

**Setenta años
de Constitución Italiana
y cuarenta años
de Constitución Española**
Volumen II
Derechos fundamentales

DIRECTORES:

**ANTONIO PÉREZ MIRAS
GERMÁN M. TERUEL LOZANO
EDOARDO C. RAFFIOTTA
MARIA PIA IADICICCO**

COORDINADORA:

CARMEN MONTESINOS PADILLA



eucons



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Eucons es un proyecto Jean Monnet, financiado por el programa Erasmus+ de la Comisión Europea, que nace con el objeto de promover el debate académico sobre las bases constitucionales de la construcción europea. Apuesta por el reconocimiento de una “cultura constitucional común europea”, a través de la cual poder afrontar los desafíos de nuestras democracias y del proceso de integración supranacional.

Este diálogo se sustenta en tres pilares: 1) rigor y excelencia académica, para lo cual se cuenta con un comité científico internacional que apoya a la organización y orienta el diseño de las actividades que se realizan; 2) carácter intergeneracional, buscando el diálogo entre las distintas generaciones de universitarios y promoviendo la participación de los más jóvenes junto a consagrados académicos; 3) dimensión europea, tanto por los temas que aborda como por los participantes e integrantes de esta red de investigadores.

Este proyecto está coordinado por Germán M. Teruel Lozano, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Murcia; Antonio Pérez Miras, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Granada; y por Edoardo C. Raffiotta, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Bolonia. Y colaboran la Universidad de Murcia, como responsable del proyecto, la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, la Escuela de Doctorado de Derecho de la Universidad de Bolonia y el Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales.

Precisamente este último, el Seminario Ítaloespañol, fue el origen de este proyecto. El mismo se creó como un grupo de estudio en 2011 por iniciativa de jóvenes investigadores españoles e italianos, en el ámbito de colaboración entre la Universidad de Bolonia y el Real Colegio de España en Bolonia. Esta red de investigadores ha venido promoviendo la celebración de un congreso bienal desde entonces, con 4 ediciones hasta el momento: Bolonia (2012), Madrid (2014), Catania (2016) y Murcia (2018). Las cuales han dado lugar a distintas obras colectivas que han afrontado diferentes temas de actualidad constitucional: la tutela de los derechos de la persona; la integración europea o cuestiones en relación con la soberanía y la representación en la era de la globalización. El último de ellos ha sido los desafíos del constitucionalismo contemporáneo con ocasión del 70 y 40 aniversario de las Constituciones italiana y española.

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS
DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la Unión Europea

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

María José Ciáurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Eugeni Gay Montalvo, Abogado.

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación Jean Monnet pour l'Europe.

Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

Doctora Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado.

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Fernando Martín Díz, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

Doctor Nuno Piçarra, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

Miguel Recuerda Girela, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

ANTONIO PÉREZ MIRAS
GERMÁN M. TERUEL LOZANO
EDOARDO C. RAFFIOTTA
MARIA PIA IADICICCO
(Directores)

CARMEN MONTESINOS PADILLA
(Coordinadora)

VOLUMEN II

Derechos fundamentales



eucons



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



FUNDACIÓN CAJAMURCIA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2020

Primera edición: febrero de 2020



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Con el patrocinio del Programa Erasmus+ de la Unión Europea y de la Fundación CajaMurcia.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE: 090-20-030-0 (edición en papel).
090-20-031-6 (edición en línea, pdf).
090-20-032-1 (edición en línea, epub).

NIPO CEPC: 091-20-012-5 (edición en papel).
091-20-013-0 (edición en línea, pdf).
091-20-014-6 (edición en línea, epub).

ISBN: 978-84-340-2602-5

Depósito legal: M-37543-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	11
NOTA DE LOS DIRECTORES	15
NOTA DEI CURATORI	19

VOLUMEN II: DERECHOS FUNDAMENTALES

PARTE 1. TUTELA MULTINIVEL Y DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES	
2.1.1 Las costuras de los derechos. <i>Pablo Riquelme Vázquez</i>	25
2.1.2 El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el dialogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación. <i>Silvia Romboli</i>	41
2.1.3 «Controlimiti» e dialogo tra Corti a partire dalla conclusione del caso «Taricco» nella sentenza della Corte costituzionale italiana n. 115 del 2018. <i>Antonello Lo Calzo</i>	63
2.1.4 <i>Taricco iactum est</i> ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituzionale europeo. <i>Francesco Torre</i>	81
2.1.5 La Corte costituzionale italiana riafferma la propria centralità nella tutela dei diritti rispetto al circuito giudici nazionali-giudici sovranazionali. <i>Stefania Leone</i>	99
2.1.6 Las sentencias piloto como mecanismo de integración europea en materia penitenciaria. <i>Sara Turturro Pérez de los Cobos</i>	119
2.1.7 Derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH): el Tribunal Constitucional español y la Corte constitucional italiana en diálogo con el Tribunal de Estrasburgo. <i>Lara Redondo Saceda</i>	133
PARTE 2. INTIMIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA	
2.2.1 <i>Quo vadis, intimidad?</i> <i>Daniel Jove Villares</i>	151

	Páginas	
2.2.2	La conciliación entre la libertad de información y el derecho a la protección de datos: ¿una misión imposible? <i>Laura Villalba Cano</i>	167
2.2.3	Las garantías constitucionales de los derechos a la libertad informática en América Latina. <i>Diana María Castano Vargas</i>	183
2.2.4	De nuevo sobre el poder de control empresarial y el respeto a los derechos fundamentales del trabajador según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: doctrina Barbulescu. <i>Francisco Ramos Moragues</i>	197
2.2.5	Privacy e segreti: è possibile estendere ai <i>big data</i> le tutele dell'habeas corpus? <i>Elena Falletti</i>	213
2.2.6	El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. <i>Eloísa Pérez Conchillo</i>	229
2.2.7	Transparencia y secretos de Estado: Las restricciones al derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia y buen gobierno. <i>José Antonio Sendín Mateos</i> ..	245
PARTE 3. VULNERABILIDAD, INMIGRACIÓN Y MENORES		
2.3.1	Un <i>fil rouge</i> : la «vulnerabilità» quale nuovo (o innovativo) paradigma per una tutela effettiva dei diritti fondamentali. <i>Roberto Di Maria</i>	263
2.3.2	I diritti fondamentali degli stranieri extracomunitari. <i>Guglielmo Aldo Giuffrè</i>	277
2.3.3	L'accoglienza integrata dello straniero per la «ricomposizione» dell'ordinamento. <i>Cristina Bertolino</i>	295
2.3.4	La gestione dei flussi migratori tra istanze collaborative e spinte centrifughe. <i>Ilaria Rivera</i>	313
2.3.5	Il diritto di asilo in Spagna e in Italia: la realizzazione dei diritti minimi dei rifugiati e dei richiedenti asilo. <i>Ekaterina Krapivnitskaya, Roberta Brunetti</i>	331
2.3.6	La insuficiente protección de los derechos de los solicitantes de protección internacional en la UE: una exigencia pendiente. <i>María Dolores Requena de Torre</i>	351
2.3.7	La tutela della salute dell'immigrato in Italia e in Spagna. <i>Giorgia Crisafi</i>	367
2.3.8	La protección del libre desarrollo de la personalidad del menor en los procesos de custodia compartida. <i>Esther Alba Ferré</i>	385
2.3.9	La protección del menor del artículo 39 de la Constitución en las medidas a adoptar en cuanto a su custodia. <i>Carmen Florit Fernández</i>	401
2.3.10	Il diritto a conoscere le proprie origini biologiche: evoluzione giurisprudenziale e nuove frontiere problematiche di una pecu-	

liare declinazione del diritto all'identità personale. <i>Giulia Battaglia</i>	413
2.3.11 Congedo obbligatorio di paternità e condivisione dei compiti genitoriali di cura dei figli. <i>Bruno Brancati</i>	429
2.3.12 Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione. <i>Felice Giuffrè</i>	443
 PARTE 4. OTROS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN	
2.4.1 El derecho humano al agua. <i>Belén Burgos Garrido</i>	471
2.4.2 Una aproximación constitucional al derecho a gozar de los beneficios de la ciencia. <i>Juan Manuel Martín Guerrero</i>	491
2.4.3 Los derechos constitucionales del deudor en la sección de calificación concursal. <i>Miguel Martínez Muñoz</i>	507
2.4.4 La protección del consumidor y su encaje en las Constituciones española e italiana. Un análisis de los instrumentos de tutela colectiva. <i>Diego Agulló Agulló</i>	521
2.4.5 El cese de la junta directiva de una asociación por revocación de la asamblea general. <i>Jokin Babaze Aizpurua</i>	537
2.4.6 Un repaso a la evolución (o involución) del principio de justicia universal en España. <i>Jacqueline Hellman</i>	551

PRÓLOGO

Esta extensa e importante obra recoge las aportaciones científicas de ciento cincuenta y seis participantes en el IV Congreso Internacional ítalo-español celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia del 28 al 30 de noviembre de 2018 y a cuyas sesiones también asistieron más de cien estudiantes. El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que me honro en dirigir, ha prestado su apoyo y colaboración institucional, junto con el Boletín Oficial del Estado, a la coedición de esta obra. Ya en su cuarta edición y bajo el título, en esta ocasión, de *Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo*, este Seminario ítaloespañol da continuidad a un proyecto singular, iniciado por Antonio Pérez Miras y Germán M. Teruel Lozano, cuando apenas estaban finalizando sus estudios de doctorado en el Real Colegio de España en Bolonia, y Edoardo Raffiotta, profesor de esa Universidad italiana, donde se celebró el 3 y 4 de mayo de 2012 el primer seminario. A aquella experiencia le han seguido las ediciones de Madrid en 2014, Catania en 2016 y la ya mencionada de Murcia en 2018, con un carácter bienal y una alternancia geográfica que son señas de identidad de este Seminario Internacional.

La experiencia del seminario celebrado en Bolonia en 2012 no pudo ser más satisfactoria. Con una metodología conocida pero poco aplicada en el ámbito universitario español, investigadoras e investigadores séniores y novales interactúan dentro de ámbitos temáticos definidos en cada edición del Seminario a los que se unen otras aportaciones que se incorporan a la publicación que ha recogido los resultados de cada seminario. Tuve la oportunidad de participar en la primera edición de 2012 y he seguido participando, de una u otra forma, en las ediciones siguientes, lo que me ha permitido comprobar no solo la evolución del proyecto sino también la de sus propios artífices. Tanto Ger-

mán M. Teruel Lozano como Antonio Pérez Miras desarrollan sendas carreras docentes e investigadoras (en las Universidades de Murcia y Granada respectivamente) y atesoran ya méritos relevantes a los que, con seguridad, se les unirán otros en el futuro. Su capacidad para organizar con éxito cuatro ediciones del seminario internacional ítalo-español, en el que han participado cientos de ponentes, comunicantes y moderadores y, también, otros cientos de estudiantes, así como haber coordinado la correspondiente publicación de cada uno de ellos avalan el alto nivel de gestión de la investigación que poseen ambos investigadores.

Que la democracia requiere continua atención y tutela no es una afirmación nueva, pero conviene insistir en que ningún logro democrático permanece sin su defensa constante. Quizá, por ello, los organizadores de este IV seminario internacional ítalo-español han querido referirse en el título del mismo a las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo, en clara alusión al pasado, presente y futuro del constitucionalismo democrático. Desde hace algo más de una década, la democracia constitucional ha sido puesta a prueba, una vez más; la crisis económica ha producido un innegable desgaste en las instituciones; la ciudadanía ha perdido confianza en el sistema y éste se ha visto incapaz de dar respuesta a retos que no eran esperables y que han castigado severamente a amplios sectores de población. Las medidas adoptadas por los Estados han sido desiguales, tanto en su aplicación como en sus resultados. Quizá no podía ser de otra manera, con una multiplicidad de sociedades diversas con intereses frecuentemente contrapuestos. Aun en este contexto, ciertamente convulso, una cosa sí puede afirmarse: solo el sistema constitucional democrático puede aportar soluciones basadas en la libertad, la justicia y la igualdad. Ante circunstancias adversas debe profundizarse en vías de solución, en cambios que renueven el sistema, pero nunca debe renunciarse a un modo de convivencia democrático que es el único que puede aportar vías de solución y de mejora. Las dificultades no deben llevarnos a una crítica fácil e inicua del constitucionalismo, en torno al cual se han construido sociedades democráticas basadas en el respeto a la ley y a los derechos de las personas, sino a un fortalecimiento de nuestra conciencia democrática y de nuestra adhesión al sistema constitucional.

A lo largo de los numerosísimos capítulos contenidos en los cinco volúmenes que integran esta obra se analizan gran parte, sino todos, los grandes retos del constitucionalismo actual; un constitucionalismo que se debate entre sus fundamentos dogmáticos y los cambios que ineludiblemente deberán abor-

darse para acomodarlo a las nuevas demandas de una sociedad globalizada y enfrentada a desafíos innegables. En su IV edición, este seminario internacional tenía dos referencias inexcusables para cualquier constitucionalista, ya que en 2018 se celebró el 40 aniversario de la Constitución española, casi en coincidencia con el 70 aniversario de la Constitución italiana de 1947. No podía un seminario italo-español olvidar tan importantes efemérides en España e Italia, donde el constitucionalismo democrático ha sabido abrirse paso a pesar de algunas oscuras páginas de su historia. Por ello, los primeros artículos de esta obra están dedicados a tratar estos periodos constitucionales y algunos de los aspectos sobre los que se ha reflexionado en relación a posibles reformas constitucionales. Junto a éstos, se incluyen los trabajos relativos a la dimensión constitucional de Europa, que plantea a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de afrontar nuevos retos si no quieren perder lo mucho que se ha conseguido con la integración supranacional. La salida del Reino Unido de la Unión Europea está siendo uno de los asuntos más controvertidos en este proceso. El tiempo dirá cuál de las dos partes pierde o gana más con esta separación, aún pendiente, pero la historia constatará la dificultad, en el plano jurídico y en el político, de abordarla, a pesar de la claridad del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, cuya aplicación ha dado lugar a que la Unión haya demostrado, una vez más, su fortaleza y la vigencia de sus principios inspiradores.

A estos trabajos iniciales le siguen otros muchos de igual interés, como los más de treinta artículos dedicados a los derechos fundamentales, en los que podemos encontrar un conjunto muy relevante de aportaciones sobre temas centrales en el constitucionalismo de este siglo. Algo parecido cabe decir sobre el volumen tercero, que recoge las contribuciones referidas a las instituciones políticas y a la democracia, con trabajos sobre democracia parlamentaria, representación y participación política, sistema electoral y partidos políticos y grupos. Se completa el análisis global del constitucionalismo con casi una veintena de aportaciones sobre el sistema de fuentes, la organización territorial y la justicia constitucional, en los que se pone de manifiesto la necesidad de seguir reflexionando sobre asuntos clásicos pero a la luz de nuevos desafíos.

Un último volumen de esta vasta obra, bajo el título «Retos del siglo XXI», recoge cuatro grandes ámbitos de reflexión: el Estado social y la economía; la era de la tecnología y el cambio climático; la seguridad y la legalidad sancionadora; y el fenómeno religioso. Respecto a cada uno de ellos se puede encontrar un conjunto de trabajos que apuntan hacia las transformaciones necesarias en un constitucionalismo que debe adaptarse a las necesidades de una sociedad

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

en evolución pero que debe seguir siendo la referencia obligada para la organización del poder político y para la garantía de la libertad.

No cabe sino concluir felicitando a todos los que participan en esta obra por sus aportaciones y, muy especialmente, a los directores de la misma, los profesores Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta, Maria Pia Iadicicco y Antonio Pérez Miras, y a los distintos coordinadores de los volúmenes, los profesores Silvia Romboli, Carmen Montesinos Padilla, Aday Jiménez Alemán y Fernando Pérez Domínguez, por la labor realizada, esperando que continúen con esta estimable iniciativa en años venideros.

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ
Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Catedrática de Derecho constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

NOTA DE LOS DIRECTORES

Las efemérides son una buena ocasión para hacer balance, tratar de captar la realidad cotidiana y alzar la vista crítica al retrovisor de los años que nos han traído irremediabilmente al presente, y que nos coloca ante las incertidumbres del futuro. Así, y como no podría ser de otro modo, el Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales ha querido contribuir en 2018 a la conmemoración del 70º aniversario de la Constitución italiana y del 40º de la Constitución española, enmarcando por vez primera nuestros encuentros bienales en el marco del proyecto Jean Monnet Eucons.

Europa, en realidad el mundo entero, vive un momento complejo. En particular los ritmos de la globalización económica, los avances tecnológicos, los profundos cambios sociales y las convulsiones político-institucionales por las que están pasando las democracias occidentales hacen más que necesario que nos preguntemos por las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, fieles a nuestro compromiso, nos congratulamos de presentar los estudios «Setenta años de Constitución italiana y cuarenta de Constitución española», reunidos en cinco volúmenes, que afrontan el análisis de los distintos desafíos que acucian al constitucionalismo contemporáneo.

El Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales, que nació en Bolonia en el 2011 casi como una aventura, fruto de la colaboración entre colegas del Real Colegio de España en Bolonia y de jóvenes profesores del *Alma Mater*, se ha tornado hoy en un proyecto maduro que ha ido creciendo junto a las carreras académicas de sus promotores y de las sobresalientes incorporaciones a su grupo de trabajo. Ahora, la concesión por la Comisión Europea del Proyecto Jean Monnet Eucons ha dado un importante impulso a la iniciativa que adquiere plenitud al proyectarse más allá del espacio ítalo-español para

ponerse al servicio de la construcción de una cultura constitucional europea común, en un momento en el que resulta imperioso facilitar espacios de encuentro para los juristas europeos, que hagan de Europa una realidad constitucional más cohesionada.

Precisamente con ese espíritu haerberliano, el Seminario ha venido promoviendo congresos bienales que han reunido a centenares de constitucionalistas principalmente de ambos países: Bolonia (2012), Madrid (2014), Catania (2016) y, el último de ellos, ya con dimensión europea, en Murcia (2018). Del 28 al 30 de noviembre de 2018 se congregaron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia 115 jóvenes investigadores, 55 profesores entre ponentes, moderadores y contraponentes, y más de 100 estudiantes para participar en el IV Congreso Internacional «Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo». Un año después estamos en condiciones de publicar los resultados de aquella investigación, reuniendo en esta obra los trabajos de constitucionalistas italianos y españoles de todas las generaciones, desde los más jóvenes que todavía cursan sus estudios de postgrado a egregios maestros, junto a algunos colegas europeos. Con estos volúmenes se ejemplifican así los valores de nuestro proyecto: diálogo intergeneracional, excelencia académica y construcción europea.

El volumen II, intitulado «Derechos fundamentales», aborda algunos de los principales desafíos a los que se enfrentan los derechos y libertades de las personas en el contexto de nuestro mundo contemporáneo, intensamente interconectado e inmerso ya en la llamada «Revolución industrial 4.0». En el mismo, el lector encontrará más de una treintena de investigaciones que le aproximarán a los problemas de más ferviente actualidad en conexión con la garantía de los derechos, a nivel doméstico e internacional, como la articulación de mecanismos procedimentales para una protección multinivel eficaz y el resurgimiento de la doctrina de los contra-límites (parte 1); la recopilación, el tratamiento y el uso de datos en la era digital y su difícil conciliación con los derechos de la esfera personal (parte 2); el refuerzo de las reivindicaciones propias del Estado social a resultas tanto de la deriva desigualitaria de las sociedades contemporáneas y de las vulnerabilidades políticamente inducidas por el orden global de nuestra era, como de la progresiva modernización de instituciones tradicionales como la familia (parte 3); o los desafíos jurídico-prácticos de la regulación de «nuevos derechos» como los relacionados con la seguridad hídrica o el aprovechamiento de los beneficios de la ciencia (parte 4).

Con estos temas, y los abordados en los restantes volúmenes, analizamos la situación en la que se encuentran los Estados constitucionales en Europa, hacemos balance de la evolución que se ha vivido desde el final de la II Guer-

ra Mundial y de las respuestas que se han sucedido a los cambios en estas décadas, al tiempo que nos preparamos doctrinalmente para los retos que están por venir en el nuevo contexto global. El constitucionalismo sigue en expansión pero necesita de nuevos planteamientos para afrontar los actuales desafíos, especialmente acuciantes pasada una década en crisis, que no sólo ha impactado en la economía sino que también ha tenido profundos efectos sobre nuestros sistemas políticos. Observamos de esta forma la panorámica, espacial y temporal, del *ius commune* constitucional.

Así las cosas, comprometidos con los principios antes enunciados, hemos querido festejar la coincidencia de los dos aniversarios constitucionales abordando todas estas cuestiones mediante un debate intergeneracional que enriquezca la doctrina jurídica. Pero, si esta ingente obra ve la luz, es gracias, primero, a los que desinteresada y anónimamente nos han ayudado en cuidar todos los detalles, y en especial, al apoyo editorial del BOE, en coedición con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y a la financiación facilitada por el Proyecto Jean Monnet y por la Fundación Cajamurcia, a los que mostramos nuestra infinita gratitud. Un agradecimiento que no debe escudarse en las instituciones en sí sino que debe permear hasta las personas que desde aquellas nos han guiado hasta este puerto. Y nos van a permitir que nos detengamos en una de las personas que más ha colaborado con esta iniciativa desde sus comienzos, que creyó en el proyecto y nos ha hecho crecer como universitarios: la Profesora Yolanda Gómez, hoy Directora del CEPC y que con justicia prologa los cinco volúmenes sobre la doble efeméride constitucional de nuestras penínsulas europeas.

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO

EDOARDO C. RAFFIOTTA, MARIA PIA IADICICCO
Directores

CARMEN MONTESINOS PADILLA
Coordinadora

NOTA DEI CURATORI

Le ricorrenze sono una buona opportunità per fare il punto della situazione, per cercare di comprendere la realtà quotidiana, per sollecitare il pensiero critico attraverso un'indagine retrospettiva degli avvenimenti accaduti in anni passati e che ci hanno condotto fino al presente, ponendoci davanti al futuro con non poche incertezze. Proprio per questo, nel 2018, il Seminario Italo-spagnolo di studi costituzionali ha voluto contribuire alla commemorazione del 70° anniversario della Costituzione italiana e del 40° della Costituzione spagnola, inserendo altresì e per la prima volta il suo incontro biennale nell'ambito del progetto Jean Monnet Eucons.

L'Europa, come in realtà il mondo intero, attraversa un momento complesso. In particolare, i ritmi della globalizzazione economica, i progressi tecnologici, i profondi cambiamenti sociali e i disordini politico-istituzionali che stanno investendo le democrazie occidentali rendono quanto mai necessario domandarsi quali siano le prospettive del costituzionalismo contemporaneo. Per questo, facendo fede all'impegno assunto, siamo lieti di presentare gli studi «Setenta años de Constitución italiana y cuarenta de Constitución española», raccolti in cinque volumi, i quali analizzano approfonditamente alcune tra le diverse e più rilevanti sfide che deve affrontare il costituzionalismo contemporaneo.

Il Seminario Italo-spagnolo di studi costituzionali, nato a Bologna nel 2011 quasi come un'avventura, frutto della collaborazione tra membri della scuola del Reale Collegio di Spagna a Bologna e giovani professori dell'*Alma Mater*, si è convertito oggi in un progetto maturo che è cresciuto parallelamente alle carriere accademiche dei suoi promotori e grazie alla crescita del suo gruppo di lavoro, che ha incorporato nuovi ed eccellenti membri. Recente-

mente, la concessione da parte della Commissione Europea del Progetto Jean Monnet Eucons, ha dato un importante impulso all'iniziativa che acquisisce così pienezza proiettandosi oltre lo spazio italo-spagnolo e dedicandosi alla costruzione di una cultura costituzionale europea comune, in un momento in cui appare indispensabile fornire spazi di incontro per i giuristi europei, con lo scopo di rendere l'Europa una realtà costituzionale più solida.

Proprio con tale spirito haberliano, il Seminario ha promosso congressi biennali che hanno riunito centinaia di studiosi, prevalentemente ma non esclusivamente costituzionalisti, dei due Paesi citati, dapprima a Bologna (2012), poi a Madrid (2014), poi a Catania (2016) e, da ultimo, con una già più ampia dimensione europea, a Murcia (2018). Dal 28 al 30 novembre 2018, 115 giovani ricercatori, 55 professori, relatori, moderatori e *discussants* e oltre 100 studenti si sono riuniti nel IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo». Dopo un anno siamo in grado di pubblicare i risultati di quella poderosa ricerca, raccogliendo in questa opera i contributi di costituzionalisti italiani e spagnoli di tutte le generazioni, dai più giovani, ancora in formazione nei corsi post-lauream, agli illustri Maestri e colleghi europei. Questi volumi vogliono essere quindi una testimonianza dei valori sottesi al nostro progetto: dialogo intergenerazionale, eccellenza accademica e costruzione europea.

Il presente volume (II), intitolato «Diritti fondamentali», tratta alcune delle principali sfide che i diritti e le libertà delle persone devono affrontare nel mondo contemporaneo, intensamente interconnesso e immerso nella cosiddetta «Rivoluzione industriale 4.0». In esso, il lettore troverà più di trenta ricerche che lo introdurranno nelle questioni più scottanti relative alla garanzia dei diritti costituzionali, sia a livello nazionale che internazionale, come, ad esempio l'articolazione di meccanismi procedurali per un'efficace protezione a più livelli e la rinascita della dottrina dei contro-limiti (parte 1); la raccolta, l'elaborazione e l'uso dei dati nell'era digitale e la sua difficile riconciliazione con i diritti della sfera personale (parte 2); il rafforzamento delle rivendicazioni dello Stato sociale come risultato sia della tendenza non egualitaria delle società contemporanee e delle situazioni di vulnerabilità politicamente prodotte dall'ordine globale della nostra era, nonché dalla progressiva modernizzazione delle istituzioni tradizionali come la famiglia (parte 3); o le sfide giuridico-pratiche della regolamentazione dei «nuovi diritti» come quelli relativi alle risorse idriche o all'uso dei risultati dell'evoluzione scientifica e tecnologica (parte 4).

In quest'ottica i temi affrontati in questo come nei restanti volumi, consentono di analizzare la condizione complessiva degli Stati costituzionali in Europa, facendo il punto sulle evoluzioni compiutesi dalla fine della seconda

guerra mondiale e sulle risposte e letture fornite in questi decenni, chiamando, al contempo, la dottrina a guardare le sfide del futuro nel nuovo contesto globale. Il costituzionalismo continua ad espandersi, ma ha bisogno di nuovi strumenti per affrontare le attuali sfide, ancor più difficili da affrontare dopo un decennio di crisi economico-finanziaria, che ha avuto un forte impatto non solo sull'economia ma ha inciso anche profondamente sui nostri sistemi politici. In questo modo ci poniamo in una prospettiva, spaziale e temporale, che è quella dello *ius commune* costituzionale.

E pertanto, alla luce dei valori poc' anzi menzionati, abbiamo voluto celebrare la coincidenza dei due anniversari costituzionali affrontando tutte queste questioni attraverso un dibattito intergenerazionale che spera di arricchire la dottrina giuridica. Se questo imponente lavoro vede oggi la luce, è grazie, innanzitutto, a coloro che ci hanno aiutato volontariamente e talvolta in forma anonima a curare tutti i dettagli e grazie al contributo editoriale del BOE, in collaborazione con il *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* e ai finanziamenti forniti dal Progetto Jean Monnet e dalla *Fundación Cajamurcia*, ai quali vogliamo indirizzare la nostra infinita gratitudine. Il nostro ringraziamento desideriamo che giunga non soltanto alle Istituzioni appena menzionate, ma anche ad ogni persona che ci ha accompagnato fino a questo porto. Tra queste vogliamo rivolgere un particolare ringraziamento ad una delle persone che ha maggiormente contribuito alla realizzazione di questa iniziativa sin dalla sua nascita, che ha creduto nel nostro progetto e che ci ha accompagnato nella nostra crescita come studiosi: la professoressa Yolanda Gómez, attualmente Direttrice del CEPC, la quale ha gentilmente redatto il Prologo ai cinque volumi sul doppio evento costituzionale delle nostre penisole europee.

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO

EDOARDO C. RAFFIOTTA, MARIA PIA IADICICCO
Curatori

CARMEN MONTESINOS PADILLA
Coordinatrice

PARTE 1

**TUTELA MULTINIVEL Y DIÁLOGO
ENTRE TRIBUNALES**

LAS COSTURAS DE LOS DERECHOS

PABLO RIQUELME VÁZQUEZ*
Universidade de Vigo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las costuras de los derechos: sus contenidos constitucionalmente relevantes. 2.1 El contenido «indisponible» de los derechos constitucionales. 2.2 El contenido «mínimo» de los derechos tutelables en amparo. 2.3 El contenido «adicional» de los derechos tutelables en amparo. 2.4 El contenido «absoluto» de los derechos y libertades. 2.5 El contenido «esencial» de los derechos y libertades. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

De haber una categoría verdaderamente proteica dentro de la ciencia jurídica, esa parece ser la de «contenido» de un derecho. «Absoluto», «adicional», «esencial», «indisponible» o «mínimo»: he aquí las múltiples formas en que se habría presentado el contenido constitucionalmente relevante de los derechos a lo largo de los más de 40 años de vigencia de la Carta Magna. Cual «serie de puntadas que une dos piezas cosidas», este conjunto de respuestas jurisprudenciales a los cambios socioeconómicos experimentados en España

* Investigador predoctoral del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Vigo al amparo de una de las *Axudas de apoio á etapa predoutoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia e noutras entidades do Sistema galego de I+D+i, cofinanciadas parcialmente polo programa operativo FSE Galicia 2014-2020.*

desde la década de 1970 habría tratado de conciliar la «necesidad de reglas y normas a través de las cuales se traiga al orden social a una forma segura e institucionalizada» (Preuß, 1979, 19) con una «Constitución interna» (Bergareche, 2002, 11 y ss.) de insobornable vigencia. Sobre semejante trasfondo, esta breve contribución ofrece una aclaración somera de la jurisprudencia relativa a cada uno de los contenidos aludidos e interroga acerca de la utilidad de tal distinción para una dogmática de los derechos que hace tiempo dejó de tener un carácter estrictamente nacional. Repárese en que a lo largo de las siguientes páginas no se discutirán ni las concretas soluciones dadas a los diferentes asuntos ni el particular contenido puntualmente reconocido a cada derecho; el enfoque teórico de este trabajo únicamente permitirá examinar el fundamento o argumentación dogmática empleada por el Tribunal Constitucional español en cada caso, es decir, eso que ha sido caracterizado como «las costuras de los derechos». En coherencia con ello, sólo se recurrirá a las opiniones de los especialistas a fin de aclarar los aspectos más controvertidos e intrincados de las resoluciones aquí estudiadas.

2. LAS COSTURAS DE LOS DERECHOS: SUS CONTENIDOS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

2.1 El contenido «indisponible» de los derechos constitucionales

En el Fundamento Jurídico 3 de la STC 140/2016, el Tribunal Constitucional identificaría, sobre la base del enunciado del art. 119 CE, un núcleo del derecho a la gratuidad de la justicia «indisponible» para el legislador, «el cual atiende solamente a una circunstancia personal, que es la insuficiencia de recursos para litigar del solicitante»¹. Este pronunciamiento habría recaído en el marco de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos artículos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, que regulaba determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia. Con esta última indicación se pretende subrayar, para comenzar, que la categoría dogmática examinada desplegaría su operatividad a la hora de valorar la constitucionalidad de la concreta «modulación» de un derecho llevada a cabo por el legislador correspondiente. Indudablemente, el derecho a la gratuidad de la justicia podrá ser

¹ *Vid.*, en relación con la operatividad de este central concepto (de «núcleo indisponible para el legislador»), el Fundamento Jurídico 3 de la STC 16/1994, primera resolución en la que se empleó la fórmula de «contenido indisponible» de un derecho. A propósito del art. 119 CE también se pronunciaría el Tribunal Constitucional en las SSTC 10/2008, FJ 2; 95/2003, FFJJ 3 y 4; y 177/1998, FJ 3.

distintamente modulado por aquél en función del orden jurisdiccional de que se trate o de los recursos económicos de los que el Estado pueda disponer en cada momento (STC 16/1994, FJ 3) y, desde esta perspectiva (a saber, la que atiende a su condición de derecho prestacional y de configuración legal), en poco se diferenciará de un derecho de acceso a la jurisdicción concebido como una vertiente de aquel más general a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Según el Tribunal Constitucional, el de acceso a la jurisdicción sería también un derecho de configuración legal que, en virtud de este último carácter, conllevaría un amplio margen de maniobra del legislador a la hora de definir las condiciones y requisitos determinantes de dicho acceso en los distintos órdenes [STC 140/2016, FJ 5, a)]; sin embargo, esa amplia libertad del órgano legislativo para modelar estos derechos de configuración legal se encontraría coartada por la obligación de respeto, en el primer caso, del contenido «indisponible» del derecho a la gratuidad de la justicia y, en el segundo, del contenido «esencial» del derecho a la tutela judicial efectiva. Ello significa, si se desea atribuir algún valor a la «señalización» efectuada en el art. 53.1 CE, que una y otra garantía no resultarán en rigor plenamente intercambiables, esto es, ni se referirán al mismo elenco de derechos ni precisarán de la misma manera el límite de la potestad legislativa.

Por una parte, la categoría «garantía del contenido esencial» sólo se aplicará *stricto sensu* a los derechos enumerados en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución (en lo sucesivo, «derechos y libertades»), mientras que la de contenido «indisponible» regirá para cualquier «derecho constitucional», es decir, para todo derecho reconocido en cualquier parte de la Constitución (también, por tanto, los «derechos y libertades»). La presunta paradoja a que esta formulación parece conducir desaparecerá al abordar la metodología empleada para identificar el «núcleo (indisponible)» del derecho a la justicia gratuita enunciado en el art. 119.1 CE. Según el Tribunal Constitucional, ‘este mismo precepto explicita el contenido constitucional indisponible que acota la facultad de libre disposición del legislador. Lo hace en el segundo inciso al proclamar que «en todo caso» la gratuidad se reconocerá «a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar»’. Dicho en otras palabras, se deben sufragar los gastos procesales de quienes, en caso contrario, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar (STC 16/1994, FJ 3). Se trataría, pese a la inevitable indeterminación de la cláusula utilizada, de una reducida, pero inequívoca obligación de evitar la privación del acceso a la justicia por falta de recursos econó-

micos *expresamente derivada del propio enunciado constitucional*². Tratar de acotar en mayor medida el margen de configuración propio del legislador a partir del precepto mencionado significaría coartar ilícitamente el amplio elenco de opciones políticas plenamente admisibles desde el punto de vista constitucional (STC 16/1994, FJ 4).

El contenido indisponible para el legislador predicable de cualquier derecho constitucional resultaría, pues, del propio tenor literal de la norma que lo enunciase y sólo de ahí; a falta de una indicación expresa en contrario³ ninguna de las restantes configuraciones posibles ligaría al legislador a la hora de regular este concreto derecho. Como se verá con posterioridad, la garantía del contenido esencial de los derechos y libertades va, por el contrario, más allá –o, cuando menos, eso parece– al constreñir el margen de discrecionalidad legislativa por medio de la exigencia de respeto del tipo abstracto del derecho conceptualmente preexistente al momento legislativo y de los intereses jurídicamente protegidos por medio del mismo (STC 11/1981, FJ 8). Dentro de este marco del control abstracto de constitucionalidad se inquirirá qué papel pueda llegar a desempeñar la normativa de desarrollo y reguladora del derecho en cuestión que efectivamente anteceda a la actuación legislativa impugnada. Qué ocurrirá en ausencia de la misma podrá ser apreciado con mayor claridad a partir de la elucidación del contenido «mínimo» de un derecho.

2.2 El contenido «mínimo» de los derechos tutelables en amparo

Acerca del contenido «mínimo» de los derechos se manifestó el supremo intérprete de la Carta Magna en la STC 254/1993, de 20 de julio. La razón que, a pesar de su llamativa excepcionalidad, justifica el estudio de esta sentencia no es otra que su eventual vinculación con eso que se ha denominado «función programática» de la Constitución (Otto, 1987, 41 y ss.). El problema principal había surgido en esta ocasión a partir de una libertad fundamental sometida a una específica «reserva de configuración legal»: la conocida como «libertad informática» (o *habeas data*) consagrada en el art. 18 CE. En tanto la regulación legal no hubiese satisfecho el mandato constitucional yuxtapuesto a la

² *Vid.*, entre otras, las SSTC 16/1994, FJ 4; STC 10/2008, FJ 2; y 140/2016, FJ 3.

³ Por ejemplo, la obligación de interpretar «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE).

reserva aludida⁴, de dicho mandato no cabía extraer más que un «contenido mínimo» del *habeas data*. Esta situación, no obstante, no permitía concluir, en opinión del Tribunal Constitucional, que los derechos a obtener información ejercitados en el caso en cuestión por el demandante en amparo no formasen parte del contenido mínimo que consagra el art. 18 CE con eficacia directa. Dado que, para el Alto Tribunal español, la «libertad informática» se configuraba también como un derecho a controlar el uso de los datos almacenados en un programa informático, no existían motivos para impedir que el interesado se opusiese a que esos mismos datos fuesen conservados una vez desaparecido el legítimo fin que había justificado su obtención por parte de la Administración. Semejante constatación, por consiguiente, impedía aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agotase su contenido en facultades «de exclusión»; las facultades precisas para conocer la existencia, fines y responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública formarían parte «del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, *haya sido o no desarrollado legislativamente* (STC 11/1981, fundamento jurídico 8.º, y 101/1991, fundamento jurídico 2.º)» (STC 254/1993, FJ 8, énfasis añadido).

Lo dicho hasta aquí suscitaría, por consiguiente, la duda acerca de cuál deba ser tal contenido mínimo (o provisional) amparable en ausencia del debido desarrollo legislativo de un derecho, es decir, ante una eventual «omisión legislativa»⁵. Antes de ocuparse de este asunto, no obstante, convendría subrayar que aquí no se está tratando ya de derechos constitucionales en general, sino de «derechos tutelables en amparo», toda vez que el único supuesto plausible (en el ordenamiento jurídico español) de protección ante una omisión legislativa relativa se produciría en el marco de la interposición de un recurso de amparo constitucional: dado que el poder legislativo no es controlado en el ejercicio de sus funciones respectivas, sino sólo a partir del resultado de su actividad, una eventual omisión por parte de este último podría ocasionar una protección inefectiva únicamente reparable en caso de que el poder judicial, obligado a aplicar directamente las normas enunciativas de derechos y libertades en ausencia de normativa de desarrollo de los mismos, no hiciese tal cosa

⁴ «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Las «tesis obligacionales» construirían a partir de preceptos como éste un «novedoso concepto de reserva de ley» que ha sido criticado por VILLAVERDE (1997, 97 y ss.).

⁵ *Vid.*, en relación con la problemática relativa a las «omisiones legislativas», AHUMADA (1991), GÓMEZ PUENTE (1997), VILLAVERDE (1997), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998) o GAVARA (2007), entre otros.

(Gavara, 2007, 105 y ss.). Este planteamiento desembocaría en la obligación del juez o tribunal ordinario de reconocer y proteger cualquier acción subsuible dentro de la norma enunciativa de un derecho fundamental o una libertad pública; de lo contrario, el órgano en cuestión se haría responsable de la infracción del derecho y abriría la vía del recurso de amparo constitucional⁶.

En el caso en cuestión, el primero de los indicios que efectivamente permitieron «concretar» (Hesse, 1992, 40 y ss.)⁷ el contenido «mínimo» de un derecho (y, por tanto, integrar la laguna jurídica ocasionada por la omisión legislativa relativa) estuvo representado por el tenor literal de la norma que lo enuncia. De este modo, el contenido «mínimo» habría venido a coincidir inicialmente con el contenido «indisponible» de los derechos, una coincidencia perfectamente coherente con la indiscutible fuerza normativa de todas y cada una de las normas de la Constitución. No obstante, puesto que el contenido mínimo de los derechos perseguiría posibilitar la integración de la laguna normativa a través del recurso de amparo constitucional, el problema cardinal radicó en cómo suplir jurisdiccionalmente esa falta de desarrollo de una específica «reserva de configuración legal». En opinión del supremo intérprete de la Carta Magna, el mandato constitucional de dotar de efectividad a los «derechos fundamentales y libertades públicas» permitía recurrir, en primer lugar, a los tratados y convenios internacionales sobre la materia suscritos por España. A falta de la debida normativa de desarrollo, la efectividad del derecho fundamental requería del auxilio interpretativo de normas del Derecho Internacional: «las pautas interpretativas que nacen del Convenio de protección de datos personales de 1981 conducen a (...) la conclusión de que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades» (STC 254/1993, FJ 7). En consecuencia, también tales «facultades de información» formarían parte del contenido mínimo del derecho a la intimidad a salvaguardar por el Tribunal Constitucional con independencia de que exista o no desarrollo legislativo.

⁶ Adicionalmente, «conviene recordar que las omisiones legislativas que produzcan una infracción de un derecho fundamental puede ser objeto de control por parte del TEDH, cuya jurisprudencia es asumida por el Tribunal Constitucional como criterio de resolución de futuros conflictos. Esta jurisprudencia sin llegar a ser sustitutiva del legislador, ni autorizadora de una actuación positiva directa de la jurisdicción ordinaria, sí que es un cauce para fijar criterios materiales de resolución de ponderaciones judiciales necesarias frente a lagunas legislativas que deben ser resueltas mediante aplicación directa de los derechos fundamentales» (GAVARA, 2007, 286).

⁷ Cfr. BÖCKENFÖRDE (1993, 31 y ss.).

La «apertura» ocasionada por el art. 10.2 CE habría servido para salvar en parte las incertidumbres señaladas al hacer de la Carta Magna en este caso «una norma de mínimos en materia de derechos fundamentales» (Arzo, 2014, 225 y ss.) perfectamente compatible con una mayor protección por parte del Derecho Internacional⁸. Alcanzado este punto cabría preguntarse todavía qué otras facultades podría legítimamente abarcar ese contenido «mínimo» de los «derechos tutelables en amparo». ¿Hasta dónde podría llegar una ampliación pretoriana de dicho contenido de un derecho en ausencia de la debida normativa de desarrollo? Y, en su caso, ¿cómo hacerlo sin restringir la «apertura constitucional exigida por el principio democrático» (Villaverde, 1997, 106) de tal manera que la era de los derechos termine siendo «una justicia tan aleatoria que se confunda con el concepto, trágico, del destino» (Requejo Pagés, 2006, 453)?

2.3 El contenido «adicional» de los derechos tutelables en amparo

El apartado precedente habría sugerido la existencia de otro contenido de los «derechos tutelables en amparo», uno «adicional» (o disponible por el legislador). En contraposición al contenido «mínimo», el «adicional» se caracterizaría por abarcar facultades añadidas al núcleo de aquellos derechos a través de normas legales. Se trataría, en pocas palabras, de esas facultades que las leyes crean para desarrollar o regular el ejercicio de un derecho o una libertad y pueden alterar o suprimir libremente por no afectar al contenido esencial de aquéllos. Esta última circunstancia implicaría que el contenido «adicional» al que se viene haciendo referencia únicamente resultaría operativo en sede constitucional en el contexto de un recurso de amparo: si un derecho no sólo se compone de un núcleo resistente a la acción de cualquier poder público —señaladamente el legislador—, sino también de una periferia repleta de facultades adicionales creadas por ley, sólo las actuaciones administrativas o judiciales eventualmente contrarias a estas últimas resultarían susceptibles de infringir este contenido «adicional» del derecho⁹.

Como quiera que sea, convendría matizar esto último aclarando que, según el parecer del Alto Tribunal español, la violación del contenido «adicional» de un derecho no se producirá cuando los impedimentos u obstaculizaciones al ejercicio del mismo obedezcan a razones atendibles como, por ejemplo, la pro-

⁸ De esta forma, el art. 10.2 CE también habría satisfecho la necesidad de coordinar las «realidades constitucionales de nuestro horizonte» (ARZO, 2014, 182 y ss.).

⁹ *Vid.*, en este sentido, las SSTC 39/1986, FJ 3; 104/1986, FFJJ 5 y 6; 51/1988, FJ 5; 61/1989, FJ 2; 127/1989, FJ 3; 30/1992, FJ 3; 173/1992, FJ 3; 164/1993, FJ 3; entre otras.

tección de otros derechos o intereses constitucionales¹⁰. Consecuentemente, cada vez que el Tribunal Constitucional ha sostenido, en el marco de un proceso de amparo, que no le correspondía determinar cuál era la interpretación más correcta de la norma legal que configuraba el contenido «adicional» de un derecho, estaba precisamente recordando que no se encontraba (ni se encuentra) obligado a inclinarse *tout court* por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular del derecho presuntamente afectado¹¹, sino que le bastaba con comprobar que la exégesis del último llevada a cabo por el órgano administrativo o jurisdiccional correspondiente había salvaguardado suficientemente dicha garantía legal. En el marco de la comprobación de respeto del contenido «adicional» de un derecho, la función revisora del supremo intérprete de la Carta Magna se vería, por ende, limitada al examen del carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la actuación impugnada, así como de la justificación finalista de las normas consideradas aplicables¹².

2.4 El contenido «absoluto» de los derechos y libertades

En paralelo a los ya examinados, el Tribunal Constitucional habría desarrollado un cuarto contenido de los derechos para aquellas ocasiones en las que los poderes públicos nacionales deben dar validez a resoluciones adoptadas por autoridades extranjeras cuya ejecución se reputa lesiva de alguno de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución. Semejante actuación de un poder público extranjero vicaría de inconstitucionalidad la de un órgano judicial español que, al cumplimentar u otorgar validez a aquella, materializaría dicha lesión. Para estos casos se habría acuñado, entre los Fundamentos Jurídicos 5 y 9 de la STC 91/2000, de 30 de marzo, el concepto de «contenido absoluto de los derechos fundamentales». Esta categoría encontraría algunos años más tarde su momento de apogeo con motivo del proceso de integración europea y, en concreto, de la STC 26/2014, de 13 de febrero, la resolución que puso fin al conocido asunto *Melloni*¹³. Mientras que los contenidos «indisponible», «esencial», «mínimo» y «adicional» de los derechos supondrían modulaciones de la vinculación (incondicio-

¹⁰ SSTC 51/1988, FFJJ 3 y 5; y 30/1992, FFJJ 3, 4 y 5.

¹¹ SSTC 287/1994, FJ 3; y 67/1995, FJ 5.

¹² En este mismo sentido se expresan resoluciones como las SSTC 201/1999, FJ 4 o 70/2000, FJ 4. El Tribunal Constitucional habría desarrollado un contenido adicional de la libertad sindical, el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos de los extranjeros (VILLAVERDE, 2004, 134).

¹³ *Id.*, entre otros, SARMIENTO (2013, 1.274 y ss.), MUIR (2014, 223 y ss.) o NERGELIUS (2015, 3 y ss.).

nada *ad intra*) a los mismos de todos los poderes públicos, el contenido «absoluto» de aquéllos pondría sobre la mesa el problema de su vinculatoriedad cuando se proyectan *ad extra*. Nos encontraríamos, en palabras del propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de las llamadas «vulneraciones indirectas» de los derechos y libertades.

Para precisar cuáles son las facultades definitorias del contenido «absoluto» de un derecho o libertad –facultades cuya lesión, por consiguiente, determinarían una vulneración indirecta de aquél por parte de los poderes públicos españoles– habría subrayado el Alto Tribunal español la decisiva relevancia del art. 10.1 CE. La proclamación de que el fundamento «del orden político y de la paz social» reside en «la dignidad de la persona» y en «los derechos inviolables que le son inherentes» no sólo expresaría una pretensión de legitimidad, sino también un criterio de validez universalmente aplicable (STC 91/2000, FJ 5). Dado que la dignidad de la persona, en tanto que «valor espiritual y moral inherente» a la misma (STC 53/1985, FJ 8), debe permanecer intacta en cualquier situación en que un individuo se encuentre, en la Constitución española se decidió salvaguardar «absolutamente» aquel contenido de los derechos que pertenece «a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» y, por ende, configura el *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (STC 120/1990, FJ 4)¹⁴. ¿De qué manera cabría identificar con mayor precisión ese *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar? De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el contenido «absoluto» de los «derechos y libertades» debería ser precisado a partir del tipo abstracto del derecho y de los intereses jurídicamente protegidos por medio del mismo (a saber, de su «contenido esencial», tal como se lo definió en la STC 11/1981), si bien a aquél no pertenecería cada una de las facultades que, en el plano interno, vinculan a todos los poderes públicos sin excepción: «Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia» (STC 91/2000, FJ 6). No se trataría, por ende, de la simple toma en consideración de los mismos elementos que resultarían relevantes a la hora de identificar el contenido esencial de tales derechos: la indagación acerca de esos contenidos constitucionalmente reconocidos de modo absoluto y, en consecuencia, universalmente proyectados exigiría valorar si (y, en su caso, en qué medida) determinadas facultades resultan «inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro

¹⁴ *Vid.*, en el mismo sentido, las SSTC 57/1994, FJ 3; y 242/1994, FJ 4.

libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos» (STC 91/2000, FJ 7).

Dentro del proceso de determinación a que me acabo de referir desempeñarían un rol decisivo la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Unos y otros representarían el criterio interpretativo a que se refiere el art. 10.2 CE. Naturalmente, lo anterior no implicaría en ningún caso que el Tribunal Constitucional deba dilucidar si la actuación del poder público extranjero ha infringido el Convenio de Roma de 1950, por ejemplo, ya que la cláusula del art. 10. 2 CE únicamente recoge un criterio interpretativo de los derechos, ‘sin que quepa considerar la existencia de una lesión autónoma de esta directriz sino siempre la del derecho fundamental concernido, bien que «agravada por el hecho que tal vulneración pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución» [STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 2 b)]’ (STC 140/2016, FJ 5). Sin perjuicio de lo que después se dirá, tampoco el Derecho de la Unión Europea (y, en concreto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en lo que sigue, CDFUE) constituiría el canon de constitucionalidad bajo el que deba examinarse la validez de las leyes del Estado español (Arzoz, 2015, 67). En el ámbito de las llamadas vulneraciones indirectas, la CDFUE ostentaría una relevancia decisiva a la hora de precisar cuáles son las facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental, pero en modo alguno podría servir para fundamentar una pretensión de inconstitucionalidad (STC 26/2014, FJ 4)¹⁵; la coincidencia con el ámbito de valores de estos instrumentos no justificaría semejante examen. Esta coincidencia del sistema constitucional de valores con el ámbito de intereses que dichos instrumentos protegen solamente constituiría el presupuesto de la decisiva relevancia de los últimos a la hora de especificar las facultades incluidas en el contenido «absoluto» de un derecho, esto es, las elementales exigencias que deberían servir para enjuiciar la actuación de los poderes públicos extranjeros, «determinando, en su caso, la *inconstitucionalidad indirecta* de la actuación de la jurisdicción española» (STC 26/2014, FJ 4, énfasis añadido).

Habida cuenta de lo que antecede, para la definición del contenido absoluto de un derecho fundamental habría que atender, en primer lugar, al enunciado del texto constitucional, en segundo lugar, al enunciado del instrumento

¹⁵ Contra este planteamiento del Tribunal Constitucional ha dirigido una dura crítica ARZOZ (2015, 91-107).

internacional y, finalmente, a la «interpretación auténtica de esos enunciados, es decir, la jurisprudencia de cada uno de los Tribunales de garantía en los que se integra el respectivo enunciado formal» (Requejo Pagés, 2006, 449). Esto asignaría a las interpretaciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hayan realizado del contenido de un derecho la importante función de delimitar (siquiera indirectamente) el tipo abstracto del derecho y los intereses jurídicamente protegidos por medio del mismo (STC 91/2000, FJ 6). De esta forma, el art. 10.2 CE terminaría conduciendo «en la práctica» (Arzoz, 2015, 98) a un reconocimiento de contenidos «inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y (...) no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos» inevitablemente coincidente con los «estándares» internacionales de derechos humanos¹⁶. ¿Habría logrado sortear esta concreción pretoriana del contenido «absoluto» de un derecho o libertad la siempre amenazante «dificultad contra-mayoritaria» (Bickel, 1962, 16 y ss.)?

2.5 El contenido «esencial» de los derechos y libertades

La dificultad a la que me acabo de referir encontraría en la discusión a propósito de la garantía del «contenido esencial» de los derechos y libertades su momento álgido. Cualquier tentativa de aproximación al tratamiento jurisprudencial de esta categoría deberá comenzar inquiriendo acerca de los dos «camino» sugeridos en el Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981. Como se recordará, el primero pasaba por acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir cada derecho; el segundo, por buscar lo que una importante tradición habría llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos¹⁷. Este planteamiento tan intuitivo a primera vista estaría sujeto, con todo, a una importante objeción: la apelación al «metalinguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho» y, sobre todo, a

¹⁶ Este funcional enfoque del Alto Tribunal español puede ser interpretado como una «labor de mediación entre los discursos constitucionales concurrentes» inspirada por la pretensión de resultar «practicable en el ámbito multinivel de los derechos fundamentales» al «ser consciente de su impacto exterior y buscar la mayor comunicabilidad posible» (AZPITARTE, 2016, 972 y s.).

¹⁷ *Vid.*, por todas, las SSTC 11/1981, FFJJ 8, 9 y 10; 196/1987, FJ 4; 120/1990, FJ 8; 57/1994, FJ 6; 98/2000, FJ 5; 70/2002, FJ 10 a) y 236/2007, FJ 4. A la obra pionera de HÄBERLE (1983) sobre el particular habría seguido en nuestro país un influyente trabajo de OTTO (1988). La impronta de estos autores puede percibirse en las ulteriores contribuciones de FREIXES (1988), GAVARA (1994) o MEDINA GUERRERO (1996), entre otros.

un «tipo abstracto del derecho preexistente conceptualmente al momento legislativo» (STC 11/1981, FJ 8) podría insinuar una especie de contrita retirada hacia un Derecho Natural no del todo ajeno a la tradición jurídica nacional (Bergareche, 2002, 35 y ss.). Esta búsqueda (recurrente en toda la Europa occidental tras 1945) de seguridad en el Derecho Natural representaría, sin embargo, una ilusión no sólo inútil, sino también peligrosa, pues impediría entender que la tan ansiada seguridad sólo puede ser ofrecida por sólidas instituciones políticas y la correcta comprensión de las mismas. Por esta razón, una noción como la contenido esencial ofrecería a primera vista muy escasa ayuda a este respecto, toda vez que «el concepto de esencia se ha disuelto con la declinación de los presupuestos ontológicos de nuestro filosofar y se ha convertido en simple ‘fórmula vacía’» (Luhmann, 1965, 59)¹⁸.

Puesto que las normas de clausura de ciertas expresiones abiertas de la Constitución pueden en ocasiones resultar determinantes de la validez de otras de su mismo rango (aunque esta elevación derivada del cumplimiento de la función que tal norma compartiría circunstancialmente con la Constitución no se vería en modo alguno traducida en el plano positivo: se seguiría tratando de normas formalmente infra-constitucionales), alguien podría tratar de argumentar que la garantía del contenido «esencial» remitiría precisamente a las normas de rango infraconstitucional que naturalmente concretan la generalidad y abstracción de las disposiciones de la Carta Magna en las que se enuncian derechos y libertades. Sin embargo, Paloma Requejo ya se habría encargado de repeler este planteamiento de un modo harto convincente al aclarar que la función procesal de parámetro de constitucionalidad iría «indisolublemente ligada y encuentra su justificación en el desempeño de una específica función en el interior de un ordenamiento jurídico» (Requejo, 2006, 387). Esta apreciación obligaría a distinguir entre aquellas normas que vendrían a completar estructuralmente «los procedimientos a través de los cuales se aprueban y reforman las diferentes fuentes del sistema» y las que, ante la incapacidad o inconveniencia de que en la Constitución se regulen exhaustivamente todas las cuestiones materialmente relevantes, concretan –identificando uno de los posibles contenidos de una norma enunciativa de un derecho– la generalidad y abstracción de la Carta Magna (Requejo, 2006, 407). Excluida, de este modo, la posibilidad entender la garantía del contenido «esencial» como una remi-

¹⁸ Estas «fórmulas vacías» ocultarían en muchos casos normas apócrifas o, lo que es aún peor, tenderían a ensanchar las competencias decisorias del órgano facultado para interpretarlas hasta el punto de alterar la debida posición del mismo en el proceso político (SCHUPPERT, 1980, 4).

sión a las normas de rango infra-constitucional delimitadoras de los derechos y libertades, ¿qué opciones restarían?

A fin de dotar al concepto de contenido «esencial» de cierta operatividad, sólo servirán de auxilio el logro de consenso en la discusión jurídica (Hoffmann-Riem, 2008, 557) y la fuerza normativa de las resoluciones del Tribunal Constitucional. En lo que atañe al consenso aludido, merece la pena destacar que la perspectiva «espacial» (Jiménez Campo, 1999, 73 y ss.) o sustancialista de los derechos habría ido cediendo terreno a favor de un principio de justicia general que prohibiría al legislador un tratamiento preferencial, es decir, generador de desigualdades objetivas no fundamentadas, de injusticia y de arbitrariedad¹⁹. La función de preservación tanto de la tradición jurídica como de los intereses jurídicamente relevantes en juego que le correspondería al Tribunal Constitucional en este contexto tendría vedada, por consiguiente, cualquier interpretación sustancialista que condujese a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución (Ferrerres Comella, 2007, 50). El problema de la garantía del contenido «esencial» se habría transformado así en una cuestión a resolver sobre la base del reconocimiento de la condición subjetiva de los individuos (Preuß, 1979, 22) y su garantía a través, por una parte, de su participación –en calidad de ciudadano– en el proceso legislativo y, por otra, de la limitación de la coerción estatal en aras de una «prestación funcional-específica» que permita «otras prestaciones, otros sistemas de consecución de intereses y otras fuentes de poder y de prestigio social» (Luhmann, 1965, 23).

3. CONCLUSIONES

La proliferación constitucional de los diversos «contenidos» (indisponible, mínimo, absoluto,...) de los derechos habría significado el abandono de la tradicional concepción liberal de los últimos y una mayor apertura del ordenamiento jurídico español hacia una problemática que rebasaría los estrechos límites de las fronteras nacionales. A modo de corolario de la exposición hasta aquí efectuada, cabría poner de manifiesto, como mínimo, dos situaciones incómodamente paradójicas.

¹⁹ Esta transformación ya fue percibida por Carl Schmitt a inicios de la década de 1930. En su opinión, el concepto jurídico de «expropiación» se estaba disolviendo a la sazón de tal manera que pronto llegaría a significar «cualquier injerencia estatal en la esfera patrimonial (*jeder staatliche Eingriff in die Vermögenssphäre*)» individual (dando lugar, correlativamente, al correspondiente derecho a una indemnización). Así las cosas, no puede tener nada de aleatorio el que la categoría jurídica de «garantía institucional» alcance su versión más acabada en esta época. *Vid.*, al respecto, SCHMITT (2003, 110-128 y 140-173).

Por una parte, la exigencia de respeto del contenido esencial de los derechos únicamente se predica en el ordenamiento jurídico español de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. Con los del Capítulo tercero, por consiguiente, ocurriría que, a la vista del peculiar régimen jurídico determinado por el art. 53.3 CE (y de la estructura lógica de algunos de los preceptos en que se enuncian), únicamente cumplirían una función orientadora de la actuación de los poderes públicos porque su contenido esencial (cabría suponer –de acuerdo con un Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981 referido a «cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales»– que tienen uno) no vincularía al legislador en la peculiar regulación de su ejercicio. Como quiera que sea (y aquí aflora lo paradójico de la situación), tales derechos se encontrarían en todo caso protegidos por el principio general de rigidez constitucional y por la correlativa posibilidad de cuestionar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal que los vulnerase²⁰. Qué conllevaría el deber de «tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, FJ 6) es una cuestión sobre la que merece la pena reflexionar.

Por otro lado, si la concreción de los contenidos de los derechos debe estar guiada por una suficiente voluntad de diálogo con conceptos nacidos extramuros de nuestro país, entonces seguramente resulte aconsejable apostar por una definición dogmática de aquéllos antes que por asépticas técnicas como el principio de proporcionalidad. Sólo así cabrá identificar qué nociones del Derecho internacional o comparado pueden resultar relevantes para la construcción de nuestras categorías y, a la inversa, qué facultades protegidas por nuestros derechos merecen reconocimiento fuera de nuestras fronteras: «La identidad nacional casa mal con el principio de proporcionalidad en la racionalización de las relaciones centro/periferia. No cabe modularla: si un elemento es matizable en conflicto con otros bienes, entonces es irremediable aceptar que carecía de fuerza identitaria. Lo identidad es o no es. Así las cosas, todo apunta a que la identidad nacional será útil como instrumento material que excluye en términos generales la aplicación del Derecho de la Unión y que cede, también sin ponderación posible, frente a otros bienes» (Azpitarte, 2017, 447).

²⁰ JIMÉNEZ CAMPO (1999 128, 131-132). En esta línea, el Tribunal Constitucional habría tenido ocasión de señalar que el indudable valor normativo de los artículos comprendidos entre el 39 y el 52 de la Constitución, ambos inclusive, ha de ser modulado en los términos del art. 53.3 CE, precepto que impediría «considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, FJ 6). *Vid.*, en el mismo sentido, las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, o 222/1992, de 11 de diciembre.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHUMADA RUIZ, M. A. (1991), «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8 (enero-abril), pp. 169-194.
- ARZO SANTISTEBAN, X. (2014), *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- ARZO SANTISTEBAN, X. (2015), *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2016), «Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, pp. 941-975.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2017), «Identidad nacional y legitimidad del Tribunal de Justicia», *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, pp. 413-448.
- BERGARECHE GROS, A. (2002), *El concepto de Constitución interna en el Constitucionalismo de la Restauración española*, Madrid: CEPC.
- BICKEL, A. (1962), *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merrill Company.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (1993), *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- DE OTTO, I. (1988), «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», Martín-Retortillo Baquer, L. y Otto, I. de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, pp. 93-172.
- DE OTTO, I. (1987), *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (1998), *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: McGraw-Hill.
- FERRERES COMELLA, V. (2007), *Justicia constitucional y democracia*. 2.^a ed., Madrid: CEPC.
- FREIXES SANJUÁN, T. (1988), «El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 C. E.», VV. AA. *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. 1, Madrid: Ministerio de Justicia – Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, pp. 504-541.
- GAVARA DE CARA, J. C. (1994), *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: CEPC.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2007), «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 69, pp. 95-130.
- GÓMEZ PUENTE, M. (1997), *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill.

- HÄBERLE, P. (1983), *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. 3.^a ed. Ampliada, Heidelberg: C. F. Müller
- HESSE, K. (1992), *Escritos de Derecho Constitucional*. 2.^a ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- HOFFMANN-RIEM, W. (2008), „Das Bundesverfassungsgericht als Garant von Rechtsstaatlichkeit«, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Heft 19-21, pp. 557-561.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta.
- KELSEN, H. (1945), *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press.
- LUHMANN, N. (1965), *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.
- MEDINA GUERRERO, M. (1996), *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill.
- MUIR, E. (2014), «The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: some Constitutional Challenges», *Common Market Law Review*, 51, pp. 219-246.
- NERGELIUS, J. (2015), «Human Rights in EU Law 2014: Two Key Cases of 2013», NERGELIUS, J. & KRISTOFFERSON, E. (ed.), *Human Rights in Contemporary Law. Swedish Studies in European Law*. Volume 6 (1-6), Oxford and Portland: Hart Publishing.
- PREUB, U. K. (1979), «Die Aufrüstung der Normalität», *Kursbuch*, 56, pp. 15-37.
- REQUEJO, P. (2006), «Nuevos parámetros de constitucionalidad», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, 4 (La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional), pp. 387-424.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2006), «Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, 4 (La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional), pp. 441-453.
- SARMIENTO, D. (2013), «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national Courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review*, 50, pp. 1.267-1.304.
- SCHMITT, C. (2003), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 4.^a ed., Berlin: Duncker&Humblot.
- SCHUPPERT, G. F. (1980), *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Regensburg: Athenäum.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1997), *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: McGraw-Hill.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2004), «Los límites a los derechos fundamentales», BASTIDA FREIJEDO, F. J. ET AL (2004), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos.

EL ROL DEL PROTOCOLO N. 16 AL CEDH EN EL DIALOGO ENTRE TRIBUNALES PARA UNA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS MÁS UNIFORME. REFLEXIONES AL HILO DE SUS CARACTERÍSTICAS Y DE LA PROPUESTA ITALIANA DE RATIFICACIÓN

SILVIA ROMBOLI
Universidad Ramon Llull, ESADE

SUMARIO: 1. Introducción: Protección de derechos y «diálogo entre Tribunales». 2. Las características del instrumento consultivo previsto en el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2.1 Los sujetos legitimados. 2.2 El carácter obligatorio o facultativo del planteamiento. 2.3 El objeto. 2.4 El contradictorio y el rol de las partes en el juicio *a quo* y ante el Tribunal de Estrasburgo. 2.5 La decisión y su eficacia. 3. Consideraciones conclusivas. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN DE DERECHOS Y «DÍALOGO ENTRE TRIBUNALES»

El tema de la comúnmente denominada «tutela multinivel de los derechos fundamentales» se encuentra, en particular en los últimos años, en el centro de la atención y del interés de los estudiosos del Derecho¹.

¹ La doctrina en esta materia es muy abundante. Pueden verse, entre muchos otros: STAIANO (2002); CARTABIA (2004); SORRENTINO (2006); RUGGERI (2007); CARDONE (2011); SILVESTRI (2013); GAMBINO (2015); MALFATTI (2015); CONTI (2016); MONTESINOS PADILLA (2017).

La tutela de los derechos se consideraba, hasta cierto momento, una actividad de exclusiva competencia estatal, siendo el principal obstáculo para su realización y garantía el concepto de soberanía nacional ¹.

Las experiencias totalitarias, a las que con tanta evidencia se contraponen las Constituciones de la segunda posguerra, entre otros efectos y consecuencias acarrearón una cierta apertura de los ordenamientos nacionales hacia el exterior y hacia ámbitos y autoridades supranacionales. La finalidad patente de ese movimiento procuraba garantizar el respeto de aquellos derechos humanos que habían sido negados por los gobiernos dictatoriales, cuyos indeseables resultados y secuelas todavía estaban bien presentes en la memoria de los constituyentes. Ese plano o ámbito supraestatal, así pues, simbolizaba un garante «externo» que podía intervenir en el caso de que las garantías «internas» no funcionasen apropiadamente.

Por lo que concierne a la tutela de los derechos, el nivel supranacional se desarrolla de manera principal a través de la aprobación de Cartas de derechos y por medio de la identificación de un Juez con la específica competencia de garantizar su respeto y observancia. Se trataría, parece evidente, más allá de su denominación y de su eficacia jurídico-formal, de textos caracterizados por su inequívoca naturaleza constitucional y por un contenido muchas veces análogo al de las Normas Fundamentales nacionales ².

Por estas razones, la doctrina no ha obviado evidenciar la necesidad de encontrar una conexión en los mecanismos de tutela y en las relaciones entre las distintas jurisdicciones (en particular, las europeas con las estatales).

Considerando que la previsión y, señaladamente, la tutela de los derechos fundamentales no puede entenderse como una competencia específica asignada a un juez o a otro, sino, más bien, como una finalidad general que persigue alcanzar el nivel máximo de realización posible, el criterio que ha prevalecido ha sido el de la necesaria colaboración y cooperación entre todos los diferentes niveles de tutela, tanto en el ámbito nacional como en los distintos ámbitos supranacionales ³.

¹ ZAGREBELSKY (2015).

² Algunos autores han revelado sus inquietudes respecto del nacimiento de una pluralidad de sistemas de protección de los derechos fundamentales en el ámbito supra e internacional, dotados muchas veces de marcos competenciales que coinciden, cada uno con su propia normativa y sus propios órganos como garantes del nuevo sistema; v. en relación con esto CRUZ VILLALÓN (2012).

³ Por estas razones, y para obviar a los problemas que pueden derivar de la presencia de una multiplicidad de Cartas de Derechos (muchas veces con el reconocimiento de derechos coincidentes, como apuntábamos en la nota anterior) y de Jueces para su protección, LÓPEZ GUERRA (2014) evidencia la necesidad de instaurar medidas de coordinación entre estas normativas y estos órganos que «aseguren un funcionamiento armónico y sin contradicciones de los mecanismos de protección de los derechos humanos».

Se ha empezado a hablar, así, de «diálogo entre jueces»⁴, esto es, de la creación de unos espacios de intercambio y colaboración entre las distintas jurisdicciones y las distintas jurisprudencias.

A tenor de lo expuesto, se desvela en toda su evidencia la importancia del estudio de los mecanismos que permiten el buen funcionamiento y el constante crecimiento de este diálogo.

Por esta razón, he decidido dedicar esta contribución al análisis del «último» (desde el punto de vista temporal) entre los mecanismos de diálogo entre tribunales, un instrumento todavía poco conocido y recientemente «estrenado»⁵: la posibilidad de que determinadas autoridades judiciales estatales pidan una opinión consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) según lo previsto en el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH). En la doctrina se ha sostenido que este instrumento ha sido plasmado, no obstante las numerosas diferencias, mirando a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, definido por esta razón como el «hermano mayor»⁶.

Procediendo con este análisis introductorio, el Protocolo n. 16 al CEDH⁷, articula, como he subrayado más atrás, un nuevo procedimiento que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas sobre la aplicación e interpretación del Convenio Europeo. Hasta hace pocos meses (1 de agosto de 2018) no había entrado aún en vigor, pues no se habían alcanzado la ratificación del número mínimo de Estados miembros del Consejo de Europa que resulta necesario.

Esta competencia «consultiva» se suma así a aquella otra, escasamente utilizada, prevista en los arts. 47-49 CEDH⁸.

⁴ Sobre la temática del «diálogo entre tribunales», entre otros, pueden verse: D'ANDREA, MOSCHELLA, RUGGERI, SAITTA (2015); LÓPEZ GUERRA (2015); SÁIZ ARNAIZ (2015); SAIZ ARNÁIZ (2015, 1); GIOVANNETTI, PASSAGLIA (2014); DANI (2013); DE VERGOTTINI (2010); TESAURO (2009); SPERTI (2006); GÓMEZ FERNÁNDEZ (2004); SORRENTINO (2002); CASTELLÁ ANDREU (2001); CARTABIA, WEILER (2000); MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1995).

⁵ En octubre de 2018 la Corte de Casación francés ha planteado la primera solicitud de opinión consultiva al TEDH, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/arrets_n_40364.html.

⁶ CONTI (2014).

También en opinión de LÓPEZ GUERRA (2014) el mecanismo previsto en el Protocolo n. 16 es evidentemente inspirado por el procedimiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, aunque puedan evidenciarse «notables diferencias», como veremos también en estas páginas.

⁷ Sobre el Protocolo n. 16 al Convenio, pueden verse, entre otros: BARNABO (2013)0; ASTA (2013); el ya citado trabajo de LÓPEZ GUERRA (2014); RUGGERI (2014); POLLICINO (2014); CONTI (2014); CENTAMORE, AGOSTINI (2014); SICILIANOS (2014); MARCHINI (2014); CONTI (2014, 1); LAMARQUE (2015); ODDI (2016); RIVERA (2016); PIRRONI (2017).

⁸ Se trata del parecer que el Comité de Ministros puede solicitar del TEDH sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos, que sin embargo no puede concernir al contenido o la eficacia de los derechos y libertades ahí contenidos. La «opinión» tiene que motivarse y se prevé la posibilidad de que los Jueces de Estrasburgo emitan opiniones disidentes.

Como se dirá más adelante, las opiniones, que tienen que motivarse y pueden contener opiniones disidentes⁹, no cuentan, sin embargo, con eficacia vinculante para el Estado solicitante (ni para ningún otro sujeto).

La aprobación de esta nueva competencia «consultiva» ha sido recibida positivamente, incluso con entusiasmo, por parte de la doctrina, aunque no hayan faltado voces que han mostrado reservas y preocupaciones¹⁰.

Entre los autores que sostienen la primera postura, se ha hablado de una verdadera «revolución copernicana» para los ordenamientos de los Estados miembros¹¹ y de la posibilidad de que pueda crearse un beneficioso círculo virtuoso, pues el Tribunal Europeo conocerá de una forma más completa las particularidades de cada supuesto específico y será posible una provechosa relación entre el Juez constitucional y la Corte Europea¹². Llega a afirmarse que este instrumento puede convertirse en el elemento central (la «*chiave di volta*» en italiano) de todo el sistema europeo de derechos humanos¹³.

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación – de manera distinta respecto de lo que en muchas ocasiones ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea – de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde distintas perspectivas. En primer lugar, por la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo¹⁴, gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y la mayoría de las veces sujeta al supuesto concreto, favoreciéndose así, de un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, de otro, que la tutela de los derechos contenidos en

⁹ Esta circunstancia representa una de las diferencias entre este mecanismo y la prejudicial ante el TJUE. En efecto, los Jueces de Luxemburgo no pueden expresar votos particulares de ningún tipo. Se trata, del otro lado, de una característica común respecto de las decisiones del Tribunal Constitucional español.

¹⁰ RIVERA (2016, 455 y ss.) evidencia algunas contradicciones en el mecanismo del parecer prejudicial y prevé una difícil aplicación del mismo, pues faltarían instrumentos aptos para garantizar su activación (y eficacia) a nivel nacional y su racionalización a nivel europeo; ONIDA (2015, IX) considera que la reforma del Protocolo n.º 16 no se fundaría en una lógica muy clara y evidente, pues el Tribunal Europeo intervendría, con su opinión, en un proceso todavía en curso y en el momento de la última instancia; MARCHETTI (2014, 68 y ss.) observa que, en el momento actual, la presencia contemporánea de un mecanismo de consulta al Tribunal Europeo y de una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo se presenta poco conciliable; ZAGREBELSKY (2015, 95), prevé que las peticiones de opiniones al Tribunal de Estrasburgo serán muy pocas y que el instrumento no tendrá el éxito deseado; SORRENTI (2015), llama la atención sobre el riesgo que la práctica de las opiniones consultivas pueda conllevar, transformándose en una suerte de «réplica» (*doppione*) del recurso individual.

¹¹ CONTI (2014).

¹² CENTAMORE, AGOSTINI (2014, 4), hablan de «*dirompente novità per l'ordinamento convenzionale*».

¹³ ASTA (2013, 788).

¹⁴ LÓPEZ GUERRA (2014, 21 y 28).

el mismo se cumpla principalmente a nivel nacional, convirtiéndose en excepcional el recurso a la Corte de Estrasburgo¹⁵.

Esta misma experimentaría así una importante e inevitable transformación, pasando de ser el juez del caso concreto a ocuparse de problemas más genéricos, fijando los principios generales que posteriormente fundarán la decisión del juez al que le toque resolver la controversia determinada¹⁶.

Al Tribunal Europeo se le asignaría entonces una nueva competencia que le acercaría a las Cortes constitucionales nacionales, por lo menos por lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse.

El Protocolo n. 16 ha sido denominado, en razón de las características ahora descritas, el «protocolo del diálogo»¹⁷; no obstante, que sea de ese modo dependerá claramente de su aplicación práctica y del rol y de la posición del CEDH en el sistema de fuentes del Derecho de cada ordenamiento nacional.

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL INSTRUMENTO CONSULTIVO PREVISTO EN EL PROTOCOLO N. 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Con la finalidad de presentar este nuevo instrumento y las problemáticas que su introducción ha planteado respecto del «dialogo entre Tribunales» para la protección multinivel de los derechos, me centraré en el análisis de los elementos esenciales del mencionado procedimiento ante el TEDH.

2.1 Los sujetos legitimados

El Protocolo n. 16 establece en su art. 1 que están legitimadas para solicitar la opinión consultiva las «más Altas Jurisdicciones» de aquellos Estados que hayan procedido a la ratificación, así como que éstas (indicadas luego con

¹⁵ Entre otros, PIRRONE (2017, 3 y ss.); SORRENTI (2015, 145 y ss.).

¹⁶ En este sentido POLLICINO (2014); CENTAMORE, AGOSTINI (2014, 8 y ss.), que afirman que la nueva competencia determinará una modificación de la fisonomía de la Corte Europea, que podrá intervenir *ex ante* y no solo *ex post* como hasta ahora, realizando una verdadera función nomofiláctica en el contexto europeo y creando un punto de equilibrio entre las distintas jurisdicciones; DE SENA (2015, 1 y ss.).

¹⁷ Esta definición es del propio Presidente del Tribunal de Estrasburgo don Dean Spielmann, pronunciada en ocasión de la 123.ª Sesión del Comité de Ministros de 16 de Mayo de 2013 (www.echr.coe.int).

la expresión «autoridades judiciales») sean como tales reconocidas por cada país en el momento de la firma o del depósito sucesivo a la aprobación del instrumento de ratificación.

En este caso, los términos empleados en el acto normativo terminan por no tener mucha importancia. En efecto, la selección de las autoridades judiciales legitimadas para elevar una duda sobre la interpretación del Convenio tendrá que proceder de una elección política, que quizás lleve a la previsión de un elenco taxativo de sujetos, eliminando el espacio de la interpretación jurisprudencial.

Evidencia aún más la naturaleza política y discrecional de la elección la previsión del Protocolo según la cual la declaración en la que se indican las autoridades judiciales legitimadas «puede modificarse en cualquier momento» (art. 10), generando dudas en orden a la independencia de estas autoridades¹⁸. Sobre este particular, ha habido autores que se han preguntado si podrían establecerse límites a dicha discrecionalidad y ejercerse unos controles «desde el exterior», en los casos en los que, por ejemplo, se adviertan abusos o instrumentalizaciones (como la exclusión de las Cortes constitucionales en aquellos Países en los que estas hayan demostrado su trascendencia para las transiciones democráticas)¹⁹.

El *Rapport explicatif* precisa las razones que sustentan la previsión del Protocolo n. 16: la expresión «las más Altas Jurisdicciones» estaría dirigida a evitar complicaciones potenciales, permitiendo al mismo tiempo una cierta libertad de elección. La misma se refiere a las autoridades jurisdiccionales que se encuentran en la cúspide del sistema judicial nacional y la utilización del plural permitiría la inclusión de aquellos órganos judiciales que, no obstante se encuentren en un escalón jerárquico inferior al Tribunal Supremo o al Constitucional, ostentan una posición de especial relevancia en el ordenamiento, por ser, por ejemplo, las «más altas» en una determinada categoría de pleitos.

Sin duda, otra circunstancia que no hay que olvidar y que fundamenta esta elección es el consecuente efecto limitativo sobre el número de peticiones

¹⁸ POLLICIONO (2014) afirma que esta previsión puede convertirse en una peligrosa «espada de Damocles» sobre todo para los Jueces constitucionales de aquellos Estados que todavía no han terminado su proceso democrático. ROMBOLI (2014a), sostiene que el enunciado podría provocar que los sujetos reconocidos como «Altas jurisdicciones» se encuentren en una situación de constante chantaje por parte del legislador, que podría modificar el listado según el comportamiento de cada uno de ellos.

¹⁹ RIVERA (2016, 460).

Sobre el rol de las Cortes constitucionales en los procesos de transición democrática, puede consultarse el ya citado texto de BIAGI (2016).

de opiniones a la Corte de Estrasburgo, que podría convertirse en excesivo si se hubiera dejado esta facultad a todas las jurisdicciones nacionales²⁰.

La doctrina ha llevado a cabo unas «previsiones» sobre este punto. Habitualmente no se excluye de este listado, por lo menos en Italia, la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas cuando actúa con poderes jurisdiccionales, la Corte única militar de Roma y el Tribunal superior de las aguas²¹.

Por lo que concierne al Juez constitucional, en el *Rapport explicatif* del Protocolo n. 16 se precisa que «una más Alta Jurisdicción no tiene necesariamente que ser una autoridad a la que presentar un recurso para satisfacer el requisito del agotamiento de las vías de recursos internos, ex art. 35.1 CEDH». Esta puntualización parece querer responder a exigencias y realidades como la italiana, donde no está previsto un recurso directo del ciudadano ante la Corte constitucional y, por ello, el juicio ante esta no se considera un procedimiento necesario para agotar los medios de apelación a nivel nacional (según el principio de subsidiariedad)²².

Las opiniones expresadas hasta la fecha por la doctrina reconocen de manera casi unánime la inclusión de la Corte constitucional dentro de las «más Altas Jurisdicciones» legitimadas para pedir la opinión consultiva al Tribunal de Estrasburgo²³. Uno de los argumentos que fundamentan esta postura ha sido, evidentemente, el hecho de que la jurisprudencia constitucional italiana ha terminado por incluir el Convenio entre las normas que constituyen el parámetro de la constitucionalidad en los juicios de legitimidad constitucional de las leyes (aunque todavía como *norma interposta*); sería, entonces, una paradoja excluir ahora la Corte constitucional de los sujetos legitimados para entablar un diálogo directo con la Corte de Estrasburgo²⁴.

²⁰ PIRRONE (2017, 7 y ss.). De la misma opinión también LÓPEZ GUERRA (2014, 23), que afirma que la limitación a los «más altos tribunales» de los Estados busca sin duda evitar una «proliferación de peticiones» que podrían llevar a complicar el sistema de tutela del Convenio.

²¹ PIRRONE (2017, 4 y ss.); CONTI (2014).

CENTAMORE, AGOSTINI (2014, 4) sostienen, sin embargo, que sería preferible limitar la legitimación a la Corte constitucional y a las Secciones Unidas de la Corte de casación. MARCHETTI (2015, 74), considera que también el Consejo de Estado en el ámbito del recurso extraordinario al Jefe de Estado debería incluirse entre las «Altas Jurisdicciones».

²² Sobre este tema, véase la reciente Sentencia del TEDH de 27 de agosto de 2015, asunto Parrillo c. Italia, y en particular el voto particular expresado por la minoría del colegio. En doctrina puede verse RANDAZZO (2015, 617 y ss.).

La respuesta de la Corte constitucional italiana a esta doctrina proporcionada por el Tribunal Europeo se encuentra en la Sentencia de la Corte constitucional de 26 de marzo de 2015, n. 49, en Foro italiano, 2016, I, p. 1623; en doctrina v. Sorrenti (2015).

²³ Entre otros, PIRRONE (2017); POLLICINO (2014); RUGGERI (2017, 12); LANA (2015, 5); CANNIZARO (2014, 82 y ss.).

²⁴ CONTI (2014).

Siempre con respecto a este tema, otros autores han llegado a afirmar que la legitimación de la Corte constitucional se manifiesta «como la única hipótesis en el que la opinión podría alcanzar una significación ‘en abstracto’»²⁵.

No obstante las opiniones de la doctrina, el legislador italiano ha seguido otra orientación y en el proyecto de ley para la ratificación del Protocolo n. 16 ha enunciado como autoridades legitimadas solo la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Consejo de justicia administrativa de la región Sicilia, excluyéndose por lo tanto a la Corte constitucional²⁶. Se trata sin duda de una elección difícil de comprender, y ciertamente contraria al espíritu que fundamenta el Protocolo n. 16, dirigido a incrementar el diálogo justo entre las «más Altas Jurisdicciones» (de las que es arduo obviar el Constitucional). Diálogo alentado por el carácter facultativo de la consulta y por la eficacia no vinculante de la opinión.

Muchos comentaristas y la más autorizada doctrina confían en un replanteamiento por parte del legislador italiano; en caso contrario, las posibilidades de una integración sucesiva del listado de sujetos legitimados a pedir opiniones consultivas al TEDH utilizando los instrumentos de la interpretación y la actividad jurisprudencial parecen remotas (aunque algunos autores sostengan esta última teoría²⁷).

Merece la pena entonces, para concluir, evidenciar como esta disciplina puede crear una situación en la que en un ordenamiento jurídico se le reconozca al Juez constitucional la legitimación para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante sí mismo y cuestiones prejudiciales ante la Corte de Luxemburgo, pero al mismo tiempo el máximo intérprete de la Constitución quede fuera de este listado por elección del legislador nacional, como en el caso italiano.

2.2 El carácter obligatorio o facultativo del planteamiento

El segundo aspecto que tenemos que analizar atañe a la naturaleza obligatoria o facultativa de las solicitudes de intervención del TEDH a través del mecanismo *ex* Protocolo n. 16.

²⁵ «Come l'unica ipotesi in cui il parere potrebbe rivestire un rilievo 'in astratto'», v. ONIDA (2015, X), que observa como en estos casos se justificaría menos el carácter no vinculante del dictamen.

²⁶ *Disegno di legge recante «Ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatti, rispettivamente, a Strasburgo il 24 giugno 2013 e il 2 ottobre 2013».*

²⁷ En este sentido se ha expresado RIVERA (2016, 470).

En este procedimiento, los «Altos Tribunales» (o «Altas Jurisdicciones», según la traducción que se haga) que hayan sido elegidos como sujetos legitimados en el momento de la ratificación, tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva al Tribunal Europeo, pero nunca una obligación. En el *Rapport explicatif* se afirma, en efecto, que dichas autoridades «pueden» pedir el parecer al Tribunal: «la solicitud es facultativa y en ningún caso obligatoria». E incluso que «A este propósito es importante también evidenciar que la autoridad jurisdiccional que presente la petición puede renunciar en cualquier momento»²⁸.

Las razones de esta elección, que diferencia la prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se averiguan en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos. En el caso del Derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros; las normas del Convenio Europeo, sin embargo, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el «resultado», y no averiguar una solución igual para todos. Por el contrario, siempre que lleguen a aquel resultado, se permiten soluciones diferentes, reconociendo un margen de apreciación a los Estados miembros²⁹.

En este sistema de prejudicial europea, el juez «no seleccionado» entre los legitimados en el momento de la ratificación del Protocolo n. 16, no tendrá ninguna posibilidad de pedir opiniones interpretativas a la Corte de Estrasburgo. Las únicas posibilidades para los órganos judiciales «inferiores» serían entonces esperar que a través del sistema de recursos la «más alta» jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, de un lado, o, de otro, plantear al Juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de la opinión consultiva al TEDH, creando una suerte de vínculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea.

Sin embargo, en situaciones como la italiana en la que, por lo menos hasta ahora, la Corte constitucional no ha sido incluida entre los «Altos Tribunales» habilitados a solicitar el parecer del Juez Europeo, no se ofrece esta segunda opción a los jueces ordinarios³⁰.

²⁸ Introducción al *Rapport explicatif* del Protocolo n. 16 al CEDH, n. 7.

²⁹ Entre otros, v. Pirrone (2017, 7-8). Sobre el tema del margen de apreciación estatal en el contexto del Consejo de Europa, pueden verse: GARCÍA ROCA (2007, 2009 y 2010).

³⁰ Merece una mención la reflexión de CHIARLONI (2015, 45), que sostiene que de todas formas si el juez ordinario no encontrara una interpretación conforme a Constitución de la norma sobre la que tiene también una duda interpretativa en relación con el Convenio, de nada serviría la respuesta de Estrasburgo, pues el órgano judicial debería sucesivamente plantear de todos modos la cuestión de legitimidad consti-

Puede ser oportuno evidenciar que, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, la labor de realización y difusión de los principios y valores fundamentales confiada a las autoridades jurisdiccionales legitimadas para activar este mecanismo se cumple probablemente en medida insuficiente. En efecto, el instrumento previsto en el Protocolo n. 16 al CEDH se convertiría en un instrumento orientado más bien a un diálogo entre autoridades judiciales en la cumbre de los ordenamientos jurídicos que deja aislados a la mayor parte de los jueces nacionales, además de quedar en la disposición de las fuerzas políticas el acceso (o una futura privación del mismo) a su planteamiento, probablemente con un excesivo grado de precisión.

2.3 El objeto

Por lo que concierne al objeto de la consulta prejudicial que estoy analizando, el art. 1.1 del Protocolo n. 16 afirma que serán las «cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio o en sus protocolos». El *Rapport explicatif* se limita a precisar que «el Tribunal interpretará la definición en el momento de decidir si admitir o no la solicitud de una opinión consultiva»³¹.

Un procedimiento en el que un Tribunal, cuya intervención es requerida por otro órgano jurisdiccional para poder cumplir con su tarea, se pronuncia en abstracto sobre «cuestiones de principio», pero con fundamento en un caso concreto que tiene que ser especificado ante ese Tribunal y que constituye la *occasio* para la expedición de la opinión, evoca en cierta medida la cuestión incidental de constitucionalidad. Una petición, en definitiva, que se refiere a un caso específico aunque concierna a situaciones y problemáticas más generales, que se concretan en el supuesto del proceso *a quo*.

Desde otro ángulo, el referirse a la interpretación solo de la regulación de derechos y libertades incluidos en el CEDH (y no entonces de la normativa nacional), el mecanismo europeo recuerda el sistema de reenvío prejudicial del ordenamiento eurounitario y, justo con fundamento en aquella experiencia, nos hace pensar que en la praxis también el parecer de la Corte de Estrasburgo terminará por extenderse a la conformidad de las normas internas con el Convenio.

tucional ante la Corte constitucional, dado que no tiene la facultad de inaplicar la normativa nacional que contraste con el CEDH.

³¹ Ya he evidenciado en las páginas anteriores el amplio margen de discrecionalidad que esta regulación deja en las manos del Tribunal Europeo.

La circunstancia que levanta más dudas es la posibilidad que el Tribunal Europeo tenga la capacidad de atender a un ámbito interpretativo exclusivamente abstracto, cuando hasta ahora ha desempeñado sus funciones decidiendo sobre casos concretos³².

De un lado, entonces, la opinión no puede pedirse para encontrar la solución del caso concreto, dado que de esta forma no se respetaría la naturaleza subsidiaria de la intervención del TEDH en la protección de los derechos; de otro, sin embargo, el parecer no puede ser completamente «abstracto», pues encuentra su origen en un caso concreto. Por estas razones se ha afirmado que la Corte europea tendrá que proporcionar indicaciones de principio al juez nacional, siendo luego tarea de este último deducir las consideraciones y las consecuencias oportunas para adaptar el principio al caso específico y llegara a su solución³³.

2.4 El contradictorio y el rol de las partes en el juicio a quo y ante el Tribunal de Estrasburgo

Me centraré ahora en el rol de las partes y en la posibilidad de que se cree un contradictorio ante el TEDH en ocasión del planteamiento de una opinión consultiva prevista en el Protocolo n. 16.

Sobre ese particular, se ha optado generalmente por interpretar que la solicitud de opinión consultiva puede ser planteada de oficio por la «Alta Jurisdicción» pero también, aunque existe silencio en el Protocolo n. 16 sobre este punto³⁴, que pueda surgir a instancia de parte.

Por lo que concierne al contradictorio ante la Corte Europea, el art. 3 del Protocolo indica algunos sujetos a los que se les reconoce el «derecho de presentar observaciones por escrito y de participar en las vistas»: el Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa y el Estado al que pertenece la jurisdicción que ha planteado la petición de parecer.

El mismo artículo prevé la posibilidad para el Presidente del Tribunal Europeo de invitar «otras partes contrayentes o personas a presentar observaciones por escrito o a participar en las vistas». Se trata, por tanto, de una mera posibilidad, dejada a la discrecionalidad del Presidente, que decidirá (verosí-

³² CENTAMORE, AGOSTINI (2014, 6); CANNIZZARO (2014, 84).

³³ SORRENTI (2015, 159).

