶⁸⁾ Si veda l'art. 18, dir. 95/46/CE.

Parimenti è riconosciuta la facoltà dell'interessato di opporsi gratuitamente, e su richiesta, al trattamento dei dati personali che lo riguardano per impedire l'invio di materiale pubblicitario, così come di essere informato se i propri dati personali vengano trasmessi per la prima volta a terzi per l'invio di questo tipo di propaganda. Del diritto di opposizione alla comunicazione dei dati o all'utilizzo nel senso indicato, la persona interessata deve essere sempre informata gratuitamente ⁽⁶⁹⁾.

Le garanzie assicurate ai titolari dei dati possono essere, comunque, derogate per rispondere alla salvaguardia di interessi pubblici e privati.

La limitazione coincide, per i primi, con la tutela dell'interesse dello Stato, della difesa, della pubblica sicurezza, delle finalità di prevenzione, così come per perseguire infrazioni penali o deontologiche, rilevanti interessi economici o finanziari dello Stato membro, per effettuare compiti di controllo connessi con l'esercizio di pubblici poteri e per finalità di ricerca ⁽⁷⁰⁾.

Le limitazioni alle garanzie per la salvaguardia di interessi privati concernono, invece, la protezione della stessa persona interessata, l'esercizio del diritto d'espressione dei giornalisti o degli artisti e letterati ⁽⁷¹⁾, l'interesse preminente del responsabile del trattamento ⁽⁷²⁾.

I paesi della Comunità, poi, sono chiamati all'istituzione di Autorità di controllo indipendenti con funzioni di sorvegliare, nel territorio, l'applicazione della direttiva.

Le Autorità garanti istituite nei territori nazionali devono essere sempre consultate da parte degli Stati membri al momento dell'elaborazione di misure regolamentari o amministrative in tema di trattamento dei dati. Le Autorità garanti sono dotate di poteri investigativi e di intervento; sono soprattutto destinatarie di domande di controllo promosse da persone, o da

⁽⁶⁹⁾ Cfr. art. 14, dir. 95/46/CE.

⁽⁷⁰⁾ Queste deroghe al sistema di garanzia apprestato sono contenute sia nell'art. 13 della dir. 95/46 che nell'art. 14 della dir. 97/66/CE, la quale aggiunge all'elenco sopra riportato anche l'uso non autorizzato del sistema di telecomunicazione.

⁽⁷¹⁾ Cfr. art. 9, dir. 95/46/CE.

⁽⁷²⁾ Cfr. artt. 16 e 17, dir. 95/46; nonché *considerando* n. 15, dir. 97/66.

associazioni che le rappresentino, quando ritengano violati i propri diritti⁽⁷³⁾. Il ricorso alle Autorità è anche consentito di fronte alla violazione del diritto d'accesso e di rettifica.

Tale previsione non esclude la facoltà del singolo di rivolgersi, comunque, alle autorità giudiziarie dei rispettivi Stati per la salvaguardia dei propri diritti. L'azione in materia di tutela della persona titolare del trattamento è, infatti, sempre proponibile anche innanzi agli organi giurisdizionali ed amministrativi dei singoli Stati.

Di fronte alla violazione dei diritti derivanti dalle disposizioni della normativa comunitaria e facenti capo al soggetto titolare dei dati ad opera del responsabile del trattamento, la direttiva dispone un triplice livello di garanzie.

Come detto è prevista la possibilità di ricorrere al giudice ordinario e ciò in maniera indipendente dall'eventuale ricorso amministrativo introdotto innanzi all'autorità di controllo⁽⁷⁴⁾. Sul titolare del trattamento grava sempre l'obbligo di risarcire i danni causati dall'attività condotta in maniera illecita, salvo i casi di eventi a lui non imputabili dovuti ad errore della persona interessata o da forza maggiore⁽⁷⁵⁾. L'ultima garanzia apprestata consiste nella predisposizione di sanzioni nei confronti di chiunque non rispetti norme d'attuazione della direttiva⁽⁷⁶⁾.

È costituito a livello europeo, poi, un Gruppo di tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati, composto dai rappresentanti delle singole autorità degli Stati membri e da un rappresentante della Commissione⁽⁷⁷⁾. Il Gruppo ha funzione consultiva e compito espresso di fornire parere in ordine sia al livello di protezione dei dati in Europa, sia in merito all'attuazione della normativa comunitaria nei singoli Stati membri.

Naturalmente il riferito documento disciplina le attività di spettanza comunitaria in forza delle competenze attribuite alla Comunità dagli Stati. Per

⁽⁷³⁾ Cfr. art. 28, dir. 95/46/CE.

⁽⁷⁴⁾ Si veda art. 22, dir. 95/46/CE.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. art. 23, dir. 95/46/CE.

⁽⁷⁶⁾ Così art. 24, dir. 95/46/CE

⁽⁷⁷⁾ Cfr. art. 29, dir. 95/46/CE.

tale ragione la direttiva n. 95/46/CE esclude espressamente dalla sua applicazione i trattamenti dei dati personali effettuati nell'esercizio di attività non rientranti nel campo d'applicazione del diritto comunitario (si veda i titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea), nonché i trattamenti aventi ad oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato, compreso il benessere dello stesso qualora questi siano connessi a questioni di sicurezza e attività del paese in materia di diritto penale.

4. — *La nozione di dato personale, trattamento e trasferimento di dati verso paesi terzi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Lindqvist.*

La direttiva del 1995 doveva essere recepita negli ordinamenti nazionali entro il 1998, così successivamente a tale data sono sorte le prime questioni interpretative intorno alle sue disposizioni più rilevanti, a cominciare dall'art. 3, che ne determina il campo di applicazione. Particolare attenzione ha ricevuto l'art. 8, che vieta il trattamento di alcune categorie di dati (nel linguaggio corrente meglio noti come dati sensibili), ma anche l'art. 9, che riguarda il trattamento di dati personali e la libertà di espressione e l'art. 25, relativo ai trasferimenti di dati personali verso paesi terzi.

La Corte di Giustizia ha contribuito a delimitare e a determinare il campo di applicazione della normativa in tema di privacy. Nella nota sentenza Lindqvist⁽⁷⁸⁾ alla Corte vennero sottoposte sette questioni pregiudiziali, sollevate nell'ambito di un procedimento penale svoltosi dinanzi la Corte d'appello di una regione della Svezia, contro la signora Lindqvist. Quest'ultima, infatti, aveva pubblicato in un suo sito i dati personali di alcune persone che con lei collaboravano come volontari in una parrocchia creando dei profili di contatto ed informazioni per i parrocchiani in occasione della celebrazione della cresima. I dati dei catechisti erano stati poi messi in rete dall'amministrazione della parrocchia. Di 18 volontari erano stati inseriti anche i recapiti telefonici, di un altro che aveva qualche problema di salute perché

⁽⁷⁸⁾ Corte giust., sent. 6 novembre 2002, n. C-101/01, in *Racc.*, 2003, p. I-12971.

ferito ad un piede, di altri la situazione familiare, di tutti le loro mansioni ed i loro *hobby*. In ogni caso la signora che aveva realizzato i profili non aveva chiesto alcun consenso ai titolari dei dati e – secondo la normativa svedese – non aveva dichiarato alle autorità competenti per la tutela dei dati trasmessi per via informatica di aver realizzato dette pagine.

In patria la donna era stata condannata per aver sottoposto a trattamento automatizzato dei dati, senza aver informato l'autorità competente; trattato senza autorizzazione dati sensibili, quali la ferita al piede e il congedo per malattia; trasferito verso paesi terzi dati trattati senza autorizzazione. I fatti in Svezia costituivano reato.

La donna proponeva appello contestando che i fatti integrassero la fattispecie penale. È la Corte d'appello adita che promuove rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, chiedendo se la realizzazione personale di una *home page* e l'inserimento del nome di alcune persone, indicazioni della situazione lavorativa e di interessi costituisca o meno un trattamento di dati interamente o parzialmente automatizzato; ovvero se il trattamento possa essere invece considerato un trattamento non automatizzato di dati contenuti o destinati a figurare negli archivi ai sensi dell'art. 3, n. 1 della direttiva. Si chiedeva anche se il comportamento posto in essere potesse invece non rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva. Altro problema che si poneva era se si potesse qualificare la notizia relativa alla ferita al piede ed il congedo per malattia come dato relativo alla salute, e come tale non trattabile.

Altro quesito al quale la Corte di Giustizia era chiamata a rispondere era se una persona, che si trova in Svezia e pubblicava dati su una pagina caricata su un server in Svezia, trasferisse i dati verso paesi terzi quando questi venivano visualizzati fuori dal territorio. Altro aspetto trattato che fa della sentenza in esame un caso significativo è legato alla riflessione, formulata sotto forma di quesito nel rinvio, se la direttiva sul trattamento dei dati ponga limiti incompatibili con i principi generali in materia di libertà di espressione o con altre libertà e diritti vigenti all'interno dell'Unione europea e che trovano corrispondenza, tra l'altro, nell'art. 10 della CEDU.

Infine, con il settimo quesito di rinvio, si domanda se uno Stato membro possa, nelle circostanze indicate nelle questioni precedenti, prevedere una

tutela più ampia dei dati personali o ampliare l'ambito di applicazione della direttiva 95/46, anche ove non ricorra nessuna delle condizioni di cui all'art. 13 (intitolato "Deroghe e restrizioni") della medesima.

La Corte di giustizia, ha intanto chiarito cosa si intende per "dato personale", qualificando come tale il nome di una persona accostato al suo recapito telefonico o ad informazioni sul suo lavoro o alle sue attività nel tempo libero. La nozione di "dati personali" accolta nell'art. 3, n. 1, della direttiva 95/46 comprende, conformemente alla definizione che figura nell'art. 2, lett. *a*), di questa, «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile». Tale nozione ricomprende certamente il nome di una persona accostato al suo recapito telefonico o ad informazioni relative alla sua situazione lavorativa o ai suoi passatempi. Quanto alla nozione di "trattamento" di siffatti dati, accolta dall'art. 3, n. 1, della direttiva 95/46, essa comprende, in conformità alla definizione che figura nell'art. 2, lett. *b*), di questa, «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali». Quest'ultima disposizione indica diversi esempi di operazioni del genere, tra i quali figurano la comunicazione mediante trasmissione, la diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione di dati. Ne consegue che l'operazione consistente nel far comparire in una pagina Internet dei dati personali va considerata come un trattamento del genere⁽⁷⁹⁾.

Sulla questione poi, se un trattamento di dati personali come quello che di causa rientri o meno in una delle eccezioni previste dell'art. 3, n. 2, della direttiva 95/46.

Va ricordato come l'art. 3, n. 2, della direttiva 95/46 prevede eccezioni all'ambito di applicazione della stessa. La prima eccezione riguarda i trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea e comunque i trattamenti aventi ad oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano

⁽⁷⁹⁾ Punti, 23, 24 e 25.

connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale.

Essendo le attività della sig.ra Lindqvist sostanzialmente non economiche ma a carattere religioso e svolte a titolo di volontariato, occorre accertare se esse costituivano trattamenti di dati personali «effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario» ai sensi dell'art. 3, n. 2, della direttiva 95/46. Per quanto riguarda l'eccezione di cui all'art. 3, n. 2, secondo trattino, della direttiva 95/46, il dodicesimo considerando relativo all'eccezione in esame, menziona a titolo di esempio di il trattamento di dati effettuato da una persona fisica nell'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi. Tale eccezione deve quindi interpretarsi nel senso che comprende unicamente le attività che si inseriscano nell'ambito della vita privata o familiare dei singoli, il che manifestamente non avviene nel caso del trattamento di dati personali consistente nella loro pubblicazione su Internet di modo da rendere tali dati accessibili ad un numero indefinito di persone. Per cui la Corte ha concluso affermando come un trattamento di dati personali quale oggetto di causa non rientrava in alcuna delle eccezioni che figurano nell'art. 3, n. 2, della direttiva 95/46⁽⁸⁰⁾.

Chiarisce poi la sentenza che la nozione di dato sulla salute è nozione ampia che comprende ogni informazione riguardante tanto i dati sulla salute fisica che psichica di una persona, quindi anche l'indicazione del fatto che una persona si è ferita ad un piede e che si trova in congedo parziale per malattia.

Specificatamente, poi, si pone il problema della configurabilità nel caso di specie di un «trasferimento di dati personali verso paesi terzi».

La allora Comunità, nella consapevolezza che «lo sviluppo degli scambi internazionali comporta necessariamente il trasferimento oltre frontiera di dati personali»⁽⁸¹⁾, ha predisposto una normativa specifica connessa al «trasferimento di dati personali verso paesi terzi».

⁽⁸⁰⁾ Punti 46, 37 e 48.

⁽⁸¹⁾ Cfr. *considerando* n. 56, dir. n. 95/46/CE.

La mancanza di una previsione normativa che non trattasse l'aspetto del flusso dei dati verso paesi terzi avrebbe finito, infatti, per vanificare anche gli effetti del sistema in materia di privacy presente all'interno dell'area geografica europea.

«I sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell'uomo» pertanto «essi, indipendentemente dalla nazionalità o dalla residenza delle persone fisiche, debbono rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle stesse»⁽⁸²⁾. Per tale ragione, la Comunità permette il trasferimento dei dati personali solo nei confronti di paesi terzi che garantiscano un livello adeguato di protezione. Rimane vietata, quindi, la circolazione di flussi di dati personali nei confronti di Stati non in grado di offrire idoneo livello di tutela.

La direttiva n. 95/46/CE impone di valutare il livello di adeguatezza della protezione apprestata da parte del paese terzo destinatario del flusso di informazioni, ed individua i criteri attraverso i quali compiere detta comparazione. L'esistenza di un sufficiente livello di protezione andrà misurato «con riguardo a tutte le circostanze relative ad un trasferimento o ad una categoria di trasferimenti di dati»⁽⁸³⁾. Saranno, quindi, indici di valutazione «la natura (...) [delle informazioni], le finalità del o dei trattamenti previsti, il paese di origine e il paese di destinazione finale, le norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel paese terzo di cui trattasi, nonché le regole professionali e le misure di sicurezza ivi osservate»⁽⁸⁴⁾.

L'art. 25 della direttiva 95/46, però non contiene alcuna disposizione riguardante l'uso di Internet, ma, come ricorda proprio la sentenza in esame, le informazioni che si trovano in una pagina posta in rete possono essere consultate da un numero infinito di persone che si trovano in luoghi diversi del pianeta ed in qualsiasi momento della giornata⁽⁸⁵⁾.

Per comprendere la posizione della Corte va ricordato, però, che l'inseri-

⁽⁸²⁾ Si veda *considerando* n. 2, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁸³⁾ Cfr. art. 25, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁸⁴⁾ Sempre art. 25, § 2, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁸⁵⁾ «Il carattere ubiquitario di tali informazioni risulta in particolare dal fatto che i mezzi tecnici usati nell'ambito di internet sono relativamente semplici e sempre meno costosi», prosegue la Corte.

mento di una pagina internet richiede la mediazione di un *web hosting provider* ossia di fornitore di servizi di ospitalità, il quale fornisce l'infrastruttura informatica necessaria che permette il caricamento di tali dati e la connessione del server che ospita il sito. Per la Corte questo significa che, mentre le postazioni degli utenti sono situati anche in paesi diversi da quello del luogo in cui ha sede il suddetto fornitore, i dati che giungono al computer di una persona che si trova in un paese terzo, non sono trasferiti direttamente dalla persona che li ha caricati sul sito, nel caso in esame la sig.ra Lindqvist, ma invece sono trasferiti dal *web hosting provider*.

Nel caso sottoposto alla Corte si chiedeva la compatibilità del comportamento della sig.ra Lindqvist con la norma europea si trasferimento dei dati verso pesi terzi e non invece la correttezza delle operazione in questo senso effettuate dal fornitore dei servizi di ospitalità del sito.

Questa considerazione porta la Corte a concludere che «non si configura un trasferimento verso un paese terzo di dati ai sensi dell'art. 25 della direttiva 95/46 allorché una persona che si trovi in uno Stato membro inserisce in una pagina Internet – caricata presso una persona fisica o giuridica che ospita (*web hosting*) il sito Internet nel quale la pagina può essere consultata e che è stabilita nello Stato stesso o in un altro Stato membro – dati personali, rendendoli così accessibili a chiunque si colleghi ad Internet, compresi coloro che si trovano in paesi terzi». Qualora, infatti, si desse una diversa interpretazione del menzionato art. 25, ogni volta che vengono caricati dati personali su una pagina Internet saremmo in presenza di un trasferimento verso tutti i paesi terzi in cui esistono mezzi tecnici per accedervi.

Rimane, invece, compito dei giudici nazionali incaricati di applicare la normativa interna che traspone la direttiva 95/46 e di garantire il giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi in gioco, ivi compresi i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico UE. La normativa sul trattamento dei dati personali in se non pone, infatti, una restrizione incompatibile con il principio generale di libertà di espressione, o con altri diritti e libertà vigenti all'interno dell'Unione europea e che trovano corrispondenza, tra l'altro, nell'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

Già la stessa sentenza introduceva il problema di un'armonizzazione effettiva della normativa interna relativa al trattamento dei dati all'interno del sistema comunitario, ricordando come l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno possono essere gravemente perturbati dal divario esistente tra i regimi nazionali applicabili al trattamento dei dati personali⁽⁸⁶⁾. L'armonizzazione dei regimi nazionali deve avere come obiettivo non solo la libera circolazione di tali dati tra Stati membri, ma anche la salvaguardia dei diritti fondamentali dalla persona. Tali obiettivi possono evidentemente essere configgenti. La necessità di un adeguamento costante della normativa e l'esistenza di un trattamento uniforme delle situazioni già nei primi anni del 2000 si mostrava evidente⁽⁸⁷⁾.

5. — *Protezione dei dati personali nel mercato virtuale unico europeo.*

L'Agenda digitale europea rintraccia innegabili vantaggi socioeconomici dalla realizzazione di un mercato digitale unico realizzato attraverso su internet veloce, e si propone di sfruttare al meglio il potenziale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) per favorire l'innovazione, la crescita economica e il progresso. Nella realizzazione del mercato interno l'UE – consapevole dei vantaggi di mercato unico digitale per condurre l'Europa verso una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva – si preoccupa di realizzare misure relative alla sicurezza delle reti, dell'informazione e per la lotta contro gli attacchi informatici e gli abusi che la rete può nascondere. Nella realizzazione di questa finalità l'Europa ha inteso rafforzare la sua

⁽⁸⁶⁾ Considerando n. 7, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁸⁷⁾ La questione viene, dunque, risolta nel senso che le misure adottate dagli stati membri devono essere conformi tanto alle disposizioni della direttiva quanto al suo obiettivo, nelle parole della Corte, «consistente nel mantenere un equilibrio tra la libera circolazione dei dati personali e la tutela della vita privata. Per contro, nulla impedisce che uno stato membro estenda la portata della normativa nazionale di attuazione della direttiva 95/46 a settori non compresi nell'ambito di applicazione di quest'ultima, purché non vi osti alcun'altra disposizione del diritto comunitario».

politica per contrastare la criminalità informatica, la pornografia infantile *on line* e il non rispetto della riservatezza e dei dati personali.

Ed invero nel documento della Commissione “Un mercato digitale unico e dinamico”⁽⁸⁸⁾ si ricorda come le transazioni nell’ambiente digitale siano ancora complesse e le norme sono applicate nei vari Stati membri in modo disomogeneo, nonostante l’esistenza a livello europeo di un sistema di leggi e provvedimenti che regolano il mercato interno in tema di commercio elettronico, fatturazione elettronica e firma elettronica. Tale sistema lascia sia i consumatori sia le imprese nell’incertezza dei propri diritti e della tutela giuridica nello svolgimento delle loro attività commerciali *on line*.

Si è ritenuto pertanto opportuno, al fine di rafforzare la fiducia dei cittadini nel mercato digitale e rendere l’Europa più competitiva nel mercato digitale globale, anche iniziare una azione di revisione generale del quadro normativo in materia di protezione dei dati rendendo maggiormente compatibile l’esistenza normativa con le peculiari esigenze.

Gli stessi utenti, infatti, creano e immettono dati, ed invero è noto come il solo uso del proprio navigatore in auto o cellulare connesso ad Internet lasci tracce utilizzabili da soggetti diversi rispetto ai titolari. Con l’aumento delle tecnologie ed il potenziamento degli strumenti per l’utilizzo della rete aumenta la possibilità di disperdere nella rete propri dati, così come si incrementa la possibilità di raccogliere informazioni senza consenso. Si pensi in questo al noto sistema dei *cookies*⁽⁸⁹⁾ piccoli file informatici che identificano l’utente che accede a un sito web, conservando la continuità tra le visite; essi consentono di riconoscere l’utente e quindi di monitorare la sua navigazione. Sono riconosciuti come forme di aggressione alla privacy insieme alla cosiddetta profilazione individuale (*profiling*). Quest’ultima è una tecnica che permette – attraverso il monitoraggio di siti diversi, del tempo e della durata di visita, l’archiviazione delle parole chiave richieste ai motori di ricerca, dei click sugli avvisi pubblicitari sotto forma di *banner*, oltre che degli acquisti in

⁽⁸⁸⁾ COM (2010) 245 def.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *The Internet and Privacy Legislation: Cookies for a Treat?*, (1997) *Virginia Journal of Law and Technology* 1.1.

rete con carte di credito – la raccolta in apposite banche dati di informazioni su preferenze ed interessi delle persone⁽⁹⁰⁾.

Oramai dalle raccolte di dati conservate e lavorate nelle diverse banche dati «si hanno rappresentazioni della persona perfettamente funzionali alle finalità di ciascuna raccolta, ma che possono dare un'immagine profondamente distorta della persona se, ad esempio questa viene unicamente presentata per le sue propensioni al consumo»⁽⁹¹⁾.

Internet è poi un luogo per sua natura aperto, dove si può accedere in ogni momento e da qualsiasi posto, dove i dati eventualmente inseriti da un utente (curriculum, foto anche propri magari con i propri figli minori etc.) possono essere rintracciati tramite una semplice *query* ad un motore di ricerca e poi utilizzati anche per fini totalmente diversi ed estranei alle intenzioni di coloro che li hanno anche volontariamente inseriti.

La natura aperta e la dimensione realmente globale del sistema di rete rende talvolta assolutamente non efficaci i sistemi di protezione approntati a livello nazionale. I sistemi sono infatti spesso disomogenei tra loro e do dati transitano di continuo in siti di diversa nazionalità.

Già nel 2002 la prima direttiva 95/46/CE (v. § 2) è stata affiancata la dir. 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, a sua volta modificata dalla 2006/24/CE sulla conservazione dei dati generati e trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

Nel 2009, modificando ancora le precedenti, esce la direttiva 2009/136/CE denominata *Cookie Law*⁽⁹²⁾, che prevede, tra l'altro, il consenso esplicito

⁽⁹⁰⁾ Cfr. U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano 2008, spec. pp. 32 e 212.

⁽⁹¹⁾ S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4/1997, fascicolo interamente dedicato al trattamento dei dati personali a seguito dell'introduzione della legge n. 675/1996. Vedi G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, 2008, p. 13 ss.

⁽⁹²⁾ Contenuta all'art. 2, 5), che modifica l'art. 5 della direttiva 2002/58 nel seguente modo: articolo 5, il paragrafo 3 è sostituito dal seguente: «3. Gli Stati membri assicurano che l'archiviazione di informazioni oppure l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a

da parte degli utenti per l'installazione di *cookies* sui loro computer. Si deve ricordare, però, come la direttiva dovesse essere attuata entro il 25 maggio 2011 e che ad oggi la maggior parte degli stati europei, compresa l'Italia, non hanno provveduto. Il problema è sicuramente riconducibile alle numerose proteste delle aziende operatrici del settore informatico, preoccupate dalla richiesta di volta in volta del consenso connesso, nella percezione dell'utente, all'aumento della diffidenza verso questo sistema⁽⁹³⁾. La Commissione europea, in ogni caso, non si è ancora fermata sulla strada di una maggiore tutela degli utenti e dei loro dati in rete, e proprio in questi mesi ha lanciato l'iniziativa per una riforma globale e complessiva del sistema normativo di protezione dei dati in rete.

La Commissione registra, infatti, come in realtà i 27 Stati membri abbiano attuato la normativa del 1995 in maniera divergente rendendo meno efficace la sua stessa applicazione.

Viviane Reding, Vicepresidente e Commissaria UE per la Giustizia, nel comunicato stampa con cui è stata presentata questa proposta ha sottolineato come la protezione dei dati personali sia un diritto fondamentale di tutti gli europei, «eppure non sempre i cittadini sentono di avere il pieno controllo dei propri dati. (...) Con un quadro giuridico saldo, chiaro e uniforme a livello dell'Unione si potrà sprigionare tutto il potenziale del mercato unico digitale e saranno stimulate la crescita economica, l'innovazione e la creazione di posti di lavoro».

Il pacchetto di riforma contiene una comunicazione strategica, in cui la

condizione che l'abbonato o l'utente in questione abbia espresso preliminarmente il proprio consenso, dopo essere stato informato in modo chiaro e completo, a norma della direttiva 95/46/CE, tra l'altro sugli scopi del trattamento. Ciò non vieta l'eventuale archiviazione tecnica o l'accesso al solo fine di effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dall'abbonato o dall'utente a erogare tale servizio».

⁽⁹³⁾ Sui quali si rinvia all'opinione espressa al riguardo dal Gruppo di lavoro di cui all'art. 29 della direttiva 1995/46/CE, *Opinion 2/2010 on Online Behavioural Advertising*, WP 171, at 9 (22/6/2010), reperibile sul sito www.ec.europa.eu. Cfr. altresì P. LANOIS, *Caught in the Clouds: The Web 2.0, Cloud Computing, and Privacy?*, in 9 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 29 2010-2011.

Commissione determina gli obiettivi principali, un regolamento che istituisce un quadro generale dell'Unione per la protezione dei dati e una direttiva sulla protezione delle persone fisiche relativamente al trattamento dei dati a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento dei reati e nell'ambito di attività giudiziarie⁽⁹⁴⁾. L'iniziativa dovrebbe contribuire a rafforzare la fiducia dei consumatori nei servizi on line.

Va detto che queste auspicabili novità, tuttavia, devono essere ora discusse dal Parlamento europeo e dagli Stati membri dell'Unione (riuniti in sede di Consiglio dei Ministri) e, una volta adottate, non entreranno in vigore prima di due anni.

⁽⁹⁴⁾ I principali cambiamenti introdotti dalla riforma sono: *a*) un corpus unico di norme di protezione dei dati valido per tutta l'Unione, così saranno aboliti gli oneri amministrativi inutili, come le prescrizioni in materia di comunicazione a carico delle imprese (di qui il risparmio di cui si diceva sopra); *b*) invece dell'attuale obbligo di notificare tutti i trattamenti alle autorità di protezione dei dati (inutilmente burocratico e che costa alle imprese 130 milioni di euro l'anno), il regolamento prevede maggiore responsabilità e un obbligo di rendicontazione per chi tratta i dati; *c*) imprese e organizzazioni dovranno comunicare quanto prima (possibilmente entro 24 ore) alle autorità nazionali di controllo i casi di grave violazione dei dati; *d*) le organizzazioni avranno a che fare con un'unica autorità nazionale di protezione dei dati nel paese dell'Unione in cui hanno il proprio stabilimento principale, analogamente, sarà possibile rivolgersi all'autorità di protezione dei dati del proprio paese, anche se i dati sono trattati da un'impresa con sede fuori dell'Unione e ogniqualvolta sarà necessario il consenso per trattare i dati, occorrerà chiederlo esplicitamente: il consenso non può essere presunto; *e*) sarà più facile accedere ai propri dati personali e sarà agevolato anche il trasferimento dei dati da un fornitore di servizi a un altro (diritto alla portabilità dei dati), il che comporterà un miglioramento della concorrenza tra i servizi; *f*) il diritto all'oblio permetterà di gestire meglio i rischi connessi alla protezione dei dati on line: chiunque potrà cancellare i propri dati se non sussistono motivi legittimi per mantenerli; *g*) le norme UE si applicheranno anche ai dati personali trattati all'estero da imprese che sono attive sul mercato unico e offrono servizi ai cittadini dell'Unione; *h*) le autorità nazionali indipendenti di protezione dei dati avranno maggiori poteri in modo da applicare meglio le norme UE nei rispettivi paesi (potranno ad esempio comminare, alle imprese che violano il diritto dell'Unione, sanzioni pecuniarie); *i*) la nuova direttiva applicherà i principi generali e le norme di protezione dei dati alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, le sue disposizioni disciplineranno i trasferimenti di dati sia nazionali che transfrontalieri.

6. — *Il codice della Privacy italiano.*

La prima organica disciplina italiana in materia di tutela della privacy, rispetto al trattamento dei dati personali, è offerta dalla l. 31 dicembre 1996, n. 675⁽⁹⁵⁾.

Successivamente, il primo gennaio del 2004 è entrato in vigore il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 – il c.d. codice della privacy – che ha completato l'impianto normativo delineato dalla legge del 1996, allineandolo maggiormente alla disciplina comunitaria che lo ha ispirato, nonché apportandovi le correzioni desunte dall'esperienza della sua stessa applicazione.

Il codice⁽⁹⁶⁾ compie un'opera di razionalizzazione della normativa italiana in tema di protezione dei dati personali⁽⁹⁷⁾. Ad esso, comunque, non si è attribuita una funzione meramente ricognitiva. Attraverso il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 si è provveduto all'introduzione di disposizioni normative di coordinamento e con carattere innovativo, sì da far qualificare detto intervento quale nuova fonte giuridica in materia⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁵⁾ La l. 31 dicembre 1996, n. 675, *Tutela delle persone e degli altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*, è stata abrogata dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, in G.U. del 29 luglio 2003, modificato con d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito in l. 26 febbraio 2004, n. 45, *Conversione in legge del d.l. 24 dicembre 2003 n. 354*, recante *Disposizioni urgenti per il funzionamento dei tribunali delle acque, nonché interventi per l'amministrazione di giustizia*, in G.U. 27 febbraio 2004, n. 48. Per una lettura non benevola sulla l. n. 675/1996, in quanto considerata non capace di tradurre lo spirito della direttiva n. 95/46/CE, G. CAPECCHI, *I nuovi profili di responsabilità penale e civile alla luce della disciplina italiana in materia di trattamento dei dati personali*, in U. DRAETTA e N. PARISI (a cura di), *Trasparenza, riservatezza, impresa*, Torino, 2001, p. 151 ss.

⁽⁹⁶⁾ Si veda sulla opportunità di qualificare il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 come "codice", S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, in *Europa dir. priv.*, n. 1, 2004, p. 1.

⁽⁹⁷⁾ Il d.lgs. n. 196/2003 compendia, infatti, la legge fondativa in materia di protezione dei dati personali n. 675/1996, nonché ben dieci decreti legislativi succedutesi nel tempo e recanti disposizioni integrative e/o correttive dell'indicata legge, varie disposizioni a riguardo sparse nel sistema normativo italiano, tenendo conto altresì anche dei risultati raggiunti dal Garante per la protezione dei dati negli anni di attività di quest'ultimo.

⁽⁹⁸⁾ Afferma S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, cit., p. 2, che il Codice in materia di privacy «tiene ampiamente conto anche del

La disciplina novellata attraverso il codice «va decisamente oltre alla tutela della riservatezza (comunque la si voglia definire), poiché si riferisce a dati personali relativi anche a comportamenti in luoghi pubblici od aperti al pubblico (ad es. si pensi a larga parte della video-sorveglianza) o a dati personali comunque spesso già conferiti o raccolti, rispetto ai quali si opera per ridurre la circolazione o la diffusione non voluta dall'interessato o estranea al vincolo in base al quale il dato è stato conferito (la raccolta di molti dati, specie sul versante pubblico, è infatti obbligatoria o comunque è voluta dall'interessato per conseguire servizi o prestazioni da parte di soggetti pubblici o privati)»⁽⁹⁹⁾.

Alla luce del processo normativo che ha attraversato l'Unione europea e la comunità internazionale, il *nuovo diritto alla privacy* emerge come fattispecie complessa anche all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Il diritto alla riservatezza, quello all'identità personale, così come il diritto alla protezione dei dati personali, ne sono singole componenti costituzionalmente garantite⁽¹⁰⁰⁾.

lavoro svolto nei sei anni precedenti dal Garante per la protezione dei dati personali in sede di applicazione della prima legge italiana in materia (legge 31-12-1996, n. 675). Rappresenta il primo tentativo su scala internazionale, di riordino generale di una materia complessa e, soprattutto, straordinariamente mobile».

⁽⁹⁹⁾ Così U. DE SIERVO, *La tutela dei dati personali e riservatezza*, in *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 2003, p. 152.

⁽¹⁰⁰⁾ Si veda E. VARANI, *op. cit.*, p. 1773, la quale compie un percorso ricostruttivo sulle diverse disposizioni di diritto interno al fine di vagliare se è riconoscibile alla protezione dei dati personali lo *status* di nuovo diritto di rango e valore costituzionale. Più sono le ipotesi prospettabili, secondo l'Autrice: «in senso negativo, potrebbe invero argomentarsi che l'inclusione tra i diritti inviolabili dell'uomo proclamata dalla Corte costituzionale è riferita al diritto alla riservatezza concepito come diritto al riserbo sulle vicende personali prive di rilevanza sociale, mentre analoghe conferme non si hanno per il 'diritto alla protezione dei dati a carattere personale'; laddove la considerazione di quest'ultimo, in quanto enunciato in sede comunitaria e internazionale, come 'diritto enunciato in sede comunitaria ed internazionale', appare a prima vista francamente eccessiva, o comunque, da sottoporre ad attenta verifica. Dall'altro, e nella direzione opposta, potrebbe viceversa deporre la possibilità di interpretare in senso evolutivo le norme costituzionali sì da giungere per questa via a ritenere che il diritto alla riservatezza vada inteso a seguito dei più recenti sviluppi tecnologici, come diritto alla *privacy*, comprensivo del profilo della protezione dei dati di ca-

Strutturalmente⁽¹⁰¹⁾ il codice della *privacy* è articolato in tre parti, di cui la prima dedicata alle disposizioni di carattere generale, applicabili indistintamente a tutti i tipi di trattamento salvo speciali deroghe. Una seconda parte prevede disposizioni particolari per trattamenti specifici; introduce cioè distinta normativa relativamente al trattamento dei dati che avviene in ambito giudiziario, da parte delle forze di polizia, nel settore della difesa e sicurezza dello Stato, nel campo pubblico o sanitario, in materia di istruzione, o per scopi storici, statistici o scientifici; in ambito di lavoro e previdenza sociale, in ambiente bancario, finanziario ed assicurativo, nel campo delle comunicazioni elettroniche, libere professioni e investigazioni private, nel settore del giornalismo, espressione letteraria ed artistica.

Un'ultima articolazione del decreto legislativo in esame è dedicata alla tutela apprestata all'interessato ed al conseguente sistema sanzionatorio.

L'art. 1 del Codice riproduce sostanzialmente l'art. 8 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea: «Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano». Il riferimento quasi letterale alla Carta sembra avere l'effetto di voler mutuare della stessa i medesimi canoni interpretativi.

La Carta è espressione, come ricordato, di importanti diritti affermatesi, così come rafforzatosi, «alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici»⁽¹⁰²⁾ – si pensi al contenuto

rattere personale. Ancora e nella prospettiva, diversa dalla precedente, della alterità delle due predette situazioni giuridiche soggettive (...) nella direzione dell'elevazione del 'diritto alla protezione dei dati di carattere personale' a nuovo diritto di rango costituzionale, a fianco al diritto alla riservatezza, sia pure a reciproco completamento nell'ambito della nozione di *privacy*, possono trarsi dall'analisi delle caratteristiche essenziali delle fonti comunitarie da cui la fattispecie nasce, e dagli effetti da esse spiegate sul riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali di un uomo. (...).

⁽¹⁰¹⁾ Afferma F. BASILICA, *op. cit.*, p. 698: «la tecnica legislativa utilizzata è quella delle c.d. leggi dizionario, mutate dall'esperienza anglosassone ed acquisita anche nelle direttive comunitarie, caratterizzate, nell'ottica della semplificazione, da un dettagliato sistema di definizioni (art. 4) volto a garantire a qualunque cittadino l'immediata comprensione dei precetti normativi».

⁽¹⁰²⁾ Così il *Preambolo* alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

dell'art. 3 della Carta in tema di bioetica. «Il suo trasferimento nel sistema italiano produce una chiarissima innovazione legislativa, che rende non più proponibili le interpretazioni riduttive del significato e della portata della protezione dei dati personali avanzate, sia pure con argomenti sostanzialmente deboli, con riferimento alla legge n. 675/1996»⁽¹⁰³⁾.

Il rimando espresso a suddetta matrice comunitaria, attraverso l'art. 1 e l'art. 2 del Codice, introduce esplicitamente il diritto alla protezione dei dati nella dimensione unitaria dei diritti fondamentali: «il (...) testo unico, (...) garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali»⁽¹⁰⁴⁾.

In forza della qualificazione compiuta dalla nuova legge l'oggetto della garanzia è il trattamento dei dati. Il diritto alla protezione dei dati individua, allora, una delle dimensioni della personalità: «il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali si configura come una precondizione per il pieno godimento di altri diritti fondamentali; e, dall'altra, impone una ricostruzione dei singoli diritti fondamentali nel nuovo contesto sociale disegnato dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione»⁽¹⁰⁵⁾.

L'art. 3 del codice sancisce, poi, un principio di necessità nel trattamento dei dati, per ridurre al minimo l'utilizzo di informazioni personali ed identificative. Quando, cioè, le finalità perseguite dalla raccolta possono essere altrimenti realizzate mediante dati anonimi o sistemi che permettano l'identificazione dell'interessato solo in caso di necessità, allora il trattamento deve essere escluso, o comunque ridotto al minimo.

⁽¹⁰³⁾ Testualmente ancora S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, cit., p. 3.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. art. 2, 1° comma, Codice della privacy.

⁽¹⁰⁵⁾ Ancora S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*, cit., p. 4, il quale ricorda che: «per esemplificare, la logica della precondizione era già ben visibile, ad esempio, nell'art. 8 dello Statuto dei lavoratori (legge 20-5-1970, n. 300), dove il divieto per il datore di lavoro di raccogliere informazioni sulle opinioni politiche, religiose e sindacali del lavoratore non è finalizzato alla tutela della sua riservatezza, ma al rispetto del principio di eguaglianza ed alla effettività dei diritti di libertà dei lavoratori.

Il principio di necessità integra e completa quello di pertinenza e non eccedenza di cui all'art. 11 ⁽¹⁰⁶⁾. I dati personali devono, quindi, essere trattati in modo lecito e secondo correttezza. Devono essere, poi, sempre raccolti e registrati per scopi legittimi, espliciti, determinati ed utilizzati compatibilmente con le finalità indicate.

Il mancato rispetto di dette formalità ha come conseguenza l'inutilizzabilità. Ai dati non trattati regolarmente si toglie quindi «ogni possibilità di produrre effetti giuridici» ⁽¹⁰⁷⁾.

La definizione di trattamento, così come di ogni altra espressione rilevante per l'applicazione del codice, è contenuta nell'art. 4.

La stessa Corte di Cassazione ha tracciato, comunque, l'ampiezza del significato di trattamento affermando che consta nell'attività attraverso la quale si compiono operazioni su dati per cui dal «loro accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzione, rapporto od incrocio, (...) [possono ricavarsi] ulteriori informazioni e quindi, un ' valore aggiunto informativo ', non estraibile dai soli dati isolatamente considerati, potenzialmente lesivo della dignità dell'interessato (ai sensi degli artt. 3, primo comma, prima parte, e 3 della Costituzione), valore sommo a cui è ispirata la legislazione sul trattamento dei dati personali» ⁽¹⁰⁸⁾.

L'art. 5 specifica, poi, che il codice disciplina il trattamento delle informazioni sulla persona anche detenute all'estero ed «effettuato da chiunque è stabilito nel territorio dello Stato o in luogo comunque soggetto alla [sua] sovranità (...)», così come il «trattamento di dati personali effettuato da chiunque è stabilito nel territorio di un paese non appartenente all'Unione europea, (...) [ma che] impiega, per il trattamento, strumenti situati nel territorio dello Stato anche diversi da quelli elettronici, salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dell'Unione europea».

Il trattamento di informazioni da parte di una persona fisica per scopi

⁽¹⁰⁶⁾ Detto principio era già stato introdotto dalla l. n. 675/96.

⁽¹⁰⁷⁾ Sul punto così si esprime G. SANTANIELLO, *Le nuove garanzie nell'era del diritto alla protezione dei dati personali* (2004), in *www.garanteprivacy.it*.

⁽¹⁰⁸⁾ Così Cass., 25 giugno 2004, n. 11864, in *Dir. e giust.*, 36/2004, p. 44.

esclusivamente personali non è sottoposto alla disciplina del codice, fuorché i dati non siano destinati ad una comunicazione sistematica ed alla diffusione. In ogni caso anche ai soggetti, persone fisiche, sottratti dall'applicazione del codice si applicano le norme ivi previste in tema di responsabilità e sicurezza.

Come già la legge n. 675/96 anche l'attuale normativa prevede codici di deontologia e di buona condotta⁽¹⁰⁹⁾.

Al Garante della Privacy viene attribuito il potere di promuovere, all'interno di categorie d'interesse, l'adozione e la sottoscrizione di codici deontologici e di buona condotta. Detta previsione è stata letta come capace di rispondere dinamicamente all'esigenza di adattare con rapidità una disciplina di settore ai cambiamenti tecnologici che possono investire la materia. Il codice deontologico è per sua stessa natura strumento flessibile, come tale in grado di dotarsi progressivamente di idonea regolamentazione: dinamica costruzione a rete di norme che si contrappone a quella verticistica o a piramide della produzione tradizionale⁽¹¹⁰⁾.

L'attuale legge regola in maniera più dettagliata di quanto facesse la normativa previgente il trattamento dei dati personali da parte dei soggetti pubblici.

Nel trattamento dei dati il soggetto pubblico osserva i presupposti ed i limiti stabiliti dal codice e – ad esclusione degli esercenti le attività sanitarie e gli organismi sanitari pubblici – i soggetti pubblici non devono richiedere il consenso dell'interessato⁽¹¹¹⁾. I soggetti pubblici sono così autorizzati a trattare tutti i dati funzionali allo svolgimento delle proprie attività istituzionali, ivi compresi, dunque i dati sensibili, pur in stretta aderenza al principio di necessità e di pertinenza.

In base alla disciplina contenuta negli artt. 20 e 22 della normativa, comunque, il trattamento di tali dati da parte dei soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da apposita previsione di legge, con cui si identifichino gli specifici dati che possono essere trattati, i tipi di operazioni che su di essi

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. art. 12, d.lgs. n. 196/2003.

⁽¹¹⁰⁾ Si esprime in questi termini a riguardo ancora G. SANTANIELLO, *Le nuove garanzie nell'era del diritto alla protezione dei dati personali*, cit.

⁽¹¹¹⁾ Così art. 18, d.lgs. n. 196/2003.

possono essere eseguiti, le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite. Quest'ultime sono dal decreto legislativo in esame tipicizzate⁽¹¹²⁾, così come dettagliate sono le condizioni e i limiti in cui può compiersi il trattamento dei dati sensibili. Si considerano rilevanti finalità di interesse pubblico, la tutela alla salute, i rapporti con gli enti di culto, l'applicazione della disciplina in materia di elettorato e di diritti politici, la concessione di benefici economici, l'attività di istruzione e formazione, la gestione dei rapporti di lavoro.

Alla presenza di eventuali lacune legislative ed in mancanza di una legge che autorizzi il trattamento, è attribuita la possibilità al soggetto pubblico interessato di avanzare richiesta al Garante di individuare attività per cui il trattamento dei dati sensibili possa considerarsi autorizzato.

Come anticipato la terza parte del codice è dedicata alle azioni esperibili dal privato per la tutela dei propri diritti.

Il sistema ricalca il precedente predisposto dalla l. 675/96 con la previsione di una sostanziale alternatività dell'azione diretta alla pretesa violazione dei diritti di accesso ai dati, così come di cancellazione, blocco, rettifica e integrazione. Tutela da promuovere davanti al Garante⁽¹¹³⁾ ed innanzi al Giudice ordinario⁽¹¹⁴⁾; naturalmente è disposta l'impossibilità di introdurre, di fronte a quest'ultimo, la stessa azione eventualmente già pendente davanti al Garante e viceversa⁽¹¹⁵⁾, correggendo così una non spiegata disparità pre-

⁽¹¹²⁾ Si vedano gli artt. 64 ss., d.lgs. n. 196/2003.

⁽¹¹³⁾ Cfr. art. 141 ss. d.lgs. n. 196/2003: (Forme di tutela) «1. L'interessato può rivolgersi al Garante: a) mediante reclamo circostanziato nei modi previsti dall'articolo 142, per rappresentare una violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento di dati personali; b) mediante segnalazione, se non è possibile presentare un reclamo circostanziato ai sensi della lettera a), al fine di sollecitare un controllo da parte del Garante sulla disciplina medesima; c) mediante ricorso, se intende far valere gli specifici diritti di cui all'articolo 7 secondo le modalità e per conseguire gli effetti previsti nella sezione III del presente capo».

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. art. 152 (Autorità giudiziaria ordinaria) «1. Tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria».

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. art. 145 (Ricorsi): «1. I diritti di cui all'articolo 7 possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante. 2. Il ricorso al Garante non può essere proposto se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità»

vista dalla precedente normativa che prevedeva solo l'improponibilità dell'azione al Garante se la questione già pendeva innanzi al giudice ordinario.

7. — *La responsabilità extracontrattuale nel codice della Privacy.*

Già con la c.d. legge sulla privacy, ovvero la legge 31 dicembre 1996, n. 675 si era introdotto nell'ordinamento giuridico italiano il riconoscimento esplicito del diritto al risarcimento del danno, patrimoniale e no, per violazione sulla normativa relativa al trattamento dei dati personali. La legge in questione, invero, aveva colmato una lacuna caratterizzante l'ordinamento giuridico italiano colmata solo attraverso la giurisprudenza. È del 1975, infatti, la prima pronuncia della Corte di Cassazione⁽¹¹⁶⁾ nella quale avviene

giudiziaria. 3. La presentazione del ricorso al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto». Prevede, infatti, l'art. 7 (Diritto di accesso ai dati personali ed altri diritti) 1. L'interessato ha diritto di ottenere la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano, anche se non ancora registrati, e la loro comunicazione in forma intelligibile. 2. L'interessato ha diritto di ottenere l'indicazione: a) dell'origine dei dati personali; b) delle finalità e modalità del trattamento; c) della logica applicata in caso di trattamento effettuato con l'ausilio di strumenti elettronici; d) degli estremi identificativi del titolare, dei responsabili e del rappresentante designato ai sensi dell'articolo 5, comma 2; e) dei soggetti o delle categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di rappresentante designato nel territorio dello Stato, di responsabili o incaricati. 3. L'interessato ha diritto di ottenere: a) l'aggiornamento, la rettificazione ovvero, quando vi ha interesse, l'integrazione dei dati; b) la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati; c) l'attestazione che le operazioni di cui alle lettere a) e b) sono state portate a conoscenza, anche per quanto riguarda il loro contenuto, di coloro ai quali i dati sono stati comunicati o diffusi, eccettuato il caso in cui tale adempimento si rivela impossibile o comporta un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato rispetto al diritto tutelato. 4. L'interessato ha diritto di opporsi, in tutto o in parte: a) per motivi legittimi al trattamento dei dati personali che lo riguardano, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta; b) al trattamento di dati personali che lo riguardano a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

⁽¹¹⁶⁾ Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2895. Il caso era il c.d. «caso

questo riconoscimento. Già la legge del 1996 prevedeva che la tutela del riconosciuto diritto alla protezione dei dati fosse garantito altresì dalla sua risarcibilità sotto forma di danno patrimoniale (art. 18, l. n. 675/1996) e non patrimoniale (art. 29, 9° comma, l. n. 675/1996).

Nell'attuale codice sulla privacy queste norme sono state trasfuse nell'art. 15, 1° comma, per cui «chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile». Il riferimento all'art. 2050 c.c. qualifica il trattamento dei dati personali attività pericolosa «per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati», dove è esclusa la responsabilità solamente se si prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, ponendo quindi a carico dell'autore una presunzione di colpa. Ovvero chi presuppone la lesione dei propri diritti non è chiamato a provare la colpa del titolare del trattamento.

La norma pone alcuni problemi interpretativi. Come già con riferimento all'art. 18, l. n. 675/96, questi problemi sono legati alla qualificazione automatica o meno del trattamento dei dati come attività pericolosa⁽¹¹⁷⁾.

Se si accoglie l'idea che il legislatore abbia qualificato il trattamento dei dati come attività pericolosa «in relazione al rischio che essa presenta di ledere i diritti fondamentali dell'interessato»⁽¹¹⁸⁾, si deve giungere all'applicazione dell'art. 2050 c.c. nella sola ipotesi di lesione dei diritti fondamentali della

Soraya», relativo alla pubblicazione sul n. 29 del 1968 del periodico «Gente» di un servizio fotografico di alcune foto dell'allora principessa Soraya Esfandiari ed il regista Franco In-dovina in atteggiamenti intimi all'interno della villa della principessa. Quest'ultima – alla quale era stato attribuito un appannaggio a condizione che mantenesse una vita integra ed illibata – per prima lamentò innanzi alle corti italiane l'avvenuta violazione del suo domicilio, della sua riservatezza e della sua immagine, con pregiudizio del decoro, dell'onore e della reputazione.

⁽¹¹⁷⁾ M. BIN, *Privacy e trattamento dei dati personali: entriamo in Europa*, in *Contr. impr./Europa*, 1997, p. 475; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella Società dell'Informazione*, Milano, 1997, p. 350; G. DE NOVA, *Trattamento dei dati personali: responsabilità degli intermediari bancari e finanziari*, in *Danno resp.*, 1997, p. 401; S. SICA, *Art. 18*, in E. GIAN-NANTONIO, M.G. LOSANO e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge 31 dicembre 1996, n. 675*, Padova, 1997.

⁽¹¹⁸⁾ P. ZIVIZ, *Trattamento dei dati personali e responsabilità civile: il regime previsto dalla l. 675/96*, in *Resp. civ.*, 1997, p. 1300.

persona. Così facendo rimangono fuori dalla portata dell'art. 15 cit. lesioni di interessi qualificati diversi dai diritti fondamentali, come la perdita economica determinata dalla distruzione della banca dati. Tali fatti sarebbero risarcibili solo ricorrendo ai presupposti di cui all'art. 2043 c.c.⁽¹¹⁹⁾. Il "rischio" quindi sarebbe connesso alla potenziale lesione di situazioni giuridiche particolarmente qualificate⁽¹²⁰⁾.

Al contrario si è ipotizzato che il rinvio contenuto nell'art. 15 cit. all'art. 2050 c.c. significa solamente l'applicabilità del regime della prova liberatoria in tema di attività pericolose⁽¹²¹⁾. In questo secondo caso la prova liberatoria sarebbe applicabile anche se il danno non sia collegato alla lesione di un diritto fondamentale⁽¹²²⁾. La lettura riferita poggia sulla *communis opinio* che un'attività dovrebbe dirsi pericolosa in quanto ne possano derivare danni all'incolumità delle persone.

La giurisprudenza comunque aveva già affrontato il problema sotto la vigenza della precedente legge, affermando come la norma sulla responsabilità non configurasse un'ipotesi di semplice inversione dell'onere della prova, quanto la necessità di una prova rigorosa che chiama il danneggiante a dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Per liberarsi dalla responsabilità occorre la prova positiva di aver impiegato ogni cura o misura valida ad impedire l'evento dannoso. Non è quindi sufficiente la prova negativa di non aver violato alcuna disposizione di legge o di rego-

⁽¹¹⁹⁾ P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 1301.

⁽¹²⁰⁾ Sempre P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 1303.

⁽¹²¹⁾ Per una prima applicazione giurisprudenziale si veda Trib. Orvieto, 23 novembre 2002, in *Dir. inf. e informatica*, 2003, p. 337. In dottrina F.D. BUSNELLI, *Il «trattamento dei dati personali» nella vicenda dei diritti alla persona: la tutela risarcitoria*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 185; G. COMANDÈ, *Art. 18*, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Tutela della privacy, Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 488; M. FRANZONI, *Dati personali e responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 1988, p. 903; M. GRANIERI, *Una proposta di lettura sulla tutela risarcitoria nella vicenda del trattamento di dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 222; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 404.

⁽¹²²⁾ P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 1305.

lamento o comunque le norme di comune prudenza⁽¹²³⁾.

Tra l'altro, anche il risarcimento del danno non patrimoniale, (disciplinato dall'art. 15, comma 2, del Codice della privacy) va riconosciuto tutte le volte in cui il responsabile della violazione non ha provato l'adottato tutte le misure idonee ad evitarlo (per come prescritto dall'art. 15, comma 1, per il danno patrimoniale)⁽¹²⁴⁾.

Il fatto esclusivo del danneggiato od il caso fortuito rilevano, ma in quest'ultimo caso il caso fortuito deve aver provocato un effetto interruttivo del nesso causale tra il danno e l'attività pericolosa⁽¹²⁵⁾.

Sul punto del nesso causale la giurisprudenza di merito – nel caso ad esempio della pubblicazione, senza il consenso degli interessati, dei dati riguardanti la residenza ed il numero telefonico – individua una fattispecie d'illecito trattamento dei dati personali *ex* art. 11, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 196/2003, senza che possa ritenersi rilevante la conoscibilità, mediante richiesta agli uffici anagrafici, del dato relativo alla (sola) residenza. Il danno patrimoniale non è risarcibile se non causalmente riferibile al constatato illecito con certezza ed univocità⁽¹²⁶⁾.

Va rilevato, invero, che questo orientamento elaborato dalla Suprema Corte, viene tal volta superato dalle corti di merito.

Il Giudice di Pace di Napoli ha riconosciuto l'illiceità dell'attività di *spamming* non ai sensi dell'art. 2050 c.c. quanto ai sensi dell'art. 2043 del codice civile. Il responsabile dell'attività è stato, infatti, condannando a cancellare i dati del richiedente dai propri archivi elettronici, oltre a risarcire i danni non patrimoniali derivanti dall'ingiusto turbamento arrecato alla vita privata del destinatario del messaggio pubblicitario. Il Giudice ha risarcito il danno non patrimoniale qualificandolo «danno alla vita di relazione del danno esistenziale conseguente alla lesione e al turbamento della qualità di vita dell'atto-

⁽¹²³⁾ Cass., 29 aprile 1991, n. 4710, in *Mass. Foro it.*, 1991, c. 397.

⁽¹²⁴⁾ Trib. Roma, 12 marzo 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 881, con nota di B. TASSONE, *Diritto all'immagine: fra uso non autorizzato del ritratto e lesione della privacy*.

⁽¹²⁵⁾ Cass., 21 novembre 1984, n. 5960, in *Mass. Foro it.*, 1984, c. 1176.

⁽¹²⁶⁾ Trib. Milano, 19 maggio 2005, n. 5772, in *Merito – Sole 24 Ore*, 1/2006.

re» e quello patrimoniale causato dalle «spese generali e gli inconvenienti e perdite di tempo subite»⁽¹²⁷⁾. «L'invio di posta elettronica indesiderata (...) è illegittima sotto due profili: da un lato per la scorrettezza e illiceità del trattamento dei dati personali (...) e dall'altro lato provoca un'illegittima intrusione e invasione nella sua sfera di riservatezza come stabilito dal Garante della *privacy* (gli indirizzi di posta elettronica non sono utilizzabili da chiunque in quanto non si tratta di dati pubblici alla stregua degli elenchi telefonici tradizionali)».

La sentenza supera il disposto di cui all'art. 15 cit. privilegiando la ricostruzione della condotta illecita sul modello della colpa extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c. anche per i casi in cui non si abbia la violazione di norma specifica. È percepita, invero, la scelta operata con il rinvio al 2050 c.c. come sproporzionata anche rispetto al contenuto dell'art. 17 della direttiva 95/46/CE. Il secondo comma della direttiva, infatti, dispone che le misure di sicurezza «devono garantire, tenuto conto delle attuali conoscenze in materia e dei costi dell'applicazione, un livello di sicurezza appropriato rispetto ai rischi presentati dal trattamento e alla natura dei dati da proteggere», introducendo un criterio di proporzionalità fra costi delle misure di sicurezza, pericoli del trattamento e dati trattati. Il Codice della Privacy introduce un sistema di responsabilità, senza riferimento alcuno al costo delle suddette misure.

Va ricordato, tra l'altro, come anche messaggi di posta elettronica scambiati nell'ambito di una "*mailing list*" vanno assimilati alla corrispondenza epistolare privata e la relativa pubblicazione su di un giornale costituisce violazione del segreto epistolare. La diffusione di notizie personali (come nome e cognome, posizione ricoperta e sede di lavoro) da parte di un giornale si pone in contrasto con il requisito dell'essenzialità dell'informazione e costituisce, quindi, un illecito trattamento dei dati⁽¹²⁸⁾. Come inoltre, è illegittimo il trattamento di dati personali effettuato da un gestore del servizio di telefonia mobile, il quale invii ad un proprio cliente, titolare di una scheda

⁽¹²⁷⁾ Giudice pace Napoli, 10 giugno 2004, in *Guida dir.*, 32/2004, p. 78; Id., 26 giugno 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2908.

⁽¹²⁸⁾ Trib. Milano, 27 giugno 2007, in *Diritto dell'Internet*, 1/2008, p. 198, con commento di M. MEZZANOTTE.

prepagata – senza il suo consenso e malgrado l’opposizione dallo stesso manifestata – alcuni sms contenenti informazioni relative a servizi collegati con l’uso del telefono cellulare che, pur potendo essere abilitati gratuitamente, sono utilizzabili dietro pagamento di un prezzo. Può essere infatti inibita l’utilizzazione dei dati personali dell’interessato per finalità estranee all’erogazione del servizio telefonico ed il gestore va condannato a risarcire il pregiudizio subito dal cliente per essere stato costretto a controllare i messaggi pervenutigli e ad eliminare quelli indesiderati (nella specie, il danno è stato quantificato in via equitativa nella misura di mille euro per ciascuno dei nove messaggi ricevuti) ⁽¹²⁹⁾.

Le condotte che si considerano idonee ad integrare la fattispecie richiamata e dalle quali possono derivare danni al titolare dei dati personali, sono quelle indicate dall’art. 11 del d.l. 30 giugno 2003, n. 196.

I dati invero, devono essere «a) trattati in modo lecito e secondo correttezza; b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; c) esatti e, se necessario, aggiornati; d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; e) conservati in una forma che consenta l’identificazione dell’interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati» ⁽¹³⁰⁾. Ulteriori ipotesi di condotte idonee a cagionare danni sono desumibili dall’art. 12 che rinvia ai codici deontologici di diverse categorie tra cui i giornalisti, così come indicato dall’ultimo comma dell’articolo in esame, nonché codici deontologici relativi a chi usa dati personali per scopi storici, statistici in ambito Sistan o comunque statistici e scientifici, per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti e relativamente al trattamento dei dati raccolti per investigazioni private.