³⁴ Art. 1.1: «Las más Altas Jurisdicciones de una Alta parte contrayente, designadas conforme al art. 10, pueden presentar al Tribunal solicitudes de opiniones consultivas [...]».

milmente) en razón del contenido de la opinión solicitada y de sus consecuencias y efectos en el juicio nacional en el que se originó la prejudicial³⁵.

Es casi cierto que los sujetos a los que se les solicite participar estarán presentes como *amici curiae*³⁶, pues se especifica en la normativa que la decisión del Presidente se tomará «en consideración de una buena administración de la justicia».

La alusión a unas «personas» sin más especificaciones puede sin duda incluir, aunque no de forma exclusiva y excluyente para otras, las partes del juicio *a quo*; en el *Rapport explicatif*, párrafo n. 20, se lee a este respecto: «podemos esperarnos que las partes involucradas en el proceso en cuyo ámbito se ha solicitado la opinión consultiva serán invitadas a participar en el procedimiento».

El Tribunal de Estrasburgo ha precisado además que, para garantizar el respeto del principio de igualdad, se propone añadir una disposición específica en su reglamento que establezca que las partes del juicio *a quo* se inviten de oficio a personarse ante ella misma en ocasión del proceso consultivo-prejudicial³⁷.

2.5 La decisión y su eficacia

Sobre los efectos de las decisiones que terminan el procedimiento ante la Corte de Estrasburgo *ex* Protocolo n. 16, merece la pena analizar, aunque sea sólo sumariamente, el procedimiento establecido en el mismo para la fase ante el Tribunal Europeo, es decir una vez que la solicitud de opinión consultiva haya llegado a Estrasburgo.

Esta se compone de dos momentos diferentes que se cierran con dos resoluciones distintas: una fase que se podría denominar de admisibilidad de la solicitud y una segunda, cuando la primera haya concluido en sentido positivo, relativa propiamente a la emisión de la opinión consultiva sobre cuestiones de principio referentes al contenido del Convenio.

La primera fase se confía a cinco jueces de la Gran Sala, que tendrán que emitir una decisión motivada sobre el respeto de las condiciones previstas en el Protocolo n. 16. En realidad, como se extrae de la lectura de este documen-

³⁵ En sentido crítico v. ODDI (2016, 4), que afirma que también a las partes del juicio principal se habría tenido que reconocer el derecho a presentar observaciones escritas y a participar en las vistas.

³⁶ ASTA (2013, 781).

³⁷ *Avis de la Cour sur le projet d protocole n. 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention* (párrafo n. 11).

to, los requisitos de admisibilidad de la solicitud no están fijados con precisión. Se puede presumir que la inadmisión pueda ser decretada principalmente por razones procesales, como, por ejemplo, la falta de legitimación del sujeto que pide el parecer, la insuficiencia de la motivación o la falta de alegaciones sobre el contexto jurídico y fáctico (ambos requeridos *ex art.* 1.3 del Protocolo), etc.

Se puede pensar también –en analogía con lo que sucede en las prejudiciales constitucional y ante el TJUE– en una inadmisibilidad por razones que conciernen al fondo. Me refiero al caso de la falta manifiesta de fundamento, en aquellos supuestos en los que el Tribunal Europeo haya ya sentado doctrina a través de un caso similar o idéntico, o cuando la duda tenga una solución clara (*acte clair* y *acte éclairé*).

Una vez superado el filtro de admisibilidad, la Corte de Estrasburgo dictará su opinión motivada; el art. 4.2 del Protocolo establece que, si no hubiera unanimidad de pareceres, cada Juez tiene el derecho de expresar su opinión «separada»³⁸.

Un antiguo y muy renombrado Juez del Tribunal Europeo ha observado como este, muy probablemente, utilizará en sus respuestas a las consultas fórmulas genéricas, de manera que se permita al juez nacional llevar a cabo las consideraciones oportunas para adaptar la interpretación proporcionada a las circunstancias del caso concreto y, añadiríamos, del específico ordenamiento jurídico³⁹.

Huelga repetir que las opiniones consultivas del Tribunal Europeo no tienen efectos vinculantes para el juez remitente, ni para el país al que este pertenece, según lo establecido en el art. 5 del Protocolo n. 16⁴⁰.

En el *Rapport explicatif* del Protocolo se afirma que las opiniones se insertan en un contexto de diálogo entre el TEDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales y que «el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional».

Se precisa, asimismo, que – y nos parece consecuente y más que congruente con lo que acabamos de mencionar – las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos; sin embargo, sí «formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisio-

³⁸ Sobre este particular, ZAGREBELSKY (2015, 95) recuerda que hasta la fecha en los casos en los que se ha utilizado el instrumento de consulta *ex art.* 47 CEDH, la praxis ha sido de no emitir opiniones disidentes, para proporcionar una única y unitaria respuesta al remitente.

³⁹ ZAGREBELSKY (2015, 96).

⁴⁰ Sobre las razones de fondo de esta elección, puede verse, entre otros: SORRENTI (2015, 156 y ss.), que afirma que estos efectos son consecuencia lógica del carácter genérico propio de las opiniones de principio proporcionadas por el TEDH.

nes. La interpretación del Convenio y de sus protocolos contenida en dichas opiniones consultivas tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el Tribunal en las sentencias y en las decisiones».

Estas afirmaciones, consideradas conjuntamente con la jurisprudencia constitucional italiana y española (entre otras) que impone a los jueces ordinarios entender los contenidos del Convenio según la interpretación proporcionada por el Tribunal Europeo en sus decisiones, otorgan un valor diferente de la simple naturaleza «no vinculante» a la eficacia de las opiniones consultivas⁴¹.

Ciertamente la «interpretación conforme» que provenga de Estrasburgo no puede llegar a tener los efectos de la de Luxemburgo; es decir: no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el Derecho interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá sin duda orientar una interpretación del juez ordinario conforme al Convenio o inducir al mismo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales.

Sea como fuere, la doctrina no ha tardado en evidenciar como la taxatividad de la afirmación de la falta de eficacia vinculante de los pareceres puede reducirse ulteriormente en razón de otro factor⁴². A saber: es la Gran Sala quien responde a la consulta. La parte del juicio nacional interesada en el respeto del contenido de la interpretación proporcionada por el TEDH, en el caso en el que el juez ordinario no lo haga, puede recurrir, en vía contenciosa, a la misma Corte de Estrasburgo⁴³, que, en aquel caso, se «quitará el traje» de simple órgano consultivo para ponerse el de órgano que proporciona una decisión definitiva y vinculante en los términos del Convenio y de las leyes nacionales⁴⁴. Y, dado que quien viste estos distintos trajes es la misma institución, es muy alta la probabilidad que la segunda decisión vaya en la misma línea que la primera.

⁴¹ Pueden encontrarse algunas consideraciones sobre este aspecto en PIRRONE (2017, 5), que considera que, en el caso en el que el juez ordinario quiera descostarse de la interpretación del TEDH, estará obligado a motivar su decisión.

⁴² Entre otros: LANA (2014, 5); RIVERA (2016, 468 Y SS.); MARCHETTI (2015, 61 Y SS.); RUGGERI (2014, 10).

⁴³ En el *Rapport explicatif* del Protocolo n. 16 se declara que la emisión de una opinión consultiva «no impide que una de las partes pueda ejercitar posteriormente su derecho a un recurso individual [...] ante el Tribunal. No obstante, si el recurso se propone después de la emisión de una opinión consultiva del Tribunal que se haya respetado, se considera que los elementos del recurso que conciernan a las cuestiones abarcadas en la opinión consultiva tienen que declararse inadmisibles [...]».

⁴⁴ En ocasión de las XI Jornadas italo-hispano-brasileñas de Derecho Constitucional (Messina, septiembre de 2018), los profesores R. Romboli y A. Ruggeri utilizaron una metáfora parecida, refiriéndose al Juez de Estrasburgo como a un juez que desde este momento puede ponerse diferentes «gorros».

3. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La introducción del instrumento analizado en esta breve intervención supone, a todas luces, el incremento de los mecanismos propio del «diálogo entre Tribunales» en materia de protección de derechos fundamentales.

Además de las breves conclusiones a las que me he referido en los comentarios a los distintos epígrafes, merece la pena a este punto preguntarse si la posibilidad de pedir opiniones consultiva, según las características evidenciadas en las paginas anteriores, potencia y realiza un refuerzo en dicho diálogo o si, antes bien, se trata de añadir un procedimiento que termina por entorpecer esa cooperación internacional.

En efecto, si es verdad que, entre los diferentes instrumentos empleados para la realización práctica del «diálogo», a la doctrina no ha pasado desapercibida la especial relevancia que ha adquirido el mecanismo de la prejudicialidad⁴⁵, no hay certezas sobre la utilidad de predisponer tantos procedimientos distintos para lograr una tutela eficaz de los derechos.

Los mecanismos prejudiciales, como es notorio, han logrado un rol de preeminencia tanto a nivel interno, a saber, con la utilización constante del control incidental de constitucionalidad de las leyes, que ha instaurado una relación virtuosa entre el juez ordinario y las Cortes constitucionales, como en ámbito supranacional, respecto de las relaciones entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, en aplicación del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y hoy en día, tenemos al centro del debate el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prevé esa nueva posibilidad de un reenvío prejudicial a la Corte de Estrasburgo para obtener unas directrices de interpretación del CEDH.

La progresiva afirmación del método del diálogo ha producido consecuencias en las modalidades de actuación del juez nacional, ordinario y constitucional, en su papel de «garante» de la protección de los derechos fundamentales. Entre otras cuestiones relevantes, una es por ejemplo la relación entre la utilización de estos mecanismos supranacionales y el control, siempre prejudicial, de las leyes en vía incidental al que acabo de referirme. Baste pensar en todo el debate que ha suscitado la denominada «doble prejudicialidad», a saber, la necesidad de elegir un orden de prioridad entre las cuestiones de inconstitucionalidad nacionales y las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal

⁴⁵ Entre otros: REALE, BORRACCETTI (2008); ROMBOLI (2014a).

de Luxemburgo cuando sobre una misma norma el juez tenga dudas de conformidad con la Constitución y con el Derecho de la UE⁴⁶.

El diálogo entre aplicadores e intérpretes que operan en distintos niveles de tutela y a través de diferentes cauces procesales ha producido, en efecto, una consecuencia que algunos autores han descrito como una sensación de confusión, de desorientación del juez nacional en su rol de protección de los derechos⁴⁷, pues este sujeto tiene que llevar a cabo actuaciones distintas según tenga que verificar la relación (y sobre todo las posibles contradicciones) entre la ley nacional y la Constitución de su País, entre la misma ley y el CEDH, o entre la ley y el Derecho eurounitario.

En cada uno de estos supuestos, el juez nacional deberá actuar según unas precisas reglas procesales y recurriendo ante un determinado Tribunal. La sensación de «desorientación» a la que se ha aludido, puede conducirle a elegir plantear un tipo de recurso propio de una de las tres relaciones ahora indicadas, cuando sin embargo habría tenido que actuar de conformidad con los procedimientos previstos para otra.

Estas reflexiones han actualizado en algunos autores una nueva concepción y clasificación de los modelos de justicia constitucional o, más en general, de protección de los derechos, dado que estos se originaron según las necesidades concretas de momentos históricos que hoy podemos, en muchos casos, considerar superados⁴⁸.

A pesar de todo ello, el balance del «diálogo» puede valorarse en sentido muy positivo. Así, por ejemplo, se advierte la trascendencia que ha tenido el Convenio (y la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo), de un lado, al servir de norma «interpuesta» para proponer cuestiones de inconstitucionalidad fundadas en la presunta violación del mismo y, de otro, cuando se ha procurado proporcionar una interpretación de la ley nacional conforme a la Constitución y al CEDH por parte de los jueces ordinarios. Asimismo, no puede olvidarse que los Tribunales constitucionales del entorno europeo utilizan constantemente la jurisprudencia del TEDH y las interpretaciones del contenido de los derechos del Convenio proporcionadas por aquel para fundar sus decisiones en materia de violación de los derechos fundamentales, en algunos casos por expresa previsión constitucional (como en España, *ex art. 10.2 CE*).

⁴⁶ CARTABIA (1997); GHERA (2000). Más recientemente, en la doctrina española, CRUZ VILLALÓN, REQUEJO PAGÉS (2015); COMELLA (2011).

⁴⁷ GALLO (2012).

⁴⁸ ROMBOLI (2014b, 1 y ss.), que propone la introducción de una organización de tipo enteramente difuso o de una dual, parecida al modelo peruano, en el que se prevé de forma paralela tanto un sistema concentrado como uno difuso.

Por todo lo expuesto, la introducción de un instrumento a través del cual la Corte de Estrasburgo pueda aclarar la interpretación del contenido del CEDH, en un dialogo directo con las Altas jurisdicciones nacionales, no puede que recibirse con entusiasmo.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASTA, G. (2013), «Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?», *La Comunità internazionale*, 4, pp. 773 y ss.
- BARNABÒ, M. (2013), «La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo», *Federalismi.it*, 4.
- BIAGI, F. (2016), *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna: Il Mulino.
- CARDONE, A. (2011), «Diritti fondamentali (tutela multilivello)», *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, pp. 336 y ss.
- CARTABIA, M. (1997), «Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale», *Foro italiano*, V, pp. 222 y ss.
- CARTABIA, M. (2004), «The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue», CASONATO, C. (Coord.). *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*. Trento: Università degli Studi di Trento.
- CARTABIA, M., WEILER, J. H. H. (2000), *L'Italia in Europa*. Bologna: Il Mulino.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1995), «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 137, pp. 7-30.
- CASTELLÁ ANDREU, J. M. (2001), «Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos», APARICIO, M. A. (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Madrid: CEDES, Estudios Constitucionales y Políticos, pp. 141-164.
- CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. (2014), «Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali», *Diritto penale contemporaneo*
- COMELLA, V. (2011), «El problema del «doble vicio» en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki», *Foro de actualidad. Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28, pp. 57-61.
- CONTI, R. (2016), «Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali», *Questione Giustizia*, fasc. 4, pp. 89 y ss.
- CONTI, R. (2014), «La richiesta di «parere consultivo» alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale

- alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea», *Consultaonline*.
- CONTI, R. (2017), «La richiesta di «parere consultivo» alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue», *Europeanrights.eu*.
- CRUZ VILLALÓN, P.; REQUEJO PAGÉS, J. L. (2015), «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, enero-abril, pp. 173-194.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2012), «Rights in Europe: The Crowded House», *Centre of European Law. Working Papers in European Law*, 01/2012, King's College London, pp. 1-20
- D'ANDREA, L., MOSCHELLA, G., RUGGERI A., SAITTA, A. (2015), *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli.
- DANI, M. (2013), *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova: Cedam.
- DE SENA, P. (2015), «Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo», LAMARQUE, E. (coord.). *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giappichelli, pp. 1 y ss.
- DE VERGOTTINI, G. (2010), *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna: Il Mulino.
- GALLO, F. (2012), *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 de mayo de 2012 [en línea]. Disponible en: www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it.
- GAMBINO, S. (2015), «Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali [en línea]. Disponible en: www.forumcostituzionale.it.
- GARCÍA ROCA, J. (2010), *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- GARCÍA ROCA, J. (2007), «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, pp. 117-143.
- GARCÍA ROCA, J. (2009), «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?», GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GHERA, F. (2000), «Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia», *Giur. cost.*, pp. 1193 y ss.
- GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P. (2014), «La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale», ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*. Torino: Giappichelli.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2004), *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LANA, A. G. (2015), «Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre» [en línea]. Disponible en: www.cortedicassazione.it, 23 de octubre de 2014.
- LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giappichelli.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2014), «Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho europeo*, 49, enero-marzo.
- LÓPEZ GUERRA, L. M. (2015), «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias», GIMENO SENDRA, V., REGUEIRO GARCÍA, M. T. (coord.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Madrid: Universitas, pp. 21-43.
- MALFATTI, E. (2015), *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino: Giappichelli.
- MARCHETTI, B. (2015), «Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa», LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giappichelli.
- MARCHINI, M. (2014), «Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia», *Eurojus.it*, 13 de noviembre de 2014.
- MONTESINOS PADILLA, C. (2017), *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ODDI, A. (2016), «La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)», *Eius*, 4 luglio 2016.
- ONIDA, V. (2015), *Introduzione*, LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giappichelli.
- PIRRONE, P. (2017), «Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo», *Leggi d'Italia Legale*.

- POLLICINO, O. (2014), «La Corte costituzionale è una «alta giurisdizione nazionale» ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?», *Forumcostituzionale*, 2 aprile 2014.
- RANDAZZO, B. (2015), «Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sent. n. 49 del 2015)», *Diritti umani e diritto internazionale*.
- REALE, M. C.; BORRACCETTI, M. (2008), *Da giudice a giudice. Il dialogo fra giudice italiano e Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano: Giuffrè.
- RIVERA, I. (2016), «Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di «rinvio convenzionale» alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione», *Studi sull’integrazione europea*.
- ROMBOLI, R. (2014a), «Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo», CIANCIO (coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, pp. 431 y ss.
- ROMBOLI, R. (2014b), «I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli», *Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna* 3/2014, pp. 1 y ss.
- RUGGERI, A. (2007), «La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali», *Politica del diritto*, fasc. 3, pp. 317 y ss.
- RUGGERI, A. (2014), «Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla Cedu e all’entrata in vigore del prot. 16)», *Rivista AIC*, 7 de febrero de 2014.
- SAIZ ARNAIZ, A. (2015), «La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo», *Lo Stato*.
- SÁIZ ARNAIZ, A. (2015, I), «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo», LÓPEZ GUERRA, L. M., SÁIZ ARNAIZ, A. (dirs), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima: Palestra, pp. 153-185.
- SICILIANOS, L.-A. (2014), «L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 97, pp. 9-29.
- SILVESTRI, G. (2013), «Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, pp. 905 y ss.
- SORRENTI, G. (2015), «Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo», *Forumquadernicostituzionali*.
- SORRENTI, G. (2015, I), «Un’altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L’introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu», LAMARQUE, E. (coord.). *La richiesta di pareri con-*

sultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Torino: Giappichelli.

- SORRENTINO, F. (2005), «La tutela multilivello dei diritti», *Riv. it. dir. pub. com.*, pp. 365 y ss.
- SORRENTINO, F. (2002), «Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, pp. 1355 y ss.
- SPERTI, A. (2006), «Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente», *Rivista di diritto costituzionale*, pp. 125-165.
- STAIANO, S. (2002), «I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione europea», SCUDIERO, M. (coord.). *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli: Jovene.
- TESAURO, G. (2009), «Il dialogo tra giudice italiano e corti europee», BALDUCCI, C., SERRANO, M. L. (coord.), *Atti del Convegno Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*. CASPUR-CIBER Publishing - Pubblicazioni Ecosostenibili. Disponibile en <http://caspur-ciberpublishing.it/>.
- ZAGREBELSKY, V. (2015), «Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera o falsa sussidiarietà», LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giappichelli.
- ZAGREBELSKY, V. (2015, I), «L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia», *Diritti umani e diritto internazionale*, pp. 125 y ss.
- ZAGREBELSKY, V. (2006), «Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali», *Foro. It.*, V, pp. 353 y ss.

«CONTROLIMITI» E DIALOGO TRA CORTI A PARTIRE DALLA CONCLUSIONE DEL CASO «TARICCO» NELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA N. 115 DEL 2018

ANTONELLO LO CALZO*
Università di Pisa

SOMMARIO: 1. Introduzione. La lunga vicenda Taricco e la sua conclusione con la sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018. 2. Uso dei «controlimiti» o loro mancata attivazione nella più recente esperienza italiana: presupposto di dialogo tra Corti o ultimo baluardo di protezione dei principi supremi? 3. Un confronto sull'uso dei «controlimiti» rispetto al diritto dell'Unione europea: analogie e differenze tra il caso Taricco e il caso Melloni. 4. La lettura della vicenda Taricco secondo i canoni del controllo di costituzionalità: implicazioni e forzature del modello di giustizia costituzionale. 5. Conclusioni. 6. Riferimenti bibliografici.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Pisa.

1. INTRODUZIONE. LA LUNGA VICENDA TARICCO E LA SUA CONCLUSIONE CON LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 115 DEL 2018

La sentenza della Corte costituzionale n. 115/2018 ha posto fine alla lunga e tormentata vicenda Taricco, oggetto di ampia attenzione da parte degli studiosi. Rinviando ad altri più approfonditi lavori per l'analisi dei passaggi della vicenda Taricco (Natale, 2017; Polimeni, 2018; Ferrante, 2018; Comazzetto, 2018, 347 ss.) si deve osservare come essa prenda le mosse da una questione pregiudiziale promossa innanzi alla Corte di giustizia dal GUP presso il Tribunale di Cuneo il quale dubitava che la disciplina nazionale in materia di prescrizione non fosse conforme ad alcune norme dei Trattati istitutivi dell'Unione, in particolare nella misura in cui non consente di perseguire efficacemente alcuni reati fiscali lesivi di interessi finanziari dell'Unione.

A fronte di tale rinvio la Corte di giustizia adottava una decisione (8 settembre 2015, C-105/14) in cui ribadiva, in modo apparentemente inderogabile, il principio del primato del diritto dell'Unione europea. Infatti, i Giudici di Lussemburgo concludevano che la normativa italiana sulla prescrizione per i reati di frode sull'IVA, fosse idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri di combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive e di adottare contro le medesime frodi misure analoghe a quelle che adottano per combatterle sul piano interno.

Il seguito della vicenda ha dimostrato che in Italia la strada da seguire nella tutela dei diritti fondamentali, anche in ipotesi di contrasto con il diritto eurounitario, è legata al modello di giustizia costituzionale accentrato, con elementi di diffusione soltanto nella fase introduttiva del giudizio incidentale. I giudici comuni, infatti, di fronte alla «regola Taricco» o si sono limitati, in rare ipotesi, all'accettazione dei criteri espressi dalla Corte di giustizia¹, ovvero hanno preferito percorrere la strada della questione sollevata incidentalmente alla Corte costituzionale.

La Corte di cassazione e la Corte d'appello di Milano hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 130 del 2008, «nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea [...] come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione euro-

¹ Cass. pen., Sez. III, 17 settembre 2015, n. 2210, ha infatti optato per la disapplicazione della normativa interna in materia di prescrizione ritenendo integrate le condizioni richieste dalla sentenza Taricco della Corte di giustizia. Cfr. altresì, Cass. pen., Sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914. Si v. anche ROMBOLI, S.2016, 463 s.).

pea 8 settembre 2015 in causa C-105/14»². Ciò ha costituito il primo innesco che avrebbe potuto condurre alla opposizione dei controlimiti.

La Corte costituzionale³ sceglie la strada di una «ferma moderazione»⁴; non giunge subito alla dichiarazione di incostituzionalità parziale delle disposizioni di esecuzione del Trattato, ma, attraverso l'ordinanza n. 24/2017, rimette una nuova questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, per certi versi anomala, perché diretta non tanto ad ottenere un'interpretazione di una disposizione di diritto eurounitario, ma una rimediazione da parte del Giudice europeo della precedente sentenza che di per sé appariva già molto chiara. Eppure la posizione è ferma e la minaccia dei controlimiti è ben palesata, anche attraverso l'uso di formule linguistiche poco distensive⁵.

Ciò che interessa maggiormente ai nostri fini è però il passaggio in cui la Corte costituzionale si chiede se la Corte di giustizia abbia inteso attribuire all'art. 325 TFUE un significato tale da obbligare, in ogni caso, il giudice comune a disapplicare il diritto interno contrastante, senza tener conto della necessità di preservare l'identità nazionale, anche quando questo comporti la lesione di un principio supremo dell'ordinamento nazionale. E la Consulta sfrutta al riguardo proprio quell'appiglio della sentenza Taricco I, ai par. 53 e 55, che lasciava aperta la possibilità di una verifica di compatibilità con l'identità costituzionale dello Stato assegnando tale onere al giudice nazionale.

La Corte di giustizia viene nuovamente investita di una questione pregiudiziale per «chiarire» se l'interpretazione dell'art. 325 TFUE debba comportare la disapplicazione delle norme sulla prescrizione anche quando tale omessa

² Nello specifico Cass. pen. Sez. III, 8 luglio 2016, n. 28346; e App. Milano, Sez. II, ord. 18 settembre 2015.

³ Pur a fronte di quanti ritenevano possibile già in prima battuta opporre la violazione dei principi supremi come limite all'ingresso della «regola Taricco» nel nostro ordinamento, su tutti v. LUCIANI (2016); nonché LUCIANI (2017).

⁴ RUGGERI (2017, 81), ritiene che la Corte abbia posto ai Giudici di Lussemburgo un vero e proprio ultimatum, essendoci pochi margini per leggere nel provvedimento in questione un qualche profilo di «leale cooperazione». Più orientati nel senso «cooperativo» sono altri autori: ANZON DEMMIG (2017, 18), legge nell'ordinanza n. 24/2017 «una proposta di collaborazione alla Corte di giustizia»; e REPETTO (2017), la ritiene espressione di «notevole *fairness* istituzionale». Ulteriori riferimenti in POLIMENI (2018, 4 ss.).

⁵ V. par. 2, «l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, *sommamente improbabile*, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati»; par. 6, «è necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. *Questa Corte pensa il contrario*, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia»; e par. 10, in cui sembra quasi essere lanciato un *ultimatum* «se la Corte di giustizia dovesse concordare con questa Corte sul significato dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa Taricco, sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti» (corsivo dell'autore).

applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata, quando nell'ordinamento italiano la prescrizione abbia natura sostanziale ovvero quando implichi un contrasto con i principi supremi dello Stato.

Nonostante la fermezza della Corte costituzionale l'aspettativa di un mutamento di rotta da parte della Corte di giustizia appariva poco probabile, sia perché anche in passato – si veda il caso Melloni – aveva dimostrato di non lasciarsi troppo impressionare dalla «minaccia» dei controlimiti da parte degli Stati, sia perché le conclusioni dell'Avvocato generale Bot erano parametrate sulla tesi sostenuta nella sentenza «Taricco I», senza che il primato del diritto dell'Unione europea potesse essere intaccato dall'identità costituzionale dello Stato.

Al di là di ogni aspettativa, invece, la Corte di giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, C-42/17, adotta una decisione ampiamente distensiva rispetto alle posizioni della Corte costituzionale. Essa apre ribadendo la tesi sostenuta nella sentenza Taricco I, per cui i giudici nazionali sono tenuti a dare piena applicazione all'art. 325 TFUE disapplicando le disposizioni interne sulla prescrizione, tuttavia, per giustificare quello che appare come un mutamento di posizione, osserva che la Corte costituzionale ha addotto nuovi elementi sul diritto interno che non erano emersi nella prima decisione e che attengono alla configurazione del principio di legalità in materia penale come principio supremo dell'ordinamento e alla natura sostanziale della prescrizione.

A questo punto, attraverso una complessa opera di «europeizzazione»⁶ la Corte di giustizia tenta di spostare il discorso della garanzia dei principi supremi dal piano nazionale a quello dell'Unione. Infatti, il principio di legalità non sarebbe proprio del solo ordinamento italiano, ma assume rilievo tanto nell'ordinamento dell'Unione che negli ordinamenti degli Stati membri, appartenendo alle tradizioni costituzionali comuni. Il compito di verificare che effettivo contrasto vi sia è affidato al giudice nazionale il quale, se dovesse «ritenere che l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, [...] non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'unione». I diretti interlocutori della Corte di giustizia restano, quindi, i giudici e su tale profilo controverso va ad innestarsi la successiva sentenza della Corte costituzionale.

⁶ In questi termini si esprime RUGGERI (2018, 490). In termini analoghi pare anche FARAGUNA (2018), il quale osserva che la Corte di giustizia coglie «al balzo l'opportunità di muoversi entro il perimetro del diritto europeo», operando un «progressivo riavvicinamento dei parametri di giudizio».

La Consulta coglie subito l'occasione per sfruttare l'apertura distensiva della Corte di giustizia e, nella sentenza n. 115/2018, punta al massimo obiettivo⁷, non limitandosi a recepire quanto già deciso dai Giudici di Lussemburgo, ma ribadendo il proprio ruolo di garante accentrato nella garanzia dei diritti fondamentali. Sin d'ora si può osservare come la Corte assuma su di sé l'onere di verificare la sussistenza del contrasto cui faceva riferimento la sentenza Taricco II. E ciò lo riscontra nel difetto di determinatezza che caratterizza sia l'art. 325 TFUE, sia la «regola Taricco», idoneo a vulnerare la prevedibilità della disciplina applicabile, anche in materia di prescrizione, rigettando così la questione incidentale sollevata.

2. USO DEI «CONTROLIMITI» O LORO MANCATA ATTIVAZIONE NELLA PIÙ RECENTE ESPERIENZA ITALIANA: PRESUPPOSTO DI DIALOGO TRA CORTI O ULTIMO BALUARDO DI PROTEZIONE DEI PRINCIPI SUPREMI?

Una prima riflessione di carattere generale che si può ricavare dalla vicenda Taricco riguarda l'effettivo uso che dei controlimiti è stato fatto nella più recente esperienza italiana.

La scelta di attivare o meno il controlimite è spesso collegata, oltre che a fattori strettamente tecnico-giuridici, anche a fattori politico-istituzionali nei rapporti tra giudici, e l'individuazione di una soluzione ai contrasti può passare anche attraverso «sicure forzature» (Nisticò, 2018b, 5). Se si guarda all'esperienza italiana più recente⁸ balza immediatamente all'attenzione la sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014, unica «vera e propria» ipotesi di attivazione dei controlimiti da parte del Giudice delle leggi. La questione, riguardante la legittimità della consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione per danni derivanti da crimini di guerra attiene ad un ambito ben diverso da quello preso in esame nella vicenda Taricco. L'incostituzionalità investe le disposizioni nazionali con riferimento esclusivo all'obbligo che esse impongono di adeguarsi ad una singola decisione della Corte internazionale di giustizia che nega la giurisdizione degli Stati sugli atti *iure imperii* di uno Stato straniero, anche quando questi integrino crimini di guerra o contro l'umanità. Ed, inoltre, aspetto non secondario, «lo stesso giudice ri-

⁷ Così anche RUGGERI (2018, 496).

⁸ Volendo sorvolare su quelle ipotesi di attivazione «mascherata» del controlimite da parte dei giudici comuni, per le quali si rimanda a ROMBOLI (2016, 457 ss.)

mettente limita le questioni sollevate alla giurisdizione relativa alla cognizione della pretesa risarcitoria, non anche alla esecuzione»⁹. Ossia, in ipotesi di accoglimento all'effetto giuridico della decisione non seguirebbe quello «concreto» del ristoro della pretesa, perché da un punto di vista «esecutivo» lo Stato conserverebbe la sua immunità. Si può affermare, quindi, che la sentenza n. 238/2014 ha un elevato valore giuridico, ma un limitato effetto pratico, intaccando in astratto i rapporti tra Stati.

Diversa è l'ipotesi in cui a venire in gioco sarebbero i rapporti di integrazione europea, come nel caso Taricco. La delicatezza della posta in gioco ha indotto ad una mancata attivazione «formale» dei controlimiti, tuttavia, ad un certo punto del conflitto, pare che sia sempre prevalsa la volontà di evitare l'irreparabile (che, nella specie, avrebbe potuto condurre alla dichiarazione di illegittimità della normativa nazionale di esecuzione dei Trattati), attraverso manifestazioni di «apparente ripensamento» da parte delle Corti nazionali o della Corte di giustizia.

Ciò apre ad una prima considerazione sull'effettività del c.d. «dialogo tra Corti». È stato sostenuto che quello tra Corti è «un dialogo che [...] non necessariamente deve concludersi in una consonanza di idee ma che è tale solo a condizione che entrambi i parlanti producano [...] il massimo sforzo possibile per convergere, senza far dunque degenerare il partenza il loro confronto in una somma di monologhi» (Ruggeri, 2017, 82), e il cui fallimento sarebbe spesso da addebitare ad un bilanciamento parziale, che non tenga realmente in conto tutti i valori in gioco. Da questo punto di vista, quindi, l'intera vicenda Taricco parrebbe segnare l'apice del «fallimento»¹⁰ del dialogo, essendo i dialoganti partiti da posizioni iniziali rigide, anche a causa di una «forzata e distorsiva rappresentazione del quadro ordinamentale di riferimento» (Ruggeri, 2017, 82), aggravata dalla minaccia ventilata sull'uso dei controlimiti.

Il recupero della logica del dialogo tra Corti deve partire da un'aspettativa molto più bassa sulla conciliabilità tra valori. In questo senso, pare che il dialogo possa essere inteso in termini positivi ponendo l'accento sullo strumento – ossia il rinvio pregiudiziale¹¹ – che consente di mettere in contatto

⁹ Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, par. 1 Cons. diritto.

¹⁰ Si colloca su queste posizioni anche LONGO (2018, 18), secondo il quale la vicenda Taricco avrebbe rovesciato il postulato del dialogo tra Corti come luogo della razionalità portando ad «un dramma postmoderno dell'incomunicabilità, nel quale *i vari attori sembrano parlare lingue reciprocamente incomprensibili con esiti intuitivamente parossistici*». Il dialogo si trasforma così in una «rissa caotica» dove «ciascun singolo parlante sembra titolare di una propria visione istituzionale e prima ancora di propri stili linguistici che però non sono condivisi da coloro che con lui dovrebbero dialogicamente interagire» (LONGO, 2018, 19).

¹¹ Per tutti ANZON DEMMIG (2017, 23).

giudici diversi, rispetto a quello, forse più auspicabile, ma più difficile da realizzare, di una consonanza assiologica.

In tale prospettiva si nutre qualche dubbio sull'effettiva europeizzazione dei controlimiti, auspicata dalla dottrina¹² e tentata in alcune fasi della vicenda Taricco: l'ordinanza n. 24/2017 tenta di ricondurre i controlimiti al livello europeo attraverso il richiamo all'art. 4.2. TUE e al rispetto dell'identità nazionale dello Stato membro e all'art. 6.3. TUE e alle tradizioni costituzionali comuni, mentre la sentenza Taricco II ritiene di poter ricondurre il principio di legalità delle pene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri; tuttavia, queste aperture sembrano affievolirsi nel momento in cui la vicenda si chiude con la sentenza n. 115/2018, che si limita ad accennare ad una sostanziale omogeneità tra Stati e Unione rispetto all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali.

Ad una prima impressione, la Corte costituzionale, con l'ord. n. 24/2017, pare porre gli artt. 4.2 e 6.3 TUE in stretta connessione, nel senso che l'incorporazione delle tradizioni costituzionali comuni e la preservazione delle identità costituzionali nazionali assolverebbero alla medesima garanzia dell'unità nella diversità. Da questo punto di vista bisogna, però, osservare come vi sia una differenza di approccio metodologico nell'europeizzazione dei controlimiti se perseguita per mezzo delle tradizioni costituzionali comuni ovvero dell'identità nazionale¹³. Mentre le tradizioni costituzionali comuni assumono una veste propositiva nella «costruzione di un sistema integrato di diritti fondamentali», la preservazione dell'identità nazionale assume un significato «difensivo» con potenziale «frammentazione all'interno dell'ordinamento eurounitario» (Polimeni, 2018, 17 ss.). Per questa ragione il mancato richiamo all'art. 6.3. TUE nella sentenza n. 115/2018 deve indurre a riflettere. Quella che poteva apparire una iniziale apertura svanisce nel momento in cui la Corte costituzionale può ribadire il proprio ruolo e la prevalenza dei principi supremi dell'ordinamento, senza il rischio di una rottura irreparabile con l'Europa. Verrebbe meno il presupposto cooperativo che l'europeizzazione dei controlimiti nella prospettiva delle tradizioni costituzionali comuni richiede. Cooperazione che per l'inclusione in tale novero di un determinato principio nazionale po-

¹² Alla luce dell'ordinanza n. 24/2017 si era evidenziato il tentativo della Corte costituzionale di condurre la Corte di giustizia all'incorporazione della teoria dei controlimiti nel diritto dell'Unione, attraverso il richiamo all'art. 4.2. TUE. ANZON DEMMIG (2017, 19); REPETTO (2017).

¹³ Contrariamente RUGGERI (2018, 494), ritiene che in realtà «identità e tradizioni non sono necessariamente cose diverse [...] ed anzi – a giudizio della Consulta – non possono in alcun caso o modo esserlo, per la elementare ragione che la nostra Corte non potrebbe mai accedere [...] all'ordine di idee secondo cui si danno tradizioni «comuni» alla cui formazione non concorrano altresì [...] anche i nostri principi fondamentali».

trebbe richiedere la sua armonizzazione a livello europeo e, quindi, l'attribuzione ad esso di un significato «comune» non sempre coincidente quello conferitogli nell'ordinamento statale.

Il discorso si complica ulteriormente quando ove si voglia impostarlo sul piano assiologico della preservazione delle identità costituzionali nazionali. L'uropeizzazione dei controlimiti è destinata a rimanere un miraggio nel caso in cui nessuna delle Corti sia disposta a fare un passo indietro, ma soprattutto per la ragione che la *ratio* ultima dei controlimiti è proprio quella di «proteggere» determinati principi ritenuti supremi per l'ordinamento nazionale contro valutazioni che siano dissonanti¹⁴. I controlimiti conserverebbero sempre una funzione sostanzialmente «avversativa». D'altra parte, adottando una buona dose di realismo giuridico, la soluzione del caso Taricco è giunta soltanto grazie al «ripensamento» della posizione in precedenza espressa dalla Corte di giustizia, sapientemente motivata, ma non è troppo difficile capire (si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Bot) che l'idea originaria era ben diversa. Ma se la Corte di giustizia avesse mantenuto il punto, la Corte costituzionale sarebbe davvero giunta alla dichiarazione di illegittimità parziale della legge di esecuzione del Trattato?

Difficile dare una risposta, resta il fatto che la fermezza delle posizioni espresse nell'ordinanza n. 24/2017 lasciava intendere che, forse, si sarebbe arrivati alla rottura «estrema»¹⁵, con effetti ben più dirompenti di quelli prodotti dalla sentenza n. 238/2014.

Concludendo il discorso sul dialogo, all'esito della vicenda Taricco pare che lo stesso non possa essere fatto oggetto di una eccessiva sopravvalutazione assiologica. Esso assume un rilievo eminentemente procedurale, ossia riguarda gli strumenti di raccordo di cui gli organi giudiziari dispongono per relazionarsi ma non necessariamente i principi sostanziali che possono essere anche refrattari a qualsiasi dialogo. Se il senso del dialogo è prevalentemente procedurale, abbiamo quindi la circostanza che dal punto di vista dei principi la logica sarà quella della resistenza-desistenza o, al più, ove possibile, del compromesso. Ove questo non sia possibile la soluzione sarebbe quella della soccombenza di una Corte rispetto all'altra, con i controlimiti a svolgere la funzione di «ultimo baluardo» nella difesa dei principi supremi dell'ordinamento nazionale.

¹⁴ Sostiene con particolare forza questa tesi LUCIANI (2017, 9 ss.) In senso analogo si pone FERRARI 2018, 3).

¹⁵ Si è osservato che la conclusione cui perviene la Corte costituzionale con la sentenza n. 115/2018 possa essere assimilata ad una «sostanziale» opposizione dei controlimiti. Sul punto RUGGERI 2018, 493); POLIMENI 2018, 22).

3. UN CONFRONTO SULL'USO DEI «CONTROLIMITI» RISPETTO AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: ANALOGIE E DIFFERENZE TRA IL CASO TARICCO E IL CASO MELLONI

Quanto esposto pare trovare conferma nel parallelo con un caso spagnolo di qualche anno precedente alla vicenda Taricco, il caso Melloni, anch'esso espressivo – seppur con alcune innegabili peculiarità e differenze – di una prova di forza tra Corti nazionali e Corte di giustizia.

La vicenda Melloni, che ha visto contrapposti il Tribunal Constitucional spagnolo e la Corte di giustizia¹⁶, aveva ad oggetto il contrasto della disciplina sul mandato di arresto europeo con il diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost. sp., in relazione all'ipotesi di persona condannata in contumacia quando lo Stato richiedente non assicuri la revisione della sentenza.

I due casi differiscono profondamente per gli esiti, ma sono accomunati dalla circostanza di una conflittualità apparentemente insanabile tra Corti nazionali e Corte di giustizia che pare non poter trovare altra soluzione se non nell'accettazione delle argomentazioni del giudice europeo, ovvero nell'opposizione dei controlimiti.

Tra il caso Melloni e il caso Taricco sussistono notevoli differenze legate al funzionamento del sistema di giustizia costituzionale. È stata evidenziata in dottrina¹⁷ la circostanza che il sistema di giustizia costituzionale spagnolo conosce l'istituto dell'opinione dissenziente e che nel disporre il rinvio pregiudiziale il Tribunal non aveva adottato unanimemente la sua decisione, ma erano state manifestate voci di dissenso da parte di alcuni suoi giudici (Pérez Tremps) che suggerivano di distinguere la «pienezza» delle garanzie dalla «sufficienza» delle garanzie, più adeguata ad un sistema, quale quello europeo, fondato sulla reciproca cooperazione tra ordinamenti. Da questo punto di vista, la posizione della Corte costituzionale italiana nell'ord. 24/2017 poteva apparire più solida, non presentando elementi formali che consentissero di riscontrare nel collegio una qualche frattura.

Anche la Corte costituzionale ha tentato di connotare la vicenda Taricco in termini peculiari rispetto alla vicenda Melloni, verosimilmente al fine di evitare che gli esiti fossero gli stessi. Nell'ord. 24/2017, infatti, si evidenzia

¹⁶ Per una più analitica esposizione dell'intera vicenda Melloni si rinvia a VIGANÒ (2014).

¹⁷ A questo motivo devono aggiungersi le peculiarità concrete del caso deciso dalla Corte, che riguardava l'ipotesi di un condannato che aveva avuto conoscenza del processo a suo carico e che del tutto volontariamente aveva rinunciato a parteciparvi in prima persona; ed, inoltre, la circostanza che il governo spagnolo aveva adottato una posizione molto conciliante rispetto alla Corte di giustizia. Ulteriori indicazioni in IACOMETTI (2013, 18 ss.).

che nel caso Melloni veniva rivendicata la possibilità di addurre un'ulteriore condizione, dettata dall'ordinamento costituzionale, all'esecuzione di obblighi europei in un ambito in cui era stato raggiunto un consenso tra gli Stati membri¹⁸. Ad essere messa in discussione era la stessa primazia e uniforme applicazione del diritto dell'Unione, cosa che, ad opinione della Corte, non sarebbe avvenuta nel caso Taricco, dove si riscontra semplicemente un impedimento nel fatto che per l'ordinamento italiano la prescrizione ha natura sostanziale¹⁹.

Per quanto innegabili siano le differenze tra i due casi occorre, però, osservare che permangono molti punti di contatto. In primo luogo, non persuade del tutto l'idea che le istanze unitarie connotassero esclusivamente la vicenda Melloni e non la Taricco (Faggiani, 2017, 10; Ruggeri, 2017, 86), in quanto anche nel secondo caso sussistono esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione. La sostanza del problema, quindi, sembra essere la stessa, nel conflitto tra primato del diritto dell'Unione e opposizione dei controlimiti²⁰.

In secondo luogo, in entrambe le vicende la Corte «soccumbente» tenta di riportare le ragioni della «sconfitta» sul proprio piano interno. Non viene mai palesata un'adesione alla tesi imposta dall'altra Corte, ma, nel caso della vicenda Taricco è la Corte di giustizia a ricondurre il principio di legalità in materia penale tra i principi cui si ispira anche l'ordinamento dell'Unione, nel caso Melloni è il Tribunal constitucional a ritenere di poter distinguere tra una violazione diretta e una indiretta, facendo apparire il mutamento giurisprudenziale una maturazione di una propria posizione e non un adeguamento alla decisione europea. Si impone, quindi, la necessità di reciproche desistenze tra Corti per evitare un contrasto insanabile che porterebbe a conseguenze fatali sul percorso di integrazione europea non ancora concluso.

Ciò che è difficile chiarire è se le conclusioni opposte cui perviene la Corte di giustizia nei casi sopra richiamati siano giustificate dalle differenze tra le vicende ovvero se nel lasso di tempo tra il 2013 e il 2017 siano intervenute circostanze che abbiano indotto ad una diversa definizione dei rapporti tra Corti. Il mutamento di prospettiva non è improvviso, ma se ne avvertivano i

¹⁸ Anche FAGGIANI (2015, 4), osserva che l'ambito del mandato d'arresto europeo si caratterizza per l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione cui lo stesso Stato spagnolo ha partecipato, per cui addurre ulteriori condizioni giustificate dal proprio standard nazionale di tutela dei diritti significherebbe «compromettere [...] il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

¹⁹ Corte cost. n. 24/2017, osserva che la vicenda Melloni «avrebbe comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme».

²⁰ Da questo punto di vista, anche la decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso Melloni non è andata esente da critiche in ragione di un insufficiente bilanciamento tra principi. Al riguardo RUGGERI (2013, 404 ss.). Diversamente apprezza la chiave «dialogica» della vicenda FAGGIANI (2015, 5) ritenendola «un buon esempio del circuito giudiziario europeo, in cui l'incontro/scontro tra i giudici si è trasformato in un dialogo costruttivo, conducendo ad una soluzione equilibrata».

segnali già in altre decisioni intervenute nel frattempo che dimostravano come la Corte di giustizia avesse «iniziato ad ammorbidire la propria precedente intransigenza e a comprendere la necessità di bilanciare le esigenze dell'Unione con quelle degli Stati nazionali» (Anzon Demmig, 2017, 15 ss.)²¹. Alcuni fattori extragiuridici, su tutti la crisi economica, il riemergere dei nazionalismi e una sempre maggiore e serpeggiante diffidenza rispetto all'Unione, potrebbero aver indotto a riconsiderare lo strumento del dialogo e l'uso dei controlimiti per far sì che non si traducesse in un ulteriore elemento di disgregazione.

4. LA LETTURA DELLA VICENDA TARICCO SECONDO I CANONI DEL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ: IMPLICAZIONI E FORZATURE DEL MODELLO DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Tornando al caso Taricco e alla sentenza n. 115/2018, si è detto che la vicenda assume rilievo, oltre che per il profilo del rapporto con la Corte di giustizia, anche per alcune «forzature» decisionali, tra le quali si segnalano quelle incidenti sul sistema di giustizia costituzionale.

Al riguardo si possono individuare almeno due forzature, la prima sul requisito della rilevanza e la seconda sugli effetti delle sentenze di rigetto, accomunate da un'esigenza di fondo, quella dell'accentramento in capo alla Corte della «gestione» dei controlimiti.

Questo aspetto è stato ampiamente ribadito in dottrina, ove si è evidenziato che la Corte, con la sentenza n. 115/2018, abbia fatto un «uso disinvolto delle categorie decisionali» (Ruggeri, 2018, 489). In particolare, dando seguito alla sentenza Taricco II della Corte di giustizia, la Corte costituzionale avrebbe appuntato le proprie argomentazioni su due motivi sostanziali: da una parte, l'inapplicabilità della «regola Taricco» ai fatti commessi prima della sentenza del 2015 in virtù del principio di irretroattività, riconosciuto come fondamentale dalla stessa Corte di giustizia, dall'altra, una generalizzata illegittimità della «regola Taricco» per violazione del principio di determinatezza in materia penale (Ferrari, 2018, 19 ss.).

Fin qui nulla di controverso, se non fosse per il fatto che i giudizi da cui originavano le questioni sottoposte alla Corte si riferivano tutti a fatti commessi prima del 2015 ai quali, pertanto, non poteva trovare applicazione la decisio-

²¹ Si pensi, in particolare, alla vicenda del rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale costituzionale tedesco nel caso OMT/Gauweiler che, pur tutta interna al diritto dell'Unione, ha visto la Corte di giustizia abbandonare la sua posizione di rigida chiusura, fornendo un'interpretazione soddisfacente delle esigenze prospettate dal giudice nazionale. Corte giust., 15 giugno 2015, C-62/14.

ne del giudice europeo, essendo nel frattempo decorsi i termini di prescrizione. La Corte costituzionale, quindi, avrebbe potuto dichiarare l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza e lasciare che fosse il giudice *a quo* a decidere sull'applicazione della «seconda regola Taricco»²². Invece, la Consulta specifica che le questioni sollevate non sono prive di rilevanza perché il mero riscontro sulla prescrizione implica comunque l'applicazione della regola fissata in origine dalla Corte di giustizia, mentre ciò che va compiuto in maniera più radicale è un sindacato sulla sua legittimità in senso stretto.

In virtù dell'espressa affermazione fatta al par. 8 Cons. diritto, la Corte ribadisce il proprio ruolo di interprete della compatibilità tra diritto dell'Unione e principi supremi dell'ordinamento, sottraendo tale funzione al giudice ordinario al quale spetterebbe soltanto il compito di sollevare questione di legittimità sulla norma nazionale di esecuzione del Trattato. E sfrutta la sede del giudizio in esame per operare essa stessa il controllo sulla compatibilità della «regola Taricco» con i principi supremi dell'ordinamento rimesso dalla Corte di giustizia genericamente al giudice nazionale²³.

Si ha quindi una «torsione» del requisito della rilevanza all'esigenza dell'accentramento del controllo sul rispetto dei principi supremi che consente di riscontrare l'effettivo contrasto della regola Taricco e dell'art. 325 TFUE con il principio di determinatezza in materia penale.

L'esigenza dell'accentramento incide in modo «anomalo» anche sulla scelta del «tipo» di decisione e sugli effetti che la Corte intende produrre.

La prima questione è legata al profilo sopra evidenziato della «forzatura» in ordine alla rilevanza che, normalmente, avrebbe dovuto condurre all'adozione di una pronuncia di inammissibilità, lasciando al giudice comune la verifica della compatibilità della «regola Taricco». La Corte, invece, adotta una sentenza di infondatezza – anomala rispetto alla vicenda processuale – ma del tutto in linea con l'affermato ruolo di giudice accentrato nella verifica della compatibilità tra diritto dell'Unione e principi supremi dell'ordinamento. Se al Giudice delle leggi compete in ultima istanza svolgere tale controllo non po-

²² Tale profilo è stato largamente evidenziato in dottrina, tanto che si è parlato di una forzatura del requisito della rilevanza. Tra i tanti, RUGGERI (2018, 490); POLIMENI (2018, 24); FARAGUNA (2018); ROMBOLI (2018).

²³ È stato evidenziato in dottrina proprio l'aspetto che la decisione della Corte di giustizia, rivolgendosi genericamente al giudice nazionale, potesse attribuire al giudice comune il compito di verificare, di volta in volta, la compatibilità della «regola Taricco» con i principi supremi. Per più ampi riferimenti si v. ROMBOLI (2018). Non si tratta, quindi, di una vera e propria deroga alla «regola Taricco II», quanto piuttosto di una sua applicazione in via esclusiva ed accentrata. Diversamente FARAGUNA (2018) ritiene che «la Corte costituzionale ha voluto affermare che nell'ordinamento italiano è inapplicabile tanto la «regola Taricco I», quanto la «regola Taricco II».

trebbe chiudere il giudizio con una pronuncia in mero rito, quale quella di inammissibilità, ma è chiamato a svolgere valutazioni sostanziali che, ove riscontrassero contrasto con i controlimiti – come nel caso Taricco – richiederebbero una decisione di merito, quale quella di infondatezza. Questa è la ragione per cui, in dottrina, si è detto che la Corte avrebbe opposto i controlimiti in maniera sostanziale (Ruggeri, 2018, 493), ovvero, che avrebbe adottato una decisione di «sostanziale incostituzionalità» (Romboli, 2018).

Controversa è anche la seconda questione, quella relativa agli effetti della decisione di infondatezza, perché pare contrastare con la ragione ultima dell'accentramento cui si accennava. Secondo le tradizionali categorie dogmatiche della giustizia costituzionale, una sentenza di infondatezza non sarebbe idonea a spiegare effetti *erga omnes*, i quali spetterebbero soltanto alle sentenze di incostituzionalità (Polimeni, 2018, 24); si riproporrebbe in sostanza la *vexata quaestio* degli effetti delle sentenze interpretative di rigetto che in un passato ormai remoto aveva impegnato gli interpreti sul grado di vincolatività di una sentenza di rigetto riguardo alla generalità dei giudici. Non pare, infatti, lasciare spazio a particolari dubbi la circostanza che il fine della Corte, nell'adottare tale pronuncia, fosse quello di stabilire una volta e per tutte, con vincolo di tutti i giudici comuni, l'incompatibilità della «regola Taricco» ai principi supremi, vale a dire «una pronuncia di incostituzionalità dell'interpretazione espressa dalla sentenza Taricco I» (Romboli, 2018), ma la scelta della tipologia decisionale non appare del tutto adeguata a tal fine, non impedendo che un giudice comune (per quanto improbabile) possa adire nuovamente la Corte di giustizia su questione analoga.

In conclusione, si può osservare come le categorie decisionali siano «adattate» ad una esigenza sostanziale, quella dell'accentramento del giudizio di compatibilità con i principi supremi, vale a dire con la riserva esclusiva di opposizione dei controlimiti al Giudice delle leggi. Detta funzione accentratrice nella valutazione sulla compatibilità ai principi supremi non è certo una novità, tutte le più recenti decisioni della Corte in materia di controlimiti ribadiscono a più riprese la spettanza della verifica alla Corte costituzionale quale giudice unico della costituzionalità delle leggi²⁴, e pare inserirsi in un discorso più ampio di tendenza all'accentramento nei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale²⁵.

²⁴ In questo senso si v. sia la sentenza n. 238/2014 che l'ordinanza n. 24/2017.

²⁵ Si pensi alla recente sentenza n. 269/2017 in cui la Corte ha riaffermato la propria competenza su quelle questioni di legittimità che rilevavano nella duplice prospettiva del contrasto con un principio costituzionale o con uno dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali. Sul parallelo con la sentenza n. 269/2017 v., FERRANTE (2018, 20); POLIMENI (2018, 16 ss.); ROMBOLI (2018).

Interrogandosi sulle ragioni dell'accentramento in materia di controlimiti è possibile individuare almeno due motivi: da una parte la volontà di contenere, per ragioni di certezza del diritto, le possibili conseguenze di una verifica lasciata ai giudici comuni. In questa prospettiva si spiegherebbe la ragione per cui «il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto». Per quanto tale ragione possa essere apprezzabile in astratto, se ne deve riscontrare il sostanziale «disallineamento» rispetto agli strumenti decisionali adottati, una sorta di scissione tra effetto perseguito e strumento utilizzato (una sentenza di infondatezza priva di una formale efficacia *erga omnes*).

Dall'altra parte, la Corte costituzionale sembra perseguire un più ampio disegno istituzionale tendente ad evitare il rischio di una possibile marginalizzazione dal dialogo che i giudici comuni possono instaurare direttamente con la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale²⁶. Si vorrebbe evitare, in sostanza, la progressiva erosione del ruolo della Corte costituzionale e di quella funzione complessiva di bilanciamento tra diversi principi in gioco che solo essa ha gli strumenti per compiere. Funzione di bilanciamento che in passato ha condotto anche a soluzioni contraddittorie rispetto a quelle adottate in sede sovranazionale²⁷ e che dovrebbe imporre al giudice di sollevare incidente di costituzionalità quando deve dare attuazione a «principi che, comunque, potrebbero esigere un più ampio bilanciamento con altri principi (per esempio utilizzando il meta-principio di proporzionalità)» (Barbera, 2017, 15). Questa, in definitiva, sembra essere la ragione ultima dell'accentramento, evitare che su questioni di supremo rilievo costituzionale la partita venga a giocarsi sul piano sovranazionale, con i giudici comuni tenuti, a seconda del caso, a disapplicare o meno senza passare dal complessivo bilanciamento tra valori che spetta alla Corte costituzionale.

Se così non fosse, la Corte costituzionale correrebbe il serio rischio di trovarsi sbarrata la strada del proprio controllo dalla combinazione tra presupposti di accesso in via incidentale e trattazione delle questioni «doppiamente pregiudiziali»²⁸, con la concreta eventualità che, mediante lo strumento della

²⁶ In questo senso, in particolare, BARBERA 2017, 2); POLIMENI (2018, 16), e NISTICÒ (2018a, 275 ss.).

²⁷ Si pensi, ad esempio, a due casi molto noti di contrasto tra giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale, quali la sentenza sulle «pensioni svizzere», n. 264/2012, o la sentenza sulla «confisca obbligatoria», n. 49/2015. Su tali profili, ampiamente, CAMPANELLI, FAMIGLIETTI (2017, 375 ss.).

²⁸ Comunemente, infatti, le questioni «doppiamente pregiudiziali» sono affrontate dando precedenza a quella eurounitaria rispetto a quella di costituzionalità. Di recente, invece, viene imposto al giudice comune di seguire prioritariamente la via della questione di costituzionalità. Cfr. Corte cost. n. 269/2017.

disapplicazione da parte del giudice comune, permangano nell'ordinamento norme contrastanti con i principi costituzionali. Le due ragioni sopra indicate possono così essere ridotte a sintesi, considerato che l'accentramento emergente dalla sentenza n. 115/2018 è espressione, allo stesso tempo, dell'esigenza di evitare che questioni di costituzionalità vengano trattate come mere questioni di contrasto eurounitario e risolte mediante disapplicazione dal giudice ordinario e di quella di preservare la garanzia del bilanciamento complessivo tra diversi valori costituzionali che può essere assolta soltanto dalla Corte costituzionale (Nisticò, 2018a, 277).

5. CONCLUSIONI

Chiusa la vicenda Taricco con la sentenza n. 115/2018, la prima riflessione che si può fare attiene al tema dei rapporti tra principi supremi dell'ordinamento nazionale e diritto dell'Unione. La vicenda dimostra, infatti, che il percorso di integrazione europea passa necessariamente attraverso la garanzia dei diritti e il riconoscimento delle peculiarità nazionali, ma che è ancora ben lontano dal giungere a conclusione. Esso presuppone, quindi, che i diversi soggetti coinvolti evitino l'adozione di posizioni di eccessiva chiusura che possono condurre al limite estremo dell'opposizione dei controlimiti. Questi, lungi da una loro europeizzazione, conserverebbero ancora intatta la loro componente «avversativa» che risiede nella preservazione di quella quota residua di sovranità che, alla luce dell'art. 11 Cost., non è stata oggetto di cessione (Luciani, 2017, 10). I controlimiti, quindi, non assolverebbero ad una propositiva funzione di integrazione delle tutele, piuttosto segnerebbero – ove attivati – il fallimento del percorso verso la costituzione di un patrimonio costituzionale comune. Ciò denoterebbe ancora l'impossibilità di assimilare le tradizioni costituzionali comuni e il rispetto dell'identità nazionale quali strumenti di inclusione di un tasso minimo di diversità nell'ordinamento dell'Unione.

Un diverso modo di intendere i controlimiti, non in funzione «avversativa», presupporrebbe quale unica via quella della leale cooperazione tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, ove l'accrescimento delle tutele potrà avvenire solo attraverso reciproci sacrifici diretti alla costruzione del patrimonio comune di valori costituzionali di cui stiamo scorrendo (Polimeni, 2018, 19). Tale eventualità si scontra, però, con il dato concreto secondo il quale i Giudici costituzionali, nel ricostruire il fondamento europeo dei controlimiti, privilegiavano ancora un'impostazione legata all'identità nazionale di cui all'art. 4.2. TUE, lontana quindi dalla logica cooperativa.

In questa prospettiva il concetto del dialogo tra Corti, assume una valenza procedurale più che assiologica, identificandosi in quegli strumenti di raccordo che permettono di mettere in contatto le giurisdizioni nazionali con i Giudici di Lussemburgo²⁹. Ciò non necessariamente comporta che via sia anche assonanza sui principi in quanto giudici europei e giudici nazionali sono portatori di un distinto modo di graduazione dei valori in gioco. Per evitare «l'irrimediabile» spesso può essere necessario un passo indietro da parte di uno dei «dialoganti», talvolta «mascherato» dietro lo schermo di una fittizia continuità con i propri precedenti.

Come seconda riflessione, la vicenda italiana appare ulteriormente complicata dalle «forzature» indotte sul sistema di giustizia costituzionale dall'esigenza di garantire un controllo accentrato in capo alla Corte. Il problema del conflitto con il diritto dell'Unione non si svolge nei consueti binari della disapplicazione da parte del giudice comune, ma, ove questo riscontri il contrasto con uno dei principi supremi, potrebbe solo sollevare questione di legittimità innanzi alla Corte. A questa spetterà, poi, avviare il dialogo con la Corte di giustizia e, se del caso, censurare il contrasto con una valutazione di ordine generale. Il problema del contrasto con i controlimiti rileva sul piano della costituzionalità ed implica sempre un problema di «doppia pregiudizialità» dove la Corte costituzionale non può abdicare alla propria essenziale funzione di filtro. Una soluzione di ordine inverso, dove la doppia pregiudizialità venisse risolta, secondo il consueto ordine, attraverso il rinvio alla Corte di giustizia da parte del giudice ordinario, a cui spetterebbe recepirne la decisione, avrebbe potuto condurre alla paradossale situazione di escludere il Giudice delle leggi dal dialogo sulle questioni di rilievo costituzionale (intese in senso ampio), con la conseguenza che «chi resta fuori dal giro delle Corti che si occupano di diritti rischia di non potervi più rientrare» (Nisticò, 2018a, 278).

Le forzature sul sistema di giustizia costituzionale rientrerebbero, nell'ottica della Corte, tra quelli che in dottrina sono stati definiti come «prezzi da pagare» (Nisticò, 2018a, 280) per garantire la conservazione in capo ad essa del ruolo di interlocutore privilegiato con le altre Corti che decidono sui diritti (su tutte, Corte di giustizia e Corte EDU). Tale tendenza all'accentramento, consolidata nella più recente giurisprudenza, non si arresta alla conclusione

²⁹ L'importanza del rinvio pregiudiziale quale strumento di raccordo emergerebbe chiaramente dalla vicenda Taricco dove la Corte costituzionale, di fronte ad una sentenza della Corte di giustizia di per sé chiara, ha preferito proseguire nel dialogo come «ultimo tentativo di salvaguardare i rapporti con l'ordinamento dell'Unione». In altri ambiti, ove uno strumento preventivo di raccordo non sia previsto (si pensi ai rapporti con il sistema della CEDU), occorrerà far ricorso a tecniche di risoluzione diverse, ma potenzialmente dotate di una portata più dirompente sui rapporti tra ordinamenti. NISTICÒ (2018a, 268 ss.).

della vicenda Taricco e potrà portare ad altri interessanti sviluppi nel rapporto tra Corti nell'ipotesi di diritti oggetto di duplice garanzia (Romboli, 2018), in sede europea o costituzionale, ma non sempre coincidente nei contenuti.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANZON DEMMIG, A. (2017), «La Corte costituzionale è ferma sui «controlimiti», ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri», *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, pp. 1-23.
- BARBERA, A. (2017), «La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia», *Rivista AIC*, 4, pp. 1-27.
- CAMPANELLI, G., FAMIGLIETTI, G. (2017), «La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale», Romboli, R. (cur.). *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*. Torino: Giappichelli, pp. 375-450.
- COMAZZETTO, G. (2018). «Luci e ombre del dialogo tra Corti: la «saga Taricco» tra *revirements* e questioni irrisolte», *Consulta Online*, 2, pp. 347-376.
- FAGGIANI, V. (2017), «Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco», *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, pp. 1-11.
- FAGGIANI, V. (2015), «La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?», *Forum costituzionale*, 3, pp. 1-6.
- FARAGUNA, P. (2018), «Roma locuta, Taricco finita», *Diritti comparati* [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/roma-locuta-taricco-finita/>
- FERRANTE, M. L. (2018), «La sentenza n. 115/2018 con la quale la Corte costituzionale ha posto fine all'affaire Taricco: una decisione ferma ma diplomatica», *Dirittifondamentali.it*, 2, pp. 1-29.
- FERRARI, F. (2018), «Indipendentemente dalla collocazione dei fatti: i principi supremi come problema di rigidità costituzionale (in margine al caso Taricco)», *Forum costituzionale*, 6, pp. 1-3.
- IACOMETTI, M. (2013), «Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo», *Osservatorio costituzionale AIC*, pp. 1-19.
- LONGO, A. (2018), «Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione», *Archivio penale*, 1, pp. 1-19.
- LUCIANI, M. (2016), «Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale», *Rivista AIC*, 2, pp. 1-20.
- LUCIANI M. (2017), «*Intelligenti pauca*. Il caso *Taricco* torna (catafratto) a Lussemburgo», *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, pp. 1-11.
- NATALE, A. (2017), «Le tappe della cd. *saga Taricco* e alcune riflessioni in ordine sparso», *Questione giustizia* [online]. Disponibile in: <http://questionegiustizia.it>

- it/articolo/le-tappe-della-cd_saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso_07-12-2017.php
- NISTICÒ, M. (2018a), «Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali», *Costituzionalismo.it*, 1, pp. 253-280.
- NISTICÒ, M. (2018b), «Taricco II: il *passo indietro* della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra Corti», *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, pp. 1-6.
- POLIMENI, S. (2018), «Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'«evoluzione» dei controlimiti attraverso il dialogo tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018», *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, pp. 1-26.
- REPETTO, G. (2017), «Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco», *Diritti comparati*.
- ROMBOLI, R. (2018), «Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale», *Foro italiano*, I, 718, pp. 2226-2236.
- ROMBOLI, S. (2016), «La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale», *Consulta Online*, 3, pp. 456-468.
- RUGGERI, A. (2018), «Taricco, amaro finale di partita», *Consulta Online*, 3, pp. 488-499.
- Ruggeri, A. (2017), «Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su *Taricco*, in una pronuncia che *espone*, ma non ancora *oppon*e, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)», in *Consulta Online*, 1, pp. 81-88.
- RUGGERI, A. (2013), «La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)», in *Il diritto dell'Unione europea*, 2, pp. 399-408.
- VIGANÒ, F. (2014), «Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni», *Diritto penale contemporaneo* [online]. Disponibile in:
<https://www.penalecontemporaneo.it/d/2865-obblighi-di-adequamento-al-diritto-ue-e--controlimiti--la-corte-costituzionale-spagnola-si-adequa-b>

TARICCO IACTUM EST OVVERO L'INCIDENZA DELLA SAGA TARICCO NEL PROCESSO COSTITUENTE EUROPEO

FRANCESCO TORRE*
Università degli Studi di Messina

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La genesi del conflitto. Il dialogo tra le Corti alla prova del Trattato di Lisbona. 3. I protagonisti principali. I controlimiti all'attacco. 3.1 Alla ricerca dell'ultimo controlimite. Il caso *Coman*. 3.2 Un onorevole armistizio. Termini per il mutuo riconoscimento dell'europeizzazione dei controlimiti e della custodia condivisa delle identità costituzionali nazionali. 4. Spunti per una pace definitiva. Il rinvio pregiudiziale come strumento paritario di dialogo. 4.1 Il rinvio interpretativo fra protocollo n. 16 alla CEDU e riscrittura dell'art. 267 TFUE. 5. Conclusioni. 6. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

L'affaire Taricco rappresenta uno dei più dibattuti casi giurisprudenziali del panorama europeo; fiumi di inchiostro sono stati versati dalla migliore dottrina che ha seguito, con una certa trepidazione, ogni tappa di questa «Saga» (Natale, 2017). Le ragioni di brevità di questa trattazione impongono di non

* Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

poter riepilogare la vicenda, nemmeno nei suoi tratti salienti. I fatti sono, in ogni caso, troppo noti per doverli ricordare. Occorre unicamente evidenziare che nodo cruciale dell'*affaire de quo* ruota intorno alla compatibilità dell'art. 325 TFUE, così come interpretato nella sentenza Taricco I, con il principio di legalità in materia penale, principio supremo non soltanto dell'ordinamento costituzionale italiano ma anche del diritto dell'Unione.

Sebbene la lettura delle varie pronunce della Saga Taricco offra una vera e propria *summa* di tutti – o quasi – gli argomenti più rilevanti del dibattito dottrinale e giurisprudenziale dai Trattati istitutivi ad oggi, l'odierna analisi si limiterà a verificare lo stato di salute del dialogo tra le Corti, soffermandosi, in particolare, nell'ipotizzare i possibili scenari che potrebbero per lo stesso delinearsi nell'immediato futuro.

È il moto incessante del processo costituente europeo a rappresentare il substrato sul quale si muove il caso Taricco; è l'assenza di una solida struttura istituzionale-costituzionale a costituirne il *prius* logico. I delicati equilibri che reggono la fragile architettura dell'Unione fungono da terreno di gioco della partita, nella quale gli interpreti principali (*rectius* le Corti) si scontrano per un'*actio finium regundorum* delle proprie competenze, messe costantemente in discussione dal mutabile evolversi del percorso europeo.

2. LA GENESI DEL CONFLITTO. IL DIALOGO TRA LE CORTI ALLA PROVA DEL TRATTATO DI LISBONA

Il quadro che emerge è a tinte fosche, sintomatico di un dialogo che si è rapidamente trasformato in un patologico conflitto; prima di apporre il codice rosso e dichiarare terminale il malato occorre, invero, un'attenta e rigorosa diagnosi sull'origine della patologia riscontrata; il *requiem* anticipato suona ancora prematuro. Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona in poi, infatti, è come se le Corti avessero iniziato ad avere timore di dover cedere terreno su questa (la *primauté* eurolunitaria) o quella (il nucleo duro delle identità costituzionali) conquista faticosamente ottenuta; l'avvenuta costituzionalizzazione europea ha comportato una concorrenza interpretativa fra Lussemburgo e le Corti nazionali con riferimento all'interpretazione di quei principi divenuti comuni (Martinico, 2018), a ciò conseguendone inevitabili divergenze e scontri. È come se gli effetti potenzialmente dirompenti sul piano di una progressiva integrazione sovranazionale, abbiano fatto suonare un campanello d'allarme in capo agli operatori principali e portato ad un vero e proprio irrigidimento dei rapporti, al fine di salvaguardare il proprio raggio d'azione.

L'opportunità per lo scontro non tarda ad arrivare ed è la Corte di Giustizia a coglierla al balzo. Il primo vero e proprio fronte di guerra tra le Corti viene aperto dal Giudice di Lussemburgo in occasione dell'ormai famosa vicenda *Melloni*; *casus belli* è l'interpretazione e l'applicazione di quell'art. 53 della Carta di Nizza che ha rappresentato, e tutt'oggi rappresenta, uno degli elementi portanti del costituzionalismo multilivello –o per meglio dire interlivello (D'Andrea, 2016, 307)¹– avanguardista nell'ottica del processo costituente europeo.

La più attenta dottrina ha, infatti, elaborato, dall'esegesi della disposizione in parola, la c.d. clausola *magis ut valeat* (Ruggeri, 2015a), la chiave interpretativa di cui dovrebbe avvalersi l'operatore applicando, nel caso di contrasto tra livelli di tutela differente, «il criterio del *best standard* del livello di protezione nella tutela multilivello dei diritti fondamentali» (Riccardi, 2016, 15)². La ricerca della tutela più favorevole, però, va necessariamente svolta all'interno del sistema interlivello dei diritti, ivi comprese le singoli costituzioni nazionali (Spadaro, 2016), con un vero e proprio stravolgimento nel rapporto tra i vari ordinamenti, non più retti da una visione formale-astratta, ma assiologico-sostanziale.

Si passa, così, dalla c.d. *teoria delle fonti* alla c.d. *teoria dell'interpretazione* (Ruggeri, 2015b); l'analisi esegetica dovrà quindi tenere conto delle norme in quanto tali, indipendentemente dalla forma o dalla provenienza degli atti cui debbono la loro produzione, discendendo il primato di una norma sull'altra infatti dalla sua «pregevolezza» (Ruggeri, 2016, 12)³. Il livello di integrazione raggiunto tra i sistemi non consente di individuare né utilizzare un ordine gerarchico (Spadaro, 2016); se così non fosse, la tutela multilivello «si trasformerebbe in un gioco al ribasso –come pure alcuni temono– e lo spazio compreso nell'incrocio delle competenze delle tre Corti diverrebbe una sorta di triangolo delle Bermuda con un esito finale di sotto-tutela» (Silvestri, 2009, 13)⁴.

Le decantate sorti «magnifiche e progressive» della clausola di maggior favore sono state, però, «stroncate in tenera età dopo il caso *Melloni*» (Repetto, 2017, 235)⁵, avendo la Corte di Giustizia chiuso le porte al riconoscimento della clausola in questione. L'iniziale atteggiamento offensivo della Corte di Lussemburgo si

¹ «Attraverso la locuzione «costituzionalismo interlivello» si intende porre l'accento [...] sulla fitta rete di relazioni che valgono non soltanto a connettere, ma anche – ed ancor di più – a connotare ed a qualificare appunto le molteplici identità costituzionali compresenti nello spazio costituzionale europeo»: così D'ANDREA (2016, 307).

² Per un approfondimento in merito alla portata dell'art. 53 si veda RICCARDI (2016, 15).

³ Evocativa espressione di RUGGERI (2016, 12).

⁴ Per un maggiore approfondimento si veda SILVESTRI (2009, 13).

⁵ Si veda REPETTO (2017, 235).

è, però, via via fatto più cauto. «Quella posizione così *tranchante* rispetto alla possibilità di una maggiore tutela dei diritti fondamentali» (Manes, Recchia, 2018, 44)⁶ ha trovato, invero, nella Saga Taricco un'altra battuta d'arresto. Timidamente invocato nell'ordinanza di rimessione della Corte costituzionale n. 24/2017, l'art. 53 della Carta trova un altrettanto timido, e controverso, richiamo nella sentenza Taricco II. L'applicazione e l'interpretazione di tale disposizione viene sussurrata con flebile voce, *en passant* tra un'argomentazione ed un'altra. Il fantasma di *Melloni* aleggia spettralmente sulla saga in questione, fungendo da monito per entrambi gli attori di questa vicenda; il pericoloso scontro va evitato.

Sebbene anche in Taricco la lettura «minimalista» dell'art. 53 CDFUE da parte della Corte di Giustizia non venga smentita (Comazzetto, 2018), il richiamo operato alla nota giurisprudenza in questione (§ 47, sent. Taricco II), a seguito dell'invocazione della tutela *ex art. 53 CDFUE* da parte della Consulta in sede pregiudiziale, però, non può dirsi costituire la base della decisione. Si tratta più di un *memorandum* per ribadire quanto già detto in Åkerberg Fransson⁷, non sforzandosi la Corte di Lussemburgo di precisare ulteriormente. Un atteggiamento difensivista, nuovo nel panorama delle decisioni dei Giudici del Kirchberg, che si sono mostrati inusualmente reverenti nei confronti della Corte costituzionale italiana, la quale, come si vedrà *infra*, ha colto la palla al balzo, non esitando a passare al contrattacco. Ed è proprio il mutato atteggiamento della Corte di Lussemburgo nella Saga Taricco a costituire una flebile speranza per la tenuta in vita della «clausola di maggior favore»; l'appiglio al quale aggrapparsi per un *revirement* sulla interpretazione della disposizione in questione. Ad uscirne rafforzato ne sarebbe lo stesso diritto eurounitario come garante di un'applicazione del *best standard* di tutela. La *primauté* del diritto europeo verrebbe così salvaguardata, mutandone però la prospettiva; non più a protezione di una visione gerarchica, ma assiologico-sostanziale.

3. I PROTAGONISTI DELLA PARTITA. I CONTROLIMITI ALL'ATTACCO

L'atteggiarsi di quella Corte (europea) va, però, letto con il mutato comportamento di questa Corte (costituzionale); come in un sistema di vasi comu-

⁶ Così MANES, RECCHIA (2018, 44).

⁷ «... dovendosi, pertanto, escludere l'applicazione della tutela *magis ut valeat* nel caso in cui Unione e Stati membri abbiano competenza esclusiva sulla materia oggetto del contendere. Qualora, invece, non vi sia stata armonizzazione e «il diritto dell'Unione lascia una certa discrezionalità agli Stati membri» (GUASTAFERRO, 2018, 454) sarebbe possibile l'applicazione della «clausola di maggiore favore».

nicanti, alla manifestata apertura europea è corrisposta – e ad oggi corrisponde – una progressiva chiusura dal versante interno. Se l'art. 53 CDFUE è il grande assente della partita, lo stesso non può dirsi, infatti, dei controlimiti, veri e propri protagonisti della Saga Taricco.

«Esposti» prima (Ruggeri, 2017a), «opposti», pur surrettiziamente, dopo, nell'*affaire* Taricco i controlimiti danno prova di tutta la loro vitalità. È, infatti, nel recente passato che tale figura, dopo essere stata accantonata, forse con troppa fretta, sta vivendo una nuova giovinezza; si sta a tutti gli effetti assistendo ad una nuova stagione dei controlimiti (Romboli, 2016). Nati come «usbergo della statualità» (Luciani, 2016a, 6)⁸, i controlimiti costituivano la prima forma di reazione immediata delle Corti nazionali all'iniziale affermarsi, con *Van Gend & Loos* e *Costa-Enel*, della *primauté* del diritto europeo la cui portata dirompente non era ancora in alcun modo mitigata dalla previsione di un catalogo positivizzato di diritti fondamentali. Gli Stati assistevano inermi, infatti, di fronte all'incessante avanzare di un ordinamento che non prestava ad essi la minima attenzione (Martinico, 2018, 784) e nei confronti del quale il loro controllo era limitato. Serviva allora proteggere quel nucleo duro che costituisce l'essenza più recondita dello Stato, quell'ultima «riserva a favore della identità costituzionale degli Stati, dissipata la quale la stessa identità si smarrirebbe e disperderebbe» (Ruggeri, 2003, 508)⁹. Trattasi di quei principi supremi dell'ordinamento costituzionale nazionale, caratterizzanti intimamente la struttura dello Stato stesso, e che pertanto coincidono, così come precisato dalla sentenza n. 238/2014, con quei limiti alla revisione costituzionale, posti a *praesidium* della Costituzione.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha spinto numerosi e accreditati studiosi ad accantonare la teoria dei controlimiti, portatori di una visione che alimenta la «frammentazione» (Polimeni, 2018a, 17)¹⁰ non più adeguata ad un sistema quale quello attuale. Con l'avvenuta «costituzionalizzazione»¹¹ dell'Unione Europea non si è, però, verificata la scomparsa dei controlimiti; ne è semplicemente mutato l'angolo di visuale essendosi trasformati i conflitti da *interordinamentali* in conflitti *intraordinamentali* (Ruggeri, 2017b). Chi scrive, invero, si riconosce pienamente in quell'idea di «europeizzazione dei controlimiti» (Ruggeri, 2006)¹² da cui muove la stessa Corte di Giustizia nella

⁸ Per un maggiore approfondimento si veda LUCIANI (2016a, 6).

⁹ Così RUGGERI (2003, 508).

¹⁰ Così POLIMENI (2018a, 17).

¹¹ Sebbene la brevità di questa trattazione non consenta un'approfondita e necessaria disamina sul punto, chi scrive invero aderisce a quella dottrina che pur riconoscendo il carattere dirompente del Trattato di Lisbona, ritiene non completo il processo costituente europeo difettandone alcuni elementi essenziali; potrebbe più correttamente parlarsi quindi di una *costituzionalizzazione in progress*.

¹² Si segnala sul punto la ricostruzione attenta delle tesi in merito da parte di POLIMENI (2018b).

Saga Taricco (Manes, Recchia, 2018), alla luce della quale gli stessi controlli potrebbero oggi essere letti «in chiave propulsiva nel cammino di integrazione europeo» (Franchini, 2016, 2)¹³.

Resta prima da chiarire, però, cosa si intende con tale locuzione; problema non di poco conto, basti pensare che sul punto sono sorti numerosi dibattiti –per non dire veri e propri «scontri»– in seno alla più attenta dottrina. Fondamento della tesi di tale europeizzazione è da rinvenirsi principalmente in quell’art. 4.2 TUE sulla cui interpretazione da parte della Corte di Giustizia in Taricco II pesa un silenzio denso di significato; tale disposizione, invero, enuncia il principio del doveroso rispetto delle singole identità nazionali quale principio fondamentale dello stesso diritto dell’Unione.

Si è dibattuto a lungo sul possibile significato di tale enigmatica espressione; la già citata sentenza n. 238/2014 ha definitivamente chiarito la piena sovrapponibilità tra identità nazionale, controlli e limiti alla revisione costituzionale (Faraguna, 2017). Conseguentemente la violazione di un principio di struttura di uno Stato membro da parte di un atto UE si tradurrebbe non soltanto in una violazione sul fronte interno, ma anche in una violazione dello stesso diritto eurounitario per lesione di una identità costituzionale nazionale al cui rispetto l’Unione è tenuta.

Europeizzazione non significa, quindi, la completa trasformazione dei controlli da esterni a semplici limiti interni all’ordinamento UE con la definitiva scomparsa degli stessi¹⁴, tutt’al più un loro rafforzamento. Nel caso di violazione di un principio di struttura di uno Stato membro viene infatti offerta una possibilità aggiuntiva di tutela, potendosi eccepire tale violazione anche di fronte la Corte di Giustizia, senza che ciò significhi che tale Corte sia l’unica depositaria della ricognizione e della qualifica dei principi di struttura. Gli operatori nazionali potrebbero così continuare ad apprestarvi la tutela che appare necessaria (Ruggeri, 2006): un *plus* di tutela quindi, non una sottrazione. I principi supremi dell’ordinamento costituzionale degli Stati verrebbero così tutelati su due versanti: non soltanto sul fronte interno ad opera della Corte costituzionale, ma anche dalla stessa Corte di Lussemburgo (Ruggeri, 2017c)¹⁵.

Acclarata la doppia giustiziabilità dei controlli innanzi alle due Corti, rimane ancora da chiarire la nozione di identità costituzionale nazionale alla luce della detta «europeizzazione»; immaginare, infatti, di interpretare i principi supremi dei singoli Stati senza considerare l’avvenuta costituzionalizzazione risul-

¹³ Così FRANCHINI (2016, 2).

¹⁴ Come invece sostenuto da LUCIANI (2016a).

¹⁵ Per una più approfondita analisi si rinvia a RUGGERI (2017c) e RANDAZZO (2011).

terebbe ormai impossibile. L'identità costituzionale nazionale, in prospettiva assiologicamente orientata, invero possiede – e non può non essere altrimenti – una *struttura complessa*, (Ruggeri, 2017b) attraversata non soltanto da spinte che portano alla chiusura ed alla salvaguardia dell'essenza più intima della Costituzione, ma anche da spinte (verso l'alto) che tendono verso l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, propria degli artt. 10 e 11 Cost. Specularmente tali spinte caratterizzano *a contrario* l'identità dell'Unione Europea tendente sia all'apertura verso il basso (il diritto nazionale) cristallizzata nell'art. 4.2. in commento, quanto alla chiusura verso l'interno emblematicamente rappresentata dalla *primauté* del diritto eurounitario su quello nazionale.

Tali moti di apertura e chiusura propri dell'identità tanto nazionale che europea devono essere bilanciati tra loro (Ruggeri, 2017) secondo una visione che non può essere retta da un criterio gerarchico nella risoluzione del conflitto, non potendosi in astratto opporre un controlimito all'ingresso di qualsivoglia norma di origine esterna, ma solo in concreto, laddove la norma avente origine esterna apportasse costi maggiori dei benefici (Ruggeri, 2018c); né, di converso, può dirsi di una normativa eurounitaria incondizionatamente prescrittiva. Occorre quindi mutare l'angolo di visuale secondo una prospettiva assiologica, retta dalla ricerca del *metaprincipio* della massimizzazione della tutela (Ruggeri, 2016). L'opera di bilanciamento va quindi svolta non all'esterno ma all'interno dello stesso ordinamento, convertendosi pertanto il conflitto in *intraordinamentale* a motivo del coinvolgimento del principio dell'apertura verso l'esterno proprio sia del diritto nazionale (verso l'alto) che sovranazionale (verso il basso) (Ruggeri, 2017b). Il principio di apertura garantirebbe, quindi, una costante comunicazione fra gli operatori dando luogo ad un moto circolare che sarebbe a un tempo ascendente dagli Stati e a un tempo discendente dall'Unione con un flusso di materiale normativo e giurisprudenziale da entrambi i versi (Ruggeri, 2018c). I controlimiti, così, si trasformerebbero definitivamente «da arma da imbracciare contro il «nemico» ad ulteriore risorsa a favore del processo d'integrazione» (Ruggeri, 2003, 508)¹⁶.

La Corte costituzionale sembra, però, essere refrattaria a tale condivisione di competenze. Gelosa delle proprie prerogative, la Consulta concepisce i controlimiti come una questione esclusivamente domestica, secondo una lettura *difensiva* dell'istituto (Polimeni, 2018b, 343)¹⁷. Eppure nell'ordinanza n. 24/2017 con la quale il giudice costituzionale ha adito la Corte di Giustizia

¹⁶ Si veda RUGGERI (2003, 508).

¹⁷ Sulla tripartizione dei controlimiti ed in particolare sui *controlimiti difensivi* si veda POLIMENI (2018b, 343).

nel caso Taricco –per la terza volta nella sua storia¹⁸–, pur ferma la natura oppositiva e non dialogica dei controlimiti, l’atteggiarsi è improntato ad una reciproca comunicazione tra gli interpreti, potendosi addirittura rinvenire un timido segnale per un futuro riconoscimento di tale europeizzazione, come si vedrà *infra*.

Di segno completamente opposto, invece, la successiva pronuncia n. 115/2018 della Consulta che pone la parole fine (?)¹⁹ alla saga in questione; dimenticando il fare conciliante, il giudice costituzionale chiude la porta ad un rapporto dialogico fondato sulla cooperazione. Una sentenza inaspettata dopo l’apertura manifestata dalla Corte di Giustizia nella sentenza Taricco II. L’atteggiarsi accomodante, sulla scorta dell’instaurato dialogo, invece che placare lo scontro, lo ha inaspettatamente alimentato. Indice sintomatico in tal senso è la scomparsa di qualsiasi riferimento a quelle tradizioni costituzionali comuni (Amalfitano, 2018) la cui portata inclusiva e cooperativa, nell’ottica di un circolare dialogo tra le Corti e di un’evoluzione del processo di integrazione giurisprudenziale, era stata fatta emergere in sede di rimessione pregiudiziale e fatta propria dalla stessa Corte di Giustizia nella pronuncia Taricco II. Con la decisione in questione la Consulta sposta nuovamente il tiro sull’identità costituzionale, rappresentata senza alcun riferimento all’apertura verso l’esterno ma propria di un modello di relazioni *interordinamentali* non più improntato a reciproca comunicazione ma caratterizzato da una visione in cui gli ordinamenti sono chiusi tra loro stessi (Ruggeri, 2018b). Da reverente l’atteggiarsi del giudice costituzionale si è trasformato in non cooperativo.

La sentenza della Corte costituzionale lascia, a dire il vero, l’amaro in bocca (Ruggeri, 2018b), indice di una permanente e logorante guerra di trincea combattuta in seno agli ordinamenti. Ed, infatti, al minimo segno di debolezza mostrato da Lussemburgo, la Consulta è passata all’attacco. E lo ha fatto utilizzando tutta l’artiglieria a sua disposizione. Lo scontro è frontale, con il principio di determinatezza in materia penale (Ruggeri, 2018b) che sbarra la strada senza eccezioni di sorta all’ingresso della «regola Taricco» (§ 14), che non può in alcun caso ricevere applicazione. Viene così di fatto negata l’efficacia diretta dell’art. 325 TFUE. Il controlimite non è soltanto opposto, ma esposto *pro futuro* (Gallo, 2018). Una sentenza di rigetto che produce quindi gli stessi effetti *erga omnes* di un accoglimento (Polimeni, 2018a).

¹⁸ Il riferimento va alle ordinanze 15 aprile 2008, n. 103/2008 e 18 luglio 2013, n. 207/2013 in cui la Corte Costituzionale ha utilizzato lo strumento del rinvio alla CGUE.

¹⁹ Sul dubbio che la Saga Taricco sia giunta a conclusione v. AMALFITANO, POLLICINO (2018).

3.1 Alla ricerca dell'ultimo controlimite. Il caso *Coman*

La Corte di Giustizia non si è fatta attendere, ripartendo immediatamente al contrattacco. Pochi giorni dopo la pubblicazione dell'ultima pronuncia di Taricco, infatti, il Giudice di Lussemburgo, muovendo dalla compiuta europeizzazione dei controlimiti, ha aperto un ulteriore fronte di conflitto con la Corte costituzionale. E lo ha fatto a distanza, agendo su di un altro versante. Nella sentenza *Coman*²⁰, infatti, è come se i Giudici del Kirchberg si rivolgesero indirettamente anche alla Consulta. Ma andiamo con ordine. Il caso ruota attorno alla concessione del diritto di soggiorno derivato al cittadino di uno Stato terzo, sposato con un cittadino europeo dello stesso sesso, nel caso in cui il matrimonio sia stato contratto in uno Stato membro diverso da quello di residenza del coniuge cittadino e l'ordinamento di tale Stato non preveda il matrimonio *same sex*. Le ragioni di brevità di questa trattazione impongono di non poter riepilogare ulteriormente la vicenda.

Ciò che rileva ai fini della presente analisi è il richiamo che la Corte di Giustizia fa delle identità nazionali ed alla relativa clausola di cui all'art. 4.2 TUE. Sul punto i Giudici di Lussemburgo, dopo aver precisato che le disposizioni nazionali che neghino il diritto di soggiorno derivato, nelle ipotesi sopra delineate, contrasterebbero con la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione per come cristallizzata dall'art. 21.1 TFUE, hanno evidenziato che «una restrizione alla libera circolazione delle persone» (§ 41) potrebbe essere astrattamente giustificata per preservare tratti dell'identità nazionale»²¹. Nel caso di specie viene, però, drasticamente preclusa questa possibilità, in quanto il riconoscimento del matrimonio dello stesso sesso ai fini della concessione del diritto di soggiorno derivato non comporta alcuna conseguenza relativamente alla disciplina del matrimonio interna agli Stati membri, essendo liberi gli stessi Stati di prevedere o meno nei propri ordinamenti il matrimonio *same sex*. Non verrebbe, quindi, nella specie lesa in alcun modo l'identità costituzionale dello Stato membro.

Pur essendo bastevole la ricostruzione sin qui riassunta, la Corte di Giustizia si spinge oltre. E lo fa, a parere di chi scrive, per inviare un messaggio a distanza alla Corte costituzionale italiana e, più in generale, a tutti i tribunali costituzionali. Il *dictum* della sentenza n. 115/2018 potrebbe, invero, alimentare pericolosi «focolai di ribellione» in seno ai giudici costituzionali e riscalda-

²⁰ Corte di Giustizia, 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*.

²¹ Per un maggiore approfondimento sul punto si veda ROSSOLILLO (2018) nel cui scritto vengono citati i precedenti di *Sayn-Wittgenstein* e *Runevič Vardyn* nei quali la Corte di Giustizia ha riconosciuto restrizioni alla libertà di circolazione per tutelare l'identità nazionale degli Stati.

re un clima già rovente. Occorreva, allora, mettere le cose in chiaro. I giudici del Kirchberg, infatti, in un passaggio fecondo per presenti e futuri spunti di riflessione, tengono a precisare che una restrizione alle libertà fondamentali garantite dai Trattati fondate sull'identità nazionale possono essere sì giustificate, ma a patto che non vengano intaccati i diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza (§ 47) così come interpretati anche con l'ausilio della giurisprudenza di Strasburgo. In altri termini la Corte di Giustizia espone l'esistenza di un nucleo duro di diritti fondamentali sovranazionali che si ergono «a nucleo ancor più duro del nucleo duro degli ordinamenti costituzionali nazionali» (Faraguna, 2018b, 715)²². Un controlimite posto come ultimo argine di fronte all'avanzare dei controlimiti; un vero e proprio controlimite ai controlimiti. Quale sarà la prossima mossa?