⁽¹²⁹⁾ Trib. Terracina, 19 giugno 2006, n. 252, in *Dir. inf. e informatica*, 2007, p. 25.

⁽¹³⁰⁾ Art. 11, d.l. 30 giugno 2003, n. 196.

La dottrina si riferisce alla lettera a) citata come ad una clausola generale di *lawfulness and correctness*⁽¹³¹⁾, ovvero di conformità della condotta alle prescrizioni del codice della privacy medesimo ed in ogni caso altri precetti che possono considerarsi rilevanti, come l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori⁽¹³²⁾, gli artt. 2105, 2407 e 2622 c.c., nonché nei codici deontologici del già citato art. 12, non escludendosi – per altro nella dottrina così come della giurisprudenza⁽¹³³⁾ – il riferimento anche a regole di condotta formatasi in ambito extragiuridico, come le consuetudini relative alle modalità di gestione delle banche dati. Queste, invero, data la genericità del concetto saranno da valutare necessariamente caso per caso.

La presenza di una clausola generale come quella richiamata, assumendo una valenza che permea ogni fase del trattamento, permette di superare la tesi che ritiene configurabile il risarcimento del danno non patrimoniale solo in caso di atti pregiudizievole commessi durante le operazioni di raccolta e conservazione dei dati personali e non anche nell'ipotesi di danni non patrimoniali verificatisi nel corso della diffusione e della comunicazione di questi⁽¹³⁴⁾. Addirittura permette di configurare – in ipotesi – la richiesta risarcitoria anche al di fuori di una specifica violazione di legge, se si configura il caso in cui il trattamento sia avvenuto infrangendo le regole della *lawfulness and correctness*⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³¹⁾ G. VETTORI, *Privacy e diritti dell'interessato*, in *Resp. civ.*, 1998, p. 898.

⁽¹³²⁾ Per il Garante protezione dati personali, *Lavoro: le linee guida del Garante per posta elettronica e internet, del 1 marzo 2007*, in *Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2007*, il datore di lavoro non può controllare la posta elettronica e la navigazione Internet dei dipendenti e/o effettuare controlli indiretti mediante tecnologia “software” o “hardware” se non in casi eccezionali e previa definizione delle modalità d'uso di tali strumenti nel rispetto dei diritti dei lavoratori e della disciplina in tema di relazioni sindacali.

⁽¹³³⁾ Trib. Milano, 26 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 528, per cui un giornalista che, senza verificare l'attendibilità della notizia, attribuisce un determinato orientamento politico a chi non lo aveva mai reso pubblico compie un atto lesivo della privacy; di conseguenza, il responsabile è tenuto, insieme con il direttore responsabile, al risarcimento del danno morale.

⁽¹³⁴⁾ G. COMANDÈ, *op. cit.*, p. 147.

⁽¹³⁵⁾ G. VETTORI, *op. cit.*, p. 898.

Altro punto rilevante dell'art. 11, al suo 1° comma, lett. *b*) è il riferimento alla finalità per cui si raccolgono dati che è comunemente ritenuta fase distinta dalla registrazione dei dati pur mancando l'art. 4 del codice di definirle. Normalmente, invero, i dati vengono raccolti e nel contempo registrati intendendosi per registrazione già una fase elaborativa dei medesimi [il riferimento è all'art. 2, lett. *c*) della Convenzione di Strasburgo]. In ogni caso gli scopi del trattamento devono essere determinati; nondimeno, più i dati toccano aspetti fondamentali del soggetto cui si riferiscono, più la specificazione delle finalità deve essere precisa⁽¹³⁶⁾.

È necessario, cioè, l'esatta ed esplicita determinazione delle finalità del trattamento, tanto è vero che nell'ipotesi in cui sia un ente pubblico a dar vita al trattamento, seppure le norme che istituiscono e regolamentano l'ente possono stabilire gli scopi per cui questo avviene l'implicita definizione degli scopi non basta a legittimare al trattamento. Il regolamento potrà rappresentare un contributo alla documentazione della legittimità dello scopo che comunque dovrà essere esplicitato, escludendosi così che essi possano mai stabilirsi per *relationem*⁽¹³⁷⁾.

È possibile, poi, comunque un «ampliamento nell'ambito di una finalità che resta sostanzialmente invariata, ma che può richiedere una raccolta di dati più estesa di quella originariamente utilizzata»⁽¹³⁸⁾, valutando caso per caso quando ci si trovi innanzi ad una estensione che possa dar luogo ad una violazione della norma in esame.

I dati in ogni caso, ai sensi delle lett. *c*) e *d*) dell'art. 11 cit. devono essere esatti, aggiornati, pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti e successivamente trattati.

⁽¹³⁶⁾ M.G. LOSANO, *Art. 9*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 99.

⁽¹³⁷⁾ *Contra*, E. NAVARRETTA, *Commento sub art. 11 del D.lgs., 30 giugno 2003, n. 196*, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 322.

⁽¹³⁸⁾ M.G. LOSANO, *Art. 9*, loc. cit.

8. — *La modifica del Codice della privacy nel settore delle comunicazioni elettroniche e sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.*

Va ricordato che proprio in attuazione delle due direttive europee 2009/136/CE e 2009/140/CE è stato recentemente modificato il codice della privacy mediante due decreti legislativi⁽¹³⁹⁾, entrati in vigore il 1° giugno 2012: il d.lgs. 28 maggio 2012, n. 69, che introduce modifiche al codice per la parte del trattamento ai dati personali e della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (dir. 2009/136/CE) ed in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (dir. 2009/140/CE) in tema di cooperazione tra le autorità nazionali e responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori in riferimento al reg. n. 2006/2004; il d.lgs. 28 maggio 2012 n. 70, che modifica il d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, recante codice delle comunicazioni elettroniche in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (dir. 2009/140/CE) ed in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata (dir. 2009/136/CE).

Muovendosi nell'ottica di consolidamento e corretta strutturazione del mercato digitale i decreti in questione introducono novità che concernono soprattutto i fornitori di servizi di comunicazione elettronica.

Primariamente il d.lgs. n. 69/2012 introduce, modificandole, le previsioni di cui all'art. 4 del Codice della privacy. L'articolo contiene, invero e come ricordato, le definizioni di ogni altra espressione rilevante per l'applicazione del codice.

Con la novella, vengono introdotte una serie di nuove di definizioni che qualificano il concetto di reti di comunicazione elettronica e di rete pubblica di comunicazioni diretta interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico⁽¹⁴⁰⁾.

Si specifica anche che cosa si intenda per violazione dei dati personali,

⁽¹³⁹⁾ Pubblicati in *G.U.* del 31 maggio 2012, n. 126.

⁽¹⁴⁰⁾ Art. 1. d.lgs. n. 69/2012: All'articolo 4, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 2: 1) la lettera b) è sostituita dalla seguente: b) chiamata, la connessione istituita da un servizio di comunicazione elettronica

modificando la precedente definizione con la previsione che costituisce violazione di dati personali qualsiasi violazione della sicurezza che comporta – anche solo accidentalmente – la distruzione, la perdita, la modifica, la rivelazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, memorizzati o comunque elaborati nel contesto della fornitura di un servizio di comunicazione accessibile al pubblico⁽¹⁴¹⁾.

In questa direzione si introducono specifici «Obblighi relativi ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico» (così la rubrica del novellato art. 32 Codice della Privacy).

Primariamente fa capo al fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, ai sensi dell'articolo 31 del Codice della Privacy, l'obbligo di adottare tutte le misure tecniche e organizzative adeguate al rischio esistente, per salvaguardare la sicurezza dei suoi servizi e per gli adempimenti di cui all'articolo 32 *bis*⁽¹⁴²⁾, questo anche in caso e mediante

accessibile al pubblico che consente la comunicazione bidirezionale; 2) la lettera c) è sostituita dalla seguente: c) reti di comunicazione elettronica, i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse, inclusi gli elementi di rete non attivi, che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato; 3) la lettera d) sostituita dalla seguente: d) rete pubblica di comunicazioni, una rete di comunicazione elettronica utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, che supporta il trasferimento di informazioni tra i punti terminali di reti; (...).

⁽¹⁴¹⁾ Art.1. d.lgs. n. 69/2012, 4° comma, lett. *b*). La definizione riportata nel testo è contrassegnata nell'art. 4 del Codice della Privacy dalla lettera «*g bis*)».

⁽¹⁴²⁾ «Art. 32 *bis* (Adempimenti conseguenti ad una violazione di dati personali). – 1. In caso di violazione di dati personali, il fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico comunica senza indebiti ritardi detta violazione al Garante. 2. Quando la violazione di dati personali rischia di arrecare pregiudizio ai dati personali o alla riservatezza di contraente o di altra persona, il fornitore comunica anche agli stessi senza ritardo l'avvenuta violazione. 3. La comunicazione di cui al comma 2 non è dovuta se il fornitore ha dimostrato al Garante di aver utilizzato misure tecnologiche di protezione che rendono i dati inintelligibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi e che tali misure erano state

il ricorso attraverso altri soggetti a cui sia affidata l'erogazione del predetto servizio.

Significa, quindi che i fornitori di servizi di comunicazione elettronica dovranno adottare misure sia tecniche che organizzative adeguate al rischio esistente, per salvaguardare la sicurezza dei propri servizi. Ovvero, in un'ottica di politica della sicurezza della rete, tutti coloro che operano sulle reti di comunicazione elettronica devono garantire ed assicurare che i dati personali siano accessibili esclusivamente solo a personale autorizzato e per fini legalmente autorizzati. Inoltre il riferimento che l'obbligo incombe anche su eventuali altri soggetti a cui essi affidano l'erogazione dei predetti servizi dilata i soggetti che sono destinatari delle nuove prescrizioni. L'adeguamento legislativo è dovuto avendo ben presente come sia la realizzazione che l'erogazione di un servizio possa richiedere la partecipazione, in aggiunta a quella che effettivamente commercializza, di servizi presso gli utenti finali forniti da diverse società, ciascuna per il proprio ambito di specializzazione.

applicate ai dati oggetto della violazione. 4. Ove il fornitore non vi abbia già provveduto, il Garante può, considerate le presumibili ripercussioni negative della violazione, obbligare lo stesso a comunicare al contraente o ad altra persona l'avvenuta violazione. 5. La comunicazione al contraente o ad altra persona contiene almeno una descrizione della natura della violazione di dati personali e i punti di contatto presso cui si possono ottenere maggiori informazioni ed elenca le misure raccomandate per attenuare i possibili effetti pregiudizievoli della violazione di dati personali. La comunicazione al Garante descrive, inoltre, le conseguenze della violazione di dati personali e le misure proposte o adottate dal fornitore per porvi rimedio. 6. Il Garante può emanare, con proprio provvedimento, orientamenti e istruzioni in relazione alle circostanze in cui il fornitore ha l'obbligo di comunicare le violazioni di dati personali, al formato applicabile a tale comunicazione, nonché alle relative modalità di effettuazione, tenuto conto delle eventuali misure tecniche di attuazione adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2002/58/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE. 7. I fornitori tengono un aggiornato inventario delle violazioni di dati personali, ivi incluse le circostanze in cui si sono verificate, le loro conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio, in modo da consentire al Garante di verificare il rispetto delle disposizioni del presente articolo. Nell'inventario figurano unicamente le informazioni necessarie a tal fine. 8. Nel caso in cui il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico affidi l'erogazione del predetto servizio ad altri soggetti, gli stessi sono tenuti a comunicare al fornitore senza indebito ritardo tutti gli eventi e le informazioni necessarie a consentire a quest'ultimo di effettuare gli adempimenti di cui al presente articolo».

Si pensi in questo ambito alle società che del servizio svolgono la manutenzione tecnica oppure le società che gestiscono in un sito il c.d. erogazione di particolari servizi a valore aggiunto quali *m-payment* (ovvero modelli di pagamento basati sull'utilizzo del cellulare), ovvero altre modalità di pagamento di un servizio attraverso la rete, oppure ancora servizi basati sulla geo-localizzazione in tempo reale dei terminali degli utenti che decidono di condividere le informazioni sulla propria posizione per esempio in ragione dell'uso dello *smartphone*. Ben si capisce che i soggetti coinvolti possano esser più d'uno e che circoscrivere solo al soggetto finale l'obbligo vanificherebbe lo stesso.

Recependo poi a direttiva, come ricordato, sono state introdotte modifiche anche sull'uso dei *cookie* (art. 122, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) – ed in ogni caso relativamente al trattamento dei dati personali connessi alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazione (art. 121, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) – condizionandoli al preventivo consenso informato e liberamente espresso dai contraenti. Si deve far riferimento alla nozione di contraente e non più quella di abbonato, come era nella precedente versione.

Il decreto in esame, infatti, espressamente sostituisce nell'intero testo del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, la nozione di “abbonato”, ovunque ricorra, con quella di “contraente”.

Sulla stessa linea e per le stesse finalità è doveroso il riferimento in questo caso al d.lgs. n. 70/2012, che ridisegna completamente l'art. 1 del d.lgs. n. 259/2003, ovvero il c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche. Ai fini dell'applicazione del Codice delle comunicazioni elettroniche la persona fisica o giuridica parte di un contratto con il fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, fornitura di tali servizi non è più un abbonato, ma viene in modo più corretto qualificato come contraente.

La scelta dell'acquisizione preventiva del consenso riguarda altresì il trattamento dei dati di traffico a fini di commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto (all'art. 123, 3° comma, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, dopo la parola «manifestato» è inserita la parola «preliminarmente»).

Il consenso preventivo al trattamento dei dati, quindi, si estende a tutte le operazioni attuate mediante strumenti automatizzati, quindi non svolti da un operatore, che siano «di chiamata o di comunicazione» (nuova dizione contenuta nell'art. 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196) ovvero in caso di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale (sempre art. 130 cit.) anche in ottica di servizi per la società dell'informazione, ove applicabile (sono stati introdotti riferimenti a norme presenti nel d.lgs. 70/2003 di recepimento della direttiva europea 2000/31/CE, nota come direttiva *e.commerce*).

Si pensi, come riferimento, alle operazioni di *marketing* o semplice invio di informazioni che avvengono mediante fax, sms o per e.mail.

La novella dell'art. 130, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in molte sue parti ricorda che le previsioni di cui all'art. 8, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 e relativa sanzione rimangono fermi. Il riferimento è agli specifici obblighi di informazione per la comunicazione commerciale⁽¹⁴³⁾.

Rimane fermo, ed anzi si rafforza, il divieto di invio di comunicazione commerciale che si configura anche solo esortando i destinatari a visitare siti web.

Invece, come già evidenziato sopra in ambito europeo, alcuni problemi sono stati sollevati proprio relativamente all'acquisizione del consenso preventivo per l'installazione dei *cookie* al pari di ogni altra attività commerciali condotte via internet e legate agli aspetti di *On Line Behaviour*, come ad esempio nel caso della pubblicità.

⁽¹⁴³⁾ Art. 8, d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70: «1. In aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante, devono contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa, diretta ad evidenziare: a. che si tratta di comunicazione commerciale; b. la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale; c. che si tratta di un'offerta promozionale come sconti, premi, o omaggi e le relative condizioni di accesso; d. che si tratta di concorsi o giochi promozionali, se consentiti, e le relative condizioni di partecipazione».

Il *On line Behavioural Advertising*, infatti, è un sistema utilizzato dalle aziende per la pubblicità *online* “comportamentale” che abbina gli annunci visualizzati durante la navigazione *online* dall’internauta con i suoi interessi. Società di raccolta pubblicitaria e dei dati riesce ad acquisire queste informazioni proprio mediante l’inserimento un *cookie* sul vostro computer. Le categorie di interessi rilevati in base ai siti visitati, sono acquisite e conservate in ragione del *cookie*. Il complesso dei dati raccolti può consentire agli inserzionisti di costruire un quadro delle abitudini di navigazione e gli interessi. Queste categorie di interesse possono quindi essere usate per fornire annunci pubblicitari mirati.

La scelta europea, prima, quella nazionale poi, sono indirizzate nel caso del 122 aggiornato, all’acquisizione del consenso attraverso il sistema del *Opt In*. Sicuramente la scelta fatta implicherà l’intervento del Garante privacy nella direzione di una attività semplificata per l’informativa da rendere agli interessati, ai sensi dell’art. 13 del Codice. Il problema, come sempre, rimane intatto quando la navigazione è esterna alla rete italiana ed europea.

Esistono, poi, nuovi obblighi a carico del fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, stabiliti dal nuovo art. 32 *bis* del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Esiste primariamente un dovere di notifiche obbligatorie al Garante per la violazione dei dati personali. La violazione dei dati personali da parte del fornitore di servizi di comunicazione elettronica dovrà essere comunicata senza ritardi al Garante. Se, poi, la violazione dei dati personali rischia di arrecare pregiudizio ai dati personali stessi o alla riservatezza del contraente o di altra persona, il fornitore dovrà comunicare anche a questi ultimi, senza ritardo, l’avvenuta violazione. Questa previsione porta con se qualche complicazione per i fornitori che operano tramite realtà organizzative complesse e non concentrate.

Per completezza va ricordato come è stata introdotta anche la novella dell’art. 168, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, per cui anche la falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante fatte ai sensi del nuovo art. 32 *bis*, commi 1 e 8, nonché di quelle già previste nell’art. 37, ovvero in comunicazioni, atti, documenti o dichiarazioni resi o esibiti in un procedimento dinanzi al Garante o nel corso di accertamenti, dichiaranti o attestanti fal-

samente notizie o circostanze, ovvero si realizza attraverso atti o documenti falsi, costituisce reato punito con la reclusione da sei mesi a tre anni, salvo che il fatto costituisca più grave reato.

Nessuna comunicazione è dovuta, invece, se il fornitore ha dimostrato al Garante di aver utilizzato misure tecnologiche di protezione che rendono i dati inintelligibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi e che tali misure erano state applicate ai dati oggetto della violazione (art. 32 *bis*, 3° comma).

Il Garante, poi, ha compiti nuovi. Esso potrà emanare orientamenti ed istruzioni sulle circostanze in cui il fornitore ha il dovere di comunicare le violazioni dei dati personali, circa il formato da applicare a questa comunicazione e le modalità di effettuazione.

È prevista, poi, la creazione di un inventario delle violazioni dei dati personali da aggiornare costantemente ad opera dei fornitori (art. 32 *bis*, 7° comma). Nell'inventario dovranno essere riportate le circostanze in cui si sono verificate le violazioni, le loro conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio, in modo tale che al Garante sia consentita la verifica del rispetto delle nuove disposizioni in materia. I fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che non adempiono alle nuove prescrizioni di legge saranno sanzionati. In questo senso il nuovo art. 162-*ter* del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 rubricato come "Sanzioni nei confronti di fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico". Le sanzioni amministrative previste rafforzano l'obbligo di predisporre ogni misura di sicurezza di natura tecnica, organizzativa o procedurale nel dichiarato scopo di minimizzare il rischio. In questa direzione è proprio la previsione diretta a minimizzare la perdita, la distruzione o anche l'alterazione anche meramente accidentale dei dati. Questa previsione amplia gli oneri a carico degli obbligati nell'adozione delle contromisure preventive a questi eventi. Alcune di esse si possono tradurre anche in specifiche indicazioni sul trattamento o una specifica formazione sul punto, ovvero in casi di gestione a soggetti esterni all'impresa del rispetto della normative sulla *privacy* l'applicazione delle novità potranno implicare la modifica di alcuni contratti di *outsourcing*.

Contemporaneamente, stante la stretta connessione, sono state apportate modifiche al c.d. Codice della Comunicazione. Il riferimento è al già richiamato d.l. 27 gennaio 2012⁽¹⁴⁴⁾.

9. — *Qualche riflessione finale.*

La normativa internazionale, quella comunitaria e successivamente quella nazionale hanno cercato, negli ultimi anni, di rispondere alla contemporanea esigenza di salvaguardare «da un lato, il diritto dei singoli a non vedere diffuse informazioni personali che li riguardano; dall'altro, la necessità di realizzare attraverso il trattamento dei dati stessi finalità di utilità sociale o, anche, più semplicemente, profitti economici da parte di privati»⁽¹⁴⁵⁾.

È proprio alla luce di queste esigenze che si parla oggi di *privacy* alludendo propriamente con tale espressione «ad una sorta di diritto comprensivo, oltre che dei tradizionali aspetti connessi alla 'riservatezza', anche del potere di controllo sulla circolazione delle proprie informazioni personali, e del complementare diritto di essere lasciati in pace, inteso come esigenza di protezione del singolo dai tentativi di contatto realizzati da terzi secondo particolari modalità (connesse all'uso delle nuove tecnologie), e tendenzialmente per fini di carattere commerciale»⁽¹⁴⁶⁾.

Si assiste, cioè, ad una sorta di dilatazione dell'originario concetto di *privacy* inteso come *intimacy*, *identity* ed *autonomy*. La sfera dell'identità personale già protetta in molti ordinamenti nazionali si estende naturalmente a ricomprendere «l'interesse dell'individuo a veder rappresentato, identificato, anche attraverso l'aggregazione di dati informatizzati, il proprio modo di essere nella realtà sociale e nella Comunità statale. (...) Si so-

⁽¹⁴⁴⁾ Pubblicato in *G.U.* n. 33 del 9 febbraio 2012.

⁽¹⁴⁵⁾ Si veda M. SPATTI, *op. cit.*, p. 162.

⁽¹⁴⁶⁾ Ancora E. VARANI, *op. cit.*, p. 1770.

stanza così il concetto di *informational privacy* che salvaguardia l'interesse dell'individuo ad una corretta ed esatta rappresentazione della sua identità/personalità in una società sempre più informatizzata»⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Testualmente G. CAGGIANO, *Dossier e banche-dati personali: il diritto umano alla privacy e alla libertà di informazione*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, p. 287.

FERNANDO OJEDA MALDONADO^(*)

JEAN CLAUDE TRON^(*)

¿SON LAS PERSONAS JURÍDICAS TITULARES DE DERECHOS HUMANOS?

ABSTRACT: The main question of this article is: Do entities and corporations have human rights recognized by the American Convention on Human Rights and by the Mexican Constitution? This question may cause confusion because when we first read the Convention it is implied that the recognized and protected rights are, indeed, rights that belong to the human person. This interpretation is not accurate as it is possible to say that some human rights are also applicable to entities and corporations as long as they work to protect their interests.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Necesidad evolutiva. – 3. El nuevo artículo 1º constitucional. – 4. ¿Qué es y para qué se crea el concepto de persona?. – 5. Entendimiento cabal de la CADH según la CorteIDH. – 6. La interpretación constitucional conforme a estándares nacionales e internacionales. – 7. ¿Qué personas están legitimadas para promover el juicio de amparo?. – 8. Criterios jurisprudenciales. – 9. Conclusión.

1. — *Introducción.*

La pregunta central a responder en el presente trabajo es: ¿las personas jurídicas son titulares de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?

Un análisis meramente superficial del cuestionamiento anterior, aparentemente conduce a concluir que el problema es ocioso y de fácil respuesta, ya que, en un primer momento, a partir de una lectura letrista o literal tanto

^(*) Proyecto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”, financiado por la Unión Europea, EACEA, en el ámbito del Programa Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

del preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽¹⁾ o Pacto de San José, como de su propio contenido, se advierte una redacción categórica, en el sentido que los derechos reconocidos o tutelados son sólo aquellos inherentes a la persona humana.

En efecto, el preámbulo de manera expresa, hace referencia a los “*derechos esenciales del hombre*”, sosteniendo incluso que estos no nacen por el hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, en especial, la dignidad; además de proclamar que el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, solo puede consumarse si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar tanto de sus derechos económicos, sociales y culturales, como de sus derechos civiles y políticos.

Por otro lado, del contenido de la propia CADH, en especial de la denominada “Parte I, deberes de los Estados y derechos protegidos”, se desprende también, a partir sólo de una lectura literal y estricta, que los derechos tutelados son asignados a las personas físicas, incluso en su artículo 1, punto 2, prevé que para los efectos de la Convención, «persona es todo ser humano».

Conforme con lo anterior puede afirmarse, de manera preliminar, que la CADH reconoce y tutela, únicamente, los derechos inherentes a la persona humana, pues así lo refiere expresamente en su preámbulo y así se desprende de los preceptos que integran la propia convención.

2. — *Necesidad evolutiva.*

Sin embargo, esta interpretación, si bien válida y suficiente en determinado momento histórico, resulta insostenible para dar solución a la realidad imperante, ya que, es factible afirmar que algunos de esos derechos son aplicables también a las personas jurídicas, obviamente en la medida en que estos resulten idóneos para tutelar sus intereses. En especial, cabe destacar

⁽¹⁾ En lo subsecuente CADH.

que la Constitución protege un conjunto de derechos fundamentales cuyo objeto son toda clase de libertades, la propiedad privada, la seguridad jurídica, entre otras, que es indiscutible, son del interés de la persona jurídica, como premisa necesaria para llevar a cabo sus finalidades.

En efecto, históricamente, los derechos humanos nacen como un contrapeso o freno frente al poder estatal; esto es, su surgimiento obedece a la creación de límites o pretensiones efectivas frente al Estado, en donde el eje rector de estos derechos lo constituye la persona humana, con un fuerte contenido *iusnaturalista* de que son derechos inherentes a la persona por el simple hecho de serlo. Sin embargo, dos siglos después, los desarrollos doctrinarios del constitucionalismo moderno han desbordado por completo estas construcciones iniciales, pues sería iluso desconocer la creciente dinámica y evolución que presentan las sociedades modernas, cuyos valores, fines e intereses no le son ajenos al derecho.

En ese sentido, no debe perderse de vista que cuando se habla de derechos fundamentales, la progresividad y el dinamismo constituyen algunos de sus elementos característicos. Es por ello que la complejidad de tales derechos evoluciona de la misma manera en que las necesidades de las sociedades se desenvuelven. Así, hoy en día se impone el reconocimiento no sólo a las personas físicas en lo individual como sujetos de derechos fundamentales, sino también se requiere hacer extensiva la protección a esas mismas personas físicas, aunque estén encubiertas por personas jurídicas colectivas, como se ha reconocido a nivel internacional⁽²⁾.

⁽²⁾ Tal como lo hace el Tribunal Constitucional Español, al resolver el asunto 139/1995, en el cual, si bien acepta la inexistencia en su Constitución de un artículo similar al contenido en el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, a la par, reconoce que ninguna norma de grado constitucional o inferior, impide que a las personas jurídicas les sean reconocidos derechos fundamentales. La CorteIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) en el Caso Cantos Vs. Argentina, sentencia de 7 de septiembre de 2001, aduce un argumento análogo y advierte en la tutela de las empresas una protección indirecta a las personas físicas.

3. — *El nuevo artículo 1º constitucional.*

La reforma constitucional al artículo 1º de la Constitución Federal ⁽³⁾, constituye un cambio de paradigma en el orden jurídico nacional, pues ahora estipula que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia norma fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Esto implicó la constitucionalización del contenido – esencialmente moral – de los tratados, lo que conforma un bloque de constitucionalidad en la medida que los convenios internacionales, en cuanto disponen derechos humanos, pasan a formar parte del contenido de la Constitución, integrando una unidad exigible o imponible a todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Art. 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

⁽⁴⁾ No debe perderse de vista la distinción entre el concepto de “derecho humano” y el de “derecho fundamental” que realiza Pérez Luño, considerando que los derechos humanos son la fuente de los derechos fundamentales en los siguientes términos: «Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada». Citado por Carbonell, Miguel (2006:9).

Paralelamente, Díez Picazo, sostiene que la esencia en ambos tipos de derechos, son los valores básicos, declarados en tratados, convenios o constitución. A su vez, son la base y condiciones mínimas de todo orden jurídico.

«En los usos lingüísticos establecidos, la expresión «derechos humanos» designa normalmente aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por tratados internacionales. La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos

De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Federal.

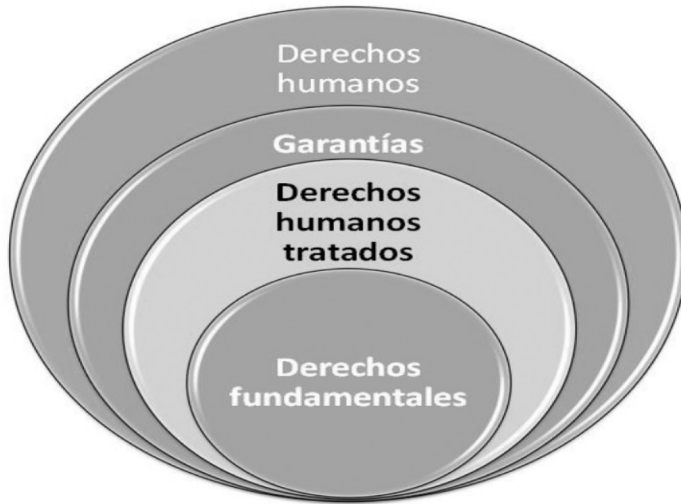
Sin embargo para sostener esa tesis es menester justificarla argumentalmente. En efecto, una lectura aislada y fuera de contexto del primer párrafo del artículo 1º constitucional, pudiera llevar a un caos connotativo y a cuestionar la idea propuesta. El texto de la norma es el siguiente: «*Art. 1. – 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*»⁽⁵⁾.