3.2 Un onorevole armistizio. Termini per il mutuo riconoscimento dell'uropeizzazione dei controlimiti e della custodia condivisa delle identità costituzionali nazionali

Nell'ottica di un raffreddamento del conflitto in atto, un ragionevole compromesso tra le posizioni espresse in campo delle Corti potrebbe essere dato dal definitivo riconoscimento dell'avvenuta «europeizzazione dei controlimiti» da parte della della Consulta, la quale «in cambio» vedrebbe a sua volta riconosciuta ad opera della Corte di Giustizia una competenza «condivisa» nel ruolo di interprete delle proprie identità costituzionali nazionali, sulla scorta della strada già tracciata nell'ordinanza n. 24/2017 (§ 6). La tesi dell'europeizzazione dei controlimiti, invero, a parere di chi scrive, soffre di un vizio strutturale di non poco rilievo; deputata a interpretare le identità costituzionali dei vari Paesi membri, ai sensi dell'art. 4.2. TUE, è unicamente la Corte di Giustizia²³, senza che vi sia un meccanismo discendente che ponga in rapporto l'ordinamento eurounitario con gli ordinamenti nazionali (Ruggeri, 2017b). È comprensibile allora che la Corte costituzionale sia restia ad accettare tale avvenuta europeizzazione, perché ciò per la stessa significherebbe riconoscere il ruolo della Corte di Giustizia come unico, ma competente, custode di tali identità, in un percorso unicamente ascendente dal basso verso l'alto, senza reciproca comunicazione.

²² Sul caso *Coman* si veda FARAGUNA (2018b, 715).

²³ Sull'argomento si veda anche LUCIANI (2016b).

A difettare quindi sarebbe, a sommosso avviso di chi scrive, la mancata previsione di un *rinvio pregiudiziale discendente* (Randazzo, 2011, 2)²⁴ dalla Corte Ue alle Corti Costituzionali al fine di ottenere un'interpretazione «autentica» dei principi fondamentali nazionali, nei casi «*di non immediata evidenza*»²⁵. Ferma restando, quindi, la competenza della Corte di Giustizia nella interpretazione delle identità costituzionali, si andrebbe ad aggiungere una competenza *condivisa* delle Corti costituzionali chiamate a tutelare tali identità nei casi in cui il Giudice di Lussemburgo lo ritenga più opportuno. Lo strumento del rinvio *invertito* da Lussemburgo ai vari giudici costituzionali potrebbe così garantire una costante comunicazione tra le Corti, nell'ottica di un rinnovato dialogo cooperativo e paritario.

4. SPUNTI PER UNA PACE DEFINITIVA. IL RINVIO PREGIUDIZIALE COME STRUMENTO PARITARIO DI DIALOGO

Ed è proprio il rinvio pregiudiziale come istituto in sé considerato a costituire la chiave per la definitiva pace tra le Corti. Le Corti devono tornare a parlarsi (Faraguna, 2018a), non a combattersi. Ed è proprio la Saga Taricco a dimostrarlo. Se la Consulta non avesse chiesto numi alla Corte di Giustizia oggi probabilmente si commenterebbe il *de profundis* del dialogo tra le Corti. È questo il motivo per il quale chi scrive ritiene che in Taricco il dialogo, in fin dei conti, sia stato fecondo (Marcenò, 2018). L'obiettivo immediato della *querelle* è stato certamente raggiunto; si è riusciti a disinnescare per tempo l'arma (Ruggeri, 2015a) dei controlimiti nella sua forma più «esplosiva». Se non può dubitarsi della fecondità di tale dialogo dal punto di vista del risultato ottenuto, chi scrive condivide le perplessità –e le amarezze (Ruggeri, 2018b)– di chi osserva la sterilità del metodo attraverso il quale a tale risultato si è giunti.

Ad onor del vero, lo strumento del rinvio pregiudiziale, come concepito dall'art. 267 TFUE, non può ascriversi tra quelle figure portatrici di una visione paritaria tra gli ordinamenti. Sebbene questo ne sarebbe il suo fondamento ontologico, la traduzione normativa più che tendere ad un dialogo orizzontale, spinge all'asservimento del suddito (i singoli tribunali costituzionali) nei confronti del sovrano (la Corte di Giustizia) (Luciani, 2016b)²⁶.

²⁴ Per un maggiore approfondimento si veda RANDAZZO (2011, 2).

²⁵ Così la Corte Costituzionale letteralmente al § 6, ordinanza n. 24/2017.

²⁶ Per un maggiore approfondimento delle problematiche del rinvio pregiudiziale si veda LUCIANI (2016b).

Lo scarso utilizzo di tale strumento, non soltanto ad opera della Consulta, ma anche degli altri giudici costituzionali, è indice sintomatico della diffidenza con la quale chi abitualmente si considera *superiorem non recognoscens* con estrema difficoltà si piega volontariamente al *dictum* di altri, cedendo così la propria supremazia. Ma è soltanto attraverso l'utilizzo del rinvio pregiudiziale, quale strumento di accesso al dialogo, che può raggiungersi una compiuta integrazione tra gli ordinamenti; è infatti unicamente mediante l'impegno attivo delle Corti costituzionali nel circuito europeo, nell'ottica di un rinnovato dialogo, che il diritto eurounitario può circolarmente evolversi e trovare un suo compimento o morire. Le Corti Costituzionali devono quindi «abbandonare in via definitiva le rimanenti reticenze a innescare un circuito diretto di interazione con la Corte di giustizia» (Faraguna, 2018a, 19)²⁷. Ma come stroncare tale diffidenza?

4.1 Il rinvio interpretativo fra protocollo n. 16 alla CEDU e riscrittura dell'art. 267 TFUE

La soluzione potrebbe essere dietro l'angolo, offerta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il riferimento non può che andare alla recente entrata in vigore, soltanto per i dieci Paesi ad oggi firmatari –tra i quali ancora non figura l'Italia–, del protocollo n. 16 annesso alla CEDU, i cui effetti rivoluzionari (Conti, 2014) sono stati per lungo tempo profetizzati. Tale protocollo prevede che le Corti e i tribunali supremi di uno Stato membro, nell'ambito di un giudizio dinanzi a loro pendente, possano richiedere «alla Corte di fornire pareri consultivi» (art. 1), permettendo così ai Giudici di Strasburgo di interagire maggiormente con le autorità nazionali. È proprio la non vincolatività del parere reso dalla Corte di Strasburgo a rappresentare la peculiarità dello strumento in questione, che si differenzia dall'istituto del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE nell'ottica di un rapporto orizzontale e di complementarità.

La struttura è improntata al modello incidentale, con la particolarità che, nel caso in cui il giudice rimettente dovesse disattendere il parere ricevuto, viene fatta salva la possibilità per la parte insoddisfatta dall'esito del giudizio di adire autonomamente la Corte EDU, con esiti vittoriosi quasi del tutto scontati. Sebbene non sia precluso alla Corte di Strasburgo di disattendere il suo precedente parere (Martire, 2018), infatti, appare certamente improbabile, se non in casi eccezionali, che la stessa si contraddica in un così breve lasso di tempo.

²⁷ Così FARAGUNA (2018a, 19).

La possibilità del ricorso individuale dopo la procedura nazionale è stata criticata, da accreditata dottrina, come vizio strutturale irremediabile del protocollo *de quo*. Dietro le vestigia di un parere consultivo si nasconderebbe invero un *dictum* che produrrebbe i suoi effetti, o immediatamente nel caso in cui il giudice interno si adegui al contenuto di tale parere o, in caso contrario, nel giudizio che verrebbe successivamente incoato innanzi alla Corte EDU, considerata la più che probabile conferma del parere precedentemente reso. Il giudice rimettente, quindi, difficilmente disattenderebbe il parere ivi fornito, producendo *de facto* tale istituto gli stessi effetti del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE (Ruggeri, 2014).

L'argomento è serio ma, tuttavia, a parere di chi scrive, non irresistibile. Se scopo immediato del rinvio «interpretativo» (Crivelli, 2018) è certamente la risoluzione del caso oggetto del giudizio pendente, lo scopo mediato dello stesso rinvio è il dialogo in sé considerato. L'orizzontalità del rapporto tra la Corte e le autorità nazionali, promossa dal protocollo *de quo*, infatti, non può che favorire un rapporto dialogico tra le stesse, producendo il dialogo in quanto tale effetti benefici in seno agli ordinamenti. In altri termini la circostanza che il giudice ritenga di adeguarsi al contenuto del parere è una conseguenza che potrebbe non incidere sull'utilizzo dello strumento in questione, in quanto i giudici spinti dalla paritarietà del rapporto accedrebbero ugualmente a tale strumento.

Il ragionamento appena svolto potrebbe applicarsi analogicamente al dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti Costituzionali. Le considerazioni che precedono inducono quindi chi scrive a propugnare la tesi di una riscrittura dell'art. 267 TFUE sulla scorta del *rinvio interpretativo* di cui all'appena citato protocollo introducendo la richiesta di parere consultivo nei confronti del Giudice di Lussemburgo.

A sommosso avviso di chi scrive, invero, un piano di dialogo orizzontale piuttosto che verticale potrebbe significativamente ridurre quell'ostilità con la quale i giudici costituzionali guardano oggi al detto rinvio. I vari tribunali costituzionali hanno invero dimostrato nel tempo una certa sensibilità alle tematiche europee, manifestando apertamente invece la loro refrattarietà ad una cessione della propria «sovranità». Un'eterna *actio finium regundorum* a difesa delle proprie competenze, gelosamente custodite. L'instaurazione di un rapporto paritario che consenta alle Corti di poter liberamente disattendere il parere alle stesse fornito, potrebbe ingenerare un virtuoso rafforzamento del dialogo che potrebbe così prendere finalmente vita e forma. Unicamente un dialogo improntato alla parità ed alla cooperazione fra gli interpreti può raffreddare i termini del conflitto in questa trattazione narrato.

5. CONCLUSIONI

La patologicità del conflitto in atto non consente, però, ottimistiche previsioni; la prognosi non può che essere riservata. La situazione diventa ancor più critica aggiornando per completezza il quadro clinico, facendo una breve ma necessaria menzione al contestato *obiter dictum* della Consulta in tema di doppia violazione di diritti garantiti dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza. Nella sentenza n. 269/2017, depositata pochi giorni dopo la pronuncia Taricco II, il Giudice delle leggi ha infatti rivendicato a sé la competenza per la risoluzione dei contrasti tra una norma interna e una disposizione della stessa Carta sostanzialmente coincidente con una norma della Costituzione. Il giudice comune non potrà quindi procedere alla disapplicazione del diritto nazionale, ma dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso tramite il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia anche in seguito alla pronuncia della Consulta²⁸.

La sentenza in commento si pone come prima offensiva della Consulta a seguito dell'apertura manifestata dalla Corte di Giustizia con la sentenza Taricco II con la quale il giudice costituzionale italiano ha invaso apertamente il terreno pacificamente di competenza del giudice di Lussemburgo, sconvolgendo l'impalcatura stessa dell'Unione Europea per come ad oggi concepita. Il *trend* recentemente inaugurato con la sentenza n. 269/2017, e proseguito con la sentenza n. 115/2018, è chiaramente emblematico di una visione in cui gli ordinamenti sono chiusi in loro stessi (Ruggeri, 2018b). Ma se prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era possibile per il giudice costituzionale chiudersi davanti alla prospettiva del dialogo con la Corte di Giustizia, ora questo non è più consentito. Il diritto europeo è un moto complesso di continua contaminazione e commistione; un processo in costante evoluzione i cui attori principali sono proprio gli interpreti, nelle cui mani è affidata l'evoluzione del diritto stesso. A questo dialogo la Corte costituzionale non può più sottrarsi. Né può ritenersi dialogo quello in atto o quello forzosamente imposto con il recente approdo di cui alla sentenza n. 269/2017.

Soltanto un dialogo fondato sui due pilastri della cooperazione e della paritarietà può dirsi propriamente tale. Le soluzioni prospettate dalla presente trattazione sono orientate in tale direzione, senza però pretendere di essere la panacea di tutti i mali. Gli strumenti predisposti, se non utilizzati, infatti, ri-

²⁸ In tal senso occorre evidenziare che la Consulta ha recentemente precisato (sent. n. 20/2019) che la via del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo può essere percorsa per qualsiasi profilo, chiarendo così anticipatamente quanto richiesto da Cass. n. 3831/2018.

marrebbero contenitori vuoti; sono le Corti a doverli utilizzare e fare propri. La chiave è nelle loro mani. Soltanto una presa di coscienza sul fondamentale ruolo da esse svolto può portare ad una rivitalizzazione del dialogo tra le Corti stessi. Atteggiamenti protezionistici nell'uno o nell'altro senso non sono coerenti con le proclamazioni di cooperazione che vengono giornalmente fatte e puntualmente disattese. Una progressiva chiusura tra gli ordinamenti non può che compromettere il futuro intero dei diritti fondamentali in Italia e in Europa pregiudicando quelle forme di tutela che gli stessi ordinamenti mirano a salvaguardare.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMALFITANO, C. (2018), «Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?», *Il «dialogo tra le corti» parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda «Taricco» sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, Alessandria [online]. Disponibile in: www.laegislazionepenale.eu
- AMALFITANO, C.; POLLICINO, O. (2018), «Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco», *Diritti comparati* [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/jusquici-tout-va-bien-ma-non-sino-alla-fine-della-storia-luci-ombre-ed-atterraggio-della-sentenza-n-115-2018-della-corte-costituzionale-che-chiude-la-saga-taricco/>
- COMAZZETTO, G. (2018). *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la «saga Taricco» tra revirements e questioni irrisolte* [online]. Disponibile in: <http://www.giurcost.org/studi/comazzetto.pdf>
- CONTI, R. (2014), *La richiesta di «parere consultivo» alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE di orchestra per una nomoflachia europea* [online]. Disponibile in: <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>
- CRIVELLI, E. (2018), *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, *Quaderni Costituzionali*, 3, pp. 719-721.
- D'ANDREA, L. (2016), «A mò di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo», AA. VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte*, Torino: Giappichelli.
- FARAGUNA, P. (2017), «Il Caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni», BERNARDI, A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli: Jovene Editore.

- 2018a), «La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale», *Rivista di Diritti Comparati*, 1, pp. 18 – 22 [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/rivista/la-saga-taricco-a-una-svolta-in-atte-sa-della-decisione-della-corte-costituzionale/>
- (2018b), «L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman», *Quaderni Costituzionali*, 3, pp. 711-714.
- FRANCHINI, C. (2016), «Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo», *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 4 [online]. Disponibile in: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2016_Relazioni%20Taricco%20def.pdf
- GALLO, D. (2018), «La Corte costituzionale chiude la «saga Taricco»: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto», *European Papers*, 3(2), pp. 885-895 [online]. Disponibile in: <http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/corte-costituzionale-chiude-saga-taricco-tra-riserva-di-legge-controlimito-e-effetto-diretto>
- LUCIANI, M. (2016a), «Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale», *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, [online]. Disponibile in: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/massimo-luciani/il-brusco-risveglio-i-controlimiti-e-la-fine-mancata-della-storia-costituzionale>
- (2016b), «Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo», *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 4 [online]. Disponibile in: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2016_Relazioni%20Taricco%20def.pdf
- MANES, V.; RECCHIA, N. (2018), «La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale», *Rivista di Diritti Comparati*, 1, pp. 42 – 49 [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/rivista/la-saga-taricco-a-una-svolta-in-atte-sa-della-decisione-della-corte-costituzionale/>
- MARCENÒ, V. (2018), «La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa», *Forum di Quaderni Costituzionali* [online]. Disponibile in: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/01/marceno.pdf>
- MARTINICO, G. (2018), «Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, pp. 781-812.
- MARTIRE, D. (2018), «Il Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore», *Diritti Comparati* [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/protocollo-n-16-alla-convenzione-per-la-salvaguardia-dei-diritti-delluomo-e-delle-liberta-fondamentali-ad-un-passo-dallentrata-vigore/>
- NATALE, A. (2017), «Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso», *Questione Giustizia* [online]. Disponibile in: <http://questionegiustizia.it>

it/articolo/le-tappe-della-cd_saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso_07-12-2017.php

- POLIMENI, S. (2018a), «Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'«evoluzione» dei controlimiti attraverso il «dialogo» tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018», *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2 [online]. Disponibile in: <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Polimeni%20definitivo.pdf>
- (2018b), *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- RANDAZZO, A. (2011), «La teoria dei controlimiti riletta alla luce del Trattato di Lisbona: un futuro non diverso dal presente?», *Diritti Comparati* [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/la-teoria-dei-controlimiti-riletta-alla-luce-del-trattato-di-lisbona-un-futuro-non-diverso-dal-prese/>
- REPETTO, G. (2017), «Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco», *Quaderni Costituzionali* [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/una-raagionevole-apologia-della-supremacy-in-margine-allordinanza-della-corte-costituzionale-sul-caso/>
- RICCARDI, G. (2016), *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione «internazionale» e controlimiti «costituzionali»* - Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo», *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 4 [online]. Disponibile in: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2016_Relazioni%20Taricco%20def.pdf
- ROMBOLI, S. (2016), «La nuova stagione dei controlimiti: il Caso Taricco all'esame della Corte Costituzionale», *Consulta Online*, III, pp. 456-468.
- ROSSOLILLO, G. (2018), «Corte di Giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman», *Quaderni Sidiblog*, 3, pp. 4-12.
- RUGGERI, A. (2018a), «La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale», *Rivista di Diritti Comparati*, [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/rivista/la-saga-taricco-a-una-svolta-in-attesa-della-decisione-della-corte-costituzionale/>
- (2018b), «Taricco, amaro finale di partita», *Consulta Online*, III, pp. 488-499.
- (2018c), «Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte Costituzionale?», *Osservatorio sulle Fonti*, 3 [online]. Disponibile in: file:///Users/carmen/Downloads/OSF_3_2018%20Ruggeri.pdf
- (2017a), «Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)», *Consulta Online*, 1, pp. 81-88.
- (2017b), *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, pp. 81-89.
- (2017c), «La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano

- cura degli interessi finanziari dell'Unione», *Diritti Comparati* [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/rivista/la-corte-di-giustizia-porge-un-ramoscello-di-ulivo-alla-consulta-su-taricco-e-resta-fiduciosa-attesa-che-legislatore-e-giudici-nazionali-si-prendano-cura-degli-interessi-finanziari-delluni/>
- (2016), «A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della «europeizzazione» dei controlimiti», *Forum di Quaderni Costituzionali* [online]. Disponibile in: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/07/ruggeri.pdf>
 - (2015a), «La Corte aziona l'arma dei «controlimiti» e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)», *Consulta Online* [online]. Disponibile in: <http://www.diritticomparati.it/la-corte-aziona-larma-dei-controlimiti-e-facendo-un-uso-alquanto-singolare-delle-categorie-processuali/>
 - (2015b), «Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?», *Consulta Online*, 1, pp. 34-65.
 - (2014), «Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)», *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, 1 [online]. Disponibile in: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Ruggeri%20\(2400+ttf\).pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Ruggeri%20(2400+ttf).pdf)
 - (2006), «Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)», *Forum Costituzionale* [online]. Disponibile in: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/223.pdf
 - (2003), *Tradizioni costituzionali e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 Maggio-1 Giugno 2002*, Torino: Giappichelli.
- SILVESTRI, G. (2009), *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- SPADARO, A. (2016), «La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», AA. VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte*, Torino: Giappichelli.

LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA RIAFFERMA LA CENTRALITÀ DELLA COSTITUZIONE E DEL PROPRIO SINDACATO NELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

STEFANIA LEONE
Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Il dinamismo dei giudici nella tutela dei diritti. 2. I progressivi segnali di insofferenza della Corte costituzionale: sul «valore» delle pronunce della Corte EDU e del Comitato sociale europeo. 3. Sull'ordine di precedenza dei parametri da esaminare nei giudizi di costituzionalità e di convenzionalità. 4. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la svolta sui casi di c.d. «doppia pregiudizialità»: la sentenza n. 269 del 2017. 5. La sentenza n. 20 del 2019: a conferma della vocazione espansiva dell'*obiter*. 6. ... e della volontà della Corte costituzionale di concorrere, in ottica collaborativa, all'arricchimento dei rimedi giurisdizionali posti a tutela dei diritti. 7. Riferimenti bibliografici.

1. IL DINAMISMO DEI GIUDICI NELLA TUTELA DEI DIRITTI

Un esame dei giudizi nell'ambito dei quali la Corte costituzionale italiana si è negli ultimi tempi dovuta a vario titolo occupare del rispetto, da parte dell'Italia, dei vincoli sovranazionali, permette di cogliere una tendenza meritevole di sottolineatura. Pur con le differenze che è d'obbligo tenere a mente quando si ragiona del rapporto tra fonti interne e le diverse tipologie di fonti

internazionali alle quali l'ordinamento è tenuto ad adeguarsi, si può infatti osservare come il Giudice costituzionale abbia recentemente posto più stringenti limiti all'uso incondizionato (e talvolta disinvolto) di tale materiale normativo da parte dei giudici comuni. Una tendenza, quest'ultima, che ha portato talvolta i giudici a «scavalcare» la Corte costituzionale, a rischio di finire estromessa dai processi decisionali volti all'eventuale accertamento della violazione dei diritti fondamentali e dalle valutazioni di bilanciamento che tali processi inevitabilmente implicano.

Va detto che questo crescente protagonismo giudiziario trova una parziale spiegazione in «colpe altrui», ovvero nelle carenze del legislatore, avendo gli organi della rappresentanza negli ultimi anni esibito una certa difficoltà nel prendersi carico del compito, loro in prima battuta spettante, di dare (articolata e ponderata) concretizzazione normativa ai diritti fondamentali, e dunque anche un'adeguata risposta all'emersione nella società di nuove istanze di tutela; con la conseguente chiamata in supplenza dei giudici comuni, cui spesso è stato addossato il «fardello della soluzione» del problema (Luciani, 2006).

La tendenza della giurisdizione a fare da sé ha senza dubbio conosciuto un'accelerazione grazie alla progressiva opera di valorizzazione delle ormai molteplici sedi di riconoscimento dei diritti fondamentali; non più presidiati in via di esclusiva dalle Costituzioni nazionali, ma consacrati in altri documenti sovranazionali di tratto costituzionale, quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), la Carta sociale europea (CSE). E senza dubbio l'esaltazione degli effetti di tali atti normativi è passata attraverso l'accrescimento delle occasioni di interazione - diretta o indiretta - dei giudici nazionali con le Corti sovranazionali. Il potere/dovere di procedere in autonomia alla non applicazione della norma italiana confliggente con una norma del diritto UE ad effetti diretti, sovente proprio a seguito di una sollecitata pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE; il potere/dovere di tentare di ridurre l'antinomia prima ancora della sua formalizzazione attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme al diritto UE, per come a sua volta interpretato o prodotto dalla Corte di Lussemburgo, e alle disposizioni della CEDU, per come a sua volta interpretate dalla Corte di Strasburgo: si tratta di meccanismi che hanno posizionato in primo piano il presidio di tutela offerto dalle Carte sovranazionali (si potrebbe dire a scapito della Costituzione) e insieme ad esse dal sistema integrato giudici comuni nazionali-giudici sovranazionali (si potrebbe dire a scapito della Corte costituzionale).

È bene ricordare che si tratta di meccanismi che lo stesso Giudice costituzionale italiano aveva a suo tempo delineato (per i rapporti con il diritto UE a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, per quelli con il diritto CEDU a partire dalle sentenze nn. 348/349 del 2007). La Corte non aveva però forse del tutto previsto l'uso che i giudici ne avrebbero fatto; esercitandosi generosamente sia con il rinvio pregiudiziale e procedendo all'applicazione della norma comunitaria in luogo di quella interna contrastante¹, sia con la tecnica dell'interpretazione conforme a CEDU e il cospicuo richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo².

A queste tendenze la Corte costituzionale sta da qualche tempo tentando di porre un freno³. Tra le molteplici decisioni da questo punto di vista emblematiche, a meritare un'attenzione particolare sono senz'altro le due pronunce che, sul versante dei rapporti con il diritto UE, hanno di recente ridefinito i compiti del giudice al cospetto di supposte violazioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La prima, la sent. n. 269 del 2017, ha precisato che laddove la norma legislativa nazionale si prospetti lesiva di un diritto ad un tempo presidiato dalla Costituzione e dalla CDFUE, il giudice non può (più) dar corso alla sua non-applicazione, dovendo piuttosto attivare il giudizio di costituzionalità. La seconda, la sent. n. 20 del 2019, ha dato a questo nuovo schema procedurale ulteriore estensione, ammettendo una questione di legittimità sollevata dal giudice in un caso che vedeva il diritto offeso trovare protezione, oltre che nella Costituzione e nella CDFUE, anche nelle norme di una Direttiva ritenute capaci – secondo l'orientamento della Corte di Giustizia – di diretta applicazione.

Prima di soffermarsi su queste relevantissime pronunce e sul loro possibile seguito, è però utile dare brevemente conto di alcune ulteriori cruciali tappe del percorso di riconquista da parte della Corte costituzionale (e con essa della Costituzione) di una centralità nella tutela dei diritti. Sebbene si tratti di decisioni inerenti il rapporto con altre Carte sovranazionali, richiamarle consente non solo di mettere in luce la coerenza sistemica della più recente giurisprudenza costituzionale, ma forse anche di meglio spiegare le ragioni al fondo di questo significativo cambio di rotta della Corte costituzionale.

¹ Per una riflessione sull'impatto che ha avuto l'istituto del rinvio sul consolidamento e lo sviluppo dell'Unione nonostante la sottovalutazione, al momento della sua genesi, delle sue potenzialità si veda CARTABIA (2016).

² Esamina alcuni esempi emblematici di strumentalizzazione dell'interpretazione conforme a CEDU finalizzata alla sostanziale disapplicazione della disposizione legislativa GUAZZAROTTI (2018).

³ Tendenza, questa, segnalata in dottrina da ROMBOLI (2018) e D'AMICO (2019).

2. I PROGRESSIVI SEGNALI DI INSOFFERENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: SUL «VALORE» DELLE PRONUNCE DELLA CORTE EDU E DEL COMITATO SOCIALE EUROPEO

Nell'ambito dei vincoli scaturenti dalla CEDU, le cui disposizioni in Italia sono state qualificate alla stregua di norme interposte, e la cui violazione da parte di una disciplina legislativa interna si riflette in una violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., è altresì principio acquisito che al giudice comune spetti, prima di investire la Corte costituzionale del giudizio di costituzionalità, provare ad «interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale». Questo vincolo interpretativo, si noti, assume come parametro la Convenzione «nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione»⁴.

In successivi arresti la Corte costituzionale ha precisato la portata di questo vincolo incombente sul giudice. Prima ancora essa ha posto dei limiti al prodotto dell'interpretazione della Corte europea, riservandosi di valutare se, proprio nell'ottica di garantire la massima espansione dei diritti, sia sempre osservato il necessario «bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti»⁵. Non può essere trascurato, infatti, che «mentre una Corte costituzionale, giudicando di una legge in ipotesi lesiva di un diritto fondamentale, deve assicurare una tutela sistemica dell'ordinamento ... la Corte europea dei diritti dell'uomo decide un singolo caso e le sue valutazioni valgono entro questo confine» (Zanon, 2017).

E il margine di valutazione che la Corte costituzionale conseguentemente si riserva «si riflette, inevitabilmente, sul piano dell'interpretazione conforme» (Bin, 2015)⁶. In questa prospettiva, a costituire un ripido sviluppo della giurisprudenza costituzionale, – o all'opposto, nella lettura dei più critici, «un tuffo all'indietro» (Ruggeri, 2015) – è la sentenza n. 49 del 2015. In essa, infatti, postulandosi il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU», si afferma quale prioritario compito del giudice l'adozione di una lettura costituzionalmente conforme della disposizione. A inibire ulteriormente la tendenza dei giudici a guardare a Strasburgo è poi la precisazione secondo cui a non tutte le inerenti sentenze della Corte EDU va riconosciuto peso decisivo, ma solo a quelle espressive di un «diritto consolidato» (o a quelle ascrivibili alla categoria della

⁴ Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

⁵ Corte cost., sentt. nn. 311 e 317 del 2009 e in modo ancora più esplicito Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

⁶ Potendo secondo l'A. trovarsi il giudice «a servire due padroni in potenziale dissenso» (*op. cit.*, p. 11).

«sentenza pilota»). Si tratta di un criterio di selezione della giurisprudenza europea che ha trovato successive conferme⁷ e precisazioni⁸, e, va detto, talvolta qualche non del tutto coerente declinazione da parte della stessa Corte⁹. Ma rimane un riferimento orientativo di notevole importanza nel delimitare l'attività di interpretazione conforme a CEDU assegnata ai giudici¹⁰.

Un altro passaggio importante della linea evolutiva tracciata dalla Corte costituzionale a definizione dei rapporti dell'ordinamento italiano con quello internazionale ha recentissimamente riguardato un'altra «Carta dei diritti», ovvero la Carta sociale europea. Con la sentenza n. 120 del 2018 il Giudice costituzionale italiano ha per la prima volta riconosciuto alla Carta sociale europea – atto internazionale che tutela molteplici diritti sociali¹¹ – lo status di disciplina interposta nel senso prefigurato già con le sentt. nn. 348 e 349 del 2017 per la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Certo la Corte costituzionale avrebbe potuto soffermarsi a chiarire, più in generale, a quali trattati internazionali vadano riconosciute le capacità penetranti assicurate dall'operare dell'art. 117, comma 1, Cost., e quando, dunque, una legge del Parlamento ad essi contraria possa essere espunta dall'ordinamento. La scelta è stata invece quella di non impegnarsi con enunciazioni di carattere sistemico, la Corte essendosi limitata a fare leva sugli «spiccati elementi di specialità [della CSE] rispetto ai normali accordi internazionali», tali da farne emergere in questo senso una comunanza rispetto alla CEDU¹².

Ma per quanto in questa sede soprattutto interessa, qui si fermano le analogie con lo schema prefigurato nelle sentenze «gemelle»¹³, perché al contrario di

⁷ In particolare v. Corte cost., sent. n. 36 del 2016, ove si fa riferimento a «giurisprudenza europea consolidata» e al significato di una norma della CEDU (nella specie l'art. 6) formatosi attraverso il «reiterato ed uniforme esercizio della giurisprudenza europea sui casi di specie».

⁸ In particolare quella secondo cui ciò non significa che il giudice possa far valere la CEDU solo «con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo» (Corte cost., sent. n. 68 del 2017). Non occorrono, dunque, precedenti in termini, essendo già di per sé rilevanti i principi di diritto espressi dalla Corte EDU, «specie» (dunque non unicamente), «quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo».

⁹ Qui il riferimento è a Corte cost., sent. n. 276 del 2016, caratterizzata da un massiccio ricorso alla giurisprudenza europea forse non proprio coerente con i predicati della sent. n. 49 del 2015, non essendo facilmente individuabile il «tratto comune a tutte le sentenze della Corte EDU richiamate». Così BISSARO (2017).

¹⁰ Pur essendone scaturita una «reazione» da parte della Corte europea, che nella sentenza Parrillo c. Italia, 27 agosto 2015, ha affermato che per come delineato nella sent. n. 49 l'obbligo di interpretazione conforme a CEDU, potrebbe derivarne la non assimilabilità dei ricorsi giudiziari a rimedi «effettivi».

¹¹ Cfr. GUIGLIA (2013), LIBERALI (2017).

¹² In passato, l'inclusione tra le norme interposte rispetto all'art. 117 Cost. della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 e della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996 non aveva ricevuto, invece, nemmeno questa sintetica spiegazione. Cfr. sent. Corte cost., n. 7 del 2013, a commento della quale MANES (2013).

¹³ Lo rimarca nel suo commento alla decisione MONACO (2018).

quanto asserito con riferimento alla CEDU, le disposizioni della Carta sociale europea non si nutrono della lettura offerta dal Comitato sociale europeo, le cui pronunce «non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta», stante l'assenza nella CSE di una norma analoga all'art. 32, par. 1, CEDU (che affida alla Corte di Strasburgo le questioni concernenti l'interpretazione della Convenzione). Le potenzialità proprie dell'interpretazione conforme risultano così inevitabilmente frustrate, non potendo il giudice fare leva sugli orientamenti del Comitato per giustificare una certa lettura della disposizione oggetto di dubbi e per questa via «evitare» il giudizio di costituzionalità¹⁴.

3. SULL'ORDINE DI PRECEDENZA DEI PARAMETRI DA ESAMINARE NEI GIUDIZI DI COSTITUZIONALITÀ E DI CONVENZIONALITÀ

Sino ad ora si è ragionato di pronunce che, proponendosi di contenere il potere di interpretazione conforme dei giudici, hanno evidenziato la volontà della Corte di tornare protagonista nella tutela dei diritti fondamentali. Accanto a queste decisioni, meritano senz'altro di essere richiamate anche quelle che, seguendo un obiettivo vicino, hanno negli ultimi anni tentato di ricollocare in primo piano la stessa Costituzione italiana.

Il riferimento è ai casi in cui, investita di questioni aventi ad oggetto norme contrarie tanto alla CEDU quanto a disposizioni costituzionali diverse dall'art. 117 Cost., la Corte ha scelto di privilegiare, nell'ordine dell'esame, proprio i «parametri interni», e in caso di accoglimento della questione di dichiarare l'assorbimento dei motivi di doglianza incentrati sul rapporto con la fonte sovranazionale. Sarebbe certo azzardato un paragone con il procedimento francese della *priorité de la question de constitutionnalité*, situandosi esso in un sistema molto diverso, nel quale il *Conseil* non avrebbe comunque il potere di procedere al controllo di convenzionalità della norma. Ma l'ispirazione culturale non pare così lontana. Il *Conseil* ha affermato la *priorité* è un meccanismo attraverso il quale il legislatore «a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne»¹⁵.

¹⁴ Si veda però, dello stesso anno, la sentenza n. 194, che assegna maggior peso alle pronunce del Comitato sociale europeo, contribuendo forse a restituire sul punto un quadro non del tutto definito.

¹⁵ Sent. 3 dicembre 2009, n. 2009-595 DC. V. CATALANO (2016). Va notato che a dispetto della sovrannità dell'affermazione, il *Conseil* tiene in rilevante considerazione la giurisprudenza di Strasburgo, sia pur senza mai (potere) citarla direttamente. Ciò per tentare di evitare di vedersi smentito dal giudice che proceda a disapplicare una norma che lo stesso ha salvato. E infatti «aucune décision de protection des droits et libertés n'est prise par le Conseil sans analyse préalable de la jurisprudence de Strasbourg» (GUAILLAUME, 2011).

Così come la dottrina italiana non ha mancato di sottolineare come la tecnica dell'assorbimento adottata ultimamente dalla Corte costituzionale denoti la volontà di rivendicare l'«autosufficienza della Costituzione italiana nella tutela dei diritti» (Guazzarotti, 2018).

La scelta di accordare precedenza ai parametri espressivi di diritti autocotoni senza procedere allo scrutinio delle questioni sollevate in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., e dunque a diritti di conio sovranazionale¹⁶ è riscontrabile anche in casi in cui ci si sarebbe potuti aspettare tutt'altro atteggiamento. Si pensi alla sentenza n. 162 del 2014 in tema di divieto di fecondazione eterologa: la Corte omette di parametrare la disciplina nazionale con gli artt. 8 e 14 CEDU nonostante in prima battuta essa avesse (sorprendentemente) deciso di restituire gli atti al giudice *a quo* (ord. n. 150 del 2012)¹⁷ in ragione della sopravvenienza di una a suo dire rilevante decisione della Grande Camera della Corte europea (S. H. e altri c. Austria del 2011)¹⁸.

Ma è accaduto anche, più di recente, in casi in cui la decisione della Corte costituzionale è stata preceduta da una puntuale condanna in sede europea dell'Italia. Si pensi alla sentenza n. 278 del 2013 di censura della norma che impediva alla persona adottata di accedere alle informazioni sulle proprie origini senza prevedere verifiche sulla persistenza della volontà della madre biologica di non essere nominata. La Corte richiama esplicitamente la sentenza della Corte europea Godelli c. Italia del 25 settembre 2012, di condanna per violazione dell'art. 8 CEDU, per poi dichiarare un *vulnus* nei soli confronti degli artt. 2 e 3 Cost. Ancora, la sentenza n. 286 del 2016 sull'automatica attribuzione ai nati del cognome paterno, certamente condizionata nel suo esito dalla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia del 7 gennaio 2014, come chiaramente si evince dallo stesso percorso argomentativo della declaratoria di illegittimità costituzionale; ma che è formalmente agganciata alla sola violazione degli artt. 2, 3 e 29 Cost. Come a dire che «vi sono parametri costituzionali interni sufficienti alla bisogna ... e non v'è necessità di ricorrere ad altro» (Zanon, 2018)¹⁹.

¹⁶ V. ad es. Corte cost., sent. n. 258 del 2017, che in relazione al diritto di acquisto della cittadinanza da parte di persona con disabilità, ha lasciato assorbite le questioni relative alla presunta violazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, «accontentandosi» di riscontrare una violazione degli artt. 2, 3 e 38 Cost.

¹⁷ Su cui volendo LEONE, PELLIZZONE (2013).

¹⁸ Sulla pronuncia, anche alla luce della precedente decisione di restituzione degli atti, v. D'AMICO (2014).

¹⁹ In senso invece critico, v. MALFATTI (2017).

4. LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA E LA SVOLTA SUI CASI DI C.D. «DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ»: LA SENTENZA N. 269 DEL 2017

È in questo contesto che, sia pur in altro settore, matura la correzione di rotta senz'altro più significativa della giurisprudenza costituzionale sul sistema integrato di protezione (nazionale e sovranazionale) dei diritti fondamentali. Stiamo parlando della sentenza n. 269 del 2017, per certi aspetti un vero e proprio *turning point* sulle modalità di dispiegamento degli effetti del diritto dell'Unione europea nel sistema giuridico italiano.

In un denso *obiter dictum* della decisione, si è infatti affermata la regola secondo cui quando una disposizione nazionale appaia in contrasto sia con una norma costituzionale sia con una norma della Carta dei diritti fondamentali di Nizza-Strasburgo, la doppia pregiudizialità apre in ogni caso la strada al giudizio di costituzionalità, il giudice comune non potendo superare da sé, mediante il meccanismo della non applicazione, l'antinomia riscontrata. Nell'ambito del giudizio di costituzionalità, la Corte potrà naturalmente procedere a vagliare tanto il rispetto dei parametri interni quanto quello dei parametri europei. Ma, precisa la Corte (e a questo punto ciò non sorprende): «secondo l'ordine di volta in volta appropriato».

Risulta chiaro l'assoluto rilievo della decisione, e per il suo risvolto concreto – interdizione al giudice del ricorso al rimedio indicato dalle sentenze Simmenthal e Granital – e per il suo non celato presupposto valoriale. La Corte muove infatti dalla constatazione che alla CDFUE sia da riconoscersi «contenuto di impronta tipicamente costituzionale». Ed è proprio la potenziale intersezione delle sue previsioni con quelle contenute nella Costituzione italiana ad imporre di dare priorità al sindacato accentrato di costituzionalità. Più precisamente, queste sembrano le direttrici che orientano la decisione: a) la Costituzione italiana è potenzialmente idonea a tutelare da sé i diritti fondamentali; b) non si può permettere che un diritto costituzionale, solo perché «ripetuto» nella Carta dei diritti, incorra per ciò stesso, e paradossalmente, in una diminuzione di tutela: ciò che accadrebbe continuando a permettere che a sanzionare eventuali violazioni sia, nel limitato recinto del singolo giudizio, l'autorità giudiziaria comune, e non invece il Giudice costituzionale, capace di espungere definitivamente dall'ordinamento la norma lesiva del diritto; c) la Corte non intende essere estromessa da questo processo valutativo, atteso anche che, ai sensi dell'art. 52, par. 4, della stessa CDFUE, la portata dei diritti in essa sanciti si nutre delle tradizioni costituzionali comuni.

Si tratta di implicazioni di significato formidabile. Si è detto che la Corte ha così inteso ostacolare – attraverso «un atto interruttivo di usucapione»

(Guazzarotti, 2017) – il potenziale proliferare di una prassi giudiziaria orientata al sostanziale assorbimento della questione di legittimità costituzionale nel sindacato di compatibilità a CDFUE²⁰. Una prassi giudiziaria in alcuni casi peraltro poco rigorosa nel considerare che l'art. 51 della Carta limita la sua operatività all'attuazione del diritto UE²¹ e che ha pertanto portato ad un «tra-boccamento» dei suoi effetti (Barbera, 2017) e di contro ad un «progressivo essiccamento del giudizio costituzionale» (Scaccia, 2018)²².

Bisogna precisare che non siamo qui in presenza di un ripensamento generale dello schema che, facendo leva sulla natura della disposizione europea – a seconda che essa sia direttamente o non direttamente applicabile – impone al giudice di procedere, rispettivamente, a non applicare la norma di legge interna o a farne l'oggetto di una questione di legittimità costituzionale. Non può sorgere equivoco attorno a questo punto non solo perché la Corte, prima e nell'ambito dell'ormai nota «precisazione», ha riaffermato l'ordinaria validità di questo schema, ma anche perché, coerentemente, la stessa ha preliminarmente dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Commissione provinciale tributaria di Roma proprio in quanto, erroneamente, il giudice aveva ritenuto di dover post-porre la valutazione sollecitata dalle parti attorno alla compatibilità della norma italiana a disposizioni UE direttamente applicabili (in particolare norme del TFUE sulla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi), per procedere preliminarmente a interrogare la Corte costituzionale sulla sua coerenza ai principi costituzionali «interni».

Dal tenore della sentenza n. 269 esce dunque confermata la regola generale forgiata dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui in presenza di una pregiudizialità costituzionale e di una pregiudizialità comunitaria (che non riguardi però la CDFUE) è alla pregiudiziale comunitaria che va data precedenza, in considerazione del principio per cui «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione»²³.

²⁰ È d'altra parte la Corte a parlare, in riferimento al meccanismo della disapplicazione in giudizio, di «una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge (punto 5.3 cons. dir.)»

²¹ CARTABIA (2014). La scarsa attenzione di alcuni giudici a considerare i limiti di applicazione della Carta si somma, peraltro, alla tendenza a ricavare da molte sue disposizioni diritto ad efficacia diretta. Cfr. ANZON (2017).

²² V. anche, in termini simili, TEGA (2018).

²³ Così sent. Corte cost. n. 284 del 2007; ma vedi anche i molti precedenti (319 del 2006, 536 del 1995, 269 del 1991, 450 del 1990, 152 del 1987). Con osservazioni critiche CERRI (1997) e SCACCIA (2018).

La Corte sembra dunque essersi «limitata» a scolpire nella regola la sua eccezione²⁴. Un'eccezione che riguarda – o parrebbe riguardare (v. *infra*, par. 5) – unicamente le ipotesi di contrasto da parte della disposizione legislativa interna e di una norma costituzionale e di una norma della CDFUE che consacrino analogo diritto, in ragione del valore sostanzialmente costituzionale della Carta; e ciò indipendentemente – almeno così si desume dal tenore complessivo della decisione – dall'essere la norma della CDFUE di volta in volta considerata produttiva o meno di effetti diretti²⁵. A meno di ritenere che il richiamo al «contenuto tipicamente costituzionale» della Carta non sottenda l'idea che le sue previsioni («diritti» e «principi») non possano mai considerarsi davvero capaci di restituire una regola del caso²⁶. Il che, però, è discutibile alla luce della giurisprudenza comunitaria, oltre ad essere lettura che non trova conforto esplicito nella sent. n. 269.

Diversi sono ad ogni modo gli interrogativi che l'importante decisione ha lasciato in eredità al dibattito. Essi riguardano anzitutto la corretta definizione dei poteri del giudice comune e delle modalità di sua interazione con il Giudice comunitario. Due i nodi da sciogliere:

1. Il giudice che si imbatte in un caso di doppia pregiudizialità si trova unicamente inibito nel dare applicazione diretta alla norma UE o non può nemmeno procedere, prima di aver investito della questione la Corte costituzionale, al rinvio ex art. 267 TFUE?

Tra gli studiosi intervenuti a commentare la decisione si è rilevato come essa avrebbe imposto di dare precedenza alla Corte costituzionale e non solo alla Costituzione, il giudice non potendo quindi (nemmeno) adire la Corte di Giustizia prima dell'attivazione del giudizio di costituzionalità. Altri, invece, hanno ritenuto che nel fare la sent. n. 269 «salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea» essa non abbia inteso «precisare se si dia un ordine prestabilito e tassativo ovvero una successione libera per l'aspetto temporale tra le due pregiudizialità» (Ruggeri, 2018).

Va però detto che la Corte di cassazione ha ritenuto, proprio alla luce della pronuncia, di essere tenuta a sollevare questione di legittimità costituzionale prima di interpellare la Corte di Giustizia (Cass., sez. II civ., 16 febbraio 2018, n. 3831). Non mancano orientamenti diversi: sempre la Corte di cassazione (Cass., sent. n. 13678 del 2018) ha in un caso scelto di operare il rinvio

²⁴ Parla di una «deroga» alla sua consolidata giurisprudenza ROMBOLI (2018).

²⁵ GALLO (2019).

²⁶ Sulla distinzione tra «diritti» e «principi» v. BARBERA (2017).

pregiudiziale alla Corte di Giustizia assumendo che la sent. n. 269 non produca effetti conformativi e che, comunque, avrebbe lasciato il giudice libero di agire in questo senso. Addirittura – ma qui siamo di fronte ad una vera e propria «ribellione» alla sent. n. 269 – in un altro giudizio la Cassazione ha direttamente disapplicato la norma interna contraria a CDFUE, risolvendosi la sent. n. 269 in «un mero obiter dictum [privo di] natura obbligante» dal quale discende «solo una proposta metodologica» (Cass. Sent. n. 12108 del 2018)²⁷.

La questione, come si vede, è controversa. Oltretutto, si è segnalato in dottrina, anche di recente la Corte di Giustizia ha ribadito il potere del giudice di avvalersi del rinvio «in qualsiasi momento» questi lo ritenga opportuno (Grande sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB, ZA c. Austria)²⁸.

2. Laddove la Corte costituzionale dovesse dichiarare la questione di legittimità infondata, sia in riferimento ai parametri interni sia a quelli europei, residua in capo al giudice potere di procedere ugualmente a disapplicazione della norma salvata?

La questione si è posta in ragione della presenza, nella sent. n. 269, di una discussa precisazione volta almeno apparentemente a contenere la libertà di azione dei giudici. I quali all'esito del giudizio di costituzionalità potrebbero dare luogo a disapplicazione della norma interna solo ove – «per altri profili» – la ritenessero contraria al diritto UE. Qui la Corte, non lo si può non notare, si distacca dalla lettera delle pronunce della Corte di Giustizia che hanno indicato a quali condizioni il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità non sia da considerarsi comunitariamente ostativo²⁹. Così confermando l'impressione di aver voluto correggere il senso di quelle pronunce, con l'obiettivo di vincolare il giudice (o sarebbe forse meglio dire persuaderlo) a non «smentirla» all'indomani di una propria pronuncia di infondatezza. Ciò che potrebbe porsi in attrito proprio con la giurisprudenza comunitaria, e, in particolare, con la pronuncia C-322/16 del 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd*, ove si è esplicitato che il sindacato della Corte costituzionale non impatta sul potere/dovere del giudice comune di investire la Corte di Giustizia della corretta interpretazione del diritto comunitario. Andrebbe in realtà precisato che questa decisione non è tecnicamente idonea a chiudere definitivamente la questione, giacché in quel caso la Corte costituzionale pronunciatisi in precedenza non era stata sollecitata dal giudice *a quo* anche sul rispetto degli artt. 11 e 117 Cost., in relazione a norme del diritto UE. Il giudice remittente invocava solo, infatti, parametri «interni» (gli artt. 3 e 41 Cost. per la precisione). In

²⁷ Analisi di queste pronunce in COSENTINO (2018).

²⁸ Su cui v. RUGGERI (2018).

²⁹ Segnala come significativa questa scelta di parafrasare, con integrazioni, la giurisprudenza comunitaria ROMBOLI (2018).

ogni caso, dando precedenza alla sostanza, si potrebbe comunque notare come la sentenza *Global Starnet Ltd* si sia premurata (solo) di preservare il potere del giudice di dialogare con la Corte di Giustizia. E in effetti, la sent. n. 269 letteralmente sembrerebbe solo volergli precludere di disapplicare pianamente – dunque senza essersi preliminarmente rivolto alla Corte di Giustizia per un «sostegno» interpretativo – la norma uscita indenne dal sindacato di costituzionalità³⁰.

5. LA SENTENZA N. 20 DEL 2019: A CONFERMA DELLA VOCAZIONE ESPANSIVA DELL'OBITER

Alle questioni, di notevole spessore, poste dalla sent. n. 269, se ne deve aggiungere un'altra. Si tratta di un dubbio cruciale, riguardante la stessa portata della sua *ratio* ispiratrice. In effetti, sebbene la decisione introduca un regime eccezionale ritagliato sulle specificità di una fonte nominalmente individuata (la CDFUE), l'impressione è che averla giustificata a partire dalla constatazione che nella Carta di Nizza-Strasburgo ridonda la protezione di molti diritti già tutelati dal sistema costituzionale nazionale non possa che aprire la strada ad un ampliamento dei casi capaci di ricadere nel cono d'ombra della sent. n. 269.

Bisognerebbe in realtà partire da un interrogativo: quando la Corte sottolinea che la CDFUE ha un «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» essa si sta riferendo alla Carta come fonte complessivamente intesa (dunque come «documento costituzionale») o a ciascuna delle sue previsioni (dunque a «norme di carattere costituzionale», perché adottate a presidio di diritti fondamentali)? La differenza non è di poco conto. Perché se si accede – come pare più logico – alla seconda lettura, sarà difficile sostenere che i casi di doppia pregiudizialità capaci di configurare il meccanismo della sent. n. 269 siano solo quelli in cui il giudice abbia riscontrato una violazione della CDFUE. La sent. n. 269 ha infatti, a parere di chi scrive, una vocazione inevitabilmente espansiva, non potendosi affatto escludere che una norma di impronta tipicamente costituzionale si situi in *altra* fonte comunitaria, diversa o che si accompagni ad una disposizione della CDFUE (la disposizione di un regolamento, di un Trattato o di una Direttiva che si ergano a protezione, appunto, di un diritto «costituzionale»).

La questione ha trovato un importantissimo sviluppo nella recente sent. n. 20 del 2019. La Corte costituzionale veniva chiamata a scrutinare alcune

³⁰ Secondo l'interpretazione di SCACCIA (2018). Di recente v. anche CATALANO (2019).

previsioni contenute nell'art. 14 del d.lgs. n. 33 del 2013, che estende indiscriminatamente a tutti i titolari di incarichi dirigenziali presso la p.a. l'obbligo di pubblicazione della loro situazione economico-patrimoniale, con una disciplina pervasiva potenzialmente lesiva dell'art. 3 Cost. (principio di uguaglianza e proporzionalità/ragionevolezza), degli artt. 2 e 13 Cost. (diritto di riservatezza), ma anche, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., degli artt. 7 (rispetto della vita privata), 8 (protezione dei dati personali), 52 (principio di proporzionalità) CDFUE, dell'art. 8 CEDU e, soprattutto, per quanto qui interessa, degli artt. 6 e 7 della Direttiva 1995/46/CE in materia di trattamento dei dati personali; norme queste ultime alle quali la Corte di Giustizia aveva in passato riconosciuto effetti diretti.

In disparte il merito della questione³¹, quel che interessa mettere a fuoco è la scelta stessa della Corte di entrarci. Se essa si fosse infatti attenuta all'orientamento espresso in due decisioni (sentt. nn. 48 e 111 del 2017) di soli pochi mesi precedenti la sent. n. 269, avrebbe dovuto dichiararla inammissibile. La sent. n. 111 del 2017, in particolare, aveva decretato questa sorte per una ordinanza di rimessione che allegava la lesione da parte di una norma nazionale di plurimi parametri – «interni» ed «esterni» – in materia di parità di genere. Quanto alle previsioni sovranazionali, si trattava dell'art. 157 TFUE e degli artt. 21 e 23 della CDFUE. La questione veniva tuttavia dichiarata inammissibile – in continuità con la pregressa «dottrina» della Corte – giacché il giudice «ritenendo che la normativa censurata contrasti con l'art. 157 del TFUE, anche alla luce della ... giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha riconosciuto a tale norma efficacia diretta, avrebbe dovuto non applicare le disposizioni in conflitto con il principio di parità di trattamento, previo ricorso, se del caso, al rinvio pregiudiziale».

Ora, secondo una parte della dottrina l'esiguo scarto temporale tra questa decisione e la sent. n. 269 avrebbe dovuto farle ritenere capaci di convivere razionalmente. Ciò a dire che l'*obiter* non avrebbe inteso inficiare la validità di questi precedenti, dovendosi ritenere inapplicabile la nuova regola sulla doppia pregiudizialità alle ipotesi di denunciata violazione di parametri comunitari ulteriori rispetto alla CDFUE laddove dotati di effetti diretti³².

Una simile interpretazione, tuttavia, avrebbe peccato di eccessivo formalismo.

Perché pretendere dal giudice che azioni il giudizio di costituzionalità in caso di violazione di un diritto tutelato dalla Costituzione e dalla CDFUE

³¹ Per una condivisibile analisi del quale v. CORRADO (2019).

³² TEGA (2018). In termini più dubitativi CONTI (2017).

e non quando lo stesso diritto trovi ulteriore conferma in altra disposizione UE ed effetto diretto? Può davvero a quest'ultima negarsi la medesima caratura costituzionale della Carta?

Ebbene, la recente sent. n. 20 del 2019 ha evitato di chiudersi in simile prudente e formalistico atteggiamento³³; scegliendo di ammettere, in linea con la sent. n. 269, la questione sollevata, sebbene l'ordinanza invocasse anche la violazione di norme di una Direttiva capaci, secondo la Corte di Giustizia, di effetti diretti (sent. 20 maggio 2003, C-465/00, C-138/01, C-139/0120, Österreichischer Rundfunk e altri); anche se, va precisato, la Corte di Giustizia aveva in quel caso rimesso al giudice la valutazione di bilanciamento – tra diritto alla privacy e diritto di accesso ai dati della p.a. – necessaria ad individuare la soluzione del caso. E infatti il giudice che ha sollevato la questione risolta con la sent. n. 20 del 2019 ha avvertito la necessità di farlo perché, a suo dire, la normativa europea non gli restituiva una regola davvero self-executive, ma criteri di ponderazione tra diritti in competizione, da applicare secondo valutazioni più confacenti ad un Giudice costituzionale.

Non sembra, però, questo l'elemento davvero decisivo ai fini della scelta della Corte di ammettere la questione; quanto, piuttosto, e ancora una volta, la circostanza di trovarsi di fronte alla denuncia di violazione di un diritto fondamentale protetto tanto dalla Costituzione quanto da altre fonti sovranazionali. Una questione, insomma, di «rango costituzionale», che merita di preservare «l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes». L'uso dell'espressione «opportunità» potrebbe in realtà suonare ambiguo, se decontestualizzato. Ma la circostanza che la parola sia accostata al richiamo al «principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale» aiuta a ricostruirne il senso. Non si sta dicendo qui che, in caso di doppia pregiudizialità, il giudice *può* del tutto liberamente sollevare questione di legittimità costituzionale; d'altra parte il nostro sistema non ammette simile facoltà, concependo solo l'obbligo del giudice, ricorrendone i presupposti, di innescare l'incidente di costituzionalità. Mentre il giudice ha sì, se non si tratta di giudice di ultima istanza, facoltà di esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. La Corte intende forse allora dire che è *opportuno* preservare la strada del giudizio di costituzionalità³⁴.

³³ Per un approccio critico sul punto v. invece RUGGERI (2019), BRONZINI (2019).

³⁴ V. per condivisibili riflessioni sul punto CATALANO (2019). Per una diversa lettura della pronuncia, alla luce della precedente sent. n. 269 del 2017, v. invece RUGGERI (2018).

Insomma la Corte conferma con questa pronuncia che l'*obiter* della sent. n. 269 ha aperto la strada ad un meccanismo non necessariamente confinato ai rapporti con la sola CDFUE. Anche se, va detto, essa tenta di contenere questo nuovo passo in avanti entro i contorni dati dalle specificità della questione. In questo senso va letta la precisazione secondo cui le norme della Direttiva invocata si presentano «in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE»³⁵. Ma non si può certo escludere che, in futuro, non si assista ad ulteriori passi in avanti. D'altra parte, dato l'ambito di applicazione della CDFUE, è ipotesi affatto residuale che essa si accompagni ad altri atti comunitari di analogo contenuto. La forza espansiva dell'*obiter*, insomma, difficilmente potrà essere contenuta (ancorché essa abbia rinunciato a porre la questione in termini di doverosità)³⁶.

6. ...E DELLA VOLONTÀ DELLA CORTE COSTITUZIONALE DI CONCORRERE, IN OTTICA COLLABORATIVA, ALL'ARRICCHIMENTO DEI RIMEDI GIURISDIZIONALI POSTI A TUTELA DEI DIRITTI

Se da una parte la sent. n. 20 del 2019 si segnala per avere ampliato le ipotesi di doppia pregiudizialità che richiedono l'attivazione del giudizio di costituzionalità precludendo la strada della disapplicazione giudiziaria – pure a costo di produrre qualche malumore in seno alla Corte di Giustizia – dall'altra essa però, tornando su alcuni discussi passaggi della sent. n. 269 e chiarendone il significato, ha mostrato di volersi accostare al sistema di protezione offerto dall'ordinamento comunitario in un'ottica collaborativa.

Ci si riferisce alla precisazione secondo la quale la «prima parola» che la Corte intende dare in caso di doppia pregiudizialità non incide sul potere del giudice di «sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria». Il sistema integrato di protezione dei diritti, infatti, «per definizione, esclude ogni preclusione».

In questo passaggio sembrano chiariti, in un colpo, entrambi i dubbi che erano rimasti irrisolti alla luce della svolta tracciata dalla sent. n. 269. La Corte sembra infatti ammettere che il giudice possa in qualunque momento,

³⁵ Addirittura al punto da avere le prime fatto da modello per la costruzione delle seconde.

³⁶ Per riflessioni maggiormente approfondite sulla sentenza n. 20 e sull'*obiter* ci si permette di rinviare a LEONE (2019). Interessanti e recenti valutazioni, che mettono a sistema le diverse pronunce intervenute sul tema, anche in AMALFITANO (2019), CATALANO (2019), TEGA (2019).

e dunque anche all'esito di una eventuale dichiarazione di infondatezza della questione, fare rinvio alla Corte di Giustizia. Rimane da domandarsi, tuttavia, se la Corte si sia con questa affermazione aperta anche ad un altro scenario, quello che veda il giudice procedere direttamente, senza cioè ingaggiare la Corte di Lussemburgo, alla disapplicazione della norma passata indenne al vaglio del Giudice costituzionale. Sebbene si tratti di apertura coerente alla giurisprudenza comunitaria, si ha qualche dubbio si tratti di ipotesi ben vista dalla Corte costituzionale. D'altra parte, nella successiva sent. n. 63 del 2019, la stessa ha precisato che resta fermo «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Questo passaggio si presta ad una duplice lettura. Il giudice potrà anche procedere in autonomia alla non applicazione della norma interna; oppure potrà farlo solo all'esito di un rinvio pregiudiziale. La questione, ad avviso di chi scrive, rimane irrisolta. Certo è difficile immaginare che la Corte possa imporre al giudice, con la propria pronuncia di infondatezza, di ricorrere allo strumento della non applicazione. Ma si suppone altresì che il peso della sua decisione sia in grado, vista l'autorevolezza del soggetto da cui promana, di dissuadere l'autorità giudiziaria da smentite avventate della declaratoria di infondatezza.

Alcune questioni, insomma, rimangono aperte anche alla luce di questi più recenti arresti del Giudice costituzionale; confermandosi l'impressione che la sent. n. 269 ha aperto un percorso allo stato da considerarsi ancora appena avviato.

Di certo c'è che, come dimostra la sent. n. 20 del 2019 in modo esplicito, l'atteggiamento della Corte non è affatto di chiusura alle potenzialità offerte dalla Carta e dalle altre sedi di tutela sovranazionale dei diritti fondamentali. Né al dialogo tra giudici (sé compresa) e la Corte di Giustizia. Ed anzi c'è da immaginare – e auspicare – che questa nuova tappa del percorso di integrazione con il diritto UE offra l'occasione per la Corte di esercitarsi con maggior frequenza, e abbandonando definitivamente ogni remora in proposito, con lo strumento del rinvio pregiudiziale (cfr. ord. n. 117 del 2019). Ciò che potrebbe peraltro di molto circoscrivere, di fatto, le ipotesi di «smentita» successiva da parte dei giudici comuni.

La Corte, in definitiva, dovrà cogliere e coltivare strategicamente le opportunità che essa stessa si è voluta dare. Continuando a dimostrare come il suo obiettivo sia «solo» di arricchire le *chances* di tutela dei diritti fondamentali

(attraverso la certezza che è in grado di garantire il sindacato accentrato di costituzionalità) e di «contribuire, per propria parte», a fornire alla Corte di Giustizia quel materiale interpretativo necessario a leggere le norme della CDFUE «in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»³⁷.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMALFITANO, C. (2019), «Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017», *Osservatorio-sullefonti.it*.
- ANZON, A. (2018), «La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei «controlimiti»», *Forum di Quaderni costituzionali*, pp. 5-6.
- BARBERA, A. (2017), «La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia», *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*.
- BISSARO, S. (2017), «La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità», *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*.
- BRONZINI, G. (2019), «La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?», *Questione-giustizia.it*
- CATALANO, S. (2016), *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, ESI.
- (2019), «Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale», *Federalismi.it*.
- CARTABIA, M. (2014), «La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – . Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Santiago del Compostela» [online]. Disponibile in: www.cortecostituzionale.it
- (2014), «La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale», *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, ESI.
- CERRI, A. (1997), «La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte», *Il Foro italiano*, pp. 2897-2902.

³⁷ Dovendosi intendere questo passaggio della sent. n. 20 del 2019, dunque, come volto a rivendicare un ruolo centrale per la Corte costituzionale nell'indicare a Lussemburgo quali siano le tradizioni costituzionali italiane. Non si tratta, insomma, come taluni hanno ipotizzato, di sovrapporsi al ruolo spettante alla Corte di Giustizia (cui spetta tirare le fila di tutto il materiale proveniente dagli Stati e individuare, dunque, le tradizioni costituzionali «comuni» agli stessi).

- CONTI, R. G. (2017), «La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura», *Forum di Quaderni costituzionali*.
- CORRADO, A. (2019), «Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale», *Federalismi.it*.
- COSENTINO, A. (2018), «Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non maginfiche, né progressive) dell'integrazione europea», *Questione giustizia.it*.
- D'AMICO, M. (2019), «L'Europa dei diritti: tra «aperture» e chiusure», *questo Volume*.
- (2014), «L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa», *Rivista di Biodiritto*, pp. 13-18.
- GALLO, D. (2019), «Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018», *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*.
- GUAZZAROTTI, A. (2018), «L'interpretazione conforme alla Cedu: una mappatura a dieci anni dalle sentenze «gemelle» della Corte costituzionale», *Osservatorio sulle fonti*.
- (2017), «Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017», *Forum di Quaderni costituzionali*.
- GUILLAUME, M. (2011), «Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, pp. 67-90.
- GUIGLIA, G. (2013), «La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale», *Federalismi.it*.
- LEONE, S. (2019), «Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale», *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*.
- LEONE, S., PELLIZZONE, I. (2013), «Cause ed effetti della restituzione degli atti per la sopravvenienza di una sentenza della Corte europea», *Notizie di Politeia*, pp. 102-105.
- LIBERALI, B. (2017), «Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?», *Federalismi.it*.
- LUCIANI, M. (2006), «Costituzionalismo «irenico» e costituzionalismo «polemico», *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1649-1668.
- MALFATTI, E. (2017), «Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la «cornice» (giurisprudenziale europea) non fa il quadro», *Forumcostituzionale.it*.
- MANES, V. (2013), «La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la «dottrina» del «parametro interposto» (art. 117, comma primo, Cost.)», *Diritto penale contemporaneo*.
- MEDICO, F. (2019), «I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?», *Dirittounioneeuropea.eu*.

- MONACO, G. (2018), «Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi», *Forum di Quaderni costituzionali*.
- ROMBOLI, R. (2018), «Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale», *Il Foro italiano*, pp. 2226-2236.
- RUGGERI, A. (2015), «L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi», *Federalismi.it*.
- (2018), «Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?», *Giurcost.org*.
- (2018), «Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile», *Giurcost.org*.
- (2018), «Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)», *Diritticomparati.it*.
- (2019), «La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)», *Consultaonline.it*.
- SCACCIA, G. (2018), «Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017», *Osservatorio costituzionale*.
- TEGA, D., «Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso», *Quaderni costituzionali*, pp. 615-643.
- (2018), «La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei», *Quaderni costituzionali*, pp. 197-201.
- ZANON, N. (2017), «Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico», *Rivista Associazione italiana costituzionalisti*.

LAS SENTENCIAS PILOTO COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN EUROPEA EN MATERIA PENITENCIARIA

SARA TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS*
Universidad de Alcalá

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición y base legal de las sentencias piloto. 3. Finalidad: la dimensión constitucional de las sentencias piloto. 4. Algunas críticas: inseguridad para los demandantes. 5. Las sentencias piloto en el ámbito penitenciario: puntos fuertes y puntos débiles. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

A través de las sentencias piloto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora Tribunal Europeo o Tribunal) impone al Estado condenado la adopción de medidas generales para poner fin a un problema sistémico o estructural. En este tipo de sentencias el Tribunal Europeo no se limita a declarar que se ha producido una vulneración del Convenio y a imponer el pago de una indemnización, sino que da un paso más allá e indica claramente al Estado condenado qué tipo de medidas generales tiene que adoptar para poner fin a la llegada de casos repetitivos.

* Investigadora predoctoral del Programa FPU-MECD.

Ante problemas tan graves y complejos, y que además afectan (o potencialmente pueden afectar) a un elevado número de individuos, el Tribunal pide soluciones drásticas que en la práctica pueden implicar para el país condenado cambios en la jurisprudencia, en las leyes o incluso reformas en la Constitución. El Tribunal Europeo es consciente del gran impacto que pueden tener las sentencias piloto y por lo tanto usa este procedimiento para tratar de conseguir que los Estados miembros alcancen los estándares europeos en algunas materias, que por distintas razones acumulan un mayor número de violaciones del Convenio.

En este trabajo explicaré en qué consisten las sentencias piloto, analizaré cuál es la finalidad de estas sentencias y también sus principales problemáticas. Además, haré especial referencia a las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles, para finalizar con unas breves conclusiones.

2. DEFINICIÓN Y BASE LEGAL DE LAS SENTENCIAS PILOTO

Las sentencias piloto constituyen un procedimiento utilizado por el Tribunal Europeo desde 2004 (año en el que se dictó la primera sentencia piloto, *Broniowski contra Polonia*¹), para enjuiciar los casos repetitivos que se han originado por una misma disfunción a nivel nacional. Este procedimiento consiste en una técnica que identifica los problemas estructurales que subyacen a dichos casos e impone a los Estados la obligación de resolverlos, indicándoles claramente el tipo de medidas correctivas necesarias que han de adoptar.

En otras palabras, a través del procedimiento de las sentencias piloto, el Tribunal Europeo selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que ésta sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos idénticos. En un documento aprobado por el Pleno del Tribunal y presentado al Comité Directivo de Derechos Humanos en el contexto de la redacción del Protocolo 14², el Tribunal describió este procedimiento por primera vez en como «una herramienta procesal para tratar con demandas repetitivas bien fundadas».

El procedimiento de las sentencias piloto fue una creación jurisprudencial del propio Tribunal Europeo, sin base en el Convenio ni en el Reglamento,

¹ *Broniowski contra Polonia*, de 22 de junio de 2004.

² Position Paper of the European Court of Human Rights on proposals for reform of the European Convention on Human Rights and other measures as set out in the report of the Steering Committee for Human Rights of 4 April 2003 [CDDH (2003) 006 Final], CDDH-GDR (2003) 024, de 12 de septiembre de 2003, § 43.

y tuvo que ser la Declaración de Interlaken de 2010 la que provocara la inclusión de este mecanismo en la Regla 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal.

Así pues, los rasgos esenciales de las sentencias piloto se pueden sintetizar en torno a tres ideas clave (Abrisketa Uriarte, 2013):

- Las sentencias piloto son una respuesta a una situación sistémica originada por la legislación estatal o por una práctica administrativa generalizada en el Estado demandado.

- La función de la sentencia piloto no es sólo identificar los defectos de la legislación estatal y/o de la práctica administrativa, sino también requerir al Estado para que adopte medidas generales.

- Las sentencias piloto pueden provocar la suspensión de los procesos asociados a la misma causa.

Además, también es importante señalar que el Tribunal Europeo a través de sus sentencias piloto suele exigir a los Estados condenados la creación de recursos efectivos a nivel interno para reparar o cesar las violaciones alegadas del Convenio. Estos recursos pueden ser de tipo preventivo (para evitar que se produzcan nuevas violaciones) o compensatorios (para reparar los daños ocasionados por la violación).

En este sentido, siguiendo con la terminología de Saavedra, Cano y Hernández (2017, 225), si el Estado crea recursos efectivos a nivel interno, el Tribunal Europeo puede «repatriar» los casos repetitivos a nivel nacional para que sean los tribunales internos los que los resuelvan.

3. FINALIDAD: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS SENTENCIAS PILOTO

A finales de 2018 había aproximadamente 56.350 demandas pendientes ante alguna de las formaciones judiciales del Tribunal Europeo, en cambio, sólo fueron admitidos 525 asuntos, menos de un 1% del total de demandas interpuestas³. Si se tiene en cuenta este dato, no es de extrañar que una parte de la doctrina considere que la razón de ser de la sentencia piloto es pragmática, pues a través de esta técnica se da respuesta a la sobrecarga de trabajo del Tribunal (Abrisketa Uriarte, 2013).

³ Estas estadísticas se pueden consultar en la página web del Consejo de Europa: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>

Además, es importante tener en cuenta dos factores: sólo unos pocos Estados son los responsables de generar un gran número de demandas (Gerards, 2012), y aproximadamente dos tercios de las demandas admitidas son casos repetitivos originados por problemas estructurales (Fyrnys, 2011).

Siguiendo con este razonamiento, el propio Tribunal se habría sentido compelido a reaccionar a través de la adopción de la técnica de las sentencias piloto, al ser consciente de que la ausencia de adopción rápida de medidas generales genera un contencioso repetitivo en Estrasburgo (Lambert Abdelgawad, 2007).

Así pues, una de las principales finalidades de las sentencias piloto consistiría en tratar de evitar que se planteen litigios cuyo origen ya es conocido por el Tribunal Europeo, pues precisamente a través de este procedimiento se advierte el poder del Tribunal de anticiparse a futuras demandas (Abrisketa Uriarte, 2013).

Por otra parte, otros autores consideran que el procedimiento de las sentencias piloto no es sólo una fórmula para reducir el número de demandas ante el Tribunal, sino que es además una forma de hacer emerger la «dimensión constitucional de sus funciones», pues, a través de una única sentencia, el Tribunal no sólo declara que se ha producido una violación del Convenio sino que además «imparte justicia» a un elevado número de personas que sufren (o pueden sufrir) un mismo tipo de problema estructural (Yavuz, 2015).

Según Abrisketa Uriarte (2013, 98) cuando el Tribunal Europeo dicta una sentencia piloto se siente inspirado por la idea de construir un orden público europeo, ya que a través de la imposición de medidas generales actúa como guía para las autoridades nacionales con el objetivo de poner fin a los casos repetitivos que tienen su origen en problemas sistémicos y estructurales.

En este sentido, Gerards (2015, 384) incluso llega a afirmar que el Tribunal Europeo a través de sus sentencias piloto realiza una «función didáctica», pues a través de este mecanismo el Tribunal entra en un diálogo más directo con el Estado condenado para poder aconsejarle de una forma más clara qué tipo de medidas se podrían adoptar en un determinado caso.

La naturaleza puramente declarativa de las sentencias del Tribunal Europeo hace que sea difícil en ciertas ocasiones para los Estados condenados saber qué medidas deben adoptar para cumplir con lo dispuesto en el fallo. Sin embargo, las sentencias piloto pueden facilitar a los Estados condenados la interpretación de las sentencias y la identificación de las acciones que deben llevar a cabo.

En relación con lo anterior, según el mismo autor, uno de los puntos fuertes de las sentencias piloto puede encontrarse en el enfoque amistoso y no

autoritario que emplea el Tribunal Europeo en este tipo de procedimiento. En este sentido, el Tribunal parece hacer uso de las sentencias piloto para persuadir a los Estados, de una forma empática y tolerante, de encontrar soluciones a los problemas estructurales en vez de castigarles reiteradamente por no cumplir con los estándares del Convenio.

En un sistema como el europeo, en el que el Tribunal Europeo no cuenta con mecanismos legales para obligar a los Estados a cumplir con sus sentencias, el hecho de que el Tribunal lleve a cabo un diálogo con el Estado condenado y el hecho de que el Tribunal exprese de una forma clara cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para poner fin al problema estructural puede ser algo muy positivo de cara a mejorar el cumplimiento de los estándares europeos.

Ahora bien, esta nueva tendencia del Tribunal Europeo no quedaría exenta de problemas, así, por ejemplo, Queralt Jiménez (2018, 396) habla de la tensión existente entre las funciones del Tribunal: por una parte, fijar los estándares en materia de derechos y libertades y, por otra parte, analizar caso a caso para garantizar la tutela individual de los derechos. Según la autora, la función tuitiva ha sido siempre identificada como el objetivo central del sistema europeo, sin embargo, actualmente cabría identificar una tendencia creciente en el propio Tribunal hacia la priorización de la función armonizadora.

Otra cuestión que preocupa tanto a la doctrina como a los Estados miembros es que el Tribunal Europeo, a través de la adopción de las sentencias piloto, se aleje de las funciones encomendadas en el Convenio y se inmiscuya en exceso en los ordenamientos internos de los Estados condenados (Abrisketa Uriarte, 2013).

Así, por ejemplo, en el asunto de la *Gran Sala Hutten-Czapska contra Polonia*, de 19 de junio de 2006, el juez Zagrebelsky, se mostró inquieto ante el hecho de que la técnica de la sentencia piloto pueda romper el equilibrio entre el Tribunal Europeo y el Comité de Ministros, y aquello pueda provocar un equivocado desplazamiento del Tribunal hacia el terreno político.

Las sentencias piloto son un ejemplo de la interacción que existe actualmente entre el Tribunal Europeo y el Comité de Ministros (García Roca, 2018). Sin embargo, el Tribunal Europeo no ha aprovechado el procedimiento piloto para atribuirse la supervisión de la ejecución de sus sentencias (Queralt Jiménez, 2018).

De hecho, el propio Tribunal sigue insistiendo en que las sentencias piloto no alteran la competencia del Comité de Ministros que, a través de los procedimientos de supervisión adecuados, es el órgano encargado de verificar que el Gobierno adopte las medidas establecidas por el Tribunal.

4. ALGUNAS CRÍTICAS: INSEGURIDAD PARA LOS DEMANDANTES

Algunos autores defienden la idea de que un buen uso de las sentencias piloto puede ayudar al Tribunal Europeo a impartir una «mejor justicia», porque a través de estas sentencias las violaciones de los derechos humanos se pueden resolver de una forma más rápida para más personas, y porque gracias a ellas se establecen remedios preventivos con el fin de que las violaciones no vuelvan a repetirse (Leach, 2010). Sin embargo, muchos otros critican duramente este procedimiento.

Una de las críticas más recurrentes con relación al procedimiento de las sentencias piloto es la falta de definición clara de lo que se entiende por sentencia piloto. Quince años después de que se haya dictado la primera sentencia piloto sigue siendo bastante difícil identificar en qué se diferencia este tipo de sentencias de otros procedimientos similares que también buscan poner fin a problemas estructurales.

En este sentido, es importante señalar que las sentencias piloto en sentido estricto son sólo aquellas sentencias en las que el Tribunal Europeo aplica de forma expresa el procedimiento, indica que se ha producido un problema estructural e impone la adopción de medidas generales en la parte operativa de la sentencia (Leach, 2010).

En las sentencias cuasi piloto el Tribunal Europeo también aplica el artículo 46 del Convenio para tratar de poner fin a un problema estructural, sin embargo, en estas sentencias no se hace mención expresa al procedimiento de las sentencias piloto y el Tribunal tampoco establece en la parte operativa de la sentencia las medidas generales ni el plazo que el Estado condenado tiene para poner fin al problema estructural (Czepek, 2018).

En cualquier caso, dejando de lado la terminología, el Tribunal Europeo sigue sin aclarar por qué un determinado caso debe ser enjuiciado a través del procedimiento de las sentencias piloto y también sigue sin aclarar por qué se aplica este tipo procedimiento en ciertas ocasiones y no en otras. A esto se añade el hecho de que el procedimiento de las sentencias piloto ha sido aplicado de forma diferente en casos de distinta naturaleza (Björfeldt, 2013).

A modo de ejemplo, basta con decir, que el criterio del número de asuntos repetitivos pendientes, criterio que el Tribunal había aplicado en sus primeras sentencias piloto –y que en un principio parecía ser uno de los criterios esenciales–, se ha convertido ahora en secundario, incluso insignificante, pues el Tribunal otorga en la práctica más importancia al hecho de que otros asuntos que planteen el mismo problema general puedan potencialmente llegar a Estrasburgo.

En otras palabras, para que una situación sea calificada de sistemática y justifique la aplicación del procedimiento de la sentencia piloto, no se requiere

necesariamente que un número determinado de demandas similares esté pendiente. Cuando se trata de violaciones sistemáticas o estructurales, el flujo de asuntos susceptibles de ser denunciados en el futuro ante el Tribunal Europeo, es también un elemento importante (Lambert Abdelgawad, 2007).

A este respecto, el mismo Tribunal de Estrasburgo ha declarado que no todos los casos repetitivos conllevarán un procedimiento bajo la forma de una sentencia piloto, del mismo modo que no toda sentencia piloto conllevará la suspensión de la tramitación de las demandas repetitivas ya interpuestas y que basan la violación del Convenio en el mismo problema estructural que la sentencia piloto.

Además, también se ha criticado el hecho de que el Tribunal Europeo no explique en sus sentencias piloto por qué elige un determinado plazo –y no otro– para que los Estados condenados cumplan con lo establecido en el fallo. Esta es una cuestión relevante, principalmente por dos motivos, en primer lugar, porque los países no suelen cumplir con el plazo y, en segundo lugar, porque el Tribunal Europeo en ciertos casos aplaza el límite de tiempo, lo que a su vez es un problema porque da la sensación de que el propio Tribunal no calcula correctamente el tiempo y además impone plazos arbitrarios (Glas, 2016).

Otra de las críticas recurrentes que ha recibido el procedimiento de las sentencias piloto es la falta de representación de todos los intereses en juego. Ello se debe principalmente a la dificultad de discernir entre la infracción general, por un lado, y su impacto en el individuo particularmente considerado, por otro lado, ya que la infracción siempre tiene múltiples dimensiones y es muy difícil garantizar que todos los intereses en juego son tenidos en cuenta (Abrisketa Uriarte, 2013).

En este sentido, recientemente, la doctrina ha tratado de explicar qué tipo de problemas estructurales serían adecuados para ser enjuiciados a través del procedimiento de las sentencias piloto, prestando especial atención al tipo de violación que se ha producido y al grupo de personas que se han visto afectado por la misma.

En cuanto al tipo de violación, algunos autores consideran que las sentencias piloto no se deberían aplicar en aquellos casos en los que se ha violado alguno de los derechos especialmente protegidos, porque en estos casos la necesidad de reparar el daño sufrido por el individuo es mayor que la necesidad de poner fin a un problema estructural y además porque es esencial que el Tribunal Europeo responda de forma contundente a las violaciones graves del Convenio (Björfeldt, 2013).

En cuanto a las víctimas de la violación, la doctrina ha distinguido dos tipos de supuestos: aquellos en los que un grupo determinado de personas ha visto vulnerado sus derechos o aquellos en el que existe un problema endémi-

co –como por ejemplo un sistema judicial ineficiente– que afecta a un gran número de personas que no es fácilmente identificable.

Algunos autores consideran que el procedimiento de las sentencias piloto sólo debería aplicarse cuando el problema estructural afecta a un grupo determinado y específico de personas, es decir en el primer supuesto, porque en esos casos es más fácil para el Tribunal identificar las medidas que los Estados deben adoptar y asimismo es más fácil para el Comité de Ministros hacer un seguimiento sobre el cumplimiento de las mismas (Sainati, 2015).

Por último, otra de las críticas que de forma recurrente ha recibido el procedimiento de las sentencias piloto es que puede crear inseguridad al demandante si el Tribunal Europeo decide suspender el enjuiciamiento de los casos repetitivos a la espera de que el Estado condenado adopte las medidas señaladas en Estrasburgo.

Además, esta situación se complica aún más si el Tribunal exige al Estado condenado la creación de recursos efectivos a nivel internos, es decir, si se produce la «repatriación» de la demanda. En este caso, los demandantes en Estrasburgo deben utilizar retroactivamente los recursos efectivos que se generen en cumplimiento de la decisión europea (Queralt Jiménez, 2018).

Aquí el problema se encuentra en que la eficacia de los nuevos recursos internos no ha sido probada en la práctica, por lo que en el peor de los casos el individuo se puede ver obligado a recurrir de nuevo a Estrasburgo. En este supuesto la duración del proceso se dilataría de forma considerable (Abrisketa Uriarte, 2013).

5. LAS SENTENCIAS PILOTO SOBRE EL ESTADO DE LAS CÁRCELES: PUNTOS FUERTES Y PUNTOS DÉBILES

Siguiendo las estadísticas SPACE⁴, en 2016 trece de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa tenían más presos que plazas disponibles, por lo que muchos Estados miembros incumplen los estándares del Consejo de Europa con relación al espacio mínimo que los reclusos deben tener a su disposición (Aebi, Tiago y Burkhardt, 2016). En este sentido, no es de extrañar que el estado de las cárceles, y más específicamente el hacinamiento carcelario, haya sido una de las cuestiones sobre las que más sentencias piloto se han dictado.

⁴ Las estadísticas SPACE (*Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe*), incluyen dos proyectos relacionados en los que colabora la Universidad de Lausana. SPACE I proporciona datos sobre el encarcelamiento y las instituciones penitenciarias de los Estados miembros del Consejo de Europa. SPACE II proporciona información sobre las penas y medidas alternativas a la pena de prisión. Los datos se recopilan mediante dos cuestionarios enviados cada año a las administraciones penitenciarias de los Estados miembros.

Hasta el momento se han dictado seis sentencias piloto sobre el estado de las cárceles⁵: *STEDH Ananyev contra Rusia*, de 10 de enero de 2012, *o Torregiani contra Italia*, de 8 de enero de 2013, *Neshkov y otros contra Bulgaria*, de 27 de enero de 2015, *Varga y otros contra Hungría*, de 10 de marzo de 2015, *W. D. contra Bélgica*, de 6 de septiembre de 2016 y *Rezmives y otros contra Rumanía*, de 25 de abril de 2017.

En los casos contra Rusia, Italia, Bulgaria, Hungría y Rumanía el problema estructural principal es el hacinamiento carcelario, en el caso de Bélgica el problema estructural principal es la continua reclusión de presos con trastornos mentales en las unidades psiquiátricas penitenciarias sin un tratamiento médico adecuado.

En todos estos casos el Tribunal Europeo ha declarado que se ha producido una violación estructural del artículo 3 del Convenio (en el que se prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes), por lo que todas estas sentencias piloto se han dictado con relación a uno de los artículos especialmente protegidos por el Convenio.

Uno de los puntos fuertes de las sentencias piloto sobre el hacinamiento carcelario es que el Tribunal Europeo a través de su aplicación ha conseguido marcar unos estándares muy claros. En todas estas sentencias el Tribunal se apoya en los informes del Comité para la Prevención de la Tortura y en las resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (como la Recomendación (99) 22 relativa a la sobrepoblación y al incremento de la población reclusa o la Recomendación (2006) 13 sobre el recurso a la prisión preventiva, entre otras).

Además, en todas estas sentencias el Tribunal Europeo llega a las mismas conclusiones: la construcción de nuevos centros penitenciarios no es la solución para el hacinamiento carcelario. Las medidas básicas que los Estados condenados tienen que adoptar para poner fin al problema del hacinamiento carcelario son el mayor uso de las penas alternativas a la prisión y el menor uso de la prisión preventiva.

Otro punto fuerte es que el Tribunal suele hacer referencia a las sentencias piloto que ya ha dictado con anterioridad cuando dicta una nueva sentencia sobre el hacinamiento carcelario, por lo que en este ámbito se podría hablar de una especie de efecto de cosa interpretada (Queralt Jiménez, 2007, 230). Esto es especialmente interesante si se tiene en cuenta que actualmente muchos países del

⁵ El Consejo de Europa ha publicado en su página web un documento sobre las sentencias piloto más importantes que se han dictado hasta el momento: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf

Consejo de Europa sufren problemas de hacinamiento carcelario, por lo que en un futuro el Tribunal Europeo podría dictar más sentencias piloto de este tipo.

Por otra parte, los puntos débiles de las sentencias piloto sobre el hacinamiento carcelario son en general los mismos que para el resto de sentencias piloto: no queda claro por qué el Tribunal aplica estas sentencias en determinadas ocasiones y no en otras y a veces estas sentencias generan una cierta inseguridad para los demandantes.

En cuanto a la primera cuestión, hay que señalar que a la hora de dictar algunas de estas sentencias piloto, el Tribunal Europeo ha tenido más en cuenta el hecho de que el problema estructural planteado pudiera acumular un gran número de casos repetitivos que el número de casos pendientes en el momento de dictar la sentencia. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo dictó la sentencia piloto *Neshkov y otros contra Bulgaria* cuando «sólo» había cuarenta casos repetitivos pendientes de resolución por hechos similares.

Un claro ejemplo de cómo el Tribunal puede prever la acumulación de recursos con relación a una determinada cuestión se puede apreciar en el caso *Varga y otros contra Hungría*. En este caso el Tribunal dictó esta sentencia cuando «solo» se habían acumulado cuatrocientos cincuenta casos repetitivos, sin embargo, un año después los casos pendientes eran casi siete mil.

Aunque todas las sentencias piloto sobre el hacinamiento carcelario son muy similares, el Tribunal Europeo en algunos casos (por ejemplo, *Ananyev contra Rusia*) decide continuar con la tramitación de demandas repetitivas, mientras en otros casos casi idénticos (por ejemplo, *Torreggiani contra Italia*) el Tribunal, sorprendentemente, decide suspender la tramitación de demandas repetitivas hasta que el gobierno adopte todas las medidas necesarias para poner fin al problema estructural.

También los plazos que el Tribunal impone en unas sentencias y en otras son diferentes. Por ejemplo, en el caso *Ananyev* el Tribunal da al gobierno ruso un plazo de tan solo seis meses para poner fin al problema estructural, mientras que en el caso *Neshkov* el Tribunal da al gobierno búlgaro un plazo de un año y medio.

En todas las sentencias piloto relativas al estado de las cárceles el Tribunal ha impuesto a los Estados la adopción de remedios preventivos y compensatorios para poner fin al problema estructural. Ahora bien, la «repatriación» de la demanda por parte de los Estados condenados en muchas ocasiones no es nada fácil, entre otras cosas porque depende de la voluntad que tengan los Estados de colaborar, y ello puede crear cierta inseguridad a los demandantes.

Así, por ejemplo, el Estado ruso como repuesta la sentencia *Ananyev* introdujo como remedio compensatorio interno una nueva vía procesal a través del Código Procesal Administrativo. Aparentemente, dicha medida era positi-

va y sin duda más adecuada para combatir el problema de las condiciones de reclusión que la vía inicial prevista en el Código Procesal Civil. Sin embargo, de las cuatro mil cuatrocientas demandas presentadas a través de este nuevo procedimiento, sólo se admitieron unas mil.

Según la ONG *Public Verdict Foundation*⁶, ello se debe a que el nuevo procedimiento es demasiado gravoso para los demandantes, pues en la práctica son los propios demandantes los que deben demostrar que se ha producido un incumplimiento por parte de las autoridades responsables y además tienen que iniciar dos procedimientos judiciales. A todo ello se añade el problema de que los demandantes sólo tienen un plazo de tres meses para interponer la demanda y además tienen que hacerlo representados por un abogado.

En la misma línea, un ejemplo de como en las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles pueden en algunos casos resultar insuficientes a la hora de representar todos los intereses en juego, lo encontramos en el caso *Torreggiani* con relación a la creación de un remedio compensatorio a nivel interno por parte del gobierno italiano (Urban, 2017).

En concreto, el gobierno italiano, tras la sentencia *Torreggiani*, introdujo un precepto (artículo 35 *ter* en relación al artículo 69.6.b de la Ley Penitenciaria) en el que, siguiendo una interpretación literal, se establecía que sólo podían interponer un recurso aquellos individuos que estuvieran sufriendo un perjuicio grave y actual, por lo que aquellos reclusos que habían sido trasladados a otras cárceles o a otras celdas más grandes, y que por lo tanto ya no se encontraban en condiciones contrarias a las establecidas por el 3 del Convenio, quedaban excluidos de la posibilidad de interponer este recurso.

6. CONCLUSIONES

1. Las sentencias piloto tienen una doble finalidad: por una parte, dar respuesta a la sobrecarga de trabajo del Tribunal Europeo y, por otra parte, hacer emerger su «dimensión constitucional».

2. Las sentencias piloto pueden ser un instrumento eficaz a la hora de mejorar el cumplimiento de los estándares europeos, gracias a (entre otros factores) el enfoque amistoso y no autoritario que emplea el Tribunal Europeo en este procedimiento.

⁶ 1294th meeting (September 2017) (DH) - Rule 9.2 Communication from a NGO (26_05_2017) in the cases of Kalashnikov and Ananyev and others v. Russian Federation.

3. La protección individual de los derechos humanos corre el riesgo de quedar «difuminada» en este tipo de procedimiento en el que el Tribunal Europeo se enfoca más bien en el interés general del orden público europeo. También existe el riesgo de que el Tribunal se extralimite de sus funciones si se inmiscuye en exceso en los ordenamientos internos de los Estados condenados.

4. El Tribunal Europeo debería definir de una forma más clara qué es una sentencia piloto y en qué se diferencia del resto de mecanismos procesales que también sirven para poner fin a los problemas estructurales.

5. El Tribunal Europeo debería aclarar por qué aplica el procedimiento de las sentencias piloto en determinados casos y no en otros. Además, debería tener unos estándares más definidos en cuanto al plazo que impone en este tipo de sentencias y sobre la posible suspensión de casos repetitivos.