Lo que sucede es que el legislador privilegió la alusión a “derechos humanos” para dejar en claro que ahora se contempla en el ordenamiento positivo, un bloque que reconoce la dimensión moral de los derechos, aunque solo en lo concerniente a los que aparecen previstos en los tratados que México haya suscrito. Es así que podemos hablar de derechos humanos en un sentido lato e ilimitado⁶, concepto que no estaría expresamente tutelado, sin embargo dentro de ese universo hallamos un sector que si está protegido al grado de estar dotado de garantías; estos son, los derechos humanos recogidos

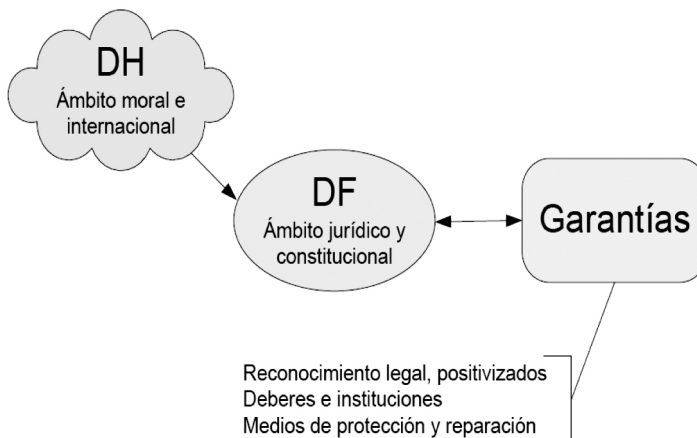
fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos. Dicho esto, el problema es si entre los derechos fundamentales y los derechos humanos hay separación o comunicación. A favor de la idea de que no se trata de compartimentos estancos militan dos factores ya conocidos: la tendencial identidad de valores protegidos, y la creciente internacionalización de la protección de los derechos. Ello es particularmente claro en el ámbito regional europeo, donde hay una aplicación capilar, cada día más intensa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De aquí que, al menos en Europa, lo más correcto sea afirmar que unos mismos derechos son protegidos por distintos ordenamientos (internacional, comunitario, interno); ordenamientos que, por perseguir unos mismos fines en un mismo espacio, están llamados a colaborar. Esta conclusión, por lo demás, es inevitable en España, donde el art. 10.2 CE obliga a interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”». (2003:34).

⁽⁵⁾ Énfasis añadido.

dos en los tratados y cuando estos o algunos otros, diversos pero análogos, aparecen estipulados expresamente en el texto constitucional, hablaríamos de derechos fundamentales. Estas ideas se reflejan en el gráfico siguiente ⁽⁶⁾:



Esta secuela puede ser vista, tal como lo denota el esquema siguiente:



⁽⁶⁾ Donde prima la naturaleza, finalidad y justificación moral.

Complementariamente, en un segundo párrafo, incorpora la obligación de interpretar esos derechos a modo de obtener el máximo beneficio y privilegia el principio *pro persona*, al momento de definir o establecer la tutela de los derechos humanos o fundamentales. El objetivo es adoptar el alcance y la interpretación más amplia y favorable a las normas que proclaman derechos y la más reducida a las que prevén límites y restricciones.

Lo anterior, denota la intención del constituyente permanente de ampliar el rango de cobertura del sistema jurídico nacional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁽⁷⁾ y a la perspectiva moral de los derechos fundamentales, lo cual, implica necesariamente la renuncia a las ideologías positivistas duras, caracterizadas por formalismos rígidos; en cambio, se adopta una visión incluyente en la que se persiga como fin último enaltecer la libertad, dignidad e igualdad del hombre en cualesquiera de sus actividades.

En ese sentido, si bien el constituyente permanente mexicano no dispuso expresamente como titulares de los derechos consagrados en la Constitución a las personas jurídicas, como si se hace en otras normas fundamentales e instrumentos internacionales⁽⁸⁾, también lo es que en su texto se habla lisa y llanamente del término "*personas*", cabiendo aquí hacer una interpretación extensiva, funcional y útil, entendiendo que la redacción de este numeral no sólo se orienta a la tutela de las personas físicas, sino también incluye a las jurídicas, siendo titulares éstas últimas de aquellos derechos que sean compatibles con su naturaleza, como los derechos de acceso a la justicia⁽⁹⁾, seguridad jurídica, protección de variadas libertades, legalidad, propiedad y materia tributaria, entre otros.

(7) En lo subsecuente DIDH.

(8) El artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn dispone expresamente que «los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, según su esencia, les sean aplicables». Con clara influencia del texto fundamental alemán, el artículo 12.2 de la Constitución portuguesa, establece igualmente que «las personas colectivas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza». También el Protocolo n. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 1, prescribe que toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes.

(9) El propio artículo 8 de la Ley de Amparo estipula que las personas morales privadas podrán pedir amparo por medio de sus legítimos representantes.

En efecto, no se debe perder de vista que durante el largo proceso legislativo de más de cuatro años⁽¹⁰⁾, se concluyó, para efectos de la redacción del artículo 1º constitucional, la sustitución de la palabra “individuo” por “persona”, lo cual se deduce del análisis al dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la minuta del 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, de tres de marzo y uno de febrero de dos mil once, respectivamente, así como su respectiva discusión en el Pleno del Senado de la República; lo anterior, pues la Cámara de Diputados aprobó la minuta que le fue presentada y realizó diversas modificaciones, entre ellas, aquella que permite incluir dentro del término “*persona*” a las personas jurídicas, en los siguientes términos: «(...) *Primera. – Respecto al párrafo primero del artículo 1º constitucional, estas comisiones dictaminadoras estiman conveniente precisar que la incorporación del término “persona” propuesto desde la cámara de origen es adecuado, entendiéndose por tal, a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas (...)*»⁽¹¹⁾.

Esta modificación fue aceptada en sus términos, sin que hubiera sido motivo de discusión en lo particular y, evidencia de ello, lo constituye la actual redacción del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En ese sentido, resulta útil estimar – si bien de manera preliminar –, que el constituyente permanente ha favorecido una interpretación incluyente en la que se reconozca la titularidad de derechos humanos a las personas jurídi-

⁽¹⁰⁾ Desde la presentación de la primera iniciativa de reforma por parte del Grupo Parlamentario del Partido Alternativa, el veintiuno de noviembre de dos mil seis, y hasta la declaratoria de aprobación por parte de los Congresos locales, el uno de junio de dos mil once.

⁽¹¹⁾ Visible en la Memoria Legislativa integrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, p. 563, a través del vínculo <http://www2.scjn.gob.mx>.

cas, sin embargo, resulta necesario abordar esta cuestión desde otros puntos de vista para así estar en aptitud de emitir una postura contundente.

4. — *¿Qué es y para qué se crea el concepto de persona?*

En relación a este tema, es importante considerar la postura de Kelsen expuesta en su Teoría Pura del Derecho, en cuanto al concepto de persona.

En ese tenor, el concepto de “*persona*” denota un conjunto de derechos y obligaciones — *un centro de imputación jurídica*⁽¹²⁾ —, que forma una cierta unidad, distinta del concepto “hombre”, atendiendo, medularmente, a que, éste último, constituye una entidad psicológica y biológica del mundo del ser, mientras que, el primero, está constituido por un conjunto de normas las cuales son un producto artificial de la ciencia del derecho⁽¹³⁾, es decir, mientras que en el primer caso nos encontramos en el mundo de los hechos, en este último nos situamos en el ámbito de los deberes, los ideales.

Asimismo, al referirse de manera específica al concepto de persona física, Kelsen es tajante en señalar que no sólo los hombres sino que también otros entes — *haciendo referencia estricta a las sociedades mercantiles o las asociaciones civiles* — pueden ser representados como personas en el mundo del derecho, ampliando el concepto de persona al de “*portador*”⁽¹⁴⁾ de derechos y obligaciones.

La denotación de persona como “*portador*” de derechos y obligaciones,

⁽¹²⁾ H. KELSEN (2003: p. 178)

⁽¹³⁾ Kelsen afirma que, cuando el orden jurídico otorga personalidad jurídica quiere decir que el comportamiento de un hombre se convierte en el contenido de obligaciones y derechos, es decir, la ciencia del derecho es la que da expresión a la unidad de esas obligaciones y derechos mediante el concepto de persona física diferente del concepto de hombre y, cuando el derecho concede a una persona jurídica personalidad jurídica, ello significa que el orden jurídico estatuye obligaciones y derechos cuyo contenido es la conducta de seres humanos, en tanto órganos de la persona jurídica, siendo esencial aclarar que esos conceptos constituyen un producto auxiliar de la ciencia del derecho y no un producto del derecho mismo,

⁽¹⁴⁾ *Ídem*, p. 182.

permitirá entender la similitud entre una persona física y una jurídica, en tanto que, en ambos casos, los derechos y obligaciones jurídicas son sustentadas por algo que no es un hombre, por lo cual, en tanto ambas personas son portadoras de derechos y obligaciones, la distinción entre una y otra tiene que ser algo distinto a la característica definitoria del concepto de hombre – *como entidad biológica del mundo del ser* –.

Por tanto, tomando en consideración que la persona jurídica, al igual que la persona física, son portadores de derechos y obligaciones, es decir, tanto de un derecho subjetivo como del poder jurídico o competencia que se ejerce a través de una acción judicial, resulta que esos derechos y obligaciones tienen como contenido una conducta humana, es decir, constituyen derechos y obligaciones de hombres, atendiendo a que solo mediante conductas humanas puede ejercerse un derecho, cumplirse una obligación o incumplírsela⁽¹⁵⁾. De ahí, que no pueda ser la referencia a un hombre la característica distintiva entre la persona física y la jurídica, pues, se insiste, uno y otro trascienden en el mundo jurídico por medio de acciones humanas, por lo cual, no constituye una característica definitoria útil que permita desentrañar la diferencia esencial entre uno y otro.

En efecto, tanto en la persona física como en la jurídica, se vislumbra la presencia de conductas humanas como contenido de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que configuran una unidad, siendo la diferencia entre una y otra, el factor que establece esa unidad, es decir, el ejercicio de un derecho a nombre propio o el desempeño de una facultad en favor de un grupo de personas.

Con base en lo anterior, podemos arribar a una conclusión preliminar, por lo menos desde la perspectiva de la teoría del derecho, en el sentido de que, tanto la persona física como la persona jurídica, son construcciones artificiales de la ciencia del derecho, las cuales comparten características comunes tales como ser centros de imputación normativa – *sujetos de derechos y obligaciones* – por lo cual, parece que los derechos fundamentales, son plena-

⁽¹⁵⁾ Tanto de personas físicas como personas morales, pues, se insiste, sus acciones siempre serán desempeñadas por seres humanos.

mente reclamables por unos y otros, en tanto que ambos, son sujetos de los mismos derechos y obligaciones.

No obstante lo anterior, debe enfatizarse que, si bien tienen la facultad de reclamar la protección de esos derechos, esta conclusión no es absoluta, ya que, como se dijo, de forma paralela, debe tenerse en cuenta el concepto de “hombre”, pero, se insiste, no ya desde una perspectiva literalista en el que se le pretenda asignar como característica definitoria del término “persona”, sino que, más bien, como elemento determinativo de la aplicabilidad al caso concreto del derecho humano reclamado, pues existen casos en los que, atendiendo a su propia naturaleza, su subsunción al caso concreto resulta fácticamente insostenible, ya que, habrá derechos fundamentales que, de manera esencial, encuentren su fundamento en el concepto de “hombre” como ente biológico y social y no como centro de imputación normativa⁽¹⁶⁾.

Así, si bien, desde la perspectiva de la teoría del Derecho, nos encontramos frente a una discusión meta normativa en la cual, los conceptos de persona física y jurídica, constituyen meras construcciones de la ciencia del derecho en la que el concepto de hombre no constituye una característica definitoria que permita resolver el problema de ambigüedad que aquellos presentan, no debemos desestimar lo que ella aporta, pues, como lo señalamos, las personas físicas y jurídicas, como conjuntos y centros de imputación de normas, pueden perfectamente reclamar, como derecho subjetivo, los derechos consagrados en la CADH, ya que, se insiste, restringir su aplicación aduciendo que únicamente salvaguardan los derechos de los hombres – como entes biológicos y sociales – resulta insostenible, atendiendo a que esa interpretación resulta del todo falaz, puesto que, al constituir el concepto de persona una construcción meramente normativa, la introducción de características definitorias para distinguir a uno y otro – como lo es concepto de hombre – resulta incorrecta, habida cuenta que, la distinción entre una y otra opera en un nivel meramente normativo y el concepto de hombre, sólo servirá para distinguir si el derecho fundamental resulta o no aplicable al

⁽¹⁶⁾ En especial cuando el fundamento de un cierto derecho pudiera ser la dignidad o se trate de ámbitos de libertad como las creencias religiosas que corresponden sólo a los individuos.

caso concreto y, en su caso, precisar los objetos que deben tutelarse en razón de la justificación que se pueda atribuir a las parcelas protegidas.

5. — *Entendimiento cabal de la CADH según la CorteIDH.*

En otro extremo, la CoIDH, en el caso *Cantos vs Argentina*, en el capítulo VI, analiza la excepción planteada por el Estado argentino, consistente en que las disposiciones de la CADH no son aplicables a las personas jurídicas, arribando a la conclusión de que si bien esta figura no ha sido reconocida expresamente por la Convención citada, como sí lo hace el Protocolo n°. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que, bajo determinados supuestos, el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho.

Es así que el propio interprete convencional, reconoce, explícitamente, que las personas jurídicas, en determinados supuestos, son titulares de los derechos consagrados en la convención, al reconocer inmerso en los derechos de las personas, el de constituir asociaciones o sociedades para la consecución de un determinado fin y, en esta medida, son objeto de protección, ya que los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas jurídicas se resuelven, a la postre, en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.

6. — *La interpretación constitucional conforme a estándares nacionales e internacionales.*

Además, México ha suscrito un sinnúmero de pactos internacionales en los que ha refrendado el compromiso de respetar los derechos humanos en su significado más amplio, lo que incluye tanto la connotación y sentido que a la institución se atribuye en México, pero también el reconocido en otras

latitudes como Europa, lo que refuerza el *corpus iuris* aplicable que, como bloque de constitucionalidad, recoge ahora la Constitución mexicana y amplía o complementa a convenciones, en particular la CADH.

La expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la CoIDH a la doctrina internacional. En su Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte manifestó que “el *corpus juris* del DIDH está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), tal como se desprende del propio artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁽¹⁷⁾.”

Por otro lado, en nuestra opinión, el artículo primero constitucional establece, no sólo un método interpretativo o para justificar el sentido asignado a una disposición en materia de derechos humanos, sino también (aunque no sólo) un criterio de elección entre los diferentes significados potenciales de un enunciado: el que sea conforme con los tratados internacionales.

En ese sentido, aplicando esta idea al tema que nos ocupa, la interpretación surge como una necesidad cuando la norma jurídica no es acorde al paradigma en que se aplica⁽¹⁸⁾. Por ello, es preciso que a la hora de asignar un significado a los enunciados normativos se tome en consideración aquél que incluya empleo de los tratados internacionales para la determinación del significado de los enunciados relativos a los derechos humanos.

En efecto, compartiendo las conclusiones que ha sostenido Ezquiaga, la nueva redacción del artículo primero constitucional, proporciona una directriz interpretativa de tipo sistemático de las disposiciones mexicanas sobre derechos humanos, teniendo como parámetro de validez lo establecido en

⁽¹⁷⁾ «Artículo 38. 1. 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 en el Artículo 59».

⁽¹⁸⁾ Vid. F. EZQUIAGA GANUZAS, *La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana*.

los tratados y, a la par, permite una interpretación sistemática de la propia Constitución mexicana⁽¹⁹⁾.

En consecuencia, a partir de lo previsto tanto en la nueva redacción del artículo 1º constitucional, como en la sentencia dictada por el Pleno de la SCJN con motivo del acatamiento a lo ordenado en el caso Radilla Pacheco⁽²⁰⁾, se tiene que es obligación interpretar las normas relativas a los derechos humanos de la forma más benéfica para la persona, lo que implica que no necesariamente hay una jerarquía entre ellas, sino que se aplicará la norma que ofrezca una protección más amplia⁽²¹⁾. En esta medida, si diversos instrumentos internacionales prevén como titulares de derechos humanos a las personas jurídicas, debe seguirse esta interpretación amplia también en la jurisprudencia mexicana.

Aunado a ello, debe recordarse lo que dispone el artículo 26 de la propia CADH, que establece el principio de progresividad de los derechos humanos, es decir, el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura. Principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales

⁽¹⁹⁾ *Ídem.*

⁽²⁰⁾ Expediente del Pleno de la SCJN Varios 912/2010.

⁽²¹⁾ Estas ideas son la aplicación del principio *pro personae* que es un criterio hermenéutico que informa todo el DIDH, en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Ver tesis 1a. XXVI/2012 (10a.) y I.4o.A.464 A.

derechos, en función de sus recursos materiales. Así, este principio de progresividad exige más bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

En ese sentido, el principio de progresividad correlacionado con el de universalidad, debe ser también entendido como un umbral de dinamismo normativo, en el cual, el cambio histórico-social implique una correlativa transformación normativa, por lo cual, si el propio Estado mexicano ha dejado a la interpretación judicial el alcance del artículo 1º constitucional, es ahora el propio juzgador el que debe mutar sus sistemas internos a fin de dar mayor efectividad en la protección y disfrute de los derechos fundamentales, sin importar, si se habla de personas físicas o jurídicas.

Entonces, si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección de las personas, sea de manera individual o colectiva, es lógico que las organizaciones que las personas – en su individualidad – crean para la protección de sus intereses, resulten también titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines y atender los intereses para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en muchos casos, sólo en defensa de un interés simple, sino como verdaderos titulares de un derecho fundamental propio. Por ello, atribuir a las personas jurídicas la titularidad de derechos fundamentales supone crear una verdadera defensa de derechos frente a cualquier pretensión adversa por parte del Estado o algún otro destinatario de deberes y supone, además, ampliar el círculo de eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social.

Así, el ámbito de protección de derechos fundamentales al que nos referimos – como derechos a algo⁽²²⁾ –, no debe limitarse a aquél en los que el obligado, preferentemente las autoridades aunque pueden ser también particulares, asumen un deber u obligación de no hacer equivalente a una prohibición – derechos de defensa –, sino que, además, debe necesariamente trascender sobre aquéllos en que el Estado o particulares obligados, tienen un deber u

⁽²²⁾ R. ALEXI (1993: p. 86).

obligación de hacer equivalente a una obligación o deber de actuar, atendible o ejecutable con variados medios alternativos – derechos de prestación –.

Paralelamente, conviene considerar que la dignidad y la justicia pueden ser proclamados como los valores últimos y fines esenciales del bienestar de los individuos, principal objeto de tutela en el DIDH, lo que conduce a que otros derechos basados en la libertad, igualdad, seguridad o propiedad, solo por poner unos ejemplos, se entiendan como medios y aparezcan justificados, en la medida que coadyuven a conseguir otros que se consideren prioritarios.

En ese sentido, Lorenzetti⁽²³⁾ habla de varios paradigmas que inducen las decisiones judiciales, especialmente cuando es urgente atender ciertas necesidades u objetivos que resulten preponderantes. Como ejemplo refiere el agua que en el siglo XIX no merecía especial regulación, mientras que ahora, dada la escasez de agua potable, se ha transformado en un elemento activo, reestructurando el sistema legal en múltiples aspectos, generando límites en el campo administrativo, urbanístico, y hasta existe la posibilidad de consagrar un derecho al agua potable.

Con base en lo anterior, el panorama de los principales paradigmas⁽²⁴⁾ lo basa en: *a)* el acceso a los bienes jurídicos primarios, *b)* el protectorio, *c)* el colectivo, *d)* el Estado de Derecho y, *e)* el consecuencialista. Dependerá del momento político, social, económico y circunstancial que algunos bienes constitucionales cobren más relevancia que otros.

Aplicando estas ideas a las personas jurídicas, parece claro que la tutela de sus intereses deben, por lo general, quedar sometidas y consideradas como medios para la defensa y protección de los intereses de los individuos.

En efecto, todos los enfoques adoptados llevan a una y la misma conclusión, es decir, que las personas jurídicas son detentoras de los derechos humanos y fundamentales consagrados en la Constitución Política de los

⁽²³⁾ LORENZETTI (2006: pp. 23 y 273).

⁽²⁴⁾ Lorenzetti afirma que los paradigmas pueden ser conceptuados como: «modelos decisorios que tienen un estatus anterior a la regla y condicionan las decisiones, también denominados ‘principios ocultos’ o ‘programas informales’, refiriéndose con ello a las reglas no explícitas de la actuación judicial».

Estados Unidos Mexicanos – siempre que la naturaleza ⁽²⁵⁾ del derecho lo permita –, y que esto ha sido una realidad mucho antes de que se efectuara la reforma constitucional del año dos mil once; por ende, la problemática que implica esta afirmación abandona totalmente el plano teórico que supone atribuir la potestad al Poder Legislativo de imponer límites a las interpretaciones del artículo 1º constitucional para pasar ahora a manos de los jueces, pues son ellos, y sólo ellos, los únicos capaces de resolver el problema que esta conclusión implica, un problema ya no gramatical, ya no filosófico, sino una de los mayores retos para un juzgador, es decir, un ejercicio de ponderación que privilegie los intereses colectivos y permita el mayor grado de funcionalidad total tanto a la Constitución como a los tratados internacionales de los que el estado mexicano es parte.

7. — *¿Qué personas están legitimadas para promover el juicio de amparo?*

En otro contexto, la Segunda Sala de la SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), al resolver la contradicción de tesis 4/2003-SS, determinó, que las personas morales oficiales podrán acudir al juicio de amparo siempre y cuando su actuación se circunscriba a la defensa de sus intereses patrimoniales como entes de derecho privado.

El porqué de esta excepción, explica la Segunda Sala de nuestro Máximo Tribunal, radica, esencialmente, en que el Estado, por conducto de las personas morales oficiales, puede obrar con un doble carácter: como entidad pú-

⁽²⁵⁾ En el mismo sentido, el Ministro José Fernando Franco González Salas, al emitir voto concurrente en el amparo en revisión 413/2012, sostuvo que: «tomando en cuenta la naturaleza de los derechos humanos y la naturaleza (objeto, funciones y finalidades) de las “personas morales” (creación jurídica) de derecho privado, algunos de esos derechos se pueden desdoblar con el carácter de derechos fundamentales para la protección de estas últimas (consideradas jurídicamente como sujetos de derechos y obligaciones distintos de las personas físicas que las forman). Máxime que algunas de esas personas jurídicas gozan constitucionalmente de regímenes protectores que establecen derechos y prerrogativas especiales y distintos a los de las personas físicas, como son, por ejemplo los otorgados a los: pueblos y comunidades indígenas, ejidos y comunidades agrarias, partidos políticos, sindicatos, cooperativas, etc.».

blica y como persona moral de derecho privado. En el primer caso, su acción proviene del ejercicio de las facultades con las que se haya investido como poder público; en la segunda situación, obra en las mismas condiciones que los particulares, esto es, contrae obligaciones y adquiere derechos de la misma naturaleza y en la misma forma que los individuos. Esta equiparación en el obrar, indujo al legislador a dotar al Estado y a sus personas morales oficiales de los mismos derechos tutelares que al individuo, cuando aquél obra como persona moral o jurídica de derecho privado, derechos tutelares entre los que, principalmente, se encuentran las garantías como medios de protección, deducibles a través del juicio constitucional.

Luego, se sigue de lo anterior que la excepción que previene el artículo 9° de la Ley de Amparo ⁽²⁶⁾, se refiere exclusivamente a la hipótesis de cuando las autoridades no actúan como tales, es decir, cuando defienden intereses patrimoniales. En otras palabras, cuando las autoridades acuden al juicio de amparo a defender esta clase de intereses, lo hacen en calidad y a semejanza de los particulares, pero no como personas morales oficiales.

Así, es evidente que el propio legislador ordinario, por medio del artículo 9° de la Ley de Amparo y la SCJN, han aceptado, por lo menos de manera tácita, la legitimación de personas morales oficiales para acudir al juicio de garantías a reclamar precisamente intereses patrimoniales, lo cual denota, si se quiere de manera indirecta, que en este caso la autoridad actúa como una persona de derecho privado, – entendida como sujeto de imputación de derechos y obligaciones – que ve transgredido un derecho patrimonial – que perfectamente podría encuadrarse a un caso en el que la persona jurídica protege por la vía constitucional sus derechos de propiedad ⁽²⁷⁾ –, lo cual evidencia que, por identidad de razón, las personas jurídicas de derecho pri-

⁽²⁶⁾ «Artículo 9. Las personas morales oficiales podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la Ley que se reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas. / Las personas morales oficiales estarán exentas de prestar las garantías que en esta Ley se exige a las partes».

⁽²⁷⁾ Esto demuestra nuevamente que no pretendemos llegar al extremo de estimar factible reclamar cualquier derecho fundamental pues, se insiste, deberá hacerse un ejercicio de subsunción, en el cual, se tome en cuenta la naturaleza del derecho fundamental.

vado pueden acudir a reclamar la tutela de derechos fundamentales, siempre y cuando, la pretensión pueda fácticamente subsumirse en el supuesto que protege la norma constitucional.

8. — *Criterios jurisprudenciales.*

Sobre el tema ya existen diversos precedentes jurisprudenciales que han dado pie a tres tesis cuyos textos son.

“Personas morales o jurídicas. deben gozar no sólo de los derechos fundamentales constituidos por los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales, y de las garantías para su protección, siempre y cuando estén encaminados a proteger su objeto social, sino también de aquellos que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la finalidad que persiguen”. *Las personas morales o jurídicas son sujetos protegidos por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que deben gozar de los derechos fundamentales constituidos por los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, siempre y cuando sean acordes con la finalidad que persiguen, por estar encaminados a la protección de su objeto social, así como de aquellos que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la finalidad referida. Lo anterior es así, porque en la palabra “personas”, para efectos del artículo indicado, no sólo se incluye a la persona física, o ser humano, sino también a la moral o jurídica, quien es la organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, dotada de órganos que expresan su voluntad independiente de la de sus miembros y de un patrimonio propio, separado del de sus integrantes, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones, acorde al título segundo del libro primero del Código Civil Federal, al artículo 9o. de la Carta Magna y conforme a la interpretación de protección más amplia que, en materia de derechos humanos se autoriza en el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional. Sin que sea obstáculo que los dere-*

chos fundamentales, en el sistema interamericano de derechos humanos, sean de los seres humanos, pues tal sistema no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que otorga una protección coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, por lo que una vez arraigados los derechos humanos en el derecho constitucional propio y singular del Estado Mexicano, éstos se han constituido en fundamentales, y su goce, así como el de las garantías para su protección, ha sido establecido por el propio derecho constitucional a favor de las personas y no sólo del ser humano⁽²⁸⁾.

“Quinto tribunal colegiado de circuito del centro auxiliar de la quinta región”. *Amparo en revisión 251/2012. Jefe de la Unidad de Catastro Municipal del Ayuntamiento de Culiacán, Sinaloa. 4 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García. Secretario: Edwin Jabaziel Romero Medina.*

“Control de convencionalidad ex officio. debe orientarse a la tutela de las personas jurídicas, cuando se protejan los derechos y libertades de acceso a la justicia, seguridad jurídica y legalidad de sus socios, integrantes o accionistas”. *Aun cuando en el ámbito jurídico no se han reconocido derechos humanos a las personas jurídicas, lo cierto es que en el caso Cantos vs. Argentina, cuyas sentencias preliminares y de fondo se dictaron el 7 de septiembre de 2001 y 28 de noviembre de 2002, respectivamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el individuo puede invocar violación a sus derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluso cuando ésta derive, a su vez, de la afectación a personas jurídicas; en este sentido, dicho criterio orientador pone de manifiesto que, bajo determinados supuestos, el individuo puede acudir a dicho órgano para defender sus derechos fundamentales, aun cuando estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el propio sistema jurídico. En esas condiciones, el control de convencionalidad ex officio no sólo puede estar orientado a la tutela de las personas físicas, sino también a las jurídicas, cuando se protejan derechos que sean compatibles con su naturaleza, como los derechos y libertades de acceso a la justicia, seguridad jurídica y legalidad de sus socios, integrantes o accionistas, atento al segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad*

⁽²⁸⁾ No. Registro: 2,001,403 / Tesis aislada / Materia(s):Común / Décima Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2 / Tesis: XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.) / Página: 1876.

con ésta y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, y de conformidad con los artículo 8, numeral 1 y 25 de la citada convención, en relación con los preceptos 14 y 17 constitucionales⁽²⁹⁾.

“Tercer tribunal colegiado de circuito del centro auxiliar de la segunda región”. *Amparo directo 492/2012. Materias del Comercio Exterior, S.A. de C.V. 6 de julio de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Moya Flores. Secretario: Guadalupe González Vargas. Amparo directo 693/2012. Distribuidora de Tiendas C.R., S.A. de C.V. 30 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Moya Flores. Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas. Amparo directo 719/2012. Servicios de Polietileno Excelente, S.A. de C.V. 30 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Mendoza Montes. Secretario: Hipólito Alatríste Pérez. Amparo directo 721/2012. Fiske, S.A. de C.V. 6 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Myriam del Perpetuo Socorro Rodríguez Jara. Secretaria: Enriqueta Velasco Sánchez.*

“Personas jurídicas. son titulares de los derechos humanos compatibles con su naturaleza”. *Del preámbulo y del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se advierte, en principio, que los derechos que reconoce son sólo los inherentes a la persona humana, pues aquél hace referencia expresa a los “derechos esenciales del hombre”, y el artículo 1, numeral 2, del propio ordenamiento, prevé que persona es todo ser humano. Por otra parte, la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, constituye un cambio de paradigma en el orden jurídico nacional, pues dicho precepto ahora dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, lo cual implica reconocer a los tratados referidos a derechos humanos un carácter particular, equiparable a las normas constitucionales, conformando un nuevo bloque de constitucionalidad, en la medida en que aquéllos pasan a formar parte del contenido de la Constitución, integrando una unidad exigible o imponible a todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales. En estas condiciones, si bien es cierto que el Órgano Reformador de la Constitución no dispuso expresamente como titulares de*

⁽²⁹⁾ No. Registro: 2,002,265 / Tesis aislada / Materia(s): Común / Décima Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2 / Tesis: VI.3o.(II Región) 2 K (10a.) / Página: 1300.

los derechos consagrados en ella a las personas jurídicas, como sí se hace en otras normas fundamentales e instrumentos internacionales como la Constitución Alemana o el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, también lo es que el texto constitucional citado alude lisa y llanamente al término “personas”, por lo que de una interpretación extensiva, funcional y útil, debe entenderse que no sólo se orienta a la tutela de las personas físicas, sino también de las jurídicas, en aquellos derechos compatibles con su naturaleza, como los de acceso a la justicia, seguridad jurídica, legalidad, propiedad y los relativos a la materia tributaria, entre otros, máxime que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido explícitamente, en el caso Cantos vs. Argentina, que las personas jurídicas, en determinados supuestos, son titulares de los derechos consagrados en el Pacto de San José, al reconocer el de constituir asociaciones o sociedades para la consecución de un determinado fin y, en esta medida, son objeto de protección. Además, México ha suscrito un sinnúmero de pactos internacionales en los que ha refrendado el compromiso de respetar los derechos humanos en su connotación común o amplia, lo que incluye la relación y sentido que a la institución se atribuye en el ámbito nacional, pero también el reconocido en otras latitudes, reforzando el corpus iuris aplicable que, como bloque de constitucionalidad, recoge la Constitución Mexicana y amplía o complementa a convenciones, en particular a la inicialmente mencionada. Refuerza lo anterior el hecho de que a partir de la nueva redacción del artículo 1o. constitucional y de la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo del acatamiento a lo ordenado en el caso Radilla Pacheco, registrada bajo el número varios 912/2010, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313, las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de la forma más benéfica para la persona, lo que implica que no necesariamente hay una jerarquía entre ellas, sino que se aplicará la que ofrezca una protección más amplia; en esta medida, si diversos instrumentos internacionales prevén como titulares de derechos humanos a las personas jurídicas, debe seguirse esta interpretación amplia y garantista en la jurisprudencia mexicana⁽³⁰⁾.

“Cuarto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito”. *Amparo directo 782/2011. Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 1o. de marzo de*

⁽³⁰⁾ No. Registro: 2,001,402 / Tesis aislada / Materia(s):Constitucional, Común / Décima Época / Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2 / Tesis: I.4o.A.2 K (10a.) / Página: 1875.

2012. *Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Indira Martínez Fernández.*

9. — *Conclusión.*

Con todo lo anterior, hemos intentado abordar la cuestión planteada en este trabajo desde diferentes vertientes del complejo mundo del Derecho. El análisis ha ido desde lo dogmático y metafísico que en ocasiones resulta ser la teoría jurídica, hasta lo más pragmático que son los precedentes judiciales, tanto nacionales como internacionales, ya que estos, a fin de cuentas, constituyen el criterio de validez de cualquier premisa de la cual se pueda partir, refiriéndonos, específicamente a los criterios que de hecho imperan en los órganos jurisdiccionales con los que nos encontramos relacionados, es decir, a lo que, de hecho, es previsible que los jueces decidirán en determinados asuntos.

En ese sentido, atendiendo a que la ciencia normativa – por lo menos desde el punto de vista de Kelsen –, ha identificado el problema de la distinción entre las personas físicas y jurídicas con una discusión meramente terminológica, en tanto que ambas constituyen construcciones artificiales de la ciencia del derecho con características definitorias, idénticas, en cuanto centros de imputación normativa y, que los precedentes judiciales nacionales e internacionales se van encaminando a reconocer esta nueva realidad como consecuencia de un cambio social y un mundo globalizado en el que las relaciones económico-políticas se dan entre personas jurídicas; por lo tanto, estimamos válido concluir que la hipótesis planteada en este trabajo es correcta, en tanto que, la ciencia del derecho y la práctica judicial han ido reconociendo, directa o indirectamente, la titularidad de derechos humanos y fundamentales a las personas jurídicas, razón por la cual, sostener un criterio contrario, tiende a convertirse, cada vez con mayor fuerza, en una conclusión inválida, que no errónea, en tanto que las normas convencionales y constitucionales, no estatuyen una obligación irrestricta a que le sean reconocidos esos derechos a tales entes jurídicos.

Asimismo, no debe olvidarse la esencia y fin de la reforma constitucional

en materia de derechos humanos, la cual, invita a la evolución y ampliación de los derechos de defensa y de protección de las personas, dentro de las cuales, necesariamente deben incluirse a las personas jurídicas.

Lo anterior, pues es un hecho notorio que, tanto el derecho positivo como los propios juzgadores, han reconocido directa e indirectamente la titularidad de derechos humanos a las personas jurídicas y, por tanto, el ahora privarlos de tal *status* no significaría otra cosa más que un verdadero retroceso e incumplimiento de los principios de progresividad y universalidad inmersos en la CADH, atento que, sí de hecho se les ha reconocido esa titularidad, tanto el constituyente como los jueces deberán esforzarse en que esa máxima protección que se les ha concedido opere verdaderamente como una defensa en contra de las acciones arbitrarias de la administración y no como una nueva coraza que los dote de inmunidad absoluta en contra de los actos jurídicos propios del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, Porrúa, CNDH, México, 2006.
- DIEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco, *La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México.
- KElsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa, 2003, México.
- NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel, España, 2003, 25.

ROBERTO CIPPITANI^(*)

CONSENT TO THE USE OF GENETIC INFORMATION:
RESPECT OF PRIVACY AND PROTECTION
OF OTHER FUNDAMENTAL INTERESTS

ABSTRACT: The international and national legal sources provide a protection on genetic information of individuals, on the ground of the legislation concerning the personal data, especially in Europe through the Directive 95/46/EC. The Directive, as well as the international legal instruments approved by the Council of Europe and by UNESCO, uses an individualistic approach to ensure the control of the personal genetic information, through the consent or the anonymisation.

However this scheme does not grant the solution of all problems concerning the genetic information, because of the special status of this kind of data. Furthermore, the individualistic approach prevents the balance between the will of the individual and the other fundamental interests protected by the legal system, such as the rights of other individuals (in particular the persons owning the same genetic information), the solidarity and the freedom of research.

Therefore, a protection of genetic information should be achieved, alongside with future and eventual legislative interventions, also through a better equilibrium between right to consent and the other interests, as well as by means some alternative legal techniques.

SUMMARY: 1. The consent within the legal sources. — 2. Legal protection of genetic information. — 3. The protection of genetic information through the discipline of privacy. — 4. Consent for processing genetic information. — 5. Exemption and limitations concerning consent. — 6. The particular status of genetic information. — 7. Genetic information and the rights of other subjects. — 8. The right to know own proper genetic origins. — 9. Other cases of insufficiency of the informed consent. — 10. Conclusive observations.

^(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”; Progetto Jean Monnet Modules 2013/2016 “Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments”, finanziati dall’Unione Europea, EACEA, nell’ambito del Programma Jean Monnet - Lifelong Learning Programme.

1. — *The consent within the legal sources.*

The legal obligation to require the consent of an individual involved in an activity that could affect his or her interests is relatively recent.

It is only after World War II that legal sources have begun to consider this issue, usually in cases of medical treatment.

The Italian *Costituzione* of 1948, which establishes the obligation of consent to medical treatment (see Article 32 of the Italian Constitution)⁽¹⁾ constitutes an example.

Other Constitutions, directly or indirectly, provide for consent, as in the case of Article 7 of the Constitution of Finland and the paragraph 2, pt. 2 of the German Constitution, where they recognize the right to personal liberty⁽²⁾ or in the Swedish Constitution which prohibits physical violations of the person (see Article 6).

More recent, on the other hand, is the need of consent for a person's involvement in scientific activities.

That issue, as all linked to the ethical aspects of research, received attention from the scientific community immediately after World War II. In fact this period had seen a highly offensive use of science against human dignity, as in the laboratories of Nazi scientists.

Symbolically, the first document in the field of research was adopted by the medical scientific community in Nuremberg, the place of the proceedings against Nazi criminals, including several scientists and physicians.

The so-called «Nuremberg Code» concerning the «Permissible Medical Experiments» set as absolutely essential for the medical experimentation the voluntary consent of the person concerned.

However the issue of informed consent has been absorbed in the medical practice and, therefore, over the following years the legal sources gave no

⁽¹⁾ See the judgement of *Corte costituzionale* of 23 December 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328.

⁽²⁾ H. NYS et al., *Genetic Testing Patients' rights, insurance and employment. A survey of regulations in the European Union*, (Office for Official Publications of the European Communities) Luxembourg, 2002, pp. 38 and 54.

relevance to the will in scientific activity on assumptions other than medical treatments.

In fact only the most recent, or recently modified, Constitutional charters take into consideration the consent in the specific field of scientific research.

This is an evolution that depends on a new cultural and also legal sensitivity about the importance and risks of techno-science (i.e. science impacting the world through technology).

Thus, within the Swiss Constitution, Article 118b, entered into force on March 7, 2010, disciplines informed consent in the research on humans. Also in the Constitutions of Bulgaria in 1991 (Article 29), Slovenia (Article 18), Hungary (Article III, § 2) and Croatia (Article 23) prohibit medical or scientific experimentation without the consent of the person concerned.

In other cases, at the level of national law, consent is disciplined by ordinary legislation or other rules.

Among the national legislations, is the French law which devotes several provisions to consent in the scientific and health sectors. In particular several laws have been approved in the field of bioethics, which have modified the Civil Code, introducing in Book I «*Des personnes*», Title I (*De civils droits*), the Chapter II «*Du respect du corps humain*» (Articles of 16 to 16-9), the Chapter III «*De l'examen des caractéristiques Génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes Génétiques*» (sections 16-10 to 16-13), and the Chapter IV «*De l'utilisation des techniques d'imagerie cérébrales*» (Article 16-14).

Regarding the field of biomedics, the French Code requires the consent of the persons for all medical treatments (Article 16-3, paragraph 2 Civil Code), which collect their genetic information (Articles 16-10, 16-11, 16-12 Civil Code), and this requirement also applies to brain imaging techniques (Civil Code Article 16-14)⁽³⁾.

At the continental level the matter makes parts of the competences of the European Union law and of the system of the European Convention on Human Rights (herein referred to as «ECHR»). The European Union, in the

⁽³⁾ Also in Netherlands the fundamental discipline of the consent is provided by the Civil Code, see Article 7:450.

last two decades, has developed the theme of the knowledge society, that's to say a society in which research and technology play a key role⁽⁴⁾. EU law addresses both the opportunities and risks of a Society of research-based knowledge and technology. The issue of informed consent is considered as a pivotal dimension of European society⁽⁵⁾.

In particular, the bio-legal topic is regulated at the constitutional level in the Charter of Fundamental Rights, which acts as a sort of a «bioethics constitution», because takes into consideration the need to protect the fundamental interests in the framework of economic, therapeutic and scientific activities.

In particular, Article 3 of the Charter sets out that human dignity has to be respected in medicine and biology, especially granting that in such activities the free and informed consent of the person concerned is required, in the manner defined by law.

The informed consent is not directly disciplined by the ECHR, but the European Court of Human Rights (hereinafter «Court ECtHR») derives the regulation on consent from the Article 8 ECHR (Right to respect for private life and family).

Furthermore, the Council of Europe has elaborated a specific regional convention concerning biomedicine, the «Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine», made in Oviedo on 4 April 1997 (hereinafter «Convention on Biomedicine» or «Convention of Oviedo»). That Convention was supplemented by additional protocols on specific topics: the additional Protocol concerning organ transplantation and tissues of human origin (Strasbourg, 24 January 2002); the additional Protocol concerning biomedical research

⁽⁴⁾ See the papers B.E. SOSA MORATO, *Un humanista ante el umbral de la Sociedad del Conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla*, V. COLCELLI, *El «conocimiento» en la tradición del derecho privado europeo*; R. CIPPITANI, *El Derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Sociedad del Conocimiento*; M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *Sucintas reflexiones en torno al derecho de la sociedad del conocimiento*, in R. CIPPITANI (edit. by), *El Derecho de la Sociedad del Conocimiento*, Roma-Perugia, 2012.

⁽⁵⁾ See A. SASSI, *Consentimiento informado*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA and R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013.

(Strasbourg, 25 January 2005); the additional Protocol concerning genetic testing for health purposes (Strasbourg, 27 November 2008).

Within the above mentioned context, it is important to underline the case-law of the ECtHR which in some judgments refers to the Convention of Oviedo to enforce the norms arising from the ECHR⁽⁶⁾, even where the State concerned has not signed or ratified the Convention yet⁽⁷⁾.

Furthermore, the Institutions of the Council of Europe, such as the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly, adopt instruments of softlaw as recommendations and resolutions relating to the Oviedo Convention and its Additional Protocols.

The Convention of Oviedo, in particular, states the «general rule», according to which «An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it» (Article 5). The need for consent is also provided on all matters regulated by the Convention on Biomedicine, as scientific research (Article 15) and the donation of human organs or tissues (Article 19).

Moreover, with regard to scientific research in the bioethics matter, it is important to mention the Additional Protocol to the Oviedo Convention of 25 January 2005, which focuses on informed consent, in particular, through Article 13 and following dispositions.

Under the European law, informed consent is not provided only in respect to the biomedical fields.

The entire discipline for the protection of personal data, for example, requires as essential for the lawful processing of such data the consent of

⁽⁶⁾ See, H. NYS, *Towards an international treaty on human rights and biomedicine? Some reflections inspired by UNESCO's Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, in *European Journal of Health Law*, 2006, p. 7; E. GLAD, *The global significance of the Convention on Human Rights and Biomedicine*, in J.K.M. GEVERS et al., *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, (Martinus Nijhoff) Leiden, 2005, p. 44.

⁽⁷⁾ See for example ECtHR, 10 April 2001, *Cyprus v. Turkey*; Id., 9 March 2004, *Glass v. UK*; Id. 8 July 2004, *VO v. France*; Id., 10 April 2007, *Evans v. United Kingdom*; Id., 11 November 2007, *Özalp v. Turkey*; Id., 16 December 2008, *Ada Rossi a.o. v. Italy*. See H. NYS, *The European Convention on Human Rights and Biomedicine: a European Patient Rights Instrument*, in *www.coe.int*.

the persons concerned. This as provided by Article 8, § 2, Charter of Fundamental Rights and by the EU law, mainly by Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to treatment of personal data and the free movement of such data.

2. — *Legal protection of genetic information.*

An important set of information which can be collected during therapeutic and scientific research is the genetic data concerning human subjects⁽⁸⁾.

The genetic data for each individual is contained in his or her billions of cells, making up the human body and in particular the molecules and structures such as DNA, RNA and chromosomes. They determine several features of the natural persons, such as eye colour, blood type, height, as well as several diseases or other characteristics.

That information may be inherited or acquired during cell division and influence subsequent generations («germinal genetic data») or cells and tissues («somatic genetic data»)⁽⁹⁾.

From a legal point of view, defining the genetic information is not only a scientific question, but it is a task needing the political and legal choice of the interests to be protected⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ More correctly, «Data represents material for analysis. Information is what follows from that analysis. The significance of the data that we perceive is it is interpreted », see M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, (Cambridge University Press) Cambridge, 2012, p. 56. Anyway the Directive 96/45/EC (see Article 2, letter a) uses data as information: «“personal data” shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (“data subject”)».

⁽⁹⁾ See the definitions provided by in E. McNALLY, A. CAMBON-THOMSEN et al., *Ethical, legal and social aspects of genetic testing: research, development and clinical applications*, Bruxelles, 2004, report by the independent expert group to the Commission, http://ec.europa.eu/research/conferences/2004/genetic/pdf/report_en.pdf.

⁽¹⁰⁾ See J. GERARDS, *General Issues concerning Genetic Information*, in J.H. GERARDS, A.W. HERRINGA and H.L. JANSEEN, *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, (Itersentia) Oxford, 2005, pp. 5 ff. and 11.

In the last decades many national, supranational, international legal sources are protecting the genetic information, as an important expression of the personality of the individual and, therefore, from a legal point of view, as object of the fundamental rights.

A first legal definition of «genetic data» was provided by the Article 1, of the Recommendation of the Committee of Ministers of Council of Europe, No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data (of 13 February 1997).

Among the «medical data», that's to say the «personal data concerning the health of an individual», there is also the genetic data which is the «data, of whatever type, concerning the hereditary characteristics of an individual or concerning the pattern of inheritance of such characteristics within a related group of individuals».

This definition is very huge and includes any kind of information concerning the «hereditary characteristic» of the persons, independently from the source of the information⁽¹¹⁾.

More specific is the definition contained within the «International Declaration on Human Genetic Data» of 2003 of UNESCO (hereinafter «Declaration of UNESCO»), which distinguishes (at the Article 2) human genetic data as «Information about heritable characteristics of individuals obtained by analysis of nucleic acids or by other scientific analysis», «human proteomic data» («Information pertaining to an individual's proteins including their expression, modification and interaction»), and in general the «biological samples», concerning «Any sample of biological material (for example blood, skin and bone cells or blood plasma) in which nucleic acids are present and which contains the characteristic genetic make-up of an individual».

The Council of Europe in 1997 adopted the Convention on Human Rights and Biomedicine signed in Oviedo April 4, 1997, which dedicates Chapter IV to the human genome, establishing, above all, the prohibition of discriminations based on genetic heritage (Article 11) and of the interventions on genome aiming at introducing modifications in the genome of any descendants (Article 14).

⁽¹¹⁾ See C.S. DIVER and J.M. COHEN, *Genophobia: What Is Wrong with Genetic Discrimination?*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2001, 149, p. 1451.

Several Additional Protocols to the Convention of Oviedo make references to genetic information such as: the Protocol of 1998 on the Prohibition of Human Cloning; that of 2001, on Transplantation of Organs and Tissues of Human origin; the Protocol of 2005 concerning the Biomedical Research, and finally the most recent, which is the focus and topic studied in this paper, the Additional Protocol to the Oviedo Convention concerning Genetic Testing for health adopted in Strasbourg on 27 November 2008.

The above mentioned EU Charter reaffirms the prohibition of discrimination based, among others, on genetic characteristics (Article 21) and imposes the ban of the eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons, as well as the reproductive cloning of human beings.

At national level, usually the Constitutions do not provide coverage to genetic data.

As matter of fact, genetic data falls within the more general protection of the fundamental rights⁽¹²⁾. Specifically, the most significant constitutional references on the subject can be observed in the legal protection of values of human dignity, physical integrity and personal freedom⁽¹³⁾.

In this respect, two interesting examples, within Europe, are represented by the constitutions of Switzerland and Portugal which both contain specific references to the protection of the genetic data.

The Constitution of the Swiss Confederation, already before the update of 1999, stated in article 24 novies specific rules on the use of human reproductive and genetic material. Following the constitutional amendment of 1999, Article 119 establishes the general principle that the human being must be protected from abuse of reproductive medicine and genetic engineering.

In application of this principle, in particular it is provided that the genetic makeup of a person can be analysed, recorded, or detected only with the consent or on the basis of legal prescription and each person has access to his/her genetic data.

⁽¹²⁾ A. RUGGERI, «Nuovi» *Diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Pol. dir.*, 2, 1993, p. 183.

⁽¹³⁾ A. FALCONE, *La tutela del patrimonio genetico umano, fra Costituzione e diritti, verso la formazione di un Corpus Iuris sul genoma umano*, (Rubbettino) Catanzaro, 2012, p. 17.

With respect to the Portuguese Constitution of 2 April 1976, as amended by on 1997, the Article 26.3 second paragraph sets out the right to genetic identity.

At the level of the sub constitutional legislation, the matter of genetics is regulated, for example, by the French and Austrian laws, which were the pioneering laws in Europe.

In particular, the French Law regulates the use of genetic data, through the above mentioned Chapter III of the Title I of the Civil Code devoted to «*De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques*» (examining the genetic characteristics of a person and the identification of a person using genetic prints), which was introduced by the laws concerning bioethics, the last one being the Law no. 2011-267 of the 14 March 2011⁽¹⁴⁾.

Other countries have adopted a specific legislative framework⁽¹⁵⁾.

Otherwise, some national systems, such as Italy, prefer soft law instruments as guidelines and recommendations of the Ethics Committees⁽¹⁶⁾.

3. — *The protection of genetic information through the discipline of privacy.*

Usually, the main legal means for the protection of genetic data is considered to be the discipline of privacy.

⁽¹⁴⁾ About the French *loi de bioéthique*, see R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in *Dir. fam.*, 2012, pp. 1836-1865; ID., *La nuova ley Francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, in *Criminogenesis*, 2011, pp. 199-214.

⁽¹⁵⁾ According to the Swiss Law, see the Federal Law on Human Genetic Testing, approved on 2004 and entered in force on 1st April 2007. In Germany in the last years a Law concerning the Genetic Diagnostic has approved (*Gendiagnostikgesetz* - GenDG), entered into force on 1st February 2010. See A. DIURNI, *Esperienze di regolamentazione della diagnostica genetica*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 660.

⁽¹⁶⁾ According to Italy see the document of the COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Orientamenti Bioetici per i Test Genetici* del 19 novembre 1999 and *Linee-guida per le attività di genetica medica* enclosed to the *Agreement between Italian Ministry of Health and Regions* of 15 July 2004.

At the European level, the first regulatory intervention was put in place on 1981 by the Council of Europe with the Strasbourg Convention on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.

Such a Convention includes the basic principles that govern even today the treatment of personal information, and therefore also of genetic data.

In particular, article 5 of the Convention provides that «Personal data undergoing automatic processing shall be: a. obtained and processed fairly and lawfully; b. stored for specified and legitimate purposes and not used in a way incompatible with those purposes; c. adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored; d. accurate and, where necessary, kept up to date; e. preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored».

According to the European Union law such a protection is granted by the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. This directive has allowed the establishment of a European notion of privacy regarding personal information⁽¹⁷⁾, in a field where the national definitions may be many⁽¹⁸⁾.

The Directive on privacy is related to all personal data considered as «any information relating to an identified or identifiable nature of a person», where «an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity» (Article 2, § 1).

The Directive does not make reference to the genetic information, but

⁽¹⁷⁾ M. SIMONCINI, *Legislazione antiterrorismo e tutela della privacy*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 963.

⁽¹⁸⁾ P. ROBERTS, *Privacy, Autonomy and Criminal Justice Rights: Philosophical Preliminaries*, in P. ALLDRIDGE and C. BRANTS, *Personal Autonomy, the Private Sphere and Criminal Law: A Comparative Study*, (Bloomsbury Publishing) London, 2001, p. 49 ff.

it refers to data which could represent genetic information. In particular the Article 8, § 1, of the Directive takes into consideration «personal data revealing racial or ethnic origin, and (...) data concerning health». Such data are considered «sensitive» because they reveal particular and intimate aspects of the life of a person. As a consequence of this, the processing of those data can be prohibited or subject to particular discipline, in order to grant the reinforced protection provided by the Directive.

The qualification for genetic information as personal data is confirmed by the literature ⁽¹⁹⁾ and by the documents approved by the authorities dealing with privacy.

Among these documents appears a very interesting one, the «Working Document on Genetic Data», adopted on 17 March 2004 by the «Article 29 Data Protection Working Party» ⁽²⁰⁾.

According to the Working document there is no doubt that genetic information content must be considered as personal data (§ III, p. 5). In fact genetic information could lead in many cases to the identification of a person, associating with a given person through the examination of DNA samples.

4. — *Consent for processing genetic information.*

In consequence of the above mentioned qualification, it would be possible to apply to genetic information the discipline concerning consent in collecting, processing and storage of personal data, especially those which are to be considered as sensitive.

According to the definition contained within the Article 2 of the Declaration of UNESCO mentioned above, the consent is «Any freely given specific, informed and expressed agreement of an individual to his or her genetic data being collected, processed, used and stored».

⁽¹⁹⁾ M. D'AMICO, *Il trattamento pubblico dei dati sensibili: la disciplina italiana a confronto con il modello europeo*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2002, p. 817 ff.

⁽²⁰⁾ Available at the following address: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wp-docs/2004/wp91_en.pdf.

The subsequent Article 6 (letter d) provides that «It is ethically imperative that clear, balanced, adequate and appropriate information shall be provided to the person whose prior, free, informed and expressed consent is sought».

Therefore, the requirements for a valid consent on the use of the genetic information are the following: a) they are requested for specific and lawful purposes; b) the information provided has to be adequate from both subjective and objective points of view; c) the consent has to be free; d) it must also be explicit and formal.

a) The purposes

According to the Article 6 of the Directive 95/46/EC personal data must be collected only in order to achieve specific purposes and must be processed in a way compatible with those purposes (so called «Finality principle»). In addition, personal data must be adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and further processed (Proportionality principle).

As above mentioned, being sensitive data, not all the purposes may be acceptable in order to process the genetic information⁽²¹⁾.

The respect of the finality and proportionality principles implies a clear determination of the purpose for which genetic data are collected and further processed.

To avoid incompatible re-use it is essential that the purposes for processing genetic data are clearly defined.

Furthermore, an evaluation of the respect for proportionality and the respect for legitimacy is necessary, taking into account the risks for the protection of fundamental rights and freedoms of individuals and notably whether or not the intended purpose could be achieved in a less intrusive way.

According to Article 6 of the Declaration UNESCO the scope available for the use of genetic data are as follows: (i) diagnosis and health care, including screening and predictive testing; (ii) medical and other scien-

⁽²¹⁾ The processing of genetic information for purposes not recognised by the law may be punished by the criminal law, as it happens in French for those requesting genetic testing on himself or others, outside of cases authorized by law (see Article 226-28-1 penal code).

tific research, including epidemiological, especially population-based genetic studies, as well as anthropological or archaeological studies, collectively referred to hereinafter as «medical and scientific research»; (iii) forensic medicine and civil, criminal and other legal proceedings; (iv) any other purpose consistent with the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights and the international law of human rights.

Consent is also needed in cases of the cross-matching of the human genetic data «stored for diagnostic and health care purposes and for medical and other scientific research purposes, unless otherwise provided for by domestic law for compelling reasons and consistent with the international law of human rights» (see Article 22).

The admissibility of aims of research, health treatments and judicial procedures are also established within the supranational legislation (Article 8, § 3, of the Directive 95/46/EC) and by the national laws (see Article 16-10 and 16-11 French «*Code Civib*»; see also Italian «*Garante per la protezione dei dati personali*», General Authorisation No. 8/2012 of 13 December 2012, § 3).

b) Adequacy of the information provided

Generally speaking, consent must be informed, that is to say based on information that allows the evaluation and understanding of the facts and consequences of an action⁽²²⁾.

To this end information should be provided in an adequate manner (Article 13, § 1, Additional Protocol Biomedical Research), both from subjective and objective viewpoints.

From the subjective point of view, the information is appropriate if provided by qualified professionals and researchers.

The Helsinki Declaration (§ 14) states that information is communicated by «physician or another appropriately qualified individual»⁽²³⁾. On the other hand, in cases of research activities, Article 3, § 2.b Directive 2001/20/

⁽²²⁾ WP131 - Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records.

⁽²³⁾ World Medical Association, *Declaration of Helsinki, Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, in www.wma.net.

EC⁽²⁴⁾ provides that consent is collected by research staff members.

Furthermore, information is adequate from the subjective point of view, if expressed in an understandable way (Article 13, § 1, Additional Protocol to the Biomedical Research), taking into account the personal situation and context (especially the social, cultural and economic ones)⁽²⁵⁾. This also applies if the person concerned is a professional expert (see the judgment of ECtHR, *Csoma v. Romania*).

According to the contents of the information to be provided, Article 10 of the Directive no. 95/46/EC requires that: (a) the identity of the controller and of his representative; (b) the purposes of the processing for which the data are intended; (c) any further information such as the existence of the right of access to and the right to rectify the data concerning him are communicated.

With specific respect to genetic information, Article 6 (letter d) of the Declaration UNESCO establishes that the following information must be provided:

- the context in which the activity is performed: the objectives and nature (see items 2.j Directive 2001/20/EC, Article 5 Oviedo Convention), including funding sources if scientific research (see Article 13, § 2: VIII), as well as the conditions under which the intervention will take place (Article 3, paragraph 2, letter b), Directive 2001/20/EC);
- the risks and consequences of the processing (see also Article 2.j Directive 2001/20/EC; Article 5 Convention of Oviedo)⁽²⁶⁾;
- other issues such as the measures in order to implement the respect of

⁽²⁴⁾ Directive 2001/20/EC of The European Parliament and of The Council of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use.

⁽²⁵⁾ See mainly the document of the EUROPEAN GROUP OF ETHICS AND NEW TECHNOLOGIES, *Ethical aspects of Clinical Research in Developing Countries*, Opinion no. 17, 2003, § 1.29.

⁽²⁶⁾ Article 13 of Additional Protocol refers to the specific biomedical research is necessary to identify «the arrangements for responding to adverse events or the concerns of research participants», as well as «the arrangements for fair compensation in the case of damage».

privacy and the confidentiality of personal data (see the Additional Protocol to the Oviedo Convention on biomedical research).

c) Form of the consent

As general rule, the consent must not be ambiguous (see Article 7 of the Directive on the protection of personal data) and it may consist in «any freely given specific and informed indication of his wishes» (Article 2.h).

However, with respect to sensitive data the Directive requires that the consent is not only clear, but also explicit⁽²⁷⁾.

This, because it is recommended that the form of expression of consent should depend on the importance of the interests to be protected⁽²⁸⁾.

Therefore, only some legal texts clearly envisage that the consent has to be expressed in writing.

The Convention of Oviedo refers to the need for written consent in the case of participation of the person in scientific research (see Article 16, v) or in the case of obtaining organs and tissues from living donors and transplantation (see Article 19, paragraph 2, which provides that the consent is given in writing to an official).