6. Hasta el momento se han dictado seis sentencias piloto sobre el estado de las cárceles. El problema estructural principal de cinco de estas sentencias es el hacinamiento carcelario. En todos estos casos el Tribunal Europeo ha declarado que se ha producido una violación estructural del artículo 3 del Convenio (en el que se prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes).

7. Actualmente muchos países del Consejo de Europa sufren problemas de hacinamiento carcelario. A Estrasburgo siguen llegando una gran cantidad de demandas con relación a las condiciones de reclusión por lo que en un futuro el Tribunal Europeo podría dictar más sentencias piloto de este tipo.

8. Las sentencias piloto sobre el estado de las cárceles son útiles a la hora de crear unos estándares europeos en materia penitenciaria, en especial, con relación al hacinamiento carcelario. En todas estas sentencias el Tribunal se apoya en las resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa y en los informes del Comité para la Prevención de la Tortura e impone a los Estados la adopción del mismo tipo de medidas generales.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AEBI, M. F., TIAGO, M. M. & BURKHARDT, C. (2016), *SPACE I-Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2015*, Strasbourg: Council of Europe.

ABRISKETA URIARTE J. (2013), «Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de juez a legislador», *Revista Española de Derecho Internacional*, LXV/1, pp. 73-99.

BJÖRFELDT D. (2013), *Pilot Judgments at the ECHR – Altered Prospects for Individual Justice?*, Tesis de Grado dirigida por Alejandro Fuentes, Lund University, Faculty of Law.

- CZEPEK J. (2018), «The Application of the Pilot Judgment Procedure and Other Forms of Handling Large-Scale Dysfunctions in the Case Law of the European Court of Human Rights», *International Community Law Review*, 20(3-4), pp. 352 y ss.
- FYRNYNS M. (2011), «Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights», *German Law Journal*, 12(5), pp. 1231 y ss.
- GARCÍA ROCA J. (2018), «La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 28.
- GLAS L. R. (2016), «The functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in practice», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 34/1, pp. 41 y ss.
- GERARDS J. (2012), «The pilot judgment procedure before the European Court of Human Rights as an instrument for dialogue», CLAES, M. ET AL. (eds.), *Constitutional Conversation in Europe – Actors, Topics and Procedures*, Cambridge: Intersentia.
- LAMBERT ABDELGAWAD E. (2007), «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: Una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo», *Revista de Derecho Político*, 69, pp. 355-383.
- LEACH P. (2010), «Resolving Systemic Human Rights Violations –Assessing the European Court’s Pilot Judgment Procedure», LEACH P. ET AL., *Responding to systemic human rights violations An Analysis of ‘Pilot Judgments’ of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Oxford – Portland: Intersentia Antwerp.
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2018), «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 395-424.
- (2007), «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, pp. 435-470.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, P.; CANO PALOMARES, G.; HERNÁNDEZ RAMOS, M. (2017), «Reparación y supervisión de sentencias», GARCÍA ROCA, J.; CARMONA CUENCA, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Cizur Menor: Aranzadi.
- SAINATI S. (2015), «Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights», *Harvard International Law Journal*, 56(1), pp. 147-205.
- URBAN, F. (2017), «Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia», *Rivista di Diritti Comparati*, 3, pp. 392 y ss.
- YAVUZ M. (2015), «The pilot judgment procedure: a breakthrough to overcome the workload of the European Court of Human Rights?», *Human Rights Review*, Year:5, Issue:10, pp. 99 y ss.

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ART. 8 CEDH): EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA EN DIÁLOGO CON EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

LARA REDONDO SACEDA*
Universidad de Alcalá

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH): entre el dinamismo y la indeterminación. 3. El derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) como parte del derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH): la interpretación del Tribunal Constitucional español. 4. El impacto de la doctrina del TEDH sobre el derecho al respeto de la vida familiar en el ordenamiento jurídico italiano. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950, en adelante CEDH) reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida familiar. Un derecho que, por su redacción y contenido imprecisos, parece haber permitido un desa-

* Investigadora predoctoral del Programa FPU-MECD.

rollo constructivo de la función interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

En contraste, las Constituciones española e italiana carecen de un reconocimiento de la vida familiar como derecho fundamental. Una carencia que invita a preguntarse cómo el Tribunal Constitucional español y la Corte constitucional italiana han construido mecanismos de interpretación y apertura que permitan un diálogo con el Tribunal de Estrasburgo en relación con este derecho.

En este contexto, el objetivo esta comunicación es acercarse a esos mecanismos de interpretación y a los límites que, tanto el Tribunal Constitucional español como la Corte constitucional italiana, han definido para la integración de la doctrina convencional en su jurisprudencia. Para ello, se analizará, de una parte, la construcción y el contenido del derecho al respeto de la vida familiar por parte del Tribunal de Estrasburgo. Y, de otra parte, cómo se ha desarrollado la relación de diálogo entre el Tribunal Constitucional español y la Corte constitucional italiana con el TEDH en el marco de este derecho.

2. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ART. 8 CEDH): ENTRE EL DINAMISMO Y LA INDETERMINACIÓN

Recogido en el primer párrafo del artículo 8 del CEDH¹, el derecho al respeto de la vida familiar parece caracterizarse por la indefinición normativa, la extensión de su contenido y el dinamismo en su interpretación (Sudre, 2002; Sales i Jardí, 2015; Almeida, 2015; Draghici, 2017). Por un lado, la convivencia normativa con el derecho al respeto de la vida privada –«toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar»– invita a preguntarse si el respeto a la vida familiar constituye un derecho autónomo, con un contenido propio y diferenciable de aquel. A este respecto, Sudre (2002, 11) apunta a cómo la indeterminada formulación de este artículo se une a la imprecisión de la noción «vida familiar», de manera que las dificultades de su interpretación se incrementan, favoreciendo con ello la función interpretativa del juez convencional.

Por otro lado, estas dificultades parecen multiplicarse con el propio desarrollo de esa función interpretativa. Así, a diferencia de otros derechos, cuando

¹ Artículo 8 CEDH: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

el TEDH interpreta el derecho al respeto de la vida familiar no es posible encontrar una definición de su objeto, supuestos o situaciones que integrarían su ámbito de protección², sino que utiliza una dinámica *case by case* (Roagna, 2012, 10), decidiendo si un caso concreto está protegido, o no, por este derecho. Esta dinámica parece dar lugar a una cierta sensación de incertidumbre o, incluso, inseguridad para el justiciable, puesto que, a falta de precedente, el Tribunal decidirá en cada caso particular³. Pero, al mismo tiempo, la inexistencia de una definición concreta puede entenderse también como una herramienta favorable y útil para ampliar la protección de este derecho. Así, al carecer de una definición específica, las posibilidades de expansión del contenido del derecho al respeto de la vida familiar se multiplican, permitiendo una mejor adaptación a los cambios sociales y culturales de un continente europeo caracterizado por la diversidad y la heterogeneidad (Almeida, 2015).

En este contexto, aunque, como se ha intentado poner de manifiesto, encontramos dificultades evidentes para matizar el objeto de protección de este derecho, el TEDH parece haber delimitado un contenido propio para el derecho al respeto de la vida familiar –autónomo y diferenciado del derecho al respeto de la vida privada– a partir de la exigencia de un requisito previo de aplicabilidad: la existencia de una familia⁴ y de una vida familiar. Esto es, ante una demanda que invoca la protección de este derecho, el TEDH comprueba que, efectivamente, existe una familia que desarrolla una vida familiar que proteger⁵. Esto parece generar una dificultad añadida: ¿qué entiende el TEDH por familia y por vida familiar?

El Tribunal ha afirmado que la vida familiar es un concepto autónomo que se constituye como una cuestión puramente fáctica y dependiente de la existencia real en la práctica de unos lazos personales, cercanos y estrechos⁶. No existe, por tanto, una definición concreta de vida familiar, sino que, de nuevo, *case by*

² Más allá de afirmar que este derecho protege al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas (Asunto Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, STEDH de 23 de julio de 1968, §7).

³ MEULDERS-KLEIN (1992, 770) entiende que esta incertidumbre tiene su origen en la propia redacción confusa del artículo 8 CEDH, reforzándose con la interpretación evolutiva que el TEDH hace de este derecho.

⁴ «*By guaranteeing the right to respect for family life, Article 8 (art. 8) presupposes the existence of a family*» (Asunto Marxcx c. Bélgica, STEDH de 13 de junio de 1979, §31)

⁵ Es necesario apuntar que, en el caso de que se determine que en una relación no existe vida familiar, ciertos vínculos pueden quedar protegidos igualmente por el artículo 8 CEDH en la vertiente del derecho a la vida privada (Asunto Znamenskaya c. Rusia, STEDH de 2 de junio de 2005, §27).

⁶ «*The question of existence or non-existence of «family life» is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties*» (entre otros, Asunto K. y T. c. Finlandia, STEDH de 12 de julio de 2001, §150).

case el TEDH determinará, conforme a las circunstancias particulares, si la situación que se presenta implica la existencia de una vida familiar⁷.

Lo mismo ocurre con la noción de familia construida por el TEDH: no es posible encontrar una definición concreta de familia, sino que el Tribunal decide *case by case* si la relación que se presenta es o no constitutiva de familia. Así, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el artículo 8 CEDH, en consonancia con el principio de igualdad del artículo 14 CEDH, no distingue entre familias *de iure* y familias *de facto*⁸, sino que bajo su protección se incluye cualquier relación en la que se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares, aunque se aleje de los parámetros tradicionales de la familia matrimonial (Santolaya, 2014, 438). Por tanto, el TEDH ha entendido que no existe una definición de familia, sino que la misma responde a criterios históricos, sociológicos y legales⁹, dando lugar a lo que Draghici (2017, 26-30) ha entendido como una noción elástica de familia que permite al Tribunal adaptarse a esa realidad europea evolutiva¹⁰.

Todo esto permite hablar de una interpretación dinámica y constructiva del derecho al respeto de la vida familiar por parte del TEDH (Almeida, 2015, 77; Draghici, 2017, 1; Sales i Jardí, 2015, 19-40). Una interpretación que ha permitido la integración diversa y evolutiva de contenidos en el ámbito de protección de este derecho y que abarca las siguientes cuestiones: relaciones de pareja no matrimoniales¹¹, derechos familiares de los menores de edad¹², relaciones paterno-filiares¹³ y otras relaciones familiares¹⁴, la protección de la vida familiar de los internos penitenciarios¹⁵ y de los extranjeros¹⁶. Asimismo, en conexión con el derecho a la vida privada¹⁷, el TEDH ha estirado aún más la protección de la vida familiar en relación con la protección del medio ambiente¹⁸, las cuestiones relativas a enterra-

⁷ A este respecto, BOULANGER (2001, 204) ha apuntado que la vida familiar es una relación que se «vive», más preocupada por el tejido emocional o afectivo de la relación que por las categorías jurídicas.

⁸ Asunto Marckx c. Bélgica, STEDH de 13 de junio de 1979, §31.

⁹ Asunto Mazurek c. Francia, STEDH de 1 de febrero de 2000, §52.

¹⁰ SUDRE (2002, 17-26) alude a esta misma cuestión entendiendo que la indefinición normativa del artículo 8 CEDH, unida a la evolución y mutación de las familias en Europa generan un movimiento de dilatación de la noción de familia y del derecho a la vida familiar por parte del TEDH.

¹¹ Asuntos Johnston c. Irlanda, STEDH de 19 de diciembre de 1986; Schalk c. Austria, STEDH de 24 de junio de 2010.

¹² Asuntos Clemeno y otros c. Italia, STEDH de 21 de octubre de 2008; Johansen c. Noruega, STEDH de 7 de agosto de 1996

¹³ Asuntos Keegan c. Irlanda, STEDH de 26 de mayo de 1994; Kroon y otros c. Países Bajos, STEDH de 27 de octubre de 1994.

¹⁴ Asunto Marckx c. Bélgica, STEDH de 13 de junio de 1979

¹⁵ Asunto Messina c. Italia, STEDH de 28 de septiembre de 2000.

¹⁶ Asunto Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido, STEDH de 28 de mayo de 1985.

¹⁷ SUDRE (2002, 27-29) habla de un concepto «nido» en el cual el derecho a la vida privada se extiende más allá de la esfera individual, abarcando la esfera social en conjunción a la vida familiar.

¹⁸ Asuntos López Ostra c. España, STEDH de 9 de diciembre de 1994; Guerra y otros c. Italia, STEDH de 19 de febrero de 1998; Moreno Gómez c. España, STEDH de 1 de noviembre de 2004.

mientos¹⁹, los derechos reproductivos²⁰, la protección de las minorías y el derecho a la vivienda²¹, el derecho al nombre y a la identidad²², los controles anti-dopaje²³ y la protección de los datos personales²⁴.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR (ART. 18.1 CE) COMO PARTE DEL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ART. 8 CEDH): LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En contraste con la interpretación dilatada y dinámica del TEDH en relación con el derecho convencional al respeto de la vida familiar, el Tribunal Constitucional español ha realizado una interpretación mucho más restringida del derecho a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18.1 CE²⁵. Así, el TC ha entendido que este derecho, vinculado a la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona, es una dimensión adicional del derecho a la intimidad personal (Santolaya, 2014, 437) que «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana»²⁶ y que tiene una cierta proyección familiar derivada de entender que este derecho incluye las vinculaciones y relaciones familiares estrechas²⁷.

Por tanto, la interpretación del Tribunal Constitucional no entiende la intimidad familiar como un derecho con una entidad propia y diferenciada del derecho a la intimidad personal²⁸, sino que simplemente añade la posibilidad de que determinados eventos o sucesos derivados de las relaciones

¹⁹ Asuntos Lozovye c. Rusia, STEDH de 2 de junio de 2005; Panullo y Forte c. Francia, STEDH de 30 de octubre de 2001.

²⁰ Asunto SH y otros c. Austria, STEDH de 3 de noviembre de 2011.

²¹ Asuntos Chapman c. Reino Unido, STEDH de 2001; Connors c. Reino Unido, STEDH de 27 de mayo de 2004.

²² Asuntos Kismoun c. Francia y Bulghartz c. Suiza, STEDH de 22 de febrero de 2002.

²³ Asunto Federación Nacional de Asociaciones y Sindicatos de Deportistas y otros c. Francia, STEDH de 18 de enero de 2018.

²⁴ Asuntos Leander c. Suecia, STEDH de 23 de marzo de 1987; Rotaru c. Rumania, STEDH de 4 de mayo de 2000.

²⁵ Artículo 18 CE: 1. Se garantiza el derecho [...] a la intimidad personal y familiar [...].

²⁶ Entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3 y 119/2001, de 29 de mayo, FJ 5.

²⁷ STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3.

²⁸ Por ello, MIERES MIERES (2002, 38-40) entiende que el Tribunal Constitucional ha optado por una interpretación informacional de la intimidad familiar que implica que este derecho se adiciona, y no limita, al derecho a la intimidad personal.

familiares pueden tener trascendencia para el individuo y, con ello, afectar al propio derecho a la intimidad²⁹.

En otro orden, la recepción de la doctrina del TEDH por parte del Tribunal Constitucional se realiza sobre la base de la cláusula interpretativa y de apertura que contiene el artículo 10.2 CE³⁰. De acuerdo con Saiz Arnaiz (1999, 156), esta previsión constitucional permite asumir el efecto de «cosa interpretada» de las sentencias del TEDH³¹ en el marco de la Constitución. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido que, sobre la base de este artículo 10.2 CE, la doctrina del TEDH debe servir como criterio y medio de interpretación para configurar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales³².

Ahora bien, a pesar de que esta cláusula no es de aplicación optativa sino que se constituye como una verdadera obligación-jurídico constitucional³³, el Tribunal Constitucional ha establecido que la misma no puede suponer una traslación automática o mimética de los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo³⁴.

Esto implica que, en el ámbito de aplicación del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE y la interpretación del TEDH sobre el derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8 CEDH, el Tribunal Constitucional solo asume la interpretación convencional en la medida en que tenga cabida dentro del contenido constitucional explícito del artículo 18.1 CE que él mismo ha delimitado³⁵.

En este contexto, la relación de diálogo entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el derecho al respeto de la vida familiar se ha desarrollado en relación con tres ámbitos diferenciados –protección frente al ruido, vida familiar de los extranjeros y vida familiar y enterramientos– y con consecuencias distintas sobre la incorporación de la doctrina convencional en la materia.

En el ámbito de la protección de la vida familiar frente a los ruidos, es posible entender que la condena a España en el Asunto López Ostra (STEDH de 9 de diciembre de 1994) marca un punto de inflexión en este ámbi-

²⁹ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 4 y 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3.

³⁰ Artículo 10 CE: [...] 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

³¹ A este respecto, LÓPEZ GUERRA (2013, 140) y QUERALT JIMÉNEZ (2009).

³² SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8 y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6.

³³ A este respecto: SAIZ ARNAIZ (1999, 205 y ss.; 2008, 201 y ss.), SANTOLAYA (2013, 449) y STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

³⁴ SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6 y 16/2004, de 23 de febrero, FJ 3.

³⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11.

to³⁶. Cuando Gregoria López Ostra, tras agotar la vía judicial ordinaria, interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, este inadmite el mismo mediante providencia al entender que la demanda carece manifiestamente de contenido de relevancia constitucional (antiguo art. 50.1.c) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) y que entender que la invasión de olores, ruidos y humos generados por una planta depuradora podría dañar el artículo 18 CE implicaría una desnaturalización del contenido del derecho³⁷. Pero la condena a España por parte del TEDH en 1994 y el desarrollo doctrinal convencional sobre la protección del artículo 8 CEDH frente a intromisiones derivadas de la contaminación medioambiental³⁸, lleva al Tribunal Constitucional a expandir el contenido del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE³⁹.

En la STC 119/2001, de 29 de mayo, el Tribunal, tomando como base la doctrina del TEDH en los Asuntos López Ostra c. España y Guerra c. Italia, entiende que dentro del objeto de protección del derecho a la intimidad personal y familiar existe un ámbito específico, la «intimidad domiciliaria», que permite asumir que el domicilio es el lugar donde los individuos desarrollan el ejercicio de su libertad más íntima⁴⁰. Esto permite que el Tribunal asuma, en cierta medida, la doctrina del TEDH y entienda que la exposición prolongada a un determinado nivel de ruido pueda entrar en el ámbito de protección del derecho a la intimidad personal y familiar⁴¹.

Sin embargo, la integración de esta doctrina convencional ha resultado ser incompleta. A pesar de la ampliación del objeto de protección del artículo 18.1 CE, la STC 119/2001 deniega el amparo al entender que la acreditación probatoria de la demandante en amparo era insuficiente para comprobar que el nivel de ruidos existente en el interior de su vivienda era lesivo del derecho a la intimidad personal y familiar⁴². Esto da lugar a una segunda condena a España en el Asunto Moreno Gómez (STEDH de 16 de noviembre de 2004), donde el TEDH afirma que tal exigencia probatoria es excesivamente formalista⁴³. A pesar de ello, España continúa siendo con-

³⁶ Antes de esto, el Tribunal Constitucional se había pronunciado sobre esta cuestión en el ATC 1110/1987, de 13 de octubre. A este respecto: MARTÍN-RETORTILLO (1988).

³⁷ Para un análisis profundo del Asunto López c. España ver: CASINO RUBIO (2013).

³⁸ Asunto Guerra y otros c. Italia, STEDH de 19 de febrero de 1998.

³⁹ Sobre este particular: PULIDO QUECEDO (2001).

⁴⁰ STC 119/2001, FJ 6.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² STC 119/2011, FJ 7.

⁴³ «Consequently, there appears to be no need to require a person from an acoustically saturated zone such as the one in which the applicant lives to adduce evidence of a fact of which the municipal

denada por el TEDH en esta materia: el 18 de enero de 2018, en el Asunto Cuenca Zarzoso c. España, el Tribunal de Estrasburgo vuelve a declarar la vulneración del artículo 8 CEDH después de que el Tribunal Constitucional denegara el amparo en la STC 150/2011, de 29 de septiembre, por acreditación probatoria insuficiente de la lesión del derecho fundamental en el interior de la vivienda del recurrente⁴⁴.

En otro orden de cosas, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la integración de la doctrina del TEDH en relación con la vida familiar de los extranjeros. A diferencia de los casos de protección frente al ruido, en este ámbito el TC ha querido matizar las diferencias entre el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH y la protección de la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE.

En la STC 236/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal afirmó que el artículo 18.1 CE no reconoce el derecho a la vida familiar en los mismos términos que el CEDH⁴⁵ ni con la extensión atribuida por la interpretación del TEDH⁴⁶. Sin embargo, el TC se preocupó de incidir en que el hecho de que la vida familiar no fuera un contenido del derecho a la intimidad familiar⁴⁷ –sino que la propia intimidad debía entenderse como un contenido de la vida familiar⁴⁸– no era óbice para que la Constitución, fuera del artículo 18.1 CE, protegiera este derecho. Así, la protección de la vida familiar debía entenderse incardinada en la garantía del libre desarrollo de la personalidad contenida en el artículo 10.1 CE y en los preceptos constitucionales que protegen la institución de la familia y, en particular, a los menores (art. 39 CE)⁴⁹. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional no ha incorporado la jurisprudencia del TEDH en relación con el derecho a la reagrupación familiar al entender que el mismo no

authority is already officially aware.» (Asunto Moreno Gómez c. España, STEDH de 16 de noviembre de 2004, §59).

⁴⁴ Una sentencia que cuenta un voto particular suscrito por tres magistrados en el que se pone en evidencia cómo la resolución del Tribunal no respeta el estándar mínimo de protección impuesto por el TEDH en relación con el artículo 8 CEDH y la protección frente al ruido.

⁴⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11.

⁴⁶ El Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado sobre dos cuestiones en relación con el derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros: las medidas de expulsión y el derecho a la reagrupación familiar (SANTOLAYA, 2014, 443-444; ALMEIDA, 2015, 451-461). Por un lado, el derecho a la vida familiar como límite a un proceso de expulsión está sujeto a la existencia de unos lazos familiares reales, efectivos y preexistentes a la medida de expulsión (Asunto Nsona c. Países Bajos, STEDH de 28 de noviembre de 1996). Por otro lado, el derecho a la reagrupación familiar solo será exigible siempre que la vida familiar no sea posible en ningún otro lugar por impedimento legal o fáctico (Asuntos Sen contra Países Bajos, STEDH de 21 de diciembre de 2001, §28-40; Boultif c. Suiza, STEDH de 2 de agosto de 2001, §53-56.) Sobre el derecho a la vida familiar de los extranjeros SANTOLAYA (2004) y FREIXES SANJUÁN (1998).

⁴⁷ STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7.

⁴⁸ STC 270/1996, de 16 de noviembre, FJ 4 b).

⁴⁹ STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7.

forma parte del contenido del artículo 18.1 CE⁵⁰. Tampoco lo ha hecho con los casos de expulsión de extranjeros, puesto que, al entender que no existe un reconocimiento constitucional del derecho al respeto de la vida familiar en los mismos términos que en el CEDH no ha incorporado la doctrina la jurisprudencia convencional en esta materia (García Vázquez, 2015)⁵¹.

Por último, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre una última cuestión relativa al contenido del derecho al respeto de la vida familiar: los enterramientos. En la STC 11/2016, de 1 de febrero, el Tribunal otorga el amparo a una mujer que, tras ser sometida a un aborto por un diagnóstico de poli malformaciones del feto, solicita una autorización judicial para que le sean entregados los restos humanos y disponer de ellos para incinerarlos. La solicitud le es denegada por el órgano judicial al entender que la inscripción del feto en el Registro civil era un presupuesto necesario para su entrega y, en su caso, esa inscripción no se había producido porque el feto tenía menos de 180 días.

El TEDH se había pronunciado sobre una cuestión parecida en el Asunto Hadri-Vionnet c. Suiza (STEDH de 14 de febrero de 2008). Esta resolución, junto con *Máric c. Croacia* (STEDH de 12 de junio de 2014), sirvió como base para que el Tribunal Constitucional otorgara el amparo a la recurrente por vulneración del artículo 18.1 CE. Pero, a diferencia de las anteriores sentencias del Tribunal, y tal como ponen de manifiesto los Votos Particulares, en la STC 11/2016 no existe ninguna referencia al contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, sus diferencias con el artículo 8 CEDH ni cómo puede incardinarse la jurisprudencia del TEDH en la interpretación constitucional de este derecho. Tampoco existe referencia alguna a esa jurisprudencia consolidada en relación con el artículo 10.2 CE, según la cual la integración de la doctrina del TEDH no puede suponer una traslación mimética o automática a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵².

4. EL IMPACTO DE LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

A diferencia de la Constitución Española y el artículo 18.1 CE, la Constitución Italiana de 1948 no contiene un reconocimiento de un derecho asimilable, aunque sea mínimamente, al derecho al respeto de la vida familiar

⁵⁰ STC 236/2007, FJ 11.

⁵¹ STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7.

⁵² STC 119/2001, de 29 de mayo, FJ 6 y STC 16/2004, de 23 de febrero, FJ 3.

que contiene el artículo 8 CEDH. Pero esto no parece implicar una desprotección de las relaciones familiares ni tampoco un impedimento para que, en determinados casos, la Corte Constitucional italiana integre la doctrina del TEDH en su jurisprudencia. A esto se une que el único instrumento disponible para la protección de los derechos fundamentales ante la Corte es el vía incidental mediante cuestión de inconstitucionalidad (Padula, 2018; Sorrentino, 2017).

De una parte, la Constitución italiana contiene numerosos preceptos relativos a la protección de la familia y las relaciones familiares⁵³. Así, el artículo 2 protege y garantiza los derechos de los individuos y de las formaciones sociales; el artículo 29 salvaguarda y reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio; el artículo 30 protege las relaciones paterno-filiales y, en particular, la protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio; el artículo 31 contiene un mandato a los poderes públicos en relación con la protección de la maternidad, la infancia, la juventud y las ayudas a familias numerosas.

De otra parte, parece necesario detenerse, brevemente, en cuál es la relación de la Constitución con el Derecho internacional, especialmente en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales. Como señala Romboli (2018, 187) la integración del CEDH en el sistema de fuentes italiano se sustenta en el principio de que las normas de Derecho internacional tienen jerarquía y fuerza de ley (en este caso, la ley n.º 848 de 4 de agosto de 1955). Pero este principio formal contrasta con lo que Romboli (2018, 188) llama una «disociación entre la forma y la sustancia». Esto es, el contraste entre el acto formal con fuerza de ley ordinaria que supone la incorporación del CEDH y contenido de naturaleza constitucional de los derechos en él reconocidos. Una disociación que ha influido en las interpretaciones de la Corte Constitucional italiana (Romboli, 2018, 189) evolucionando desde el formalismo que consideraba que el CEDH tenía fuerza de ley con todas sus consecuencias⁵⁴ hasta la consideración de que las obligaciones internacionales asumidas por el Estado (art. 117.1 de la Constitución italiana), si bien no pueden conllevar una reducción de la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico nacional, sí pueden constituir un instrumento efectivo que permita extender la protección⁵⁵ y hacer prevalecer la fuente que brinde la protección más intensa⁵⁶ (Putaturo Donati, 2015, Romboli, 2018).

⁵³ Sobre la familia en la Constitución italiana ver: LAMARQUE (2006).

⁵⁴ Sentencia Corte cost. n. 323/1989.

⁵⁵ Sentencia Corte cost. n. 317/2009.

⁵⁶ Auto Corte cost. n. 223/2014.

En relación sistema de protección del Consejo de Europea, la Corte Constitucional, en las Sentencias Corte cost. n. 348/2007 y 349/2007, ha entendido que los órganos judiciales nacionales están obligados a seguir una interpretación de la ley que sea conforme con el CEDH⁵⁷, teniendo en cuenta que la garantía de uniformidad de la interpretación del Convenio corresponde al TEDH (Romboli, 2016 y 2018). Asimismo, el CEDH se entiende no como una norma constitucional, sino como un parámetro de constitucionalidad que mantiene un nivel infra constitucional y, por ello, debe ser ajustada a la Constitución⁵⁸. De esta manera, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de diversas normas sobre la base de la vulneración del artículo 117 en relación con el Convenio Europeo y teniendo en cuenta la interpretación del TEDH (Putaturo Donati, 2015; Romboli, 2016 y 2018).

En el ámbito de la protección del derecho al respeto de la vida familiar son numerosos los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que, sobre la base de los preceptos protectores de la familia y el artículo 117.1 de la Constitución, entra en diálogo con el Tribunal de Estrasburgo con un importante impacto en el ordenamiento jurídico italiano. Uno de los casos más importantes fue la Sentencia Corte cost. n. 138/2010, relativa a las previsiones del Código Civil italiano que no permiten las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo. Los órganos judiciales que cuestionan la legitimidad constitucional de diversos artículos del Código Civil inciden en la supuesta vulneración de los artículos 2⁵⁹, 3⁶⁰, 29⁶¹ y 117.1⁶² de la Constitución. Sin poder extenderme en los pormenores de la argumentación de la Corte

⁵⁷ No obstante, la Corte ha incidido en que esta vinculación con el Convenio y con la doctrina del TEDH no confiere un poder al juez ordinario para inaplicar o desaprobar una disposición legislativa que sea contraria al CEDH, puesto que la supuesta incompatibilidad tendría su origen en una posible vulneración del artículo 117 de la Constitución (Sentencia Corte cost. n. 348/2007).

⁵⁸ Sentencias Corte cost. n. 348/2007 y n. 349/2007.

⁵⁹ Art. 2: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

⁶⁰ Art. 3: *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

⁶¹ Art. 29: *La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.*

⁶² Art. 117.1: *La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.*

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; [...]

en esta resolución⁶³, sí parece necesario para la temática de este trabajo detenerme en el (no) diálogo con el TEDH. Si bien, como se ha mencionado, el CEDH y la interpretación del Tribunal de Estrasburgo sirven como parámetro de constitucionalidad sobre la base del artículo 117.1 de la Constitución, en este caso, la Corte declaró inadmisible este argumento al entender que la doctrina del TEDH no era aplicable al caso (*Asunto Christine Goodwin c. Reino Unido*, STEDH de 11 de julio de 2002). No obstante, a pesar de que la Sentencia declara inadmisibile la cuestión de ilegitimidad en relación con los artículos 2 y 117 de la Constitución y no fundada en relación con los artículos 3 y 29, la Corte hace un llamamiento al legislador para llenar el vacío legal existente. Posteriormente, Italia sería condenada por el TEDH en el *Asunto Oliari y otros* (STEDH de 21 de julio de 2015) por vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH.

Junto a esta sentencia, es necesario referirse a la Sentencia Corte cost. n. 170/2014, relativa al llamado «divorcio impuesto» (Romboli, 2014). En esta resolución, la Corte declara la inconstitucionalidad de dos artículos de la ley n. 164, de 14 de abril de 1982, que prevenían la disolución forzosa del matrimonio cuando uno de los cónyuges cambiara de sexo⁶⁴. Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad solo se extendía en la medida en que la norma no preveía una regulación jurídica de la convivencia de las dos personas, pero no indicaba si el matrimonio continuaba siendo válido o no, haciendo un llamamiento al legislador para regular esta cuestión. En esta resolución sí es posible encontrar un diálogo, aunque mínimo y apresurado (Romboli, 2014) de la Corte con el TEDH en relación con los artículos 8 y 12 TEDH y la protección de las relaciones entre parejas del mismo sexo, todo ello en conexión con el artículo 117.1 de la Constitución italiana. No fue hasta 2016 que, por fin, el legislador intervino y respondió a la llamada de la Corte Constitucional con la ley de 20 de mayo de 2016, n. 76 que regula de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y la disciplina de la convivencia.

Más reciente es la Sentencia Corte cost. n. 272/2017 en la que, en el curso de un procedimiento relativo al reconocimiento, por falta de veracidad, de un menor nacido por gestación subrogada, el Tribunal de Apelación de Milán planteó una cuestión sobre la legitimidad constitucional del art. 263 del Código Civil italiano en la que solicitaba que en este tipo de procedimientos se tuviera en consideración el interés superior del menor a ser reco-

⁶³ Para un análisis completo de esta sentencia ver: ROMBOLI (2011), RUGGERI (2011), PEROSA (2013) RAGONE (2013).

⁶⁴ Ver: ROMBOLI (2014) y (2017) y RUGGERI (2014).

nocido y mantener un estado de filiación que responda a las necesidades de su vida. Una petición que, entre otras disposiciones constitucionales, relaciona con el artículo 117.1 y el artículo 8 CEDH. En este caso, la Corte recordaba la jurisprudencia del TEDH en los asuntos *Menesson y Labasse* contra Francia (SSTEDH de 26 de junio de 2014) para entender que el interés del menor siempre debe ser tenido en cuenta y puesto en equilibrio con el interés subyacente en determinar la verdad.

Además de estos casos, son numerosas las sentencias en las que la Corte ha resuelto controversias relativas a la vida familiar de los internos penitenciarios⁶⁵—incluyendo cuestiones relativas a la proporcionalidad de la sanción penal en relación con la vida familiar⁶⁶—; derechos familiares de los extranjeros⁶⁷; reproducción asistida⁶⁸ y gestación subrogada⁶⁹; derecho a conocer los propios orígenes⁷⁰; igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales⁷¹; derecho del menor a una familia⁷²; relaciones entre padres e hijos fuera del matrimonio⁷³; vida familiar de las personas con discapacidad⁷⁴; protección de la maternidad y la paternidad⁷⁵.

5. CONCLUSIONES

1. El amplio contenido que el TEDH ha atribuido al derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el artículo 8 CEDH parece generar una doble consecuencia. Por un lado, la elasticidad del derecho unida al dinamismo en la interpretación del TEDH hace que parezca que estamos ante un cierto «cajón de sastre» en el que pueden llegar una gran multitud de contenidos. Por otro lado, la dinámica *case by case* aplicada por el Tribunal, aunque ayuda a expandir ese contenido y adaptarse a los cambios sociales y culturales en el continente europeo, parece generar una cierta sensación de incertidumbre e inseguridad jurídica.

⁶⁵ Sentencias Corte cos. n. 301/2012 y n. 122/2017.

⁶⁶ Sentencia Corte cos. n. 236/2016.

⁶⁷ Sentencias Corte cos. n. 245/2011, n. 40/2013, n. 202/2013.

⁶⁸ Sentencias Corte cos. n. 150/2012, n. 162/2014, n. 96/2015, n. 229/2015.

⁶⁹ Sentencia Corte cos. n. 272/2017.

⁷⁰ Sentencia Corte cos. n. 278/2013.

⁷¹ Sentencia Corte cos. n. 146/2015.

⁷² Sentencia Corte cos. n. 76/2016.

⁷³ Sentencia Corte cos. n. 225/2016.

⁷⁴ Sentencia Corte cos. n. 213/2016.

⁷⁵ Sentencia Corte cos. n. 105/2018.

2. En España, el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y la interpretación del mismo por parte del Tribunal Constitucional tiene un perfil mucho más limitado que el amplio contenido configurado por el TEDH, generando una situación compleja a la hora de integrar la doctrina convencional en la jurisprudencia constitucional. De un parte, con base en el artículo 10.2 CE, el Tribunal Constitucional acepta la integración de la doctrina convencional en su propia jurisprudencia. De otra parte, en el caso concreto del artículo 18.1 CE esa integración cuenta con limitaciones derivadas, precisamente, de la diferencia que existe en relación con el artículo 8 CEDH.

3. En Italia, sobre la base del artículo 117 de la Constitución, la Corte Constitucional ha integrado el CEDH como parámetro de constitucionalidad de las normas en el marco del control incidental de constitucionalidad. Pero el diálogo que se establece entre Corte y TEDH tiene como base una cierta obligatoriedad, es decir, la Corte debe decidir sobre si la norma impugnada contra- viene el CEDH porque hay una petición expresa para ello.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, S. (2015), *Familia a la Luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Lisboa: Juruá Editorial.
- CASINO RUBIO, M. (2013), «López Ostra c. España (STEDH de 9 de diciembre de 1994): la contaminación ambiental y el derecho a la vida privada y familiar», ALCÁCER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (dirs.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona: Thompson Reuters Civitas, pp. 419-442
- DRAGHICI, C. (2017), *The legitimacy of family rights in Strasbourg Case Law*, Oxford: Bloomsbury.
- FREIXES SANJUÁN, T.; REMOTTI CARBONELL, J. C. (1998), «Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, 44, pp. 103-141.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S. (2015), «El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar. La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 19, pp. 261-282.
- LAMARQUE, E. (2006): «Famiglia (Dir. Cos.)», CASSESE, S. (2006), *Dizionario di Diritto pubblico. Vol. III*, Milano: Giuffrè, pp. 2418-2425.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2013), «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y realidad constitucional*, 32, pp. 139-158.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1988), «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)», *Revista de Administración Pública*, 115, pp. 205-231.
- MEULDERS-KLEIN, M. (1992), «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme». *Revue internationale de droit comparé*, 44 (4), pp. 767-794.
- MIERES MIERES, L. J. (2002), *Intimidad Personal y Familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Pamplona: Aranzadi (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional).
- PADULA, C. (2018), *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement costituzionale challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali «astratte» in Italia*, Torino.
- PEROSA, M. (2013), «Il matrimonio e le nuove famiglie. Evoluzione e crescita di modelli sociali in Europa», *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 1, pp. 155-161.
- PULIDO QUECEDO, M. (2001), «Sobre la defensa frente al ruido y el derecho a la «intimidad domiciliaria»», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, pp. 1535-1539.
- PUTATURO DONATI, M. G. (2015), «Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno» [en línea]. Disponible en: <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=1059> [consulta: septiembre 2018].
- QUERALT JIMÉNEZ, A. (2009), «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: CEPC, pp. 229-255.
- RAGONE, S. (2013), «El matrimonio homosexual en Europa, entre Derecho político y Derecho jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada». *Foro, Nueva época*, 16(1), pp. 241-261.
- ROAGNA, I. (2012), *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Human Rights Handbooks.
- ROMBOLI, R. (2011), «La Sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni», *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3 [en línea]. Disponible en: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/roberto-romboli/la-sentenza-138-2010-della-corte-costituzionale-sul-matrimonio-tra-omosessuali-e-le-sue-interpretazioni> [Consulta: noviembre 2018]
- (2014), «La legittimità costituzional e del «divorzio imposto»: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice» [en línea]. Disponible en: <http://www.giurcost.org/studi/romboli3.pdf> [Consulta: noviembre 2018]

- (2016), «Giudice e legislatore nella tutela dei diritti», Dalfino, D., *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma: Tre-press, pp. 517-532.
- (2018), «La influencia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento constitucional italiano», *Teoría y realidad constitucional*, 42, pp. 187-220.
- RUGGERI, A. (2011), «Famiglie» di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?», *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4 [en línea]. Disponible en: 'https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/antonio-ruggeri/famiglie-di-omosessuali-e-famiglie-di-transessuali-quali-prospettive-dopo-corte-cost-n-138-del-2010' [Consulta: noviembre 2018].
- (2013), «"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali», *Online Working Paper*, núm 59 [en línea]. Disponible en: http://www.cde.unict.it/quaderniuropei/giuridiche/59_2013.pdf [Consulta: noviembre 2018].
- RUGGERI, A. (2014), «Questioni di diritto di famiglia tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizi one dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)» [en línea]. Disponible en: <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri37.pdf> [Consulta: noviembre 2018]
- SAIZ ARNAIZ, A. (1999), *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- SAIZ ARNAIZ, A. (2008), «Comentario del artículo 10.2 CE: La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ PIÑERO, M. [dirs.], *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Fundación Wolters Kluwert, pp. 193-208.
- SALES I JARDÍ, M. (2015), *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*, Barcelona: Bosch Constitucional.
- SANTOLAYA, P. (2014), «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: CEPC, pp. 429-449.
- SANTOLAYA, P. (2013), «La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales», FERRER MAC-GREGOR, E., HERRERA GARCÍA, A. (coord.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 447-456.
- SANTOLAYA, P. (2004), *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SUDRE, F. (2002), «Rapport introductif. La «construction» par le juge européen du droit au respect de la vie familiale», SUDRE, F. [dir], *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européen des droits de l'homme*, Bruxelles: Nemesis Bruyllant. pp. 11-59.

PARTE 2

INTIMIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA

QUO VADIS, INTIMIDAD?

DANIEL JOVE VILLARES*
Universidade da Coruña

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La quiebra de lo reservado en la era digital. 3. ¿Por qué se cuestiona hoy la vigencia del derecho a la intimidad? 3.1 La protección de datos, la protección anticipada que amenaza con acapararlo todo. 3.2 La privacidad, el gran concepto sin objeto definido 4. *Quo vadis*, intimidad? 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Preguntarse por la intimidad en la era de la privacidad y la protección de datos puede parecer un ejercicio ilusorio, vano y, sin embargo, es necesario. Es cierto que se trata de un derecho que, en la esfera digital, parece diluirse; cuya vigencia se pone cada vez más en cuestión, llegando a plantearse si se trata de «un derecho en demolición» (Revenga Sánchez, 2016).

El uso generalizado y masivo de las tecnologías de la información y la comunicación (TICS), la multiplicidad de posibilidades actuales y potencialidades futuras del tratamiento masivo de datos, las redes sociales y su mediación de las relaciones personales han transformado el modo de percibir el mundo –y de relacionarse con él– de gran parte de la ciudadanía.

¹ Investigador predoctoral FPU-MECD. Universidade da Coruña.

Las transformaciones sociales no son ajenas al Derecho, los avances tecnológicos han generado nuevos peligros y necesidades frente a las que éste ha respondido con el reconocimiento de nuevos derechos, así como con la atribución de nuevas facultades y facetas a otros ya existentes.

Las nuevas y variadas posibilidades de acceso a las esferas más personales del individuo suponen una amenaza para su vida privada. Las violaciones del ámbito privado de las personas pueden provenir tanto de los poderes públicos, como de intereses privados (v. gr. Facebook, Google, Amazon por señalar solo algunas de las más significativas y con mayor capacidad de acción e influencia global). A todos ellos la Red de redes les proporciona el medio perfecto para prestar sus servicios, gracias a la inmediatez que proporciona y al enorme caudal de información que pueden obtener. Esta última característica es, precisamente, la que representa el principal peligro para los derechos de las personas.

2. LA QUIEBRA DE LO RESERVADO EN LA ERA DIGITAL

La emergencia y posterior consolidación y popularización de las TICS¹ ha supuesto la quiebra de aquello que se considera más reservado. El propio constituyente intuyó, como acredita el apartado 4 del artículo 18, que la informática y la tecnología podrían suponer un cierto peligro para los derechos fundamentales y, en particular, para la intimidad. No obstante, no es probable que pudiesen llegar a imaginar la implantación y consecuencias que las innovaciones tecnológicas han llegado a representar. Las TICS o, mejor dicho, determinados usos de las mismas, comportan riesgos de gran calado², como la necesidad de compartir información personal para poder disfrutar de determinados servicios (peligro que el Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, que está en fase de tramitación, busca conjurar³) o, en

¹ Internet se desarrolla en 1969 sin embargo, no sería hasta 1991 que se establecería la *World Wide Web* y aún pasarían algunos años más hasta que se empezara a comercializar en todo el mundo. Google celebró en 2018 su vigésimo aniversario, las redes sociales son de mediados de la primera década del 2000 (v. gr. Facebook: 2004; Twitter: 2006).

² En los años 80, MADRID CONESA (1984, 23-77) advertía sobre los «peligros tendenciales derivados del proceso de informatización de la sociedad».

³ Puede consultarse la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)* en

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010>.

un caso propio de 1984, de *Un mundo feliz*⁴ o de *Black Mirror* –para los más seriéfilos– pueden verse gobiernos tratando de controlar el comportamiento de sus ciudadanos, condicionando sus actuaciones futuras mediante un sistema de puntos fundado en el control y vigilancia de todas sus actuaciones⁵. Pero, sin llegar a supuestos tan extremos como este último, el caso *Cambridge Analytica* ha mostrado la amenaza que, para los sistemas democráticos, puede suponer el uso de informaciones personales de los ciudadanos⁶.

Más allá de los riesgos mencionados, no puede negarse que las innovaciones tecnológicas han supuesto notables beneficios para la sociedad, permitiendo una mayor interconexión entre los ciudadanos y posibilitando un aumento exponencial de la capacidad para tratar y analizar datos (esencial en las investigaciones científicas o en una mejor gestión de recursos, tanto públicos como privados). A su vez, ha supuesto la emergencia de un mundo diverso, el virtual, con sus propias particularidades⁷. Emergen así, auténticos «continentes virtuales» (Lucena Cid, 2014, 16) que quiebran la base territorial de protección de los derechos, en los que «los individuos voluntariamente desvelan su intimidad sin ningún pudor» (Lucena Cid, 2014, 30).

El comportamiento de los usuarios de Internet y las TICS pone de manifiesto un cambio en el modo de concebir lo privado y lo íntimo. Prueba de ello es la ampliación de los círculos con los que se comparte información. Aspectos de la vida personal que, en épocas pretéritas, se reservaban a unos pocos (los más próximos al sujeto) ahora son compartidos con grupos de contactos mucho más extensos. Sin embargo, la verdadera quiebra para la intimidad no se produce tanto en la ampliación del número de sujetos que se consideran de confianza, sino en la disponibilidad de esa información por parte de los proveedores del servicio, así como por terceros ajenos al propio sujeto.

Por otra parte, si bien es cierto que conscientemente asumimos la posibilidad de que se lleve a cabo la «completa trazabilidad digital de nuestra vida» (Revenga Sánchez, 2016, 84), no lo es menos que esa renuncia a mantener reservadas informaciones de la esfera más íntima de la persona ha venido acompañada de una demanda, creciente, de control sobre las mismas. Es decir, la supuesta dilución del núcleo de lo íntimo, esto es, la reducción de los aspectos que, como

⁴ 1984 es una obra de George Orwell, escrita entre los años 1947 y 1948. Por su parte, *Un mundo feliz* es una novela de Aldous Huxley del año 1932.

⁵ El caso más significativo en este sentido es el del Gobierno chino y su sistema de crédito social. En él se concede puntos a los ciudadanos en función de su comportamiento, pudiendo estos llegar a ver limitadas sus posibilidades de viajar o de obtener un préstamo en caso de tener bajas puntuaciones.

⁶ Sobre el escándalo, MANOKHA (2018).

⁷ Sobre las diferencias en la consideración de la intimidad entre mundo real y online, PASSAGLIA (2018, 225-226).

individuos, pretendemos mantener alejados del conocimiento público, no se ha realizado sin contramedidas, sino mediante la exigencia de mecanismos que permitan conocer el destino de dichas informaciones, quién tiene acceso a ellas, con qué finalidades se están utilizando, así como, llegado el caso, tener derecho a suprimirlas si ya no se quiere que sean de conocimiento público.

Esta situación es plenamente compatible con las características del derecho a la intimidad, muy marcado «por el propio devenir de los acontecimientos sociales» (Pérez Luño, 1994, 331) y por la valoración personal que del mismo haga el sujeto; en consonancia con su condición de derecho «de la personalidad-individual y de la personalidad-social» (Parejo Alfonso, 1994, 296). Ello propicia que, en última instancia, va a corresponder «a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»⁸. Esto supone que cualquier intento de establecer un concepto unívoco y abstracto de intimidad se convierta en una empresa harto difícil y, con gran probabilidad, condenada al fracaso. No obstante, «sigue habiendo aspectos que objetivamente, sustancialmente, son íntimos o privados y, en consecuencia son merecedores de tutela» (Ruiz Miguel, 1995, 79).

En definitiva, se ha reducido el contenido de informaciones que integran el «ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren»⁹. Pero, este proceso ha ido aparejado al fortalecimiento del derecho a la protección de datos, un derecho que «comparte [con la intimidad] el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, [pero, a diferencia de aquella] atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos»¹⁰.

3. ¿POR QUÉ SE CUESTIONA HOY LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD?

Este trabajo parte de la hipótesis de un derecho a la intimidad sometido a discusión. Sin embargo, debe apuntarse que los cuestionamientos sobre este derecho se focalizan especialmente en la esfera digital¹¹, donde la esencia de este derecho parece difuminarse, mostrándose inoperante ante las particularidades y dinamismo de este entorno.

⁸ SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ. 3; 159/2009, de 29 de junio, FJ. 3.

⁹ STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ. 5.

¹⁰ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ. 5.

¹¹ En otros ámbitos, como la intimidad corporal, la familiar o como límite a la aplicación de otros derechos, singularmente el de información, continúa manteniendo plena vigencia, sin que llegue a cuestionarse excesivamente. Sobre el rol de la intimidad en la actualidad (CARRILLO, 2016).

En páginas pretéritas se ha señalado que el auge de las TICS ha supuesto un modo diverso de relacionarse entre los ciudadanos, cuestionándose la idoneidad y capacidad de la intimidad para hacer frente a los desafíos y peligros que plantea la era digital. Del mismo modo, se ha indicado que esa posible quiebra del núcleo de lo íntimo ha ido de la mano de una constante demanda de mayor control por parte de la ciudadanía sobre aquellas informaciones que puedan estar referidas a su persona.

La existencia de toda una serie de derechos que bien concurren o incluso llegan a absorber aspectos que encajarían en la esfera de protección del derecho a la intimidad, hace que se cuestione la necesidad de mantener un derecho cuyo objeto podría quedar amparado por otras vías¹². En este sentido, las atribuciones y capacidad de salvaguarda del derecho a la protección de datos y la privacidad son los principales argumentos que motivan la puesta en cuestión del derecho a la intimidad; amén del cambio en las percepciones de aquello que debe formar parte de la esfera más reservada.

3.1 La protección de datos, la protección anticipada que amenaza con acapararlo todo

El retrato que aquí se ha hecho del panorama que han generado las TICS y las redes sociales no deja de estar compuesto de trazos un tanto gruesos. La realidad es mucho más diversa y plural, abarca todo tipo de perfiles, desde personas que no hacen uso de este tipo de dispositivos, o que tienen un nivel de exposición muy limitado, hasta quienes comparten casi cada momento de su vida. Sin embargo, todos ellos, incluso aquellos cuya familiaridad con las redes sociales es mínima, están al albur de los peligros (y ventajas) que el uso masivo de informaciones personales genera.

Para conjurar esas amenazas y situar a los ciudadanos en posición de hacer frente a las vulneraciones provenientes de la gestión de sus datos personales existe un derecho (la protección de datos) que, en el caso de Europa, encuentra sus raíces en la Ley de Hesse¹³, y sus primeras grandes formulacio-

¹² Ejemplo de ello es el planteamiento que realiza REVENGA SÁNCHEZ (2016, 74-75), en el que señala: «si ya sabemos que para intervenir una comunicación o ingresar en un domicilio hace falta una autorización judicial que cumpla unos determinados estándares de calidad; si nos encontramos con un mandato específico de protección contra los abusos de la informática, y vemos como derechos específicos la protección del honor y la propia imagen, ¿qué añade a todo ello el derecho a la intimidad personal y familiar?».

¹³ La ley sobre tratamiento de datos personales del Land de Hesse, en la República Federal de Alemania, de 7 de octubre de 1970.

nes en el artículo 35 de la Constitución portuguesa de 1976¹⁴, el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que entró en vigor en España el 1 de octubre de 1985, tras su ratificación en enero de 1984¹⁵ y la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del Censo¹⁶. Este derecho se ha erigido, en los últimos años, como la primera y principal línea de defensa frente a las intromisiones en la vida privada, al otorgar a los ciudadanos un poder de control sobre cualquier información atinente a su persona¹⁷.

Aún en el supuesto de adoptarse una concepción amplia del derecho a la intimidad, que comprendiese «aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros» (Romeo Casabona, 2002, 521), el derecho a la protección de datos seguiría mostrándose más apropiado para hacer frente a los tratamientos masivos de datos que las TICS posibilitan. La razón fundamental es que otorga un poder de control al individuo que va más allá de las informaciones íntimas, extendiéndose a cualquier información relativa a su persona¹⁸. «Esa diferencia implica que, en ocasiones, los mismos hechos puedan ser constitutivos de vulneración de uno de esos derechos y no del otro» (Córdoba Castroverde, Díez-Picazo Giménez, 2016).

El dinamismo, fortaleza y carácter proteico del derecho a la protección de datos, así como, su capacidad para dar respuesta a los desafíos que van surgiendo, le convierten en «una de las áreas del derecho, y de forma concreta de los derechos fundamentales, más evolucionada, mejor normada y con más medios de garantía y protección, tanto a nivel estatal como europeo» (Rebollo Delgado, Serrano Pérez, 2008, 102). Pero, a la vez, supone que «la protección de datos [...] se ha convertido en un agujero negro que lo absorbe todo y no deja escapar

¹⁴ El Texto portugués, además de reconocer el derecho a la intimidad, incorpora un precepto específico en el que se reconocen determinados derechos a los ciudadanos frente a la utilización de sus informaciones personales.

¹⁵ «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

¹⁶ BCJ, número 3, enero, 1984, pp. 126-170.

¹⁷ En España, este derecho se asienta en el apartado 4 del artículo 18. Aunque suele hablarse de derecho a la protección de datos (denominación generalmente adoptada por la legislación y la jurisprudencia), no es menos cierto que, este derecho recibe otros nombres, como intimidad informática o autodeterminación informativa. Esta última denominación, utilizada por el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia de 1983, tiene un importante valor descriptivo. Y es considerada por algunos autores como la concepción con «mayor precisión y rigor técnico», (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2003, 39).

¹⁸ Sobre la multiplicidad de facetas y ámbitos en los que opera la protección de datos, y no solo como salvaguarda de la intimidad, da cuenta TRONCOSO REIGADA (2010).

nada de su entorno» (Córdoba Castroverde, Díez-Picazo Giménez, 2016, 109). Llegando a plantearse, por autores de la talla de Rodotà (2014, 295), que los derechos a la intimidad o la privacidad son «las diversas caras de una categoría que puede considerarse unitariamente y reconducirse, por tanto, a ese general derecho a la tutela de los datos personalizados». En una línea similar, Rallo Lombarte (2018, 158) señala que «la fuerza expansiva [...] de este novísimo derecho permite dar por superado el debate [...] para reafirmar que la protección, hoy, de la privacidad tiene sus principales manifestaciones en la garantía efectiva del derecho a la protección de datos frente al fenómeno tecnológico que mayor impacto tiene en los usos sociales».

3.2 La privacidad, el gran concepto sin objeto definido

Si el derecho a la protección de datos ha acaparado los titulares en los últimos tiempos, la privacidad es el concepto que mejor fortuna ha hecho en nuestros días. Su carácter amplio y genérico la convierten en la noción aglutinadora de los diferentes derechos que concurren en la protección de la esfera privada del ciudadano.

La implantación del término privacidad en la vida diaria de los ciudadanos es evidente; basta con acudir a cualquier página web para, antes de poder efectuar cualquier acción, encontrarse con su «política de privacidad». El término privacidad, por las condiciones que se han señalado y, sobre todo, por la evocación de lo que representa en el subconsciente colectivo, ha encontrado en las nuevas tecnologías, en especial en Internet, la palanca de impulso para su consolidación como denominación de referencia. Sin embargo, el uso del vocablo privacidad es anterior a las TICS y tiene su inspiración en el derecho a la *privacy* estadounidense.

La *privacy*, cuya formulación primigenia debe atribuirse a Warren y Brandeis (1890), es el derecho bajo cuyo paraguas se ha ido construyendo, en una evolución constante¹⁹, la protección de la vida privada en los Estados Unidos. Este concepto, la idea por él representada, ha mostrado su dinamismo y capacidad de adaptación a las propias demandas de la sociedad, de manera que

¹⁹ Para un análisis detallado sobre la evolución del derecho a la *privacy* en Estados Unidos, *vid.* SOLOVE (2002).

hoy la *privacy*²⁰ poco se parece a aquella primera concepción representada por el *right to be let alone*²¹.

En el caso de Europa, la protección de la esfera íntima de los individuos ha tenido diversas formulaciones. La Constitución alemana no contempla el derecho a la intimidad, por lo que funda su protección en una manifestación de la dignidad y la libertad personal²². En Francia, su Constitución tampoco contempla el derecho a la intimidad; en lo que respecta a la protección de datos, se ha venido fundamentado como una manifestación de la libertad²³, aunque dicha interpretación ha ido evolucionando hacia su conceptualización como derecho autónomo, merced al desarrollo del derecho y al papel desempeñado por la Unión Europea. Italia, pese a no contemplar en su Constitución de manera expresa un derecho equivalente a la intimidad o a la *privacy*, sí reconoce la protección de aspectos específicos del ámbito privado, como la inviolabilidad del domicilio (artículo 14) o el secreto de la correspondencia (artículo 15). Sin embargo, desde la doctrina se ha acogido una noción de *privacy* hasta cierto punto equivalente a la estadounidense, pero con ciertas particularidades derivadas del reconocimiento de un núcleo más reservado representado por la *riservatezza*²⁴. En lo referente a la protección de datos, se encauzó y reconoció como derecho en la Ley 675/1996. Aunque, antes de dicha ley, «ya era reconocido este derecho pero era un derecho de la libertad del consentimiento generalmente reconocido e íntimamente ligado a la voluntad de disponer». (Adinolfi, 2007, 20).

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) adopta una formulación, en su artículo 7, en la que reconoce el derecho a que la vida privada y familiar, a las comunicaciones y al domicilio, sean objeto de respeto y protección. La redacción adoptada en este ámbito por la Unión Europea se asemeja a la del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8.1), al punto de coincidir en la dicción respecto a la vida privada y familiar.

La coincidencia en los términos permite, merced al enorme bagaje de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hacerse una idea de la amplitud de intereses que pueden quedar amparados por el concepto vida

²⁰ «Un macro derecho protector de la esfera inmaterial y material de la persona», en SUÁREZ ESPINO (2008, 77).

²¹ La concepción de la *privacy* como «*right to be let alone*» se debe al juez Thomas M. Cooley. Concepto sobre el que profundiza en la sentencia *Union Pac. Ry. Co. v. Botsford*, 141 U. S. 250,251, donde señala: «*The right to one's person may be said to be a right of complete immunity; to be let alone*».

²² Sobre la regulación alemana, MIÑO VÁSQUEZ (2016, 277).

²³ En lo referente al caso francés, BRU CUADRADA (2007, 83-84).

²⁴ Para un análisis amplio sobre la evolución de la *privacy* y la *riservatezza* en Italia, NIGER (2006).

privada y familiar²⁵. Con ello se lograría la salvaguardia de, prácticamente, cualquier afectación de la esfera más reservada de las personas, especialmente, si se combina con el derecho a la protección de datos reconocido, de manera expresa y particularizada, en el artículo 8 de la CDFUE. Estos dos preceptos de la CDFUE conforman la base jurídica sobre la que se sustenta la protección de la esfera privada del individuo en el marco de la Unión Europea. Esto es, la conjunción de estos dos derechos vendría a representar el marco de protección que, en Estados Unidos, representa la *privacy*.

Poniendo el foco sobre el caso español, la protección de la esfera privada del individuo viene consagrada en el artículo 18 de la Constitución, reconociendo su apartado primero el derecho a la intimidad personal y familiar, el segundo la inviolabilidad del domicilio, el tercero el secreto de las comunicaciones. Por su parte, el apartado cuatro ha servido de base para el reconocimiento y desarrollo del derecho a la protección de datos en España. Como puede constatarse, no hay en el Texto constitucional una referencia expresa a la privacidad y, sin embargo, es el término que más tiende a emplearse en nuestros días.

Desde el punto de vista normativo, la definición más acabada de qué es la privacidad se encontraba en la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal²⁶. Esta norma concebía la privacidad como «un conjunto más amplio, más global [que la intimidad] de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado».

En la actualidad no existe una definición normativa de privacidad equiparable a esa, aunque esta situación puede verse alterada en los próximos meses con la aprobación, por parte de la Unión Europea, del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)²⁷. Esta norma, que requerirá la adaptación de la normativa estatal en la materia, puede ser la espoleta que impulse la in-

²⁵ Sobre el alcance de los conceptos vida privada y vida familiar *vid.*, respectivamente, ORDÓÑEZ SOLÍS (2015) y REDONDO SACEDA (2018).

²⁶ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre. Esta Ley Orgánica fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, norma que prescindió del concepto privacidad; al igual que la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE, Núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

²⁷ Puede consultarse el estado de la propuesta de Reglamento en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010>

corporación a nuestro ordenamiento, de manera clara y específica, del concepto de privacidad.

No obstante, debe señalarse que, en el Reglamento europeo, no hay una definición como tal de privacidad (en la versión en inglés el término utilizado es *privacy*) pero, de la lectura del mismo, se infiere que bajo esa denominación podrían incluirse la vida privada y familiar, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos. Si bien, en ocasiones, alguno de esos derechos aparece acompañando al término privacidad, como dos realidades diversas. Sería conveniente que, en la incorporación normativa por parte del legislador español, se aclare este punto. De acoger el término privacidad, se estaría incorporando una noción que no tiene excesivo bagaje en nuestro ordenamiento y con un elevado nivel de indeterminación en su contenido. Esta circunstancia hace necesario revestirla del mayor nivel de concreción, para evitar confusiones adicionales en la protección de una materia, ya de por sí, compleja.

Mucho más prolifera se muestra la doctrina respecto a qué ha de entenderse por privacidad, así como por vida privada, término que, Rebollo Delgado, considera como el equivalente más apropiado a la noción de *privacy*²⁸. Sea conceptualizado como privacidad, sea bajo la consideración de vida privada²⁹, existe un amplio acuerdo en considerar que se trataría de una realidad más amplia que la representada por la intimidad, a la que, por otra parte, incluiría³⁰. Y ello porque, «aunque ambas son reservadas, la privacidad es preservada de la mirada de quienes no forman parte de nuestro entorno personal» (Conde Ortiz, 2005, 99). De manera tal que, «se podría violar la vida privada y no la intimidad al vulnerarse, por ejemplo, el secreto de las comunicaciones, que es una garantía formal de la privacidad. Pero una violación de la intimidad violaría la vida privada, en cuánto ésta actúa como fase previa y totalizadora de la esfera espiritual y material de la persona en que se concreta la intimidad» (Suárez Rubio, 2015, 39).

Aunque el término privacidad sirve para aunar toda la amalgama de derechos que, de un modo u otro, concurren en la protección de la esfera personal de la persona, se ha llegado a plantear la sustitución de la intimidad por la

²⁸ Cfr. REBOLLO DELGADO (2000, 83).

²⁹ Aunque hay autores que tienden a utilizar indistintamente los términos vida privada y privacidad *vid.* SUÁREZ RUBIO (2015, 21-29), sí parece existir una cierta inclinación a considerar el concepto de privacidad como el de mayor amplitud, *vid.* GARZÓN VALDÉS (1998) o, como en el caso de DAVARA RODRÍGUEZ (1998, 19), decantándose de manera clara por la privacidad en tanto derecho con una «mayor profundidad» que la intimidad.

³⁰ Visión que comparte el Tribunal Constitucional, para quien también representa un término aglutinador que va mucho más allá del derecho a la intimidad, e incluye incluso la protección de datos, como puede constatar en el FJ. 7 de la STC 58/2018, de 4 junio.

privacidad, con manifestaciones tan elocuentes como «la intimidad ha muerto: viva la privacidad» (Córdoba Castroverde, Díez-Picazo Giménez, 2016, 104). Lo cierto es que no existe un reconocimiento constitucional del derecho a la privacidad, ni un contenido específico y determinado que le proporcione consistencia a dicho concepto. Es cierto, y no puede negarse, su evidente valor referencial y simbólico; sirve para identificar el ámbito al que se está refiriendo pero, una vez identificada la esfera general, se agota en sí mismo, pues su contenido material viene determinado por los distintos derechos a los que puede estar aludiendo³¹.

En definitiva, al no tener un ámbito específico sobre el que operar, al poder representarlo todo, funciona muy bien como noción de referencia pero, esas mismas características, le inhabilitan como derecho específico. El principal motivo es que su ambigüedad le hace adolecer del mismo problema que Bocchiola (2014) achaca a la *privacy*, esto es, se trataría de un concepto que, abarcándolo todo, en realidad no significaría nada por sí mismo, un «*conchetto inesistente*».

4. QUO VADIS, INTIMIDAD?

Dar respuesta a qué depararán los próximos años al derecho a la intimidad es más un ejercicio de adivinación que de ciencia. Sin embargo, cualquier reflexión sobre este derecho debe contemplar no solo las diferentes facetas de protección de la esfera reservada de los ciudadanos sino, también, las interacciones de este derecho con otros que, de algún modo, confluyen en la salvaguarda de dichos intereses.

Del análisis del rol que desempeña el derecho a la intimidad en la esfera digital se desprende que las posibilidades y ventajas que las innovaciones tecnológicas proporcionan han supuesto un reajuste en el modo de percibir por la ciudadanía aquello que debe formar parte de su ámbito más íntimo. El fulgurante desarrollo tecnológico ha propiciado un cambio de paradigma tan brusco que, seguramente, ha distorsionado la percepción por parte de los ciudadanos de las amenazas, así como el papel que debe jugar el sistema de protección de los derechos (y, en particular, el derecho a la intimidad) ante las nuevas posibilidades y riesgos que la tecnología representa. En este sentido apunta Pérez

³¹ El abanico de derechos a los que puede referirse es amplio, pudiendo abarcar desde la intimidad a la protección de datos, pasando por la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, por mencionar los más significativos.

Conchillo (2018, 35), quien señala que «hasta ahora no era posible siquiera imaginar el grado de conexión que iban a tener nuestras actuales pautas de comportamiento con los albores tecnológicos, y la consiguiente superación de la realidad al propio derecho a la intimidad».

Sin embargo, la necesidad de mantener «una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia de todo poder externo» (Bobbio, 1991, 44) no se ha desvanecido. Diría más, en ningún momento –ni siquiera en los de reajuste– ha dejado de operar. La prueba más evidente es la emergencia del derecho a la protección de datos como garantía de los intereses personales de los ciudadanos. Este derecho se ha convertido en la espada y el escudo con los que las personas se han pertrechado para hacer frente a las amenazas a su vida privada. Por su parte, la intimidad, para muchos un derecho desdibujado en la era digital, ha operado como el brazo que orienta esos instrumentos para salvaguardar las partes vitales del cuerpo.

Además, la intimidad opera como parámetro de valoración en la resolución de conflictos de intereses en materia de protección de datos, muestra de ello es el caso *Nowak*³². En él, la afectación del derecho a la intimidad es el criterio que, en última instancia, hace prevalecer los derechos de acceso, rectificación y oposición del examinado frente al derecho a mantener reservada dicha información por parte del examinador³³. Sirva este ejemplo para poner de manifiesto la complementariedad existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos. Solo mediante su acción conjunta resulta posible garantizar la adecuada «tutela jurídica de los datos personales» (Nicolás Jiménez, 2006, 170).

Finalmente, la imbricación entre intimidad y protección de datos se hace patente en la configuración de este último. El análisis de su desarrollo normativo muestra que, entre las diferentes tipologías de datos personales, existen ciertas informaciones que afectan a los elementos más delicados, profundos y reservados de la persona, datos acreedores de una protección más elevada, que demandan mayores cautelas en su tratamiento³⁴. Tal distinción viene a acreditar que siguen existiendo reductos, esferas de intimidad. Por lo tanto, si el objeto que identificamos con el contenido de la intimidad pervive, ¿por qué prescindir del derecho que lo ampara?

³² Asunto C434/16, *caso Peter Nowak vs Data Protection Commissioner*, 20 de diciembre de 2017.

³³ Sobre las implicaciones del caso *Nowak*, *vid.* PODSTAWA (2018) y JOVE (2019).

³⁴ Sirva para ilustrar esta afirmación la previsión del artículo 9 (referente al tratamiento de categorías especiales de datos personales) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

En definitiva, y como conclusión, frente a las voces que abogan por la supresión de la intimidad en favor de la privacidad o la dilución de esta en el amplio océano de la protección de datos, defendemos su conservación. Su desaparición o su sustitución por fórmulas más amplias e imprecisas provocaría situaciones en las que se demandaría el establecimiento de garantías adicionales para proteger los aspectos más reservados de la vida privada, aquellos que nos identifican y nos definen de manera más precisa. Es decir, la eliminación del derecho a la intimidad no haría desaparecer su necesidad.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADINOLFI, G. (2007), «Autodeterminación informativa, consideraciones acerca de un principio general y un derecho fundamental», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 17, pp. 1-27.
- BOBBIO, N. (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema.
- BOCCHIOLA, M. (2014), *Privacy. Filosofia e Politica di un concetto inesistente*, Roma: Luiss University Press.
- BRU CUADRADA, E. (2007), «La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 5, pp. 78-92.
- CARRILLO, M. (2016), «Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación», VV. AA. *Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, pp. 11-70.
- CONDE ORTIZ, C. (2005), *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Madrid: Dykinson.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2016), «Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico», VV. AA. *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, pp. 99-122.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. Á. (1998), *La protección de datos en Europa: principios, derechos y procedimiento*, Madrid: Grupo Asnef Equifax.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1998), «Privacidad y publicidad», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1, 21, pp. 223-244.
- JOVE, D. (2019), «Peter Nowak v Data Protection Commissioner: Potential Aftermaths Regarding Subjective Annotations in Clinical Records», *European Data Protection Law Review*, 5, 2, pp. 175-183.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2003), «La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa», *Cuadernos de Derechos Público*, pp. 27-44.
- LUCENA CID, I. V. (2014), «El concepto de la intimidad en los nuevos contextos tecnológicos», GALÁN MUÑOZ, A., *La protección de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-53.
- MADRID CONESA, F. (1984), *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Valencia: Universidad de Valencia.
- MANOKHA, I. (2018), «The Cambridge Analytica scandal contextualized: Platform capital, surveillance, and data as a new ‘fictitious commodity’», *Cultures et Conflits*, 109, 1, pp. 30-59.
- MIÑO VÁSQUEZ, V. G. (2016), *El derecho a la intimidad de la información genética en el Derecho Europeo*, Sevilla: Tesis de doctorado.
- NIGER, S. (2006), *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova: CEDAM.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P. (2006), *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Bilbao-Granada: Comares.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2015), «La reformulación de los derechos fundamentales en la era digital: privacidad, libertad de expresión y propiedad intelectual», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, pp. 401-433.
- PAREJO ALFONSO, L. (1994), «El derecho fundamental a la intimidad», SAUCA, J. M., *Problemas actuales de los derechos Fundamentales*. Madrid: Carlos III-BOE, pp. 293-310.
- PASSAGLIA, P. (2018), «Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile, il caso emblematico dei social media, tra regole e ricerca di una specificità», ELVIRA PERALES, A., *El derecho a la intimidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 205-238.
- PÉREZ CONCHILLO, E. (2018), *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1994), «Dilemas actuales de la protección de la intimidad», SAUCA, J. M., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Carlos III-BOE, pp. 311-338.
- PODSTAWA, K. (2018), «Peter Nowak v Data Protection Commissioner: You Can Access Your Exam Script, Because It Is Personal Data», *European Data Protection Law Review*, 4, 2, pp. 252-259.
- RALLO LOMBARTE, A. (2018), «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en internet», ELVIRA PERALES, A., *El derecho a la intimidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 157-191.
- REBOLLO DELGADO, L. (2000), *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid: Dykinson.
- REBOLLO DELGADO, L.; SERRANO PÉREZ, M. M. (2008), *Introducción a la protección de datos*, Madrid: Dykinson.

- REDONDO SACEDA, L. (2018), «Derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) vs. Derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH). Los límites a la incorporación constitucional de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Comunicación presentada en el XVI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Obtenido de https://www.acoes.es/congreso-xvi/wp-content/uploads/sites/2/2018/04/Redondo-Saceda_Derecho-a-la-intimidad-familiar-art.-18.1-CE-vs.-Derecho-a-la-vida-familiar.pdf
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2016), «El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)», AA. VV. *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, pp. 71-98.
- RODOTÀ, S. (2014), *El derecho a tener derechos*, REVUELTA LÓPEZ, J. (trad.), Boloña: Trotta.
- ROMEO CASABONA, C. M. (2002), «La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos», Echaño Basaldua, J. I., *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 513-536.
- RUIZ MIGUEL, C. (1995), *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid: Tecnos.
- SOLOVE, D. J. (2002), «Conceptualizing Privacy», *California Law Review*, 90, 4, pp. 1087-1155.
- SUÁREZ ESPINO, M. L. (2008), *El derecho a la intimidad genética*. Madrid: Marcial Pons.
- SUÁREZ ESPINO, S. M. (2015), *Constitución y privacidad sanitaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TRONCOSO REIGADA, A. (2010), *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- WARREN, S., BRANDEIS, L. (1890), «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, 4, 5, pp. 193-220.

LA CONCILIACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS: ¿UNA MISIÓN IMPOSIBLE?

LAURA VILLALBA CANO
Universidad de Cádiz

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho fundamental a la libertad de información y su especial posición en el ordenamiento constitucional. 3. La protección de datos personales como derecho fundamental autónomo. 4. Los criterios jurisprudenciales para la resolución del conflicto. 4.1 El criterio de la veracidad. 4.2 El criterio de la relevancia pública. 4.2.1. Los hechos o materias de relevancia pública. 4.2.2 Los personajes públicos o con relevancia pública. 4.2.3. La actualidad de la noticia. 4.3 La relevancia de los datos personales en la información. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El advenimiento de las nuevas tecnologías, especialmente Internet, ha traído consigo un nuevo escenario para el ejercicio de nuestros derechos fundamentales. En este escenario, tienen un papel protagonista, por una parte, las libertades de expresión e información, ya que los usuarios encuentran en la red una extraordinaria plataforma donde compartir toda clase de ideas, informaciones, pensamientos u opiniones (Garriga Domínguez, 2016, 15). No obstante, como inevitable consecuencia de la anterior, también adquieren un papel protagonista los derechos reconocidos en los diversos apartados del 18 CE,

que pretenden mantener un reducto de privacidad que escape del conocimiento ajeno, y que resultan especialmente amenazados por la utilización de estas nuevas tecnologías (Díaz Revorio, 2009, 170). Por tanto, no es de extrañar que a menudo se susciten conflictos que involucren a estos dos grupos de derechos. En este trabajo vamos a centrarnos, particularmente, en el conflicto entre la libertad de información (art. 20.1.d CE) y el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), al ser este un conflicto que se encuentra en pleno apogeo en la actual era tecnológica, y sobre el cual no se ha establecido todavía una jurisprudencia consolidada que se adapte a las particularidades que presenta este derecho, cuyo reconocimiento como derecho fundamental autónomo es relativamente reciente.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y SU ESPECIAL POSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

El derecho fundamental a la libertad de información se reconoce y protege en el art. 20.1. d) de nuestro texto constitucional, de forma diferenciada respecto al derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 20.1.a), adoptando una concepción dual que singulariza estos dos derechos¹ y que se aparta de la tesis unificadora, acogida en otros textos normativos anteriores (véase el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, o el 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en virtud de la cual la primera de las libertades citadas constituye únicamente una aplicación o manifestación de la segunda².

La distinción señalada no resulta en absoluto baladí, toda vez que los criterios delimitados por la jurisprudencia para resolver las controversias suscitadas entre las libertades comunicativas y los derechos de la personalidad difieren cuando hacemos referencia a la libertad de expresión o a la libertad de información. El ejemplo más claro lo encontramos en el requisito de la veracidad de la información, cuyo análisis afrontaremos más adelante. Así, mientras que los hechos, por su propia naturaleza material, pueden resultar probados o demostrados, no se puede decir lo mismo de los pensamientos, opiniones o ideas cuyo carácter inmaterial no permite una demostración de su exactitud

¹ Tal y como se desprende de la STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ. 11.

² Sobre las tesis unificadora y diferenciadora respecto de ambos derechos puede verse, entre otros, CARMONA SALGADO (1991, 7-14).

(STC 107/1988, de 8 de junio, FJ. 2)³. Por ello, mientras que la veracidad se configura, como veremos, como un requisito inmanente a la libertad de información, no resulta exigible respecto a la libertad de expresión, aunque no siempre resulte sencillo diferenciar cuándo nos encontramos ante uno u otro derecho. Cuestión esta que, sin embargo, excede de los límites de este trabajo.

Enfocándonos en el derecho que aquí nos interesa, esto es, el derecho a la libertad de información, es importante comenzar destacando el trascendental papel que este derecho desempeña en nuestro sistema constitucional, y que justifica su especial posición dentro de este. En este sentido, el TC ha afirmado reiteradamente, desde sus primeras sentencias, que las libertades del art. 20 CE no son solo derechos fundamentales de la persona, sino que también significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático»⁴. De esta forma, la información se configura como un valor imprescindible y prioritario en nuestra sociedad (Romer, 2000, 38), ya que posibilita la formación de la opinión pública y la participación de los ciudadanos en los asuntos políticos, económicos, sociales o culturales. Además, el derecho a la información también tiene una notable incidencia en la propia esfera personal del individuo, influyendo de forma decisiva en su libertad y en el desarrollo de su personalidad, ya que, haciendo nuestras las palabras de Novoa Monreal (1979, 147), «todo hombre, ya sea que se le considere aisladamente o inserto en una comunidad humana, necesita información. Solamente cuando alcanza un conocimiento lo más completo posible de lo que sucede en su entorno y en el mundo puede formarse una opinión que lo deje en situación de buscar y organizar, con verdadera libertad, la forma de vida que le parezca más adecuada».

Por todo ello, la eficacia de la libertad de información va más allá que la común y propia de otros derechos fundamentales⁵. Se le reconoce así una posición prevalente frente a otros derechos fundamentales con los que pueda entrar en conflicto, prevalencia que no debe ser entendida desde un punto de vista jerárquico, sino como una posición similar a la propia de un *primus inter pares* (Carrillo López, 2003, 70), y que alcanza su máximo nivel cuando es ejercida por profesionales y a través de cauces de comunicación institucionalizados⁶.

³ En el mismo sentido se manifestó el TEDH en la conocida sentencia de 8 de julio de 1986, caso *Lingens* (N.º 9815/82), § 46.

⁴ Entre otras, SSTC 12/1982, de 31 de marzo, FJ. 3, o 104/1986, de 17 de julio, FJ. 5

⁵ Entre otras, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ. 2, o 121/1989, de 3 de julio, FJ. 2.

⁶ Por todas, STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ. 10.

Esto último no implica que solo aquellos cuya profesión específica consiste en la búsqueda y difusión de la información sean los titulares de la libertad que reconoce el art. 20.1.d), aunque tradicionalmente hayan sido estos los que la hayan ejercido con mayor frecuencia, sino que este derecho pertenece por igual a todos los ciudadanos⁷. Además, esta visión tradicional de la actividad informativa que se circunscribe únicamente a los profesionales de la información ha quedado ampliamente superada con la implantación de las nuevas tecnologías, que han puesto al alcance de los ciudadanos de a pie múltiples medios que les permiten ejercer sus libertades comunicativas, convirtiéndose al mismo tiempo en receptores y emisores de información. En este sentido, como ha puesto de relieve recientemente nuestro TC, «hoy, la información periodística ya no es sólo la actualidad publicada en la prensa escrita o audiovisual, sino un flujo de datos sobre hechos y personas que circula por cauces no siempre sujetos al control de los propios medios de comunicación»⁸.

Por último, es preciso señalar que esta posición preferente a la que hacíamos referencia no es, en modo alguno, absoluta, al igual que tampoco lo es el derecho fundamental a la libertad de información. Así, si bien se ha reconocido su papel como garantía de la opinión pública, solo gozarán de esa protección especial las intromisiones o injerencias en otros derechos fundamentales que sean necesarias y congruentes con dicha finalidad, pero no alcanza a aquellos supuestos de ejercicio desmesurado y desproporcionado⁹. Otra de las manifestaciones del carácter limitado de la libertad de información la encontramos en la propia Constitución, que establece, sin ánimo de exhaustividad, algunos límites específicos de los derechos del art. 20. 1. No es de extrañar que el constituyente no contemplara en esta disposición el derecho a la protección de datos personales (art. 18. 4 CE) como uno de estos límites, debido al reconocimiento relativamente tardío de este derecho fundamental, como pasaremos a exponer en el siguiente apartado.

3. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO

Como hemos visto, el desarrollo tecnológico ha traído consigo un cambio de paradigma en la forma de transmitir y difundir la información. Sin embargo, este avance tecnológico también entraña ciertos riesgos para los derechos

⁷ Así lo ha reconocido el TC desde sus primeras sentencias. Por todas, STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ. 4.

⁸ STC 58/2018, de 4 de junio, FJ. 5.

⁹ Por todas, STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ. 5

y las libertades de los individuos, que perciben impotentes cómo sus datos personales escapan de su control y pasan a formar parte de un flujo de información imparabable y globalizado, generado a raíz del desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación. En palabras de Troncoso Reigada (2010, 45), «la informática es vivida, al mismo tiempo, como una amenaza y una garantía de los derechos de los ciudadanos». Por este motivo, cualquier sistema jurídico que tenga como pilares fundamentales la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, reconoce en su ordenamiento jurídico el derecho de los individuos a la protección de sus datos personales (Millán Salas y Peralta Ortega, 1995, 203).

En lo referente a nuestro ordenamiento constitucional, la Constitución Española de 1978 fue una de las pioneras en dedicar un precepto a las relaciones entre la informática y los derechos fundamentales, tras la Constitución lusa de 1976 (Serrano Pérez, 2003, 123-124), a diferencia de otros sistemas iusfundamentales más antiguos, como el establecido en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que no contemplan una disposición expresa que reconozca el derecho a la protección de datos personales (Guichot Reina, 2011, 25). Así, nuestro constituyente fue consciente de los eventuales peligros derivados de la informática, especialmente de un uso inadecuado de la misma, y como consecuencia, introdujo en el texto constitucional una previsión a través de la cual encomendó al legislador la labor de limitar el uso de la informática en aras de salvaguardar los derechos de los ciudadanos, que se contiene en el art. 18.4 CE¹⁰ (Conde Ortiz, 2005, 36-37).

No obstante, a pesar de la existencia y entrada en vigor de este precepto constitucional el 29 de diciembre de 1978, al igual que las restantes disposiciones constitucionales, no podemos hablar propiamente de un derecho fundamental a la protección de datos personales, también denominado derecho a la autodeterminación informativa¹¹, hasta que el citado derecho fue reconocido como tal por nuestra jurisprudencia constitucional. Por tanto, el derecho a la protección de datos se constituye en nuestro país, así como en otros países de

¹⁰ Aunque la inclusión de una disposición relativa a esta materia en el texto constitucional fue reconocida y alabada por la doctrina, la redacción del precepto fue duramente criticada, debido a su inconcreción y por no haber tenido en cuenta la experiencia comparada, especialmente el art. 35 de la Constitución portuguesa. Entre otros, SERRANO PÉREZ (2003, 123-125); DÍAZ REVORIO (2009, 177); GARRIGA DOMÍNGUEZ (2016, 94); o RALLO LOMBARTE (2017, 644).

¹¹ Según LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (2008, 44), la diferencia entre ambas expresiones estriba en que esta última «se acuñó y utilizó por primera vez por el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo», mientras que la primera «es la acogida por la LOPD, por nuestro Tribunal Constitucional y por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Este autor, junto con el profesor Pérez Luño, fue pionero en la delimitación y conceptualización del derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental autónomo.

nuestro entorno, como Italia o Alemania, como un derecho eminentemente de construcción jurisprudencial (Troncoso Reigada, 2003, 235), ya que su configuración, contenido y limitaciones son el resultado de la labor interpretativa llevada a cabo por el Tribunal Constitucional a partir del art. 18.4 CE. El primer paso hacia el reconocimiento de este derecho como un derecho fundamental autónomo se produce con la sentencia 254/1993, de 20 de julio, donde nuestro TC pone de relieve que el art.18.4 incorpora, por una parte, «un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad», pero también al mismo tiempo, «un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a la potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática»» (FJ. 6). Ya en esta sentencia, el TC reconoce la complejidad del contenido de este derecho (Garriga Domínguez, 2010, 36-37), dotándole provisionalmente, hasta la existencia de un desarrollo legislativo, de un contenido negativo –derivado del propio tenor del precepto–, y otro positivo –integrado por aquellas facultades necesarias para controlar el uso de los datos personales que se insertan en un programa informático– (FJ. 7) ¹².

Sin embargo, no será hasta el año 2000, en sus dos sentencias de 30 de noviembre (SSTC 290/2000 y 292/2000), cuando el TC afirme de forma rotunda y sin las ambigüedades y contradicciones que caracterizaron a la sentencia anterior, la consideración del derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo del resto de derechos de nuestra Constitución, y comience a delimitar el contenido, objeto y límites de este derecho, dedicando un notable esfuerzo para diferenciarlo de otros derechos conexos, especialmente del derecho a la intimidad (Herrán Ortiz, 2002, 109). Así, según esta sentencia, el contenido del derecho fundamental a la protección de datos «consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo

¹² Esta trascendental sentencia fue ampliamente comentada en la doctrina, donde suscitó opiniones de diversa índole y, en ocasiones, contradictorias. Así, por una parte, ciertos autores afirmaron que en la sentencia aludida se reconoció la existencia de un derecho autónomo en el art. 18.4 CE (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 2008, 44); mientras que otros llegaron a una conclusión opuesta, al considerar que en esta sentencia no se constituyó el «derecho a la libertad informática» como un derecho independiente, sino subordinado derecho a la intimidad, concebido como una garantía instrumental del mismo (entre ellos, VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1994, 205).

oponerse a esa posesión o uso» (FJ. 7), y que se concreta en una serie de facultades atribuidas a su titular¹³.

Por último, tal y como se predica respecto al resto de derechos fundamentales, el TC recalca que el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto. Por tanto, aunque la Constitución no le imponga límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación, los límites a su ejercicio han de encontrarse en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, conforme al principio de unidad de la CE (FJ. 11).

4. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

A pesar de que el derecho a la protección de datos personales encuentra su límite en los restantes derechos fundamentales de los individuos, la normativa comunitaria que se ha encargado de regular esta materia siempre ha prestado una especial atención a la conciliación entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a la protección de datos, remitiendo a los Estados miembros la adopción de las excepciones o exenciones que resulten necesarias en aras de la consecución de este objetivo¹⁴. Sin embargo, el legislador nacional no se ha pronunciado hasta ahora en esta materia¹⁵, ni tampoco parece ser esta su intención en un futuro próximo. Por tanto, en ausencia de una ley al respecto, más allá de la ley general de protección de datos personales, la problemática relativa a la conciliación entre estos dos derechos fundamentales ha quedado relegada a los órganos jurisdiccionales (López Calvo, 2016, 163). En este senti-

¹³ Estas facultades aparecen reguladas en el Capítulo III del RGPD («Derechos del interesado»), e incluyen: el derecho a la información (arts. 12, 13 y 14), el derecho de acceso (art. 15), el derecho de rectificación (art. 16), el derecho de supresión o «derecho al olvido» (art. 17), el derecho a la limitación del tratamiento (art. 18), el derecho a la portabilidad de los datos (art. 20), el derecho de oposición (art. 21), y el derecho a no ser objeto de decisiones individuales automatizadas (art. 22).

¹⁴ Véase en este sentido el Preámbulo del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el el Considerando 37 y el art. 9 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

¹⁵ No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna ley que aborde el tema de la conciliación entre estos dos derechos fundamentales, ni se ha incluido ninguna disposición específica en esta materia en las leyes españolas de protección de datos personales que se han aprobado hasta el momento –la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal–, así como tampoco en el Proyecto de la futura Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal que se está tramitando actualmente en las Cortes Generales.

do, es preciso señalar que nuestro TC ha consolidado en sus resoluciones una serie de criterios hermenéuticos tendentes a solventar los conflictos entre el derecho a la libertad de información (art. 20.1.d) y otros derechos de la personalidad, como el derecho al honor o el derecho a la intimidad (art. 18.1). Esta doctrina, que coincide en lo esencial con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha trasladado con algunas particularidades a la resolución de los enfrentamientos que involucran a la libertad de información y la protección de datos personales, debido a la vinculación existente entre los apartados primero y cuarto del art. 18 CE, tal y como se desprende de la reciente STC 58/2018.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el siguiente punto de nuestro trabajo consistirá en abordar, dentro de los límites que permite la extensión del mismo, el estudio de las distintas pautas establecidas por la jurisprudencia del TC para resolver los conflictos entre ambos derechos fundamentales.

4.1 El criterio de la veracidad

El propio precepto constitucional contempla este requisito al reconocer y proteger el derecho «a comunicar o recibir libremente información *veraz* por cualquier medio de difusión», constituyéndose como un límite interno de la libertad de información. De esta forma, la determinación de lo que debe entenderse por información veraz cobra una vital relevancia a la hora de dilucidar si la actuación del informador queda o no amparada bajo la protección constitucional dispensada por el art. 20.1.d). En este sentido, desde la STC 6/1988, de 21 de enero nuestro TC ha manifestado en reiteradas ocasiones que la noción de veracidad no exige necesariamente la absoluta exactitud y rigurosidad del contenido de la información, ya que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (FJ. 5). Más bien, lo que se pretende con esta exigencia es excluir de la protección constitucional conferida por el derecho fundamental a la libertad de información a todas aquellas conductas que implican la transmisión, bajo la apariencia de hechos verdaderos, de «rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como de noticias gratuitas o infundadas», conculcando con ello el derecho de todos los ciudadanos a recibir

información veraz¹⁶. Para ello, se impone al informador un deber de diligencia que le obliga a realizar, con carácter previo a la divulgación de la noticia, una labor indagatoria de los hechos sobre los que se pretende informar, así como una actividad de contraste con datos objetivos¹⁷. La concurrencia de este nivel de diligencia supone la enervación de la responsabilidad, aunque la noticia difundida no sea del todo exacta (Muñoz, 1988, 177).

No obstante, este requisito de veracidad opera de forma distinta en función del derecho de la personalidad con el que colisione la libertad de información. Así, mientras que la veracidad de la información ha sido configurada, en principio, como «causa legitimadora» de las injerencias en el derecho al honor, en el caso del derecho a la intimidad constituye un «presupuesto necesario» de dicha injerencia (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ. 2). En cuanto al derecho a la protección de datos personales, resulta relevante acudir en este punto a la STC 58/2018, en la que el TC se pronuncia sobre la aplicación al derecho de protección de datos del canon habitual establecido por la jurisprudencia para dirimir los conflictos entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad. El TC en esta sentencia, al hacer referencia al criterio de la veracidad de la información, se limita a trasladar la doctrina expuesta con anterioridad en relación al derecho a la intimidad, sin introducir matizaciones o especificaciones atendiendo a las particularidades que presenta este derecho. Por tanto, al igual que en el derecho a la intimidad, en los litigios que impliquen un enfrentamiento entre la libertad de información y el derecho a la protección de datos personales «la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión»¹⁸, máxime teniendo en cuenta la obligación que impone a los responsables del tratamiento la normativa sobre protección de datos personales de que los datos personales utilizados sean exactos y actualizados [art.5.1.d) RGPD], que impone, asimismo, un deber de diligencia sobre el responsable del tratamiento para adoptar «todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan»¹⁹. Y es que solo los datos personales que respondan con veracidad y actualidad a la situación del afectado podrán servir para alcanzar los fines para

¹⁶ Entre otras muchas, SSTC 172/1990, FJ. 3; 144/1998, de 30 de junio, FJ. 4; 199/1999, de 8 de noviembre, FJ. 2; o 86/2017, de 4 de julio, FJ. 5.

¹⁷ Entre abundante jurisprudencia, SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ. 3; 52/1996, de 26 de marzo, FJ. 2; 3/1997, de 13 de enero, FJ. 2; 148/2002, de 15 de julio, FJ. 5; 50/2010, de 4 de octubre, FJ. 5.