In this context, the written consent is provided in particular to process genetic information (see the General authorization no. 8/2012 § 6; see also Article 16-10 of the *Code Civil*, second intend and also in French Law the Article L. 1131- 1 Code Santé Publique, hereinafter «CSP»).

d) The freedom of consent

As above mentioned, usually the legal documents affirm that consent must be freely provided.

The person concerned is entitled to choose whether or not to accept the activity which receives the information⁽²⁹⁾. Furthermore, this right includes

⁽²⁷⁾ See WP131 – *Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR)*.

⁽²⁸⁾ See § III.A.3 of *Opinión 15/2011 on the definition of consent*, ref.

⁽²⁹⁾ See *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, ref.

also the right to know and the right to not know the results of the genetic testing, as specifically provided by the Article 10, § 2, of the Convention of Oviedo (within the French Law, see Article L. 1111-2 CSP).

To be effectively free, the consent can only be considered valid only if no intimidation, coercion or threat of negative consequences were put in place⁽³⁰⁾.

Coercion and intimidation may be exercised in many ways, through social, economic and financial factors⁽³¹⁾.

Manipulations should also be avoided, i.e. «that it seeks to alter people's behaviour by influencing them in ways that somehow bypass rational agency; rather than influencing them through reason and argument, we (typically through some 'sleight of hand') seek to change their mind by appealing (consciously or otherwise) to non-autonomous and/or non-rational parts of the person»⁽³²⁾.

It is specifically prohibited any threats of sanctions or refusal of medical treatment or other benefits.

As well as financial incentives or taking advantage of economic or personal situation (see in particular Articles 8, letter a and 9 of Declaration UNESCO; Articles 4, letter d, 5, letter d) Directive 2001/20/EC)⁽³³⁾.

A particular case is the employee's consent. This is a situation which can be difficult for consent to be effectively free. So special care should be given in the assumption of an acquisition of consent in the context of an employment relationship. In particular the consent should not be linked to chances of winning or losing jobs or careers⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽³¹⁾ Véase WP131 – *Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records*.

⁽³²⁾ EUROPEAN COMMISSION, *European Textbook on Ethics in Research*, (Publications Office of the European Union) Luxembourg, 2010, p. 38.

⁽³³⁾ See NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *The Ethics of Research Related to Healthcare in Developing Countries*, London, 2002, in www.nuffieldbioethics.org.

⁽³⁴⁾ See WP48 on the processing of personal data in the employment context y WP114 - *Working document of the Article 29 Working Party on a common interpretation of Article 26(1) of Directive 95/46/EC* of 24 October 1995.

Furthermore, the consent is free if it can be withdrawn in any moment (see in particular Article 9 of Declaration of UNESCO).

Other aspect of the freedom of consent is its «granularity»⁽³⁵⁾ in the sense that it is provided only to activities and very limited and specific contexts⁽³⁶⁾.

It is what emerges from the recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe Rec (2006) 4 of 15 March 2006, which refers to research on biological material of human origin. Article 12, § 1, requires that biological material collected for purposes other than scientific research (ex for therapeutic purposes) can't be used without consent or authorization. This is when the subsequent activity is «substantially different» with respect to that authorized⁽³⁷⁾.

The granularity of consent has as a consequence a need for adaptation of the consent to changing situations that refer to the same person (ex a child becomes a teenager)⁽³⁸⁾.

Also if consent can't be attributed for a long period of time. EU documents advise those responsible for the processing of personal data to re-ask the person to confirm or refuse consent⁽³⁹⁾.

5. — *Exemption and limitations concerning consent.*

The legislation concerning the protection of the personal data, which is also applicable to genetic information, provides some cases where the consent is not needed or has not be provided directly by the data subject.

⁽³⁵⁾ See § III.A.1 de la Opinión 15/2011 *on the definition of consent*, ref.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁷⁾ COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory report to the convention on human rights and biomedicine*, 1997, § 214.

⁽³⁸⁾ *Working document 1/2008 on the protection of children's personal data*, WP 147 18 february 2008.

⁽³⁹⁾ See also the Article 29 Working Party Opinion no. 171 *on online behavioural advertising*, of 22 June 2010.

a) The consent of vulnerable persons

The legal sources, including those on the use of genetic information, specifically refer to the cases where the persons are not capable to provide consent⁽⁴⁰⁾.

In this type of case the main rules applicable are the following:

– Legal representative. Article 8 (letter b) of the Declaration of UNESCO establishes that where «a person is incapable of giving informed consent, authorization should be obtained from the legal representative, in accordance with domestic law».

In particular, the Italian Authority on Privacy (see § 6 of the General authorization above mentioned) states that consent may be provided, along with the legal representative, also by «a next of kin, a family member, a person cohabiting with the data subject, or – failing these – the manager of the facility where the data subject is domiciled».

– The best interest. According to the above mentioned Article 8 (letter b) of the Declaration of 2003 «The legal representative should have regard to the best interest of the person concerned».

The best interest of the vulnerable is not left to the mere opinion of the legal representative. Therefore the interest of the vulnerable person refers to a needed health treatment (or in case of the risk of a genetic disease) or a scientific research, but only in some specific cases (The research is aimed at improving the health of other individuals that either are in the same age group or are affected by the same disease; A research for similar purposes may not be carried out by processing data related to individuals that can provide their consent; The research does not entail significant risks to the data subject's dignity, rights, and fundamental freedoms, see § 6 of the General Authorisation of the *Italian Garante*).

⁽⁴⁰⁾ For an overview on the legal sources on this matters, see, among others, K. HENS, H. NYS, J.J. CASSIMAN and K. DIERICKX, *Biological sample collections from minors for genetic research: a systematic review of guidelines and position papers*, in *European Journal of Human Genetics* (2009), pp. 1-12.

- The participation of the vulnerable persons. In the case of an adult incapable of giving full consent, he/she should as far as possible take part in the authorization procedure. On the other hand the opinion of a minor should be taken into consideration in proportion to age and degree of maturity (see Article 8, letter c, Declaration of UNESCO; see also § 6 of the General authorization of the *Italian Garante*).

This principle is consistent with the provision of Convention of Oviedo (see Article 6, § 3) and of Additional Protocol of genetic testing (Article 11, § 1). In particular the latter explicates the right to the vulnerable person to receive the adequate information.

It also needs to be underlined that Article 9 of the Convention of Oviedo provides that the previously (before the situation of the incapacity) expressed will of the incapable person has to be taken into consideration.

In particular with reference to the issue of participation, it is important to specify that the incapacity considered by the legal sources is not that provided by the civil law concerning the patrimonial relationships. The Italian Civil Code, as well as other national legislations, provides that persons are not able to act in contractual relationships before a specific age (in general 18).

The modern legislation, when personal interests are affected, oversees the civil law rule of the absolute incapacity of the person to act.

In Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities establishes provisions that state that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life (see § 2). This is applied especially in the case of personal issues as those relating to informed consent.

The European system of protection of human rights provides that such persons must be guaranteed the greatest possible autonomy (Grand Chamber in *Stanev v. Bulgaria* of 17 January 2012) and that restrictions on their autonomy must be strictly necessary (*Shtukaturov v. Russia*, of 27 March 2008, par. 90, 93-95) and respect the principle of proportionality (*Salontaji-Drobnjak v. Serbia* of 13 October 2009).

b) Limitations or absence of the right to consent

In some cases the treatment of the genetic information, as other sensitive data, may be allowed without the consent of the subject data.

In particular, in accordance with Article 8 of that Convention, consent is not requested in case of an emergency when «any medically necessary intervention may be carried out immediately for the benefit of the health of the individual concerned».

The same approach is followed also by the European Principles of Medical Ethics (adopted by the International Conference of Medical Associations and Organizations on 6 January 1987, see the Article 4).

The case of emergency is not explicitly mentioned in the field of medical experimentation (Article 20 of the European Principles of Medical Ethics). A reference to urgency cannot be found in Directive 2001/20/EC or instruments of the Council of Europe dealing with scientific research.

However, the proposal for a regulation of the European Union that will replace Directive 2001/20/EC⁽⁴¹⁾ (see Article 32) provides for the possibility, in an emergency situation, that consent would be required after the start of the experiment, confirming that in normal situations consent must be previously acquired.

The situation of emergency is defined as the case in which, for example, a patient has had a life-threatening condition due to multiple traumas, strokes or seizures heart, requiring immediate medical intervention (the recital 23 of the proposed Regulation).

Furthermore, Article 32, § 1 of the proposed regulation provides some additional conditions to be met: a) it is impossible to obtain prior consent, or is impossible to provide prior information; b) is not available a legal representative; c) the person has not previously declared his objection and this is known to the researcher; d) research has a direct connection with the situation that causes the impossibility of obtaining informed consent.

However the person (or their legal representative) has the right to be

⁽⁴¹⁾ See *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on clinical trials on medicinal products for human use, and repealing Directive 2001/20/EC*.

informed and give consent as soon as possible, when situations of impossibility end (see Article 32, § 2 proposed Regulation).

Further limitations to the right to consent may be admissible to safeguard other interests recognised by the constitutional norms. This is the case of the freedom of expression. According to Article 9 of Directive no. 95/46/EC which establishes that Member States are entitled to approve exemptions or derogations from obligations arising from the discipline of the protection of personal data for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression.

More in general, the national legislation may impose limitations on some rights to protect personal data, for reasons such as national security; defence; public security; the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, or of breaches of ethics for regulated professions; an important economic or financial interest; and moreover the protection of the data subject or of the rights and freedoms of others (see Article 13).

c) Anonymisation

According to the definition of «personal data», to be protected by the law, the information taken into consideration is linked to an identified or identifiable person.

Thus, if a data might not be associated to a specific person, it is outside the protection of the legislation and it can be processed without the consent of the data subject.

The data are considered anonymous taking into account « all the means likely reasonably to be used either by the controller or by any other person to identify the said person » (see 26th recital of the Directive 95/46/EC).

The data may be collected in a non anonymous way and subsequently then can be anonymised. With this respect the Directive argues that the codes of conduct (see the definition of Article 27) «may be a useful instrument for providing guidance as to the ways in which data may be rendered anonymous and retained in a form in which the identification

of the data subject is no longer possible» (see 26th recital of the Directive 95/46/EC)⁽⁴²⁾.

The data « are anonymised if all identifying elements have been eliminated from a set of personal data. No element may be left in the information which could, by exercising reasonable effort, serve to re-identify the person(s) concerned»⁽⁴³⁾.

The European documents admit pseudonymisation, as one form of anonymisation. This is where the identifiers are replaced by one pseudonym, and the data cannot be identifiable without the possession of the decryption key⁽⁴⁴⁾.

With respect to the specific case of genetic information, the Declaration of UNESCO states that genetic data when «collected for the purposes of scientific research should not normally be linked to an identifiable person. Even when such data or biological samples are unlinked to an identifiable person, the necessary precautions should be taken to ensure the security of the data or biological samples» (Article 14c).

The link to an identifiable person may be acceptable «only if necessary to carry out the research and provided that the privacy of the individual and the confidentiality of the data or biological samples concerned are protected in accordance with domestic law » (Article 14d) and for a period which does not exceed the time needed for achieving the purposes for which they were collected or subsequently processed (Article 14.e).

6. — *The particular status of genetic information.*

Although genetic information is protected by the legislation concerning

⁽⁴²⁾ See for example, UNITED KINGDOM INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (2012), *Anonymisation: managing data protection risk. Code of practice*, available at www.ico.org.uk/for_organisations/data_protection/topic_guides/anonymisation.

⁽⁴³⁾ EUROPEAN UNION AGENCY FOR THE FUNDAMENTAL RIGHTS, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, 2014, p. 44.

⁽⁴⁴⁾ See COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, Article 42.

personal data, the Declaration of UNESCO, as well as other documents (see the Working document on privacy out (§ II), recognises them with a «particular status».

As matter of fact, at least the following main features may be observed in relation to genetic information:

a) Immutability. Genetic information identifies in a permanent way a specific individual, also even if the concerned person does not know his or her data.

b) Predictability. They are predictive of genetic predispositions of each individual; anyway some information contained in the genetic data may have a «significance» which is not necessarily known or knowable at the time of the collection of the biological samples.

This implies that they are not only able to define what the individual is, but also what they can become. Genetic data have unique characteristics, provide or will provide in the future, scientific, medical and personal knowledge valid for the entire life of the individual to which they refer.

c) Genetic family membership. «While genetic information is unique and distinguishes an individual from other individuals, it may also at the same time reveal information about and have implications for that individual's blood relatives (biological family) including those in succeeding and preceding generations, furthermore, genetic data can characterise a group of persons (e.g. ethnic communities); genetic data can reveal parentage and family links» (see the Working document on privacy, § III). DNA can show a variety of information about a person, including his family history, in the meaning of the persons of the same genetic line⁽⁴⁵⁾.

Some scholars do not agree with the particularity of the genetic information, which would be overestimated, increasing the resistance of the public

⁽⁴⁵⁾ On the co-shared nature of the genetic information see M.J. TAYLOR, *Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination*, 8 *Med L. Int'l* 51 (2006).

opinion with respect to genetic technologies⁽⁴⁶⁾.

Indeed, it has been criticised the so called «genetic exceptionalism», due to the exaggerated view of the significance of genetic information in lives of the persons, based on an unacceptable genetic determinism and genetic reductionism⁽⁴⁷⁾.

Nevertheless, the above mentioned special status of genetic data may be observed in relation to several cases.

For example, the General authorization no. 8/2012 of *Italian Garante* imposes that the individual, before the genetic testing, has to be informed also on the possible results of such a testing, especially «with regard to unexpected findings» (§ 5.b). That cautions should not be necessary in the processing of other kinds of sensitive data (as the political opinion or the health situation).

With respect to the use of the genetic data in the criminal investigation, it has been argued that «DNA samples or profiles are intrinsically ‘more private’ objects or their collection involves greater infringement of bodily integrity than, for example, fingerprints or photographs»⁽⁴⁸⁾.

In fact, unlike fingerprints or other biometric identifier, which may be put in relation only to a specific individual, genetic information identifies information (for example a predisposition to genetic-linked diseases) of the other members of the genetic family. DNA is akin to a «future diary» of the persons (it contains information about our present and future medical conditions), and the right of the protection from unwanted «readership» must be imperative in order to maintain autonomous control of personal and sensitive information⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ M.P.M. RICHARDS, *How distinctive is genetic information? Studies in the History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 2001, 32, pp. 663-687.

⁽⁴⁷⁾ T.H. MURRAY, *Genetic Exceptionalism and Future Diaries: Is genetic Information Different from Other Medical Information*, in M.A. ROTHSTEIN, *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, (Yale University Press) New Haven, 1997, pp. 60-73, in part. p. 71.

⁽⁴⁸⁾ R. WILLIAMS, P. JOHNSON and P. MARTIN, *Genetic information and crime investigation: social, ethical and public policy aspects of the establishment, expansion and police use of the National DNA Database. Project Report. Durham University*, (School of Applied Social Sciences) Durham, 2004, § 6.2.2, p. 78.

⁽⁴⁹⁾ G. ANNAS, *Genetic Privacy. The Technology of Justice: DNA and the Criminal Justice System*, (John F. Kennedy School of Government) Harvard, 2001.

The above mentioned features of genetic information should lead to a specific protection, also taking into account the great risks of misuse and/or re-use for various purposes and the risks of discriminations and stigmatization which may affect the individual.

Moreover, some authors underline that the discipline of privacy is able to cover only some aspects of the protection of the genetic information and the related rights⁽⁵⁰⁾.

7. — *Genetic information and the rights of other subjects.*

As above mentioned, genetic information belongs not only to a specific person, but it is shared between persons of the same genetic group.

According to Article 11 of the Directive 95/46/EC, the data subject also has a right to receive information from the controller (or his representative) when the data has not been obtained from the said data subject.

In consequence of this aspect of genetic information, a physician or other health professional, who found a risk of a genetic disease examining the biological material of a person, might be confronted with the following dilemma: on one hand he could be bound by the obligation of secrecy, as well as the right to not know of the person concerned. On the other hand he/she could be obliged under article 11 to provide information to the data subject, who are the relatives sharing the same genetic line.

There is a not clear answer to that question within the discipline concerning the privacy, nor in the supranational and international legal sources.

According to the Article 18 of the Additional Protocol to the Convention of Oviedo on genetic testing, «Where the results of a genetic test undertaken on a person can be relevant to the health of other family members, the person tested shall be informed».

Anyway it is not clear the consequences and the conditions of that information.

⁽⁵⁰⁾ In particular See M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, ref., *passim*.

According to the Working document on privacy above mentioned at least two scenarios may be imagined «One is that other family members could also be considered as “data subjects” with all the rights that follow from this. Another option is that other family members would have a right of information of a different character, based on the fact that their personal interests may be directly affected».

At the national level, legislations are focused on the protection of the privacy of the personal data subject, requiring his or her consent to disclose the information to the relatives⁽⁵¹⁾.

Within Europe, an interesting solution is provided by the French Law.

Before the last version of Law concerning bioethics (Law 814-2011), the legislation previously in force established a procedure for communicating to family members the results of a genetic testing (s. Article L. 1131-1, 5th alinéa, CSP), without providing any consequence in case the person had not informed his/her relatives⁽⁵²⁾.

Such an exclusion of liability had appeared in conflict with the constitutional principles. As argued by the Constitutional Council «*le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes*»⁽⁵³⁾.

The *Conseil d'Etat* in its document on the review of the law concerning bioethics had then proposed to make explicit the responsibility to inform family members about genetic abnormalities, while respecting medical confidentiality⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ B. GODARD, T. HURLIMANN, M. LETENDRE and N. ÉGALITÉ and INHERIT BRCAS, *Guidelines for disclosing genetic information to family members: From development to use*, in *Familial Cancer* (2006) 5, pp. 103-116.

⁽⁵²⁾ See J.R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, in *LexisNexis*, Paris, 2005, p. 30 ff.

⁽⁵³⁾ See the judgement of the *Conseil constitutionnel* n. 82-144 DC of 22 October 1982, in www.conseil-constitutionnel.fr.

⁽⁵⁴⁾ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, 2009, cap. IV «*Examen des caractéristiques génétiques: respecter la volonté des personnes et renforcer leur informations*». According to the *Conseil* the Swiss approach – allowing the physician to be authorised by the public authorities to contact the relatives if the patient refuse to inform them – might affect the trust relationship between the professional and the patient.

Article 1 of the new law adds to the *Code de la santé publique* the Article L. 1131-1-1, which requires upon an examination of genetic characteristics it becomes the duty of the physician to inform the person of the risks for family members in cases of a diagnosis of a serious disease, if they were not properly informed (1st *alinéa*).

The disposition states also the duty of the person concerned to prevent the consequences of genetic abnormalities of the relatives, when measures of prevention will be adopted (3th sub§).

The person may also decide not to be informed about the results of the diagnosis. In this case, as in the case where the persons concerned do not feel they are able to make the communication, the physician is requested to inform the relatives (4th *alinéa*). In any case, the doctor will not reveal the name of the patient, nor the genetic abnormality, or the risk associated with it. Basically the physician has to invite family members to take a genetic test, envisaging the existence of a potential risk.

8. — *The right to know own proper genetic origins.*

Other potential ethical dilemmas related to the consent on the use of genetic information concerns the reproductive field.

According to the ECtHR, Article 8 ECHR recognises a right to become or not to become a parent⁽⁵⁵⁾.

This implies the right to adopt a child⁽⁵⁶⁾ and also that to access to the techniques of medically assisted procreation⁽⁵⁷⁾, among which the heterolo-

⁽⁵⁵⁾ See ECtHR, *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV; Id., *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 212, 16 December 2010; Id., *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, § 181, ECHR 2011.

⁽⁵⁶⁾ ECtHR, *Rieme/Sweden*, in *E. Ct. H. R.*, 22 April 1992, series A, no. 226-B.

⁽⁵⁷⁾ See ECtHR, *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007-V. According this case-law the Court of Strasbourg hold as illegitimate, in accordance with the Article 8 ECHR, to provide the applicants – a prisoner and his wife – with facilities for artificial insemination.

gous fecundation⁽⁵⁸⁾.

The discipline on privacy would recognise to the donors and to the genetic parents the strict right to the anonymity and, only eventually on a voluntary basis, the consent that third parties may have access to their genetic information.

However the right to anonymity and to consent to the access to the personal information may be in conflict with the rights of the child adopted, not recognised or born in consequence of the heterologous donations of

In particular within the last years the ECtHR case-law has identified the own proper origins.

On the ground of this principle, for example, the Court of Strasbourg condemned Italy (see case *Godelli vs. Italy*, judgment of 25 September 2012) for violation of Article 8 ECHR in relation to the discipline of «anonymous birth» (see law 184/1993).

In fact, the Italian law establishes the right of the mother to not be mentioned in the birth certificate, without any chance for the child to access the information about the birth mother, even if she is not identified, or to the mother to change the choice of anonymity.

The Court in its judgment *Odièvre vs. France* of 2003⁽⁵⁹⁾ points out that Article 8 ECHR protects the right to identity and personal development, to establish and deepen relationships with other human beings. According to the other judgment *Godelli*, the exercise of the right to personal development, the person needs knowledge of details of his identity and in particular those concerning their parents⁽⁶⁰⁾.

The circumstances of birth belong to the private life of the child, then of the adult.

Thus, according to the ECtHR Italy has not carried out a balancing of the interests involved, especially that of the child to know his/her origins

⁽⁵⁸⁾ See ECtHR, *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 82, ECHR 2011.

⁽⁵⁹⁾ ECtHR, 13 February 2003, Application no. 42326/1998, *Odièvre c. France*. See J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 283-311.

⁽⁶⁰⁾ ECtHR, *Mikuli v. Croacia*, no. 53176/99, § 53, CEDU 2002 I, §§ 54 and 64.

and to protect his/her health, and the right to anonymity of the mother.

On the contrary, in the case *Odièvre* the French legislation concerning anonymous birth was found as compliant with Article 8 ECHR, because it provides the retention of not identifying the genetic information of the birth mother, as well as it establishes the possibility of eliminating anonymity with the agreement of the biological mother⁽⁶¹⁾.

Furthermore, with respect to the heterologous fecundation, in most countries, the principle of anonymity is relative: the child can only access data not identifying (Brazil); he/she can access data identifying and, exceptionally, the identity of the donor (Spain, Greece, Portugal). Other countries have a mixed system: in Belgium the anonymity rule applies to the donation of embryos and sperm, but not oocyte. In Hungary anonymity is expected in the case of donor sperm, but is not expected to oocytes.

Another kind of limitation of anonymity and consent is the *post mortem* testing in order to identify the genetic parent of a person. In its case-law ECtHR, while confirming the principle of consensus⁽⁶²⁾, admits the post-mortem examination, if this is in the interest of the person requesting the genetic analysis, taking also into account the lack of invasiveness of the examination⁽⁶³⁾.

Therefore, as recommends the case-law and the document of the Article 29 Working Party, the above mentioned situations cannot be dealt with only from the perspective of the rules on the privacy of personal information, but through a balance between the interests, with a particular attention on the interests of children.

⁽⁶¹⁾ See also ECtHR, 10 January 2008, *Kearns v. France*, no. 35991/04.

⁽⁶²⁾ ECtHR, *Mikulic v. Croatia*, 7 February 2002, no. 53176/99; see the commentary contained in V. COLCELLI, *La tutela della vita privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini*, in <https://diritti-cedu.unipg.it>.

⁽⁶³⁾ See ECtHR, *Jaggi v. Swiss*, 13 July 2006, n. 58757/00; see also ECtHR, *Hereditary Succession of Kresten Mortensen v. Denmark*, n. 1338/03, 15 May 2006. See, in relation to the Italian case law, B. BOTTALICO, *Familiarità dei caratteri ereditari e diritti individuali: un caso davanti al Tribunale di Milano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 399 ff.

9. — *Other cases of insufficiency of the informed consent.*

The rules concerning privacy are not able to regulate several other hypotheses related to the use of genetic information.

a) Identification of a third person.

The first set of questions arises from the possibility of identifying a third person through the examination of the genetic data.

This possibility is put in place in criminal or other judicial investigations, in order to identify the offender, the victims of a murder, missing persons or, in the civil law field, to establish paternity.

In such cases the discipline of privacy admits that the use of the genetic information of a third person is possible without consent, subject to the control of the public authority to satisfy important interests. Anyway, also in such a case, some general principles have to be observed such as that of proportionality⁽⁶⁴⁾.

Nevertheless, the proliferation of Internet-based offers of genetic tests aimed especially at establishing fatherhood has as consequence other important questions.

In particular the consent of the data subject does not prevent the use of genetic or further personal information of the other persons. Although the legal father would give his consent to the genetic testing, in case the analysis will establish that he is not the genetic father, this will have as consequence that the genetic information related to a person who has not given his consent.

A solution may be the absolute ban of this kind of test, but this may affect the right to know one's own proper genetic origins. The right to claim

⁽⁶⁴⁾ The above mentioned document of the Article 29 Working Party provides the example of the Spanish Data Protection Authority (DPA) which considered disproportional the creation of a file of genetic samples to identify new-borns through DNA testing, in order to prevent mother-infant mismatches. As matter of fact the same result could be reliably obtained with other means e.g. identity bracelets or footprints.

a judicial control could be deprived of effectiveness if it were forbidden any form of extrajudicial previous test. Indeed, in absence of test, the judicial claim should be grounded on other evidences.

b) Genetic testing in employment and other contractual relationships

The genetic profile of a person may influence his/her responses to the workplace and, in particular, the probability to develop a future disease relevant for the employment contract.

Therefore the employers could be interested in the results of a genetic screening of employees.

The interests of the employers may be justified by economic reasons (to avoid great levels of absenteeism or poor efficiency) but also in order to prevent the emergence of a disease which could affect the health of the employers.

Several ethical concerns may arise from gathering and processing of the genetic information in employment relationships: the actual freedom of a person subject to a hierarchical relationship or who is searching for a job; the actual reliability and predictive value of the testing; the discrimination; the right to not know; etc.

In such cases the solutions of the ethical issues are inspired only by the application of the discipline of the consent in order to protect the privacy of personal data. As matter of fact it is needed to provide a balance between interests as health of the employees or of third parties and, on the other hand, the right to privacy and to the protection of the personal data.

The consent, within the above mentioned context, may not be considered either as condition sufficient or necessary.

Indeed, Article 8, par 1.b, of the Directive no. 96/45/EC explicitly provides that «processing is necessary for the purpose of carrying out the obligations and specific rights of the controller in the field of employment law in so far as it is authorized by national law providing for adequate safeguards».

For example Article 29 Working Party in its Opinion 8/2001 and in its concluding of 24 September 2003 argued that the processing of genetic

data in the field of employment should be prohibited in principle and admitted only under really exceptional circumstances.

The European Group on Ethics in Science and New Technology in its Opinion no. 18 concerning «Ethical Aspects of Genetic Testing in the Workplace» of 2003, although if underlying the risks and the not sure predictability, provided several suggestions in order to find equilibrium between the different interests.

The Group (see § 2 of the Opinion no. 18), argues that the legitimate duties and rights of employers concerning the protection of health may be fulfilled through medical examination but without performing genetic screening.

However, in exceptional cases, the use of genetic screening could be considered when it may be necessary to guarantee health protection of workers or protection of third parties

Anyway, the medical examination should not be a criterion of selection. It should take place after the phase of selection.

In any case the principles of proportionality and non discrimination must be observed.

c) The relativity of anonymisation

The option of anonymisation, as an alternative to consent, has to be considered as not absolute.

For example, in case of processing of data for historical, statistical or scientific purposes, the Article 6, § 1 letters b) and e), of the Directive 95/46/EC admits that the personal data may be kept in a form which permits identification of data subjects for extended periods, subject to safeguard instruments established in the national law. With respect to such activities, the controllers are not obligated to inform the data subject in case of gathering information from a source different from the data subject him/her self (see Article 13, § 2, Directive). This is when the provision of such information proves impossible or would involve a disproportionate effort.

Today is diffuse the constitution of the bio-banks, that's to say to large

collections of human biological samples and associated data such as the genetic information⁽⁶⁵⁾.

The bio-banks are established for various reasons: criminal investigation, therapeutic treatments, and research activities.

In the case of the bio-banks the consent is required depending on the nature of the activity, public or personal interests, the degree of anonymity, etc.

The common interests (together with the private such as pharmacological industries) can be to maintain for many years the genetic information on bio-banks and some identifiable data. The research activities could be carried out in the future is not even foreseeable.

This makes it particularly difficult to require the consent for a specific purpose and during all the time needed to carry out the research.

Furthermore, the anonymity is relative because of technical reasons. The anonymisation processes are likely reversible and in principle any anonymised data can be linked to a person. The situation might occur in cases of pseudonymisation⁽⁶⁶⁾.

As it has been underlined within the scientific community «No responsible scientist can guarantee absolute privacy» and that «Privacy and confidentiality are important principles. But being identifiable has some benefits, and

⁽⁶⁵⁾ For an overview on the European, international and national legislations relating to the biobanks, see among the others: I. VIVAS TESÓN, *Bioresearch, Biobanks and Informed Consent from Vulnerable Donors in Spanish Law*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 1069 ff.; L. SCAFFARDI, *Legal Protection and Ethical Management of Genetic Databases: Challenges of the European Process of Harmonization*, in *European Legal Integration: the New Italian Scholarship, Jean Monnet Working Paper 19/08*, (New York University School of Law) New York, 2008; B. GODARD, J. SCHMIDTKE, J.J. CASSIMAN and S. AYMÉ, *Data storage and DNA banking for biomedical research: informed consent, confidentiality, quality issues, ownership, return of benefits. A professional perspective*, in *European Journal of Human Genetics* (2003) 11, Suppl. 2, S88-S122.

⁽⁶⁶⁾ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, Adopted on 20th June 2007, p. 18 stating that «Retraceable pseudonymised data may be considered as information on individuals which are indirectly identifiable. Indeed, using a pseudonym means that it is possible to backtrack to the individual, so that the individual's identity can be discovered, but then only under predefined circumstances».

being anonymous has some costs; science will be better off when it acknowledges this reality»⁽⁶⁷⁾.

According to some documents the risk of re-identification posed by genetic data would be considered as low.

As Article 29 Working Party argues, treating the matter of the pseudonymisation «In that case, although data protection rules apply, the risks at stake for the individuals with regard to the processing of such indirectly identifiable information will most often be low, so that the application of these rules will justifiably be more flexible than if information on directly identifiable individuals were processed»⁽⁶⁸⁾.

However this interpretation refers to the present state of the technique and does not take into consideration that it is possible to establish an association between the genetic information and other pieces of information, in a way leading to the identification of a person.

As demonstrated in an interesting research published on *Science*⁽⁶⁹⁾, it is possible, from sequencing of genetic data without identifiers, to recover the surnames by profiling short tandem repeats on the Y chromosome and querying genetic genealogy databases (as for example *www.ysearch.org* and *www.smgf.org*). Then a specific person can be targeted by combining the surname with other types of metadata, such as age and state, easily and freely available on Internet resources.

⁽⁶⁷⁾ M. ANGRIST, *Genetic privacy needs a more nuanced approach*, in *Nature*, 7 February 2013, vol. 494, p. 7.

⁽⁶⁸⁾ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, Adopted on 20th June 2007, p. 18, stating that «Retraceable pseudonymised data may be considered as information on individuals which are indirectly identifiable. Indeed, using a pseudonym means that it is possible to backtrack to the individual, so that the individual's identity can be discovered, but then only under predefined circumstances».

⁽⁶⁹⁾ M. GYMREK, A.L. MCGUIRE, D. GOLAN, E. HALPERIN and Y. ERLICH, *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, in *Science*, vol. 339, 18 January 2013, pp. 321-324.

10. — *Conclusive observations.*

The features of the genetic data show that their processing cannot be limited to a question of privacy.

In particular, as mentioned in the previous paragraphs, the legal techniques to provide a free and informed consent or anonymisation are not always the solutions to the problems arising from the processing and storage of genetic data.

Some questions above mentioned and many others should be the objectives of new rules, at the international and national levels.

Anyway, the approach to the questions concerning the use of genetic information (as well as other kinds of data)⁽⁷⁰⁾ should take into account some aspects concerning both the contents and the methodologies in the protection of public and private interests.

From the viewpoint of the contents, the idea that the privacy is an absolute value should be subjected to a revision.

In particular the consent, the main instrument together with anonymity to protect the privacy, derives from the principle of autonomy and from a «proprietary» logic concerning if not the entire human body, at least its parts⁽⁷¹⁾.

Furthermore, «In the European Convention on Bio-medicine as well as in the Universal Declaration on Human Genome, the approach to protecting data confidentiality would appear to be based on an individualistic concept» (Working Party, Working Document on Genetic Data, p. 8).

This approach is justified by the attempt to protect the persons from the great risks arising from the massive use of techno-science and in particular of the ITC technologies.

⁽⁷⁰⁾ See V. MAYER-SCHÖNBERGER and K. CUKIER, *Big data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, (John Murray) Boston-New York, 2013, p. 165, who argue that «In the context of big data, the tried and trusted concept of notice and consent is often either too restrictive to unearth data's latent value or too empty to protect individuals' privacy».

⁽⁷¹⁾ See for example, J. DE WITTE and H. HAVE, *Ownership of genetic material and information*, in *Soc. Sci Med.*, 1997 Jul; 45(1):51-60.

However, the ownership itself, according to the modern legal systems, has to comply with a social function, protecting the interests of the third persons and the society as a whole. The aim of the legal systems is no longer the egoism, as Jhering argued in his *Der Zweck im Recht*, but on the contrary the principle of solidarity⁽⁷²⁾.

Indeed, as it has affirmed «If we protect privacy effectively, we will not reduce ethics to autonomy, and autonomy to data ownership. Reducing ethics to ownership comes at a high price: ethics that care only about ownership and consented transfers are, by exclusion, indifferent to distributional justice and optimizing social outcomes»⁽⁷³⁾.

Privacy should be coordinated with other important freedoms or rights recognised by the constitutional norms, as the freedom of research (see, for example, Article 13 Charter of the Fundamental Right of the European Union)⁽⁷⁴⁾.

As matter of fact, the solution of genetic data⁽⁷⁵⁾, may lead to affect the scientific genomic research activities⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Roma-Perugia, 2010, *passim*.

⁽⁷³⁾ P. TAYLOR, *When consent gets in the way*, in *Nature*, 6 November 2008, vol. 456, pp. 32-33.

⁽⁷⁴⁾ See C.F. MOLINA DEL POZO and C. ARCHONTAKI, *Libertad de artes y de Investigación Científica, Libertad de Cátedra*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA and R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013; R. CIPPITANI, *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de la autonomía universitaria*, in A.F. BUENOSTRO CEBALLOS, *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos*, (Universidad Autónoma de Baja California) Mexicali, pp. 129-188.

⁽⁷⁵⁾ W.W. LOWRANCE and F.S. COLLINS, *Identifiability in Genomic Research*, in *Science*, 3 August 2007, vol. 317, pp. 600-602.

⁽⁷⁶⁾ See the conclusions of M. GYMREK, A.L. MCGUIRE, D. GOLAN, E. HALPERIN and Y. ERLICH, *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, ref.; and also the editorial of *Nature* concerning the research on Science entitled Genetic privacy. The ability to identify an individual from their anonymous genome sequence, using a clever algorithm and data from public databases, threatens the principle of subject confidentiality, in *Nature*, 24 January 2013, vol. 493, p. 451.

Anyway, within the legislation in force already it is possible to find principles able to establish a balance between the rights to consent on the other fundamental interest.

In this respect, Article 26 of the Convention of Oviedo allows limitations of rights arising from that Convention, if such limitations «are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interest of public safety, for the prevention of crime, for the protection of public health or for the protection of the rights and freedoms of others».

As the legal doctrine holds, on the grounds of the international and constitutional principles, the right to provide the consent and the right to not know, in particular when such rights are related to genetic information⁽⁷⁷⁾, may be subject to the limitations needed to protect the rights of the others⁽⁷⁸⁾, in particular the health or the procreative choices⁽⁷⁹⁾.

From the methodological point of view, it would be advisable, also in respect to the balance of different interests in a field so complex, to put in place various strategies and new instruments⁽⁸⁰⁾.

Consent should not be considered as a rigid and monolithic form of opt-in/opt-out, but it may be conceived as a set of legal instruments for participating in the activities which may concern not only the interests of the «data subject», but also those of third parties and of the community.

In particular with respect to the use of genetic data, those instruments are various and multiplies, comprising detailed express consent; enlarged or broad consent (for a range of broadly defined uses); the presumed consent

⁽⁷⁷⁾ R. ANDORNO, *The right not to know: an autonomy based approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 2004, 30, pp. 435-440, in particular p. 437.

⁽⁷⁸⁾ In respect to the conditions to limit the fundamental rights, see M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *La libertad de expresión en el sistema electoral mexicano desde una perspectiva jurídica*, in G. LÓPEZ MONTIEL and E. TAMÉS MUÑOZ (coord.), *Libertad de expresión en el proceso electoral 2012*, Tecnológico de Monterrey-Coparmex, PNDU/ONU, (Porrúa) México, 2013.

⁽⁷⁹⁾ See M. PETRONE, *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 853 ff.

⁽⁸⁰⁾ See L. VILLANI, *Biobanche e test rivelatori di informazioni genetiche: spunti di riflessione per un nuovo consenso informato*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 140.

(where people who do not want to be involved have to voluntarily opt out); the blanket consent, etc.

The consent could also include the decision to voluntary sharing of information as a common good⁽⁸¹⁾.

It would be also stressed the procedural aspect of the consent: the quantity and quality of information to be provided; the time to take the decision; the kind of the decisions to be taken, etc., should be adequate to the situations⁽⁸²⁾.

From a subjective point of view, consent should not be only considered as individual, but it would be advisable to define the consent of the members of a group (as a family) and techniques to involve communities more huge.

In any case, the level and the kind of consent should be adapted to the interest of the parties in play and which could be put placed at risk.

For example, the International Bioethics Committee of UNESCO, in its document «Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on its Collection, Processing, Storage and Use» of 15 May 2002, affirms that «Many tests which reveal genetic information will not have a great deal of significance for the person tested (...). Other tests, however, will have major

⁽⁸¹⁾ See the document *Ethical, legal and social aspects of genetic testing: research, development and clinical applications*, ref., p. 41 ff., esp. p. 42.

⁽⁸²⁾ See E.M. BUNNIK, A.C.J.W. JANSSENS and M.H.N. SCHERMER, *Informed Consent in Direct-to-Consumer Personal Genome Testing: the Outline of a Model Between Specific and Generic Consent*, in *Bioethics*, 2012, pp. 1-9. The paper, in respect to the «Personal Genome Testing», uses a «combined tiered-layered-staged model for informed consent» which may be more suitable. This combined «is tiered to provide consumers with options, so as to enable them to choose what types of information on what (categories of) diseases they wish to receive, and especially to opt out of receiving information they do not wish to receive. Layering of information will help limit the otherwise overwhelming quantity of information offered to all consumers in the first layer of the consent process, while it also strives for an 'individual consumer-based' consent, as it offers additional information for those who need that information in order to consent. Finally, a staged set-up of the pre-test information provision process can serve educational purposes and improve the quality of consent. Moreover, subsequent renewal of consent will be required as new test outcomes become available as a result of ongoing genomics research. A combined tiered-layered-staged model for informed consent in PGT would allow for relevant information provision that is both sufficiently complete and sufficiently understandable».

implications, both for the individual and for relatives. The principle stated above sets out the consent requirements. For practical reasons, it would be unrealistic and unnecessary to require that there be specific consent to the genetic component in any test unless the consequences of this are sufficiently serious enough to justify this» (§ 59, p. 15)⁽⁸³⁾.

Another important instrument to face the ethical problems concerning the use of the genetic information is the control carried out by the ethics committee or other third subjects. This would occur in all cases where individual consent may not be sufficient in protecting the interests at risks or when such an individual consent is not available or possible.

For example the documents dealing with genetic screening for the recruitments of employees recommend requiring the prior assent of the appropriate labour organisation and a specific ad hoc authorization by an independent committee. Indeed, the person may be compelled to consent to the screening in order to be recruited by the employer⁽⁸⁴⁾.

According to some legal sources in the field of health, like the discipline on clinical trials, the expression of consent has to be subject to the control of independent bodies, through ethical committees, agencies or other bodies that allow the evaluation of the activity (see Article 6, § 3, Directive 2001/20/EC).

Other instruments for assuring the accountability and the quality of the establishments and of the professionals dealing with the genetic information are to be refined and developed⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸³⁾ As UK Human Genetics Commission affirmed «the difficulties involved in tracing and securing re-consent for different forms of medical research may make obtaining fresh consent impractical and would seriously limit the usefulness of large-scale population databases» (Human Genetics Commission Inside Information (May 2002).

⁽⁸⁴⁾ See the European Group on Ethics in Science and New Technology in its Opinion no. 18 concerning *Ethical Aspects of Genetic Testing in the Workplace* of 2003, § 2; see also the document *Ethical, legal and social aspects of genetic testing: research, development and clinical applications* of the 2004 elaborated for the General Directorate of Research Commission by a group of independent experts.

⁽⁸⁵⁾ The 5 Article of Additional Protocol to the Oviedo Convention concerning Genetic Testing for health adopted in Strasbourg on 27 November 2008, already stipulates that

More in general, it is necessary that the consent form part of a governance framework of « trust, responsibility and accountability », in which the involvement of institutional review boards would be essential⁽⁸⁶⁾.

States must ensure that «a genetic tests meet generally accepted criteria of scientific validity and clinical validity; b a quality assurance programme is implemented in each laboratory and that laboratories are subject to regular monitoring; c persons providing genetic services have appropriate qualifications to enable them to perform their role in accordance with professional obligations and standards».

⁽⁸⁶⁾ T. CAULFIELD, R.E.G. UPSHUR and A. DAAR, *DNA databanks and consent: A suggested policy option involving an authorization model*, in *BMC Medical Ethics*, 2003, 4:1.

MARIALUISA NAVARRA (*)

PROFILI SANZIONATORI DELLA *VIOLENTIA* NEL TARDOANTICO

ABSTRACT: CTh. 9.10.4 (a. 390 AD) punishes with death penalty those who are guilty of *crimen violentiae* and that belong to lower social classes (*viles infamesque personae*), i.e. *humiliores*, and those who have committed violence two or more times: ‘recidivists’ belonging to the class of *honestiores* who are punished more severely because of the downgrading following the infamy of the first sentence. The *Interpretatio* twists the sense of the constitution: it restricts the application of the death penalty to persons of lower social status ‘recidivists’. The difference shows the greater rigidity of the social structure that anticipates the Middle Ages.

1. — È notorio che nella procedura della *cognitio extra ordinem* di età imperiale la pena poteva variare in ragione di una serie di elementi tra i quali la condizione giuridica e sociale della persona del reo. In generale, nella legislazione del tardo impero la diversificazione del trattamento sanzionatorio degli autori di uno stesso crimine permane, ma convive con la tendenza alla pena unica in specie per i crimini nuovi. Non sarebbe pertanto conforme alle fonti rappresentarsi un andamento sempre lineare della politica del diritto in materia criminale degli imperatori romani tardi: il susseguirsi di provvedimenti d’inasprimento o mitigazione delle pene – per tutti o per alcuni – può rispecchiare precise scelte che sta allo storico del diritto ricostruire.

Così è per la repressione del *crimen violentiae*⁽¹⁾, le cui vicende legislative

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Nel tardo impero la denominazione del *crimen* subisce uno slittamento terminologico dalla *vis* alla *violentia*: in CTh. 9.10.1=CI. 9.12.6 (a. 317), ove ricorrono entrambi i termini, *violentia* esprime il concetto astratto, laddove *vis* indica il concreto atto di violenza; così pure in CTh. 9.10.3=CI. 9.12.7 (a. 319). Su questi aspetti, cfr. G. WESENER, *Violentia*, in *PW*, IX A.1, Stuttgart, 1961, p. 157 ss. Sugli sviluppi del *crimen vis* nella legislazione del IV secolo, oltre il già citato Wesener, v., sinteticamente, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. La famiglia, rapporti*

vanno dall'introduzione da parte dell'imperatore Costantino del *supplicium capitale* indistintamente per ogni specie di violenza e da chiunque fosse stata commessa ⁽²⁾, a un ritorno alla differenziazione delle pene *pro qualitate personarum* – già attestata per l'età classica ⁽³⁾ – a partire da una costituzione dell'imperatore Teodosio I ⁽⁴⁾ destinata a valere, per il tramite del *Breviarium Alarici*, anche dopo la caduta dell'impero romano d'Occidente ⁽⁵⁾.

patrimoniali, diritto pubblico, III, Milano, 1954, p. 489; M. BALZARINI, *Violenza (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 46, Milano, 1993, p. 842 s.; B. SANTALUCIA, *L'amministrazione della giustizia penale*, in *Storia di Roma*, a cura di A. Momigliano e di A. Schiavone, III. *L'età tardo-antica*, II. *I luoghi e le culture*, Torino, 1993, p. 1048 (ora, con il titolo, *L'amministrazione della giustizia penale [nel dominio]*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 108); ID., *Diritto e processo penale*, 5ª ed., Milano, 1998, p. 290 s. Da ultimo, sulla violenza nella tarda antichità, cfr. *Violence in Late Antiquity. Perceptions and Practices* (ed. by H.A. Drake), Aldershot-Burlington, 2006; B. POTTIER, *La politique de prohibition et de prévention de la violence des empereurs du IV^e siècle*, in *Société, Économie, Administration dans le Code Theodosien* (eds. S. Crogiez-Pétrequin et P. Jaillette), Lille, 2012, p. 201 ss.

⁽²⁾ CTh. 9.10.1. IMP. CONSTANTINUS A. AD CATULINUM PROCONSULEM AFRICAE. *Qui in iudicio manifestam detegitur commisisse violentiam, non iam relegatione aut deportatione insulae plectatur, sed supplicium capitale excipiat, nec interposita provocatione sententiam, quae in eum fuerit dicta, suspendat, quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur, cum aliis vim inferre temptantibus, aliis cum indignatione repugnantibus verbera caedesque crebro deteguntur admissae. Unde placuit, si forte quis vel ex possidentis parte vel ex eius, qui possessionem temerare tentaverit, interemptus sit, in eum supplicium exseri, qui vim facere tentavit et alterutri parti causam malorum praebuit.* DAT. XV. KAL. MAI. SERDICAE GALLICANO ET BASSO COSS. Per la datazione al 317 d.C., cfr. O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, 1919 (rist. Frankfurt M. 1984), pp. 67 e 165. La costituzione oltre a sanzionare con la pena di morte il *crimen violentiae*, abolisce la distinzione, risalente alla legislazione Giulia tra *vis publica* e *vis privata*, statuendo altresì l'inappellabilità della sentenza (su quest'ultima questione cfr., per tutti, F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 69). Sui fini della costituzione, v., di recente, B. POTTIER, *La politique*, cit., p. 202 ss.

⁽³⁾ V. oltre, p. 539 e nt. 20.

⁽⁴⁾ Concordano nell'attribuire la paternità della costituzione a Teodosio I, tra altri, B. SANTALUCIA, *I singoli reati*, in *Lineamenti di storia del diritto romano* (sotto la dir. di M. Talamanca), 2ª ed., Milano, 1989, p. 589; M. BALZARINI, *Violenza*, cit., p. 843; S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano, 1996, p. 137 nt. 196; e ora B. POTTIER, *La politique*, cit., p. 208. Diversamente G. WESENER, *Violentia*, cit., p. 160, l'attribuisce a Valentiniano.

⁽⁵⁾ Certamente per i sudditi romani del regno visigoto, forse anche per i barbari. Sulla questione, v., sinteticamente, per tutti, G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., Bologna, 2010, p. 490 s.

Di tale costituzione, emanata a Milano nel 390 d.C., si è recentemente occupata Lucia Di Cintio in un pregevole lavoro sul libro IX dell'*Interpretatio visigotica*⁽⁶⁾ ove, tra le altre cose, mette in evidenza alcune differenze tra il testo della legge così come è conservato nel Codice di Teodosio II (CTh. 9.10.4)⁽⁷⁾ e l'*Interpretatio* della *lex Romana Visigothorum* che accompagna *Brev. 9.7.3* (=CTh. 9.10.4).

A mio avviso, vale la pena di tornare ancora una volta sopra queste fonti per mettere in luce un'ulteriore difformità testuale, che non mi risulta sia stata ad oggi rilevata, e che riguarda i soggetti destinatari di un trattamento sanzionatorio più severo per avere più volte commesso *violentia*: recidivi, almeno secondo parte della dottrina⁽⁸⁾. È su questo specifico punto che mi soffermerò in questo contributo che si colloca nell'ambito di una mia più ampia ricerca, attualmente in corso, sulla recidiva in diritto romano che ha già dato qualche risultato parziale⁽⁹⁾.

Si può cominciare con il leggere

CTh. 9.10.4. IMPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS, ARCADIUS AAA. AD ALBINUM P.U. Servos, qui fecisse violentiam confessionibus testium aut propriis docebuntur, si id inscio domino commiserint, postremo supplicio deditos luere perpetrata censemus. Quod si illi metu atque exhortatione dominorum violentiam admiserint, palam est, secundum legem Iuliam dominum infamem pronuntiandum loci aut originis propriae dignitate non uti, servos vero, quos furoribus talium paruisse constiterit, metallis per sententiam dedi. Viles autem infamesque personae et hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur, constitutionum divalium poena teneantur. 1. Iudicem vero nosse oportet, quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen apud se probatum distulerit, omiserit vel impunitate donaverit aut molliore, quam praestituimus, poena perculerit. D. PRID. NON. MART. MEDIOLANI VALENTINIANO A. IIII ET NEOTERIO CONSS.

⁽⁶⁾ Cfr. L. DI CINTIO, *Riflessioni sul libro IX della «Interpretatio» alariciana*, in *Riv. di dir. rom.*, 12, 2012, p. 5 ss. (www.ledonline.it/rivistadirittoromano). L'articolo è poi confluito in ID., *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*, Milano, 2013, p. 111 ss.

⁽⁷⁾ La costituzione è stata raccolta anche dai compilatori giustinianeî in CI. 9.12.8 senza alcuna variazione significativa del testo.

⁽⁸⁾ V. oltre, nt. 25.

⁽⁹⁾ Cfr. M. NAVARRA, *'Recidiva' in un testo retorico (Ps.-QUINT., Decl. min. 310)*, in *Diritto romano attuale*, 25-26, 2011, p. 239 ss.

Nel *principium* si prevede il caso di violenza commessa da schiavi all'insaputa del padrone, punendo il *crimen* con il *postremum supplicium*, vale a dire con la pena di morte. Si prosegue distinguendo da questo il caso dei servi che abbiano commesso violenza per timore (*metu*) del *dominus* che, mi pare sottinteso, glielo avesse ordinato, oppure su sua istigazione (*exhortatione*)⁽¹⁰⁾: un'attenuante⁽¹¹⁾ per lo schiavo, autore del fatto criminoso, che subirà la condanna *in metallum*⁽¹²⁾, mentre il padrone sarà colpito da *infamia*⁽¹³⁾. In chiusura del *principium* (=CI. 9.12.8.2), si conferma poi la pena prevista dalle precedenti costituzioni imperiali, cioè la pena di morte⁽¹⁴⁾, nel caso che autori

⁽¹⁰⁾ Osserva L. DI CINTIO, *Riflessioni*, cit., p. 6 (=L'«*Interpretatio*, cit., p. 112), che l'espressione «*metu atque exhortatione*» «non equivale dal punto di vista formale a un ordine esplicito del padrone»; per suo tramite l'estensore del testo «avrebbe così voluto ampliare l'ambito di applicazione della scriminante».

⁽¹¹⁾ Lo *status* di schiavo, nel caso che abbia ricevuto un ordine dal *dominus*, è considerato, ad esempio, come attenuante anche in CTh. 9.17.1=CI. 9.19.2 (a. 340) in materia di demolizione di sepolcri. Cfr. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 123.

⁽¹²⁾ Sull'origine della *poena metalli* e la sua collocazione nella gerarchia delle pene della *cognitio extra ordinem* v., ora, F. SALERNO, «*Ad metallum*». *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli, 2003, p. 36 ss., ove bibliografia.

⁽¹³⁾ L'infamia è nel testo ricondotta alla *lex Iulia de vi*, ricordata come un'unica legge (ma forse le leggi erano due: una *de vi publica*, l'altra *de vi privata*; su questa e altre numerose questioni aperte, a cominciare dalla controversa attribuzione a Cesare o ad Augusto, cfr., da ultimo, G. COSSA, *Attorno ad alcuni aspetti della lex Iulia de vi publica et privata*, in *SDHI*, 74, 2008, p. 209 ss., ivi ampia bibliografia). Dubbi sull'efficacia affittiva di tale sanzione nei confronti dei padroni *potentes* sono espressi, con esplicito richiamo di CTh. 9.10.4, da G. SANTUCCI, «*Potentiores*» e *abusi processuali*, in *AARC*, 11, Napoli, 1996, p. 353 e nt. 112. Fanno accenno alla sanzione dell'*infamia* minacciata in CTh. 9.10.4, H. NIEDERMEYER, *Crimen plagii und crimen violentiae. Zur Geschichte juristischer Begriffe*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 414; E. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, I, *Die Strafzumessung*, in *BIDR*, 45, 1938, p. 134 nt. 348 (ora in *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, p. 487 nt. 348); M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, 73, 1956, p. 276 nt. 272; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1957, p. 479. Da ultimo, cfr. J.G. WOLF, *Das Stigma ignominia*, in *ZSS*, 126, 2009, p. 92; ID., *Lo stigma dell'ignominia*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano* (a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri), Pavia, 2010, p. 528. V. oltre, nt. 36.

⁽¹⁴⁾ In questo senso già J. GOTHOFREDUS, *ad CTh.* 9.10.4: «*viles autem si personae, vel etiam honestiores saepius violentiam admiserint, (iterata namque delicta gravius puniri, liquet ex L. 28 § 3. D. de poenis. & Paulo lib. 5. Sentent. tit. 21 § 1 in fin.) poena constitutionibus principum constituta tenentur*,

dell'illecito siano *viles autem infamesque personae et hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur*. Nel § 1, infine, allo scopo di assicurare l'applicazione della legge, viene altresì minacciato della sanzione della *infamia*⁽¹⁵⁾, qualificata questa volta come *gravis*, il *iudex* che abbia differito o omesso di reprimere il *crimen violentiae* oppure abbia riconosciuto al reo l'impunità o lo abbia sanzionato con una pena più lieve di quanto stabilito⁽¹⁶⁾.

La parte sulla quale mi soffermerò è la chiusa del *principium* della costituzione: vi sono precisati i soggetti che *constitutionum divalium poena teneantur* e che, dunque, non sono coinvolti dalle mitigazioni della pena introdotte da Teodosio I.

2. — Di chi si tratta? Sono in primo luogo menzionate persone di condizione libera appartenenti a ceti sociali inferiori (*viles infamesque*

scilicet (de quo dictum ad leges superiores) capitibus). Cfr., altresì, G. WESENER, *Violentia*, cit., p. 160, e letteratura ivi citata. Diversamente POTTIER, *La politique*, cit., p. 208 s., il quale ritiene che la pena in tali casi fosse quella della *deportatio* attestata in una costituzione di Costanzo II (CTh. 11.36.14, a. 361). Ma il temperamento rispetto al dettato di CTh. 9.10.1, attribuito da Costanzo a *scita* interpretativi dei *verba* della legge dovuti allo stesso Costantino, suo padre (su questo aspetto, v. P. BIANCHI, *Iura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano, 2007, p. 132), è circoscritto a coloro che hanno agito in uno stato di *procax vesania*. Cfr., sul punto, D.A. WASHBURN, *Banishment in the Later Roman Empire, 284-476 CE*, New York, 2013, p. 102, il quale vi scorge una «form of amnesty» lasciata alla discrezionalità dei governatori.

⁽¹⁵⁾ Sotto il profilo della responsabilità penale dei funzionari imperiali per la mancata repressione dei reati, il passo è citato da S. PIETRINI, *Sull'iniziativa*, cit., p. 137 s. nt. 196, secondo la quale non esisteva un generale obbligo per i giudicanti di *inquirere*. Sulla questione è ancora da cfr. M. LAURIA, *Calumnia*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, p. 103 ss. (ora in *Studi e Ricordi*, Napoli, 1983, p. 250 ss.); ID., «*Accusatio-Inquisitio*». *Ordo - cognitio extra ordinem - cognitio: rapporti ed influenze reciproche*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, 56, 1934, p. 33 s. (ora in *Studi e Ricordi*, cit., p. 297, con richiamo in nt. 173 della fonte qui discussa).

⁽¹⁶⁾ Sul frequente ricorso, nelle leggi criminali tardoimperiali, alla tecnica legislativa consistente nel munire all'occorrenza, secondo un'opportunità valutata di volta in volta dal legislatore, la singola legge di uno specifico apparato sanzionatorio, cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il giudicato penale e la sua esecuzione*, in *AARC*, 11, 1996, p. 49, che ricollega la tecnica alla «assenza di un valido strumento processuale che garantisca l'applicazione della legge vigente in quanto tale».

personae)⁽¹⁷⁾: per intendersi, utilizzando una terminologia ricorrente in dottrina (meno nelle fonti tarde e, comunque, non nel testo della legge), *humiliores*⁽¹⁸⁾ ai quali in generale, com'è noto, in età classica era riservato un trattamento sanzionatorio differente, più severo, rispetto a quello degli *honestiores* in base a una dicotomia che nel tardo impero non scompare ma tende a essere sostituita da più complesse e articolate distinzioni sulla base sia della posizione sociale sia della capacità economica dei rei⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ A mio parere, il termine *infames* ha in CTh. 9.10.4 un senso affine a *viles*, al quale si coordina per mezzo della congiunzione enclitica «*que*», e denota una disistima che può provenire da diverse cause (ma qui occorre preferibilmente pensare a mestieri infamanti e, dunque, all'infamia così detta immediata), determinando una posizione sociale dequalificata analoga a quella dei *viles*. Entrambi i termini indicano persone di basso stato: *viles*, a me sembra, da un punto di vista statico (la nascita); *infames*, da un punto di vista dinamico (come condizione derivante da un fatto: ad es. l'esercizio di un mestiere deteriore). A proposito dell'uso del termine *vilis* nel Codice Teodosiano, cfr. D. GRODZYSKI, *Pauvres et indigents, vils et plebeiens. (Une étude terminologique sur le vocabulaire des petites gens dans le Code Theodosien)*, in *SDHI*, 53, 1987, p. 180 ss., a cui parere il termine, ambiguo e complesso che designa al tempo stesso la povertà economica, la nascita oscura e la dubbia moralità dell'individuo, nello specifico contesto di CTh. 9.10.4, rappresenta una «*étiquette classificatoire, proche d'un statut*» (p. 182) che avvicina i *viles* agli *infames* (ovvero coloro che hanno subito, dopo un giudizio, la pena dell'infamia e coloro che praticano una professione infamante). V. anche C. GEBBIA, *Il lessico della povertà nel Codice Teodosiano*, in *Hestiasis. Studi di tarda antichità offerti a S. Calderone*, 6, Messina, 1989, p. 82 ss., che, discutendo l'affermazione di E. PATLAGEAN, *Pauvreté économique et pauvreté sociale à Byzance, 4^e-7^e siècles*, Paris, 1977, p. 14, per la quale *vilis* e *infamis*, assieme a *humilis* e altri, nel IV secolo e oltre «*sont chargés d'une équivoque entre le critère civique et le critère économique*», conclude che nel linguaggio del legislatore tardoimperiale le *personae viles et infames* non sono identificabili con i *pauperes* (sui criteri distintivi delle persone v. oltre, nt. 19). In particolare, secondo l'a., *infames* sarebbero propriamente i colpiti dalla sanzione dell'infamia. Sull'uso di *viles*, sinonimo di *humiles* (ma non di *infames*) in ragione della professione turpe o della bassa condizione sociale del soggetto, cfr. anche A.H.J. GREENIDGE, *Infamia. Its place in Roman public and private Law*, Darmstadt, 1977, p. 195 ss. (rist. dell'ed. pubbl. Oxford, 1894).