¹⁸ Entre otras muchas, SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ. 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ. 8, reproducidas en la STC 58/2018, FJ. 7.

¹⁹ En este sentido, según APARICIO SALOM (2018, 388-389), el RGPD configura este deber de exactitud de los datos «como una obligación de esfuerzo razonable, y no como una obligación absoluta y de resultado del responsable del tratamiento».

los que están siendo tratados sus datos, en el caso que aquí nos ocupa, contribuir a la formación de la opinión y el debate públicos.

No obstante, en nuestra opinión, la exigencia del cumplimiento del deber de diligencia del informador a efectos de determinar la veracidad de la noticia no resultará de aplicación en los mismos términos a los medios de comunicación institucionalizados que a los periodistas autónomos o, ni mucho menos, a los particulares, ya que mientras los primeros están sujetos a los cánones de diligencia derivados de la profesión informativa, no ocurre lo mismo con estos últimos. De ahí que la presunción de prevalencia del derecho de información frente a los derechos de la personalidad se circunscriba, en principio, a aquellos supuestos en los que la información se transmite a través de medios de comunicación institucionalizados, que están sometidos a parámetros más estrictos de diligencia profesional contenidos en sus normas deontológicas.

4.2 El criterio de la relevancia pública

La libertad de información, como garante de la opinión pública libre y el pluralismo político indispensables en cualquier Estado democrático, requiere que la información transmitida y que pretende obtener cobertura en el art. 20.1.d), además de ser veraz, verse sobre cuestiones de interés general, dado que la protección de este derecho «se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública»²⁰. Por tanto, la concurrencia de este requisito resulta imprescindible para legitimar las intromisiones en los derechos del particular que se va a ver afectado por las informaciones publicadas, entre ellos, su derecho a la protección de datos personales²¹. *Sensu contrario*, la posición preferente atribuida a la libertad de información decae en los supuestos en los que la información ofrecida guarda relación con conductas privadas que carecen de interés público, cuyo conocimiento y enjuiciamiento por la sociedad no resulta necesario para la conformación de la opinión pública. En este sentido, como afirma nuestro TC, el art. 20.1.d) no otorga protección a la satisfacción

²⁰ Por todas, STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 3.

²¹ En este sentido, nuestro TC ha manifestado que solo cuando la información resulte de interés público puede exigirse «a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad» (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ. 3).

de la mera curiosidad del público en general, sino a la información de interés colectivo²².

Para dilucidar acerca de la trascendencia pública de una determinada información, la doctrina tradicional del TC alude a dos elementos principales: un elemento objetivo o material, relativo a la materia objeto de la información, y un elemento subjetivo o personal, atendiendo al carácter público de la persona a la que concierne.

4.2.1 LOS HECHOS O MATERIAS DE RELEVANCIA PÚBLICA

En estos supuestos, es el asunto o la materia de la noticia lo que determina su trascendencia pública, independientemente del carácter público o privado de sus protagonistas²³. Al respecto, es preciso señalar que no existe un catálogo taxativo de materias que sean objeto de interés público, sino que esta cuestión deberá determinarse caso por caso. No obstante, el TC ha establecido algunas pautas o criterios generales sobre esta cuestión. Así, según se extrae de la doctrina constitucional, pueden calificarse como relevantes todas aquellas materias relacionadas con la idea de sistema democrático, dada la vinculación existente entre la opinión pública libre y plural y la existencia de un Estado democrático (Díez Bueso, 2002, p. 220), como por ejemplo, aquellas relativas a las condiciones de prestación de los servicios públicos²⁴, o a sucesos contrarios a los valores constitucionales sucedidos en el contexto de una campaña electoral²⁵. Asimismo, como regla general, el TC ha reconocido el interés noticioso de los hechos o sucesos de relevancia penal²⁶, interés que abarca no solo el hecho en sí mismo, sino que se extiende a otros aspectos, como los resultados alcanzados en sus investigaciones por las Fuerzas de Seguridad²⁷, así como los datos o hechos novedosos que se vayan descubriendo en el trascurso de dichas investigaciones en

²² Entre otras, SSTC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ. 5; o 18/2015, de 16 de febrero, FJ. 4. En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH, en su sentencia de 24 junio 2004, caso Von Hannover c. Alemania, donde manifestó que la satisfacción de «la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad» (§ 65).

²³ Por todas, STC 320/1994, de 28 de noviembre, FJ. 5.

²⁴ STC 143/1991, de 1 de julio, FJ. 5.

²⁵ STC 29/2009, de 26 de enero, FJ. 5.

²⁶ Entre otras, SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ. 4; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ. 4; o 139/2007, de 4 de junio, FJ. 8.

²⁷ En especial cuando los delitos cometidos poseen, por su gravedad o frecuencia, una indudable repercusión social (entre otras, SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ. 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ. 8; o 185/2002, de 14 de octubre, FJ. 4).

relación con la autoría, causas u otras circunstancias del delito²⁸. También se ha reconocido el interés público de otras materias que afectan, por ejemplo, a la seguridad del tráfico²⁹ o a cuestiones de salud pública³⁰.

4.2.2 LOS PERSONAJES PÚBLICOS O CON RELEVANCIA PÚBLICA

Por otra parte, puede que la razón de que una concreta información revista interés público radique en la persona que la protagoniza, bien por tratarse de un personaje público, en atención al cargo que desempeña, o bien porque su dedicación a actividades que persiguen notoriedad pública³¹. De conformidad con la jurisprudencia de nuestro TC, estas personas «aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos»³². No obstante, si bien es cierto que estos sujetos deberán soportar mayores intromisiones en sus derechos consagrados en el art. 18 CE, esto no implica en modo alguno que estos queden completamente vacíos de contenido. En este sentido, únicamente gozarán de protección constitucional aquellas informaciones que guarden conexión con la proyección pública de la persona a la que se refieren³³, o bien, que hayan sido voluntariamente divulgados por los propios afectados³⁴.

²⁸ Entre otras, SSTC 121/2002, de 20 de mayo, FJ. 4; o 232/1993, de 12 de julio, FJ. 4.

²⁹ En este sentido, las SSTC 171/1990 y 172/1990, ambas de doce de noviembre, reconocieron la innegable relevancia pública de un accidente aéreo y de sus posibles causas y consecuencias (FJ. 7 y FJ. 4, respectivamente).

³⁰ A modo de ejemplo, la STC 20/1992, de 14 de febrero, declaró el interés de la comunidad en estar informada sobre el origen y la evolución de un determinado mal o enfermedad (FJ. 3). Por su parte, en el ATC 155/2009, de 18 de mayo, el TC reconoció la legitimidad de una información relativa al abuso en la prescripción de medicamentos y los perjuicios derivados para la salud (FJ.3).

³¹ Para el TC, estos sujetos alcanzan notoriedad pública «tanto por su actividad profesional, como por la habitual divulgación en medios de comunicación de circunstancias diversas de su vida privada personal y familiar» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ. 7).

³² STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ. 5.

³³ STC 18/2015 de 16 febrero, FJ. 5

³⁴ Entre otras, SSTC 7/2014, FJ 4; o 18/2015, de 16 de febrero, FJ. 5.

4.2.3 LA ACTUALIDAD DE LA NOTICIA

Por último, además de los dos elementos señalados, en este trabajo queremos hacer referencia, asimismo, a un tercer elemento cuya valoración puede, o más bien debe, ser tenida en cuenta a la hora de determinar la relevancia pública de la información, y al que el TC hizo referencia en su sentencia 58/2018: el elemento temporal. Como acertadamente señaló la sentencia referida, la relevancia pública de una información también puede guardar relación con la «actualidad» de la noticia, es decir, «con su conexión, más o menos inmediata, con el tiempo presente» (FJ. 7). Y es que, con la implantación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, hemos asistido a un cambio radical respecto a los métodos tradicionales de recogida, almacenamiento, conservación y difusión de la información. Estas técnicas posibilitan que la información que los usuarios vuelcan en Internet se conserve de forma ilimitada, sin sufrir deterioro alguno con el devenir del tiempo, y que al mismo tiempo resulte accesible para cualquier persona, en cualquier momento y desde cualquier lugar del mundo, difuminando cualquier tipo de barrera espacio-temporal (López Portas, 2015, 147). Esto puede generar, y de hecho así está ocurriendo, situaciones en las que se recuperan y vuelven a difundir informaciones relativas a hechos acontecidos mucho tiempo atrás. En estos casos, a efectos de determinar la trascendencia pública de dicha información, habrá que valorar su vinculación con la realidad actual para dirimir sobre su capacidad para contribuir a la conformación de la opinión pública.

4.3 La relevancia de los datos personales en la información

Como manifestamos en el primer apartado de este trabajo, solo las intromisiones en otros derechos fundamentales que sean necesarias y congruentes con la finalidad perseguida por el derecho a la libertad de información, esto es, la contribución a la formación de la opinión pública, gozarán de la especial protección que se reconoce a este derecho. Por ello, una vez que comprobada la veracidad y la relevancia pública de la información transmitida, el último punto es analizar la proporcionalidad de la injerencia sufrida en el derecho a la protección de datos personales, poniéndola en relación con la finalidad perseguida con la difusión de la noticia. Así pues, para que la restricción o limitación del derecho a la protección de datos, provocada por la publicación de los datos personales del afectado, pueda considerarse constitucionalmente legítima, será necesario que supere el juicio de proporcionalidad (*balancing test*), esto es: a) que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido, esto es, que sea

apta y adecuada para ayudar a conformar la opinión social; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, de forma que no existan otras medidas menos gravosas que permitan conseguir dicho fin reduciendo o eliminando los sacrificios al derecho a la protección de datos personales; y c) que sea proporcional en sentido estricto, es decir, que el menoscabo sufrido por el derecho a la protección de datos no resulte exorbitando o desmedido en comparación con los beneficios que van a obtenerse con la publicación y la difusión de la información³⁵.

En el derecho a la protección de datos personales, este juicio de proporcionalidad se reformula para dar lugar a uno de los principios que deben inspirar y regir cualquier tratamiento de datos personales, el principio de minimización de datos (en un sentido análogo, Rallo Lombarte, 2009, 111). En virtud de este principio, que se recoge en art. 5.c) del RGPD, los tratamientos de datos personales serán «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados»³⁶. Es decir, siguiendo lo establecido por el TC, «ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita»³⁷, de forma que no se publiquen en la noticia más datos personales de los estrictamente necesarios para conseguir la finalidad perseguida con aquella. Por tanto, no será posible determinar, en abstracto, si un dato es adecuado, pertinente y no excesivo, sino que estas características deberán ponerse en relación con la finalidad para la que se obtuvieron los datos (Davara Fernández de Marcos, 2011, 106).

Por ejemplo, en la STC 154/1999, de 14 de septiembre³⁸, el TC consideró que la inclusión de los datos personales del demandante de amparo en el reportaje cuyo contenido fue objeto de recurso, que incluía también datos relativos a su vida sentimental, no supusieron una vulneración gratuita o innecesaria del art. 18.4 CE, debido a la gravedad de los hechos descritos (FJ. 9). En sentido contrario, la STC 14/2003, de 28 de enero, no consideró idónea, necesaria ni proporcionada la divulgación de la reseña fotográfica del presunto autor de un hecho delictivo, pues, al encontrarse este detenido, la información

³⁵ En el mismo sentido, STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ. 4 e), en relación con el derecho a la intimidad.

³⁶ En un sentido análogo, 4.1 LOPD y 4.1 LORTAD, en relación al tradicional principio de calidad de los datos.

³⁷ Lo el TC denomina principio de congruencia y racionalidad en la utilización de los datos (STC 94/1998, de 4 de mayo de 1998, FJ. 1).

³⁸ En esta sentencia, se analiza la legitimidad de una serie de reportajes periodísticos publicados en la sección de sucesos del diario «ABC», relativos a la imputación de supuestas violaciones de varias alumnas, menores de edad y deficientes mentales, realizadas en un Centro de Educación Especial por parte, presuntamente, del logopeda del centro.

sobre los fines de la investigación y esclarecimiento de los hechos investigados podría haberse alcanzado perfectamente, informando a la opinión pública sobre las investigaciones policiales llevadas a cabo, sus resultados positivos, la detención de dos de las personas presuntamente implicadas en los hechos investigados y la búsqueda de la tercera que se encontraba huida e identificada por su propia reseña fotográfica, por lo que la merma sufrida en los derechos del actor era innecesaria y podría haber sido evitada (FJ. 11). Igualmente, el ATC 155/2009, de 18 de mayo, estimó vulnerado el art. 18.4 CE dado que la finalidad legítima perseguida con la publicación recurrida, que era la de informar sobre el abuso en la prescripción de antibióticos y los perjuicios para la salud derivados del mismo, podría haberse alcanzado por otros medios, sin la publicación de los datos personales de ciertos médicos y farmacéuticos.

Por tanto, podemos concluir que, puesto que no existe una jerarquía entre los derechos en conflicto, la determinación de la prevalencia de uno u otro derecho deberá dilucidarse a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, siendo necesario que la información sea veraz y de relevancia pública, así como que los datos personales publicados sean adecuados, pertinentes y no excesivos, para que pueda entenderse que prevalece el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) frente al derecho a la libertad de protección de datos personales del art. 18.4 CE.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APARICIO SALOM, J. (2018), «Capítulo XVI. Derechos del interesado (arts. 12-19)», LÓPEZ CALVO, J. (coord.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Madrid: Wolters Kluwer.
- CARRILLO LÓPEZ, M. (2003), *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- CONDE ORTIZ, C. (2005), *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Madrid: Dykinson.
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, I. (2011), *Hacia la estandarización de la protección de datos personales*, Madrid: La Ley.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2009), *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos: Genética e Internet ante la Constitución*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2016), *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del big data y de la computación ubicua*, Madrid: Dykinson.
- GUICHOT REINA, E. (2011), «Transparencia versus Protección de Datos»; texto de la Ponencia impartida en el marco del VI Congreso Anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo [en línea].

- HERRÁN ORTIZ, A. I. (2002), *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ CALVO, J. (2017), *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Madrid: Sepin.
- LÓPEZ PORTAS, M. B. (2015), «La configuración jurídica del derecho al olvido en el derecho español a tenor de la doctrina del TJUE», *Revista de Derecho Político*, 93, pp. 143-175.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2008), «*El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales (The right to informative self-determination and the protection of personal data)*», *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*, 20, pp. 43-58.
- MILLÁN SALAS, F.; PERALTA ORTEGA, J. C. (1995), «El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 5, pp. 203-222.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1988), *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona: Ariel.
- NOVOA MONREAL, E. (1979), *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Madrid: Siglo XXI Editores.
- RALLO LOMBARTE, A. (2009), «La garantía del derecho constitucional a la protección de datos personales en los órganos judiciales», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 5, pp. 97-116
- (2014), *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2017), «De la ‘libertad informática’ a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)», *Revista de Derecho Político UNED* (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I)), 100, pp. 639-669.
- ROMER COLOMA, A. M. (2000), *La libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Madrid: Civitas Ediciones.
- SERRANO PÉREZ, M. M. (2003), *El derecho fundamental a la protección de datos: derecho español y comparado*. Madrid: Civitas.
- TRONCOSO REIGADA, A. (2003), «La protección de datos personales una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de derecho público* (Ejemplar dedicado a: Protección de datos), 19-20, pp. 231-334.
- (2010), *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. (1994), «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, pp. 187-224.

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD INFORMÁTICA EN AMÉRICA LATINA

DIANA MARÍA CASTANO VARGAS
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

SUMARIO: 1. Observaciones introductorias. 2. Antecedentes históricos. 3. Del *habeas corpus* al *habeas data*. 4. Origen y evolución normativa del derecho/garantía de *habeas data* en América Latina. 5. *Habeas data* y Constitución. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

1. OBSERVACIONES INTRODUCTIVAS

A partir de la segunda mitad del siglo xx el desarrollo irrefrenable de las comunicaciones a través del uso de la tecnología ha generado una completa transformación del panorama relacional. La forma de emisión, recepción y aprehensión de la información en circulación y los mismos canales que tradicionalmente habían sido utilizados para ello, no son los mismos.

De una comunicación lenta y restringida en su campo de acción se ha pasado vertiginosamente a una comunicación inmediata, sin barreras ni límites, ocasionando la génesis de nuevas formas y modos de relacionarse, tanto a nivel personal como a nivel interinstitucional, cuyos cimientos se encuentran en la informática en sus diferentes acepciones, más en concreto en las nuevas

«Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC)» (Pérez, Luño Robledo, 2017, 35).

El desarrollo de los medios de información de masa, de las redes mundiales de transmisión de datos, de la telefonía fija y móvil satelital, de la televisión, de las tecnologías multimediales y de las bases de datos, han tomado por sorpresa todas las ramas del poder público. Así, el legislador ha tenido que intervenir, en la mayoría de los casos *ex post*, con la finalidad de definir y regular jurídicamente situaciones antes desconocidas; el ejecutivo ha pasado en pocos años de un simple gobernar a un «gobernar electrónico»; la magistratura ha tenido que hacer frente a difíciles conflictos respecto a bienes jurídicos dignos de tutela que no contaban con una base y articulación legal.

En aras de dar respuesta a fenómenos como el informático, el juez de conocimiento a menudo se ha encontrado en la difícil labor de subsanar el defecto legislativo ante la solicitud concreta de administración de justicia, convirtiéndose de esta manera en un factor fundamental, tanto en la redefinición de los equilibrios internos del tradicional cuadro de las fuentes del derecho como en la actualización y dinamización del mismo.

De otro lado, a partir de los años setenta, en la nueva sociedad de la información, la discusión doctrinaria europea y americana, se centra en el estudio y análisis de los riesgos y peligros que la compilación y sistematización de datos personales representaba para la humanidad, teniendo en cuenta que, el nuevo devenir del poder se encontraba representado justamente en la acumulación de dicha información, facilitada por la evolución tecnológica, en concreto, a partir del nacimiento de la informática y más tarde del internet (Frosini, 1977, 7; Pérez Luño, 1981, 35; García Pablos de Molina, 1984, 40; Gutiérrez Francés, 1991, 39; Álvarez-Cienfuegos Suárez, 2001, 13).

En sus inicios, la atención de la naciente doctrina de la libertad informática, cuyo fundamento ideológico se encuentra en la concepción de un nuevo liberalismo, se concentraba en la creación de teorías jurídicas que permitieran, en primera medida, la descripción, parametrización y proyección del fenómeno, así como la proposición de mecanismos a implementarse para la protección de los principios, derechos y libertades fundamentales que pudieran verse afectadas, *in primis*, la protección de la intimidad con referimento a los ficheros, bases o banco de datos (Frosini, 1981, 37).

La libertad informática, al igual que la libertad política, comprende dos acepciones, libertad informática positiva y libertad informática negativa. La libertad informática negativa, expresa el derecho de no hacer de dominio público ciertas informaciones de carácter personal, privado y reservado; la libertad informática positiva, en cambio, expresa la facultad de ejercer un derecho

de control sobre los datos concernientes a la propia persona que han desbordado el perímetro de la esfera privada para convertirse en elementos del *input* de un programa electrónico y, por ende, libertad informática positiva, o derecho subjetivo a conocer, corregir, suprimir o agregar datos en el fichero o tarjeta electrónica personal (Frosini, 1992, 173).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para comprender el plurinominado fenómeno es necesario remontarse al año 1890 momento en el cual, en los Estados Unidos de Norteamérica, se comienzan a elaborar las primeras teorías doctrinarias sobre el derecho a la *privacy* y el derecho a ser dejado en paz, a no ser molestado (*right to be alone*). Muestra de ello es el célebre ensayo publicado a finales del siglo XIX por dos juristas norteamericanos, Warren y Brandeis, (1890, 193) *The Right to Privacy*, mediante el cual los autores dieron definición a la privacidad y la catalogaron como un atributo de la personalidad inviolable.

Dichas teorías encuentran un reconocimiento jurisprudencial algunos años más tarde a través de dos famosas sentencias, de una parte, *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, 473 (1928) en concreto, a partir de la *dissenting opinion* elaborada por el mismo juez Brandeis, la cual constituye una piedra angular en materia de *privacy* en cuanto vislumbra la existencia de un derecho autónomo a la *privacy* y el valor que ella posee para su propietario y, de la otra, *Katz v. United States*, 389 E U. S. 347, 353 (1967) mediante la cual se acuñó el concepto de «expectativa razonable de privacidad» o «expectativa razonable de intimidad». Antes de dichos pronunciamientos, las necesidades de protección de la vida privada eran satisfechas como un acápite del derecho a la reputación, al honor, a la protección de la libertad física, protección del domicilio, entre otros (Frosini, 1981, 10).

Los nuevos derechos y teorías sobre la *privacy* aparecen en el escenario jurídico evolucionando paralelamente con la libertad de información de la cual derivan tanto la libertad informática, como el derecho de autodeterminación informativa, que atribuyen «(...) la reivindicación por parte de los individuos, los grupos y las instituciones, de decidir por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida (...) pueden ser transmitidas a terceros informaciones que les atañen directamente» (Westin, 1967, 106; Miller, 1971, 25).

Entre las primeras legislaciones que han reconocido expresamente la libertad informática y el derecho de autodeterminación informativa pueden ser citados dos grandes corrientes. La corriente americana y aquella europea.

La doctrina comunmente reconocida como *Habeas Data* surgió en el seno de la doctrina jurídica norteamericana en el periodo de promulgación de la *Privacy Act*, en el año 1974. Así, Estados Unidos tomó la iniciativa legislativa para proteger la libertad informática y el ámbito personal del ser humano de las factibles vulneraciones de estos derechos con ocasión del registro y propagación de la información personal de los bancos de información. El denominado *Privacy Act* representa un mecanismo para la protección del derecho a la libertad y a la intimidad. Tal disposición instaura una amplia reglamentación sobre la práctica, tratamiento, uso y difusión de la información de datos personales de los individuos que se conservan en los sistemas de registros de las agencias federales.

Paralelamente, la corriente europea se encuentra constituida por el grupo: a). la *Datenschutz* (Ley de tratamiento de datos personales) del 1970 en el *Land de Hesse* de la República Federal de Alemania del 1970, con la cual se preveía la protección de las personas ante las amenazas y peligros que representaba el tratamiento informatizado de datos nominativos por parte de la pública administración; b). la *Data Lag* 289 de 1973, modificada por la Ley n. 446 de 1982 por la cual en Suecia se creaba un sistema de registro abierto en el que venían publicados los bancos de datos personales automatizados respecto a personas físicas, los cuales debían contar para su funcionamiento con una específica autorización; c). la ley francesa sobre Informática, Archivos y Libertades de 1978, mediante la cual se creó una autoridad administrativa independiente *Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades* compuesta por 17 miembros y con algunas competencias similares a las de la figura del *Mediateur* (institución francesa equivalente al Ombudsman), cuyo objetivo es garantizar, entre otras facultades, el derecho de acceso de los ciudadanos franceses a sus datos personales frente a utilizaciones indebidas de la informática.

Es menester señalar, a los fines del presente trabajo investigativo, la primicia en el reconocimiento constitucional del «principio de la libertad informática» realizada por el texto constitucional de Portugal (1976), artículo 35 superior modificado en 1982, el cual proclama una protección de la libertad informática incisiva, amplia y concreta. En efecto, reconoce los derechos de acceso, rectificación, actualización y prohíbe el tratamiento de datos personales sensibles, salvo para fines estadísticos.

Sucesivamente, la libertad informática se constituyó en el artículo 18, inciso 4 del estatuto superior de España (1978). El contenido y alcance de la norma constitucional desde su génesis ha despertado los más contradictorios debates, no solo por su ubicación sistemática al interno de la Carta (en lo que dice relación al derecho a la intimidad), sino por el grado de tutela que tal dispo-

sición se encontraba en grado de ofrecer (Frosini, 2015, 25; Bazán, 2005, 95; Pérez-Luño Robledo, 2017, 123);

Dicha concepción fue reconsiderada en el tiempo, evolucionando y adoptando un alcance cada vez más amplio hasta erigirse como una nueva garantía autónoma respecto a la utilización ilícita automatizada de la información. Se consideraba al efecto, que al poner la atención solamente en el concepto de intimidad, se estaba desprotegiendo todos aquellos aspectos sociales y colectivos que se derivan de tal libertad, los cuales también formaban parte integrante de su contenido.

3. DEL *HABEAS CORPUS* AL *HABEAS DATA*

El principio de *Habeas Corpus* significa literalmente «que tengas el cuerpo», como puede colegirse fácilmente se identifica con el derecho a la libertad personal. Su nacimiento tuvo lugar en Inglaterra con la *Magna Charta Libertatum* de 1215 y alude al instituto jurídico por el cual se requiere presentar ante el juez competente a una persona para garantizar su libertad personal o ambulatoria por estar detenida ilegalmente.

Se trata de la garantía procesal específica respecto de la libertad individual, cuyo objetivo es resguardarla de toda actividad violatoria de la misma y tiende a que la actividad del magistrado aporte «la luz necesaria» (Pérez-Luño Robledo, 2017, 113) para determinar su procedencia, improcedencia o para que se rectifiquen las condiciones de la detención.

Así, pues, la expresión latina *habeas corpus*, marca el origen de un procedimiento especial que se instaura en el evento en que se desconozca el paradero del detenido o por cuáles razones fue privado de su libertad. Análogamente, la expresión *habeas data* o *hábeas data* que significa «que tengas los datos» o «que tengas los registros», es decir, tomar conocimiento de datos propios en poder de otro, alude al derecho de las personas a solicitar la exhibición de los registros, públicos o privados, en los cuales están incluidos los datos personales que les afecta (Flores Dapkevicius, 2011, 64). De ahí la posibilidad de ordenar el acceso a los registros o archivos de datos para constatar la autenticidad o corrección de lo allí expresado.

El concepto jurídico de *habeas data*, como áquel de *hábeas corpus* encierra una «tutela omnicomprensiva» (Losano, Pérez Luño, Guerrero Mateus, 1989, 144) es decir comprende todas las garantías, acciones, recursos y juicios idóneos a asegurar: a) el derecho a la protección de los datos, como tutela de los diferentes derechos de la persona que pueden ser lesionados por parte de

los «gestores» de datos personales; b) el derecho en cabeza del individuo y del conglomerado social a exigir, respecto a las autoridades públicas, la defensa y restablecimiento de aquellos derechos vulnerados o amenazados por el acceso, registro o transmisión de datos personales a terceros; c) la libertad de información, entendida como derecho de libre autodeterminación informativa, es decir, como el derecho de las personas, grupos de personas e instituciones a determinar el cuándo, el cómo y el *quantum* de la información personal objeto de comunicación a terceros» (Frosini, 1988, 21); d) la libertad informática, como garantía personal de conocer y acceder a la información personal existente en las bases de datos, a controlar su contenido, y por ende, a poder modificarlas en caso de inexactitud, gestión o tratamiento inapropiado del archivo, así como a decidir sobre su circulación y transmisión (Rozo Acuña, 2006, 95).

Sobre esta base, la definición y significado de *habeas data* adoptada por los diferentes ordenamientos jurídicos es en gran medida variable (Grimal Servera, 1999, 7; Heredero Higuera, 1996, 17). Común denominador es en cambio su encuadramiento como derecho reconducible al grupo de los llamados de «tercera generación» (Pérez Luño, 1987, 85), el cual a lo largo de la historia se ha formado y desarrollado de manera paralela a la informática o archivo electrónico de los datos a través del uso generalizado del computador (o aparato electrónico semejante), que hace posible una ilimitada captación de datos y, como se anotó precedentemente, una inmediata, total y planetaria circulación de información, sobre todo de índole personal. Circulación, uso y tratamiento que conllevan los más altos riesgos de violación del derecho a la intimidad, *privacy*, y de los bienes jurídicos a ellos conexos.

4. ORIGEN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO-GARANTÍA DE *HABEAS DATA* EN AMÉRICA LATINA

Según la más autorizada doctrina del continente americano, el concepto jurídico de *habeas data* puede asumir una doble connotación: a). en su significado más estricto, el *habeas data* constituye una garantía jurisdiccional; b). en su significado más amplio el *habeas data* denota un derecho fundamental en cabeza de todos los consociados, (Rozo Acuña, 2006, 94).

En su acepción de derecho autónomo fundamental permite a todas las personas tomar conocimiento de los datos personales almacenados y cuál ha sido la finalidad de su recolección, así como también en caso de falsedad, inexactitud o desactualización, exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización. De otro modo, el *habeas data* en su calidad de garantía o

mecanismo jurisdiccional, permite a través de un procedimiento expedito y sumario la salvaguardia de los derechos por ella tutelados, así como de aquellos derechos e intereses que se encuentren en conexidad, como por ejemplo el derecho a la propia imagen, al buen nombre, a la reputación, a la opinión, a la fama, a la vida individual, las relaciones de familia, los gustos y preferencias que modelan el carácter.

El instrumento además propende por el alcance de cuatro finalidades (Rozo Acuña, 2006, 97): 1. El acceso a la información de los datos registrados en los entes públicos y privados que se relacionan con sí mismo; 2. La facultad individual de impedir la manipulación de la información personal o la difusión de datos que interesen solo al propietario; 3. El poder de conocer cuál información sobre la persona interesada ha sido comunicada a terceros y con qué finalidad; 4. Por último, evitar que los datos recogidos sean usados o tratados en modo tal que lesionen derechos o libertades personales.

Las diversas experiencias sobre el *habeas data* constitucional en América Latina se pueden dividir en tres categorías (Frosini, 2015, 57): a). países donde la constitución ha previsto de forma directa, completa y precisa el *habeas data* (Brasil, Guatemala, Paraguay, Perú, Ecuador, Bolivia y Venezuela); b) países que prevén la garantía a través de la legislación o en forma indirecta a través del recurso de amparo constitucional (Argentina, Colombia, Chile, Costa Rica, Nicaragua y Honduras); y c) las otras experiencias, que prevén una tutela indirecta del *habeas data* (Panamá, México, Uruguay y El Salvador).

5. HABEAS DATA Y CONSTITUCIÓN

La recepción jurídica del *habeas data* en América Latina ha tenido una incidencia y desarrollo particularmente relevante en el constitucionalismo odierno. Los Estados de tal espacio geográfico han recepcionado el instituto jurídico creado por las constituciones de Portugal y España sobre la defensa de la intimidad frente a la informática, con la característica fundamental de haber elaborado y desarrollado una experiencia normativa específicamente dedicada a la tutela procesal-constitucional de la plurinominada acción o proceso de *habeas data*.

El primer Estado de América Latina en incorporar constitucionalmente disposiciones específicas en la materia fue Guatemala, que en su Constitución de 1985, dispuso: «artículo 31. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica. Quedan prohibidos los registros y archivos

de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos».

Sucesivamente, en la Constitución de Nicaragua de 1987, se estableció: «artículo 26. Toda persona tiene derecho: 1) A su vida privada y la de su familia. 2) A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo. 3) Al respeto de su honra y reputación. 4) A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información».

Un año más tarde, la Constitución del Brasil de 1988 modificará esa tendencia proveniente, como se dijo, de las constituciones de Portugal y España de establecer únicamente un derecho de control sobre los datos de carácter personal o de pregonar que la informática no debe afectar a la intimidad de las personas. En efecto, reconocerá por primera vez una garantía específica del derecho a la protección de los datos, bautizándola expresamente como «*habeas data*», en clara simetría con la acción de *habeas corpus*, en los términos siguientes: «(...) LXXI. Se concederá *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiriera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo».

Como puede observarse, la Constitución brasileña no trazó un dispositivo autónomo que contemplara el derecho de conocer y de rectificar datos de carácter personal, sino que ese derecho fue otorgado en el mismo dispositivo que instituye el remedio de su tutela.

La norma tuvo una finalidad particular y distintiva que implica el derecho fundamental del individuo de conocer las informaciones manipuladas y ocultas en los archivos de inteligencia gubernamental, por lo general distorsionadas u obtenidas por métodos arbitrarios.

La nueva Constitución Colombiana de 1991, regula aspectos concretos del tratamiento de datos de carácter personal, aunque no sigue el esquema brasileño, estableciendo: «artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución».

El derecho reconocido en el artículo 15 se encuentra garantizado a través de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta política y regla-

mentada por los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000. Debido al sistema mixto de control de constitucionalidad imperante en el país, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de emitir importantes fallos donde se desarrollan los principios que deben respetarse en el tratamiento de datos de carácter personal, y donde se califica el derecho contenido en tal norma constitucional como «de habeas data» en el momento en que, el derecho invocado sea la protección de los derechos de libertad informática.

Un año después, la Constitución paraguaya de 1992 incorporó la siguiente previsión: «artículo 135. Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectarían ilegítimamente sus derechos».

En 1993, la Constitución peruana establece en su artículo 200 que: «(...) Son garantías constitucionales: (...) 3) La acción de hábeas data, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incs. 5º, 6º y 7º, de la Constitución». Así mismo el artículo 2 dispone que «Toda persona tiene derecho: (...) 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. (...) 6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar».

En 1994 se reforma la Constitución nacional argentina y el *habeas data* será incluido -aunque sin ser expresamente así denominado- como acción y como subtipo de amparo jurisdiccional contra todo acto u omisión de las autoridades del Estado o los particulares que sometan a tratamiento los datos personales contrariando el derecho o negando el acceso y conocimiento de aquéllos, párr. 3º del artículo 43.

La disposición reza: «(...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística».

La norma, al igual que su homóloga colombiana, ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, con fallos –en especial los resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación– que le han otorgado una especial amplitud al instituto.

Con la reforma constitucional del Ecuador del 1996, se incluye la siguiente previsión: artículo 30. Del hábeas data. «Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como conocer el uso que se haga de ellos y su finalidad.

Igualmente, podrá solicitar ante el funcionario o juez competente la actualización, rectificación, eliminación o anulación de aquellos si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Se exceptúan los documentos reservados por razones de seguridad nacional».

El instituto fue objeto de modificación con la reforma constitucional del 1998, y se regulará al *habeas data* de la siguiente manera: «artículo 94. Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional».

Por su parte Venezuela, en el año 1999, reformó integralmente su Constitución, insertando las siguientes previsiones, art. 28: «Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen legítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley».

Particular atención debe darse a la creación y desarrollo constitucional del *habeas data* en el Estado Plurinacional de Bolivia. De hecho, la Constitución boliviana reformada en el año 2002, establece expresamente, según lo dispuesto por el artículo 23, la creación de la institución jurídica del «Habeas

Data» como un recurso jurisdiccional, según se manifiesta en el numeral 1°. Recurso o acción que podrá ser impetrado por toda persona natural o jurídica ante una autoridad judicial competente para solicitar la protección y la defensa de los datos personales y algunos derechos fundamentales en conexidad.

Esta acción o recurso se regula en cinco acápite, a saber: a). toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de *habeas data* ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya; b). si el tribunal o juez competente declara procedente el recurso, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado; c. la decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo; d. el recurso de *habeas data* no procederá para levantar el secreto en materia de prensa. e. el recurso de *habeas data* se tramitará conforme al procedimiento establecido para el recurso de Amparo constitucional previsto en el artículo 19 de la Constitución.

La Constitución boliviana no solo conceptualiza el *habeas data* al encasillarlo como una acción o recurso jurisdiccional apto para la protección de datos personales, como de los derechos constitucionales de la intimidad, la imagen, la honra y la reputación de las personas, sino que establece la legitimación activa para incoarla, la autoridad jurisdiccional competente, los recursos contra la decisión que se pronuncie en los procedimientos de *habeas data*, así como el objetivo y finalidad específica de la institución jurídico-constitucional. En efecto, estima el constituyente boliviano de 2002, que el recurso o acción de amparo específico, interpuesto por toda persona natural o jurídica tiene como objetivos y finalidades las siguientes: (i) Acceder y aprehender el conocimiento de los datos o informaciones a él concernidas; (ii) «objetar», solicitar la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados «que afecten» su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución.

Estos objetivos y finalidades del *habeas data* permiten conceptualizarla como un instituto jurídico constitucional apto no solo para aprehender el conocimiento de cualquier dato o información personal recabada en bancos de da-

tos de titularidad pública como de titularidad privada, sean informatizados o no, sino cuando se hiciera necesario «objetar», eliminar o rectificar aquellos.

Se puede decir que el *habeas data* boliviano ha sido conceptualizado en forma amplia, pues establece la forma del procedimiento, los recursos contra la decisión que se adopte en aquel, así como la descripción y categoría de los jueces que deben conocer de la acción o recurso de amparo específico. Al igual que en la Constitución argentina, el constituyente boliviano establece una prohibición constitucional para garantizar al máximo el derecho de secreto o sigilo profesional periodístico, cuando establece que el *habeas data* «no procederá para levantar el secreto en materia de prensa».

Situación jurídica constitucional especial revisten los ordenamientos de los Estados del Chile, Honduras y Estados Unidos de México, en cuanto no previenen dentro del cuerpo constitucional disposiciones sobre el *habeas data*.

6. CONCLUSIONES

Corolario de lo hasta aquí expuesto, se puede colegir que la recepción del *habeas data* en el constitucionalismo latino-americano constituye el marco normativo más importante, a nivel mundial, para la protección de los derechos a la libertad informática. En efecto, la reglamentación *ad hoc* adoptada, de carácter constitucional y/o normativo, garantiza de manera eficaz la protección de los datos personales y tutela los derechos que puedan verse vulnerados o amenazados con su incorrecta recolección, almacenaje y utilización.

Coexisten actualmente múltiples e interesantes variantes del *habeas data* un instituto que (como derecho o como acción procesal constitucional), pese al escaso tiempo transcurrido desde su aparición en los años ochenta del siglo pasado, se ha desplegado con ímpetu, actualizándose concomitantemente con los cambios impuestos por la innovación tecnológica. Cambios que están destinados a sufrir una mayor expansión con las nuevas aplicaciones de internet, con la robótica y con la realidad virtual.

El proceso de democratización y consolidación emprendido en América Latina, tras la ola de militarismo y autoritarismo de los años sesenta y setenta, ha implicado la reforma o emanación de nuevos textos constitucionales y con ellos la creación de Estados de Derecho que representan las bases sólidas sobre las cuales erigir nuevos derechos y libertades acordes con las nuevas exigencias de la sociedad actual que, como se ha indicado precedentemente, es la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías.

Una vez más se puede corroborar que los países de esta zona geográfica, se establecen como un verdadero laboratorio de derecho público, cuyas innovaciones a partir de las mencionadas reformas de la década de los ochentas, han constituido un modelo a seguir en *pro* de la defensa de los derechos y libertades fundamentales.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALDASSARRE, A. (2010), «Il diritto di privacy e la comunicazione elettronica», *Percorsi Costituzionali*, 1, Roma.
- BAZÁN, V. (2005), «El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparato», *Estudios constitucionales*, 3(2), Universidad de Talca, Santiago de Chile.
- BRANDEIS, L.; WARREN, S. (1890), «The right to privacy», *Harvard Law Review*, 4(5), pp. 193-220
- BREWER CARIAS, A. (2000), *La Constitución de 1999*, Caracas: Editorial Arte.
- FLORES DAPKEVICIUS, R. (2011), *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, Buenos Aires: Faira Editor.
- FROSINI, T. E. (2017), *Constitución, democracia y estado de derecho*, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- (2015), *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- FROSINI, V. (1988), *Informática y derecho*, Bogotá: Editorial Temis.
- (1981), «La protezione della riservatezza nella società informatica», Matteuci, N. (coord.), *Privacy e banche dei dati*, Bologna: Il Mulino.
- (1977), «Presentación», SIMITIS, S., *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati*, Milano: Giuffrè.
- GRIMALT SERVERA, P. (1999), *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de los datos personales*, Granada: Comares.
- HEREDERO HIGUERAS, M. (1996), *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Comentario y textos*, Madrid: Tecnos.
- LOSANO, A. E.; PÉREZ, L.; GUERRERO MATEUS, M. F. (1989), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MILLER, A. R. (1971), *The assault on privacy: Computers, data banks, and dossiers*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C. (2017), *El procedimiento de hábeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Madrid: Dikynson.

- PÉREZ LUÑO, A. E. (1989), *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, LOSANO, M. ET AL., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (1987), *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T. de la información*, Madrid: Fundesco.
- PUCCINELLI, O. R. (2004), «Evolución histórica y análisis de las diversas especies, subespecies, tipos y subtipos de *habeas data* en América Latina. Un intento clasificador con fines didácticos», *Vniversitas*, 107, pp. 471-500.
- REBOLLO DELGADO, L. (2000), *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid: Dykinson.
- RIASCOS GÓMEZ, L. O. (2010), *El habeas data: una visión constitucional, legislativa y en proyectos de ley estatutaria en Colombia*, Nariño: Editorial de la Universidad de Nariño.
- RODOTÀ, S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari: Laterza.
- ROZO ACUÑA, E. (2006), *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico comparato dell'America Latina*, Torino: Giappichelli.

DE NUEVO SOBRE EL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL Y EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: DOCTRINA BARBULESCU

FRANCISCO RAMOS MORAGUES*
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de una relación laboral a la luz de la doctrina constitucional clásica: criterios generales. 3. Facultad de vigilancia-control empresarial como manifestación del poder de dirección. 4. La búsqueda del equilibrio justo entre el interés empresarial de vigilar la prestación laboral y el obligado respeto de los derechos y libertades del trabajador: sentencia «Barbulescu». 5. Una breve reflexión final. 6. Referencias bibliográficas.

* Profesor Contratado Doctor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia. En el momento de presentar este trabajo, se encontraba pendiente de aprobación la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Esta norma, vigente en la actualidad, contiene algunas previsiones específicas sobre el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral, videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo y la utilización de sistemas de geolocalización. Asimismo, añade un nuevo art. 20 bis al Estatuto de los Trabajadores rubricado «Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión».

1. INTRODUCCIÓN

Los avances que en los últimos tiempos han experimentado las tecnologías de la información y la comunicación (conocidas como *TIC's*) han tenido una importante influencia en la sociedad en general y en los ciudadanos en particular, sin que el ámbito empresarial constituya una excepción. Influencias que se han hecho notar, si fijamos nuestra atención en este último ámbito, en las formas de organizar los procesos productivos en las empresas, en las herramientas puestas a disposición de los empleados para acometer su trabajo y, también, obvio es decirlo, en el ejercicio de las facultades empresariales de vigilancia y control de la actividad laboral. Frente a los métodos de supervisión tradicionales, las nuevas tecnologías han traído consigo la implementación de sistemas más eficientes y precisos a la hora de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, pero que –como contrapartida– si se utilizan sin observar las debidas garantías pueden suponer una intromisión injustificada en los derechos fundamentales de los trabajadores.

El problema descrito se agrava por el hecho de no disponer de una normativa específica que regule el ejercicio de dicha facultad de control empresarial. Regulación que si bien no resolvería todos los problemas que se suscitan e este ámbito, sí al menos facilitaría la labor de los tribunales a la hora de enjuiciar la licitud de los medios de control empresarial y el uso que de los mismos efectúa la empresa. La ausencia de regulación normativa ha sido suplida por la doctrina del Tribunal Constitucional mediante la aplicación al caso concreto de los conocidos «principios de necesidad y de proporcionalidad». Sin embargo, la velocidad con la que se siguen produciendo los avances tecnológicos hace que los nuevos mecanismos de control sean cada vez más sofisticados y, del mismo modo, se incrementen notablemente los riesgos de colisión o vulneración de los derechos de los trabajadores, razón por la cual, no es de extrañar que siga dándose una elevada litigiosidad en este terreno.

En el marco de estas breves consideraciones previas, la presente comunicación se centrará en el análisis del necesario equilibrio que debe observarse entre el ejercicio de la facultad de control empresarial de la actividad laboral y el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, tomando para ello como punto de referencia una reciente e importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, tal y como se podrá comprobar, establece un suerte de filtro o test que deberá ser observado por los tribunales nacionales cuando efectúen la ponderación de los intereses en juego. Una adecuada com-

preensión del alcance de la sentencia exige, a mi entender, que nos detengamos en dos cuestiones previas: primero, en los aspectos más destacables de la doctrina constitucional acaecida en punto al ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de un contrato de trabajo; segundo, en una breve referencia a la regulación y alcance de la facultad de vigilancia como manifestación del poder de empresarial.

2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL CLÁSICA: CRITERIOS GENERALES

La Constitución Española de 1978 destina su Título I al reconocimiento de los «Derechos y deberes fundamentales» y, dentro de este, proclama en sus arts. 14 a 29 los denominados como derechos fundamentales. Se trata de derechos inherentes a las personas, esto es, derechos y libertades cuya titularidad se predica de todo ciudadano por el mero hecho de serlo y que gozan, por mor de la posición de preeminencia que ocupan en el ordenamiento jurídico, de un *status* singular de protección. A nadie escapa que este grupo de derechos constitucionales también pueden ejercitarse por los trabajadores en el marco de un contrato laboral, conformando así lo que la doctrina iuslaboralista ha venido a calificar como «derechos de la persona del trabajador» (Valdés Dal-Re, 1990) o «derechos fundamentales inespecíficos» (Palomeque López, 2003, 229).

El ejercicio de estos derechos y su posible modulación al hacerse valer en el ámbito de las relaciones laborales no es una materia novedosa por lo que a su análisis se refiere. Antes al contrario, se trata de un tema recurrente para los estudiosos de la rama social del derecho que ha despertado, desde siempre, un gran interés y atención por parte de la doctrina científica; atención e interés que si acudimos a los repertorios de jurisprudencia y estudios doctrinales más recientes, no parece haber desaparecido con el paso del tiempo. Especialmente cuando fruto de los avances tecnológicos, el debate se centra en si existe un justo equilibrio entre el uso de las legítimas facultades empresariales de control y la posible vulneración de los derechos y libertades de los trabajadores a la hora de llevar a cabo dicha supervisión.

Antes de centrarnos en la nueva doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece conveniente que nos detengamos, siquiera sea brevemente, en analizar cuáles han sido las líneas maestras que desde tiempo atrás viene estableciendo el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC)

en punto al alcance, límites e interacciones entre derechos fundamentales y relaciones de trabajo. Repárese en que el ordenamiento jurídico español, a salvo de algún precepto concreto, no contempla un cuerpo normativo que discipline esta cuestión, razón por la cual, ha sido el TC y la jurisprudencia quienes han asumido un papel protagonista en la determinación de las reglas y criterios necesarios para ponderar la influencia recíproca entre las dos variables mencionadas (Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, 2003, 209), contribuyendo, en líneas generales, a crear un clima favorable al respeto de los derechos en el interior de las empresas (Valdés Dal-Re, 1990, 292).

Como punto de partida, interesa significar que uno de los rasgos característicos de la relación que existe entre el contrato de trabajo y los derechos fundamentales es la presencia de una limitación mutua o recíproca entre ambos elementos (Del Rey Guanter, 1995, 203), de manera que, por un lado, el ejercicio de tales derechos en el ámbito laboral aparece sujeto a importantes restricciones cuyo origen reside en las obligaciones dimanantes del propio contrato de trabajo, en el principio de buena fe contractual y en el poder de dirección del empresario; y, a *sensu contrario*, los derechos fundamentales del trabajador juegan como un límite al contrato de trabajo en un doble sentido (Del Rey Guanter, 1995, 205): de un lado, impidiendo que aquél pueda contener cláusulas que sean contrarias al ejercicio de los mismos; y, del otro, obligando a que el desempeño de las facultades inherentes al poder empresarial sean respetuosas con su ejercicio. Como consecuencia de esta limitación mutua, será necesario proceder en cada caso a una adecuada ponderación que respete la valoración constitucional del derecho fundamental en juego y las obligaciones laborales que pueden modularlos¹.

Sobre la base de esta idea inicial, el TC parte de una premisa básica sobradamente conocida por todos, según la cual, «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano...». Y es que, «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del Texto Constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional»².

¹ Por todas, STC de 12 de enero de 1998 (RTC 1998/1).

² STC de 19 de julio de 1985 (Rec. de amparo núm. 788/1984), cuya doctrina se reitera posteriormente, entre muchas otras, en las SSTC de 21 de enero de 1988 (Rec. de amparo núm. 1221/1986); y de 17 de julio de 1989 (Rec. de amparo núm. 987/1987).

Dicho en otras palabras, los derechos fundamentales que tiene el trabajador en su condición de ciudadano no desaparecen por el mero hecho de que éstos se desplieguen en el ámbito laboral (García-Perrote, 1998, 46).

No obstante lo anterior, el reconocimiento de la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral no implica desconocer que tales derechos no presentan un carácter absoluto o ilimitado, sino que su ejercicio «debe enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento [...] no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona el ejercicio de tales derechos fundamentales de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación»³.

La cuestión determinante, pues, no estriba en si estos derechos despliegan su vigencia en el contrato de trabajo, lo que no admite discusión a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, sino más bien, determinar cuál es el alcance que se le deba atribuir a tales derechos (Prados de Reyes, 2001, 181). El TC asume esta importante labor teniendo en cuenta dos premisas fundamentales (Arias Domínguez y Rubio Sánchez, 2006, 40): de un lado, la posición de preeminencia que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, que los sitúa por encima del ejercicio de otro tipo de derechos que no gozan de idéntica protección; y, de otro lado, que en el supuesto de existir un conflicto entre derechos fundamentales, ha de buscarse una solución que en la medida de lo posible garantice el ejercicio de todos ellos, o, en todo caso, que no se vean algunos de ellos lesionados de forma irremediable.

Sin perder de vista esta doble consideración, la doctrina constitucional ha recalcado en infinidad de ocasiones que cualquier restricción del ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral no sólo ha de resultar acorde al principio de buena fe contractual que caracteriza al contrato de trabajo, sino que, además, la actuación empresarial deberá respetar tanto el principio de indispensabilidad como el de proporcionalidad. El primero de ellos supone que no es suficiente la sola afirmación del interés empresarial existente para considerar las limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental como ajustadas a derecho. La posición prevalente tantas veces aludida que tienen los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico se traduce en que «[...] los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser

³ STC de 15 de diciembre de 1983 (Rec. de amparo núm. 69/1983).

aptos para restringir el ejercicio de aquéllos –al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato– deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar por parte de quien pretende aquel efecto que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra»⁴.

La aplicación del criterio de indispensabilidad expuesto ha de conjugarse necesariamente con el segundo de los principios mencionados, esto es, el principio de proporcionalidad, consistente básicamente en que la medida restrictiva de derechos fundamentales deberá superar lo que se ha venido a calificar por la doctrina como el «triple juicio» (García-Perrote y Mercader, 2003, 257). Es decir, será imprescindible que dicha medida sea idónea para conseguir el objetivo propuesto –juicio de idoneidad–; que no exista la posibilidad de adoptar otra medida menos gravosa para el trabajador que permita alcanzar tal propósito con igual eficacia –juicio de necesidad–; y, por último, que la misma sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –juicio de proporcionalidad en sentido estricto–⁵. Sólo cuando concurren estos requisitos, lo que obligará a realizar un análisis de cada caso concreto, el contrato de trabajo podrá limitar en los términos expuestos el ejercicio de un derecho fundamental por parte del trabajador.

3. FACULTAD DE VIGILANCIA CONTROL EMPRESARIAL COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN

El poder de dirección del empresario tiene su encaje constitucional en el art. 38, encargado de proclamar el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. En palabras del propio TC, la libertad de empresa entraña «[...] el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y planificar su

⁴ STC de 11 de abril de 1994 (Rec. de amparo núm. 797/1990).

⁵ Sobre el principio de proporcionalidad y su alcance pueden consultarse, entre muchas otras, las SSTC de 8 de mayo de 1995 (Rec. de amparo núm. 1693/1992); de 28 de marzo de 1996 (Cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1125/1995, 2736/1995 y 961/1994); de 17 de febrero de 1998 (Rec. de amparo núm. 3694/1994); de 10 de julio de 2000 (Rec. de amparo núm. 2662/1997) de 7 de mayo de 2012 (Rec. de amparo núm. 8640/2010); de 7 de noviembre de 2013 (Rec. de amparo núm. 2907/2011); y de 3 de marzo de 2016 (Rec. de amparo núm. 7222/2013).

actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado»⁶. Para hacer efectivo ese derecho y garantizar que el titular de la empresa pueda adoptar las decisiones estratégicas y organizativas que determinarán el futuro de la misma, el ordenamiento jurídico laboral le atribuye una serie de facultades organizativas, directivas, de supervisión y vigilancia y disciplinarias que conforman todas ellas los denominados como «poderes empresariales». Este poder, en cualquiera de sus manifestaciones, no presenta un carácter absoluto, sino que se sujeta a importantes limitaciones tanto subjetivas (referidas a quién lo ejerce: el empresario o la persona en quien este delegue) como objetivas, encontrándose, en esta última categoría, el respeto a la dignidad del trabajador y a sus derechos y libertades fundamentales.

De las diferentes facultades que se acaban de enumerar interesa referirnos en este foro a la posibilidad de vigilar la actividad laboral y, de manera más concreta, a la utilización por la empresa de medios audiovisuales o técnicos como los sistemas de videovigilancia o los sistemas que permiten controlar el uso del ordenador, Internet o el correo electrónico profesional por los trabajadores. Tal y como se ha destacado en la parte introductoria del trabajo, los avances tecnológicos no sólo han permitido una evolución en los procesos productivos o en la forma organizativa y de trabajar de las empresas sino que también han posibilitado que éstas escojan nuevas formas y métodos de supervisión de la actividad laboral más invasivos que, en ocasiones, entran en colisión con los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que se ha traducido en una enorme litigiosidad en torno a la validez determinados medios de control y sobre su uso empresarial.

A ello ha contribuido, sin duda, la parca regulación legal de esta facultad empresarial⁷. Salvo alguna previsión más específica relativa a los registros del trabajador (art. 18 ET) y sobre la exigencia de reconocimientos médicos (art. 20.4 ET); el único precepto legal que de manera general se refiere a este poder es el art. 20 ET, cuyo apartado tercero dispone, literalmente que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad». La formu-

⁶ STC de 8 de julio de 1993 (Recurso de Inconstitucionalidad y Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 418/1987y421/1987 núm. 1902/1991y1904/1991).

⁷ Tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, los arts. 87 a 91 de dicha norma incluyen previsiones específicas en esta materia.

lación que emplea el legislador es enormemente amplia. En este sentido, la empresa goza de un amplio margen para designar y utilizar el concreto medio de control con el que verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, sin perjuicio del límite general referido a «*la consideración debida a su dignidad*»; límite que, por su conexión con la «dignidad de la persona» que encabeza el Título I de la CE se relaciona con el necesario respeto a los derechos fundamentales, en particular, los vinculados con la intimidad (Goerlich, 2016, 441). La valoración de si el medio de control escogido por la empresa y el uso que se hace del mismo se ajusta o no a derecho dependerá, una vez más, del caso concreto; y, además, la solución al conflicto planteado deberá producirse aplicando la doctrina general sobre el ejercicio de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo (*Vid., supra* epígrafe 2).

Los tribunales y, de manera especial, la jurisprudencia constitucional han ido valorando los principales medios de control empresarial que pueden entrar en colisión con los derechos fundamentales. Por razones de espacio, no es posible llevar a cabo un análisis individualizado de los diferentes supuestos analizados en sede judicial, pues ello excedería con creces del objeto de este comentario; siendo suficiente, a los efectos que aquí interesan, con destacar algunas pinceladas o elementos esenciales sobre aquellos medios de supervisión más controvertidos.

Así, respecto al uso de cámaras de videovigilancia, el TC ha admitido de antiguo su utilización por la empresa como medio de control de la actividad laboral⁸, siempre y cuando, la instalación de las videocámaras supere el triple test, es decir, de las circunstancias concurrentes de concluya que se trata una medida justificada, idónea para la finalidad pretendida, necesaria y equilibrada; evidentemente, para llegar a esta conclusión habrá que atender a múltiples factores, tales como el lugar del centro de trabajo en que se instalen las cámaras, pues, por ejemplo, no será posible su utilización en espacios ajenos a la prestación laboral como una zona de descanso, comedor o vestuarios; si la grabación afecta indiscriminadamente a toda la plantilla o sólo a los trabajadores implicados; si junto a la captación de imágenes se une el establecimiento de micrófonos; al tratamiento que se hace de la información; si existe una

⁸ Resultan paradigmáticas en materia de video vigilancia, las SSTC 98/2000, de 18 de mayo (Rec. de amparo núm. 4015/96); 186/2000, de 10 de julio (Rec. de amparo núm. 2662/1997) y 229/2000, de 30 de noviembre (Rec. de amparo núm. 1463/2000). Más reciente en el tiempo, la STC 29/2013, de 11 de febrero (Rec. de amparo núm. 10522/2009). Más controvertida, sobre todo a raíz de la nueva doctrina sentada por el TEDH (caso *López Ribalda*) resulta la STC 39/2016, de 3 de marzo (Rec. de amparo 7222/2013).

justificación o motivo para su instalación; o, de manera muy especial, si los trabajadores han sido informados, con carácter previo a su instalación, de la finalidad a la que podían ser destinadas⁹. Sobre esta última cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos ha dictado una sentencia relativamente reciente, que precisamente acabará condenando a España, en la que se ha estimado que la instalación de cámaras ocultas para supervisar la actividad laboral de manera genérica para toda la plantilla no se justifica ni si quiera si existen sospechas razonables de incumplimiento de los trabajadores de sus deberes laborales –en el caso de autos, se trataba de determinados hurtos en la empresa–. Pues bien, aun en tal caso, entenderá el Tribunal europeo que si lo exige la normativa nacional sobre protección de datos –como lo hace, en nuestro caso, la LO 15/99– debería haberse informado previamente a los trabajadores sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal¹⁰.

En cuanto al uso del ordenador y otras herramientas como Internet o el correo electrónico, el TC viene considerando, de antiguo, que la información que se puede almacenar a través de dichas herramientas, en principio, quedaría incluida en el ámbito de protección del derecho a la intimidad. En este sentido, se ha afirmado que «[...] el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal –entre otros datos de su vida privada y profesional– forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido». Del mismo modo, se ha afirmado que «[...] el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado el derecho a la intimidad personal en la medida en que estos correos o emails, escritos o ya leídos por su destinatario, queden almacenados en la memoria del terminal afectado»¹¹. Dicho esto, no es dudoso que un uso inadecuado por parte del trabajador de estas herramientas, como ocurriría con su utilización para fines personales cuando ello está prohibido, sería un comportamiento susceptible de ser sancionado, incluyendo, en función de la gravedad del caso, el despido disciplinario. A partir de aquí, los requisitos que deberá cumplir el empresario para verificar el uso adecuado del ordenador del correo electrónico profesional o de Internet son los que analizaremos con detalle en el próximo epígrafe del trabajo, al cual me remito para evitar una reiteración innecesaria.

⁹ STC 29/2013, de 11 de febrero (Rec. núm. 10522/2009).

¹⁰ STEDH de 9 de enero de 2018, caso *López Ribalda* (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13). Para un análisis de esta sentencia puede consultarse, MOLINA NAVARRETE (2018).

¹¹ STC 173/2011, de 7 de noviembre (Rec. amparo núm. 5928/2009).

4. LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO JUSTO ENTRE EL INTERÉS EMPRESARIAL DE VIGILAR LA PRESTACIÓN LABORAL Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DEL TRABAJADOR: SENTENCIA «BARBULESCU»

Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha dictado una resolución¹² de enorme interés en aras de clarificar cómo han de valorar los tribunales nacionales si existe un justo equilibrio entre la facultad empresarial de supervisión de la actividad profesional de los empleados y el obligado respeto a los derechos fundamentales de estos. La relevancia de esta resolución es tal que desde algún sector doctrinal se ha advertido que con ella se pone en cuestión el criterio mantenido por alguna reciente sentencia del TC obligando a una revisión en profundidad de la misma (Preciado Domènech, 2017). Veamos, a continuación el supuesto de hecho enjuiciado por el Alto Tribunal europeo, los argumentos jurídicos en los que sustenta su decisión y, por último, como están recogiendo esta doctrina nuestros tribunales nacionales.

La sentencia de 5 de septiembre de 2017, conocida coloquialmente como «sentencia *Barbulescu*», tiene su origen en el despido de un trabajador de nacionalidad rumana que tras agotar las opciones de tutela judicial previstas a nivel nacional, acudiría a Estrasburgo e impugnará la decisión empresarial. Sin pretensiones de exhaustividad, una adecuada comprensión de la controversia suscitada exige tener presente las siguientes consideraciones fácticas: la primera cuestión a destacar es que el trabajador, a petición de la empresa, creará una cuenta *Yahoo Messenger* cuyo único fin debía ser el de recibir y responder a preguntas de los clientes. Es importante significar que según el reglamento interno de la empresa existía una prohibición de que los empleados usaran los recursos puestos a su disposición –ordenadores, teléfonos, fotocopiadoras e Internet– para fines personales; si bien, no se incluía previsión alguna sobre la posibilidad de que la empresa pudiera vigilar las comunicaciones de los empleados. Es verdad que, con posterioridad, la empresa distribuirá entre los empleados una «nota informativa» en la que si se informará de dicha circunstancia.

¹² STEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (demanda núm. 61496/2008). Debe advertirse que previamente este mismo asunto fue analizado por la sección 4.^a de dicho Tribunal, si bien, en esa ocasión se desestimó la pretensión formulada por el trabajador (STEDH de 12 de enero de 2016, Demanda núm. 61496/2008) lo que motivo que el trabajador solicitara que el asunto fuera conocido por la Gran Sala.

Sentado lo anterior, el trabajador fue convocado por su director para mantener una reunión. En la convocatoria se le informó de que tras supervisar sus conversaciones de *Yahoo Messenger* se había detectado un uso de Internet con fines personales durante el trabajo. Como prueba, se aportaban unas gráficas que mostraban que el uso de Internet por el trabajador era superior al de sus compañeros. El Sr. Barbulescu rechazará esta acusación y alegará que siempre utilizó ese canal de mensajería con fines profesionales. La empresa le convocará a una nueva reunión y esta vez le pedirá que justifique por qué toda la correspondencia intercambiada a través del *Yahoo Messenger* en un período de tiempo concreto era de naturaleza privada, adjuntando 45 páginas con conversaciones transcritas, algunas con información de índole privada. El trabajador informará por escrito a la empresa de que ésta está incurriendo en la comisión de un delito por violar el secreto de correspondencia. Finalmente, la empresa decidirá despedir disciplinariamente al trabajador.

Planteado en estos términos el debate, el TEDH resolverá el litigio planteado estimando la pretensión formulada por trabajador, al considerar que la decisión extintiva se basaba en una violación del derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia protegida por el art. 8 del CEDH, sin que las autoridades nacionales hubieran protegido adecuadamente estos derechos al no haber ponderado adecuadamente los intereses en juego.

En líneas generales, la decisión del Tribunal se funda en los siguientes argumentos: en primer lugar, en la falta de conocimiento previo de la posibilidad de fiscalización. En efecto, los órganos judiciales nacionales no determinaron si el trabajador había sido previamente notificado sobre el establecimiento de medidas de vigilancia; ni tampoco sobre cuál sería el alcance y naturaleza de tales medidas. Esta información ha de producirse antes de que se lleve a cabo la vigilancia o control empresarial, sobre todo, si la intromisión alcanza al contenido de las comunicaciones. En segundo lugar, la decisión se apoya en el alcance de la supervisión y el grado de intromisión en la vida privada. El TEDH considera que las autoridades nacionales no han justificado suficientemente qué razones motivaron el control de las comunicaciones de ese trabajador. Es decir, en ningún momento se expone por la empresa cuál era el objetivo perseguido con las medidas de fiscalización o qué determinado riesgo empresarial se pretendía evitar, más allá de aludir a generalidades como detectar una eventual actividad ilegal en el espacio virtual o una posible divulgación de secretos comerciales. Por último, el Alto tribunal europeo considera que las autoridades nacionales rumanas no examinaron con el suficiente rigor si el obje-

tivo perseguido por la empresa podía haberse logrado mediante métodos menos intrusivos que acceder al contenido de las comunicaciones. No queda claro en qué momento el empresario tuvo acceso al contenido transcrito, lo que pone en entredicho el principio de transparencia que debería regir la actuación empresarial; ni si hubo una notificación previa sobre la vigilancia de las comunicaciones del trabajador, ni su alcance; ni siquiera hubo un cuestionamiento sobre posibles alternativas a la transcripción de los contenidos de los mensajes, etc. Por consiguiente, a la luz de los hechos acontecidos, la conclusión alcanzada por el TEDH es que las autoridades nacionales no hicieran una valoración ponderada y equilibrada de los diferentes intereses en juego, lo que justificará, opinión que comparto plenamente, la estimación del recurso planteado por el trabajador.

Ahora bien, la relevancia de esta resolución no reside únicamente en la argumentación jurídica que ofrece el Tribunal para resolver el caso enjuiciado sino en que, además, enuncia una serie de factores o parámetros de referencia que deberán ser observados por los Tribunales nacionales a los efectos de valorar si una concreta medida de control empresarial de la actividad laboral es proporcional, equilibrada y respetuosa con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Quiere ello decir que aunque el supuesto de hecho viene referido al uso de Internet (*Chat Yahoo Messenger*) los factores que se señalarán a continuación son perfectamente extrapolables a cualquier otra medida fiscalizadora de las comunicaciones que pudiera entrar en colisión con los aludidos derechos fundamentales: videovigilancia, correos electrónicos, teléfono, etc.

Aclarado este extremo, la «hoja de ruta» (Rojó Torrecilla, 2017) que deberá seguirse por las autoridades nacionales exige atender a los siguientes factores o cuestiones: *a)* ¿Ha sido el trabajador informado de la posibilidad de que la empresa tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones así como la aplicación de tales medidas? Para garantizar lo dispuesto en el art. 8 del CEDH, la advertencia empresarial debe ser «clara» en cuanto a la naturaleza de la supervisión y previa al establecimiento de la misma; *b)* ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A tal efecto, debe diferenciarse entre controlar el flujo de las comunicaciones y supervisar el contenido de las mismas. Asimismo, deberán valorarse otros elementos, tales como: si se han supervisado todas las comunicaciones o sólo sobre una parte de ellas; si la investigación se ha limitado en el tiempo; cuál ha sido número de personas que han tenido acceso a los resultados obtenidos con la medida, etc.; *c)* ¿Se han presentado por la empresa argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido? Otro parámetro a tener en

cuenta es si hay motivos concretos que justifiquen el control que se lleve a cabo respecto de los trabajadores; justificaciones que deberán ser de mayor peso si la intrusión alcanza a los contenidos; d) ¿Hubiera sido posible establecer un sistema de videovigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de las comunicaciones? El TEDH emplaza a los órganos judiciales nacionales a que evalúen si el fin perseguido podía alcanzarse igualmente sin conocer el contenido de las comunicaciones del empleado; e) ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el trabajador afectado? y ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia? Se alude, respectivamente, a la necesidad de valorar la proporcionalidad de la injerencia y a si los resultados obtenidos se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida; f) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de intrusión del empleador tenían carácter intrusivo? Por último, la aplicación de tales garantías –afirma el Tribunal– debe impedir que la empresa acceda al contenido de las comunicaciones sin que el trabajador haya sido notificado.

De ahora en adelante los tribunales españoles deberán analizar si se cumplen o no estos factores a la hora de enjuiciar los litigios en que se ponga en cuestión la adopción de medidas de supervisión empresarial que introduzcan restricciones en los derechos fundamentales de los trabajadores. De hecho, así está ocurriendo, como demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018¹³. En dicha resolución se analiza el despido disciplinario de un trabajador por haber recibido transferencias bancarias de un proveedor de la empresa. La empresa en cuestión, que conocerá este hecho como consecuencia de un hallazgo casual –otro trabajador encontrará en una fotocopiador general los justificantes de las transferencias bancarias realizadas–, comenzará una investigación sobre el correo electrónico del trabajador que finalizará, como ya se ha adelantado, en el cese disciplinario.

Sin entrar en mayores detalles sobre el supuesto de hecho, lo más relevante, por cuanto aquí interesa, es que el Tribunal Supremo somete la conducta empresarial concreta a los filtros o requisitos que el Alto Tribunal europeo enuncia en la analizada sentencia *Barbulescu*, llegando a la conclusión, apoyada en una rigurosa fundamentación jurídica, que en esta ocasión ha existido un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y su correspondencia y los intereses de la empresariales en vigilar el cumplimiento del desempeño de la actividad laboral. Pero vayamos por partes.

¹³ STS de 18 de febrero de 2018 (Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 1121/2015).

Para empezar, existía una normativa empresarial de los sistemas de información y de la política de seguridad de la información que limitaba de manera tajante el uso de los ordenadores a los estrictos fines laborales, prohibiendo su utilización para cuestiones privadas o personales. Extremos que eran perfectamente conocidos por el trabajador. La advertencia era, como exige el TEDH, clara y previa a que se efectuara el control empresarial. Es más, el sistema que adoptada la empresa requiere que cada vez que un trabajador accede con su ordenador a los sistemas informáticos debe aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información en la que se señala: de una parte, que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales; y, de otra parte, que la empresa se reserva el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para verificar la correcta utilización de las herramientas que se ponen a disposición de los empleados para fines privados. Por otro lado, el examen del ordenador del trabajador fue motivado por un hallazgo casual de fotocopias de transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa a su favor, conducta prohibida en el código de conducta de la empresa. Con lo cual, existe un «argumento legítimo» para justificar la vigilancia. A mayor abundamiento, aunque se examinó el contenido de los correos electrónicos de la cuenta corporativa, lo que constituye una intromisión relevante en las comunicaciones del trabajador, la búsqueda no se hizo de manera indiscriminada sino empleando fórmulas que pudiera acotar el número de elementos a examinar; concretamente, se utilizaron «palabras clave» que pudieran inferir en qué correos existía información relevante para la investigación; y además también se acoto temporalmente la búsqueda limitándola a fechas próximas a las que se produjeron las trasferencias bancarias. No debe olvidarse, en fin, que el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias; y que el control se hizo respecto al correo corporativo, mediante el acceso al servidor de la empresa, alojado en las instalaciones propias ésta, y en el que se encuentran alojados los correos remitidos y enviados desde las cuentas corporativas de todos los empleados.

5. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

Es incuestionable que, en el marco de las facultades de organización y dirección inherentes a la empresa, ésta puede legítimamente regular el uso que hace el trabajador de los medios de titularidad empresarial que aquella pone a su disposición, prohibiendo, si así lo estima oportuno, su utilización para fines privados. Del mismo modo, la empresa ostenta la facultad de vigilar y contro-

lar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio de que se trate. Ahora bien, cualquier medida de supervisión debe implementarse con pleno respeto a la dignidad de los trabajadores y, por ende, a sus derechos fundamentales. Es en este punto, a mi juicio, donde la sentencia *Barbulescu* cobra una especial relevancia, pues si bien ésta se sitúa en sintonía con la esencia de la doctrina clásica del TC y del TS en este terreno –señaladamente, con la exigencia de que las medidas empresariales superen el triple juicio de proporcionalidad– constituye, además, una herramienta de gran utilidad al ofrecer a los órganos judiciales unos parámetros de referencia que deberán ser tenidos en cuenta si se quiere efectuar una ponderación equilibrada de los diversos intereses en juego; lo que redundará positivamente no sólo en favor del tantas veces olvidado principio de seguridad jurídica –en un ámbito, recuérdese, caracterizado por la ausencia de regulación normativa específica– sino también en dispensar una tutela adecuada de los derechos fundamentales de los trabajadores.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.; RUBIO SÁNCHEZ, F. (2006), *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Cizur Menor: Aranzadi.
- DEL REY GUANTER, S. (1995), «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones Laborales*, 1, pp. 181-212.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1998), «Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador», *Revista de Derecho Social*, 4, pp. 9-52.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R. (2003), «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral», SAMPERE NAVARRO, A. V. (dir), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- GOERLICH PESET, J. M. (2016), «Poderes del Empresario», CAMPS RUÍZ, L.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (coords), *Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2018), «De «Barbulescu II» a «López Ribalda»: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?», *Revista Derecho del Trabajo*, 19, pp. 121-130.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2003), «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos», SAMPERE NAVARRO, A. V. (dir), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- PRADOS DE REYES, J. (2001), «Contrato y relación de trabajo», RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; ELORZA GUERRERO, F.(coords), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tecnos.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2017), «Comentario de urgencia a la STEDH de 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu contra Rumania (Gran Sala). Recuperando la dignidad en el trabajo», *Información Laboral*, 10, pp. 143-155.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2003), «La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo», SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- ROJO TORRECILLA, E. (2017), «De Barbulescu I a Barbulescu II. La Gran Sala del TEDH refuerza la protección del trabajador frente al control y vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el ámbito laboral por parte empresarial. Notas a la importante sentencia de 5 de septiembre de 2017, y amplio recordatorio de la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de enero de 2016» [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/de-barbulescu-i-barbulescu-ii-la-gran.html>
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (1990), «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *Relaciones Laborales*, 1, pp. 277-294.

PRIVACY E SEGRETI: È POSSIBILE ESTENDERE AI BIG DATA LE TUTELE DELL'HABEAS CORPUS?

ELENA FALLETTI*

Università Carlo Cattaneo-LIUC

SOMMARIO: 1. Introduzione: di cosa parliamo quando parliamo di privacy? 2. Le intercettazioni abusive di massa in *common law*. 3. Il «salto di qualità» di Cambridge Analytica. 4. Davvero non abbiamo niente da nascondere? 5. È possibile adeguare le garanzie dell'*habeas corpus* al trattamento dei *big data*? 6. Conclusioni. 7. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE: DI COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI PRIVACY?

La *privacy* è strettamente connessa con l'espressione della personalità individuale, poichè riguarda le modalità di svelamento delle convinzioni personali, anche le più intime. L'utilizzo estensivo della c.d. *information technology*, connessa con la diffusione dei *social media* e delle tecnologie traccianti, hanno provocato una imprevista, nelle conseguenze, esplosione di tale tema.

La questione che rimane sullo sfondo concerne se la *privacy* debba essere considerata un diritto fondamentale (Post, 2018, 1002) ovvero un servizio che può essere gestito a pagamento, in quanto le informazioni personali

* Ricercatore confermato in diritto privato comparato.

possono essere oggetto di trasferimenti proprietari dietro retribuzione monetaria (Mayer Schonberger, 2010, 1861). Entrambi gli approcci però svelano il ruolo che la conoscenza di dati privati ovvero riservati può avere nella vita pubblica. Si tratta di una specie di dicotomia che riguarderebbe la contrapposizione tra conoscenza e trasparenza verso *privacy* e riservatezza. Qual è il rapporto tra questi concetti che sembrano essere in contrapposizione: quando sono presenti gli uni, è impossibile la compresenza degli altri? In altri termini, cosa possiamo far sapere di noi? E cosa invece è meglio che venga tenuto riservato, celato, nascosto? Sia in rapporto con gli altri privati (per esempio aziende di *marketing*, compagnie assicurative, protezione di segreti industriali) sia in rapporto con l'ente pubblico (protezione della riservatezza dalle intrusioni come intercettazioni, geolocalizzazioni, raccolta di dati a scopi di «sicurezza»).

Il rischio di ridurre la *privacy* a bene di consumo non è più remoto, ma diventa più o meno concreto a seconda di come si intende il concetto stesso di *privacy*. Secondo la prospettiva statunitense, la *privacy* è riconducibile a una semplice libertà negativa. Infatti, si tratta di una visione ove si intende escludere altri dalla propria sfera personale e dalle informazioni inerenti a questa, mantenendo un confine tra se stessi e il resto del mondo. Dal punto di vista europeo la *privacy* consiste in un diritto fondamentale, espressione della dignità umana, assoluta, personale e inalienabile. La distinzione tra i due modi di vedere evidenzia che la concezione statunitense della *privacy* è meno forte di quella europea, infatti tende a considerare le informazioni personali, anche sensibili, come oggetto di proprietà (*proper-tization*) e quindi bene cedibile a terzi senza significative garanzie (Mayer Schonberger, 2010).

Pertanto, è essenziale analizzare, seppur sommariamente, la giurisprudenza americana in tema di *privacy*. Sia perché, da un lato, la *privacy* negli Stati Uniti non riesce a far da scudo all'invasione delle pubbliche autorità nelle vite dei singoli per ragioni di sicurezza; dall'altro lato, sia perché le compagnie principali nel *market capitalization ranking* sono principalmente statunitensi. Esse, prima di norme giuridiche, applicano al loro business un approccio culturale diverso da quello europeo, che non si può ignorare e che se non opera propriamente da modello, consente di anticipare le strategie rispetto alle quali gli altri operatori si devono confrontare, sia sotto un profilo giuridico (stesura dei contratti di adesione alle piattaforme online, tattiche processuali nel contenzioso giudiziario e così via), sia extragiuridico (piani operativi aziendali, di *marketing* e così via). Tuttavia, va segnalata la recente apertura del CEO di Apple (Goldman, 2018), l'azienda con maggiore capita-

lizzazione mondiale, secondo il quale la *privacy* è un diritto umano e il modello europeo rappresentato dal GDPR dovrebbe ispirare la normativa federale americana che invece, al momento, è orientata in senso contrario.

2. LE INTERCETTAZIONI ABUSIVE DI MASSA IN *COMMON LAW*

L'approccio americano sembra dimostrarci che alla raccolta intrusiva di massa dei dati personali ci si possa fare l'abitudine, se non addirittura all'assuefazione, e possa portare alla trappola dell'argomentazione del «tanto non ho niente da nascondere». Prima di affrontare questo argomento pare utile analizzare come abbia avuto origine la legittimazione, almeno sociale, di siffatta invadenza.

Negli Stati Uniti, la sorveglianza per ragioni di sicurezza è legittimata da quasi cent'anni, cioè a partire dalla sentenza *Olmstead v. United States* del 1928, dove si affermò che il *Sixth Amendment* della Costituzione non deve essere applicato alle registrazioni perché non vi è attività di ricerca o di sequestro, ma di solo ascolto (Solove, 2011, 6). Tuttavia la ragione di fondo risiede nella necessità di tutelare la sicurezza nazionale, pertanto nel corso del tempo vennero adottate nuove norme e creata una agenzia federale apposita, la *National Security Agency*.

Questa analisi vuole partire dall'introduzione delle norme antiterrorismo del c.d. *Patriot Act* del 2001 (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*), a seguito degli attacchi terroristici sul suolo americano dell'11 settembre 2001. Il primo caso rilevante di sorveglianza di massa e conseguente raccolta di dati personali emerse con la decisione *ACLU vs NSA (American Civil Liberties Union v. National Security Agency, 493 F.3d 644)*. Il *Patriot Act* ha garantito alla *National Security Agency* di intercettare in via elettronica centinaia di migliaia di comunicazioni (specie *email* e telefonate) cittadini statunitensi, senza l'autorizzazione giudiziaria ma con la sola autorizzazione presidenziale, illegittima per eccesso di potere, in violazione altresì degli I e del *Fourth Amendment* i quali tutelano rispettivamente la libertà di manifestazione del pensiero, di associazione e la riservatezza. La *NSA* aveva opposto il *State Secrets Privilege*, affermando che rendere pubbliche di fronte ad un giudice le ragioni le quali avevano dato origine al programma segreto di intercettazioni avrebbe messo in grave pericolo la sicurezza nazionale. Il giudice distrettuale di Detroit rilevò come le libertà fondamentali garantite dal *Bill of Rights* fossero le prime vittime a soffrire dello sbilanciamento dell'equilibrio tra i poteri dello Stato. Tutta-

via, tale rilevante e condivisibile argomentazione venne travolta in appello e la *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* negò che *ACLU* potesse agire in giudizio contro *NSA* in quanto le prove prodotte da parte attrice non vennero ritenute sufficienti a dimostrare che *ACLU* stessa fosse tra gli obiettivi del *Terrorist Surveillance Program*. Pertanto, l'attività di raccolta massificata di dati promossa dalla *NSA* non cessò e affrontò altre censure giudiziarie, a volte con successo, come avvenuto nel caso *Klayman v. Obama*, deciso dalla *United States District Court for the District of Columbia*. Detto giudice stabilì l'incostituzionalità dell'intero programma di intercettazioni di massa poiché violativo della ragionevole aspettativa di privacy garantita dal *Fourth Amendment* della Costituzione degli Stati Uniti per via dell'indiscriminata, arbitraria e sistematica violazione della riservatezza dei dati personali che virtualmente avrebbe potuto colpire ogni singolo cittadino senza la previa autorizzazione giudiziaria. Il *Justice Leon* riconobbe che l'utilizzo estensivo dei *device* elettronici e telematici che tracciano i movimenti e le azioni dei cittadini provocano una ragionevole maggiore aspettativa nella tutela della privacy, non minore, a causa dei cambiamenti culturali che hanno accompagnato siffatta trasformazione tecnologica.

Tuttavia, il formante giurisprudenziale statunitense presentava delle contraddizioni, infatti è di parere opposto la *United States District Court for the Southern District of New York* nella causa *ACLU vs. Clapper*, secondo cui siffatto programma risultava conforme alla *Section 215* dell'*USA Patriot Act* e del *Fourth Amendment* della Costituzione in quanto esso poneva un concreto ed effettivo argine alle attività terroristiche negli Stati Uniti, seppure esso fosse di proporzioni sconosciute in precedenza, il suo scopo era profondamente differente rispetto alle mere indagini criminali, poiché le minacce natura terroristica sono senza precedenti. In ogni caso, la *Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC)* (*Foreign Intelligence Surveillance Court, 3rd January 2014*: si tratta dell'organo istituzionale che autorizza le operazioni e i programmi della *National Security Agency*), ha ribadito la legittimità dei programmi di intercettazione globale della *NSA* autorizzandone la prosecuzione. Si segnala altresì un altro contenzioso ancora pendente di fronte alla corte federale del *Northern District of California* in tema di raccolta dati e violazione della privacy. Si tratta del caso *First Unitarian Church of Los Angeles v. NSA*, dove si contesta l'autorizzazione concessa nel giugno 2013, sempre ai sensi della *Section 215* dell'*USA Patriot Act* da parte della *Foreign Intelligence Surveillance Court*, di tutte le chiamate, della localizzazione del telefono, della durata e dell'ora della chiamata e di ogni altra informazione identificativa di tutti i clienti Verizon per un periodo di tre mesi. Con questa causa si afferma che tale raccolta infor-

mativa viola tanto la libertà di pensiero, soprattutto la manifestazione di opinioni politiche, quanto quella di associazione protette del *First Amendment*.

Nel frattempo è stata svelata la vicenda politico-internazionale di Edward Snowden, il quale ha ottenuto l'asilo politico in Russia dopo aver rivelato l'esistenza del *PRISM* (*Planning Tool for Resource Integration, Synchronization, and Management*), cioè un programma di intercettazioni di comunicazioni telefoniche e telematiche di massa. Rispetto al *Terrorist Program Surveillance*, esso rappresenta una modifica nell'approccio globale nella intercettazione delle comunicazioni, coinvolgendo anche importanti *provider* di servizi *web*, *email*, *chat*, video, archiviazione dati, comunicazioni *VoIP*, trasferimento di *file* e videoconferenze, così realizzando una raccolta sistematica dei dati personali e delle comunicazioni dei cittadini americani senza mandato giudiziario.

In merito a *PRISM*, il contenzioso giudiziario si è esteso al di fuori dei confini degli Stati Uniti per approdare in Inghilterra, e l'aspetto più interessante riguarda la discontinuità dei giudici anglosassoni rispetto a quelli americani nel valutare la legittimità di siffatto programma di sorveglianza di massa. Sul punto infatti si sono contrapposte la statunitense Corte federale distrettuale di San Francisco e la britannica *Investigatory Powers Tribunal*.

In merito a ciò, la causa *Jewel v. NSA*, celebrata negli Stati Uniti, riguarda un contenzioso che nelle sue varie fasi dura dal 2008 su istanza di alcuni cittadini statunitensi a seguito delle rivelazioni di un tecnico della compagnia *AT&T*, il quale ha rivelato l'intercettazione delle comunicazioni da parte di *NSA* raccolte a monte, attraverso l'infrastruttura della compagnia stessa. L'ultima istanza per bloccare tale raccolta a causa della violazione del *Fourth Amendment* è stata rigettata dalla Corte californiana, che invece ha accolto l'eccezione difensiva relativa al segreto di stato, il quale permette ai giudici di non utilizzare una prova che metta in pericolo la sicurezza nazionale, qualora essa venga resa pubblica. A questo proposito, si osserva che l'amministrazione governativa *NSA* ha depositato in giudizio dichiarazioni segrete dei suoi funzionari, fruibili solo dal giudice ma non alla controparte o al pubblico e su tali dichiarazioni si è basata la Corte per rigettare l'istanza dei ricorrenti. Tuttavia va osservato che la Corte ha espresso il suo disagio nel non poter argomentare liberamente il rigetto delle istanze di costituzionalità senza rischiare il danneggiamento della sicurezza nazionale.

Al contrario, nel Regno Unito, nella causa *Liberty & Others vs. the Security Service*, l'*Investigatory Powers Tribunal* (*IPT*), giudice specializzato nell'esaminare le denunce relative all'attività delle agenzie di *intelligence* britanniche, ha affermato che la sorveglianza di massa delle comunicazioni effettuate via internet dei cittadini britannici viola gli articoli 8 e 10 della Convenzione europea per la

salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, recepita in diritto inglese dallo *Human Rights Act* 1998. Specificamente interpellato sul *PRISM* [nella decisione *Liberty (The National Council of Civil Liberties) v The Government Communications Headquarters & Ors*], il medesimo organo giudiziario britannico ha sottolineato che, qualunque siano le circostanze di raccolta dei materiali intercettati dai servizi di *intelligence* i seguenti elementi di diritto sono di fondamentale importanza: 1. L'utilizzo da parte dei servizi di *intelligence* del materiale intercettato all'estero è sempre illegale a causa dell'assenza di un mandato giudiziario autorizzativo della raccolta, poiché in questo modo, deliberatamente, verrebbero eluse le disposizioni di legge del Regno Unito incaricando un altro Stato a fare ciò che per i servizi di *intelligence* inglesi non sarebbe legittimo ottenere; 2. La pesca a strascico indiscriminata di informazioni intercettate, sia di massa o in altro modo, è illegittima, in quanto inutile e sproporzionata. In questo contesto, il materiale può essere legittimamente intercettato solo in presenza di mandato giudiziario in caso di interesse e salvaguardia della sicurezza nazionale, al fine di prevenire o individuare forme gravi di criminalità o al fine di salvaguardare il benessere economico del Regno Unito (le c.d. «finalità statutarie»); ed è proporzionato soltanto se è proporzionata all'obiettivo che si chiede di essere raggiunto da un comportamento lecito; 3. una volta che sono stati analizzati dai servizi di *intelligence*, i dati legittimamente intercettati, inclusi i dati di comunicazione, possono essere conservati solo per il tempo necessario per le finalità statutarie; successivamente devono essere distrutti. 4. Per quanto concerne le informazioni intercettate, esse sono conservate sotto la responsabilità di servizi di *intelligence*. La ricezione, manipolazione e distruzione del materiale devono essere gestiti con attenzione, monitorati e registrati e devono essere sempre a disposizione delle preposte autorità di controllo per le dovute ispezioni.

L'aspetto rilevante concerne il fatto che i programmi *PRISM* e *UPSTREAM* della *NSA* americana sono stati sottoposti a scrutinio giudiziario di fronte ad un'autorità giudiziaria di un Paese alleato e non esclusivamente da una corte statunitense. Secondo la decisione dell'*IPT* tale attività di sorveglianza è altresì illegale perché carente di un mandato giudiziario ai sensi del *Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA)* inglese durante tutti i suoi anni di esercizio, a partire dal 2007.

3. I SALTII DI QUALITÀ DI *CAMBRIDGE ANALYTICA*

In questa nuova fase risulta evidente l'interconnessione del commercio dei dati: essi vengono raccolti per motivo (per esempio, una indagine di mer-

cato), ma vengono utilizzati per un altro motivo (quale il *behavioural advertising* a fini di promozione di prodotti di *e-commerce*) e gli stessi dati vengono poi ceduti per ragioni ancora diverse (come la manipolazione delle opinioni politiche in corso di campagne elettorali). Quanto delineato in poche righe può sembrare lo *script* di un romanzo o di una nuova serie televisiva, invece rappresenta il salto di qualità nel trattamento dei dati personali avvenuto con lo scandalo di *Cambridge Analytica* (Festa, 2018; Ward, 2018, 138).

Cambridge Analytica era una società di consulenza online, ora dichiarata fallita, che, una volta prelevati i dati da Facebook, effettuava attività di *digital marketing* su elementi conoscitivi delle attività individuali quali i «mi piace» ai vari *post*, i commenti, i luoghi dai quali i commenti venivano pubblicati, le condivisioni o i *post* stessi. Tali informazioni, relative a ogni singolo utente, erano elaborate da algoritmi al fine di ricostruire personalità, attitudini, gusti, emozioni e comportamenti, formulando pubblicità altamente personalizzate, su ciascun utente.

Questa vicenda ha reso l'opinione pubblica, specializzata e non, consapevole che le tecniche di indagine e di *marketing* commerciale vengono applicate anche alla politica e alle campagne elettorali, le quali sono trattate come se fossero un «prodotto da piazzare» sul mercato degli elettori/consumatori. Questi ultimi sono profilati attraverso l'analisi dei *big data* raccolti, a titolo esemplificativo, con procedimenti di *microtargeting*, *retargeting*, *data mining*, *web-crawling* e *data strategies* (Festa, 2018; Ward, 2018).

Il salto di qualità è quindi doppio: da un lato esso riguarda la metodologia di raccolta, dall'altro lato esso concerne il cambiamento di scopo della raccolta dei dati *ex post*, con il loro utilizzo a scopo politico. Attraverso la profilazione dell'elettore (considerato alla stregua di un consumatore) si massimizza il risultato attraverso un minimo sforzo comunicativo con l'applicazione delle tecniche di *behavioural advertising* (pubblicità comportamentale), del quale si erano già occupati i Garanti Europei (*WP29, Opinion No. 2/2010*), limitandosi però al settore commerciale (Festa, 2018). Da una prospettiva commerciale, le attività legate alla profilazione commerciale manifestano sovente contrasti con la tutela della *privacy*, in particolare in merito alla violazione del principio di finalità, all'assenza del consenso degli interessati, alla mancata o carente informativa sul trattamento dei dati personali dei soggetti interessati. In ambito di profilazione politica, tali criticità assumono maggiore valenza negativa.

Infatti, considerando i trattamenti effettuati in ambito politico ed elettorale, si può notare come, in questo caso, le operazioni di raccolta, analisi e ri-elaborazione delle informazioni utili sui cittadini/elettori (dall'adesione o affiliazione a un partito politico alle liste di *follower* su Twitter o alle informazioni

presenti sui profili Facebook) vengono incrociate con dati anagrafici e demografici più tradizionali come età, reddito, stato civile, recuperati sia tramite internet sia con mezzi più tradizionali. Operazioni di questo tipo servono a comprendere cosa i cittadini desiderano che i loro rappresentanti facciano e, dunque, cosa è bene che i candidati propongano per poter essere eletti. Le criticità emerse dal summenzionato rapporto si estendono in un settore ancora più delicato, cioè quello della manifestazione delle opinioni politiche (che avviene attraverso la condivisione o l'apposizione di «mi piace» a *post* di contenuto politico), trasformando in massa i cittadini/elettori, in consumatori e, da ultimo, manipolando il sistema democratico stesso.

Da un punto di vista politico si può notare come nel tempo si sia svolto un lento procedimento, sviluppatosi spesso a fasi alterne, che ha trasformato, a partire dal XVIII secolo, il suddito in cittadino, parte attiva della vita politica. Al contrario, la fase involutiva ha avuto inizio con l'avvento delle piattaforme sociali, di Internet e dei *big data*. Infatti, il cittadino non viene più considerato parte della vita politica, che si esprime attraverso l'intermediazione dei partiti politici, ma diventa un consumatore di materiali prodotti da terzi e fruiti direttamente attraverso una piattaforma digitale, la quale preordina una limitata possibilità di scelta di opzioni, individuate attraverso, appunto, l'analisi dei *big data* raccolti online. Si tratta di un circolo vizioso, apparentemente senza fine, che alimenta se stesso. A questo punto la domanda è: cosa è possibile fare per spezzarlo?

Una soluzione a tal fine parrebbe essere quella di rafforzare le strutture della partecipazione rappresentativa attraverso un duplice approccio: da un considerare le piattaforme digitali un mezzo e non un fine, mentre dall'altro lato valorizzare il principio di responsabilità nella gestione dei dati (Re, 2018), sia sotto un profilo privato (diffusione dei dati per scopi sanitari, commerciali, culturali etc), sia sotto un profilo pubblico (in merito alla manifestazione del pensiero e alla partecipazione alla vita politica).

Svolto questo primo (ipotetico) passaggio occorre domandarsi che cosa differenzia una raccolta di dati per ragioni di sicurezza, da quella per scopi commerciali da quella per scopi politici? Si tratta di raccolte interscambiabili? Dal punto di vista di chi raccoglie, tratta e conserva i dati probabilmente si: dalla moltiplicazione dei profili effettuata con algoritmi o programmi di intelligenza artificiale vengono profilati le attitudini e gli orientamenti sia del singolo, sia della massa. Dal punto di vista del titolare di tali dati, è probabile che questi non si renda neppure più conto della spoliazione informativa che sta subendo essendo ormai costui assuefatto ad accettare condizioni o formulari all'uopo predisposti e spesso neppure letti. Spesso ci si autoassolve della di-

strazione con la quale si cliccano siffatti formulari ripetendo a se stessi il noto e summenzionato luogo comune che «tanto non ho niente da nascondere», ma così ci si ritrova nudi e indifesi di fronte alle intemperie, in questo caso rappresentate dalla altrui oscura gestione del proprio patrimonio informativo.

4. DAVVERO NON ABBIAMO NIENTE DA NASCONDERE?

Se è vero che non tutto di noi può e deve essere svelato, che non possiamo vivere in una casa di vetro perché ciò lederebbe la nostra dignità personale, allora occorre trovare uno strumento giuridico che abbia la forza e l'autorevolezza, di proteggerci dalle invasioni altrui nella sfera personale. A questo proposito, a mio avviso, il concetto di *habeas corpus* non è superato, ma consiste in una risposta efficiente ai problemi esposti, sia sotto un profilo comparatistico, sia sotto un profilo storico. Ecco perché.

Chiunque possiede una propria idea di cosa si intenda per *habeas corpus*. Tradizionalmente questa espressione si riferisce alla legalità (valutata da un giudice) della detenzione di qualcuno (Farrell, 2008, 551). Sotto il profilo storico, il *writ of habeas corpus* ha avuto origine nel XIII Sec. Nel *common law* inglese (Duker, 1980, 17) venne utilizzato come garanzia di libertà personale (Farrell, 2008, 553). Seppure esso consistesse non in un diritto, ma in un privilegio fondato sulla prerogativa reale e emanato a discrezione dei giudici del *King's Bench* dopo una valutazione sommaria dell'istanza di parte (Halliday, White, 2008, 593), esso era già orientato alla protezione della libertà individuale (Tyler, 2016, 1956), in particolare contro gli abusi commessi sui prigionieri e sui loro corpi (Halliday, 2012, 11). Analizzando l'evoluzione storica della giurisprudenza in materia, con la concessione del *writ of habeas corpus* il re chiedeva conto della restrizione della libertà del suo suddito. La dottrina osserva che il potere del sovrano di liberare i prigionieri proviene direttamente dalla disponibilità che il sovrano aveva dei loro corpi (Halliday, White, 2008; Tyler, 2016, cit.). Infatti, «*Thus a writ concerned with moving, holding, and releasing bodies from imprisonment arose directly from this fundamental aspect of the king's prerogative*» (Halliday, White, 2008). In termini moderni, si tratta della manifestazione del patto di mutua cura (del re verso i suoi sudditi) e di obbedienza (dei sudditi verso il re), espressione di un'alleanza (Halliday, White, 2008). Nei secoli successivi, in particolare dal XVII, i tempi turbolenti della storia politica inglese cambiarono la natura dell'*habeas corpus* a seguito della guerra civile e della *Great Revolution*. Il primo a dare una valenza diversa alla natura di questo istituto fu Edward Coke, che lo utilizzò quale

strumento per correggere ogni «*manner of misgovernment*» (Coke, 1644, 4; Nutting, 1960, 527). Infatti, nell'Inghilterra del XVII secolo furono caratterizzati dalla lotta tra il re Carlo I Stuart, il suo governo, il parlamento e le corti di *common law* ed *equity*. (Zweigert, Kötz, 1998, 189). Il parlamento rafforzò le garanzie dell'*habeas corpus* per limitare gli effetti delle azioni della Corona e del governo (Farrell, 2008), in particolare per limitare gli effetti contro le detenzioni arbitrarie ordinate dal re medesimo (Farrell, 2008). Durante la guerra civile inglese, gli atti di detenzione continuarono e i prigionieri venivano deportati oltremare. Nel 1679 venne approvata la versione definitiva dell'*Habeas Corpus Act*, il quale attribuiva nuove garanzie procedurali (come il diritto a un processo equo) e sostanziali (come il divieto di deportazioni oltremare non autorizzate). Data la sua natura costituzionale, la giurisprudenza continuò a sviluppare l'*habeas corpus* come garanzia di libertà personale (Farrell, 2008).

Cosa possiamo imparare oggi da questa esperienza? È possibile utilizzare le garanzie sostanziali e costituzionali, come sopra delineate, quali strumenti di protezione dei dati personali? Il punto che voglio analizzare riguarda proprio tali garanzie con le questioni sollevate dal trasferimento, raccolta e trattamento di massa dei dati personali che avviene oggi. Il passaggio logico che sto cercando di sviluppare parte dal dato concreto che se i dati personali sono intangibili in quanto proiezione della persona fisica, essi devono essere trattati con le stesse garanzie riconosciute alla persona fisica.

5. È POSSIBILE ADEGUARE LE GARANZIE DELL'*HABEAS CORPUS* AL TRATTAMENTO DEI *BIG DATA*?

Nella ricostruzione della tutela della *privacy* e dei dati personali sono emersi in dottrina due modelli divergenti. Da un lato si segnala quello promosso da Posner (1978, 393), il quale teorizza il diritto degli individui di non essere posti in cattiva luce a seguito di pubblicazioni di informazioni false o diffamatorie. In conseguenza di ciò si propugnerebbe il controllo e la cancellazione delle informazioni che mettono in pericolo la reputazione della persona, con la prevenzione di interpretazioni fuorvianti. Si tratta del modello su cui si basa il c.d. «diritto all'oblio» (*right to be forgotten*) fatto proprio dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la nota decisione *Costeja Gonzales*.

Dall'altro lato vi è un diverso modello che segue la dottrina del c.d. *habeas data* formulata da Westin (1970) e Rodotà (2012) che definiscono l'inviolabilità dell'identità digitale come il diritto personale dell'individuo di controllare l'utilizzo dei dati sparsi durante le attività quotidiane e richiedere la loco

cancellazione (Guadamuz, 2000, 7; Gonzales, 2016, 642, Rosenn, 2011, 1042; Bastos, 2007, 2). Alla luce di questa prospettiva, alcune esperienze comparatistiche hanno mostrato un approccio simile, seppure minoritario e connesso con sistemi giuridici non di lingua inglese (Guadamuz, 2000; Gonzales, 2016). Altresì, tale approccio è assimilabile a quanto stabilito dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, elaborato sulla base della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani.

Con l'applicazione del concetto di *habeas corpus* alle tecnologie in grado di raccogliere massivamente dati personali ovvero alle piattaforme di *social networking*, intendo riferirmi non soltanto agli aspetti relativi al controllo dell'utilizzo dei dati personali, che sono comunque rilevanti, ma voglio riferirmi alla creazione di un confine, di una barriera, se non un ostacolo, alla raccolta di dati personali attraverso strumenti fisici (come tecnologie indossabili, computer, *laptop*, *smartphone*). In questo senso, e sotto un profilo concettuale, vorrei proporre quale parametro di riferimento per il *civil law* la decisione del *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* tedesco del 27 febbraio 2008.

Questa decisione ha riconosciuto l'esistenza del diritto di qualsiasi utente di tecnologie telematiche ad avere diritto alla propria libertà come espressione della propria personalità digitale. La decisione ha preconizzato la creazione di una intimità digitale dove l'individuo racchiude i suoi dati, raccolti in *web-mail*, o un *laptop* o un dispositivo o un *smartphone* di uso quotidiano. In realtà, quel caso costituzionale è stato promosso da un gruppo di persone (un giornalista, un membro di un partito politico locale e tre avvocati) contro una disposizione del «*Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen vom 20. Dezember 2006 (GVBl NW 2006, S. 620)*» che consentiva l'utilizzo di *trojan horse* di stato per effettuare ricerche sui sistemi e strumenti informatici privati, senza che i titolari ne fossero a conoscenza. Il *BVerfG* ha dichiarato nulla tale disposizione perché ammetteva la sorveglianza statale senza autorizzazione giudiziaria. In effetti, tali programmi di sorveglianza erano in violazione del diritto della personalità «come diritto fondamentale alla garanzia della riservatezza e dell'integrità dei sistemi informatici», nonché del principio di proporzionalità.

Nonostante tale decisione dei giudici costituzionali tedeschi, relativi all'uso nascosto di *software*-spia, fosse ormai di dieci anni fa, la questione critica del trasferimento delle masse di dati raccolti emerge nuovamente. In questo senso, una versione trasformativa dell'*habeas corpus*, adattata all'immaterialità, può essere utile. Un simile approccio in *common law* è avvenuto con la concettualizzazione del *cybertrespass* (Epstein, 2003, 73). Questo approccio potrebbe essere contestato con due obiezioni, che potrebbero essere

facilmente superate. Da un lato, si potrebbe sottolineare che questi dati sono intangibili e quindi non possono essere trattati come oggetti fisici. La risposta a questa affermazione è che fanno parte del corpo umano e appartengono al corpo del titolare del diritto. In altre parole: i dati sul mio corpo, la mia salute, il mio comportamento appartengono al mio corpo e quindi appartengono a me e dovrebbero essere trattati come tali. D'altra parte, si potrebbe sostenere che l'immaterialità dei dati potrebbe impedire il loro trattamento come gli altri beni (fisici) legali. Tuttavia, in altre circostanze, queste preoccupazioni sull'immaterialità di tali beni non sorgono. Ad esempio, in caso di sequestro di materiale illecito diffuso da siti Internet o programmi peer-to-peer, come materiale protetto da *copyright* o immagini di abusi sui minori.

L'applicazione del concetto di *habeas corpus* riuscirà a contenere anche la lucratività altrui sui dati propri? (Mayer-Schonberger, Cuckier, 2013, 94) In questo senso, detto utilizzo potrebbe restituire il valore, anche economico, al loro titolare consentendogli di limitare efficacemente il loro riuso ovvero la cessione. Alla luce di ciò, sovengono in mente le parole di Carl Schmitt, secondo cui la tecnologia è insieme uno strumento ed un'arma e come tale non può essere considerata neutrale (Schmitt, 1929/1993, 130 ss). Secondo Schmitt, infatti, ogni popolo, ogni cultura e ogni religione può utilizzare, tanto in guerra quanto in pace, la tecnologia come arma, pertanto la tecnologia va slegata dal possibile uso morale che di essa è possibile fare, poiché da un lato la tecnologia possiede un potere enorme e mostruoso, ma dall'altro lato essa è cieca.

La domanda che ci si può porre, quindi, riguarda come ci si possa difendere da una tecnologia cieca. Una autorevole risposta, ultima in ordine di tempo, proviene dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che si è espressa nel parere 1/15 del 26 luglio 2017 e concerne la prevalenza della tutela della privacy nei confronti delle ragioni di sicurezza della raccolta massiva di dati personali (Graziani, 2017, 959 ss.; Pisapia, 2018, 115 ss.). Sommarariamente, la fattispecie riguarda un progetto di accordo, bocciato dalla Corte di Giustizia, tra il Canada e l'Unione Europea in merito al trasferimento e al trattamento dei dati *PNR* (*Passenger Name Record*) (Pisapia, 2018) dei biglietti aerei dei passeggeri che dall'Europa viaggiano verso il Canada ritenendolo in contrasto con gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Graziani, 2017). Certa condivisibile dottrina ritiene che non vi siano dubbi sul fatto che alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la trasmissione sistematica dei dati *PNR* alle autorità pubbliche di Paesi terzi – l'accesso, l'uso e la conservazione per un periodo di cinque anni – siano operazione rientranti nell'ambito di applicazione del diritto fondamentale al rispetto della vita pri-

vata e familiare garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché di quello distinto, ma intimamente connesso, della protezione dei dati di carattere personale, garantito dall'art. 8 della Carta e costituiscano un'ingerenza in tali diritti fondamentali (Pisapia, 2018).

Detta ingerenza ha una portata rilevante in quanto il trasferimento di dati sensibili in questione riguarda in modo sistematico tutti i passeggeri e la conservazione per cinque anni dei medesimi mira a consentire un confronto retrospettivo, e pertanto una profilazione, dei summenzionati dati con specifici modelli comportamentali predefiniti «rischiosi» ovvero «preoccupanti» collegati ad attività presumibilmente terroristiche al fine di individuare «potenziali criminali», trasformando tutti i viaggiatori in «sospettati» (Pisapia, 2018: cit.). Pertanto, anche se tale ingerenza attiene a una finalità di interesse generale rilevante, come la lotta al terrorismo, secondo la Corte essa rimane sproporzionata rispetto alle garanzie a tutela dell'individuo stabilite dalle normative europee.

Tra gli elementi più critici rilevati dalla Corte di Giustizia emergono l'imprecisa definizione delle categorie di dati raccolti, l'impossibilità di definizione anticipata del trattamento automatizzato che avrebbe processato i dati e, conseguentemente, l'impossibilità di valutare l'affidabilità del sistema predittivo, ulteriormente la mancanza della previsione che una autorità indipendente potesse accedere ai dati trattati, né il tempo di data retention applicato è considerabile necessario alla finalità di combattere il terrorismo (Pisapia, 2018, cit.).

6. CONCLUSIONI

Autorevole dottrina si esprime in termini di «datificazione di tutto» (*Datification of everything*) (Mayer-Schonberger, Cukier, 2013), perché da tale procedimento è possibile ricostruire dalle nostre tracce la nostra personalità. Infatti, attraverso l'utilizzo di smartphone o di tecnologie indossabili, sempre più evolute, invasive e *fashion* nelle loro forme, ogni nostro gesto, ogni percorso, ogni singolo attimo viene trasformato in dato potenzialmente utile, controllabile e lucrativo: individualmente e come massa. Da questa riflessione nasce la mia idea di utilizzare il concetto di *habeas corpus* adattandolo alla immaterialità, alla smaterializzazione attuale: a me interessa indagare il concetto e la sua possibile applicazione quale garanzia nei confronti della raccolta a strascico di *big data*. A questo proposito, ritengo che riportare la materialità della difesa del *corpus* nell'epoca della immaterialità diffusa può (e vuole) significare che, nonostante l'evoluzione scientifica e tecnologica, il corpo e la corporeità rimangono una caratteristica irrinunciabile della dignità umana.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Article 29 Data Protection Working Party (2010), «Opinion No. 2/2010 on online behavioural advertising», luogo di pubblicazione: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf + &cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=it.
- BASTOS, A. W. (2007), «O habeas data e a proteção da privacidade individual: recuperação histórica da evolução conceitual e constitucional no Brasil» [online]. Disponibile in: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15977/1554>
- COKE, E. (1644/2003), *Institutes of the Laws of England*. Vol. III., [online]. Disponibile in: <https://oll.libertyfund.org/titles/coke-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-iii/simple>
- DUKER, W. A. (1980), *A Constitutional History Of Habeas Corpus*. 1.^a ed., Westport: Greenwood Press.
- EPSTEIN R. A. (2003), «Cybertrespass», *University of Chicago Law Review*, 70, pp. 77-88.
- FARRELL, B. (2008), «From Westminster to the World: The Right to Habeas Corpus in International Constitutional Law», *Journal of International Law*, 17, pp. 551-565.
- FESTA, M. (2018), «Caso Facebook Cambridge Analytica: una minaccia al diritto alla privacy» [online]. Disponibile in: <http://www.quotidianogiuridico.it/documenti/2018/04/13/caso-facebook-cambridge-analytica-una-minaccia-al-diritto-al-la-privacy>
- GOLDMAN, D. (2018), «Tim Cook wants stricter privacy laws» [online]. Disponibile in: https://edition.cnn.com/2018/10/24/tech/tim-cook-privacy/index.html utm_medium=social&utm_source=fbCNN&utm_content=2018-10-24T13:49:38
- GONZALEZ, M. T. (2016), «Habeas Data: Comparative Constitutional Interventions From Latin America Against Neoliberal States Of Insecurity And Surveillance», *Chicago-Kent Law Review*, 90, pp. 641-670.
- GRAZIANI, C. (2017), «PNR EU-Canada, la Corte di Giustizia blocca l'accordo: tra difesa dei diritti umani e implicazioni istituzionali» [online]. Disponibile in: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/474>
- GUADAMUZ, A. (2000), «Habeas Data: The Latin-American Response to Data Protection» [online]. Disponibile in: http://www2.warwick.ac.uk/fac/cos/law/elj/jilt/2000_2/guadamuz/
- HALLIDAY, P. D. (2012), *Habeas Corpus: From England to Empire*. 1.^a ed., Boston: Harvard University Press.
- HALLIDAY, P. D., WHITE, G. E. (2008), «The Suspension Clause: English Text, Imperial Contexts, and American Implications», *Virginia Law Review*, 94, pp. 575-714.
- MAYER-SCHONBERGER V., CUKIER K. (2013), *Big Data*. 1.^a ed., London: John Murray Publishers.

- MAYER-SCHONBERGER, V. (2010), «Beyond Privacy, Beyond Rights-Toward a «Systems» Theory of Information Governance», *California Law Review*, 98, pp. 1854-1886.
- NUTTING, H. A. (1960), «The Most Wholesome Law - The Habeas Corpus Act of 1679», *American Historical Review*, 65, pp. 527-543.
- PISAPIA, A. (2018), *La tutela per il trattamento e la protezione dei dati personali*. 1.^a ed., Torino: Giappichelli.
- POSNER, R. A. (1978), «The Right of Privacy» [online]. Disponibile in: https://digital-commons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/22
- POST, R. C. (2018), «Data Privacy and Dignitary Privacy: Google Spain, the Right To Be Forgotten, and the Construction of the Public Sphere», *Duke Law Journal*, 67, pp. 981-1072.
- RE R. M. (2018), «Fourth Amendment Fairness», *Michigan Law Review*, 116, pp. 1409-1463.
- RODOTÀ, S. (2012), *Il diritto di avere diritti*. 1.^a ed., Bari-Roma: Laterza.
- ROSENN, K. S. (2011), «Procedural Protection of Constitutional Rights in Brazil», *American Journal of Comparative Law*, 59, pp. 1009-1050.
- SCHMITT, C. (1929/1993), «The Age of Neutralizations and Depoliticizations», *Telos*, 96, pp. 130-142.
- SOLOVE J. D. (2011), *Nothing to Hide, The False Tradeoff between Privacy and Security*. 1.^a ed., New Haven: Yale University Press.
- TYLER, A. L. (2016), «The English Habeas Corpus Act And The Statutory Origins Of The Habeas Privilege», *Notre Dame Law Review*, 91, pp. 1949-1996.
- WARD, K. (2018), «Social networks, the 2016 US presidential election, and Kantian ethics: applying the categorical imperative to Cambridge Analytica's behavioral microtargeting», 33, *Journal of Media Ethics*, pp. 133-148.
- WESTIN, A. (1970), *Privacy and Freedom*. 1.^a ed., London: Bodley Head.
- ZWEIGERT K., KOTZ H. (1998), *Introduction to Comparative Law*. 3.^a ed., Oxford: Clarendon Press.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO*
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve referencia al significado constitucional del derecho de acceso a la información pública. 3. El derecho de acceso a la información pública en España. 3.1 Configuración constitucional y legal del derecho de acceso a la información pública. 4. El derecho de acceso a la información pública en el marco internacional europeo. 4.1 El derecho de acceso a la información pública en el seno del Consejo de Europa. 4.2 El derecho de acceso a la información pública en la Unión Europea. 5. Naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública a la luz del sistema multinivel de protección de los derechos. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad están apareciendo importantes desafíos para el constitucionalismo que atañen al Estado social y democrático de Derecho. En el contexto de incertidumbre social y democrática actual, resulta necesario fijar

* Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global por la Universidad de Granada. Doctoranda de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada.

la atención en derechos que, aunque inherentes a la democracia, han sido relegados a un segundo plano.

Este contexto ha evidenciado el potencial del derecho de acceso a la información pública para conseguir una democracia participativa más robusta. Es por ello que el debate en materia de información pública gira hoy en torno al empoderamiento del derecho de acceso (art. 105.b CE) como derecho fundamental, y en la reconfiguración de otros con los que se relaciona como el derecho a la libertad de información, art. 20.1.d) CE.

La falta actual de participación y de credibilidad de lo público se ha visto influenciada por factores como la revolución tecnológica y la sociedad de la información (Sánchez Barrilao, 2016, 159), la globalización e integración supranacional¹, y la crisis económica y de derechos. No obstante, el fenómeno que hoy día está generando mayor desafección y distanciamiento entre el ciudadano y lo público es sin duda la lacra de la corrupción (Sendín García, 2014, 94). Este elemento ha colmado el silencio de una sociedad que ahora quiere la palabra², y ha evidenciado el agotamiento de un modelo estructural que ya no funciona. La corrupción pública dificulta la avenencia entre gobernantes y gobernados, y es precisamente en este complejo contexto donde el derecho de acceso a la información pública cobra más sentido.

Se ha visto que, sin acceso a la información pública se obstaculiza la expresión del conflicto y la formación de la opinión pública libre, desvirtuándose con ello el concepto de democracia participativa. Así pues, elementos como la opinión pública libre, la información, la participación o la rendición de cuentas, impregnan el significado del derecho de acceso y abren camino a interpretaciones constitucionales más respetuosas con las necesidades actuales³.

En todo caso, hay que señalar que la importancia del derecho de acceso a la información pública no se asienta únicamente en su calidad de «ingrediente remedio» para salvar la desafección actual, sino que cuenta también con un potente refrendo desde el constitucionalismo multinivel. Este otro pilar consa-

¹ Respecto a los nuevos factores que intervienen en la crisis del sistema actual se refiere, *vid.* GARRORRENA MORALES (2016, 71-73); expresamente a los siguientes: la globalización, las nuevas tecnologías, los movimientos sociales y cambio en la concepción de tradicional de «pueblo».

² Sobre el importante papel que ejerce la sociedad civil para exigir responsabilidad y rendición de cuentas a las administraciones y a nuestros representantes, véase el artículo de prensa «contra la corrupción, ciudadanía» (VILLORIA MENDIETA, 2016).

³ Engarza esta idea con la conclusión a la que llega CORCHETE MARTÍN (2016, 289) cuando señala que «la comprensión de la democracia como aspiración nos ha llevado a la reflexión acerca de una realidad cotidiana que necesita una transformación a partir de instrumentos nuevos que permitan una verdadera integración entre actores políticos y ciudadanos en la búsqueda del bien común».

gra el acceso a la información pública como derecho fundamental gracias a la labor pretoriana de los tribunales internacionales. De hecho, puede afirmarse que la evolutiva labor interpretativa del TEDH y del TJUE, ha marcado un antes y un después en la consagración de este derecho.

Conforme al constitucionalismo multinivel, el derecho de acceso adquiere una naturaleza y configuración avanzada y actualizada que debería integrarse en nuestro ordenamiento a tenor del art. 10.2 CE. No obstante, cabe destacar que España ha sido uno de los países europeos más rezagados en aprobar una ley específica en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública (Piñar Mañas, 2014, 3).

Ahora bien, la alarma que ha ocasionado el crecido aumento de casos de corrupción, ligado al hecho de que estábamos desmarcándonos de la tendencia internacional en la materia, han empujado definitivamente al legislador⁴ a aprobar la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno⁵ (en adelante LTBG). Ley que si bien era una aclamada necesidad, no parece haber colmado las exigencias demandables desde la perspectiva del constitucionalismo europeo⁶.

Todo lo dicho llama la atención sobre la necesidad de profundizar en el estudio del derecho de acceso como derecho protagonista en el marco internacional frente al rezagado plano interno español. En este orden de cosas, falta indagar sobre la naturaleza jurídica del derecho para determinar si sería conveniente dar el paso a su definitiva vinculación con el art. 20.1.d) CE en línea con la tendencia internacional.

2. BREVE REFERENCIA AL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En un paralelismo con el derecho a la libertad de información del art. 20.1.d) CE, podemos destacar una dimensión individual y colectiva del derecho de acceso a la información pública. Pues «difícilmente se pueden expresar pensamientos, ideas y opiniones sobre la gestión de los asuntos públicos si se carece de la información necesaria para ello» (Blanes Climent, 2015).

⁴ Apunta GUICHOT (2014, 34). que «si bien el paso de la inmovilidad al sprint tiene algo de sonrojante, (...) es un buen ejemplo de cómo se puede contribuir desde abajo, desde la sociedad, a fijar las prioridades políticas y a mover a la acción a los grupos parlamentarios y al Gobierno (...)».

⁵ Realiza una crítica en este sentido SENDÍN GARCÍA (2014, 97), al considerar muy cuestionable que se haya esperado a la dura situación de crisis actual para actuar con la LTBG.

⁶ Esta perspectiva o «paradigma constitucional» no ha de ser otra, en palabras de GUILLÉN LÓPEZ (2016, 123), que «el control del poder y el aseguramiento de los derechos de los ciudadanos».

En su dimensión individual, este derecho se constituye como «instrumento para darle poder a los particulares» (Carbonell Sánchez, 2006, 14). En concreto, el poder de conocer y formar su opinión sobre información que atañe al ámbito público y ostentan las administraciones. En este sentido, podría afirmarse que no basta hoy día con la posición pasiva que adquiere el ciudadano cuando «recibe información veraz» a tenor de lo dispuesto en el art. 20.1.d) CE, sino que como titular de la soberanía, adquiere un papel protagonista para el control activo de la gestión pública⁷.

Por otra parte encontramos el derecho de acceso en su dimensión pública o colectiva. En virtud de esta perspectiva, el derecho actúa a modo de «termómetro democrático» al evidenciar si nos encontramos o no ante un Estado que sirve con objetividad los intereses generales⁸. En este sentido, el derecho de acceso a la información pública refuerza un ambiente propicio para que «el poder se ejerza desde la explicación, desde la razón, desde la luz, desde la transparencia, desde la motivación (...)» (Rodríguez-Araña Muñoz, 2014, 19). Es decir, esta vertiente convierte el acceso a la información pública en un derecho-presupuesto para la efectiva participación, el control del poder y la opinión pública (en este sentido se pronuncia García Macho, 2011, 248).

3. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Parece lógico pensar que, tratándose de un derecho ligado a conceptos como democracia, publicidad, participación o seguridad, debería ser un elemento intrínseco de nuestro modelo de Estado. Por el contrario, vivimos inmersos en un modelo que no propugna las virtudes de este derecho, sino que opta por seguir en un ambiente opaco fuera del escrutinio público.

Tal como señalaba antes, España ha sido uno de los últimos países europeos en preocuparse por esta materia, algo que confirma la tardía llegada de la LTBG, aprobada en 2013 (Piñar Mañas, 2014, 19). Antes de dicha norma únicamente contábamos en materia general de acceso a la información con el ya derogado art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

⁷ En este mismo sentido sitúa al ciudadano RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ (2014, 24), cuando apunta que «la persona no puede ser entendida como sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones políticas. Definir las personas como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida pública».

⁸ Sobre la idea de objetividad en la actuación de la administración y al servicio del interés general, RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ (2014, 3 y 8).

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPAC). Si bien es cierto que este escaso panorama normativo en la materia encontraba excepción en el ámbito medioambiental.

En efecto, como España forma parte del famoso Convenio Aarhus, sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, contamos con la ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia, dictada en cumplimiento de las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso del público a la información ambiental y medidas de participación⁹. Sin perjuicio de este concreto avance sectorial, existe consenso doctrinal en torno a la deficiente regulación del acceso a la información y a la falta de aprecio por la responsabilidad pública.

Así, cuando nos referimos a la ausente «cultura de la transparencia» lo hacemos desde la base de que no es un defecto nuevo. Hablamos de viejos hábitos que han cohabitado hasta ahora en las administraciones públicas y en la política y que han ido filtrando una naturalización de este modo de actuar. La consecuencia derivada de este contexto ha sido la falta de rendición de cuentas y de contraparte legítima que controle el poder.

Sin duda, es en este desconcertado ambiente político y social donde se gesta la «tormenta perfecta de la transparencia» (Guichot Reina, 2014, 20) y empieza a crearse conciencia de lo público. De manera que, si antes de la explosión de la crisis se había debatido de forma incipiente sobre cuestiones relacionadas con este derecho, es a partir de este momento cuando el derecho de acceso empieza a verse como un imprescindible.

3.1 Configuración constitucional y legal del derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública se encuadra en el Título IV de la Constitución, en el art. 105 CE. Este precepto en su letra b), remite a la ley «el acceso a archivos y registros administrativos, salvo en aquello que afecte a seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad personal». Existe cierto consenso doctrinal en considerar que el art. 105.b) CE consagra el principio de transparencia –aunque no lo refiera expresamente-, y

⁹ Sobre esta cuestión en particular puede consultarse, entre otros, REY MARTÍNEZ (2013, 196 y ss).

específicamente el derecho de acceso a la información pública –aunque no lo haga de la mejor forma– (Blanes Climent, 2015).

El marco constitucional en el que se inserta el derecho de acceso ha desembocado en un derecho legal de contornos imprecisos, sometido a gran discrepancia doctrinal. Nótese que, el hecho de que el precepto no se exprese en términos de acceso a «la información», sino de acceso a los «archivos y registros de carácter administrativo», dista de la esencia y fin que hoy se presupone de este derecho. En esta línea, debe partirse de la base de que las circunstancias históricas, políticas y jurídicas inherentes al momento constituyente no eran las mismas que ahora. Es por ello que puede entenderse el desfase entre el tenor literal del art. 105.b) CE y el necesario enfoque constitucional del acceso a la información pública. No obstante, ello no es óbice para que existan motivos suficientes que aconsejen debatir sobre la configuración y naturaleza del derecho de acceso en una sociedad democrática como la nuestra.

En cualquier caso, resta decir que la ubicación sistemática del derecho lo sitúa por razones obvias fuera de la privilegiada Sección I del Capítulo II del Título I de la CE. En base a lo anterior, resulta claro que le queda vetado tanto la posibilidad de abrir por sí mismo la vía de amparo ante el TC, como los mecanismos y garantías de protección de los derechos fundamentales del art. 53 CE. Concretamente, ha sido el argumento de la «ubicación sistemática» del derecho el que más ha encorsetado y limitado a la doctrina a la hora de considerar que nos encontramos frente a un derecho fundamental.

En este orden de cosas entienden que, tratándose de un derecho situado fuera del Capítulo II del Título I CE, no es susceptible de desplegar los mecanismos de protección propios de los derechos fundamentales, ni tampoco debe sujetarse a reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE), por más que se relacione con otros derechos que sí gozan de consideración fundamental, como el art. 20 CE. Desde esta limitada perspectiva del derecho, se desconoce su función instrumental respecto al art. 20.1.d) CE para hacer real y efectiva la libertad de información que dicho precepto consagra.

Si descendemos en este punto al desarrollo legal del mandato impuesto en el art. 105 CE, hemos de remitirnos a la ya citada LTBG. Dicha norma fue el resultado de una situación límite a la que se había llegado por la desafección y falta de participación ciudadana. Así, la LTBG aprobada en 2013, fue la primera norma expresamente dedicada a la transparencia y acceso a la información pública (Rams Ramos, 2013, 158), auspiciando un nuevo debate en torno a la fundamentalidad del derecho de acceso y generando gran expectativa entre la doctrina especializada.

A los efectos que interesan ahora, conviene poner de manifiesto el interesante debate constitucional que se lanzaba con la tramitación de la LTBG. Esto es, la cuestión de «si con este desarrollo legislativo nacía también una nueva concepción del propio derecho de acceso, aproximándolo a la consideración de derecho fundamental, o, por el contrario, obedecía únicamente a un afán de sistematización» (Antonino de la Cámara, 2017, 3). En definitiva, la cuestión a resolver era sí la norma debía tramitarse como ley orgánica, al consagrar un derecho fundamental, o no.

La respuesta y opción final fue la de optar por el procedimiento ordinario, al considerarse que el mandato contenido en el art. 105.b) CE era de reserva genérica de ley, quedando por tanto fuera del marco orgánico del art. 81.1 CE (Rollnert Liern, 2014, 75). Bajo este prisma, se consideró que la ley debía tener forma de ley ordinaria, sobre la base de que el derecho en cuestión había sido regulado hasta ese momento por «un precepto legal de rango ordinario»¹⁰, el art. 37 de la LRJAPAC.

Lejos de ser una solución satisfactoria, resulta que el hecho de que se reconozca como derecho legal del ciudadano frente a la administración en el art. 105 CE, no impide que pueda tener carácter fundamental como parte del contenido esencial de la libertad de información del art. 20.1.d) CE (Rollnert Liern, 2014, 351), cuando así resulte de la interpretación del derecho, vía art. 10.2 CE. De hecho, hubiera podido regularse por vía orgánica en tanto no siempre ha sido necesario el criterio de «ubicación expresa» en el Título I CE para reconocer un derecho como fundamental (Palomares Herrera, 2017, 22).

Más allá de las críticas efectuadas en torno a la aprobación de la LTBG, cabría preguntarse cuál ha sido su efectividad práctica a la hora de consagrar el derecho de acceso a la información. Si bien es cierto que una norma de tales características siempre tiene connotaciones positivas por cuanto representa un avance (aunque sea limitado), también lo es que no basta con eso –y que de hecho no ha bastado–, para lograr los cambios pretendidos en favor de la apertura.

La doctrina ha notado cómo a efectos prácticos el continuismo respecto a la situación anterior de la LTBG sigue obstaculizando el cambio de paradigma a favor de la cultura de la transparencia. Todo lo cual ha ocasionado una crítica generalizada de la LTBG como una declaración más de intenciones que de verdadero reconocimiento del derecho (Antonino de la Cámara, 2017, 3).

¹⁰ Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, emitido por el Consejo de Estado (Comisión Permanente), n.º de expediente 707/2012, de 19 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>

4. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO INTERNACIONAL EUROPEO

El derecho de acceso ha cobrado gran fuerza en el plano regional europeo. De hecho, algunos autores han afirmado que existe consenso acerca de su iusfundamentalidad en el ámbito de la UE y que el problema realmente radica en la proyección que se ha hecho de él en el ámbito nacional.

Hasta ahora la discusión nacional ha sido insuficiente para colocar el derecho de acceso al nivel de los estándares internacionales. Como se ha visto, la LTBG –y concretamente el enfoque que ésta ha otorgado al derecho de acceso–, ha impedido engranar la perspectiva democrática y participativa del derecho en una concepción más actualizada y adaptada a la jurisprudencia del TEDH y TJUE. De esta manera, nos enfrentamos a un contexto nacional que subestima las virtudes del derecho, frente a un escenario internacional que le otorga cobertura fundamental, (ya sea bajo la libertad de expresión o como derecho autónomamente garantizado).

El apoyo indispensable que ha servido de base interpretativa tanto en el seno del Consejo de Europa como de la UE parte del art. 19 DUDH y del art. 19 PIDCP. Tales preceptos reconocen como expresa manifestación de la libertad de expresión, la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones sin limitación de fronteras.

4.1 El derecho de acceso a la información pública en el seno del Consejo de Europa

La labor del Consejo de Europa en el progresivo reconocimiento a favor de este derecho parte de una serie de Recomendaciones¹¹ y Resoluciones¹² de la Asamblea Parlamentaria a partir de los años 70, así como de Recomendacio-

¹¹ Entre la que destaca la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 582, de 23 de enero de 1970, sobre medios de comunicación masiva y derechos humanos, al señalar que *«the extension of the right of freedom of information provided for in Article 10 of the European Convention on Human Rights, by the conclusion of a protocol or otherwise, so as to include freedom to seek information (which is included in Article 19 (2) of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights); there should be a corresponding duty on public authorities to make information available on matters of public interest, subject to appropriate limitations»*. Disponible en: <http://semanticpace.net/?search=KjoqfHR5cGVfc3RyX2VuOIJlY29tbWVuZGF0aW9u&lang=en>; Posteriormente se aprueba la Recomendación de la Asamblea 854, de 1 de febrero de 1979, sobre acceso público a los documentos del gobierno y a la libertad de información.

¹² Como la Resolución de la Asamblea 428, relativa a una Declaración sobre medios de comunicación y derechos humanos.

nes emitidas a los Estados por el Comité de Ministros¹³. En este plano destaca con especial incidencia y carácter vinculante en la materia el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, firmado en Tromsø, y abierto a la ratificación de los Estados desde el 18 de junio de 2009¹⁴.

Por otra parte, no puede faltar la referencia al CEDH como instrumento fundamental para la protección de los derechos, y a la labor del TEDH. La materia que nos ocupa se regula en el art. 10 CEDH, que bajo la libertad de expresión (en su modalidad más genérica), abarca «la libertad de opinión» y la «libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas». De la dicción literal del precepto resulta que el derecho de acceso a la información pública no encuentra reconocimiento expreso, sin embargo ello no ha sido impedimento para que encontrase amparo en el art. 10 CEDH. En efecto, gracias a la labor pretoriana del TEDH en la materia, el art. 10 CEDH ha adquirido un significativo avance interpretativo, que incluye entre sus manifestaciones el acceso a la información.

El papel del TEDH resulta esencial hoy día como pilar para sustentar la fundamentalización del derecho de acceso, pues éste no siempre ha sostenido un criterio uniforme al respecto. Nos encontramos aquí con un rico cuerpo jurisprudencial que pasa de una postura inicialmente reacia al reconocimiento del derecho¹⁵, a una línea evolutiva a favor del mismo¹⁶. Este interesante cambio de postura ha tenido reflejo en importantes casos concretos que han marcado el devenir del TEDH hasta llegar a su postura actual.

Entre las sentencias destacables en la materia, habría que partir como antecedente de las sentencias dictadas en los asuntos *Leander vs. Suecia*, de 26 de marzo de 1987 y *Guerra vs. Italia*, de 19 de febrero de 1998. En ambos casos el TEDH considera que, el derecho a recibir información del art. 10 CEDH no puede interpretarse como una obligación positiva dirigida a los Estados para facilitar información a iniciativa propia¹⁷. A partir de este momento, el tribunal empieza a matizar y ampliar su criterio progresivamente. El primer paso que da es para ampliar el derecho a recibir información –co-

¹³ En este sentido destaca la Recomendación (81) 19, de 25 de noviembre de 1981, dirigida a los Estados miembros, sobre acceso a la información en poder de las autoridades y también la Recomendación del Comité de Ministros, es la (2002) 2, sobre acceso a los documentos oficiales, de 21 de febrero de 2002.

¹⁴ Dicho Convenio aún no ha entrado en vigor al quedar supeditado a la firma y ratificación de al menos diez Estados, habiendo sido hasta ahora únicamente ratificado por 9 (entre los que no se incluye España).

¹⁵ En la medida en que no estaba expresamente reconocido en las disposiciones del CEDH.

¹⁶ Teniendo en cuenta la importante labor democrática y participativa que tal derecho desarrolla para favorecer el debate y la formación de la opinión pública.

¹⁷ Vid. STEDH *Guerra vs. Italia*, de 19 de febrero de 1998, párrafo 53.

múnmente atribuido a favor de la prensa—, a ONG's que también actúan como «perros guardianes»¹⁸, en relación a asuntos de interés general¹⁹. Ahora bien, es a partir de 2009 cuando el tribunal define con mayor claridad su postura, y muestra su evolución hacia una concepción más amplia del art. 10 CEDH.

En este punto, nos encontramos con importantes asuntos como son los casos *Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría*, de 14 de abril de 2009 y *Kenedi vs. Hungría*, de 26 de mayo de 2009. En ambos casos, el tribunal reconoce expresamente su avance interpretativo hacia una concepción amplia del derecho a recibir información del art. 10 CEDH, vinculándolo con el derecho de acceso a la información pública²⁰. En este orden de cosas, llegamos al importante asunto *Youth Initiative for Humans Rights vs. Serbia*, de 25 de junio de 2013, donde el tribunal ratifica la idea de que el derecho a recibir información comprende un derecho de acceso a la misma²¹.

Más recientemente y culminando la posición actual del TEDH en la materia, destaca el caso *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016. En este supuesto el tribunal vuelve a extender la misión de perro guardián, siendo ahora también predicable a favor de bloggers y usuarios populares de las redes sociales²².

4.2 El derecho de acceso a la información pública en la Unión Europea

En el nivel supranacional europeo «el derecho de acceso a los documentos constituye uno de los componentes esenciales de los principios de apertura y transparencia que han de imperar en el funcionamiento de las instituciones de la Unión» (González Alonso, 2008, 680 y 681).

Es más, este derecho se ha identificado en Europa como «mecanismo indispensable para contrarrestar el repetidamente señalado déficit democrático del que adolecían —y adolecen— las instituciones europeas» (Rams Ramos, 2013, 176). En este sentido, destaca la importante labor europea en favor

¹⁸ Vid. asunto *Vides Aizsardzibas Klubs vs. Letonia*, de 27 de mayo de 2004.

¹⁹ Vid. STEDH asunto *Vides Aizsardzibas Klubs vs. Letonia*, de 27 de mayo de 2004, p. 42.

²⁰ Vid. *ABAD ALCALÁ* (2010, 29); Vid. STEDH asunto *Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría*, de 14 de abril de 2009, p. 35; Vid. STEDH asunto *Kenedi vs. Hungría*, de 26 de mayo de 2009, p. 43.

²¹ Vid. STEDH asunto *Youth Initiative for Humans Rights vs. Serbia*, de 25 de junio de 2013, p. 20.

²² En atención al relevante papel con el que hoy día cuenta Internet para facilitar el acceso a las noticias e información de interés. Vid. STEDH asunto *Magyar Helsinki vs. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, p. 168

del derecho de acceso, gracias a la misión del TJUE y al propio derecho originario y derivado de la UE en la materia.

En una breve referencia al derecho originario cabe citar el art. 15.3 TFUE, que desarrolla los arts. 1, 10, 11 del TUE. Dicho precepto supone «la consideración del derecho de acceso público a los documentos, no como una estrategia o política (...) como se venía, más bien, manifestando, hasta ese momento, sino, como una condición necesaria destinada a garantizar, de manera real y efectiva, el funcionamiento democrático de la Unión»²³ (Porras Ramírez, 2014, 286). El paso adelante con este precepto radica esencialmente en la posibilidad de obtener información en poder de «órganos, instituciones y organismos de la UE», frente al anterior art. 255 TCE, -que únicamente se refería a información del Consejo, del Parlamento y la Comisión Europea-²⁴.

Por otro lado, sabemos que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, la CDFUE adquiere valor jurídico vinculante y eficacia directa, convirtiéndose en un instrumento clave en el marco supranacional europeo²⁵.

En lo que nos interesa ahora, el derecho de acceso a la información pública encuentra en este plano, reconocimiento autónomo y expreso. A diferencia de lo que ocurría en el CEDH, -que no recoge el derecho expresamente en el art. 10 CEDH, sino que se ampara por vía interpretativa del TEDH-, el derecho aquí queda expresamente recogido en el art. 42 CDFUE, bajo el estatus relativo a la ciudadanía. Por tanto, puede afirmarse que el derecho de acceso en el seno de la UE adquiere virtualidad propia y autónoma respecto al derecho a la libertad de expresión del art. 11 CDFUE.

En cuanto al derecho derivado, destaca con carácter general en la materia el Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que tiene entre sus objetivos «garantizar el acceso más amplio posible a los documentos», «establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho» y «promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos»²⁶.

²³ Cfr. Porras Ramírez (2014, 286).

²⁴ No obstante es cierto que no se trata de una previsión ilimitada de acceso, en cuanto que el art. 15.3. párrafo 4.º del TFUE prevé el acceso limitado a aquella información que sea de carácter administrativo, cuando provenga del TJUE, del BCE o del BEI.

²⁵ En cualquier caso, esa eficacia directa queda supeditada a los casos en los que los Estados estén aplicando el Derecho de la Unión, (art. 51.1 CDFUE).

²⁶ Art. 1 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Esbozado el marco legal europeo aplicable al derecho de acceso a la información de las instituciones de la UE, falta por destacar la labor jurisprudencial del TJUE. Entre los casos que han ido marcando tendencia en el reconocimiento a favor del derecho objeto de estudio, se encuentran entre otras la sentencia C-58/94, asunto Holanda/Consejo, de 30 de abril de 1996²⁷. Hasta 2011 hubo otras sentencias dictadas en materia de transparencia y acceso a la información pública, no obstante, en este año destaca la sentencia T-233/09, asunto Access Info Europe/Consejo, de 22 de marzo de 2011 –que ha servido de referente en el reconocimiento del derecho–. Recientemente y en el mismo sentido que la anterior, encontramos la sentencia T-540/15, asunto De Capitani/Parlamento Europeo, de 22 de marzo de 2018, que se pronuncia sobre la importancia de poder acceder documentos de carácter preparatorio en procesos legislativos, estando en juego los derechos de los ciudadanos de la Unión²⁸, máxime cuando de este modo se favorece la calidad democrática de la UE²⁹.

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A LA LUZ DEL SISTEMA MULTINIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

El derecho de acceso a la información pública en España se consagra en el art. 105 CE y se desarrolla legalmente en la citada LTBG. La situación de déficit democrático actual ligado al importante avance internacional en materia de acceso, hace que debamos replantearnos como cuestión clave «si el derecho de acceso a la información pública, además de estar reconocido por el art. 105.b) como un derecho frente a la administración que debe ser objeto de desarrollo legislativo, debe formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE y, en cuanto tal, gozar de protección y garantías constitucionales dispensadas por ésta última» (Rollnert Liern, 2014, 353).

Para dar respuesta a la cuestión planteada es importante tener en cuenta que, el criterio de ubicación sistemática de los derechos fundamentales utiliza-

²⁷ Dicha sentencia reconoce el progresivo reconocimiento del derecho de acceso a la información en favor de los particulares respecto a documentos obrantes en poder de las autoridades. Vid. Sentencia C-58/94, asunto Holanda/Consejo, de 30 de abril de 1996, p. 36.

²⁸ Vid. Sentencia T-540/15, asunto De Capitani/ Parlamento Europeo, de 22 de marzo de 2018, p. 90

²⁹ Vid. Sentencia T-540/15, asunto De Capitani/Parlamento Europeo, de 22 de marzo de 2018, p. 97 y 98.

do aún por algún sector doctrinal para vetar de protección reforzada al derecho de acceso no se sostiene en la actualidad. Pues, si bien es cierto que el hecho de que quede fuera del Capítulo II del Título I de la CE es un dato a valorar, también lo es que esta circunstancia no lo hace irreconciliable con dicha «no ubicación». Hemos podido comprobar que, tanto el TEDH como el TJUE ubican el derecho de acceso a la información pública como elemento clave en toda sociedad actual y como piedra angular para superar los déficits de legitimidad democrática.

Así las cosas, resulta que el derecho de acceso a la información de nuestro art. 105 CE no atañe en exclusiva a las relaciones con la administración, sino que en un paralelismo con la tendencia internacional expuesta, también ostenta un papel instrumental esencial para la definitiva consecución de la opinión pública libre y el pluralismo que protege el derecho a recibir información del art. 20.1.d) CE.

Esto es, si el TEDH ha colocado el derecho de acceso a la información pública como presupuesto del derecho a recibir información del art. 10 CEDH, y la CDFUE lo reconoce expresamente en su art. 42 CDFUE, no se entiende que este argumento no se traslade al ámbito interno, vía art. 10.2 CE. Pues resulta que, en un ordenamiento jurídico integrado por diversos niveles no basta ya con limitar el alcance y sentido de los derechos a la literalidad del texto constitucional, sino que ésta debe valorarse atendiendo al contexto internacional.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se ha planteado cómo el déficit democrático ha reabierto el debate sobre la polémica naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. Esto es, si debe seguir interpretándose como derecho legal, ex art. 105 CE, conforme al tradicional criterio de ubicación, o si por el contrario, las circunstancias actuales aconsejan interpretar este derecho como manifestación política y democrática del art. 20.1.d) CE. Toda esta polémica se adereza además por el valor iusfundamental que el derecho de acceso ha adquirido en el contexto global de las Naciones Unidas y en el ámbito regional europeo. En este sentido, se ha hecho palpable el preocupante desfase entre la configuración del derecho a nivel interno e internacional, ocupando uno de los temas que hoy desafían al constitucionalismo.

A tenor de todo lo expuesto y de las virtudes democráticas del derecho de acceso a la información, no parece adecuado que España siga al margen

de su reconocimiento internacional. Resultaría conveniente dar un paso más en este sentido puesto que, con independencia del *nomen iuris*, adquiriría las implicaciones procesales y constitucionales inherentes a todo derecho fundamental, bajo el respaldo interpretativo que brinda el art. 10.2 de nuestra Constitución.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAD ALCALÁ, L. (2010), «El acceso a la información pública en la Unión Europea y en el Consejo de Europa». *Comunicación y Pluralismo*, 9, pp. 11-38.
- ANTONINO DE LA CÁMARA, M. (2017), «Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos». *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 4 [en línea]. Disponible en: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/08/7.-Mar-Antonino.pdf>
- BLANES CLIMENT, M. A. (2015), «¿El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental?» [en línea]. Disponible en: www.miguelangelblanes.com
- CARBONELL SÁNCHEZ, M. (2006), «El derecho de acceso a la información como derecho fundamental», en LÓPEZ AYLLÓN, S. (coord.), *Democracia, transparencia y constitución. Propuestas para un debate necesario*, México: UNAM Instituto Federal de Acceso a la información pública, pp. 3-18.
- CORCHETE MARTÍN, M. J. (2016), «Nuevas experiencias de la democracia en la ciudad: de la gobernanza al buen gobierno», en CASCAJO CASTRO, J. L.; MARTÍN DE LA VEGA, A. (coords.) *Participación, Representación y Democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 254-279.
- GARCÍA MACHO, R. (2011), «La transparencia en el sector público», en Blanco Esteve, A. (coord.), *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo/ Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP, pp. 247- 282.
- GARRORENA MORALES, Á. (2016), «Democracia, participación y representación. La crisis actual de la democracia representativa. ¿Qué hacer?», en CASCAJO CASTRO, J. L.; MARTÍN DE LA VEGA, A. (coords.) *Participación, Representación y Democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 59-84.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (2008), «Artículo 42. Derecho de acceso a los Documentos», en MANGAS MARTÍN, A. (dir); GONZÁLEZ ALONSO, L. N (coord), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid: Fundación BBVAA, pp. 664-677.

- GUICHOT, E. (2014), «El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos, pp. 17-34.
- (2017), «¿Cuánto hemos avanzado en transparencia?», *Revista Española de Transparencia*, 5, pp. 24-30.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2016), «Narrativas de la crisis: un ensayo de Derecho Constitucional Europeo», en BALAGUER CALLEJÓN, F.; TUDELA ARANDA, J. (coords.), *Estudios en Homenaje al Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 119-146.
- PALOMARES HERRERA, M. (2017), «Panorámica de la transparencia en el Estado y la tendencia del derecho de acceso a la información pública en España», *Revista de Estudios Jurídicos*, 17 [en línea]. Disponible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3714>
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (2014), «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno». *Revista catalana de dret públic*, 49, pp. 1-19.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2014), «Los límites a la transparencia. El menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas», *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, pp. 283-303.
- RAMS RAMOS, L. (2013), «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, pp. 155-188.
- REY MARTÍNEZ, F. (2013), «Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español». *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, 5, 2013, pp. 192-201.
- RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, J. (2014), «El buen gobierno y la buena administración en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ; SENDÍN GARCÍA, M. A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Granada: Comares, pp. 1-92.
- ROLLNERT LIERN, G. (2014), «El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, pp. 349-368.
- (2014), «La regulación del derecho de acceso a la información pública mediante ley ordinaria: problemática jurídico-constitucional», en VALERO TORRIJOS, J.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 73-104.

- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2016), «Unión Europea y globalización: reivindicando una Europa de los ciudadanos», en BALAGUER CALLEJÓN, F.; TUDELA ARANDA, J. (coords.), *Estudios en Homenaje al Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 147-168.
- SENDÍN GARCÍA, M. A. (2014), «Transparencia y acceso a la información pública», en RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ; SENDÍN GARCÍA, M. A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Granada: Comares, pp. 93-196.
- VILLORIA MENDIETA, M. (2016), «Contra la corrupción, ciudadanía». *El País*, 21 de marzo de 2016. Disponible *on line* en: https://elpais.com/elpais/2016/03/20/opinion/1458497944_634888.html (26/02/19)

TRANSPARENCIA Y SECRETOS DE ESTADO: LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS*
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algunas consideraciones sobre los secretos de Estado. 3. Líneas básicas de la regulación española. 4. El control jurisdiccional de los secretos de Estado. 5. Las restricciones al derecho de acceso a la información en la Ley de transparencia y buen gobierno. 6. La Proposición de Ley de reforma de la Ley de secretos oficiales. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La presencia de los secretos de Estado supone imponer limitaciones a la exigencia de publicidad en las actuaciones de los poderes públicos. La

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R (Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER. Su contenido es resultado, en parte, de una investigación más amplia sobre los secretos de Estado y las materias clasificadas titulada «El conflicto entre publicidad y secretos de Estado: la proposición de Ley de Reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales» (SENDÍN, 2019).

Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales¹ (en adelante LSO) y su Reglamento de desarrollo² justifican la clasificación de ciertas materias como secretas o reservadas cuando su conocimiento pueda poner en grave riesgo los intereses fundamentales de la Nación, y supongan una amenaza para la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional.

El principal problema que plantea la regulación española de los secretos de Estado es que el control de las decisiones sobre la clasificación y desclasificación de materias es enormemente dificultoso, y permite extender los secretos indefinidamente al no fijar plazos automáticos de desclasificación. Las decisiones sobre la desclasificación quedan en manos de las mismas autoridades que declararon el secreto. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia y buen gobierno³ (en adelante LTBG), lejos de resolver el problema, ha contribuido a agravarlo, imponiendo límites adicionales y restringiendo el acceso a materias más allá de donde permitía llegar la LSO, lo que en la práctica supone una ampliación muy preocupante del caudal de datos e informaciones cuyo conocimiento puede permanecer oculto a la opinión pública.

En España este asunto ha demandado especial atención en fechas recientes como consecuencia de la presentación en el Congreso de los Diputados, a iniciativa del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), de una Proposición de Ley de reforma de la LSO. Aunque no fue finalmente aprobada y caducó al concluir anticipadamente la XII Legislatura⁴, ya puede asegurarse que ha supuesto el intento más serio realizado hasta la fecha de reformar el tratamiento que reciben los secretos de Estado en nuestro ordenamiento jurídico. El pasado 10 de junio de 2019, ya en la XIII Legislatura, que también finalizó prematuramente al no alcanzarse un acuerdo de gobierno, la Proposición de Ley fue presentada de nuevo por el Grupo Vasco, con idéntico texto⁵.

¹ BOE de 6 de abril de 1968. Fue reformada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre secretos oficiales (BOE de 11 de octubre de 1978). Para tener una visión de conjunto de la Ley y su Reglamento son muy recomendables los comentarios de COUSIDO (1995).

² Aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (BOE de 24 de febrero de 1969).

³ BOE de 10 de diciembre de 2013.

⁴ El discurrir parlamentario de la Proposición de Ley fue tortuoso, pues el trámite de enmiendas se alargó demasiado, siendo superado finalmente el 20 de marzo de 2018 tras cuarenta y dos ampliaciones del plazo. La Legislatura concluyó cuando el texto estaba pendiente del informe de la Comisión Constitucional, produciéndose su caducidad. No era la primera vez que sucedía esto, pues el Grupo Vasco ya presentó esa misma Proposición de Ley en la breve XI Legislatura, que concluyó sin la designación de un Presidente del Gobierno.

⁵ Puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BGCG), Serie B, 38-1, 25/06/2019.

En mi aproximación a este tema me ocuparé de las siguientes cuestiones: (i) unas breves consideraciones sobre los secretos de Estado; (ii) los puntos más importantes de la regulación española, que valoraré críticamente; (iii) una mención al control judicial de los secretos del Estado en España, fijándome en el que seguramente ha sido el caso más conocido; (iv) las limitaciones que impone la LTBG al ejercicio del derecho de los ciudadanos a acceder a la información de los archivos y registros administrativos; y (v) los avances más importantes que se plantearon en la Proposición de Ley de reforma de la LSO y cuáles fueron las principales enmiendas que propusieron los diferentes grupos parlamentarios en la XII Legislatura. Este es un indicador de lo que puede deparar la Proposición de Ley en un futuro próximo, en el hipotético pero previsible caso de que el Grupo Vasco vuelva a presentarla de nuevo.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SECRETOS DE ESTADO

Manuel Aragón (2006, XVII) opina que el problema de los secretos de Estado es uno de los más delicados a los que se ha enfrentado el constitucionalismo, «pues pocos asuntos, como éste, ponen de manifiesto la tensión entre la necesidad de preservar el Estado, sin cuya existencia no cabe la convivencia política, y la necesidad de controlar a ese mismo Estado, sin lo cual esa convivencia no estaría basada en la libertad». Si ese equilibrio se rompiera, a su juicio se estaría poniendo en grave riesgo la supervivencia del Estado.

Una característica de los estados democráticos es la legítima aspiración de que los actos de quienes ejercen el poder sean «visibles», en el sentido de que estén sujetas al control y el escrutinio de la opinión pública. Ahora bien, junto a las actuaciones de los poderes de este Estado «visible», hay un Estado y un poder que Bobbio calificó como «invisible», pues trata de mantener sus actuaciones en secreto⁶. Este autor recuerda que la democracia nació con la pretensión de erradicar el poder invisible de la vida pública, buscando dar sustento al ideal de un «poder sin máscaras» que actúe desde la publicidad y la transparencia, y no deje resquicio a los *arcana imperii* característicos de los estados autocráticos⁷.

El valor democrático fundamental de la publicidad se expresa con total nitidez en el conocido apéndice de *La paz perpetua*, donde Kant (1998, 61-62)

⁶ BOBBIO (1985, 20; 1986, 23 y 65).

⁷ BOBBIO (1985, 21; 1986, 23).

formula un principio básico –que vale como principio ético y como principio jurídico– según el cual «son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados». Para el filósofo prusiano este sería un principio trascendental del derecho público, que permite censurar como injustas las actuaciones del Estado que solo se pueden llevar a término mientras se mantengan en secreto, puesto que, si se pretendieran realizar a la vista de todos, provocarían la reacción desfavorable de la opinión pública.

Más allá de la calificación moral que podamos hacer de las actuaciones del poder invisible, es un hecho que en todos los estados –y los estados constitucionales actuales no son una excepción– hay secretos. El propio Bobbio admite que, si bien el ideal de la democracia es el ejercicio visible del poder, en circunstancias excepcionales los secretos pueden encontrar justificación. Esto le lleva a formular una exigencia que en su opinión es fundamental en cualquier Estado constitucional: «la publicidad es la regla, el secreto es la excepción, y en todo caso es una excepción que no puede aminorar la regla, ya que el secreto está justificado al igual que todas las medidas excepcionales [...] solamente si está limitado en el tiempo» (Bobbio, 1986, 67).

Así pues, en los estados constitucionales los secretos solo se pueden admitir como excepción a un principio general de publicidad que se extiende a todas las actuaciones públicas⁸. Este principio se sustenta en la convicción de que la democracia necesita para subsistir de una opinión pública que muestre una actitud crítica y cuente con una amplia información que la habilite para desempeñar una función de control y de exigencia de responsabilidades al Gobierno y los poderes públicos⁹. De otro modo, sin publicidad, el poder se ejercería sin freno y se caería en la pura arbitrariedad, dando entrada a la razón de Estado como cauce habitual para la justificación de los actos gubernamentales. Como consecuencia, la democracia constitucional quedaría seriamente comprometida.

Para que los secretos de Estado puedan encontrar cobijo dentro de la democracia constitucional, en coexistencia con el principio de publicidad, deben someterse a unas condiciones exigentes (Aragón, 2006, XIX), de modo que las materias secretas puedan ser evaluadas por órganos a los que se asignan competencias de control, tanto si se trata de un control político efectuado por comisiones parlamentarias –*v. gr.* la Comisión de Secretos Oficiales– como de un

⁸ ARAGÓN (2006, XVIII); Díez-PICAZO (1998, 81); Díez SÁNCHEZ (1999, 191).

⁹ ARAGÓN (2006, XVIII); Díez-PICAZO (1998, 82). Según BOBBIO (1986, 68) «Siempre se ha considerado como uno de los puntos fundamentales del régimen democrático, el que todas las decisiones y, en general, los actos de los gobernantes deban ser considerados por el pueblo soberano. El régimen democrático ha sido definido como el gobierno directo del pueblo o controlado por el pueblo».

control jurisdiccional que se ejerce en un procedimiento armonizando la presencia de los secretos con el deber institucional de juzgar.

El problema es que en España los secretos de Estado son difícilmente controlables –por razones que luego explicaré con más detalle– y tienden a perpetuarse. En nuestro ordenamiento jurídico esta cuestión está mal resuelta desde el comienzo. Por un lado, el marco normativo vigente puede considerarse caduco. A mi juicio esto no tiene tanto que ver con el origen preconstitucional de las normas reguladoras –pues este dato no influye ni positiva ni negativamente en la calidad de su técnica legislativa– como con el hecho de que la LSO y su Reglamento establecen procedimientos que no son homologables a los que se aplican en países cercanos, en los que las materias se desclasifican de forma automática al transcurrir un cierto número de años. Pero tampoco debe perderse de vista que la LSO fue aprobada por un gobierno autocrático, y por tanto poco proclive a dar publicidad a sus actuaciones. A esto se añade que la legislación sectorial que se ha ido aprobando después –ya en democracia– sobre distintos ámbitos en los que puede haber secretos, es dispersa y no ha contribuido a mejorar el panorama jurídico existente, sino que lo ha complicado aún más. Por último, algo parecido puede decirse de la LTGB, que como luego explicaré ha supuesto una ocasión perdida para reformar la normativa y acomodarla a los tiempos.

3. LÍNEAS BÁSICAS DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

El texto de la LSO de 1968 es respetuoso con la exigencia de que los secretos de Estado solo pueden operar como excepción al principio general de publicidad. El art. 1 expresa que «Los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea esta declarada expresamente ‘clasificada’, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente ley».

La Ley también distingue dos categorías de materias clasificadas: las secretas y las reservadas. Según el art. 3.1 del Reglamento, son secretas las «que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello, pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional». Mientras que las reservadas (art. 3.2) se refieren a «los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos no comprendidos en el apartado anterior por su menor importancia,

pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a los referidos intereses fundamentales de la Nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional».

Como puede apreciarse, la redacción es prácticamente la misma en ambos casos, y la única diferencia consiste en que las materias que se clasifican como secretas revisten una «importancia excepcional», mientras que las reservadas son «menos importantes». Al no fijarse criterios para determinar cuándo estamos ante materias de una u otra índole, la forma de hacerlo es a través de una decisión discrecional: el art. 4 LSO atribuye la competencia exclusiva para declarar ciertas materias como secretas o reservadas al Pleno del Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor.

Pero seguramente, lo que mejor caracteriza el modelo español es que se atribuye a esos órganos no solo la competencia de clasificación, sino también las de cancelación y autorización para acceder a las materias clasificadas (arts. 7 y 11.2 LSO). Esto tiene dos consecuencias: primero, que es difícil someter a control esa clasificación, lo que facilita que el órgano competente pase de la discrecionalidad a la arbitrariedad. Y segundo, que en la práctica apenas hay diferencia entre clasificar una materia como secreta o como reservada, pues en ninguno de los dos casos se puede acceder a ella a menos que se cancele la clasificación o se conceda un permiso. Las diferencias se reducen a que las materias secretas están sujetas a condiciones más exigentes de seguridad y custodia que las reservadas¹⁰.

Aunque la LSO atribuye esas competencias al Pleno del Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor, hay que puntualizar dos cosas: (i) en 1978 las Cortes Constituyentes modificaron la LSO para que el Congreso de los Diputados y el Senado tuvieran siempre acceso a cuantas informaciones reclamasen, en la forma establecida en sus Reglamentos «y, en su caso, en sesiones secretas» (art. 10.2); y (ii) la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización mi-

¹⁰ El Reglamento regula de forma diversa cómo debe custodiarse el material clasificado como secreto (art. 13) y como reservado (art. 14); y también cuáles han de ser las condiciones de traslado de uno y otro (arts. 18 y 19 respectivamente). Leer estos artículos prácticamente provoca nostalgia, y son la demostración de que estamos ante una norma propia de otro tiempo. Sobre el material clasificado como secreto, el art. 13 dispone que «estará guardado en una caja fuerte o armario-archivador a prueba de incendios y dotados de cerraduras de combinación de disco, cuyas dimensiones, peso, construcción e instalación hagan mínimas las posibilidades de robo, violación e indiscreciones». Es obvio que la actualización que demanda la regulación española de las materias clasificadas ha de adaptarse también a la era tecnológica.

litar, atribuye al mando del ejército ¹¹ una competencia meramente consultiva (art. 97), lo que, como señala Díez Sánchez (1999, 199), desactiva la competencia de desclasificación. Además, después de que las tres sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 –que resolvieron el famoso caso de los «papeles del CESID»– dictaminaran que la competencia para dictar resoluciones de desclasificación de documentos «es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 CE», hay que concluir que la competencia de clasificación solo se puede atribuir al propio Gobierno, en virtud de esa misma potestad.

Así pues, el problema de la regulación española de los secretos de Estado no es solo que fuera tardía (en Suecia existe legislación sobre transparencia y desclasificación de materias desde 1766), sino que cuando finalmente se aprobó, se optó por un modelo que encomendaba las decisiones sobre la desclasificación a la misma autoridad encargada de clasificar, que ha de ponderar el impacto que pueden tener esas materias para ciertos valores que, como la seguridad y la defensa nacional, se consideran dignos de protección. Esta es una característica que define el modelo ruso. La alternativa es un sistema de plazos, como el que se aplica en EEUU, Reino Unido, Italia o Francia, donde la desclasificación se produce automáticamente al transcurrir un número de años que es establecido legalmente. Aunque estos sistemas son muy sensibles a la necesidad de preservar los valores de la seguridad y la defensa nacional, en ellos lo más que está permitido hacer es ampliar hasta un límite máximo los plazos de desclasificación que la ley regula por defecto.

En cualquier caso, el modelo establecido en la LSO no debería sorprender a nadie, siendo entonces el Estado español una dictadura. Para un autor tan conocido como Kelsen la publicidad es la seña de identidad de la democracia, mientras que la autocracia se caracteriza por la opacidad de los actos de sus dirigentes ¹², a fin de eliminar cualquier posibilidad de ejercer un control político o jurídico de la acción del Gobierno, que pudiera dar pie a críticas y a someter sus decisiones al escrutinio de la opinión pública. Justamente para evitar que algo así pudiera suceder, en España se optó por un sistema que convertía los secretos en «eternos», pues otorgaba las competencias de desclasificación a los mismos órganos declarantes del secreto. Con ello se reducen a la mínima expresión las posibilidades de ejercer un control eficaz que pueda poner límites a la acción del ejecutivo.

¹¹ Esta Ley otorga el mando de la estructura operativa del Ejército al Jefe del Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), que sustituye a la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUJEM).

¹² KELSEN (1927/1968, 1963; 1932/2006, 234).

4. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS SECRETOS DE ESTADO

Hay algunos ámbitos en los que es muy frecuente tropezarse con secretos de Estado, como por ejemplo en el intercambio de información entre los servicios secretos de los Estados en la lucha contra amenazas globales como el terrorismo internacional, o en la investigación en los fondos documentales de archivos y registros administrativos, como la que realizan los historiadores bajo la cobertura del art. 105.b) CE.

Pero los secretos de Estado que ahora más me interesan son los que repercuten en el desarrollo de los procesos judiciales. En particular, pueden tener serias consecuencias cuando se trata de procesos penales. Por esta razón es necesario someter a control esos secretos, de modo que los jueces siempre puedan acceder a los documentos necesarios para realizar la investigación de los sumarios y la práctica de las pruebas. Aunque el art. 105.b) CE permite limitar el acceso a la información «en lo que afecte a la seguridad del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas», como apunta Díez-Picazo (1998, 31), este no se puede interpretar en el sentido de impedir que los jueces lleven a cabo sus investigaciones, en especial cuando en un proceso hay indicios de que cierta información clasificada puede ser relevante. Es una exigencia del Estado de derecho que los actos del poder ejecutivo se puedan someter al control de un tribunal independiente, como establece el art. 106 CE (Díez-Picazo, 1998, 40). De otro modo, se daría pie a que el Gobierno y los poderes públicos actuaran desde la más absoluta arbitrariedad, abusando del poder que confieren los secretos de Estado y agazapándose tras ellos para encubrir actuaciones ilegítimas.

Lamentablemente, esto fue lo que ocurrió cuando a mediados de los años noventa la democracia española fue puesta a prueba después de que se filtraran a los medios de prensa los documentos secretos conocidos como «papeles del CESID»¹³, que contenían importante información sobre la «guerra sucia» contra el terrorismo de ETA. Cuando esos documentos fueron requeridos por los jueces de instrucción, el Ministro de Defensa se negó a entregarlos, lo que desencadenó un conflicto entre el Ministro y el Juez Central de Instrucción número 5, que se resolvió a favor del primero en una Sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción el 14 de diciembre de 1995.

¹³ Como consecuencia del caso de los «papeles del CESID» en España se despertó un interés creciente por la temática de los secretos de Estado. Algunas contribuciones importantes fueron las de Díez-Picazo (1998), Díez-Sánchez (1999), Sánchez Ferro (2006) y Wilkinson Morera de la Vall (2007). Anteriormente, como explica Torres Ventosa (1998, 359), la doctrina había prestado escasa atención a este asunto «en comparación con otras materias quizá no tan trascendentales».

Cuando en 1996 llegó al poder el Partido Popular, las acusaciones particulares en los sumarios del «caso GAL» instaron al Gobierno de José María Aznar a desclasificar esos documentos para utilizarlos como prueba. La solicitud fue rechazada mediante un Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996. En respuesta, las acusaciones interpusieron tres recursos contencioso-administrativos (números 601/1996, 634/1996 y 726/1996) ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). Mediante las sentencias de 4 de abril de 1997, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo resolvió a favor de las acusaciones particulares y ordenó dar traslado de los documentos a los juzgados de instrucción, algo a lo que el ejecutivo no podía negarse en virtud del art. 118 CE. Estas sentencias pueden considerarse un verdadero hito, pues en el derecho español nunca se habían levantado secretos de Estado por mandato judicial¹⁴.

En las tres interesantes sentencias dictadas por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo los magistrados sostuvieron que el hecho de que en la LSO no existiera una regulación del control de los secretos de Estado no quiere decir que queden cerradas todas las vías de acceso a la justicia, dado que los actos del poder ejecutivo están sujetos a control por los tribunales siempre que puedan examinarse «según criterios judicialmente asequibles». En este caso ese criterio consiste en que el acto impugnado limita la efectividad de un derecho fundamental. De ahí que para dar una solución fuera necesario ponderar los intereses constitucionalmente enfrentados: la seguridad del Estado y un derecho tan proteico como la tutela judicial efectiva, esta vez en su faceta de derecho a utilizar todos los medios necesarios para organizar la defensa. El criterio de la Sala 3.^a fue que, cuando se trata de delitos graves, la seguridad del Estado debe ser ponderada con otros intereses constitucionales, y en su caso ceder ante ellos (Díez-Picazo, 1998, 73).

Ahora bien, en este proceso el elemento genuinamente innovador fue anterior a las sentencias. En tres autos de 2 de febrero de 1997, la Sala 3.^a ordenó al Gobierno entregar los documentos secretos para que los magistrados pudieran inspeccionarlos *in camera*. Este fue un verdadero acto de creatividad judicial, pues aunque las *in camera inspections* son un recurso habitual en sistemas anglosajones, eran algo desconocido en nuestro derecho, pues no se contemplaban en las normas procesales. La Sala 3.^a justificó su decisión argu-

¹⁴ Para conocer mejor los detalles y la doctrina emanada del proceso, véase DÍEZ-PICAZO (1998, 21 y ss. y 51 y ss.); TORRES VENTOSA (1998, 382 y ss.); DÍEZ SÁNCHEZ (1999, 245 y ss.); SÁNCHEZ FERRO (2006, 456 y ss.); WILKINSON MORERA DE LA VALL (2007, 175 y ss.).

mentando que para ponderar los intereses constitucionales en juego era necesaria una inspección reservada de los documentos.

5. LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA LEY DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Como vengo explicando, recurrir a los secretos de Estado solo se puede justificar excepcionalmente, pues en los estados constitucionales la publicidad es el principio que rige con carácter general. Dicho esto, hay que preguntarse cómo debemos entender esa publicidad. Parece obvio que el contenido de esa exigencia es más amplio, y su alcance mayor, que el que tiene el principio de publicidad de las normas que recoge el art. 9 CE. Isabel Lifante (2018, 24) explica que la publicidad es un valor regulativo que cumple una función esencial en los estados constitucionales, imponiendo a los poderes públicos unos cauces de acción. Otros valores del mismo tipo son los de veracidad, libre acceso a la información, etc. La publicidad y esos otros valores expresan exigencias que derivan del reconocimiento de otro principio afín pero que opera en un nivel más abstracto: el principio de transparencia (Lifante, 2018, 25).

Las exigencias que se incluyen en el valor de la transparencia¹⁵, entre las que está la de publicidad, son «instrumentales» en el sentido de que repercuten provechosamente en la mejora de la calidad de las instituciones democráticas y del Estado constitucional (Lifante, 2018, 26). Quizá el mayor logro de la LTBG de 2013 es haber potenciado el cumplimiento de esas exigencias en nuestro derecho, al imponer a las administraciones públicas obligaciones de «publicidad activa» que van más allá de las establecidas en las normas sectoriales, tal como se especifica en la exposición de motivos¹⁶. El Capítulo II regula cómo ha de

¹⁵ En un trabajo en el que se lamentan por las dificultades que implica acceder a documentos clasificados, MALALANA UREÑA y MORENO PÉREZ (2018, 334) subrayan que la transparencia consiste tanto en «una obligación jurídica como en una exigencia ética de las sociedades democráticas, requerimiento que genere como respuesta el deseo constante de los ciudadanos a estar informados y de acceder a los documentos donde se recogen esos conocimientos».

¹⁶ «La presente Ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–».

materializarse esa publicidad activa, estableciendo unos principios generales, fijando mecanismos de control y creando el Portal de Transparencia.

Además, la LTBG da un paso importante respecto del art. 105.b) CE, según el cual la ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Ciertamente, este precepto se podría interpretar como la consagración de un derecho de acceso, aunque este no tuvo un reconocimiento efectivo hasta la LTBG, cuyo art. 12 establece que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley»¹⁷.

Ahora bien, lo que dispone la LTBG da lugar a una llamativa paradoja: por un lado, mientras en su Capítulo III –titulado «Derecho de acceso a la información pública»– reconoce que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos que se prevén en el art. 105.b) CE; por otro lado, impone importantes restricciones a ese derecho de acceso. Algunas están más justificadas que otras. Las que se derivan de la necesidad de proteger los datos personales¹⁸ (art. 15) y el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial son muy razonables, como también las que se dirigen a proteger bienes jurídicos que, de acuerdo con la LSO –que, por cierto, no aparece mencionada en el texto–, pueden justificar que se clasifique una materia, a saber: la seguridad nacional y la defensa. En estos casos la restricción del acceso supondría –llevando a cabo una interpretación sistemática de la LTBG en conjunción con la LSO– que esas materias tendrían que clasificarse como mínimo como reservadas, pero de manera sorprendente la LTBG no dice nada, y parece como si de súbito en el ordenamiento jurídico español la LSO se hubiera desvanecido sin dejar rastro.

Junto a las restricciones anteriores hay otras que limitan el libre acceso a la información sobre asuntos entre los que figuran las relaciones exteriores –y no meramente a la paz exterior, a la que alude el reglamento que desarrolla la LSO–, la seguridad pública, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria o la protección del medio ambiente. Pero seguramente las limitaciones más preocupantes desde el punto de vista de la satisfac-

¹⁷ Como indica TORRES VENTOSA (1998, 365), este derecho de acceso no solo es susceptible de ejercerse en los archivos públicos, sino también en los privados, siempre que lleguen a tener trascendencia pública.

¹⁸ Esas restricciones complementan las medidas de protección que se prevén en la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 6 de diciembre de 2018).

ción efectiva de las exigencias que se vinculan al valor de la transparencia y de evitar comportamientos indebidos, son las que afectan a «las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control» (art. 14.1.g) y a «La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión» (art. 14.1.k). La LTBG se expresa aquí con altas dosis de indeterminación. Aunque el art. 14.2 establece que «la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso», lo cierto es que con la LTBG en la mano es posible restringir el acceso a la información sobre los procesos públicos de decisión (*v. gr.* en las licitaciones de obras y servicios públicos, la concesión de licencias de explotación, etc.) y el control sobre los mismos. La gran paradoja de la LTBG es que permite ir más lejos de hasta donde podía llegar la LSO en la limitación del acceso a la información pública, abriéndose a nuevos supuestos y sin hacer uso del secreto o la reserva. Esto sorprende aún más si tenemos en cuenta que uno de los logros de la LTBG es, como antes he mencionado, que impone a las administraciones obligaciones de «publicidad activa». Por lo demás, esta Ley no introdujo otros cambios en la regulación de los secretos de Estado.

6. LA PROPOSICIÓN DE LEY DE REFORMA DE LA LEY DE SECRETOS OFICIALES

A continuación explicaré cuáles son las novedades más importantes que se sugirieron en la Proposición de Ley de reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, que se presentó en la XII Legislatura, y el contenido de algunas enmiendas que presentaron varios Grupos Parlamentarios. La iniciativa partió del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que presentó el texto ante la Mesa del Congreso de los Diputados el 7 de septiembre de 2016. La fecha de su toma en consideración fue el 29 de noviembre, siendo aprobada por 169 votos a favor, 3 votos en contra y 162 abstenciones¹⁹. Después de caducar al disolverse las cámaras, en la XIII Legislatura fue presentada de nuevo por el Grupo Vasco, sin modificar su contenido.

Su texto²⁰ es breve, pues consta de una exposición de motivos y un artículo único, que pretende incorporar cambios en la Ley. La competencia de clasifica-

¹⁹ Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 18, 29/11/2016, 73.

²⁰ BOCG, Serie B, 32-1, 16/09/2016, 2-3.

ción se sigue atribuyendo de forma exclusiva al Pleno del Consejo de Ministros, pero a continuación se introducen importantes novedades. La más significativa es el sistema de plazos. El art 4.2 establece un plazo de veinticinco años para la desclasificación de las materias secretas, y de diez años para las reservadas. El Consejo de Ministros podrá prorrogar excepcionalmente el plazo por diez años más, tratándose solo de materias secretas y siempre que se motive la decisión.

El nuevo art. 7.1 dispone que una vez transcurrido el plazo de clasificación de una materia esta quedará cancelada automáticamente, si no ha sido cancelada antes por el Consejo de Ministros. Y el art. 7.2 establece que cuando el Congreso de los Diputados y el Senado accedan a una información clasificada en sesión no secreta, ello conllevará su desclasificación automática. Además, de acuerdo con el art. 10.2, la clasificación de una materia sigue sin afectar al Congreso de los Diputados y al Senado, que tendrán acceso a cuantas informaciones reclamen, de acuerdo con sus Reglamentos. Del artículo solo se elimina el matiz final: «y, en su caso, en sesiones secretas».

Por último, se añade una disposición transitoria según la cual todas las materias clasificadas que ya hubieran cumplido los plazos de vigencia señalados en el art. 4 al entrar en vigor la ley, quedarán automáticamente desclasificadas. Mientras que las que no los hubieran cumplido se desclasificarán automáticamente al cumplirse dichos plazos, sin perjuicio de lo que dispone el art. 7.

La inmediatez de la desclasificación de las materias que ya hubieran cumplido los plazos de desclasificación es seguramente la razón por la que esta disposición transitoria fue objeto de las enmiendas de varios Grupos²¹. El Grupo Parlamentario de Ciudadanos proponía que la desclasificación automática de esas materias se produjera al transcurrir un plazo de veinte años para las materias secretas y de dieciséis años para las reservadas, desde la entrada en vigor la Ley. Mientras que las materias que todavía no hubieran cumplido esos plazos se desclasificarán una vez que estos se cumplieran, y en todo caso una vez transcurrido un plazo de quince años para las materias secretas y doce años para las reservadas, desde la entrada en vigor de la Ley. Ciudadanos explicaba que la justificación de esta enmienda era debida a «la protección de un interés jurídico superior al del principio de transparencia en la actuación de los poderes públicos, como sin duda es el de la Seguridad del Estado y el de los intereses de la colectividad nacional».

Al Grupo Parlamentario Socialista también parecían preocuparle las consecuencias que podría traer consigo esta disposición transitoria, pues proponía una prórroga de diez años en la desclasificación de las materias secretas que ya

²¹ Las enmiendas aparecen publicadas en el BOCG, Serie B, 32-4, 11/04/2018.

hubieran cumplido los plazos establecidos, mientras que las que no los hubieran cumplido aún podrían disponer de la prórroga cuando lo hicieran. La enmienda se justificaba por la necesidad «de establecer un régimen transitorio que asegure la correcta aplicación de la modificación normativa».

En general, las enmiendas respetaban los plazos de desclasificación propuestos por el Grupo Vasco. La excepción fueron las que provenían de Ciudadanos –que sugería extender el plazo de desclasificación de las materias reservadas a los veinte años– y el Grupo Popular, a quien la opción de prorrogar la clasificación de materias secretas por diez años más le parecía insuficiente y proponía ampliar el plazo hasta los veinticinco, con lo cual la clasificación podría prolongarse hasta cincuenta años.

El Grupo Popular fue sin duda el que demostró una mayor capacidad creativa, pues más que enmiendas proponía aprobar una ley enteramente nueva, que llevaría el nombre de «Ley de información clasificada». Algunas propuestas eran muy cuestionables. Para empezar, proponía ampliar las modalidades de clasificación de dos a cuatro. Junto a las materias «secretas» –que se desclasificarían a los veinticinco años– y las «reservadas» –que esa Ley extendía hasta los quince– pretendía introducir las «confidenciales» –hasta los diez años– y las de «difusión limitada», hasta los cinco. En los dos últimos casos la competencia de clasificación no recaería sobre el Pleno del Consejo de Ministros, sino sobre cada uno de los Ministros por separado y también sobre el Director del Gabinete del Presidente del Gobierno. Además, se contemplaba la posibilidad de clasificar materias retroactivamente.

Por último, cabe mencionar todavía una enmienda presentada por el Grupo Socialista, que pretendía incluir en la Proposición de Ley una disposición final primera que modificaría la LTBG de 2013 introduciendo un artículo 26 *bis*, cuyo objeto sería prohibir el borrado de los mensajes de correo electrónico enviados y recibidos por los altos cargos desde sus cuentas oficiales. Además, el borrado de esos mensajes nunca podría suponer la desaparición de la información, de la que ha de existir siempre una copia que garantice su conservación íntegra y no manipulable.

De lo explicado se desprende que si se hubiera aprobado esa Proposición de Ley y se hubiera incorporado el sistema de plazos en la desclasificación de materias, el tratamiento que recibirían los secretos de Estado en el ordenamiento español por fin se asimilaría a los que se aplican en países cercanos. Pensando en la nueva Legislatura, opino que es necesario que el Grupo Vasco presente una vez más la Proposición de Ley y que esta sea finalmente aprobada, para que así se imponga un sistema claro y simple. En la situación de la España actual, en la que el valor de la transparencia se ha convertido en una

exigencia irrenunciable en la actuación de los poderes públicos, todo lo que no implique adoptar un modelo nítido puede desembocar en una situación en la que una solución de mero compromiso entre los grandes partidos políticos no permitiría contrarrestar las diferencias de una regulación que hace tiempo que ha caducado.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÓN, M. (2006), «Prólogo», SÁNCHEZ FERRO, S., *El secreto de Estado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BOBBIO, N. (1985), «La crisis de la democracia y la lección de los clásicos», *Crisis de la democracia*, Barcelona: Ariel.
- (1986), *El futuro de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica.
- COUSIDO, P. (1995), *Comentarios a la ley de secretos oficiales y su reglamento*, Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (1998), *Sobre secretos oficiales*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (1999), *Razones de Estado y Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- KANT, I. (1998), *Sobre la paz perpetua*, Tecnos: Madrid.
- KELSEN, H. (1927/1968), «Demokratie», *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross (2)*, Wien: Europa Verlag.
- (1932/2006), «Verteidigung der Demokratie», *Verteidigung der Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- LIFANTE, I. (2018), *Lo público y lo privado*, Buenos Aires: B de f.
- MALALANA UREÑA, A.; MORENO PÉREZ, L. (2018), «La Ley de Secretos Oficiales, lastre para la investigación histórica». *Ayer*, 110 (2), pp. 333-347.
- SÁNCHEZ FERRO, S. (2006), *El secreto de Estado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SENDÍN, J. A. (2019), «El conflicto entre publicidad y secretos de Estado: la proposición de Ley de Reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales», GARCÍA AMADO, J. A. (coord.), *Conflictos de Derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 177-205.
- TORRES VENTOSA, J. J. (1998), «La regulación legal de los Secretos Oficiales», *Anuario de la Facultad de Derecho*, 16 (Universidad de Extremadura), pp. 359-387
- WILKINSON MORERA DE LA VALL, H. (2007), *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Barcelona: Atelier.

PARTE 3

**VULNERABILIDAD,
INMIGRACIÓN Y MENORES**

UN *FIL ROUGE*: LA «VULNERABILITÀ» QUALE NUOVO (O INNOVATIVO) PARADIGMA PER UNA TUTELA EFFETTIVA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

ROBERTO DI MARIA
Università degli studi di Enna «Kore»

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il concetto di «vulnerabilità» tra dignità umana e principio di eguaglianza. 3. La tutela «effettiva» dei diritti fondamentali in ragione della (ed oltre la) condizione di diseguaglianza e di vulnerabilità. 4. La valorizzazione della «autonomia individuale» quale contrappeso (o soluzione?) alle condizioni di vulnerabilità: alcuni esempi nella XVII legislatura italiana. 5. Brevi considerazioni conclusive. 6. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA

Il minimo comune denominatore – ovvero il *fil rouge* – che attraversa e lega tutti i contributi presentati dai relatori alla seconda *mesa de trabajo* (i.e. «famiglia, immigrazione e minoranze») del convegno «Perspectivas del consitucionalismo contemporáneo» pare essere la condizione di c.d. «vulnerabilità» ed – in particolare – la analisi in punto di diritto, sia positivo sia giurisprudenziale, delle diverse circostanze e modalità in cui si

manifesta la debolezza «naturale» o «giuridica»; nonché la rassegna degli strumenti normativi approntati per la relativa regolamentazione giuridica¹.

È proprio nell'ambito del diritto di famiglia e della migrazione, infatti, che è possibile identificare la maggior parte dei paradigmatici *status* di vulnerabilità – perlomeno secondo la corrente dizione giuridico-sociale – concretamente interferenti con la effettiva tutela dei diritti fondamentali: è nei confronti della donna, del minore e dell'anziano – limitatamente al contesto familiare – ma anche del migrante, dello straniero e del malato – ampliando il campo sociale di indagine – nonché delle altre ed ulteriori condizioni di «debolezza soggettiva», peraltro spesso fra loro stratificate (i.e. il minore o la donna migrante; l'anziano o lo straniero malato) che si pone, dunque, il problema della piena garanzia dei diritti generalmente riconosciuti dal moderno Stato social-democratico e pluralista, secondo un modello ampliamento condiviso in Europa.

In tal senso, alcune relazioni hanno mostrato come la suddetta condizione di «debolezza» possa intanto emergere nel contesto familiare, toccando tutti i componenti della famiglia – e non più soltanto i soggetti vulnerabili per eccellenza (i.e. donna e minore) – nella gestione sia della fase patologica del vincolo affettivo, come nel caso del c.d. «affido condiviso», sia della fase fisiologica di accudimento del minore, mediante il ricorso all'istituto del c.d. «congedo»; circostanze che intercettano – peraltro – il più ampio diritto alla «intimità familiare» ed alla sua protezione, come luogo primario di sviluppo e formazione della personalità individuale².

In altre relazioni è stato poi rilevato che – a fronte dell'imponente crescita del fenomeno migratorio – la condizione di vulnerabilità possa emergere, altrettanto prepotentemente, nella soggettività sia fisica sia giuridica del migrante, in relazione alle diverse condizioni che lo qualificano: rifugiato, richiedente asilo, immigrato irregolare; oltreché come soggetto sul quale spesso convergono e si stratificano diverse condizioni di vulnerabilità: donna, malato, anziano (meno spesso) e la condizione paradigmatica di minore, soprattutto, non accompagnato.

Riportando indi in premessa le conclusioni sussunte all'esito della sunnominata *mesa de trabajo*, dalla analisi critica della legislazione italiana e spa-

¹ Si rinvia pertanto alla lettura delle singole relazioni, per un maggiore approfondimento sia delle specifiche tematiche «affrontare», sia delle soluzioni proposte alle relative questioni problematiche.

² In materia si suggerisce la lettura di CLEMENTI (2018, 186 ss.); ed ivi, in specie, la riferita distinzione fra «associazioni “intime” (*intimate*) e “non intime” (*non-intimate*)», assunta a «schema concettuale» utilizzato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America al fine sia di stabilizzare la tutela costituzionale del diritto di associazione sia – e soprattutto – di valorizzare la natura di quelle c.d. “intimate”, in virtù della loro riconducibilità ad una sfera di relazioni familiari ed affettive (ritenute) fondamentali per lo sviluppo della personalità».

gnola si ricavano i problemi che ancora oggi i due Paesi scontano – abbastanza univocamente – in materia di tutela delle vulnerabilità; soprattutto sotto il profilo del riconoscimento – prima – e della effettività – poi – dei diritti fondamentali che, in questa materia, hanno carattere prevalentemente «sociale», ovverosia sono diritti c.d. «prestazionali»³.