⁽¹⁸⁾ In questo senso, cfr. A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 1857, p. 379 nt. 26; P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, 4^a ed., Roma, 1968, p. 666. Da ultimo B. POTTIER, *La politique*, cit., p. 208.

⁽¹⁹⁾ La coesistenza nelle fonti tardo imperiali di testi che applicano due diversi criteri di distinzione (secondo la classe e secondo la ricchezza) è stata ben vista da G. CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores*, in *RHDFE*, 28, 1950, p. 481 s., in opposizione a F.M. DE ROBERTIS in *La variazione della pena nel diritto romano*, in *Scritti varii di*

L'operatività della dicotomia specificamente in materia di *vis*, sia *publica* sia *privata*, è attestata ancora agli inizi dell'età tardoimperiale nelle *Pauli Sententiae*⁽²⁰⁾: certamente vigeva al tempo della loro redazione (e anche prima, tenuto conto della classicità del materiale assemblato, anche se fortemente rimaneggiato), ma era stata poi superata da Costantino con lo stabilire una pena unica (e fissa) per tutti⁽²¹⁾. Un elemento questo – per inciso – che va a favore di una datazione delle *Pauli Sententiae* al tempo di Diocleziano⁽²²⁾.

Tramite un «*et*» sono poi accomunati nell'assoggettamento alla pena di

diritto romano, III, *Diritto penale*, Bari, 1987, p. 491 nt. 3, 509 s., in part. p. 510 nt. 4, secondo il quale nel «basso impero» le *distinctiones personarum* sono completamente in funzione patrimoniale. Sull'utilizzazione della dicotomia *honestiores-humiliores* nelle fonti di età tardo imperiale e sulle altre distinzioni in esse ricorrenti ai fini della repressione criminale, cfr., ora, S. GIGLIO, «*Humiliores*», in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano, 2007, p. 159 ss., il quale ritiene che nel dominato agli *humiliores* sono parificati nel trattamento penale i *coloni* e i *plebei*, i quali sono *pauperes* a differenza degli *humiliores* che non sempre lo sono e con i quali non si identificano.

⁽²⁰⁾ Cfr. per la *vis publica*, PS. 5.26.1: [...] *Cuius rei poena in humiliores capitibus in honestiores insulae deportatione coercetur*; per la *vis privata*, PS. 5.26.3: [...] *Quibus omnibus convictis, si honestiores sunt, tertia pars bonorum eripitur et in insulam relegantur: humiliores in metallum damnantur*.

Sull'utilizzazione della dicotomia *honestiores-humiliores* nelle *Pauli Sententiae*, cfr. S. GIGLIO, *Humiliores*, cit., pp. 155, 155 s. nt. 15, 157 nt. 20, 160 e 163, che la collega a ragioni 'intrinseche' di semplificazione espositiva comuni all'impiego che se ne può riscontrare nella *Colatio* e nell'*Edictum Theodorici* a fronte dell'uso di espressioni più articolate che risulta, invece, dai testi dei giuristi classici. V. anche F. SALERNO, «*Ad metalla*», cit., p. 65 ss., con specifico collegamento all'irrogazione della *poena metalli*.

⁽²¹⁾ Secondo una tendenza propria del diritto tardoimperiale che si coniuga con il più frequente ricorso alla pena di morte per la quale l'unica graduazione possibile riguarda le modalità di esecuzione. Cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, in *Scritti*, cit., III, p. 510 ss. Su tali indirizzi cfr. anche G. CARDASCIA, *L'apparition*, cit., p. 481 s. Recentemente, G. BARONE ADESI, *Religio e polifunzionalità della pena tardo antica*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del diritto. Brescia 16 e 17 ottobre 2009* (a cura di A. Calore e A. Sciumè), Milano, 2013, pp. 33 ss. e 65 s., ha tuttavia manifestato «qualche perplessità in merito alla *communis opinio* relativa alla totale assenza di discrezionalità dei giudici nel tardoimperio»: alla luce di una testimonianza di Agostino (ep. 139.2) sembra, infatti, che fosse *in potestate iudicis* mitigare la sentenza e punire il reo *mitius quam iubeant leges*.

⁽²²⁾ Sulla datazione delle *Pauli Sententiae* v., per tutti, D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Africa. Mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, 1993, p. 33 ss.

morte «*bi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur*», ovvero soggetti che due o più volte sono ricaduti nel *crimen violentiae*. Pur nel silenzio della legge, sempre facendo riferimento a un lessico corrente, è chiaro che si tratta di *honestiores*⁽²³⁾: gli *humiliores* – *viles infamesque personae* – sono infatti puniti con la pena di morte già al primo atto di violenza.

Dunque, gli *honestiores* che ripetutamente abbiano commesso *violentia* rimangono esclusi, così come gli schiavi che abbiano agito *inscio domino* e i soggetti liberi *humiliores*, dal temperamento della pena voluto da Teodosio I testualmente per i *servi*, autori di violenza *metu atque exhortatione* dei loro *domini*, ma implicitamente anche per i rei che non sono *viles infamesque personae* e commettono violenza una prima e unica volta.

Si dà così vita a un regime delle pene fondato sulla giustapposizione di due diverse dicotomie: quella *liberi-servi*⁽²⁴⁾ e quella *honestiores-humiliores*. Il risultato è che oltre a prevedere un diverso trattamento sanzionatorio in collegamento allo *status libertatis*, con CTh. 9.10.4 si torna a una differenziazione delle pene secondo la condizione di *honestior* o di *humilior* rispetto alla quale entra in gioco la ‘recidiva’.

In realtà, a ben vedere, la pena di morte rimane per i più: il legislatore intende intimidire e distogliere la generalità dei consociati dal compiere violenza con strumenti repressivi differenziati secondo l'appartenenza a un determinato gruppo sociale. D'altra parte, la diversificazione del trattamento dei rei lasciava margini per gli *honestiores* a una moderazione delle pene se al primo atto di violenza, a un aggravio se *bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur*.

⁽²³⁾ Cfr. J. GOTHOFREDUS, *ad CTh.* 9.10.4. V. sopra, nt. 14.

⁽²⁴⁾ Secondo un principio tradizionale, affermato in Call. D. 48.19.28.16. *Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos, famosos quam integre famae homines punierunt*, e che risulta teorizzato, relativamente alla repressione *extra ordinem*, in Cl. Sat. D. 48.19.16.3. *Persona dupliciter spectatur, eius qui fecit et eius qui passus est: aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus servi quam liberi, et aliter, qui quid in dominum parentemve ausus est quam qui in extraneum, in magistratum vel in privatum. In eius rei consideratione aetatis quoque ratio habeatur*.

3. — Gran parte della dottrina, come ho anticipato, ritiene che la locuzione attesti un'ipotesi di recidiva, ma sul punto non v'è unanimità di conclusioni⁽²⁵⁾.

Il dubbio appare legittimo tanto più se si sta al preciso e circoscritto significato che il termine – che non ha un corrispondente nella lingua latina – ha nella scienza e nei diversi ordinamenti contemporanei: non una semplice ricaduta nel reato, ma la ricaduta dopo una precedente condanna penale⁽²⁶⁾. Si può, ovviamente, discutere se i romani abbiano mai consapevolmente conosciuto una costruzione concettualmente simile a quella odierna⁽²⁷⁾, ma, a mio avviso, qualunque sia l'opinione in proposito, rimane ferma la legittimità

⁽²⁵⁾ Si tratta di recidiva per G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Treviso, 1930, p. 124 s.; G. WESENER, *Violentia*, cit., p. 160; D. GRODZYSKI, *Pauvres et indigents*, cit., p. 182 (récidivistes); e, da ultimo, S. RANDAZZO, *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in *ZSS*, 130, 2013, p. 472 e nt. 42, il quale esclude che si tratti del concorso materiale di reati ipotizzato da Ferrini (v. oltre in questa nota). V. anche A. BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, 1884, p. 228; A. ANDREOTTI, *Recidiva*, in *Enc. giur. it.*, XIV.1, Milano, 1900, p. 288 (che riferisce il testo ai subornatori di testimoni); F. GIORDANI, *Recidiva*, in *Il Digesto italiano*, XX.1, Torino 1915, p. 378. Incerto C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano* (diretta dal prof. E. Pessina), I, Milano, 1905 (ora in ed. an., Roma, 1976), p. 133 e nt. 1, per il quale potrebbe anche trattarsi di concorso materiale di reati. Di recidiva confusa con la reiterazione ha parlato, citando la versione giustiniana della costituzione (C. 9.12.8.1 e 2), J.L.E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénale*, 2^a ed., Paris, 1859, 529 nt. 1. Invece, F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena «pro modo admissi»*, in *Scritti*, cit., III, p. 655 s., puntualizza che la variazione della pena in questo caso dipende più che dalla recidiva «dall'inapplicabilità della pena fondamentale (infamia), nella quale già si incorreva con il primo trascorso». T. GATTI, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei sec. XII-XVI*, Padova, 1933, p. 446, vi intravede i germi della nozione di abitudine criminosa. Da ultimo L. DI CINTIO, *Riflessioni*, cit., p. 6 (=L'«*Interpretatio*», cit., 112), traduce l'espressione «*ibi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincuntur*» con le seguenti parole: «quelli che è provato commettono violenza in modo abituale».

⁽²⁶⁾ Ad esempio, per l'art. 99 del c.p. it. è recidivo «chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro». Profili comparatistici in E. DOLCINI, *La recidiva riformata (Legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* (a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto), Milano, 2008, p. 33 ss.; e, brevemente, nella voce *Récidive*, in *Encyclopédie Dalloz, Pénal*, VI, 2007, p. 5 s. Sulla nozione cfr., per tutti, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, 2010, p. 453 ss.

⁽²⁷⁾ Lo nega ora S. RANDAZZO, *Note sulla recidiva*, cit., p. 475.

dell'uso della categoria 'recidiva' in riferimento all'esperienza giuridica romana ogni qualvolta le fonti attestano situazioni in cui il colpevole, già condannato per altro reato, torna a delinquere e per tale ricaduta può o deve subire un aggravamento della pena.

È questo il caso di CTh. 9.10.4?

In verità, la lettera del testo appare ambigua all'interprete che voglia inquadrare in schemi moderni la situazione descritta nel tratto «*hi—convincentur*». Il verbo «*convinco*» allude al momento processuale dell'accertamento della colpevolezza dell'autore dell'atto, ma non è chiaro se gli avverbi *bis* e *saepius*, sicuro indice di ripetizione del reato, nella costruzione sintattica della frase si riferiscano alla condotta criminosa oppure alla sentenza di condanna cioè – per maggiore chiarezza – se siano da collegare alla *violentia*, due o più volte perpetrata⁽²⁸⁾ e accertata con una unica pronuncia giudiziaria, oppure all'intervento nel tempo di successive sentenze di condanna per la ricaduta del reo nella medesima fattispecie criminosa: nel primo caso, secondo la teorica moderna, si configurerebbe un concorso materiale di reati, nel secondo caso si tratterebbe di recidiva, più precisamente di recidiva specifica. L'attenzione dell'estensore del testo pare in generale focalizzata sulla riproduzione della condotta in una pluralità di contesti spazio-temporali. Si potrebbe, dunque, ricostruire il senso della frase in termini di generico riferimento a comportamenti recidivanti che, valutati giuridicamente, oggi riporterebbero all'ampia categoria della reiterazione del reato⁽²⁹⁾ sotto la quale possono essere ricondotte diverse ipotesi (compresa la recidiva) in cui un soggetto commette in tempi diversi una pluralità di reati. In effetti, stando alla lettera del testo, non è possibile affermare di essere di fronte ad una sicura attestazione di recidiva nel senso proprio e ristretto che il termine ha nel linguaggio giuridico moderno: la nozione non vi appare precisamente

⁽²⁸⁾ Cfr. la traduzione proposta in F. ARCARIA e O. LICANDRO, *Diritto romano*, I, *Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, p. 466.

⁽²⁹⁾ Sulla reiterazione come categoria dogmatica unitaria nella quale potere inquadrare in rapporto di specialità la recidiva e altre ipotesi normative quali il reato continuato, l'abitudine, la professionalità, il concorso materiale di reati, cfr. L. MAZZA, *Recidiva*, in *Enc. dir.*, 39, Milano, 1988, p. 71 s.

delineata. Tuttavia, se non sembra possibile limitare alla figura giuridica della recidiva, *species* del più ampio *genus* reiterazione, le situazioni che il legislatore intendeva contrastare con massima severità, non si può neanche escludere che nella previsione legislativa vi ricadessero quelle per le quali si potrebbe oggi parlare tecnicamente di recidiva. Conviene, dunque, in relazione a CTh. 9.10.4, stare a un uso promiscuo del termine.

4. — *Hi* (vale a dire gli *honestiores*) *qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur* sono evidentemente puniti in maniera più aspra che nel caso in cui si siano resi autori di *crimen violentiae* un'unica volta.

L'*epistula* non esplicita quale fosse di regola la pena per l'*honestior* violento. Si ritorna al regime attestato nelle *Pauli Sententiae*? Il che significherebbe *deportatio* (e conseguente confisca del patrimonio) in caso di *vis publica* ovvero *relegatio in insulam* e confisca di un terzo dei beni in caso di *vis privata*: una distinzione che però Costantino aveva superato, che anche i commissari del Codice Teodosiano abbandonano, visto che la rubrica di CTh. 9.10 è intitolata «*Ad legem Iuliam de vi publica et privata*», senza futuri ripensamenti da parte dei redattori del Codice Giustiniano (unica variante nella rubrica di CI. 9.12 è un «*sem*» in luogo di «*et*») diversamente dalla commissione per il Digesto in cui i frammenti giurisprudenziali inerenti alla *vis publica* (intesa, in una visuale diversa da quella della legislazione Giulia, come *vis armata*) saranno raccolti in D. 48.6, mentre quelli relativi alla *vis privata* (intesa come *vis non armata*) saranno sistemati in D. 48.7. Quale fosse la pena per l'*honestior* autore di *crimen violentiae* in assenza dell'aggravante della 'recidiva' non è, dunque, certo⁽³⁰⁾. In ogni caso, è verosimile che la condanna fosse infamante. Certamente, lo era in età classica: il *iudicium* per *crimen vis* rientrava infatti

⁽³⁰⁾ Secondo P. DE FRANCISCI, *Sintesi*, cit., p. 666, con CTh. 9.10.4 «per gli *honestiores* si ritorna alla precedente pena comminata contro la *vis privata* e cioè alla confisca di un terzo del patrimonio». Ma mi pare improbabile: la confisca parziale era la pena della *lex Iulia* (cfr. D. 48.7.1 pr., D. 48.7.8) alla quale però, in tempi più vicini alla costituzione del 390, PS. 5.26.3 aggiungeva la *relegatio*. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 659 nt. 4 (= *Le droit pénal romain*, tr. di J. DUQUESNE, II, Paris 1907, p. 379 nt. 5), invece, nel trattare della *vis publica* sostiene che le leggi posteriori a Costantino ristabilirono la *deportatio*; tace però di un ritorno alla *relegatio* per la *vis privata*.

nell'elenco dei *iudicia publica*⁽³¹⁾, e la condanna per un tale crimine produceva automaticamente l'*infamia* del colpevole⁽³²⁾ anche se pronunciata dal giudice della *cognitio extra ordinem*⁽³³⁾. CTh. 9.10.4 ribadisce, *secundum legem Iuliam*, la sanzione dell'*infamia* per il *dominus* il quale avesse ordinato al proprio schiavo di commettere violenza o, per lo meno, lo avesse a ciò istigato; prevede l'*infamia gravis* per il giudice che disapplichi la legge: in altre parole, utilizza lo strumento sanzionatorio dell'*infamia* che nel diritto tardoimperiale si sviluppa in una pena di stima⁽³⁴⁾. A mio avviso, è dunque ragionevole ipotizzare che l'*honestior* violento, a seguito della condanna, divenisse *infamis*, come il *dominus* che si può presumere *honestior* (perde la *dignitas* del proprio *locus* e della propria *origo*)⁽³⁵⁾ e che non commette personalmente violenza, ma per mezzo del

⁽³¹⁾ Cfr. D. 48.1.1 (Macer 1 *de publ. iudic.*). *Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annonae.*

⁽³²⁾ D. 48.1.7 (Macer 2 *iudic. publ.*). *Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit. Itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum.*

⁽³³⁾ Cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, 1998, pp. 39 e 171; ID., *Stellionatus: storia di una parola*, in *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano. Atti del Convegno di studi (Sassari 22-23 novembre 1996)*, a cura di F. Sini e R. Ortu, Milano, 2001, nonché in *Arch. giur.*, 220, 2000 (ora in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, p. 142 nt. 75), il quale così interpreta D. 48.1.7, respingendo, a ragione, l'esegesi di U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., p. 169 ss. Infatti, i *iudicia* elencati in D. 48.1.1 sono *publica* non perché celebrati dinanzi a una *quaestio*, ma perché relativi a crimini che erano stati configurati dalle *leges publicae* istitutive delle competenti *quaestiones*, riordinate da Augusto, non più attive al tempo in cui Macro componeva il *de publicis iudiciis*.

⁽³⁴⁾ Sull'*infamia* come pena che nella legislazione tardoimperiale colpisce l'*existimatio* e fa perdere la *dignitas*, v. M. KASER, *Infamia und ignominia*, cit., p. 274 ss. («Ehrenstrafe»); U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 477 ss., il quale precisa il contenuto dell'*infamia* in «limitazioni di diritto pubblico» (p. 479) che si concretano nella rimozione dalle cariche.

⁽³⁵⁾ Nell'*Interpretatio* (v. oltre, p. 546) si legge che i padroni «*nobilitatis vel honoris sui dignitatem tenere non possunt*». Sulla *dignitas* come termine che può indicare una qualifica analoga a quella di *honestiores* v. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 371 nt. 108.

suo schiavo⁽³⁶⁾. È l'*infamia* che lo fa piombare in una condizione personale che lo avvicina ai soggetti di basso stato individuati dall'espressione «*viles infamesque personae*»⁽³⁷⁾ ed implica, in caso di riproduzione del *crimen*, sanzioni più severe⁽³⁸⁾. In altre parole, la condanna (la prima condanna) per *crimen violentiae* fa perdere all'*honestior* l'onorabilità e con essa, in caso di ripetizione della condotta criminosa, il privilegio di un trattamento penalistico più mite rispetto a quello dell'*humilior* libero (*vilis infamisque persona*) al quale, in ragione della sanzione dell'*infamia* conseguente alla condanna, risulta oramai equiparato e con il quale è accomunato nello stesso trattamento insieme agli schiavi⁽³⁹⁾ (salvo per essi attenuazione della responsabilità per avere commesso violenza *metu atque exhortatione dominorum*).

Si apre così la via a considerare quella di 'recidivo' una vera e propria qualità

⁽³⁶⁾ Cfr. J. GOTHOFREDUS, ad CTh. 9.10.4: «*domini vero sive ceterae personae, si violentiam ipsi admiserint, vel per servos (paris enim haec meriti sunt) si honestioris sint loci, infames efficiuntur*». Di *infamia* degli *honestiores* ricondotta nel testo della costituzione alla *lex Iulia (de vi)* parla anche E. LEVY, *Gesetz und Richter*, cit., p. 134 nt. 348 (ora in *Gesammelte Schriften*, cit., II, p. 487 nt. 348). Facendo riferimento alla versione giustiniana della costituzione, F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, sez. II, *La variazione della pena pro qualitate personarum*, in *Scritti*, cit., III, p. 14 nt. 3, afferma invece che l'*infamia*, insieme alle altre pene *divalium constitutionum*, era la pena per i *liberi* in contrapposizione ai *servi*. Ma a me non pare che l'*infamia* fosse per tutti i *liberi*: gli *humiliores* non sono schiavi e però sono a essi accomunati nel trattamento penale.

⁽³⁷⁾ Sul suo significato v. sopra, nt. 17.

⁽³⁸⁾ Sulla base di CI. 9.12.8.2 (= CTh. 9.10.4 pr.), A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De la récidive*, Paris, 1844, p. 166 ss., ha tratto la conclusione generale che la recidiva a Roma era una circostanza infamante che esponeva «le récidiviste», qualunque fosse la sua posizione sociale o politica, per il solo fatto della ricaduta, alla stessa pena prevista per lo schiavo e le persone vili. Ma io penso che il 'recidivo', almeno per certi crimini – come nel caso di *vis* –, fosse incorso nell'*infamia* già con la precedente condanna e proprio per questo subisse una più grave pena.

⁽³⁹⁾ L'equiparazione di schiavi e *humiliores* liberi, ai fini della pena, era stata una linea di tendenza presente nella normativa di età classica (cfr. D. 48.19.10 pr.: *In servorum persona ita observatur, ut exemplo humiliorum puniantur [...]*) in uno con la propensione a sostituire, per alcune fattispecie criminose, la distinzione *liberi-servi* con la dicotomia *honestiores-humiliores*. Va notato che nella costituzione di Teodosio I l'equiparazione riaffiora unitamente all'abbandono della pena unica (di morte) introdotta da Costantino con CTh. 9.10.1, condizione di un ritorno alla differenziazione delle pene secondo la condizione sociale del reo.

della persona, una condizione individuale, frutto di un ‘declassamento’, che giustifica un differente trattamento giuridico in materia penale. Che qui possa non aversene consapevolezza è altra questione che non incide, tuttavia, sulla legittimità per l’interprete moderno di parlare di ‘recidiva’.

5. — Passando, ora, al testo dell’*Interpretatio* visigotica, come ha rilevato la Di Cintio alla quale rinvio, si possono notare alcune differenze con CTh. 9.10.4 sia riguardo all’ordine espositivo sia nella sostanza di quanto risulta disposto. Non intendo tornare sui singoli punti, ma soltanto attirare l’attenzione sulla parte finale a proposito della quale la giovane studiosa si è limitata a constatare che in essa «si trova la commisurazione della pena in base allo *status*».

Int. ad CTh. 9.10.4. Si servi inscio domino confessi vel convicti fuerint violentiam commisisse, addicti tormentis gravibus puniuntur. Si vero iuventibus dominis violentiae crimen admiserint, domini, qui illicita praeceperunt, notantur infamia et nobilitatis vel honoris sui dignitatem tenere non possunt. Servi autem, qui talibus dominorum furoribus paruerunt, in metallum detruduntur. Ceterum non liceat iudicibus discussionem violentiae differre vel dimittere vel donare: qui si probaverint violentiam et non statim vindicaverint, noverint se periculum subituros. Viles autem personae, quae bis aut frequenter admisisse violentiam comprobantur, constituta legibus poena supra scripta omnimodis feriantur.

L’*Interpretatio* che accompagna la costituzione imperiale raccolta in *Brev.* 9.7.3 (=CTh. 9.10.4) ⁽⁴⁰⁾ nel complesso non si discosta molto dal dettato normativo, utilizzando talvolta espressioni perfino più vicine al linguaggio

⁽⁴⁰⁾ Anche la *Lex Romana Burgundionum* (LRB. 8.3. *Si vero servi inscio domino violentiam huiusmodi, quae supra scripta est, intulerint, morti subdantur. Quod si per discussionem iudicis conscio domino violentia probatur admessa, domini pronunciantur infames, servi metallis deputantur.*) e l’*Edictum Theoderici* (ET. 77. *Si servi de irrogata violentia convicti fuerint, aut certe confessi, et hoc domini praecepto factum sub iusta et diligenti cognitione constiterit, domino ad violentiae poenam retento, pervasa reddantur, servis nihilominus extremo supplicio puniendis, si violentiam eos sua temeritate commisisse claruerit.*) hanno attinguto a CTh. 9.10.4. Entrambe si arrestano alla parte iniziale del *principium* della costituzione. In buona sostanza, attingono al testo raccolto nel Codice Teodosiano solo per disciplinare la *violentia* dello schiavo, differenziandone il trattamento sanzionatorio in ragione della conoscenza o meno del *dominus*. Sulla disciplina del *crimen* nelle leggi romano-barbariche v., sinteticamente, G. WESENER, *Violentia*, cit., p. 160 s.

delle fonti classiche: così dei *domini iubentes*⁽⁴¹⁾ la *violentia* ai propri schiavi si dice che *notantur infamia*.

Tuttavia, in specie nella chiusa, la parafrasi del testo della costituzione proveniente dal Codice Teodosiano ne altera il significato originario.

Un confronto visivo può renderlo evidente:

CTh. 9.10.4. [...] *Viles autem infamesque personae et hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur, constitutionum divalium poena teneantur.* [...]

Int. ad CTh. 9.10.4. [...] *Viles autem personae, quae bis aut frequenter admisisse violentiam comprobantur, constituta legibus poena supra scripta omnimodis feriantur.*

L'*Interpretatio* stravolge, su questo punto, il senso della costituzione: il pronome relativo «*quae*» si riferisce alle *viles personae* (e solo ad esse: di *infames personae* nell'apparato interpretativo non c'è più traccia⁽⁴²⁾), con il risultato di restringere il campo applicativo della *poena* fissata dalle *leges* laddove nel testo di CTh. 9.10.4 attraverso la congiunzione «*et*», ai rei che sono *viles infamesque personae* erano aggiunti nella previsione normativa «*hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur*». In altre parole, stando all'*Interpretatio*, alla pena di morte sottostanno soltanto i soggetti di bassa condizione sociale 'recidivi', laddove la legge di Teodosio I minacciava della massima pena gli *humiliores* e i 'recidivi' (evidentemente *honestiores*)⁽⁴³⁾. Una semplificazione, un

⁽⁴¹⁾ A questo proposito L. DI CINTIO, *L'Interpretatio Visigothorum*, cit., p. 114, correttamente osserva che l'*Interpretatio* non menziona la mera *exhortatio*.

⁽⁴²⁾ Nonostante che nel *Breviarium* siano numerosi i testi relativi all'*infamia* (cfr. R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino 1991², p. 132 ss.). L'assenza di *infames* nell'*Interpretatio*, coniugata al rilievo ora operato, avvalorà l'ipotesi, che ho avanzato in nt. 18, dell'affinità di senso delle due parole (*viles* e *infames*) e della corrispondenza dell'*infamia* a quella che gli interpreti sono soliti chiamare «infamia immediata».

⁽⁴³⁾ Ai quali appartengono certamente i *domini* che ordinano ai propri schiavi di commettere violenza e che conseguentemente alla nota di *infamia* perdono – secondo l'estensore dell'*Interpretatio* – la *dignitas* della *nobilitas* e dell'*honor*. Nell'esclusione dell'*honor* si potrebbe intravedere un'applicazione del principio (al quale F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, in *Scritti*, cit., III, p. 511, ha attribuito carattere generale, in modo eccessivo secondo G. CARDASCIA, *Les «honestiores»*, cit., p. 480 nt. 3) espresso in una costituzione di Costantino (CTh. 9.1.1, a. 316) con le parole «*omnem honorem reatus excludit*». Invero, l'enunciazione che a taluno è ora apparsa «enfatica e formale» (cfr. L. DI CINTIO, *Ancora sulle*

fraintendimento o piuttosto, come mi sembra più probabile, una fedeltà più che al testo, divenuto antiquato, alla realtà?

Negli ambienti scolastici pre-visigotici in cui, verosimilmente, va rintracciata l'origine delle *Interpretationes*⁽⁴⁴⁾, la dicotomia che si era riaffacciata nella legge del 390, superando l'unificazione del regime sanzionatorio della *vis* voluto da Costantino, viene conservata e considerata ancora come vigente. La sua permanenza si traduce in un'ulteriore attenuazione della pena: le *viles personae* sono punite con la pena di morte soltanto nel caso che ripetutamente commettano violenza, gli appartenenti alle classi sociali più elevate non la subiscono mai. Così, al di là della mitigazione, la differenziazione formale tra i ceti si accentua in corrispondenza di una maggiore rigidità della strutturazione sociale che prelude al medioevo.

«*Interpretationes*», in *Riv. di dir. rom.*, 10, 2010, p. 14), e che era stata in origine formulata per giustificare l'abolizione del privilegio senatorio della *praescriptio fori* nei processi criminali, non compare nell'*Int. ad CTh.* 9.1.1: il che non esclude che nella stesura dell'*Int. ad CTh.* 9.10.4 il commentatore possa avere tenuto presente il principio, considerandolo vigente. D'altro canto, la legge del 316 era stata recepita nel *Breviarium*.

⁽⁴⁴⁾ In questo senso, v. F. WIEACKER, *Lateinische Kommentar zur Codex Theodosianus*, in *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel*, Leipzig, 1935, p. 191 ss. Ma la questione dell'origine delle *Interpretationes* è assai discussa. Cfr., per tutti, R. LAMBERTINI, *La codificazione*, cit., pp. 52 ss. (e letteratura ivi citata in nt. 2) e 56 e nt. 5. Per lo *status quaestionis* v., ora, L. DI CINTIO, *L'«Interpretatio Visigothorum»*, cit., p. 16 ss.

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.



Pubblicazioni:

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 (rist. 2011), 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.
18. ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA, *Equità nel mercato e tutela della concorrenza*, 2013, p. 232.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – 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 finzioni 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 e ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI e 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 e 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 2014
Impresso in Italia nel dicembre 2014