Ma un ulteriore elemento che – altrettanto univocamente – pare contraddistinguere le riflessioni *supra* richiamate, è la consapevolezza che si stia attraversando una stagione nella quale l'attenzione – soprattutto della giurisprudenza costituzionale – si è spostata dal mero riconoscimento e moltiplicazione dei diritti alla loro effettività, mediante l'implementazione dello scrutinio di ragionevolezza, coerenza e conducenza dell'ordito normativo nazionale – parzialmente interferito da quello europeo – rispetto alla garanzia *in concreto* e *caso per caso* dei diritti costituzionalmente garantiti; il che è particolarmente rilevante in materia di «vulnerabilità» proprio perché tale condizione, seppur universale, necessita sempre di essere analizzata, affrontata e risolta «nel caso concreto».

2. IL CONCETTO DI «VULNERABILITÀ» TRA DIGNITÀ UMANA E PRINCIPIO DI EGUALIANZA

La tutela della c.d. «vulnerabilità» pare costituire indirizzo comune – ed emergente – sia nella recente giurisprudenza, peraltro non soltanto costituzionale, sia nella altrettanto recente attività normativa italiana⁴.

Nell'ambito della suddetta condizione – secondo una formulazione ampiamente condivisa nelle scienze sociali – devono ricondursi tutte le necessità fisiche e materiali (i.e. malattie, disabilità, morte, dipendenza dalla cura di altre persone) nonché le debolezze socialmente indotte o determinate (i.e. manipolazioni, oppressione, violenza, abuso di un diritto) che – nella veste di «soggetto sociale» o «sociopolitico» che si relaziona con gli altri esseri umani – un individuo può sperimentare⁵.

³ Cfr. *ivi*, nota 1.

⁴ Sul piano giurisprudenziale, si pensi alle (relativamente) recenti sentenze, costituzionali e di merito, in materia di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti affetti da disabilità; nonché – in materia di diritto di famiglia – a quelle a salvaguardia dei minori (*ex multis*, Corte cost., sentt. 81/2010 e 275/2016; C. G. A., sentt. 49, 258 e 303/2018; T. A. R. Sicilia, sentt. 474/2011e 1947/2013). Sul piano legislativo si pensi alle, altrettanto recenti, leggi sui c.d. «bio-testamento» e «dopo di noi», sulle c.d. «unioni civili» e «DAT», nonché alle disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (sulle quali *funditus*, *infra* §4).

⁵ In tal senso si vedano MACKENZIE, ROGERS, DODDS (2014).

I più recenti studi condotti in materia, soprattutto dalla dottrina anglosassone, si sono attestati sulla analisi di episodi di vita concretamente sperimentati – appunto – da donne, da gruppi discriminati per motivi razziali o culturali, da persone affette da disabilità, da lavoratori svantaggiati e da migranti, al duplice scopo tanto di indurre la rimozione della relativa indifferenza sociale, quanto di definire gli strumenti di diritto c.d. «antidiscriminatorio» utili ad assicurare un eguale godimento dei diritti⁶. All'interno di tale riflessione, dunque, il tema della vulnerabilità si lega indissolubilmente a quello della «dignità umana», nel senso che «le persone abbiano assicurate le condizioni affinché la loro vita possa essere considerata e sentita come una vita che valga la pena di essere vissuta (oltre che garantita in quanto tale) attraverso l'eliminazione delle forme di vulnerabilità e l'eliminazione della sofferenza socialmente generata, che erode le basi della dignità, dell'eguale rispetto e della reciprocità dei riconoscimenti»⁷.

Risulta chiaro, allora, che la lotta per l'affermazione dei diritti dei soggetti «deboli» richiede – oltretutto la conoscenza dei principi – anche la comprensione delle strutture sociali e delle questioni istituzionali che contraddistinguono i diversi ordinamenti, al fine di massimizzare la capacità di agire su ciascun singolo sistema: è così che si delinea una visione della vulnerabilità come condizione umana generale, che si materializza nella società in forme diverse e che, però, deve essere contrastata «universalmente»; ed è in tal senso che è indi possibile parlare di «universalismo della vulnerabilità» ovvero sia di fenomeni, valori e principi che – ravvisabili di una determinata cultura – possano ugualmente ripresentarsi anche in altri contesti e culture⁸.

È ugualmente chiaro, tuttavia, che il concetto di vulnerabilità sia altresì legato – dal punto di vista strettamente normativo – al principio di eguaglianza: infatti «un soggetto intanto è (giuridicamente) debole in quanto (giuridicamente) «non eguale»»⁹; ovvero un soggetto è debole nella misura in cui non goda di alcun diritto o, comunque, non goda dei medesimi diritti di cui possono beneficiare tutti gli altri soggetti dell'ordinamento giuridico. Coniugando pertanto il profilo della dignità umana con quello della eguaglianza, le condizioni di debolezza tanto «naturale» o «di fatto» (i.e. donne, minori, anziani,

⁶ Un buon punto di partenza per analizzare la nozione di vulnerabilità è rappresentato, certamente, dal concetto di «oppressione» quale «fenomeno strutturale che situa certi gruppi in posizione svantaggiata, e certi altri in posizione avvantaggiata o privilegiata in relazione ai primi [ovverosia] una struttura restrittiva di forze e di barriere tendente alla immobilizzazione ed alla limitazione di un gruppo o una categoria di persone» (FRYE, 1983, 11).

⁷ Virgolettato tratto da PASTORE (2003, 44).

⁸ Argomenti sviluppati da CASADEI (2012, 90-108).

⁹ Citazione tratta da DI MARIA (2010, 99).

etc.) quanto «positiva» o «di diritto» (i.e. minoranze linguistiche o religiose, lavoratori, carcerati, falliti, etc.) possono essere declinate o *in senso stretto*, allorchando una discriminazione sia stata ragionevolmente posta in essere dal Legislatore rispetto al godimento di un diritto, o *in senso lato*, allorchando essa sia invece il frutto di una irragionevole discriminazione operata tra soggetti potenzialmente titolari dei medesimi diritti.

Il concetto di «vulnerabilità» – sì come elaborato ed emergente in sede normativa e giurisprudenziale – è peraltro debitore della spinta operata dalle fonti sovranazionali ed internazionali che – codificando *expressis verbis* la tutela garantita a determinati soggetti, la cui *ratio* risiede appunto nelle particolari condizioni di vita in cui essi versano – hanno sensibilmente contribuito a determinare i contenuti oggettivi e soggettivi della predetta condizione, pur in assenza di una sua puntuale e precisa definizione¹⁰; ciò verosimilmente allo scopo di raggiungere la massima flessibilità delle norme volte alla tutela dei soggetti vulnerabili e, dunque, assicurarne la massima estensione ed applicabilità possibile.

In ultima analisi – citando Flaubert – può sostenersi che la legislazione debba «tendere a mantenere l'eguaglianza che la forza delle cose tende [invece] a distruggere»¹¹.

3. LA TUTELA «EFFETTIVA» DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN RAGIONE DELLA (ED OLTRE LA) CONDIZIONE DI DISEGUAGLIANZA E DI VULNERABILITÀ

Com'è stato acutamente osservato in dottrina, alla costante proliferazione «di nuovi riconoscimenti e di nuove protezioni e tutele» ha fatto da contraltare la crescente «vaghezza» dei diritti in cui tali istanze sono state tradotte, a causa della quale la loro efficacia è spesso risultata insufficiente¹².

¹⁰ Si pensi al richiamo ricorrente, all'interno delle fonti europee, ai concetti di «età», «genere», «condizioni di salute» e «disabilità» (anche mentali); è la prospettiva «europeistica» tipicamente rappresentata dalle previsioni di cui all'art. 8 CEDU: «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹¹ Citazione tratta da DELLA MORTE (2016, 8).

¹² Letteralmente CASADEI (2012, 90).

Una soluzione (ipotizzata) alla superiore dicotomia pare poter essere la «umanizzazione e concretizzazione del discorso sui diritti», ovvero sia la adozione di una logica «funzionale» dei medesimi basata sulla analisi «delle possibilità di vita di esseri umani *reali*», dei «bisogni delle persone» e delle concrete «modalità di esercizio dei diritti» nel contesto, appunto, delle «molteplici forme di diseguaglianza e di vulnerabilità»¹³. Ed è in tal senso – in effetti – che si è sviluppato il c.d. «diritto diseguale»: individuata una situazione di vulnerabilità, è infatti attraverso specifiche «azioni positive» che può concretizzarsi il principio di eguaglianza, formale e sostanziale, nonché espandersi la dimensione della dignità umana a favore di categorie di soggetti deboli o svantaggiati¹⁴.

Le suddette azioni sono pertanto indirizzate a determinate categorie di individui – che si trovino in altrettanto determinate condizioni di svantaggio – con finalità anti-discriminatorie: se la «discriminazione» è – nei fatti – causata dalla condizione di vulnerabilità, è la azione positiva che deve allora tendere ad eliderla al fine di assicurare – appunto – l'eguale godimento dei diritti. Ed invero, già dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana emerge un concetto di debolezza che «risulta definito, dunque, dal principio di eguaglianza e dai diritti fondamentali, legati insieme dalla scelta politica ovvero dalla discrezionalità del legislatore» sicché ««debole» è colui il quale non gode degli stessi diritti degli altri, con particolare riguardo ai diritti fondamentali, la limitazione dei quali è soggetta ad un sindacato di legittimità costituzionale particolarmente rigoroso»¹⁵.

In ambito costituzionalistico è da tempo noto, tuttavia, che la parità di trattamento – caratterizzante la convivenza serena e pacifica di una «comunità di cittadini» – non basta da sola a realizzare l'eguaglianza, poiché le pretese di tipo universalistico mal si conciliano con una garanzia di natura esclusivamente giuridica; sotto questo profilo, la portata universalistica della eguaglianza passa semmai attraverso il c.d. «principio di ragionevolezza», ossia la rivendicazione del diritto alla parità di *chance* rispetto al godimento di un determinato bene della vita (o diritto). Tali argomentazioni tendono pertanto a confutare il c.d. «paradigma chiuso di normalità giuridica», entro il quale i soggetti vulnerabili – ovvero sia «incapaci» – restano eventualmente privi di effettiva tute-

¹³ È la prospettiva assunta, per esempio, da BORI (2007, 157 e ss.); i virgolettati sono tratti – rispettivamente – da MERKS (1993, 180), e da FURIA (2010, 47-62).

¹⁴ Non è un caso, dunque, «che molte delle Convenzioni che si sono susseguite nel secondo dopoguerra erano finalizzate a precisare e scandire proprio i diritti di soggetti particolarmente deboli (vulnerabili e quindi diseguali) [...] e/o per specificare il significato e definire le garanzie di diritti già riconosciuti» (letteralmente, MAZZARESE, 2006, 200).

¹⁵ DI MARIA (2010, 101-102).

la *ex lege*; nonché a valorizzare – per converso – i «fattori di differenziazione/svantaggio» come elementi tanto di analisi della c.d. «nuda vita», quanto di elaborazione di «statuti soggettivi differenziati» mediante i quali predisporre strumenti di tutela giuridica altrettanto differenziati e – quanto più possibile – individualizzati¹⁶.

Alla luce delle superiori considerazioni, diventa allora decisivo chiedersi quale sia il «tasso di diseguaglianza» che un dato sistema socio-politico (e giuridico) possa sopportare o, meglio, accettare; nonché – ulteriormente – articolare la relativa risposta sulla base di una preliminare intuizione metodologica: lo studio dell'eguaglianza non può essere confinato all'ambito giuridico in senso stretto; una risposta davvero compiuta impone, infatti, la necessità di interrogarsi sull'esito della convivenza tra i metodi di produzione capitalistica della ricchezza e gli altri principi e valori – generalmente riconosciuti dalle Costituzioni moderne – finalizzati a correggere le storture che l'adesione acritica a tale modello aveva storicamente prodotto¹⁷.

È così che emerge un (apparente?) paradosso: se la lotta alle diseguaglianze non è che una critica ragionata alla c.d. «democrazia identitaria»; e se il costituzionalismo moderno è stato conseguentemente proteso a delineare una società caratterizzata dalla riduzione del peso delle diseguaglianze naturali; la definizione della cornice costituzionale in cui si iscrive la nozione di «merito» – cui collegare l'attribuzione, in concreto, di specifici strumenti di tutela dei diritti – risulta però criptica, poiché condizionata dalla classe o dal ceto sociale cui appartengono coloro che rivendicano una giustificazione «di merito» – appunto – alle differenze da porre in essere, o già poste in essere, in sede normativa¹⁸.

Sotto questo profilo, allora, sembra corretto quell'indirizzo culturale che ha spinto verso una (più) seria rilettura della «semantica della diseguaglianza»

¹⁶ Ed indi, asseritamente, più efficaci; sul punto cfr. sempre CASADEI, 2012, p. 99. Per una analisi delle «azioni positive» – nella prospettiva costituzionalistica – si rinvia a D'ALOIA, 2002.

¹⁷ Cfr. sempre DELLA MORTE (2016, 1-8). Come efficacemente esemplificato da CASADEI (2012, 107): «in che misura si è disposti a sostenere che i diritti umani, ivi inclusi i «diritti sociali», sono più importanti dei «diritti patrimoniali» (di proprietà) e del libero consumo, e che, quindi, in caso di «conflitto», devono avere la meglio?». Sul punto cfr. anche PIANTA (2017).

¹⁸ Parafrasando Schmitt, l'essere «democratici a tutti i costi» pare indi essere la condizione necessaria per assicurare una tutela (appunto) effettiva dei diritti: nell'osservare i differenti sistemi a base autoritaria caratterizzanti la storia novecentesca di diverse nazioni, infatti, può notarsi che alle loro origini vi sono profonde disuguaglianze di tipo sociale, politico ed economico; la disuguaglianza rappresentava un fenomeno di portata crescente e le disparità di vario genere, d'altro canto, contribuivano a frammentare e a polarizzare la cittadinanza e ad indebolire la fiducia nelle istituzioni democratiche. Lo stesso de Tocqueville – ad esempio – affermava che i pericoli alla democrazia interna non derivassero tanto dalla troppa uguaglianza ma dalla circostanza che, invece, ve ne fosse troppa poca (SCHMITT, 1922/1934; DE TOCQUEVILLE, 2011).

nonché delle «forme di vulnerabilità», finalizzata a riannodare il «legame tra diritti e bisogni»; configurandosi così, i primi, quale patrimonio comune del «genere umano» – piuttosto che privilegio di pochi – proprio in ragione della portata «universale» dei secondi¹⁹.

È infine possibile affermare che la identificazione della vulnerabilità, o-verosia delle plurime condizioni di diseguaglianza – intesa quale matrice dei (più elementari) bisogni umani – consenta invero di attribuire ai diritti, contemporaneamente, sia *concretezza* sia *universalità*²⁰.

4. LA VALORIZZAZIONE DELLA «AUTONOMIA INDIVIDUALE» QUALE CONTRAPPESO (O SOLUZIONE?) ALLE CONDIZIONI DI VULNERABILITÀ: ALCUNI ESEMPI NELLA XVII LEGISLATURA ITALIANA

Nell'ordinamento giuridico italiano, la (nuova) attenzione rivolta alla condizione di vulnerabilità – nella specifica prospettiva della tutela dei diritti fondamentali – sembra essere contraddistinta dalla valorizzazione della «autonomia individuale» ed, in particolare, dalla elaborazione di un ordito normativo finalizzato a consentire a ciascun individuo – a prescindere dalla sua soggettiva condizione di debolezza, contingente o permanente – di realizzare il proprio «progetto di vita» e, quindi, di sviluppare le proprie potenzialità.

In effetti – scorrendo il testo costituzionale repubblicano – si ritrovano molteplici addentellati alla salvaguardia delle c.d. «fragilità»: dal pieno sviluppo della personalità, *ex art. 2*, al principio di c.d. «pari dignità sociale», *ex art. 3*; le libertà fondamentali di fede religiosa, di culto e di manifestazione del pensiero, giusto il combinato disposto dagli artt. 8, 19, 20 e 21; la tutela delle minoranze linguistiche, *ex art. 6*, e la libertà di associazione – in particolare – in partiti politici e sindacati, *ex art. 49*. Ed ugualmente numerosi sono i settori dell'ordinamento giuridico verso i quali la Costituzione stessa indirizza la «lotta alle diseguaglianze», tramite la introduzione di specifiche garanzie a favore dei soggetti c.d. «svantaggiati»: la tutela e la promozione delle condizioni dei lavoratori, *ex artt. 35 e 36*; nonché il diritto al mantenimento ed alla assistenza sociale, all'educazione, all'istruzione ed all'avviamento professionale – ai sensi del combinato disposto dagli artt. 33, 34, 37 e 38 – con particolare attenzione alla condizione socio-economica femminile.

¹⁹ Sul punto cfr. LA TORRE, ZANETTI (2000).

²⁰ CASADEI (2012, 107).

Premessa pertanto la superiore piattaforma costituzionale, è nella legislazione ordinaria che si è poi sviluppata la tutela c.d. «antidiscriminatoria» avvenute – come *ratio* – il superamento di ogni forma di disparità proveniente da soggetti pubblici o privati, mediante la valorizzazione delle diseguglianze quali basi per la elaborazione e la attribuzione di altrettanto specifici diritti: l'attenzione del Legislatore è indi passata dalla «persona fisica» – cui tradizionalmente si riconduce la generalità di diritti e doveri – alla «persona osservata» in diverse fasi della sua esistenza (i.e. *homme situé*) ed al modo in cui il diritto entra nella sua vita, disciplinandone i singoli aspetti.

Sotto questo profilo, il rapporto tra il c.d. «nucleo forte» del principio di eguaglianza – ossia il divieto di discriminazione *ex art. 3, co. 1, Cost.* – e la garanzia della autonomia privata – emergente dalla impostazione tipicamente «personalista» della Costituzione repubblicana – non può allora risolversi soltanto nella asettica applicazione del paradigma «regola/eccezione» quanto – piuttosto – deve articolarsi nella elaborazione di una specifica «regola di prevalenza» tra i predetti fattori, sì come contingentemente determinata dagli elementi caratterizzanti di ciascuna fattispecie concreta; ed è il margine di discrezionalità (politica) di cui il Legislatore italiano può profittare per la rimozione o per il temperamento delle condizioni di oggettiva discriminazione – seppur entro i confini del sindacato di ragionevolezza²¹ –

²¹ Cfr. *supra*, §2 e 3. Proprio perché l'analisi contestuale operata dal Legislatore determina un bilanciamento fra interessi (anche soltanto apparentemente) contrapposti, è nella giurisprudenza costituzionale che è possibile individuare quale sia il «tasso di differenziazione» concretamente tollerato nell'ordinamento giuridico-sociale italiano, di tempo in tempo: è infatti la Corte costituzionale che, muovendo da singole domande di giustizia, formula le proprie risposte alla luce della clausola «condizioni personali e sociali» di cui all'art. 3 Cost.; ed è nell'orizzonte della giustizia costituzionale – in modo particolare – che si realizza la composizione delle istanze di cambiamento e innovazione veicolate attraverso il medesimo art. 3 Cost. Nella giurisprudenza costituzionale può pertanto ritrovarsi un campionario di fattispecie nelle quali il Legislatore ha (o non ha) dato giusto rilievo al principio di non (ragionevole) discriminazione; nonché verificare la reazione dell'ordinamento giuridico, tramite la (eventuale) deduzione di una nuova e diversa modalità di composizione degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta grazie alla quale si risponde, dunque, la forza del principio di non discriminazione; ed è rispetto alla concreta identificazione delle condizioni di «debolezza» o «fragilità», appunto, che appare di speciale rilevanza il contributo offerto – all'orientamento normativo del Legislatore – dal c.d. «giudizio di ragionevolezza delle leggi», dal quale emergono i concetti sia di «soggetto debole» sia – e conseguentemente – di «debolezza» *tout court*. Se la Consulta ha sempre seguito un indirizzo di profondo *self-restraint* nella valutazione delle scelte compiute dal Legislatore circa la elaborazione di c.d. «leggi-provvedimento» e la conseguente introduzione di discriminazioni fra i soggetti dell'ordinamento giuridico è stato perché – nella interpretazione dell'art. 3 Cost. dalla medesima elaborata – s'è sempre inteso che il «destinatario naturale» delle indicazioni del co. 2 fosse, *in primis*, il Legislatore (cfr. «la Repubblica rimuove gli ostacoli») alla cui attività normativa, infatti, la Corte riconduce concetti quali «adeguatezza», «proporzionalità», «pertinenza», «congruenza», «ragionevolezza» e «bilanciamento ben temperato». La complessa operazione di bilanciamento, a cui è chiamato il Giudice costituzionale, è evidentemente soggetta alle tensioni che contraddistinguono il momento storico nel quale si innesta ogni, singola, fattispecie; sicché il sindacato di costituzionalità non può che essere particolarmente stringente (c.d. *strict scrutiny*) nella valutazione della ragionevolezza/irragio-

a consentirgli di individuare le situazioni di effettiva vulnerabilità e di elaborare congrue azioni positive di diritto «diseguale»; nonché – conseguentemente – di valutare quale sia il «tasso di diseguaglianza» che l'ordinamento può concretamente tollerare²².

Come *supra* anticipato, nei provvedimenti legislativi che hanno attraversato la XVII legislatura italiana, l'elemento che ha contraddistinto la definizione della suddetta «regola di prevalenza» è stato il costante richiamo alla realizzazione di un «progetto individuale di vita» quale diritto che dev'essere garantito – in sé – ai soggetti vulnerabili: ne sono testimonianza la l. 134/2015 (sui c.d. «Disturbi dello Spettro Autistico»); la l. 76/2016 (sulle c.d. «unioni civili»); la l. 112/2016 (sul c.d. «Dopo di Noi»); la l. 47/2017 (sulla protezione dei c.d. «minori non accompagnati»); la l. 219/2017 (sulle c.d. «Disposizioni Anticipate di Trattamento» o «DAT»).

Ad esempio, già nell'art. 1 della c.d. «legge sull'autismo» si afferma che gli interventi – disposti ai sensi della medesima – sono espressamente finalizzati alla «tutela della salute, [al] *miglioramento delle condizioni di vita* [ed all']*inserimento nella vita sociale* delle persone con disturbi dello spettro autistico»; ugualmente – sempre all'art. 1 – la legge sul «Dopo di noi» prevede che lo scopo della relativa normativa sia «favorire il benessere, la *piena inclusione sociale* e l'*autonomia* delle persone con disabilità»; né diversamente sono state concepite le leggi – rispettivamente – sulle «DAT» e sulla protezione dei «minori non accompagnati», nei testi delle quali ricorrono alcune «parole chiave» che richiamano il «rispetto [della] *autodeterminazione della persona*», la promozione e la valorizzazione della «*autonomia decisionale del paziente*», nonché la garanzia di «*adeguate condizioni di accoglienza e di assistenza* psico-sociale, sanitaria e legale», appunto nella prospettiva della tutela tanto di una «*condizione di maggiore vulnerabilità*», quanto di una «*specifica formazione sociale* ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione»²³.

nevolezza delle discriminazioni eventualmente poste dal Legislatore e della limitazione dei diritti fondamentali, giustificabile soltanto sulla base di motivi espressamente deducibili dalla Costituzione.

²² Nel solco del c.d. «costituzionalismo moderno», quindi, anche l'ordinamento repubblicano si caratterizza per la «lotta alle diseguaglianze» ovvero – meglio – persegue un indirizzo politico-sociale di «riduzione del peso» delle naturali diseguaglianze; di cui corollario è il più generale principio di ragionevolezza, alla luce del quale la legge deve regolare in maniera uguale situazioni uguali ed in maniera diversa situazioni diverse, con la conseguenza che la disparità di trattamento trova giustificazione nella diversità delle situazioni disciplinate: rievocando LIVIO PALADIN (1965) la «eguaglianza» dovrebbe rappresentare il «principio guida» della legislazione nonché «elemento informatore» dello Stato sociale ed «istanza contro-potere».

²³ Virgolettati variamente dedotti dalle leggi 134/2015, 76 e 112/2016, 47 e 219/2017; tutti i corsivi sono aggiunti.

Pertanto – aldilà degli strumenti previsti dal Legislatore per tradurre in provvedimenti giuridici la predetta finalità, per l’analisi dei quali si rinvia alla letteratura specialistica²⁴ – ciò che interessa evidenziare è l’orizzonte socio-antropologico che li racchiude: i diritti vantati dalla persona affetta da disabilità grave o in condizione di vulnerabilità, ai sensi di legge, devono essere funzionali ad assicurare condizioni ambientali (i.e. familiari, professionali, civiche, etc.) tali da consentirgli di realizzare un progetto di vita individuale ed autonomo, coerente e compatibile con il relativo *status*.

Ed indi la materiale tessitura dei diritti – ossia la «trama» di cui si compone la «rete» di protezione dei soggetti deboli – è il prodotto del bilanciamento fra il «principio» o «valore fondamentale» della autodeterminazione, da un lato, ed i «doveri inderogabili di solidarietà», d’altro lato: è dalla reciproca compensazione fra i predetti elementi che discende una tutela dei diritti infine «effettiva», poiché misurata ed attuata in ragione di «bisogni concreti»²⁵.

5. BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La tipizzazione dei contenuti oggettivi e soggettivi della (condizione di) «vulnerabilità» è affatto agevole, soprattutto perché – mancando una puntuale definizione normativa di «vulnerabilità» ed a fronte dell’ampia discrezionalità del Legislatore nella determinazione delle misure capaci di fornire una protezione adeguata degli interessi sussumibili entro la categoria delle c.d. «fragilità sociali» – ha assunto rilevanza centrale il ruolo del giudice che, in una prospettiva garantista e di massima flessibilità delle regole di tutela, può individuare le modalità di esercizio concreto dei diritti (fondamentali) effettivamente in grado di salvaguardare il soggetto vulnerabile.

Il superiore raccordo-raffronto fra Legislatore e giudice ha indi contribuito a delineare un modello di tutela «dinamica» dei diritti – espressione della responsabilità, assunta dall’ordinamento repubblicano, di salvaguardare le libertà individuali e sociali, nel rispetto del principio di proporzionalità (artt. 2

²⁴ *Ex multis*, si segnalano le efficaci sintesi di DOGLIOTTI (2018, 425 e ss.); CAVALIERE (2018); ZATTI (2018), nonché gli argomenti riportati, in materia, su quotidianosanita.it.

²⁵ Peraltro – come saggiamente notato da lungimirante dottrina – «il campo di esperienza attraverso dalla normativa in parola è uno di quelli in cui né la coscienza né la scienza possono superbamente vantare l’insano proposito di fare da soli, tutto da soli, ciascuna delle due piuttosto avendo un disperato bisogno dell’altra; e così è pure per i rapporti che esse intrattengono col diritto, che sempre di più si mostra dipendente dal progresso scientifico e tecnologico»; così RUGGERI, 2009, stigmatizzando altresì la «autodeterminazione piena ed incondizionata del soggetto: un autentico *Grundwert* [...] rispetto al quale l’intero ordinamento giuridico, con le sue strutture e le sue norme, dovrebbe porsi in funzione servente».

e 3 Cost.) – che si realizza calibrando la forma ed il contenuto dei medesimi diritti sulle specifiche condizioni di vita in cui versano i soggetti deboli; a tergo del concetto di «vulnerabilità» non risiede, pertanto, soltanto la «persona umana» ma anche tali «condizioni», che comportano una protezione altrettanto specifica allorquando ritenute – in relazione al contesto spazio-temporale – meritevoli di tutela²⁶.

Com'è stato correttamente osservato in dottrina, tale sintesi è il frutto di una «dialettica continua» che, però, non può essere «interamente assorbita nell'ambito del circuito giuridico-giurisdizionale [...] inadatto a consentire composizioni stabili e sistematiche»; sono semmai i concreti «processi di «mediazione politica»» a consentire la periodica ridefinizione della nozione di vulnerabilità, sebbene essi siano spesso oggetto di delegittimazione e conflitto sociale²⁷. Si pensi – ad esempio – all'inveterato tema dei diritti c.d. «finanziariamente condizionati», il cui soddisfacimento è subordinato alla sussistenza di una adeguata provvista finanziaria (pubblica); ed alla conseguente scissione del «potere amministrativo» fra la garanzia della «effettività della tutela costituzionale (anche) dei diritti sociali, e fra questi di quelli fondamentali», da un lato, e «l'esigenza di cura [del] contenimento della spesa pubblica, che per effetto del patto di stabilità ha una precisa rilevanza anche sul piano dei parametri sovranazionali di legittimità dell'attività amministrativa», d'altro lato²⁸.

È dunque evidente che il predetto potere amministrativo assuma il ruolo di «necessario meccanismo di attuazione del diritto», poiché «nello Stato sociale la vuota enunciazione costituzionale o convenzionale del diritto è priva di contenuto se non è riempita dalla prestazione corrispondente, che deve essere resa dall'amministrazione» mediante l'esercizio del relativo «potere conformativo»²⁹. Ed è altrettanto evidente, dunque, che la «effettività» della tutela dei diritti fondamentali – soprattutto quelli sociali aventi, dunque, contenuto «prestazionale» – sia condizionata da una pluralità di fattori, di natura sia soggettiva sia oggettiva: dallo *status* personale e sociale del (potenziale) titolare, al costo degli strumenti necessari al loro concreto godimento.

È proprio sotto questo profilo – infine – che la valorizzazione della interconnessione fra «vulnerabilità» ed «autonomia individuale» sembra (poter) costituire un efficace ed universale paradigma per la deduzione delle modalità di godimento *effettivo* dei diritti fondamentali, in quanto traduzione dell'ulteriore e virtuosa interconnessione fra «bisogno» e (principio di) «solidarietà».

²⁶ Si veda quanto asserito ivi, nota 10.

²⁷ In questi termini PEZZINI (2010, 2715 e ss.).

²⁸ Così TULUMELLO (2018); in argomento cfr. anche TRAVI (2005).

²⁹ Sempre TULUMELLO (2018). Per una ampia ricostruzione del tema, si rinvia a URSI (2016).

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BORI, P. C. (2007), «I diritti umani e le culture», MATTARELLI, S., *Il senso della Repubblica. Doveri*, Milano: Franco Angeli.
- CASADEI, T. (2012), «Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani», AA. VV., *Diritti umani e soggetti vulnerabili violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino: Giappichelli.
- CAVALIERE, A. (2018), «Dat: contesto alla nascita e prospettive di intervento» [online]. Disponibile in: <https://www.diritto.it/dat-contesto-alla-nascita-prospettive-intervento/>
- CLEMENTI, F. (2018), *La libertà di associazione in prospettiva comparata. L'esperienza costituzionale europea*, Padova: Cedam.
- D'ALOIA, A. (2002), *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova: Cedam
- DELLA MORTE, M. (2016), «Costituzione ed egemonia dell'eguaglianza», AA. VV., *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli: Editoriale scientifica.
- DI MARIA, R. (2010), «Brevi note sulla tutela dei soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale», ANDÒ, ALPA, GRIMALDI, *I diritti delle donne nell'area del mediterraneo. Civiltà a confronto, pari opportunità, identità e tutela delle differenze*, Napoli: Editoriale scientifica
- FRYE, M. (1983), *Oppression in Politics of Reality*, Trumansburg-N. Y.: The Crossing Press.
- LA TORRE, M.; ZANETTI G. (2000), *Seminari di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli: Rubettino.
- MACKENZIE C.; ROGERS W.; DODDS, S. (2014), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford: Oxford University Press
- MAZZARESE, T. (2006), «Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista», *Ragion pratica*, 26, pp. 179-208.
- PASTORE, B. (2003), *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino: Giappichelli.
- PEZZINI, B. (2010), «Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 3
- PIANTA, M. (2017), «Diseguaglianze: le ragioni del loro aumento, le politiche che mancano». *Costituzionalismo.it*, 3, pp. 35-54
- TRAVI, A. (2005), «Il limite della copertura finanziaria», *Annuario 2004 della Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè
- TULUMELLO, G. (2018), «L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato». *Questione giustizia*, 3, pp. 93-100.
- URSI, R. (2016), *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

ZATTI, P. (2018), *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT* [online]. Disponibile in: <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/spunti-lettura-della-legge-sul-consenso-informato-dat/>

I DIRITTI FONDAMENTALI DEGLI STRANIERI EXTRACOMUNITARI

GUGLIELMO ALDO GIUFFRÈ
Università degli Studi del Molise

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il riconoscimento dei diritti fondamentali agli stranieri extracomunitari in Italia e, in particolare, del diritto alla salute e all'assistenza sanitaria. 3. Il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria degli stranieri minorenni e in particolare di quelli non accompagnati. 4. Conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA

L'eccezionale flusso di immigrazioni registrato negli ultimi anni nel nostro Paese ha posto con sempre maggiore urgenza, nell'ambito delle più vaste questioni relative alla gestione di tale fenomeno, il problema del godimento, da parte degli stranieri irregolarmente soggiornanti in Italia – e, soprattutto, dei minori stranieri non accompagnati, che di tale categoria di individui costituiscono i soggetti più deboli e quindi maggiormente bisognosi di tutela – dei diritti fondamentali garantiti dalla nostra Carta costituzionale, tra i quali spicca il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria – qualificato espressamente «fondamentale» dall'art. 32 Cost. – la cui fruizione deve necessariamente essere garantita, quantomeno con riferimento alle prestazioni mediche essenziali (ed essenziali) a tutti gli individui presenti sul territorio nazionale, anche a titolo abusivo.

La c.d. «emergenza immigrazione», è stata al centro dei più recenti dibattiti politici, proprio in quanto tema di grande attualità e rilevanza sociale, dal momento che il 2016 è stato un anno in cui il numero degli sbarchi sulle nostre coste è praticamente raddoppiato rispetto all'anno precedente, facendo scattare l'allerta per un fenomeno sempre più considerato di natura emergenziale, in quanto difficile da fronteggiare con i mezzi a disposizione, soprattutto in un Paese come l'Italia, caratterizzato da decenni di emigrazione ma ancora non abituato a essere il principale luogo di approdo di un numero sempre più alto di stranieri, anche di passaggio verso altri Paesi europei, e quindi sprovvisto di strumenti idonei a governarlo.

Il problema dell'accoglienza e dell'assistenza, anche e *in primis* sanitaria (di tipo fisico e psicologico), degli stranieri che sbarcano nei nostri approdi si è posto in termini particolarmente delicati per i minori non accompagnati (MSNA). Come si dirà meglio *infra*, questi ultimi sono invero, per un verso, ragionevolmente più tutelati sotto il profilo del diritto di ingresso e di soggiorno rispetto agli adulti e ai minori accompagnati dai loro familiari o da altri soggetti per loro legalmente responsabili (con la conseguenza che il loro flusso, già in costante aumento, potrebbe essere destinato ulteriormente ad aumentare) e, per l'altro, dovrebbero avere maggiore facilità di integrazione nel nostro Paese, in ragione della giovane età e delle prevedibili esigenze di rapporti interpersonali diversi da quelli con le comunità di provenienza, derivanti dalla loro maggiore vulnerabilità.

I dati rilevati dal Ministero dell'interno (consultabili sul sito del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione) evidenziano – similmente ai dati relativi agli immigrati unitariamente intesi – che i MSNA sbarcati in Italia - essenzialmente maschi (nel 2016 il 93,3%) e in maggioranza ultra quindicenni, mentre la percentuale dei bambini è minima (nel 2016 solo lo 0,3% era inferiore ai sei anni) - sono dapprima aumentati, passando da 13.026 nel 2014 (su un totale di 170.100 migranti) e 12.360 nel 2015 (su 153.842) a 25.846 nel 2016 (su 159.467), per poi ridursi a 15.779 nel 2017 (su 111.659) e addirittura a 3.300 fino al 15 ottobre 2018 (su un totale di 22.031 migranti).

Tali dati non possono però certamente essere considerati incoraggianti, dal momento che, da un lato, sono ben note le condizioni in cui versano – purtroppo a prescindere dall'età – nei rispettivi Paesi d'origine (e in Libia in particolare) gli stranieri cui viene impedita la migrazione verso le nostre coste e nelle imbarcazioni spesso costrette a navigare per settimane nel Mediterraneo nell'attesa di conoscere il porto dove sarà consentito lo sbarco coloro che riescono a partire, e dall'altro, la situazione degli immigrati giunti in Italia negli

anni «emergenziali» necessita certamente della massima attenzione, essendo ancora numerosi i problemi irrisolti relativi alla loro integrazione.

2. IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI AGLI STRANIERI EXTRACOMUNITARI IN ITALIA E, IN PARTICOLARE, DEL DIRITTO ALLA SALUTE E ALL'ASSISTENZA SANITARIA

Come noto, l'art. 10, comma 2, della Costituzione dispone che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

Si pone dunque una riserva di legge con l'esplicito vincolo del rispetto delle norme e dei trattati internazionali.

Le discussioni che accompagnarono l'inserimento di tale disposizione si incentrarono sulla scelta di ampliare o meno il riconoscimento agli stranieri (da intendersi come tutti i cittadini di Stati non facenti parte dell'Unione Europea e gli apolidi) dei diritti fondamentali oltre i limiti della c.d. «condizione di reciprocità». La soluzione ampliativa ebbe però agevolmente la meglio, dal momento che la categoria dei diritti fondamentali (inviolabili) è protetta, come noto, da una garanzia *erga omnes*¹, che può essere limitata solamente in caso di pericolo per l'ordine pubblico, la cui tutela è immanente al sistema costituzionale e deve essere assicurata a tutti per consentirne un godimento effettivo nel rispetto dell'art. 2 Cost.².

La dottrina maggioritaria afferma del resto che, laddove la Costituzione non si riferisca esplicitamente ai «cittadini», i diritti in essa contemplati devono intendersi riferiti alla totalità degli individui, ivi compresi gli stranieri e gli apolidi³.

In particolare, per quanto qui più specificamente interessa, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente ricompreso tra i diritti inviolabili, in relazione ai quali, quindi, la tutela degli stranieri non può essere inferiore a quella dei cittadini, il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria previsto dall'art. 32 Cost., da intendersi, da un lato, quale pieno e incondizionato diritto del singolo – garantito *erga omnes* anche dall'art. 25 della Dichiarazione

¹ Cfr. Corte cost., 122/1970, in www.cortecostituzionale.it.

² Cfr. Corte cost., 244/1974, in www.cortecostituzionale.it.

³ Cfr. *ex multis*, anche per i richiami, SPASIANO (2009). DIVERSAMENTE, PACE (2003), secondo cui l'art. 3 e la prima parte della Costituzione dovrebbero garantire solo i cittadini, in considerazione, rispettivamente, del testo letterale «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge» e della propria rubrica «Diritti e doveri dei cittadini».

universale dei diritti dell'uomo e dall'art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali – e, dall'altro, quale dovere inderogabile di solidarietà a carico dello Stato⁴. A norma dell'art. 32 Cost., invero, «la Repubblica riconosce la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e come interesse della società e garantisce cure gratuite agli indigenti»: si tratta, come significativamente evidenziato in dottrina, «dell'unico diritto della persona che la Costituzione qualifica come fondamentale»⁵.

Il principio di diritto enunciato dall'art. 10 (e dalla giurisprudenza costituzionale che ne è scaturita) ha trovato concreta attuazione legislativa solo mezzo secolo dopo, con la legge n. 40/1998, concernente la «disciplina dell'immigrazione» e le «norme sulla condizione dello straniero», cui sono seguiti il «Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» approvato con d.lgs. 286/1998 e il Regolamento di attuazione approvato con D. P. R. 394/1999.

Il Testo Unico, che costituisce a tutt'oggi la fonte primaria di riferimento dei diritti dello straniero extracomunitario, contiene un copioso elenco di tali diritti, tra i quali, all'art. 2, quello alla parità di condizioni rispetto al cittadino, la quale è tuttavia riconosciuta in termini generali soltanto per i diritti fondamentali della persona (comma 1), mentre per gli altri diritti in materia civile è garantita solo allo straniero regolarmente soggiornante (commi 1 e 2). La condizione di reciprocità opera invece solo in via residuale, secondo i criteri e le modalità previste dal Regolamento di attuazione, ai sensi del citato comma 2, ove espressamente prevista dal Testo Unico o dalle convenzioni internazionali. Il comma 5 del medesimo articolo attribuisce inoltre allo straniero, sia esso regolare o irregolare, il diritto alla parità di trattamento con il cittadino in ordine alla tutela giurisdizionale dei diritti nei rapporti con la pubblica Amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, anche se tale principio trova ora parziale deroga nel D. P. R. 115/2012, che riconosce il patrocinio a spese dello Stato esclusivamente allo straniero residente nello Stato e cioè in possesso di un permesso di soggiorno e iscritto alle liste dell'anagrafe. Quest'ultimo limite appare tuttavia in evidente contraddizione con l'art. 24 della Costituzione, che, nel riferirsi indiscriminatamente a «tutti», subordina il diritto al patrocinio gratuito all'unica condizione della «non abbienza» e non certamente anche a quello della residenza nello Stato nel quale si abbisogna del patrocinio, condizione che si deve ritenere quindi discriminatoria a tutti gli effetti.

⁴ Cfr. Corte cost., 103/1977, in www.cortecostituzionale.it.

⁵ V. ZAGREBELSKY (2013).

Tra i diritti garantiti allo straniero un ruolo di primo piano spetta evidentemente al diritto all'assistenza sanitaria, l'effettività e l'adeguatezza della quale sono peraltro strumentali anche al diritto alla salute dell'intera collettività⁶.

Il Testo Unico dedica specificamente il capo I del Titolo V (artt. 34-36) alla disciplina dell'assistenza sanitaria agli stranieri extracomunitari soggiornanti sul territorio nazionale⁷, dividendoli in tre categorie: iscritti al servizio sanitario nazionale (Ssn); non iscritti al Ssn; soggiornanti in Italia per motivi di cura.

Per quanto concerne la prima categoria, l'art. 34 ha previsto l'obbligo dell'iscrizione al Ssn (i) per gli stranieri con regolare permesso di soggiorno (rilasciato a qualunque titolo) che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o autonomo o che siano iscritti nelle liste di collocamento e (ii) per gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno per i seguenti, tassativi, motivi: lavoro subordinato, lavoro autonomo, motivi familiari, asilo politico, asilo umanitario, richiesta di asilo, attesa di adozione o affidamento, acquisto della cittadinanza.

La legge 7 aprile 2017 n. 47, avente espressamente ad oggetto «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati», ha poi aggiunto, come si vedrà meglio *infra*, a tali categorie di soggetti, alla lettera b-*bis*), anche il MSNA, che, all'art. 2, definisce come «il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano»⁸.

⁶ La bibliografia in materia è amplissima. Considerati i limiti del presente lavoro si ritiene peraltro sufficiente rinviare per tutti a Morana (2013) e agli aa. ivi richiamati.

⁷ Secondo i dati pubblicati sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, i minori presenti e censiti nel territorio italiano al 31 maggio 2017 sarebbero oltre 16.000, prevalentemente di sesso maschile (93%) e di età compresa tra i 16 e i 18 anni (84%), provenienti soprattutto da Gambia (13,6%), Egitto (13%), Albania (10%), Guinea (8,6%), Nigeria (8,1%), Costa d'Avorio (6,7%), Bangladesh (6,2%), Eritrea (5,5%), Senegal (5 %) e Mali (4,9%) e dei quali quasi il 40% accolti nella sola regione Sicilia.

⁸ La nozione di «minore non accompagnato», si rinviene inizialmente in una risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 26 giugno 1997, sui minori non accompagnati cittadini dei Paesi terzi (97/C221/03), che, all'art. 1, li individuava come «i cittadini di paesi terzi di età inferiore ai diciotto anni che giungono nel territorio degli Stati membri non accompagnati da un adulto per essi responsabile in base alla legge o alla consuetudine e fino a quando non ne assuma effettivamente la custodia un adulto per essi responsabile». Anche il nostro ordinamento conosceva già in passato definizioni del minore straniero non accompagnato. In particolare, l'art. 1, comma 2, DPCM n. 535 del 1999 si riferiva al «minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato», di seguito denominato «minore presente non accompagnato», così identificando il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trovava per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente respon-

L'iscrizione obbligatoria al Ssn copre inoltre i possessori di carta di soggiorno che siano soggiornanti da lungo periodo⁹, i familiari non comunitari di cittadino comunitario iscritto al Ssn¹⁰, gli stranieri in attesa di occupazione e di regolarizzazione¹¹, i minori stranieri presenti sul territorio a prescindere dal possesso del permesso di soggiorno¹², i genitori che svolgano attività lavorativa con permesso di soggiorno per assistenza di minore¹³, le donne in possesso di soggiorno per cure in stato di gravidanza e sino a sei mesi successivi alla nascita del figlio (il quale acquisisce anch'esso automaticamente il diritto all'iscrizione obbligatoria al Ssn), i maggiorenni precedentemente iscritti quali minorenni a titolo obbligatorio al Ssn che decidano di proseguire gli studi¹⁴, i religiosi che svolgano attività lavorativa e che ricevano una remunerazione soggetta a ritenuta fiscale¹⁵, gli apolidi.

L'iscrizione è valida dalla data di ingresso fino alla scadenza del permesso di soggiorno (e non decade nella fase di rinnovo dello stesso) e comporta il rilascio della Tessera Europea di Assicurazione Malattia (TEAM).

Nel caso in cui, al momento della richiesta di assistenza, lo straniero regolarmente presente sul territorio nazionale non abbia ancora provveduto all'i-

sabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano. Successivamente, l'art. 2, comma 1, lett. f), d.lgs n. 85 del 2003 definiva «minori non accompagnati» i cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea o gli apolidi di età inferiore ai diciotto anni che entrano nel territorio nazionale senza essere accompagnati da una persona adulta, finché non ne assuma effettivamente la custodia una persona per essi responsabile, ovvero i minori che sono stati abbandonati, una volta entrati nel territorio nazionale. Da ultimo, l'art. 2, comma 1, lettera e), d.lgs 142 del 2015 (di attuazione della direttiva 2013/33/UE, recante norme sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni per il riconoscimento e la revoca dello *status* di protezione internazionale) indicava infine come «minore non accompagnato» lo straniero di età inferiore agli anni diciotto, che si trovi, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale. La novella del 2017 non fa invece specifico riferimento all'età, ma, parlando di minorenni, deve essere evidentemente letta in combinato disposto con l'art. 2 del nostro codice civile, che, come per gli altri Paesi UE, la lega al raggiungimento dei diciotto anni. Negli stessi sensi GNES (2017).

⁹ Ai sensi dell'art. 9 del Testo Unico e dell'art. 16, comma 2, del D. P. R. 394/1999.

¹⁰ Ai sensi degli artt. 16 e 17 del d.lgs. 30/2007.

¹¹ Gli stranieri che abbiano fatto domanda di regolarizzazione o di emersione dal c.d. «lavoro in nero» dovrebbero essere iscritti al Ssn in via provvisoria, nell'attesa della definizione delle rispettive pratiche. Cfr. nota DG Rapporti con l'Unione Europea e internazionali, uff. VI, del 23 novembre 2009: «l'iscrizione al SSN per colf e badanti potrebbe essere effettuata in via provvisoria, con proroga fino al rilascio del permesso di soggiorno e salvo cessazione nelle ipotesi in cui si proceda all'archiviazione del procedimento o al rigetto della dichiarazione ... o vi sia interruzione del rapporto di lavoro».

¹² Già prima della legge 7 aprile 2017 n. 47, della quale si tratterà *infra*, il diritto alla parità di accesso al Ssn dei minori stranieri, ma più in generale dei «gruppi più vulnerabili», era tutelato dalla Risoluzione A7-0032/2011 dell'8 febbraio 2011 del Parlamento europeo.

¹³ Ai sensi dell'art. 29, comma 6, del Testo Unico, ma anche dell'art. 11 del DPR 394/1999.

¹⁴ Cfr. Circolare del Ministero della Salute del 19 luglio 2007.

¹⁵ Ai fini dell'iscrizione obbligatoria dei religiosi stranieri è necessaria un'attestazione del datore di lavoro o dell'Istituto Centrale per il Sostentamento del Clero (cfr. Circolare del Ministero della Salute del 16 aprile 2009).

scrizione al Ssn, le strutture sanitarie devono provvedere *motu proprio* all'iscrizione d'ufficio, oltre che all'erogazione dell'assistenza richiesta. Ai sensi dell'art. 46 del D. P. R. 445/2000, infatti, «il possesso del permesso di soggiorno fa retroagire il diritto all'assistenza sanitaria dello straniero, in quanto regolarmente soggiornante, alla data di ingresso in Italia».

Merita altresì segnalare che il permesso di soggiorno può essere prorogato per motivi di salute che non consentano allo straniero di lasciare il territorio nazionale. Infatti, come precisato dalla Corte di Cassazione, la garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero, a qualunque titolo si trovi nel territorio nazionale, ne impedisce l'espulsione se dall'immediata esecuzione del provvedimento potrebbe subire un irreparabile pregiudizio, dal momento che tale garanzia deve necessariamente comprendere non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita¹⁶.

In forza del medesimo articolo 34 del Testo Unico l'assistenza sanitaria spetta altresì ai familiari aventi astrattamente i requisiti per divenire soggetti a carico dello straniero che sia regolarmente iscritto al Ssn, purché siano regolarmente soggiornanti, oltre che ai figli minorenni di quest'ultimo, fin dal momento della nascita e nelle more dell'iscrizione al Servizio stesso.

Ai sensi del d.lgs. 230/1999 sono infine obbligatoriamente iscritti al Ssn i detenuti e gli internati in istituti penitenziari, compresi i detenuti in semilibertà o con forme alternative di pena, i quali godono, in particolare, degli interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e sociale, di particolari forme di assistenza in caso di gravidanza e di maternità, dell'assistenza pediatrica e dei servizi di puericultura ai figli delle donne detenute o internate che, durante la prima infanzia, convivono con le madri negli istituti penitenziari.

L'art. 42, comma 5, del Regolamento di attuazione prevede invece espressamente che non sono soggetti all'iscrizione obbligatoria i lavoratori stranieri individuati dall'articolo 27, comma 1, lettere a), i) e q) del Testo Unico¹⁷ e gli

¹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 10 settembre 2013, n. 14500, in Giust. civ., Mass. 2013, con riguardo a un cittadino tunisino affetto da HIV, epatite cronica conseguente ad epatite di tipo C ed epilessia.

¹⁷ «a) dirigenti o personale altamente specializzato di società aventi sede o filiali in Italia ovvero di uffici di rappresentanza di società estere che abbiano la sede principale di attività nel territorio di uno Stato membro dell'Organizzazione mondiale del commercio, ovvero dirigenti di sedi principali in Italia di società italiane o di società di altro Stato membro dell'Unione europea, qualora non siano tenuti a corrispondere in Italia l'imposta sul reddito delle persone fisiche»; «i) lavoratori dipendenti regolarmente retribuiti da datori di lavoro, persone fisiche o giuridiche, residenti o aventi sede all'estero e da questi direttamente retribuiti, i quali siano temporaneamente trasferiti dall'estero presso persone fisiche o giuridiche, italiane o straniere, residenti in Italia, al fine di effettuare nel territorio italiano determinate prestazioni oggetto di contratto di appalto stipulato tra le predette persone fisiche o giuridiche residenti o aventi sede in Italia e quelle residenti o aventi sede all'estero, nel rispetto delle disposizioni dell'art. 1665 del codice

stranieri titolari di permesso di soggiorno per affari, fermo restando l'obbligo di copertura assicurativa previsto dall'art. 34, comma 3, del Testo Unico contro il rischio di malattia, infortunio e maternità.

Lo stesso articolo 34, in combinato disposto con l'art. 42 del Regolamento, prevede inoltre un'ipotesi di iscrizione volontaria al Ssn – sempre estesa anche ai familiari aventi astrattamente i requisiti per divenirne soggetti a carico – per gli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale che non vi siano già obbligatoriamente iscritti, in correlazione con il riferito obbligo di assicurazione contro il rischio di malattia, infortunio e maternità mediante apposita polizza assicurativa. Tale possibilità è concessa, in particolare, agli stranieri con permesso di soggiorno superiore a tre mesi (eccezion fatta per gli studenti e le persone alla pari) che rientrino in una delle seguenti categorie: soggiornanti per motivi di studio, collocati alla pari, aventi residenza elettiva che non svolgono alcuna attività lavorativa, personale religioso, stranieri che partecipano a programmi di volontariato, familiari ultrasessantacinquenni con ingresso in Italia per ricongiungimento familiare, dipendenti stranieri delle Organizzazioni internazionali operanti in Italia, personale accreditato presso Rappresentanze diplomatiche ed Uffici Consolari (con esclusione, ovviamente, del personale assunto a contratto in Italia per il quale è obbligatoria l'iscrizione al Ssn), altre categorie che possono essere individuate per esclusione con riferimento a quanto sopra precisato in materia di iscrizione obbligatoria. La possibilità di iscrizione volontaria è invece radicalmente esclusa per gli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di cura e per motivi turistici.

L'iscrizione volontaria è subordinata all'esibizione alla questura della documentazione attestante l'assolvimento degli obblighi assicurativi sanitari previsti dall'articolo 34, comma 3, del Testo Unico, consistente nella corresponsione di un contributo annuale il cui ammontare è determinato con decreto del Ministro della Sanità, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (oggi Ministero dell'Economia e delle Finanze)¹⁸.

civile e della legge 23 ottobre 1960, n. 1359, e delle norme internazionali e comunitarie»; «q) giornalisti corrispondenti ufficialmente accreditati in Italia e dipendenti regolarmente retribuiti da organi di stampa quotidiani o periodici, ovvero da emittenti radiofoniche o televisive straniere».

¹⁸ L'iscrizione volontaria viene effettuata previa corresponsione dell'importo minimo di euro 387,34, valida anche per i familiari a carico. Per gli studenti senza familiari a carico e privi di reddito diverso da borse di studio o sussidi erogati da enti pubblici l'importo è di euro 149,77, mentre per i collocati alla pari è di euro 219,49, ma non è valida anche per i familiari a carico, salvo integrazione del versamento in base al reddito e comunque in misura non inferiore a euro 387,34. Il pagamento della quota fissa normalmente dovuta per l'accesso alle cure sanitarie (Ticket sanitario) è esclusa per le persone con reddito inferiore a 8.263,31 euro e per le persone che ricevono assegni sociali (articolo 8 comma 16 della Legge 537/1993). Ogni Regione stabilisce le modalità di esenzione e documentazione della condizione del richiedente.

Con riguardo invece alla seconda categoria, l'art. 35, unitamente all'art. 43 del Regolamento di attuazione, disciplina l'erogazione delle prestazioni sanitarie a favore degli stranieri regolarmente soggiornanti che non sono tenuti all'iscrizione obbligatoria al Ssn e che hanno scelto di non usufruire della possibilità di iscriversi volontariamente, ma anche a favore di quelli non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno.

Per quanto concerne il primo insieme di persone, a esso vengono assicurate le prestazioni sanitarie urgenti (per le quali lo straniero deve pagare le relative tariffe al momento della dimissione, ma in caso di insolvenza il rimborso verrà effettuato dalla Prefettura) e le prestazioni sanitarie elettive (sempre previo pagamento delle tariffe da parte dell'interessato)¹⁹.

Agli stranieri non in regola, il comma 3 dell'art. 35 assicura invece, nelle strutture accreditate del Ssn, a proprie spese, «le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio», nonché l'accesso ai programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. In particolare, sono loro garantite le prestazioni afferenti la gravidanza e la maternità, la tutela della salute del minore, le vaccinazioni ai sensi di legge e relative a interventi di prevenzione collettiva autorizzati dalle Regioni, gli interventi di profilassi internazionale e di profilassi, diagnosi e cura delle malattie infettive. A tale categoria di stranieri si applica inoltre il «Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza».

Il successivo comma 4 dispone, comunque, in controtendenza con il principio dell'onerosità delle prestazioni sanitarie per i non iscritti al Ssn, che quelle previste dal comma 3 sono apprestate anche agli stranieri irregolari che siano privi di risorse economiche sufficienti, a spese dello Stato, a parità di condizioni con i cittadini italiani. Ciò in quanto negare il diritto a essere curato agli indigenti significherebbe mettere inammissibilmente a repentaglio il diritto individuale alla vita e il diritto alla salute della collettività²⁰.

A maggior tutela di tali diritti, il comma 5 stabilisce poi che, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto (sempre a parità di condizioni con il cittadino italiano), l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero irregolare non deve comportare alcuna segnalazione alle autorità di pubblica sicurezza, fermo comunque l'obbligo delle medesime strutture di provvedere, anche in assenza di documenti di identità, alla registrazione delle genericità fornite dallo straniero.

¹⁹ Cfr. art. 43, comma 1, D. P. R. 394/1999.

²⁰ Cfr. M. Luciani, 1991, ma anche Corte cost., 103/1977, *cit.*

Con riguardo, infine, agli stranieri che entrano in Italia per motivi di cura, l'art. 36 del Testo Unico e l'art. 44 del Regolamento attuativo disciplinano tre differenti fattispecie: lo straniero che chieda il visto di ingresso per motivo di cure mediche; quello che venga trasferito per cure in Italia nell'ambito di interventi umanitari; quello che venga trasferito in Italia nell'ambito di programmi di intervento umanitario delle Regioni.

3. IL DIRITTO ALLA SALUTE E ALL'ASSISTENZA SANITARIA DEGLI STRANIERI MINORENNI E IN PARTICOLARE DI QUELLI NON ACCOMPAGNATI

Eseguita tale ricognizione delle disposizioni nazionali inerenti il diritto alla salute degli stranieri extracomunitari, è possibile analizzare la disciplina dell'assistenza sanitaria degli stranieri minorenni.

L'ordinamento distingue tra i minori titolari di permesso di soggiorno, che devono essere iscritti obbligatoriamente al Ssn, acquisendo così il conseguente diritto di accedere a tutte le prestazioni sanitarie offerte, e quelli sprovvisti del suddetto permesso, che, benché non possano iscriversi al Ssn, hanno comunque diritto alle prestazioni previste dall'art. 35, comma 3, del Testo Unico, analizzato *infra* al precedente paragrafo. I minori (italiani e non) presenti sul nostro territorio hanno infatti sempre diritto agli esami e alle cure sanitarie.

Tutti i minori stranieri, a prescindere dal permesso di soggiorno e indipendentemente dalla registrazione della propria presenza presso la Questura o il Comune, hanno quindi accesso ai programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva e alle prestazioni essenziali, anche se le singole Regioni ne disciplinano in termini parzialmente diversi le modalità di accesso.

Particolare tutela, anche ai fini sanitari, è stata recentemente accordata alla figura del minore straniero non accompagnato dalla surrichiamata legge 7 aprile 2017 n. 47.

Fino all'emanazione di questa legge, non vi era una disciplina organica della materia: alcune norme erano state emanate (ad esempio, nell'ambito della disciplina in materia di accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale dettata dal d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, di attuazione delle direttive UE 2013/32 e 33), ma in modo tardivo e comunque lacunoso. Opportunamente, essa fornisce quindi, all'art. 2, la richiamata definizione di «minore non accompagnato» valevole ai fini dell'applicazione delle proprie disposizioni (e dunque di quelle da essa modificate). La definizione, come si è visto, si riferi-

sce ai soli minori extra Ue, che costituiscono all'evidenza gli unici destinatari della riforma.

La novità più significativa è rinvenibile nell'art. 3 della legge, che, modificando parzialmente il Testo Unico, ha introdotto, *inter alia*, il divieto assoluto del respingimento alla frontiera del minore straniero non accompagnato (art. 19, comma 1-*bis*, Testo Unico), che si aggiunge a quello di espulsione e di trattenimento nei centri di identificazione e di espulsione (CIE).

Lo stesso articolo ha più in generale precisato che l'adozione, da parte del Tribunale dei minorenni, del provvedimento di espulsione del minore straniero (consentita ai sensi dello stesso art. 19 soltanto nei casi – motivi di ordine e sicurezza pubblici – previsti dall'art. 13, comma 1, del Testo Unico) deve essere assunta entro il termine massimo di trenta giorni dalla richiesta da parte del Questore ed è subordinata alla «condizione comunque che il provvedimento stesso non comporti un rischio di danni gravi per il minore» (art. 31 Testo Unico). Tale rischio è evidentemente più elevato per il minore non accompagnato in ragione della sua maggiore vulnerabilità. Si segnala a tale riguardo che il comma 2-*bis* del citato art. 19 del Testo Unico prescrive che l'esecuzione dell'espulsione dei minori sia effettuata «con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate».

Merita poi sottolineare che il medesimo art. 31 del Testo Unico stabilisce che il Tribunale per i minorenni per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova sul territorio italiano può autorizzare l'ingresso o la permanenza del relativo familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni dello stesso Testo Unico.

Ai sensi dell'art. 28, comma 1, del Regolamento di attuazione, i minori che non possono essere espulsi o respinti hanno diritto a un permesso di soggiorno. In particolare, il minore non accompagnato rintracciato sul territorio e segnalato al Comitato per i minori stranieri ottiene il permesso di soggiorno, valido per tutto il periodo necessario per l'espletamento delle indagini sui familiari nei Paesi di origine. Se si tratta di minore abbandonato, è immediatamente informato il Tribunale per i minorenni per i provvedimenti di competenza.

Per quanto qui più specificamente interessa, a seguito della richiesta di permesso, i minori hanno il diritto (presentando il cedolino della richiesta), e a seguito del rilascio ne hanno l'obbligo, di iscriversi gratuitamente al Ssn, mediante i responsabili del loro affidamento, in quanto rientrano nella categoria dei titolari di «asilo umanitario» ai fini della copertura assicurativa per le prestazioni sanitarie prevista dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 34 del Testo Unico.

L'affidatario del minore ha il compito di svolgere le pratiche necessarie per l'accesso di quest'ultimo alle prestazioni sanitarie ordinarie, e quindi anche all'iscrizione al Ssn e per la richiesta di esenzione dal Ticket per insufficienza del reddito.

Ogni Distretto sanitario deve assicurare le modalità di accesso all'esenzione e qualora in una Regione non sia prevista una esenzione specifica per i minori stranieri affidati o in tutela (o non accompagnati) si può ottenere l'esenzione dimostrando che il minore non gode di un reddito sufficiente.

L'iscrizione obbligatoria e gratuita al Ssn dei minori stranieri anche in assenza del permesso di soggiorno è contemplata, nell'ambito della tutela accordata in via più generale ai gruppi più vulnerabili, dalla Risoluzione A7-0032/2011 dell'8 febbraio 2011 del Parlamento europeo ed è prevista anche dall'Accordo sul Documento «Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province Autonome italiane», siglato nel 2012 dalla Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, che prevede altresì l'iscrizione temporanea dello straniero adulto regolarmente soggiornante che sia in attesa del primo rilascio del permesso di soggiorno per uno dei motivi che garantiscono il diritto all'iscrizione obbligatoria al Ssn²¹. L'obbligo di iscrizione è stato poi specificamente ribadito dalla legge 7 aprile 2017 n. 47, che ha integrato l'articolo 34 del Testo Unico, prevedendo espressamente, come anticipato, alla neo-introdotta lett. b-bis del comma 1, l'applicazione del diritto e dell'obbligo di iscrizione al Ssn con parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea anche per i minori stranieri non accompagnati.

L'associazione *Save the Children* ha, tuttavia, segnalato che la prassi di registrare le prestazioni con un codice regionale a sigla STP (Straniero Temporaneamente Presente), e quindi a carico dello Stato e non dell'ASL, rischia di rivelarsi dannosa, restringendo molto l'ambito dei trattamenti sanitari erogabili e rivelandosi così un forte limite alla garanzia del diritto alla salute per il

²¹ Gli Stranieri Temporaneamente Presenti (STP) sono coloro che non sono in regola con il permesso di soggiorno e non sono, dunque, di norma iscrivibili al Ssn. L'assistenza sanitaria nei loro confronti viene erogata attraverso il rilascio di un tesserino con codice regionale individuale STP, che identifica l'assistito in tutte le prestazioni erogabili con finalità prescrittive e di rendicontazione. Il codice STP può essere rilasciato dalle ASL, dalle Aziende Ospedaliere, dai Policlinici Universitari e dagli IRCCS al momento della prima prestazione sanitaria erogata (oppure anche prima mediante i programmi di prevenzione), previa dichiarazione dei dati anagrafici dello straniero e della sua indigenza, ed è composto da 16 caratteri: tre caratteri costituiti dalla sigla STP; tre caratteri costituiti dal codice ISTAT della Regione di accoglienza; tre caratteri costituiti dal codice ISTAT della ASL attributiva del codice; sette caratteri per il numero progressivo attribuito al momento del rilascio. Il codice ha validità su tutto il territorio nazionale per un periodo di sei mesi, decorso il quale è rinnovabile in caso di permanenza del territorio in Italia.

minorenne, oltre che di porsi in contrasto con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, che stabilisce che tutti i minori, senza discriminazioni, devono avere accesso all'assistenza sanitaria²².

Una volta risolti i problemi relativi all'ingresso del minore sul territorio italiano, la struttura di accoglienza, in qualità di affidatario, dovrà, comunque, immediatamente contattare l'ASL di riferimento²³ e promuovere le opportune forme di collaborazione al fine di assicurare l'accesso dei minori accolti a tutte le prestazioni sanitarie offerte e, in particolare, ai dovuti esami e alle dovute cure, tra cui meritano specifica attenzione le vaccinazioni e la profilassi internazionale, nonché la diagnosi, profilassi e cura delle malattie infettive, garantite dall'art. 35, comma 3.

Tra le principali innovazioni apportate dalla legge del 2017 si segnalano – oltre a quanto già detto sul divieto di respingimento e sui limiti all'espulsione – la riduzione da 60 a 30 giorni della permanenza massima dei minori in strutture di prima accoglienza; l'obbligo di espletamento delle attività di identificazione – uniformi in tutta Italia, con particolari cautele nell'accertamento della minore età (in particolare mediante la ricostruzione della storia familiare, l'intervento di mediatori culturali, la comunicazione in lingue comprensibili agli interessati, lo svolgimento di accertamenti medici e psicologici volti a stabilire l'età effettiva solo in casi di dubbi fondati e solo per disposizione del Tribunale dei Minori e comunque condotti necessariamente con modalità non invasive) – entro 10 giorni dall'arrivo e il ricovero dei minori in condizioni di non promiscuità con gli adulti (strutture a loro «destinate»); la previsione di particolari garanzie nella scelta del posto, tra quelli disponibili in cui collocare il minore, con specifico riferimento alle esigenze e alle caratteristiche dello stesso minore risultanti dal colloquio di cui all'art. 19-*bis* del d.lgs. 142/2015 (su cui vedi *infra*), in relazione alla tipologia dei servizi offerti dalla struttura di accoglienza, che deve comunque soddisfare, nel rispetto dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., gli standards minimi dei servizi e dell'assistenza forniti dalle strutture residenziali per minorenni ed essere appositamente autorizzate o accreditate ai sensi della normativa nazionale e regionale in materia; la previsione che i minori non accompagnati sono accolti nell'ambito dell'apposito Sistema di protezione di cui all'art. 1-*septies* del d.l. 30 dicembre 1989 n. 416, conv. nella legge 28 febbraio 1990 n. 39, e in particolare nei progetti specificamente destinati a tale categoria di soggetti vulnerabili; lo svolgimento di indagini familiari volte non solo all'eventuale rimpatrio del minore ma so-

²² Cfr. <http://legale.savethechildren.it/Operatori/Tag/Details/94d48824-e83a-4706-946d-ed7e5b166cbf>.

²³ Si segnala che lo straniero iscritto al Ssn è iscritto negli elenchi degli assistibili dell'ASL nel cui territorio ha residenza o effettiva dimora ed è tenuto a comunicare alla stessa eventuali cambi di residenza.

prattutto all'individuazione della soluzione migliore per lui nel lungo periodo; la preferenza dell'affidamento a familiari rispetto al collocamento in comunità e, in caso di totale assenza di un ambiente familiare di riferimento, la preferenza degli istituti della tutela e dell'affidamento, preferibilmente a una famiglia; l'attribuzione al Tribunale dei Minori della competenza sui casi di rimpatrio assistito e volontario, che consenta il ricongiungimento con i familiari nel paese d'origine o in un paese terzo; l'istituzione presso il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di un sistema informativo nazionale dei minori non accompagnati costituito da cartelle sociali compilate dal personale qualificato nei colloqui con il minore nella fase di prima accoglienza; l'istituzione presso i Tribunali dei Minori di un elenco di tutori volontari disponibile ad assumere la tutela di un solo minore straniero non accompagnato o di più minori nel caso ci siano fratelli e sorelle, onde evitare i problemi determinati dalla prassi attuale di affidare ad un unico tutore decine di minori stranieri; l'istituzione di due differenti tipologie di permesso di soggiorno per i minori stranieri: quello per minore età, che viene rilasciato dal Questore anche prima dell'affidamento a un tutore e vale fino a 18 anni, e quello familiare, che viene rilasciato quando il minore è affidato a un cittadino italiano o straniero; la garanzia del diritto ad essere ascoltati, con l'uso di interpreti e mediatori culturali, in tutti procedimenti amministrativi che li concernono e del diritto all'assistenza legale, anche attraverso il tutore o i legali rappresentati delle comunità ospitanti; il rafforzamento del sistema di protezione per i minori particolarmente vulnerabili per i quali sono già previste tutele particolari; l'adozione di specifiche misure da parte delle istituzioni per favorire l'assolvimento dell'obbligo scolastico e da parte delle Regioni per favorire la promozione di specifici programmi di apprendistato; ma soprattutto, con specifico riferimento al diritto alla salute, l'iscrizione obbligatoria per tutti i minori stranieri non accompagnati al Servizio sanitario nazionale.

4. CONCLUSIONI

La legge n. 47 del 2017 è stata varata allo scopo di porre rimedio alla vera e propria situazione emergenziale creata dal significativo aumento degli sbarchi di minori stranieri non accompagnati sul nostro territorio verificatosi nel 2016, anno in cui, secondo i dati riportati sul sito del Ministero dell'Interno, il loro numero ammontava a ben 25.846, il doppio rispetto alla media dei precedenti 4 anni e dei quali peraltro oltre un terzo ha fatto perdere le sue tracce.

La legge si ispira ai principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e del-

la Carta europea dei diritti della persona, cercando di onorare il valore della persona e della dignità umana, costituenti i cardini della nostra Costituzione²⁴ e, come si è cercato di rappresentare, reca una serie di disposizioni il cui principio guida è la garanzia che i minori stranieri privi di un adulto di riferimento responsabile, a causa della loro particolare vulnerabilità e a prescindere anche dalla loro volontà di richiedere protezione internazionale, siano titolari dei diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori cittadini dell'Italia e degli altri Stati membri dell'Unione Europea, che possano accedere al Sistema di protezione per i richiedenti asilo e i rifugiati (SPRAR), che non possano essere respinti alla frontiera, che debbano essere aiutati nella ricerca di familiari e che possano essere oggetto di affido.

La nuova normativa sembrava rappresentare quindi un importante passo avanti a tutela della categoria, innanzitutto, perché costituiva la prima disciplina organica delle misure di sostegno e di protezione che, in vario modo e per le diverse esigenze della loro vita, devono essere assicurate a tali soggetti, ma anche perché riempiva alcune lacune normative e risolveva alcuni contrasti interpretativi determinati dalle disorganicità delle disposizioni preesistenti, rafforzando i diritti e gli strumenti di garanzia di persone che, per la loro particolarissima condizione, sono all'evidenza estremamente vulnerabili, soprattutto sul piano fisico e psicologico.

Tuttavia, come spesso accade per le norme che contengono programmi ambiziosi e principi nobili, sono mancate le risorse (ma forse anche la volontà concreta) per attuarle. Gran parte delle norme e dei principi contenuti nella novella del 2017, infatti, oltre a non avere ricevuto alcuna copertura finanziaria, sono addirittura sottoposti al limite dell'invarianza finanziaria. Solo per le norme sul gratuito patrocinio (art. 16) e sulle misure a favore dei minori vittime di tratta (art. 17) è infatti stata prevista una copertura finanziaria (peraltro minima). Pur nella consapevolezza che anche i diritti fondamentali sono inevitabilmente condizionati dalla situazione economica²⁵, ciò ha costituito all'evidenza un enorme problema in quanto, come noto, «senza risorse anche le migliori riforme non producono risultati».

La conseguenza è stata, spinta dalla frustrazione delle folle per un problema considerato sempre più quale la causa di tutti i mali, il definitivo naufragio di una simile impostazione e la presentazione del dl n. 133/2018, convertito nella legge n. 132/2018 (c.d. «legge Salvini»), attraverso cui il Governo, attra-

²⁴ Cfr. ICHINO (2017).

²⁵ Si vedano in proposito significativamente le Relazioni al Convegno AIC del 2013, in Riv. AIC 4/2013 e, con specifico riferimento al diritto alla salute, ZAGREBELSKY (2013).

verso disposizioni che già sono state tacciate come manifestamente incostituzionali, ha cercato di razionalizzare le risorse impiegate per l'integrazione dei migranti, sopprimendo i permessi di soggiorno «umanitari» (salvi il rispetto del principio di *non refoulement* e la tutela, comunque, di chi versa in gravi condizioni di salute o di calamità naturale nel proprio Paese di provenienza), dirottando molte delle risorse originariamente stanziare per favorire l'integrazione dei migranti nel territorio in favore del «Fondo rimpatri» e riservando l'accesso agli SPRAR (unici centri di accoglienza volti a un reale inserimento degli immigrati nel «mondo reale») ai soli MSNA e ai titolari di protezione internazionale, con il risultato di costringere all'irregolarità ulteriori migliaia di immigrati presenti nel territorio senza fornirne concrete possibilità di espulsione, confermando, purtroppo, la radicale assenza di ogni tentativo di ricercare una risoluzione interna, sicuramente preferibile per la tutela dei diritti fondamentali ma anche per la valorizzazione della forza lavoro, e non solo, dei migranti.

A prescindere dalla dubbia qualificabilità del fenomeno «immigrazione» nel nostro Paese come emergenziale, tanto da giustificare lo strumento eccezionale della decretazione d'urgenza, dal momento che gli ultimi due anni hanno visto una progressiva riduzione del numero degli immigrati sbarcati sulle nostre coste e che i dati INPS evidenziano che gli stranieri presenti nel territorio sono poco più del 4% e dunque molti meno che in altri Paesi europei dove nessuna misura emergenziale è stata adottata, servirebbe un sostanziale cambio di mentalità per iniziare a comprendere i benefici di lungo periodo che possono derivare da un adeguato stanziamento e da una accurata destinazione delle risorse in materia di immigrazione al fine di rendere l'Italia un Paese appetibile a un'immigrazione volenterosa e maggiormente qualificata.

Un efficace inserimento nel tessuto sociale nazionale dei nuovi arrivati, infatti, potrebbe portare a benefici decisamente maggiori dei costi sostenuti per far fronte al «problema immigrazione»: infatti, già dai dati INPS degli ultimi anni emerge che l'Italia sta guadagnando in termini di PIL grazie al lavoro e ai contributi previdenziali degli stranieri più di quanto spende per la loro accoglienza.

I benefici potrebbero essere sia in termini di differenziazione del lavoro che in termini di ripopolazione di aree del nostro Paese ormai praticamente disabitate eccezion fatta per gli anziani, comunque inadatti a provvedere al fabbisogno e allo sviluppo di realtà locali di fatto abbandonate a loro stesse e senza possibilità di ricrescita.

L'apporto dei nuovi arrivati potrebbe contribuire notevolmente al progresso del welfare nazionale, come del resto avvenuto da sempre nei Paesi più evoluti: USA e Germania, da ultimi, senza dimenticare l'antica Roma.

Questo cambio di mentalità deve però necessariamente passare, innanzitutto, per la garanzia dei diritti fondamentali e per l'istituzione di un canale legale di ingresso meritocratico e ben finanziato.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- GNES, M. (2017), «Le nuove misure per la protezione dei minori non accompagnati», *Quotidiano giuridico*, 2017, 4 [online]. Disponibile in: <http://www.quotidiano-giuridico.it/documents/2017/04/27/le-nuove-misure-per-la-protezione-dei-minori-non-accompagnati>
- ICHINO, P. (2017), *Il diritto dei minori accompagnati a essere accolti e protetti ora è legge* [online]. Disponibile in: <https://www.pietroichino.it/?p=44468>
- LUCIANI, M. (1991), «Salute: Il diritto alla salute», *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma: Istituto poligrafico, pp. 1-14.
- MORANA, D. (2013), *Il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria*, Torino: Giappichelli.
- PACE, A. (2003), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte Generale*, Padova: Cedam.
- SPASIANO, M. R. (2009), «Principi sull'immigrazione», ASTONE, F. ET AL. (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Catanzaro: Rubbettino.
- ZAGREBELSKY, V. (2013), «PREFAZIONE», ROSSI, L. S.; BOTTARI, C. (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Bologna: Maggioli.

L'ACCOGLIENZA INTEGRATA DELLO STRANIERO PER LA «RICOMPOSIZIONE» DELL'ORDINAMENTO

CRISTINA BERTOLINO*
Università degli Studi di Torino

SOMMARIO: 1. Fenomeno migratorio e crisi degli Stati. 2. Cosmopolitismo e sovranoismo: due posizioni apparentemente inconciliabili. 3. L'immigrazione tra Stato e Regioni. 4. «Accoglienza» e «respingimento»: evidenti divergenze nelle politiche territoriali per l'immigrazione. 5. La Corte costituzionale e la costruzione di una cittadinanza sociale. 6. Alla ricerca della «ricomposizione» del sistema: l'universale nei contesti particolari. 7. Riferimenti bibliografici.

1. FENOMENO MIGRATORIO E CRISI DEGLI STATI

Il tema dei processi migratori e della condizione giuridica dello straniero, pur avendo assunto da tempo centralità nel dibattito politico e costituzionale delle odierne democrazie, non è tuttavia nuovo, essendo presente sin dagli albori dell'epoca moderna (Livi Bacci, 2015; Calzolaio, Pievani, 2016). Nuova è, piuttosto, la percezione di insicurezza che viene associata ai fenomeni migratori; insicurezza *stricto sensu* fisica, cominciata a percepire dopo l'11 settembre 2001, nonché, *lato sensu*, socio-economica, aggravatasi nel 2008 e che non pare ancora in via di risoluzione.

* Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico.

La «massiccia» presenza di stranieri nei nostri territori o alla nostra «porta» (Bauman, 2016), non può tuttavia essere tenuta sotto controllo dallo Stato con un'azione individuale e «solitaria», né, men che meno, dai suoi cittadini; essa è, piuttosto, la testimonianza evidente e la personificazione del «crollo» dell'ordine globale che si era venuto a stabilire dopo il secondo conflitto mondiale; ordine che ha perso progressivamente il proprio fondamento e che ancora è lontano dal riuscire a rinsaldarsi e ricomporsi. Appare dunque del tutto utopico che a breve termine si possa realizzare una gestione globale delle immigrazioni, anche forse solo in ambito europeo; al tempo stesso, la ricerca di un equilibrio fra un'apertura incondizionata all'immigrazione e la ostile e rigida chiusura dei territori pare stia progressivamente conducendo a una frammentazione della cittadinanza (Staiano, 2008, 21; Morrone, 2015, 303 ss.), a una crisi della territorialità (Badie, 1996, 118 e 123 ss.) e alla dissoluzione del principio della sovranità statale ovvero, all'opposto, all'affermazione di sovranismi illiberali.

Rispetto alla cittadinanza, le modalità con le quali l'ordinamento statale affronta il fenomeno migratorio, in particolare con una «ostilità» che non appartiene certo ai valori democratici sui quali esso si fonda, stanno determinando – come si esaminerà *infra* – l'emergere di «cittadinanze» regionali e locali e di una accentuata «territorialità» dei diritti. Il «complessificarsi» della domanda sociale ha infatti costretto Regioni ed enti locali a riconfigurare i diritti (talora anche quelli fondamentali), le prestazioni sociali e i loro «confini», determinando la preoccupante emersione di «cittadinanze» infrastatali che non paiono conciliabili con una definizione unitaria di cittadinanza giuridica e sociale e che, al contrario, accrescono le disegualianze all'interno dello Stato.

Quanto poi alla possibile dissoluzione e crisi dei principi della sovranità e della territorialità statale, occorre muovere da una precisa considerazione. Il territorio e la sovranità si sono affermati, quali elementi tradizionalmente costitutivi dello Stato, nell'epoca post-westfaliana, con la nascita degli Stati nazionali, e implicano una prospettiva di articolazione del pianeta in spazi sostanzialmente chiusi. Conseguenza di questa concezione è che il territorio e i suoi confini consentono di distinguere l'interno dall'esterno; di designare il «barbaro», lo «straniero», l'«altro» (Kratochwil, 1986, 33); nonché di circoscrivere, a livello internazionale, la sfera di sovranità e di responsabilità da quella, invece, di «astensione» dovuta.

Di fronte ai mutamenti globali e infrastatali ai quali si sta assistendo in questi ultimi anni, tale concezione del territorio comporta sempre più l'accentuarsi di un radicamento dei poteri pubblici e dei cittadini al proprio spazio territoriale e una rinnovata attenzione ai principi di territorialità e di sovranità. Più di recente, siffatto radicamento si è manifestato, a livello statale, con l'intensificarsi di controlli ai

confini nazionali, con la ricostruzione di frontiere territoriali e con l'innalzamento di nuovi «muri»; a livello infrastatale, con la richiesta di maggiore autonomia, se non di indipendenza e di conseguente secessione di parti di territorio statale.

Vi sono peraltro alcuni fattori che al tempo stesso mettono in crisi il rapporto dello Stato con il territorio e determinano una nuova concezione della dimensione territoriale, dei confini e della sovranità statale. Tra questi, *in primis*, la globalizzazione e la partecipazione a organizzazioni sovranazionali e all'Unione Europea, le quali determinano e accrescono il «dissociarsi» (Scaccia, 2017, 14 ss.) dei luoghi della politica dai luoghi più propriamente di formazione del diritto. Non si tratta di fenomeni nuovi, ma nuova è senza dubbio la dimensione che essi stanno raggiungendo e la difficoltà per gli Stati di riuscire a «dominarla» (Cassese, 2016, 10 ss.).

In secondo luogo, la disperata ricerca di una cittadinanza più «degn», certamente «pregiata» (Zolo, 1994, 42), continuando a spingere ogni anno migliaia di profughi e immigrati a solcare le insidie del Mediterraneo per raggiungere nuovi territori e tentare di superarne le frontiere, sta mettendo in crisi non solo le fondamenta dello Stato sociale e i principi della democrazia pluralista, ma, prima ancora, la capacità stessa delle democrazie occidentali di essere sovrane sul proprio territorio e di esercitarne il pieno dominio. In alcune occasioni pare così assistersi alla dissoluzione del principio di territorialità (Sciortino, 2017)¹; in altre, all'opposto, alla riaffermazione, anche con la forza, della sovranità statale².

Non pare tuttavia impossibile prospettare la ricerca, a livello di autonomie territoriali, di occasioni, umane e istituzionali, di incontro e di contatto sempre più approfondito, auspicando che si arrivi a una effettiva *fusione* di orizzonti, anziché a una *scissione* indotta, artificiale e sempre più esasperata.

2. COSMOPOLITISMO E SOVRANISMO: DUE POSIZIONI APPARENTEMENTE INCONCILIABILI

Si ripalesa in questi anni, con evidenza, una dicotomia che già si era manifestata in epoca passata: da un lato, l'ideale libertà universale di movimento;

¹ Sintomatici e preoccupanti, ad esempio, gli episodi di sconfinamento delle forze di polizia francesi su territorio italiano dell'inverno e primavera 2019, che hanno rischiato di determinare una crisi diplomatica con la Francia.

² Esemplificativa, in tal senso, la posizione del Ministro dell'Interno del Governo Conte I, Matteo Salvini, che in più occasioni ha dimostrato una netta posizione di rigida chiusura delle frontiere e dei porti italiani nei confronti degli immigrati.

dall'altro, l'autodeterminazione sovrana degli Stati. Per un verso il cosmopolitismo, che auspica da sempre l'ospitalità universale, e, dall'altro, il comunitarismo, che preconizzava invece, come gli odierni sovranisti, il respingimento di chi non appartiene alla comunità e, dunque, dello straniero.

Per i *cosmopoliti*, come noto, le frontiere degli/tra gli Stati sono arbitrarie, violano il diritto fondamentale alla libera circolazione delle persone e impongono una condizione di disegualianza tra gli individui e di distinzione discriminatoria tra «inclusi» ed «esclusi». L'obbligo di prestare aiuto ai migranti e di accogliere lo straniero sarebbe dunque assoluto e incondizionato, non potendo esservi al riguardo né gradazioni né distinzioni di alcun genere. Secondo tale corrente dottrinale, la condizione primitiva dell'uomo si caratterizza infatti per la pari dignità degli esseri umani in quanto tali, a prescindere dalla propria appartenenza nazionale o sociale, e l'individuo farebbe parte di un ordinamento universale nel quale i confini, comprese le frontiere statali, richiedono per ciò stesso una giustificazione. Da questo assunto discenderebbe il principio, prima di tutto morale, da doversi poi trasporre sul piano giuridico, di reciprocità egualitaria e universale degli individui e di ospitalità universale.

Il riferimento obbligato è ovviamente a Immanuel Kant e al suo saggio *Per la pace perpetua* (Kant, 1975/2016, 66), nel quale il filosofo afferma l'esistenza di una «ospitalità universale», di un diritto che apparterebbe a tutti gli esseri umani in quanto potenziali membri di una repubblica mondiale, «coinquilini del pianeta», titolari del diritto naturale e fondamentale alla «indivisa superficie della terra». Gli Stati non sarebbero dunque arbitri esclusivi dei propri confini – come nella impostazione più westfaliana della sovranità – ma sarebbero tenuti all'osservanza dei diritti umani e dei principi democratici universali, derivando la propria legittimazione anzitutto dall'osservanza di questi ultimi.

Più di recente, la medesima posizione sembra essere assunta da Jacques Derrida, quando, a proposito dell'ospitalità (Dufourmantelle, Derrida, 1997, 29), distingue tra ospitalità assoluta e quella di diritto. «L'ospitalità assoluta rompe con la legge dell'ospitalità come diritto o dovere condizionato». In altre parole, l'ospitalità assoluta «esige che io apra la mia dimora e che la offra non soltanto allo straniero (provvisto di un cognome, di uno statuto sociale di straniero, etc.)», ma, prima ancora, «all'altro assoluto, sconosciuto, anonimo, e che gli *dia luogo*, che lo lasci venire, che lo lasci arrivare e aver luogo nel luogo che gli offro, senza chiedergli né reciprocità (l'entrata in un patto) e neppure il suo nome». Inoltre, se, da un lato, «la legge dell'ospitalità assoluta impone di rompere con l'ospitalità di diritto», dall'altro non condanna o non si

oppone a quest'ultima, ma anzi può «metterla e tenerla in un moto incessante di progresso».

Ancora, riflessioni simili sono state svolte da Hannah Arendt quando, ne *Le origini del totalitarismo*, teorizza il «diritto di avere diritti» (Arendt, 1948/2009, 410), nel senso di una rivendicazione morale di appartenenza e di cittadinanza, da parte dell'umanità tutta, alla quale conseguirebbe, all'interno dei confini materiali e sociali di uno Stato, il necessario trattamento giuridico. Il diritto di avere diritti può peraltro realizzarsi solo in una logica che trascende le differenze dell'uno dall'altro, in un sistema di eguaglianza assoluta e universale, in virtù della decisione di garantirsi reciprocamente eguali diritti. Una simile logica determinerebbe dunque il necessario superamento del modello statalistico in favore di un modello cosmopolitico.

Su posizioni differenti si collocano per contro i sostenitori del c.d. *comunitarismo* (Taylor, 1999; Walzer, 2008; Marshall, 1976), per i quali gli obblighi di accoglienza, di eguaglianza e di solidarietà valgono solo all'interno di cerchie di prossimità sociale o territoriale e perdono di validità nei confronti degli stranieri. Si tratta, come noto, di una corrente dottrinale che, spostando l'attenzione sull'individuo situato all'interno di una società e di una comunità, lo collega strettamente ad essa, riconoscendogli come dovuti i diritti garantiti da questa solo laddove egli ne faccia parte.

Come in Aristotele³ la cittadinanza era concepita sul modello dell'appartenenza a una comunità etico-culturale che si autodeterminava, così risulterebbe giusta la società in cui ciascuno si riconoscesse con l'altro nell'appartenenza a una comunità data, e in cui l'identità collettiva fosse espressione della condivisione stabile del bene comune, ancorché progredibile nel tempo. La società, a differenza di quanto sostenuto dai cosmopolitici, non è dunque la risultante di individui universalmente eguali sul piano morale e/o giuridico, ma di una comunità che si autorealizza, composta da «membri» piuttosto che da «individui». La cittadinanza è infatti uno *status* giuridico che «viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità» (Marshall, 1976, 24) e tutti quelli che posseggono questo *status* sono uguali nei diritti e nei doveri.

Esisterebbe dunque il diritto giuridico dello straniero a essere accolto solo nel momento in cui possedesse lo *status* di cittadinanza giuridica (e dunque, apoditticamente, in quanto cittadino, non sarebbe più da considerarsi straniero) e, simmetricamente, sarebbe prerogativa dello Stato stabilire chi possa appartenere alla comunità e chi invece esserne lecitamente respinto. Non vi sarebbe quindi alcun principio universale – né morale, né tantomeno giuridico

³ ARISTOTELE, *Politica*, libro III, 1-5.

– cui soggiaccia la determinazione del contenuto di questi diritti e doveri di cittadinanza. Non si esclude tuttavia che all'interno di una data comunità politica possa essere proposta l'immagine di una cittadinanza «ideale», «in via di sviluppo» (Marshall, 1976, 24), che potrebbe costituire una spinta verso un maggior grado di uguaglianza, verso un arricchimento materiale dello *status* di cittadinanza, anche a favore di coloro a cui tale *status* potrebbe essere conferito successivamente.

La prestazione delle garanzie giuridiche e dei concreti vantaggi collegati alla titolarità della cittadinanza sarebbe peraltro sempre regolata dal «codice politico dello Stato sovrano» (Zolo, 1994, 19), cioè da un codice funzionale che può anche giungere ad avere al proprio centro l'istanza particolaristica della sicurezza e dell'esclusione, non già quella universalistica dell'eguaglianza degli individui. Inoltre, secondo i comunitaristi non solo non può parlarsi di una comunità universale, ma persino la comunità nazionale rischierebbe di essere «troppo grande e remota per mobilitare una fedeltà unica». Questa considerazione potrebbe dunque determinare lo svilupparsi e il riconoscimento di fedeltà e di appartenenze più ristrette, riferite al livello locale, e, come si sottolineava all'inizio, un possibile «sfilacciamento» della cittadinanza e dell'appartenenza repubblicana, con la conseguente perdita del senso di solidarietà e di responsabilità collettiva, non solo per la complessiva comunità umana, ma finanche per quella nazionale.

3. L'IMMIGRAZIONE TRA STATO E REGIONI

Nel constatare come le menzionate antitetiche posizioni teoriche trovino riscontro non solo in ambito sociale, antropologico e politico, ma anche nella normativa nazionale e substatale, occorre anzitutto prendere in esame la disciplina della condizione giuridica dello straniero nella Costituzione italiana e, in particolare, le competenze statali, regionali e degli enti locali rispetto ad essa.

Gli artt. 2 e 3 Cost., nel predisporre un progetto di «democrazia emancipante» (Dogliani, Di Giovine, 1993), pongono alla base della costruzione dello Stato democratico la persona umana in quanto tale e la sua dignità (Barbera, 1975), e impegnano la Repubblica alla realizzazione dell'eguaglianza formale e sostanziale fra gli individui, legando gli stessi con uno stretto vincolo di solidarietà. Tale progetto di democrazia pare dunque inserirsi – senza possibilità di dubbio – nella logica dell'accoglienza incondizionata. Al tempo stesso l'art. 10, III co., Cost. – anche in questo caso, significativamente, tra i primi articoli dedicati ai principi fondamentali posti alla base dell'intero ordinamento – nel sancire il diritto di asilo dello straniero, lo «configura» come un «diritto costi-

tuzionale soggettivo perfetto» (Cassese, 1975). Il diritto di asilo imporrebbe dunque allo Stato, in presenza di uno straniero cui sia impedito nel proprio Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, l'obbligo di retrocedere nella propria sovranità e di affermare e proteggere i diritti inviolabili della persona umana, assicurando in tal modo il diritto kantiano di ospitalità. Ne consegue inoltre il divieto di respingimento alla frontiera e l'imposizione di chiari limiti rispetto a una eventuale espulsione successiva.

È tuttavia altrettanto evidente come, da un lato, persista una forte resistenza da parte del legislatore, specie regionale, ad adottare politiche preminentemente egualitarie e inclusive e come, dall'altro, la perdurante assenza di una disciplina legislativa organica in tema di diritto d'asilo⁴ abbia accresciuto il ruolo e la discrezionalità delle autorità amministrative e giudiziarie competenti, così che l'asilo, da diritto soggettivo dello straniero, «è andato sempre più configurandosi quale diritto dello Stato, snaturando la stessa *ratio* della previsione costituzionale» (Rescigno, 2011, 227).

Quanto al riparto costituzionale delle competenze, la riforma del 2001 del Titolo V ha attribuito allo Stato sovranità e competenza esclusiva in materia di «diritto di asilo e della condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea» (art. 117, II co., lett. *a*), in materia di «immigrazione» (lett. *b*), rispetto alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali» (lett. *m*), in materia di «ordine pubblico e sicurezza» (lett. *h*), di «cittadinanza, stato civile e anagrafi» (lett. *i*). Alla base di tale scelta naturalmente vi è la necessità di garantire uniformità e unità all'ordinamento, il rispetto del principio di eguaglianza nei confronti di tutti i presenti sul territorio e, più in generale, l'esigenza di concentrare in capo allo Stato, di cui si pretende affermare la sovranità, le politiche *dell'*immigrazione.

Se dunque il livello territoriale e di governo competente rispetto alla cittadinanza *formale* e ai suoi modi di acquisto è lo Stato, il livello regionale e, in via amministrativa, anche quello locale, hanno assunto indubbio ruolo e azione in relazione a possibili politiche *per* l'immigrazione (Hammar, 1990). Gli ambiti di intervento substatale, assunti peraltro già nel corso degli anni Novanta, sono stati infatti potenzialmente ampliati in Costituzione in conseguenza dell'accresciuta competenza legislativa regionale non solo in materia di servizi sociali, ma anche di istruzione, formazione professionale, tutela della salute e, in generale, in tutti i settori che possono avere riflessi

⁴ Le disposizioni maggiormente significative in materia sono la L. 39/1990, la L. 40/1998, il D. Lgs. 286/1998, la L. 189/2002, la L. 46/2017 e, più di recente, la L. 132/2018.

sull'esistenza dello straniero, presente stabilmente o temporaneamente sul territorio nazionale.

La Corte costituzionale stessa, nella nota sentenza n. 300/2005, nell'individuare gli ambiti di competenza statale e regionale in relazione all'immigrazione, ha sottolineato come «l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano *ex* Costituzione competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente».

È inoltre particolarmente significativo il fatto che nello stesso testo costituzionale, all'art. 118, III co., si sia riconosciuta la necessità di un coordinamento statale nell'ambito dell'immigrazione e dell'ordine pubblico e sicurezza. In questi settori, più di altri, è infatti presente al legislatore costituzionale la necessità di contemperare esigenze di unità e sovranità statale, da un lato, con il pluralismo delle decisioni legislative, dall'altro, e di come vi sia un tale intreccio funzionale di competenze statali, regionali e locali da poter trovare composizione solo attraverso forme di coordinamento organico e/o procedimentale.

I contenuti della cittadinanza *sostanziale* (Ronchetti, 2012) non possono più dunque ritenersi attribuiti in via esclusiva allo Stato: nuovi centri decisionali sono infatti subentrati a quest'ultimo. Basti riflettere sui vincoli internazionali ed europei, nonché sulle pronunce della Corte di Giustizia e della Corte europea di Strasburgo; ma un peso non indifferente hanno assunto anche, come si sottolineava poc'anzi, i livelli territoriali substatali, i cui interventi stanno mettendo in crisi il concetto non solo di cittadinanza sociale, ma forse anche di quella formale, facendone affiorare una pluralità di modelli.

4. «ACCOGLIENZA» E «RESPINGIMENTO»: EVIDENTI DIVERGENZE NELLE POLITICHE TERRITORIALI PER L'IMMIGRAZIONE

Uno dei principali problemi degli ordinamenti «composti» è dato senza dubbio dalla difficoltà di «costruire» una cittadinanza sociale unitaria che riesca a tradursi in limite al frazionamento del potere politico sul territorio nazionale (Poggi, 2014, 93 ss.). In tali ordinamenti emerge infatti, da un lato, la necessità – per usare le parole della Costituzione italiana – di «riconoscere e promuovere le autonomie locali» (art. 5) e dall'altro, al tempo stesso, il dovere della Repubblica di «riconoscere e garantire i diritti fondamentali dell'uomo»

(art. 2) nonché la «pari dignità sociale e l'eguaglianza degli individui» (art. 3). Costante è dunque la tensione e il difficile equilibrio tra unità e differenziazione del sistema: per quanto un ordinamento possa desiderare di tendere al massimo del decentramento, tuttavia esiste sempre uno stato giuridico comune ed egualitario della persona, il cui nucleo è da ricercarsi nella garanzia dei diritti fondamentali. Non è peraltro agevole comprendere sino a che punto possa imporsi l'unità del sistema, per assicurare l'eguaglianza, e quanto, invece, proprio l'unità e l'eguaglianza non si traducano in un'eccessiva uniformità, a discapito della differenziazione e dell'autonomia.

I flussi migratori crescenti e la presenza di lungo periodo di stranieri sui nostri territori, come anche, in conseguenza della crisi economica, l'aumento della fascia di cittadini che versa in condizioni di povertà e debolezza, hanno inciso profondamente negli ultimi anni sulle finanze regionali e locali, coincidendo del resto con un più ampio, ma – come prima evidenziato – necessario intervento di questi enti territoriali rispetto alla disciplina dei diritti sociali e a una loro più efficace garanzia. Il «complessificarsi» della domanda sociale ha così costretto i legislatori regionali e gli amministratori locali a riconfigurare in più occasioni i diritti (anche quelli fondamentali) e i loro «confini», venendosi a determinare una evidente divergenza tra territori che hanno assunto nei confronti dello straniero una posizione più cosmopolita, di accoglienza, e territori che hanno invece adottato posizioni più sovraniste e comunitariste, di evidenti e consapevole esclusione.

Appartenenti al primo nucleo sono in particolare le Regioni che hanno adottato leggi volte al sostegno dei diritti e dell'integrazione degli stranieri, senza porre particolari distinzioni rispetto al loro titolo di soggiorno e finanche ricomprendendovi gli stranieri irregolari⁵.

⁵ Cfr. L. Reg. Toscana n. 29/2009, recante «Norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri nella Regione Toscana», che ha previsto interventi socio-assistenziali anche «a favore di cittadini stranieri comunque dimoranti sul territorio regionale», dunque finanche se privi di titolo di soggiorno; la L. Reg. Campania n. 6/2010, recante «Norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania», che prevede come destinatarie le persone appunto «straniere», senza ulteriori specificazioni; la L. Reg. Puglia n. 32/2009, recante «Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia», rivolta agli stranieri presenti «a qualunque titolo» sul territorio della Regione, compresi dunque gli stranieri privi di regolare permesso di soggiorno; la L. Reg. Marche n. 13/2009, recante «Disposizioni a sostegno dei diritti e dell'integrazione dei cittadini stranieri immigrati», tra i cui destinatari vi sono anche i cittadini stranieri «in attesa della conclusione del procedimento di regolarizzazione»; la L. Reg. Liguria n. 7/2007, recante «Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati», che ha come destinatari gli «stranieri presenti sul territorio regionale»; la L. Reg. Abruzzo n. 46/2004, recante «Interventi a sostegno degli stranieri immigrati», che dispone che gli stranieri immigrati siano destinatari degli interventi previsti dalla legge stessa «a condizione che siano residenti, domiciliati o altrimenti presenti, nel rispetto della normativa vigente, sul territorio della Regione, nelle ipotesi sia di immigrazione definitiva che di permanenza limitata e finalizzata».

Sono annoverabili invece nel secondo gruppo le Regioni che, valorizzando il requisito della cittadinanza e, più spesso, della residenza sul territorio regionale, hanno determinato la progressiva esclusione di settori di popolazione dalle politiche sociali (Dinelli, 2011, 204 ss.), accresciuto il livello di disuguaglianza nello Stato repubblicano e instaurato di conseguenza una spiccata «territorialità» dei diritti su base regionale o locale.

Interventi di questo genere sono in particolare rintracciabili in leggi regionali rivolte ai soli cittadini italiani⁶ e, in misura maggiore, nelle disposizioni regionali che richiedono non solo il requisito della residenza anagrafica, ma anche che il soggetto che richiede la prestazione sia presente sul territorio erogante da un certo lasso di tempo e in forma continuativa, aggravando così le condizioni richieste⁷.

A tale normativa regionale si vengono poi ad aggiungere ordinanze e circolari comunali⁸ volte a restringere esplicitamente i criteri per la concessione della residenza anagrafica, introducendo, illegittimamente, requisiti più re-

⁶ L. Reg. Lombardia 25/2003 che prevede la gratuità del trasporto pubblico locale per gli invalidi civili totali solo se cittadini italiani; L. Reg. Veneto n. 18/2005 e L. Reg. Friuli Venezia Giulia n. 11/2007, che prevedono l'accesso al servizio civile regionale solo per coloro che abbiano la cittadinanza italiana.

⁷ Ne sono un esempio la L. Reg. Campania n. 2/2004, che disciplina il c.d. 'reddito di cittadinanza' per coloro che risiedano nella Regione da almeno cinque anni; la L. Reg. Basilicata n. 33/2008, che richiede la residenza da almeno 12 mesi nella Regione per poter ottenere il contributo previsto per i soggetti portatori di svantaggi psicofisici; la L. Reg. Lazio n. 4/2009, che richiede la residenza da almeno 24 mesi nella Regione per poter accedere al reddito minimo garantito in favore dei disoccupati, inoccupati o precariamente occupati; la L. Prov. Trento n. 13/2007, relativa alle politiche sociali della Provincia, che prevede il requisito della residenza protratta per almeno 3 anni per poter beneficiare di tutti gli interventi previsti dalla legge; ancora, la L. Reg. Friuli Venezia Giulia n. 6/2006 che, in relazione alla erogazione di servizi socio-assistenziali, educativi e sanitari, ha previsto il requisito della residenza prolungata, limitando il diritto di accesso ai soli cittadini UE residenti in Regione da almeno tre anni ed escludendo i regolarmente soggiornanti extra UE o anche UE da meno di tre anni; la L. Reg. Lombardia n. 7/2005, che richiede, per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa nella Regione da almeno cinque anni e aggiunge che «la residenza sul territorio regionale concorre alla determinazione del punteggio per la formazione della graduatoria». Più di recente, la L. Reg. Trentino Alto Adige n. 8/2011, che limita l'accesso al beneficio dell'assegno regionale familiare per cittadini residenti e per stranieri residenti da almeno 5 anni; la L. Prov. Trento n. 15/2012 che, in materia di persone non autosufficienti, ha distinto per l'assegno tra cittadini italiani o UE residenti nella Provincia da almeno tre anni e stranieri con permesso di soggiorno e residenza da almeno tre anni; la L. Prov. Bolzano n. 12/2011 che, per l'accesso alle prestazioni economiche relative alla assistenza sociale e al diritto allo studio, ha posto il limite per i cittadini extracomunitari della residenza o dimora da almeno 5 anni.

⁸ Ne sono un esempio l'ord. del Comune di Brignano Gera d'Adda (BG) n. 9/2007, che ha richiesto, per l'ottenimento della residenza, la dimostrazione del possesso della carta di soggiorno in corso di validità ovvero la prova attestante la richiesta di rinnovo della stessa inoltrata alla Questura di Bergamo qualora già scaduta; le ord. nn. 25/2009 e 30/2009 del Comune di Ospitaletto (BS), che hanno richiesto la produzione da parte del cittadino straniero della carta di soggiorno e di un'autocertificazione dalla quale risulti che non ha scontato pene restrittive della libertà personale in Italia; ancora, le ord. 15 marzo 2011 del Comune di Palosco (BG) e 31 marzo 2011 di Calcinato (BS), che hanno richiesto la dimostrazione di un reddito annuo minimo, della titolarità del permesso di soggiorno di lungo periodo, del passaporto di validità con regolare visto per l'ingresso nel territorio nazionale e l'attestazione di idoneità dell'alloggio del soggetto richiedente l'iscrizione.

strittivi di quelli contenuti nella normativa statale e determinando, in tal modo, l'impossibilità *a priori* di accedere alle prestazioni sociali (Gargiulo, 2015). Emergono inoltre circolari volte a escludere, direttamente o, in maniera più subdola, indirettamente, gli stranieri dal poter usufruire di prestazioni sociali, intendendosi così ostacolare il permanere nel contesto urbano di fasce di popolazione non gradite o ritenute costituire un «peso» per le risorse locali. Così, ad esempio, si possono utilmente citare le fonti comunali che hanno previsto la concessione di contributi economici a sostegno di famiglie con minori al di sotto di tre anni (c.d. bonus bebè), limitandone in sostanza l'erogazione ai soli cittadini italiani⁹; ovvero, più di recente, le ordinanze di alcuni Comuni della Lombardia¹⁰ che hanno imposto oneri procedurali di comunicazione per coloro che mettano a disposizione abitazioni per l'accoglienza di richiedenti la protezione internazionale, con la finalità di scoraggiare i privati dalla adesione ai piani di accoglienza predisposti dalle Prefetture.

Ne deriva un evidente problema di disuguaglianza rispetto al godimento di diritti, anche fondamentali¹¹, tra quanti sono cittadini italiani e gli stranieri; ma altresì si scoraggiano e si ostacolano, in tal modo, forme di «migrazione interna» allo Stato (Carrozza, 2013, 28), di cittadini che, cambiando residenza, si ritrovano in una situazione di svantaggio rispetto a quanti, forse anche stranieri, risiedono da più tempo sul territorio. In sintesi, si tratta della progressiva emersione di «frontiere interne allo Stato», «fonte di privilegio e quindi di disuguaglianza» (Lombardi, 1985).

Al tempo stesso non si può peraltro sostenere che le Regioni e gli enti locali debbano erogare prestazioni quantitativamente e qualitativamente egua-

⁹ Delibera della Giunta Comunale di Brescia n. 1062/52053 del 21 novembre 2008, che ha previsto il c.d. bonus bebè per i soli genitori cittadini italiani residenti nel Comune da almeno 2 anni dalla nascita del minore; regolamento del Comune di Palazzago (BG) del 13 maggio 2001, che richiedeva il possesso della cittadinanza italiana o la presentazione di formale richiesta di cittadinanza da parte di almeno un genitore o del tutore del minore; delibera del Comune di Tradate (VA) del 28 settembre 2007, che prevedeva sia il possesso della cittadinanza italiana da parte di ambedue i genitori, sia l'ulteriore requisito di residenza nel Comune di almeno uno di essi da almeno 5 anni.

¹⁰ Cfr. Ord. Comune di Opera (MI) n. 111 del 7.09.2017; ord. Comune di Capriano del Colle (BS) n. 18 del 10.08.2017; ord. Comune di Castelvovati (BR) n. 40 del 29.08.2017; ord. Comune di Marone (BS) n. 23 del 29.08.2017; ord. Comune di Azzano S. Paolo (BG) n. 38 del 8.08.2017; ord. Capizzone (BG) n. 4 del 5.08.2017; ord. Covo (BG) n. 4 del 5.08.2017; ord. Palazzago (BG) n. 32 del 5.08.2017; ord. Palosco (BG) n. 198 del 12.08.2017; ord. Pontida (BG) n. 44 dell'11.08.2017; ord. Spirano (BG) n. 31 del 7.08.2017; ord. Telgate (BG) n. 37 del 9.08.2017; ord. Torre Boldone (BG) n. 18 dell'8.08.2017; ord. Comune di Gallarate (VA) n. 6 del 18.08.2017; ord. Comune di Morazzone (VA) n. 26 del 4.08.2017; ord. Comune di Oggiono (LC) n. 39 del 10.08.2017.

¹¹ Mentre l'art. 2, co. 1, del T. U. sull'immigrazione, dispone espressamente che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

li, giacché, in tal modo, verrebbe gravemente toccata, e quasi svuotata, l'autonomia territoriale. Per ritenere ammissibili su scala regionale e locale politiche sociali differenti, occorre invero verificare l'esistenza, come affermato dalla Corte costituzionale, di una «ragionevole correlazione» tra la natura della prestazione erogata e il requisito posto alla base del suo godimento, emergendo, nuovamente, il nodo centrale del temperamento di unità e uguaglianza con le esigenze di autonomia e differenziazione.

5. LA CORTE COSTITUZIONALE E LA COSTRUZIONE DI UNA CITTADINANZA SOCIALE

Sin dalle prime pronunce la Corte costituzionale ha avallato un concetto di cittadinanza più sostanziale che non formale, promuovendo ed estendendo il riconoscimento dei diritti fondamentali a tutti gli individui, cittadini italiani e non. «Le basi concettuali» del cammino seguito dalla Corte sono «già con chiarezza diseguate» (Ruggeri, 2011, 6) nella sentenza n. 120 del 1967, in cui si sanciva la necessità di interpretare le disposizioni costituzionali, in particolare gli artt. 2, 3 e 10, in combinato disposto tra loro e si disponeva quindi che per quanto il principio di eguaglianza si riferisca espressamente ai soli cittadini, è certo che esso valga «pure per lo straniero quando trattasi di rispettare diritti fondamentali».

Senza dover ripercorrere il cammino giurisprudenziale della Corte (Gambino, D'Ignazio, 2009; Pezzini, 2010, 163 ss.; Biondi Dal Monte, 2013, 189 ss.), da sempre, e ancora di recente¹², essa ha poi ritenuto che i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico italiano e, in primis, dalla Costituzione, spettino ai singoli «non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». È dunque inammissibile che la condizione giuridica di non cittadino sia preteso fondamento di trattamenti diversificati e discriminatori, vietati dal principio di eguaglianza, per quanto attiene al godimento dei diritti fondamentali dell'uomo. Ne consegue ovviamente la questione – che non è peraltro possibile qui approfondire – di identificare concettualmente quali siano questi diritti fondamentali (Spadaro, 1995; D'amico, 2017).

Inoltre, anche nelle ipotesi in cui non si possa collegare la prestazione sociale in via immediata e diretta a uno specifico diritto fondamentale, le scel-

¹² Cfr., tra le molte, le sentt. Corte costituzionale nn. 11/1968, 104/1969, 224/1970, 46/1977, 62/1994, 219/1995, 222/2004, 249/2010, 145/2011.

te connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari debbono tuttavia, secondo la Corte¹³, «essere operate sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza», anche qualora esse siano «intese a bilanciare la massima fruibilità del beneficio con la limitatezza delle risorse finanziarie».

Al legislatore sarà consentito «introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una «causa» normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria». Ragionevoli distinzioni rispetto al godimento dei diritti e alla erogazione di prestazioni sociali possono dunque essere operate, secondo l'articolato ragionamento della Corte costituzionale¹⁴, laddove vi sia una correlatività tra le condizioni positive richieste per l'ammissibilità alla prestazione e la funzione sociale della stessa. Nelle ipotesi in cui tale nesso funzionale venga ragionevolmente a mancare, non sono invece tollerabili distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte a escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio.

La Corte costituzionale ha dunque contribuito in questi anni a «tracciare» il cammino verso la costruzione di una cittadinanza sostanziale unitaria, declinabile a favore degli individui in quanto persone, al di là del possesso della cittadinanza giuridica italiana. Un cammino meditato e ragionevole, fondato sul principio di eguaglianza e sulla solidarietà sociale che possono talora prevalere anche sulla limitatezza delle risorse finanziarie; un percorso in cui il principio di ragionevolezza appare operare come «canone di valutazione» delle disparità di trattamento introdotte dal legislatore (Cuniberti, 2006, 515).

Affinché si realizzi concretamente una piena unità *della e nella* cittadinanza non ci si può tuttavia «abbandonare» alla sola speranza della sua piena tutela nelle sedi giurisprudenziali (Staiano, 2016, 421)¹⁵; per la «ricomposi-

¹³ Cfr., sul punto, la nota sent. n. 432/2005 con la quale la Corte si è pronunciata sulla L. Reg. Lombardia n. 1/2002 («Intervento per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale»), nella parte in cui non include gli stranieri residenti nella Regione fra gli aventi diritto, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili, alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea.

¹⁴ Sul punto, a titolo esemplificativo, sent. n. 40/2011 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, co. 51-53, della L. Reg. Friuli-Venezia Giulia n. 24/2009, che limitava l'accesso al sistema integrato di interventi e servizi sociali soltanto ai «cittadini comunitari residenti nella Regione da almeno trentasei mesi», escludendo gli altri individui, compresi i cittadini italiani, ivi residenti da minor tempo.

Più di recente, cfr. sentt. nn. 106, 107 e 166 del 2018, nelle quali la Corte costituzionale, fortemente impegnata nel garantire il rispetto della normativa europea (in particolare della direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo) e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, sembra ridurre le possibilità di costruzione di *welfare* regionali eccessivamente differenziati.

¹⁵ Come giustamente sottolineato da STAIANO (2015), «una legislazione 'vuota' o 'neutra' dal punto di vista valoriale – cioè (...) incapace di interpretare, essa anzitutto, il quadro costituzionale, e poi di tradurre coerentemente tale interpretazione in atto – lascerebbe libero campo alla creazione giurisprudenzia-

zione» del sistema occorre piuttosto che i legislatori, statale e regionali, condividano, predispongano e attuino convintamente un progetto organico e sistematico di cittadinanza sociale e tornino a essere «luogo» (Sicardi, 2003) privilegiato, capace di trasporre, con maggiore convinzione, «l'universale nei contesti particolari». Una «ricomposizione», in altri termini, volta non a negare la tensione tra una dimensione morale di validità dei diritti umani che trascende i differenti contesti politici e, dall'altra, le specificità storiche, culturali, sociali delle diverse comunità giuridiche, quanto piuttosto a cercare di «negoziarne» l'inevitabile «interdipendenza» (Benhabib, 2006, 107).

6. ALLA RICERCA DELLA 'RICOMPOSIZIONE' DEL SISTEMA: L'UNIVERSALE NEI CONTESTI PARTICOLARI

Il principio dell'autonomia territoriale, che sembra oggi mettere in discussione il concetto di cittadinanza e determinare un'accentuata «territorialità» dei diritti, può essere in realtà rivalutato e non più considerato dirompente rispetto al circolo «virtuoso» di sovranità statale, cittadinanza unitaria, eguaglianza e solidarietà sociale. L'autonomia territoriale non si oppone in principio all'unità dell'ordinamento, ma, come sancito nell'art. 5 Cost., si stabilisce e si afferma in essa. I territori infrastatali, dunque, non solo possono, ma hanno anzi il dovere di contribuire a definire, tutelare e valorizzare la cittadinanza sociale, accrescendone i contenuti – non già riducendoli – e così determinandone una visione dinamica.

Se pertanto è evidente che, per la «tenuta» delle odierne democrazie, è necessaria la ricerca di un equilibrio tra «apertura» e «chiusura» allo straniero, risultano significative alcune esperienze di enti territoriali che hanno saputo porre in atto un'accoglienza *integrata* degli immigrati (Panzerà, Rauti, Salazar, Spadaro, 2015; Loprieno, 2018, 280 ss.), volta non a rompere, quanto a rigenerare e rafforzare il vincolo solidale tra tutti coloro, cittadini italiani e non, che insistono sul proprio territorio, e a ripopolare alcune aree interne del Paese, creando opportunità di crescita e di sviluppo per tutti.

A partire dunque da alcune pratiche ed esperienze di accoglienza decentrata e in rete, sviluppatasi in particolare nel sud d'Italia, nella c.d. «dorsale dell'ospitalità»¹⁶, e realizzatesi alla fine degli anni Novanta, in concomitanza

le delle politiche di rimozione delle diseguaglianze (o di conservazione di esse, se ritenute 'tollerabili' o 'necessarie')».

¹⁶ Trattasi dei territori della Regione Calabria, in particolare dei Comuni di Acquaformosa, Badolato, Caulonia, Camini, Stignano e, la più nota, Riace, in collaborazione con associazioni *non profit* e organizzazioni non governative.

con l'arrivo di profughi curdi, si è cercato di superare la logica di mero controllo e identificazione propria dei centri di accoglienza, con l'intento di inserire e, soprattutto, integrare gli immigrati nel tessuto sociale e urbano. Il Ministero dell'Interno, ha poi siglato nel 2001, con l'Associazione nazionale dei Comuni italiani (ANCI) e con l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNCHR), un protocollo d'intesa per la realizzazione di un «Programma nazionale asilo» e la Legge n. 189 del 30 luglio 2002 ha successivamente istituzionalizzato queste misure di accoglienza organizzata, prevedendo la costituzione del c.d. «Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati» (SPRAR), affidandone il coordinamento e la gestione all'ANCI¹⁷.

Ad oggi sono stati attivati sul territorio italiano, in particolare in 1200 Comuni, 877 progetti di sviluppo sociale, economico e culturale¹⁸, che si caratterizzano per avere come protagonisti non solo gli stranieri, ma anche i territori, i quali vengono a connotarsi in tal modo come *luoghi di incontro* tra lo straniero e la comunità di accoglienza. Si è venuta dunque a tessere una fitta rete di solidarietà, di sostenibilità, di accrescimento della coesione sociale e di politiche educative e di prossimità, finalizzata non al mero assistenzialismo, ma «all'empatia e alla cultura del dialogo» (Groppi, 2018, 9). Mediante azioni quali l'apprendimento della lingua italiana e la mediazione linguistica e culturale; la tutela psico-socio-sanitaria; l'inserimento scolastico dei minori; la formazione professionale dei beneficiari; tirocini formativi e azioni di orientamento e accompagnamento all'inserimento lavorativo e abitativo, si è istituita una rete di accoglienza, che ha promosso un coinvolgimento strutturato di enti pubblici locali e del privato-sociale. Si è inoltre constatato come, considerate le competenze e le responsabilità dei Comuni nelle politiche e nei servizi di

¹⁷ Sul punto si vedano inoltre il D. Lgs. n. 142 del 18 agosto 2015, recante «Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale» e il D. M. 10 agosto 2016, recante «Modalità di accesso da parte degli enti locali ai finanziamenti del Fondo nazionale per le politiche ed i servizi dell'asilo per la predisposizione dei servizi di accoglienza per i richiedenti e i beneficiari di protezione internazionale e per i titolari del permesso umanitario, nonché approvazione delle linee guida per il funzionamento del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR)».

Si tenga presente che il D. L. n. 113 del 4 novembre 2018, recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata», convertito in L. n. 132 del 1° dicembre 2018, ha tuttavia previsto un notevole ridimensionamento di tale sistema di accoglienza integrata.

¹⁸ Nel 2009 gli SPRAR ospitavano 8400 persone; nel 2018 sono arrivati ad accoglierne 35881. Cfr. i dati sul sito del Sistema di protezione per i rifugiati e i richiedenti asilo, www.sprar.it.

welfare, nonché delle Regioni, in termini di programmazione, la «declinazione» e la «spinta» locale sia fondamentale per la riuscita dell'inclusione sociale.

Si tratta, con tutta evidenza, di un modello solidale che consentirebbe di transitare dalla tentazione di costruire muri e chiudere porti a un processo di integrazione che potrebbe condurre a una nuova cultura cosmopolita e garantire il diritto al rispetto per ciò che siamo e a essere effettivamente tutti riconosciuti come partecipi della «cerchia sociale comune» (Galeotti, 2010; Zagrebelsky, 2017, 55). Spazi per una nuova cittadinanza sociale e, in ultima istanza, anche giuridica, potrebbero dunque aprirsi nelle comunità locali, più adatte a essere «umane» e ad accordare diritti.

In conclusione, a fronte di una politica che pretende di essere pragmatica e che appare invece rispondere prevalentemente alla logica «immunitaria» dell'esclusione, si sostiene convintamente che lo straniero possa offrire l'occasione per riflettere in maniera approfondita sul fatto che egli, in realtà, non si oppone dicotomicamente al cittadino, ma ha piuttosto con quest'ultimo una *comunanza di condizione*. La questione, in altre parole, non è tanto la netta alternativa tra ospitalità, da un lato, – intesa come proposta assoluta e impossibile, apparentemente sottratta alla politica e relegata esclusivamente al buonismo e all'impegno etico dei singoli – e respingimento, dall'altro; quanto il fatto che ciascuno di noi è, in realtà, «straniero residente» (Di Cesare, 2017) in un dato luogo in cui, non per scelta, gli è dato acquisire la cittadinanza e vivere con altri, rispetto ai quali ha un vincolo di prossimità spaziale, di coabitazione e di solidarietà.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARENDT, H. (1948/2009), *The Origins of Totalitarianism*, GUADAGNIN, A. (trad.), Torino: Piccola biblioteca Einaudi. Nuova serie
- BADIE, B. (1996/1995), *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et l'utilité sociale du respect*, CADRONA, M. (trad), Trieste: Asterios Editore
- BARBERA, A. (1975), «Commento all'art. 2 Costituzione», BRANCA, G., *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Soc. ed. del Foro italiano.
- BAUMAN, Z. (2016), *Strangers at Our Door*, Cambridge: Polity.
- BENHABIB, S. (2006), *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge: Cambridge University Press
- BIONDI DAL MONTE, F. (2013), «I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello Stato sociale», CAVASINO, E.; SCALA G.; VERDE, G. (a cura di.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, pp. 189-233

- CALZOLAIO, V.; PIEVANI, T. (2016), *Libertà di migrare. Perché ci spostiamo da sempre ed è bene così*, Torino: Vele
- CARROZZA, P. (2013), «Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali», ROSSI, E.; BIONDI DAL MONTE, F.; VRENNA, M., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna: Il Mulino, pp. 27-59.
- CASSESE, A. (1975), «Commento all'art. 10, III comma Costituzione», BRANCA, G., *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Soc. ed. del Foro italiano.
- CASSESE, S. (2016), *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna: Il Mulino
- CUNIBERTI, M. (2006), «L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale», *Le Regioni*, fasc. 2-3, pp. 510-529.
- D'AMICO, G. (2017), «La «fondamentalità» dei diritti tra giudici e legislatori», BALDINI, V. (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- DI CESARE, D. (2017), *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino: Bollati Boringhieri.
- DINELLI, F. (2011), *Le appartenenze territoriali. Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli: Jovene.
- DOGLIANI, M.; DI GIOVINE, A. (1993), «Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?», *Questione giustizia*, fasc. 2, pp. 321-332.
- DUFOURMANTELLE, A.; DERRIDA, J. (1997), *De l'hospitalité*, Paris: Calmann-Levy
- GALEOTTI, A. E. (2010), *La politica del rispetto. Fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- GAMBINO, S.; D'IGNAZIO, G. (2009), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano: Giuffrè
- GARGIULO, E. (2015), «Dalla popolazione residente al popolo dei residenti: le ordinanze e la costruzione dell'alterità», *Rass. It. di Sociologia*, fasc. 1, pp. 3-26.
- GROPPI, T. (2018), «Multiculturalismo 4.0», *Rivista AIC*, fasc. 1 [online]. Disponibile in: https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/GROPPI_definitivo_001.pdf
- HAMMAR, T. (1990), *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Avebury: Gower Pub Co.
- KANT, I. (1795/2016), *Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Montanari, M.; Tundo Ferente, L., Milano.
- KRATOCHWIL, F. (1986), «Of Systems, Boundaries, and Territoriality: an Inquiry into the Formation of the State System», *World Politics*, 39(1), pp. 27-52.
- LIVI BACCI, M. (2015), *Il pianeta stretto*, Bologna: Il Mulino.
- LOMBARDI, G. (1985), «Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto», *Dir. e Soc.*, fasc. 1.
- LOPRIENO, D. (2018), *Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio*, *Consultaonline*, fasc. 1, pp. 264-285.

- MARSHALL, T. H. (1976), *Sociology at the Crossroad*, Heinemann.
- MORRONE, A. (2015), *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quad. Cost.*, fasc. 2.
- PANZERA, C.; RAUTI, A.; SALAZAR, C.; SPADARO, A. (2015), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- PEZZINI, B. (2010), *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, AA. VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli: Jovene, pp. 163-228.
- POGGI, A. (2014), *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Milano: Mondadori Università
- RESCIGNO, F. (2011), *Il diritto di asilo*, Roma: Collana.
- RONCHETTI, L. (2012), «La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni», *Costituzionalismo.it*, fasc. 2 [online]. Disponibile in: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/428/>
- RUGGERI, A. (2011), «Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri», *Rivista AIC*, fasc. 2 [online]. Disponibile in: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/antonio-ruggeri/note-introduttive-ad-uno-studio-sui-diritti-e-i-doveri-costituzionali-degli-stranieri>
- SCACCIA, G. (2017), «Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico», *Rivista AIC*, fasc. 3 [online]. Disponibile in: <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/gino-scaccia/il-territorio-fra-sovranita-statale-e-globalizzazione-dello-spazio-economico>
- SCIORTINO, G. (2017), *Rebus immigrazione*, Bologna: Il Mulino.
- SICARDI, S. (2003), «Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale», *Politica del diritto*, fasc. 1, pp. 115-128.
- SPADARO, A. (1995), «Il problema del 'fondamento' dei diritti 'fondamentali'», AA. VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova.
- STAIANO, S. (2008), «Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo», *federalismi.it*, fasc. 21 [online]. Disponibile in: https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=11213&content=Migrazioni+e+paradigmi+della+cittadinanza:+alcune+questioni+di+metodo&content_author=Sandro+Staiano
- STAIANO, S. (2016), «Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza», DELLA MORTE. M. (a cura di), *Dis-eguaglianze nello Stato costituzionale*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- TAYLOR, C. (1991/1999), *The Malaise of Modernity*, CBC Massey Lectures, FERRARA DEGLI UBERTI, G. (trad) *Il disagio della modernità*, Roma-Bari.
- WALZER, M. (1983/2008), *Spheres of Justice. A defence of Pluralism and Equality*, RIGAMONTI, G. (trad), *Sfere di giustizia*, Roma-Bari.
- ZAGREBELSKY, G. (2017), *Diritti per forza*, Torino: Vele.
- ZOLO, D. (1994), «La strategia della cittadinanza», Id. (cur.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma- Bari: LaTerza.

LA GESTIONE DEI FLUSSI MIGRATORI TRA ISTANZE COLLABORATIVE E SPINTE CENTRIFUGHE

ILARIA RIVERA*
LUISS Guido Carli

SOMMARIO: 1. Una preliminare ricostruzione dello *ius migrandi*. 2. Il sistema comune europeo di asilo tra definizione normativa e tutela giurisdizionale. 3. La responsabilità statale in materia di ricollocamento e di reinsediamento e la sentenza della Corte di giustizia *Ungheria e Repubblica slovacca c. Consiglio*. 4. L'utilizzo dello strumento negoziale nella gestione (concertata) della crisi migratoria. 5. Per una possibile definizione della questione migratoria quale fattore di moltiplicazione culturale. 6. Alcune considerazioni conclusive. 7. Riferimenti bibliografici.

1. UNA PRELIMINARE RICOSTRUZIONE DELLO *IUS MIGRANDI*

Al fine di inquadrare correttamente la questione delle migrazioni di massa che stanno interessando in modo sempre più strutturato l'Europa, è opportuno partire, dal punto di vista metodologico, dalla ricostruzione del concetto di libertà di movimento, da intendersi non solo nei ristretti confini statuali ma, come intuibile, nel più ampio spazio europeo.

* Assegnista di ricerca in *Juridical Sciences*. LUISS Guido Carli

La libertà di circolazione non è altro che la declinazione dinamica della libertà personale. È parte essenziale dell'uomo la libera esplicazione del proprio io, anche attraverso lo spostamento sul territorio. Nella narrativa storica si rintracciano molteplici ragioni che hanno giustificato lo spostamento di intere popolazioni, così come di sparuti gruppi di persone: Persecuzioni religiose, variazioni climatiche, ideologie politiche o semplicemente opportunità di maggior benessere economico e sociale.

Sviluppando ulteriormente questo ragionamento si potrebbe affermare quindi che la migrazione in sé non susciti particolari problematiche né per i soggetti interessati né tantomeno per le motivazioni che, come detto, darebbero conto di un'ampia casistica.

La criticità del fenomeno si rinviene, al contrario, nel caso in cui l'apparato giuridico non sia riveli adeguato alla prassi in composizione. In altre parole, la verifica della tenuta di un determinato sistema sarebbe possibile solo attraverso la dimostrazione della capacità concreta di resistere agli stimoli esterni, che possono nel tempo moltiplicarsi e diversificarsi.

È necessario chiarire, innanzitutto, che la migrazione potrebbe riguardare tanto i cittadini quanto gli stranieri e che per ciò solo potrebbe configurarsi un diverso approccio a seconda che si tratti dell'una ovvero dell'altra categoria. Mentre non desta particolare preoccupazione la migrazione di cittadini entro il perimetro spaziale di appartenenza, tale da configurare, al massimo, l'esercizio della propria libertà di circolazione, risulta, invece, come si vedrà nel prosieguo, particolarmente delicato il moto migratorio che interessa gli stranieri in direzione di Paesi diversi da quelli di origine. Questo principalmente per due ragioni: una di ordine giuridico, in ragione della necessità di determinare la condizione giuridica dello straniero e di assicurare l'efficace tutela dei diritti di cui è portatore; l'altra di ordine sociologico, che riguarda propriamente la questione della difficile accettazione dell'*altro*, spesso relegato ad una dimensione di indifferenza se non, in taluni casi, di rifiuto.

In ragione della trasversalità dell'argomento, lo *ius migrandi* viene espressamente annoverato nei cataloghi dei diritti, sia a livello nazionale che a quello internazionale e si realizza mediante una serie di situazioni giuridiche soggettive che strutturano l'estensione più ampia del diritto. Come detto, questo interessa la collettività nel complesso, al di là del possesso della cittadinanza di un determinato Stato; a ogni modo, al fine di essere legittimo, deve trovare opportuna collocazione *ratione personae et materiae*.

Posta queste breve premessa teorica, quello che si cercherà di indagare nell'ambito del presente contributo è l'evoluzione del sistema comune europeo d'asilo (CEAS) in considerazione dei sempre più frequenti sbarchi dei migranti

sulle coste del Mediterraneo. L'obiettivo è quello di individuare, laddove possibile, le falle nel sistema di tutela dei richiedenti protezione internazionale all'incrocio tra operatori nazionali, europei ed internazionali. In questa prospettiva d'indagine, assume particolare importanza l'analisi della prassi giurisprudenziale per la verifica del peso specifico nell'ambito del processo decisionale europeo.

2. IL SISTEMA COMUNE EUROPEO DI ASILO TRA DEFINIZIONE NORMATIVA E TUTELA GIURISDIZIONALE

La straordinaria intensificazione dei flussi migratori che si è registrata negli ultimi anni –in particolar modo a partire dal 2015 (Nascimbene, 2016, 101 ss.; Caggiano, 2015, 459 ss.; Thym, 2017, 1)– ha posto in evidenza la necessità di ripensare l'intero sistema di accoglienza dei migranti e di gestione delle frontiere esterne, nell'apprezzamento anche dell'esigenza di salvaguardare la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico di fronte della minaccia di atti terroristici.

In altre parole, sembrerebbe ragionevole collocare la questione migratoria al crocevia tra responsabilità e sicurezza. I due valori in considerazione tendono a rimarcare, da un lato, l'esigenza di assicurare la corretta gestione dei flussi nella prospettiva di opportuno raccordo tra gli Stati membri dell'Unione europea nell'adozione di un approccio comune e consapevole di redistribuzione delle quote e, dall'altra, la pretesa di garanzia della sicurezza nazionale ed internazionale, mediante la predisposizione di utili strumenti di identificazione e il rafforzamento dei canali di informazione tra le autorità di polizia nel territorio europeo.

Così inteso, il fenomeno migratorio implica una molteplicità di fattori attinenti alla dimensione nazionale e alla dimensione sovranazionale, nell'ottica di sviluppare e di rafforzare meccanismi di raccordo tra i diversi Stati al fine di rivedere il sistema comune europeo d'asilo (Common European Asylum System-CEAS) così come concepito originariamente nella lettera dei trattati europei.

Prima però di entrare in dettaglio nel merito dei profili di criticità della tematica, occorre rammentare che le politiche in materia di asilo e di immigrazione sono disciplinate agli artt. 78, 79 e 80 TFUE.

In particolare, l'art. 78 TFUE stabilisce al primo paragrafo che l'Unione europea sviluppa una politica comune in materia di asilo¹ (Adinolfi, 2014, 480

¹ Il rifugiato è un cittadino straniero il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica, si

ss.; Cherubini, 2012; Del Guercio, 2016), di protezione sussidiaria² e di protezione temporanea³, nel rispetto della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951 e del Protocollo del 1967. Il paragrafo terzo chiarisce poi che qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Alla luce dell'articolato, quindi, la politica migratoria si articola tra Unione europea e Stati membri nella concorrenza delle rispettive competenze sia nella fase *fisiologica* di predisposizione e di attuazione di misure comuni sia nella fase *patologica* che inerisce la gestione straordinaria dei flussi migratori particolarmente poderosi, che necessitano l'intervento delle Istituzioni europee a sostegno degli Stati che ne facciano richiesta.

Il diritto di asilo, come concepito nella cornice europea, rinviene un fondamento imprescindibile nel c.d. Regolamento Dublino III⁴, che ha preso il posto del Regolamento Dublino II.

In virtù di quanto stabilito dal suddetto Regolamento, gli Stati membri sono tenuti ad esaminare le domande di asilo, di protezione internazionale e di protezione sussidiaria presentate da cittadini di Paesi terzi o da apolidi, «compreso alla frontiera e nelle zone di transito». In tal senso, l'art. 13 stabilisce che la competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale spetta al Paese nel quale lo straniero abbia fatto ingresso, o, come viene più comunemente detto, «Stato di primo approdo». Il successivo articolo 17 introduce una clausola di salvaguardia derogatoria rispetto al riparto competenziale sull'esa-

trova fuori dal territorio del Paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale Paese. Può trattarsi anche di un apolide che si trova fuori dal territorio nel quale aveva precedentemente la dimora abituale e, per le stesse ragioni, non può o non vuole farvi ritorno.

² In particolare, la protezione sussidiaria viene riconosciuta al cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, qualora ritornasse nel Paese di origine, o, nel caso di un apolide, nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno. Ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

³ Si tratta procedura di carattere eccezionale che garantisce –nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea che non possono rientrare nel loro Paese d'origine– una tutela immediata e temporanea, in particolare qualora sussista il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso.

⁴ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

me delle domande di protezione internazionale in base alla quale «ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento».

Il Regolamento Dublino III, in sostanza, consente di derogare alle modalità ordinarie di individuazione dello Stato competente in materia di asilo laddove ricorrano determinate circostanze tali da rivelare, ad esempio, l'inefficienza del sistema di accoglienza e di protezione internazionale in un determinato Stato membro. Sotto questo aspetto, la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo ha fornito un importante contributo –di concerto con quella della Corte di Lussemburgo– alla definizione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo all'interno dell'Unione europea.

Tra le altre, si segnala la sentenza *MSS c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011 (Marchegiani, 2011, 357 ss.; Rebasti, 2011, 343 ss.), nella quale i giudici di Strasburgo addivengono alla conclusione che il trasferimento, ad opera delle autorità belga, di richiedenti asilo provenienti dalla Grecia in applicazione dell'art. 13, par. 1, del Regolamento Dublino III, violi l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia di divieto di trattamenti inumani e degradanti. Il ragionamento operato dalla Grande Camera si snoda intorno alla considerazione che «under the Dublin Regulation, the Belgian authorities could have refrained from transferring the applicant if they had considered that the receiving country, namely Greece, was not fulfilling its obligations under the Convention» (par. 340). Inoltre, la Corte afferma che la garanzia di tutela dei diritti dei richiedenti asilo da parte delle autorità diplomatiche greche non possa costituire elemento sufficiente ad assicurare l'effettività laddove le prove addotte relative ad esempio alle strutture ospitanti o al supporto logistico offerto siano di senso opposto.

Nella pronuncia in questione, è interessante che la Corte europea faccia rinvio, nel corpo motivazionale alla cd. dottrina *Bosphorus*⁵ (Cannizzaro, 2005, 762 ss.; Schillaci, 2012, 7), elaborata dall'omologa Corte di Lussemburgo, la quale afferma una presunzione –seppur relativa– di omogeneità tra il livello di protezione dei diritti praticato nell'ordinamento europeo rispetto a quello convenzionale. È

⁵ Si fa riferimento alla nota pronuncia della Corte EDU, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, 30 giugno 2005. Schillaci (2012, 4: 7) non manca di sottolineare la virtuosità di una siffatta operazione ermeneutica, affermando che «Il fatto che, sia pur indirettamente, a Strasburgo si possa controllare il livello comunitario di tutela dei diritti, lungi dal rappresentare un'ingerenza indebita, o un momento di conflitto insanabile, può costituire un fattore di integrazione tra livelli di tutela e, soprattutto, tra patrimoni normativi e argomentativi, agevolando al tempo stesso la circolazione di specifiche soluzioni a concrete istanze di giustizia».

frequente infatti che si venga a determinare un processo di *cross fertilisation* tra le due Corti sovranazionali (Corte di Giustizia e Corte EDU) sulla base delle assonanze sostanziali tra le due Carte dei diritti e proprio in questo il diritto d'asilo rappresenta quello che maggiormente si presta ad innesti giurisprudenziali plurali e in continuo sviluppo. Parimenti a quanto accade dinnanzi al giudice convenzionale, anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia sono rintracciabili diversi casi che hanno mostrato le opacità relative al sistema europeo comune d'asilo; si guardi al esempio alla sentenza *N. S. e M. E. e A.* del 21 dicembre 2011 (Morgese, 2012, 147 ss.) nella quale i giudici europei chiariscono che il trasferimento del richiedente asilo nello Stato membro competente ad esaminarne la domanda sia incompatibile con la Carta «nell'ipotesi in cui si abbia motivo di temere seriamente che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro competente, che implicino un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta, dei richiedenti asilo trasferiti nel territorio di questo Stato membro, tale trasferimento sarebbe incompatibile con detta disposizione» (par. 86).

La Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo sembrano accedere ad una comune visione circa la sussistenza di una presunzione *iuris tantum* di efficienza del sistema di protezione dei richiedenti asilo, ponendo di conseguenza in capo ai singoli Stati interessati l'onere di verificare la tutela sostanziale dei diritti nel rispetto del quadro normativo europeo ed internazionale.

L'orientamento giurisprudenziale espresso a livello europeo – da intendersi come comprensivo anche di quello convenzionale - si inserisce nel tessuto normativo in materia di asilo e di protezione internazionale, concorrendo ad evidenziare le crepe di un sistema già *in nuce* fragile. La diversificazione delle rotte dei migranti che ha finito per interessare più punti strategici per l'ingresso in Europa e la conseguente intensificazione dei flussi hanno attratto prepotentemente l'attenzione degli attori istituzionali sulla questione migratoria.

Negli anni si è assistito, quasi con un ritmo spasmodico, alla stratificazione di dichiarazioni di intenti e di proposte di modifica dell'attuale sistema europeo d'asilo. Si segnala, tra le altre, l'Agenda europea sulla migrazione del 13 maggio 2015, con la quale la Commissione europea ha proposto una strategia di ampia portata per far fronte alle sfide attuali e adottare strumenti che consentano efficacemente all'Unione europea di gestire la migrazione irregolare e il controllo delle frontiere. Nella messa in opera della suddetta Agenda europea, la Commissione ha poi presentato nell'aprile 2017 una comunicazione volta a «*Riformare il sistema europeo comune di asilo e di potenziare le vie di accesso all'Europa*», che propone l'adozione di una serie di misure al fine di potenziare una gestione sostenibile, responsabile ed equamente ripartita tra gli Stati. Al riguardo, si ram-

menta che il buon funzionamento del sistema europeo comune di asilo è comunque rimesso al rispetto da parte degli Stati membri e, come è stato rilevato spesso volte nell'orientamento giurisprudenziale, le condizioni relative al trattamento dei richiedenti asilo varia di Stato in Stato, non solo per la pluralità dei riferimenti normativi –quali ad esempio la Direttiva Procedure⁶, la Direttiva Accoglienza⁷ e la Direttiva Qualifiche⁸– che introducono talune differenze applicative per concetti analoghi, ma anche per la strutturale efficienza del sistema di accoglienza predisposto dai singoli Stati. Sempre nell'intento di conformare la normativa in materia di asilo alle istanze attuali, la Commissione europea ha promosso l'adozione di una nuova Direttiva che sostituisca la precedente Direttiva Procedure, un nuovo Regolamento Qualifiche che sostituisca la Direttiva Qualifiche, e modifiche mirate della Direttiva Accoglienza per sostenere le autorità nazionali e per rafforzare dunque la strategia di gestione integrata europea delle frontiere.

3. LA RESPONSABILITÀ STATALE IN MATERIA DI RICOLLOCAMENTO E DI REINSEDIAMENTO E LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA *UNGHERIA E REPUBBLICA SLOVACCA C. CONSIGLIO*

Il «sistema Dublino» non si è rivelato nel tempo in grado di assicurare una distribuzione sostenibile delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Come sottolineato dalla stessa Commissione europea, la proposta di modifica del Regolamento Dublino III (Caggiano, 2016, 235 ss.; Mori, 2016; De Pasquale, 2018, 266 ss.) perseguirebbe la finalità di «permettere un'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, completando il sistema vigente con un meccanismo correttivo di assegnazione, che si attiverebbe automaticamente qualora alcuni Stati membri dovessero affrontare un numero sproporzionato di domande di asilo».

Il riferimento è a quegli Stati –quali ad esempio quelli facenti parte del cosiddetto Gruppo di Visegrad (Ungheria, Cecoslovacchia e Polonia)– che hanno maturato una certa avversione alle politiche di redistribuzione e di ricol-

⁶ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

⁷ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

⁸ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

locamento dei migranti, a fronte dell'impegno eccessivo profuso dagli altri Stati maggiormente esposti per condizioni geografiche all'afflusso di migranti.

La Corte di giustizia non ha mancato di sanzionare, con la sentenza della Grande Sezione del 7 settembre 2016⁹ (Penasa, 2017, 3), l'Ungheria e la Repubblica slovacca per la mancata ricollocazione dei migranti in attuazione di quanto previsto dalla decisione della decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE. Ripercorrendo le argomentazioni della pronuncia, le contestazioni dei due Stati ricorrenti interessano essenzialmente due profili: uno di natura procedimentale e l'altro di natura sostanziale. Dal punto di vista procedurale, la censura mossa dagli Stati ungherese e slovacco concerne la base giuridica dell'atto impugnato, deducendo che lo stesso avrebbe dovuto essere adottato mediante procedura legislativa, in quanto l'art. 78, par. 3, TFUE prevede la consultazione del Parlamento europeo qualora sia adottata una misura fondata su tale disposizione. Al riguardo, la Corte di giustizia sottolinea che si possa fare ricorso alla procedura legislativa soltanto nelle ipotesi in cui vi si faccia espressamente riferimento nei Trattati, mentre l'art.78, par. 3, TFUE non fa alcun rinvio alla procedura legislativa. D'altra parte, sotto un profilo squisitamente sostanziale, la Corte afferma che l'obiettivo del meccanismo di ricollocazione previsto dalla decisione del Consiglio impugnata è quello di «aiutare la Repubblica ellenica e la Repubblica italiana ad affrontare una situazione di emergenza, caratterizzata da un afflusso improvviso, nel loro rispettivo territorio, di cittadini di paesi terzi manifestamente bisognosi di protezione internazionale, alleggerendo la pressione considerevole che grava sui regimi di asilo di questi due Stati membri». A giudizio della Corte di giustizia, l'esame prognostico operato dal Consiglio circa l'afflusso dei migranti da ricollocare si collega all'incremento esponenziale delle migrazioni verso l'Europa e con punto d'ingresso soprattutto in Italia e in Grecia.

La decisione assunta dalla Corte di giustizia dimostra, ancora una volta, come la questione della crisi migratoria richieda un approccio sistemico, il cui approdo dovrebbe essere improntato alla cooperazione degli Stati membri per una gestione degli arrivi dei migranti più organizzata e consapevole. Qui il riferimento normativo di immediata percezione è l'art. 80 TFUE¹⁰ (Morgese,

⁹ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande sezione), 6 settembre 2017, cause C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*.

¹⁰ L'A. declina il principio di solidarietà previsto dall'art. 80 TFUE in riferimento allo specifico ruolo che tende ad assumere a seconda della fase di concertazione cui si impone. In particolare, questi osserva come sia possibile assegnare al suddetto principio un ruolo preventivo, poiché, così inteso, la so-

2018, 80 ss.), che statuisce che le politiche dell'Unione europea in materia di asilo, di immigrazione e di gestione delle frontiere debbono essere informate al rispetto dei principi di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità (Suhrke, 1998: 395 ss.) tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Principi questi, che come si è tentato brevemente di sottolineare, non sempre sono stati pienamente osservati, finendo al centro di strumentalizzazioni politiche xenofobe incentrate sulla paura dello straniero.

Sono proprio i recenti accadimenti relativi alla grave crisi economica, al deficit democratico nella rappresentanza politica a livello europeo e la forte spinta migratoria che hanno modificato la percezione sociale dell'architettura europea e, in taluni casi, hanno portato a prenderne le distanze. In questo senso, le politiche migratorie costituiscono la cartina al tornasole dell'affezione nazionale nei riguardi dell'Unione europea e rappresentano terreno di crescita di movimenti politici eversivi dei principi fondamentali europei.

L'atteggiamento assunto da alcuni Stati, quali l'Ungheria, l'Austria e la Polonia, sembra trovare collocazione nello sviluppo di un moto populista e antieuropeista, che ha fatto del rifiuto dello straniero e dell'insofferenza verso i *dicta* europei la cifra della propria forza propulsiva. Questo ha facilitato l'emersione di movimenti politici, più o meno organizzati, accomunati tutti dall'intento di rovesciare l'*establishment* europeo e di rivendicare piena autonomia decisionale nazionale.

La ricostruzione –seppur qui per brevi accenni– della disciplina europea in materia di asilo e di protezione internazionale rischierebbe di essere incompleta se non si compendiasse con quello che sembra rappresentare a tutti gli effetti il presupposto giuridico, oltre che ideologico, di sintesi dell'intera articolazione strutturale. Si tratta della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951, che all'articolo 33 stabilisce il principio di non respingimento, in base al quale, al paragrafo primo, «Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere (refouler) –in nessun modo– un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche».

lidarietà perseguirebbe «...l'obiettivo di prevenire le difficoltà che potrebbero derivare dalla mancata o non corretta attuazione delle politiche comuni da parte degli Stati membri»; un ruolo riequilibratorio, in quanto tale principio andrebbe a rafforzare la «...mutua assistenza tra Stati per riequilibrare, in caso di difficoltà, l'esistente distribuzione non equa delle responsabilità comuni»; ed infine, un ruolo emergenziale, che si concreta «...nell'aspettativa degli Stati (...) di ricevere mutua assistenza in situazioni di emergenza».

In altre parole, nessuno Stato può procedere all'espulsione dello straniero verso un Paese laddove questi rischi la propria vita o la propria libertà per le condizioni personali o sociali. Soccorre, ai fini della specificazione del concetto di *Paese sicuro*, la Direttiva 2005/85 UE recante le norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, che all'art. 27, paragrafo primo, elenca le condizioni legittimanti l'attribuzione della qualifica di *Paese terzo sicuro*, ossia il fatto che «a) non sussistono minacce alla sua vita ed alla sua libertà per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) è rispettato il principio di «non refoulement» conformemente alla convenzione di Ginevra; c) è osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; d) esiste la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e, per chi è riconosciuto come rifugiato, ottenere protezione in conformità della convenzione di Ginevra».

Il riconoscimento dello *status* di rifugiato, dalla lettura combinata delle disposizioni, trova la premessa nella sussistenza del rischio per il soggetto di subire qualunque tipo di lesione psico-fisica, perpetrata o anche solo minacciata, in virtù delle proprie condizioni personali e sociali, tali da far attivare automaticamente il percorso di accoglienza da parte dello Stato nel quale questi faccia ingresso.

4. L'UTILIZZO DELLO STRUMENTO NEGOZIALE NELLA GESTIONE (CONCERTATA) DELLA CRISI MIGRATORIA

La situazione, già così complessa, rischia di essere ulteriormente sottoposta ad una significativa pressione nella prospettiva degli accordi stipulati con i Paesi terzi, al cui benessere sembra sempre più spesso rimessa l'efficace azione di contenimento dei flussi migratori. Due potrebbero essere i casi esemplificativi dell'*equilibrismo* cui spesso si è stati costretti a cedere per il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Innanzitutto, si pensi all'Accordo tra Unione europea e Turchia del 18 marzo 2016, con il quale vengono ripresi gli obiettivi e rafforzate le strategie già concordate nel 2015¹¹ (Di Filippo, 2015, 1 ss; Nicolosi, 2016, 338 ss.;

¹¹ Si fa riferimento alle due Decisioni 2015/1523 del 14 settembre 2015 e 2015/1601 del 22 settembre 2015, che danno attuazione alla citata Agenda europea sulla migrazione e perseguono lo scopo di stabilire una serie di misure a sostegno delle attività dell'Italia e della Grecia in tema di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale. In particolare, Morgese, 2018: 182 chiarisce che, ancorché la deci-

Morgese, 2018, 182). Il risultato è un vero e proprio accordo di negoziazione, con il quale si stabilisce innanzitutto il meccanismo «1 a 1», in applicazione del quale per ogni siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche un altro siriano deve essere reinsediato dalla Turchia all'UE, e un meccanismo di rifinanziamento di progetti in favore dei rifugiati, in materia di salute, istruzione, infrastrutture, alimentazione e altre spese di sostentamento, attraverso uno stanziamento di circa tre miliardi di euro fino alla fine del 2018. La singolarità dell'Accordo sta nella riapertura dei negoziati per l'adesione della Turchia all'Unione europea, sulla base della dichiarazione congiunta del 29 novembre 2015, e che sembra rappresentare l'opportuno corrispettivo da parte dell'Unione europea nei confronti dello Stato turco per il contributo strategico nella gestione concertata dei flussi migratori, soprattutto attraverso il controllo e il ridimensionamento della rotta balcanica.

Un altro esempio è quello del *Memorandum* d'intesa siglato dall'Italia con la Libia il 2 febbraio 2017, con il quale le due Parti contraenti si sono impegnate a cooperare per «il completamento del sistema di controllo dei confini terrestri del sud della Libia», «l'adeguamento e il finanziamento dei centri di accoglienza summenzionati già attivi nel rispetto delle norme pertinenti, usufruendo di finanziamenti disponibili da parte italiana e di finanziamenti dell'Unione Europea» e «la formazione del personale libico all'interno dei centri di accoglienza summenzionati per far fronte alle condizioni dei migranti illegali». Come espressamente previsto al punto 1 del *Memorandum*, ciascuna Parte deve contribuire al raggiungimento degli obiettivi prefissati: per quanto attiene il versante italiano, attraverso lo stanziamento di congrue risorse finanziarie per programmi di crescita nelle regioni colpite dal fenomeno dell'immigrazione illegale, mentre lo Stato libico assicurando il sostegno logistico delle proprie milizie per il controllo alle frontiere per il contrasto all'immigrazione illegale e alla tratta di esseri umani.

5. PER UNA POSSIBILE DEFINIZIONE DELLA QUESTIONE MIGRATORIA QUALE FATTORE DI MOLTIPLICAZIONE CULTURALE

L'approccio metodologico è articolato in una serie di riflessioni; questo si struttura nel confronto dialogico tra i soggetti politici nazionali ed internazionali. Peraltro, questo fitto dialogo si arricchisce anche del contributo dei giudi-

sione 1601 presenti un contenuto simile a quello della decisione 1523, ne differisce per le modalità di individuazione delle quote da ricollocare, nel senso che la decisione del 22 settembre fonda il meccanismo di ripartizione delle quote dei richiedenti asilo tra i diversi Stati sulla base del calcolo della capienza nazionale di accoglienza.

ci che, come anticipato, si sono pronunciati più volte sulla portata assiologica delle norme nazionali e sovranazionali.

Più in generale, la questione migratoria ha determinato un cambiamento nel processo decisionale che sempre più di frequente si è dovuto misurare in questi anni non solo con le Istituzioni europee, ma anche con le azioni concretamente intraprese dai singoli Stati. Si tratta di un cambiamento che tocca più orizzonti e che richiede la condivisione da parte di tutti i soggetti coinvolti sui diversi livelli di governo.

In occasione del Consiglio europeo del 18 ottobre 2018, si è ribadita la necessità di provvedere celermente ad esaminare le recenti proposte della Commissione riguardanti la Direttiva sui rimpatri, l'Agenzia per l'asilo nonché l'Istituzione di una Guardia di frontiera e costiera europea. Ancorché i flussi migratori abbiano conosciuto una flessione di circa 95% rispetto al 2015, l'emergenza permane se si guarda alle procedure di rimpatrio e a quelle di ricollocamento, ancora rimesse –di fatto– alla discrezionalità statale.

La risposta eterogenea degli Stati membri alla pressione migratoria, talvolta determinata dalla scarsità delle risorse a disposizione per farvi fronte e dall'inerzia dei soggetti politici, non ha consentito di poter strutturare una vera e propria politica europea in materia.

In questa prospettiva, la proposta di modifica del sistema Dublino ha sollevato non poche critiche per l'asserita incapacità di apportare correttivi effettivi alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Infatti, più che aversi uno snellimento dell'iter nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale, la novella normativa rischia di produrre l'effetto opposto nell'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda del richiedente asilo, nel caso in cui sia interessato anche uno Stato terzo. Ad esempio, potrebbe verificarsi l'ipotesi per la quale sarebbero tre gli Stati coinvolti nella procedura, ossia lo Stato che riceve la domanda, lo Stato che ricolloca il rifugiato sul proprio territorio e lo Stato eventualmente indicato come competente ad esaminare la domanda secondo il sistema «Dublino». Altrettanto debole è l'impostazione relativa alla riduzione dei cosiddetti movimenti secondari (*asylum shopping*) attraverso la rigida individuazione dello Stato deputato alla disamina della domanda e al riconoscimento della protezione internazionale. D'altra parte, l'intento di scoraggiare il fenomeno rischierebbe di essere del tutto vanificato anche a fronte della possibilità di muoversi sul territorio europeo per ricongiungimento familiare o per ragioni lavorative.

Soccorrono, sul punto, le riflessioni dell'Avvocato generale nella causa dinnanzi alla Corte di giustizia sui casi *A. S. contro Repubblica di Slovenia e Jafari* dell'8 giugno 2017, in materia di attraversamento irregolare delle frontie-

re ai sensi dell'art. 13, par. 1, del Regolamento Dublino III, il quale sottolinea nelle proprie Conclusioni l'insufficienza del complesso di misure previste dal cosiddetto sistema Dublino dinnanzi all'imponente moto migratorio degli ultimi anni. In particolare, osserva che «La semplice verità è che l'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III era stato concepito per disciplinare la normale situazione di attraversamenti individuali della frontiera e di domande individuali quando il cittadino di un paese terzo interessato entra illegalmente in uno Stato membro dell'Unione provenendo da un paese terzo. Né tale disposizione, né il regolamento Dublino III complessivamente considerato erano stati concepiti per coprire una situazione di attraversamenti della frontiera autorizzati da parte di un afflusso massiccio di potenziali richiedenti protezione internazionale. Tale regolamento non ha lo scopo di garantire una condivisione di responsabilità sostenibile per i richiedenti protezione internazionale all'interno dell'Unione europea in risposta a un siffatto afflusso di persone» (par. 189).

Così tratteggiata la tematica, sembrerebbe ragionevole individuare il *punctum dolens* nell'adozione di misure efficaci in grado di sviluppare meccanismi di inclusione sociale e di crescita, a partire dal momento dell'accoglienza del migrante alle frontiere fino al momento dell'utile ricollocazione in altro territorio o al rimpatrio nel Paese d'origine.

Due sarebbero gli elementi maggiormente esposti alla necessità di correttivi: da una parte, la procedura di riconoscimento dello status di rifugiato, spesso troppo lunga e farraginosa per far fronte efficacemente ad un numero massiccio di richiedenti, anche sotto un profilo puramente tecnico (traduzione nella lingua di appartenenza, informazione legale, supporto nel colloquio); dall'altra, una volta avvia la procedura di protezione internazionale, la strategia di accoglienza dello straniero all'interno della comunità sociale ospitante attraverso percorsi di inclusione.

Da ultimo, il *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* –ossia un accordo intergovernativo che è stato adottato formalmente in occasione del Summit di Marrakech il 10 e l'11 dicembre 2018 ed è stato firmato da 164 Paesi sotto l'egida dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite– ambisce a gettare le basi per incrementare i canali di cooperazione internazionale in materia di immigrazione, rappresentando, in questo senso, il primo documento organico il cui obiettivo principale è quello di promuovere un dialogo a livello globale sul tema dei migranti e dei rifugiati, che, ad uno sguardo più attento, interessa una platea vasta della popolazione mondiale.

Come efficacemente sottolineato nel Preambolo dell'Accordo in parola, il fenomeno migratorio da sempre qualifica le vicende umane e va colto nelle straordinarie opportunità di scambio e di crescita, oltre che di inclusione sociale,

economica e culturale. Attraverso una prospettiva di mutuo riconoscimento e di solidarietà sociale, è possibile promuovere uno sviluppo sostenibile che tende a rimuovere le differenze sociali e culturali che si frappongono ad una dimensione che sia plurale. Poste le premesse dogmatiche, il *Global Compact* ribadisce, inoltre, la sovranità dei singoli Stati nella determinazione delle rispettive politiche migratorie, ferma restando la necessità di assicurare una gestione comune che tenga conto sì delle differenti realtà territoriali e delle peculiarità sociali, pur in osservanza ad un principio di solidarietà ed equa distribuzione.

L'Italia, come noto, ha sospeso l'adesione al *Global Compact*, ritenendo preferibile perseguire un percorso di garanzia del dibattito nelle Aule parlamentari, pur ritenendo pienamente condivisibile nei contenuti e negli intenti l'Accordo, similmente ad altri Stati, tra cui Israele, Estonia, Slovenia e Bulgaria.

Proprio con riguardo alla prospettiva italiana, è d'obbligo il richiamo al decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella legge 1 dicembre 2018, n. 132¹² («Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell' Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate»).

Tra le principali novità che sono state oggetto di un acceso dibattito, la disciplina normativa prevede l'eliminazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, che poteva avere una durata fino a due anni e garantiva il diritto del beneficiario di accesso al lavoro, alle prestazioni sociali e all'attribuzione della casa popolare, e la conseguente sostituzione con una serie di permessi di soggiorno, con una durata variabile a seconda dello specifico presupposto giustificativo: ossia per motivi di protezione sociale, «per calamità naturale nel Paese di origine», «per condizioni di salute gravi», «per atti di particolare valore civile» e, infine, «per casi speciali», ad esempio per le vittime di violenza domestica o in casi di sfruttamento lavorativo, qualora il soggetto abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato contro il datore di lavoro. È di palmare evidenza che la norma presta il fianco ad una serie di criticità introducendo una serie di limitazioni per il rilascio dei permessi di soggiorno e prevedendo l'elencazione tassativa delle condizioni di ammissibilità.

¹² Si segnala che, al momento della redazione del contributo, non era ancora stato approvato il c.d. Decreto sicurezza bis, ossia il decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 recante «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica», convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2019, n. 77.

Parimenti discutibili risultano gli artt. 7 e 8 in materia di protezione internazionale, che stabiliscono i casi di revoca e di diniego, nonché di sospensione della protezione internazionale. In specie, la novella legislativa estende la lista dei reati che comportano la revoca dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria. Questo avviene quando il rifugiato è condannato in via definitiva per alcuni reati come: minaccia o violenza a pubblico ufficiale, lesioni personali gravi e gravissime, pratiche di mutilazione dei genitali femminili, furto aggravato, furto in abitazione e furto con strappo. La domanda può inoltre essere sospesa quando il richiedente abbia in corso un procedimento penale per uno dei reati che in caso di condanna definitiva comporterebbe il diniego dell'asilo.

Si prevede poi che il rifugiato, se torna nel paese d'origine, anche temporaneamente, possa perdere la protezione internazionale e quella sussidiaria. Infine, secondo quanto previsto dall'articolo 12, il Sistema per l'accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati (SPRAR), gestito dagli enti locali, è limitato solo a chi sia già titolare di protezione internazionale o ai minori stranieri non accompagnati, salvo la possibilità di accesso anche per coloro che siano titolari degli altri titoli di soggiorno previsti «qualora non accedano a sistemi di protezione specificamente dedicati».

Pur nella complessità dell'articolato normativo, quello che sembra emergere è un quadro che incide fortemente sul rispetto dei principi di solidarietà e di equità sociale. Quello che sembra delinearci, alla luce dell'analisi sommaria che si è tentato qui di ricostruire, è la previsione di un sistema di accoglienza dei richiedenti asilo che rende più difficile il riconoscimento della protezione internazionale, subordinato ad una serie di condizioni, la cui assenza determina l'attivazione di automatismi, in violazione così del diritto di accesso alla giustizia e del diritto al contraddittorio nel rispetto della parità delle parti¹³.

6. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Lungi dal voler proporre una odiosa banalizzazione di un fenomeno molto più complesso, la paura dello straniero viene determinata spesso volte dalla mancata conoscenza; e, a sua volta, la mancata conoscenza può dipendere,

¹³ Ciò in ossequio a quanto rilevato anche dalla giurisprudenza di legittimità, nella quale trova solido accoglimento il principio per il quale «Pertanto è compito dell'autorità amministrativa e del giudice dell'impugnazione di decisioni negative della Commissione territoriale, svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorandosi dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario, mediante l'esercizio di poteri-doveri d'indagine officiosi e l'acquisizione di informazioni aggiornate sul paese di origine del richiedente, al fine di accertarne la situazione reale» (così, Cass. civ. Sez. VI-1 Ord., 04-09-2018, n. 21610).

oltre che da una radicata ritrosia sociale, anche da fattori oggettivi di diversità. Quest'ultimi però non assumono intrinsecamente una connotazione negativa ma si prestano ad essere declinati in base alle modalità di contatto.

Sarebbe bene ricordare che la diversità intesa nella sua vera consistenza è connaturata in ciascun individuo. Questa caratteristica la rende in modo perettibile un valore aggiunto in una società democratica plurale. Così ragionando, non sarebbe più possibile distinguere tra cittadino e straniero perché l'*alterità*, quale caratteristica umana, appartiene a ciascuno. Per ciò solo, ciascuno è *altro* nel paragone con i propri consociati, a prescindere dalla lunghezza del percorso affrontato. Dovrebbe, quindi, assicurarsi nuova linfa a quel principio di solidarietà¹⁴ che da sempre interessa la storia dei popoli e che sembra essere l'unica efficace risposta alla nascita e al rafforzamento di movimenti sovranisti e xenofobi.

Sia consentita, infine, una riflessione. Il diritto d'asilo, come si è tentato di porre in evidenza, è storicamente riconosciuto a più livelli e tramite la previsione di diversi strumenti di tutela. Questo rappresenta la più elevata espressione della tutela della persona in quanto consente all'individuo l'esercizio delle proprie libertà in uno Stato diverso da quello di origine laddove le condizioni soggettive o oggettive precludano il naturale l'esercizio. Tale impostazione consente di accedere ad una prospettiva incentrata sull'essere umano, la cui tutela si articola negli spostamenti materiali che compie e nelle comunità in cui vive. Si badi: la massiccia richiesta di riconoscimento del diritto di asilo non dovrebbe snaturare l'essenza. In altre parole, la portata del fenomeno non potrebbe in alcun caso giustificare una valenza negativa del fenomeno, soprattutto quando il diritto in discussione è la parte più pregiata dell'essenza della persona umana.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ADINOLFI, A. (2014), «Articolo 78», POCAR, F.; BARUFFI, M. C. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova: Cedam, 480 ss.
- CAGGIANO, G. (2016), «Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo», *Studi sull'integrazione europea*, 2/3, pp. 221-242.

¹⁴ Sottolinea il Presidente della Commissione europea Juncker, in occasione del discorso del 14 settembre 2016 sullo stato dell'Unione «Verso un'Europa migliore – Un'Europa che protegge, che dà forza, che difende», che «... sia necessaria ancora più solidarietà» e, che d'altro canto «...la solidarietà è un gesto spontaneo che viene dal cuore e non si può forzare».

- CAGGIANO, G. (2015), «Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui», *Studi sull'integrazione europea*, pp. 459-487.
- CANNIZZARO, E. (2005), «Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus», *Rivista di Diritto internazionale*, 3, pp. 459-487.
- CHERUBINI, F. (2012), *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari: Cacucci
- DE PASQUALE, P. (2018), «Verso la refusione del regolamento 'Dublino III'», *Studi sull'integrazione europea*, fasc. 4, pp. 1575 – 1582.
- DI FILIPPO, M. (2015), «Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, pp. 33-60.
- DEL GUERCIO, A. (2016), *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- MARCHEGIANI, M. (2011), «Regolamento «Dublino II» e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso M. S. S. c. Belgio e Grecia», *Studi sull'integrazione europea*, vol. 6, fasc. 2, pp. 357 – 366.
- MORGESE, G. (2018), *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari: Cacucci.
- (2012), «Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N. S. e altri», *Studi sull'integrazione europea*, pp. 147-162.
- MORI, P. (2016), «La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?», *Eurojus* [online]. Disponibile in <http://rivista.eurojus.it/la-proposta-di-riforma-del-sistema-europeo-comune-dasilo-verso-dublino-iv/>
- NASCIMBENE, B. (2016), «Refugees, the European Union and the «Dublin System». The Reason for a Crisis», *European Papers*, 1(1), pp. 101-113.
- NICOLOSI, SALVATORE (2016), «Emerging Challenges of the Temporary Relocation Measures under European Union Asylum Law», *European Law Review*, 41/3, pp. 338 – 360.
- PENASA, S. (2017), «La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio», *DPCE* [online]. Disponibile in: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/451>
- REBASTI, E. (2011), «Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo», *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, pp. 343-355.
- SUHRKE, A. (1998), «Burden-sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action», *Journal of Refugee Studies*, 2, pp. 343-355.

- SCHILLACI, A. (2012), «La cooperazione nelle relazioni tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo», *Rivista AIC*, 4 [online]. Disponibile in: <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Schillaci.pdf>
- THYM, D. (2017), «La «crisi dei rifugiati» come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale», *Diritto, immigrazione e Cittadinanza*, 1 [in línea]. Disponibile in: <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-1/55-la-crisi-dei-rifugiati-come-sfida-per-il-sistema-giuridico-e-la-legittimita-istituzionale/file>

IL DIRITTO DI ASILO IN SPAGNA E IN ITALIA: LA REALIZZAZIONE DEI DIRITTI MINIMI DEI RIFUGIATI E DEI RICHIEDENTI ASILO

EKATERINA KRAPIVNITSKAYA, ROBERTA BRUNETTI*
Università di Roma «La Sapienza»

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Asilo e diritti in Italia. Tra attuazione, applicazione e attualità. 3. Asilo e diritti in Spagna. Tra presentazione della domanda, accoglienza e integrazione. 4. Conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

La permanenza nella realtà internazionale odierna delle disparità di carattere socio-economico tra Nord e Sud del mondo, la presenza dei conflitti armati, delle catastrofi naturali e del trattamento disumano e degradante delle persone definisce la costante crescita delle migrazioni forzate¹. In condizioni moderne, i flussi migratori di massa rappresentano un serio problema per i paesi dell'Unione europea, in particolare per la Repubblica Italiana e il Regno di Spagna che, essendo in prossimità delle

* Si specifica che l'analisi del caso italiano è stata svolta dalla dott.ssa Krapivnitskaya, PhD in Diritto pubblico, comparato e internazionale, mentre il caso spagnolo è stato esaminato dalla dott.ssa Brunetti, Master di II livello in Cooperazione e progettazione per lo sviluppo.

¹ Per approfondire il tema si veda DEL GUERCIO (2017,15).

principali regioni di esodo dei migranti, sono tra i primi paesi a far fronte alle ondate migratorie.

La prassi di accoglienza dei richiedenti asilo rivela l'interdipendenza tra il problema di concessione dell'asilo e la questione di rispetto e di realizzazione dei diritti umani, connotata non solo dalle violazioni dei diritti dell'uomo che costituiscono una delle ragioni principali dell'abbandono di massa dei paesi di origine, ma anche dal rispetto dei diritti fondamentali, della dignità e del valore della persona umana nei paesi che concedono l'asilo ai rifugiati. Dunque, i migranti involontari godono dei diritti che devono essere rispettati sia prima della richiesta di asilo che durante il periodo di esame delle domande e dopo la loro soddisfazione.

Ottenere un permesso di ingresso costituisce solo il primo passo nel riconoscimento di tutto l'elenco dei diritti inerenti al soggiorno nello Stato di accoglienza. Il secondo passo, che comporta l'accesso a lavoro, istruzione, alloggio, cure mediche e assistenza sociale spesso rappresenta un compito piuttosto difficile. Come ha giustamente notato l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) Sadako Ogata (1990-2000), l'atteggiamento verso il problema dei rifugiati rappresenta «la prova di fedeltà di tutti i governi e i popoli all'impegno della tutela dei diritti dell'uomo» (Bogatyreva, Krapivnitskaya, 2017)².

Occorre notare che nell'esercizio della propria sovranità, gli Stati possono regolare l'accesso al proprio territorio da parte dei profughi provenienti da diversi paesi esteri. Tuttavia, in seguito all'esodo, i migranti hanno il diritto di ripristinare i diritti minimi nel paese di accoglienza. Spesso i rifugiati subiscono violazioni di propri diritti fondamentali durante l'esame delle loro richieste di asilo, nonché dopo l'ottenimento dello status di rifugiato: vitto, alloggio, occupazione, educazione dei bambini, cure mediche di emergenza sono tra i compiti che devono affrontare in primis non solo coloro che chiedono protezione, ma anche le organizzazioni statali e pubbliche del paese ospitante.

I diritti socio-economici che garantiscono la sopravvivenza umana furono proclamati per la prima volta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948. Con la successiva evoluzione del concetto dei diritti umani, i diritti sociali ed economici sono stati riconosciuti come diritti inalienabili nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (ICESCR). Le norme relative al diritto di assistenza dei rifugiati sono contenute nella Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951 (artt. 21, 22 e 23) e negli standard stabiliti dall'UNHCR. Le norme europee volte a pro-

² Cfr: BOGATYREVA, KRAPIVNITSKAYA (2015, 25).

teggere i diritti umani e le libertà fondamentali (compresi quelli dei richiedenti asilo e dei rifugiati) sono contenute negli atti del Consiglio d'Europa e dell'UE: Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti *dell'uomo* e delle libertà fondamentali del 1950, Carta sociale europea del 1996 (rivista), Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 e nella legislazione secondaria europea per ogni categoria di diritti.

2. ASILO E DIRITTI IN ITALIA. TRA ATTUAZIONE, APPLICAZIONE E ATTUALITÀ

La stretta vicinanza geografica dell'Italia ai principali paesi di esodo dei migranti forzati rappresenta un fattore determinante dell'afflusso massiccio dei richiedenti asilo sul proprio territorio. Nel 2017 si è registrato il più alto numero di richieste d'asilo presentate in Italia fino ad oggi ed è emerso inoltre il raddoppiamento delle domande presentate dai minori non accompagnati³. Tuttavia, la percentuale di procedimenti conclusisi con il riconoscimento di una delle forme di protezione è stata soltanto il 41%⁴. In effetti, a causa dell'elevato numero di domande di asilo, la procedura dell'esame richiede tempi considerevolmente maggiori rispetto a quanto stabilito, pertanto i richiedenti, non volendo o potendo aspettare la decisione, si ritrovano ad usare il territorio italiano come «paese di transito», spostandosi in altri paesi europei in modo illegale. Allo stesso tempo, secondo la legislazione europea, dopo essere stati fermati dalle forze dell'ordine, essi devono essere rinviiati nel paese di prima accoglienza, ossia di nuovo in Italia⁵.

Il diritto di asilo è previsto dall'art. 10 della Costituzione italiana che sancisce «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge». Tuttavia, va notato che in Italia non esiste tutt'ora un'unica legge organica

³ In questo senso BIONDI DAL MONTE (2016).

⁴ Nel 2017 sono state 130 mila le richieste di asilo, il numero più alto registrato in Italia, evidenziando un aumento di circa il 5% rispetto al 2016. Nonostante siano quasi raddoppiate le domande dai cittadini bangladesi, la percentuale del diniego delle loro richieste di protezione supera il 60%. Tuttavia, delle richieste presentate ne sono state esaminate circa 82 mila (sempre di meno rispetto all'anno precedente), mentre più della metà delle domande rimangono pendenti, il che non può non incidere sull'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei richiedenti. Nel 2018 invece sono state presentate soltanto 53,5 mila domande. Per consultare i dati statistici si veda DICI (2019).

⁵ Regolamento Dublino III (UE) N. 604/2013 del Parlamento Europeo e del consiglio del 26 giugno 2013, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. 29 giugno 2013. L. 180/31 – 180/59.

in materia di asilo, sebbene il governo sia stato delegato ad adottare entro il 20 luglio 2019 un decreto legislativo recante un testo unico di tutte le norme vigenti sul diritto di asilo, sulla protezione sussidiaria e sulla protezione temporanea⁶.

Il primo tentativo di disciplinare la materia di asilo è avvenuto nel 1990 con l'adozione della legge n. 39 «Martelli», che ha definito lo status di rifugiato e ha stabilito la relativa procedura di riconoscimento. Nel 1998 in seguito all'adozione della legge n. 40 «Turco-Napolitano» è stato emanato il D. Lgs. n. 286, contenente il Testo Unico su Immigrazione, che rimane tutt'ora in vigore e contiene le norme riguardanti vari aspetti della permanenza dei migranti in Italia. La legge n. 189 «Bossi-Fini», adottata nel 2002, ha migliorato la normativa, prescrivendo la creazione di un sistema di protezione dei richiedenti asilo e dei rifugiati.

La protezione internazionale è stata istituita dalla Direttiva 2004/83/CE della Commissione Europea e recepita dall'ordinamento giuridico italiano con il D. Lgs. n. 251 del 19 novembre 2007, che ha stabilito due tipi di protezione internazionale: lo status di rifugiato e lo status di protezione sussidiaria. Inoltre, sono state altresì recepite dalla normativa italiana la Direttiva «Qualifiche» 2011/95/UE (con il D. Lgs. n. 18 del 21 febbraio 2014), nonché la Direttiva «Procedure» 2013/32/UE e la Direttiva «Accoglienze» 2013/33/UE (con il D. Lgs. n. 142 del 18 agosto 2015). Di particolare rilievo è l'ultimo documento, che ha stabilito nuove regole in merito, secondo cui le misure di protezione internazionale si applicano dal momento in cui il richiedente ha espresso il proprio desiderio di presentare la domanda di asilo. Il D. L. n. 13 «Minniti» del 17 febbraio 2017 ha introdotto emendamenti al D. Lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008 (che era stato emanato ai sensi della Direttiva «Procedure» 2005/85/CE) e ha stabilito le norme relative all'accelerazione e al potenziamento dell'efficacia del procedimento per la protezione internazionale.

La domanda di protezione internazionale può essere presentata all'ingresso del territorio italiano presso l'Ufficio di Polizia di Frontiera oppure all'interno del territorio nazionale presso l'Ufficio della Questura competente⁷. Durante il periodo di esame della domanda viene rilasciato al richiedente il permesso di

⁶ Art. 7, Legge n. 154 del 7 ottobre 2014, in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea. Serie Generale n. 251. 28 ottobre 2014.

⁷ In questo senso si è espressa la Corte suprema di Cassazione con la sentenza n. 26253 del 15 dicembre 2019, affermando che la domanda di protezione internazionale presentata da uno straniero giunto in condizioni di clandestinità nel territorio nazionale non può essere sottoposta ad alcuna valutazione di ammissibilità da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, che ha il dovere di riceverla astenendosi da alcuna forma di respingimento. Per gli approfondimenti si veda Cass, Civ., Sez. I, Sentenza del 15 dicembre 2009, n. 26253.

soggiorno per richiesta di asilo della durata di sei mesi ed eventualmente rinnovabile finché non si conclude la procedura di esame. Trascorsi 60 giorni dalla presentazione della domanda, questo tipo di permesso consente di svolgere un'attività lavorativa. L'esame della domanda di asilo e la relativa decisione spettano alle Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, coordinate dalla Commissione Nazionale per il Diritto di Asilo, che è responsabile inoltre per la cessazione e la revoca dello status.

Ai fini della presente ricerca occorre segnalare i recenti cambiamenti normativi in materia di asilo e protezione internazionale in Italia. In particolare, con l'adozione del c.d. «Decreto Sicurezza e Immigrazione» o «Decreto Salvini» sono state introdotte importanti modifiche che incidono direttamente sulla disciplina normativa del diritto di asilo nonché sui diritti fondamentali dei richiedenti e dei rifugiati in Italia⁸.

Fino al 2018 infatti esisteva in Italia l'istituto di protezione umanitaria, che veniva concessa a coloro che non potevano soddisfare i requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale ai sensi della Convenzione del 1951 e del relativo Protocollo del 1967⁹. Rivolgendoci ai dati degli anni 2015-2016, è opportuno notare che era una forma di protezione ampiamente utilizzata, in quanto, nel 2016 del 40% dei richiedenti che hanno ricevuto una risposta soddisfacente, il 5% ha ottenuto lo status di rifugiato, il 14% lo status di protezione sussidiaria e il 21% lo status di protezione umanitaria. Nel 2017 la protezione umanitaria è stata concessa al 25% dei richiedenti¹⁰. L'alta percentuale di beneficiari di questo tipo di protezione in Italia è dovuta proprio al fatto che il legislatore aveva previsto criteri meno rigorosi per il suo riconoscimento. In effetti, la protezione umanitaria come una terza e «minore» forma di protezione concretizzava l'asilo costituzionale insieme alle altre due forme di protezione internazionale, i cui requisiti di riconoscimento sono notevolmente più rigidi¹¹. Tuttavia il nuovo de-

⁸ Il decreto legge n.113 del 4 ottobre 2018 è stato convertito in legge n. 132 del 1 dicembre 2018. L'adozione del decreto in questione ha suscitato sin da subito il dibattito sulla sua illeggittimità costituzionale e altre criticità espresse dall'autorevole dottrina. Per gli approfondimenti si rinvia a ALGOSTINO (2018, 167-199); CURRERI (2018, 1-14).

⁹ L'art. 32, comma 3, del D. Lgs. n. 25 del 28 gennaio 2008 stabilisce che, qualora la Commissione Territoriale non accolga la domanda di protezione internazionale, ma «ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario» che impediscono al richiedente di essere espulso in patria, essa può trasmettere gli atti al Questore per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'art. 5, comma 6, del D. Lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, che ha la durata di un anno e può essere rinnovato. Di regola, la Commissione è guidata dalle norme del diritto internazionale sulle conseguenze che attendono gli stranieri nel caso del rimpatrio, contenute, in particolare, nell'art. 5 della CEDU.

¹⁰ Per i dati più precisi si veda DLCI (2016).

¹¹ In questo senso si è espressa la Corte di Cassazione, ritenendo che l'asilo costituzionale previsto all'art. 10, comma 3, della Costituzione ha la sua completa attuazione attraverso i tre status, ossia lo status

creto «Salvini»¹² prevede l'abrogazione della norma del 1998 che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno «per motivi umanitari», sostituendolo invece con il permesso di soggiorno «per protezione speciale» in presenza di un rischio di persecuzione o di tortura¹³. Inoltre, sono state definite le condizioni secondo le quali lo straniero non può essere rimpatriato e si concedono i seguenti tipi del permesso di soggiorno: per cure mediche, per calamità nonché per atti di particolare valore civile. La tipologia «casi speciali» prevede inoltre il rilascio del permesso di soggiorno per protezione sociale, per vittime di violenza domestica e per particolare sfruttamento lavorativo, già previsti dalla legge del 1998. Dunque, si tratta della tipologia dei permessi più ristretta e specifica rispetto a quella «generica» della protezione umanitaria¹⁴.

Occorre inoltre individuare le modifiche effettuate dalla recente normativa in relazione ai diritti fondamentali dei richiedenti asilo e dei rifugiati che sono essenziali per il soddisfacimento di uno standard di vita sufficiente. Per quanto riguarda i diritti inerenti la presentazione e l'esame della domanda asilo, nonché le condizioni di accoglienza, la normativa europea e italiana prevede che i richiedenti asilo hanno il diritto di non essere espulsi nel paese di origine e di rimanere in Italia se rientrano in categorie particolarmente vulnerabili; hanno la possibilità di ricevere cure mediche gratuite, mentre i bambini, le donne e le persone con problemi di salute fisica o mentale hanno diritto a cure specialistiche gratuite; inoltre hanno il diritto di ricevere informazioni in un linguaggio conosciuto e comunicare con i parenti, ricevere l'assistenza gratuita di un avvocato, incontrare rappresentanti dell'UNHCR e altri organi di protezione, avere un tutore se minori; hanno il diritto di essere sistemati nei centri di accoglienza e ricevere i necessari mezzi minimi di sussistenza, alimentazione e acqua, assistenza psicologica e sostegno all'integrazione; possono altresì ottenere un documento di viaggio, se necessario. Tuttavia occorre

di rifugiato, protezione sussidiaria e protezione umanitaria (Cass, Civ, sez. I, Sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455).

¹² Il decreto legge n. 113 emanato il 4 ottobre 2018 e seguito dalla legge di conversione del 1 dicembre 2018 n. 132 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 281 il 3 dicembre 2018 e riguarda «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

¹³ Il permesso di soggiorno per motivi umanitari non potrà più essere rilasciato né dalle Questure né dalle Commissioni Territoriali, né tantomeno dai tribunali in seguito a un ricorso per un diniego. Tuttavia la Corte di Cassazione ha affermato che l'abrogazione del permesso per motivi umanitari non ha carattere retroattivo e riguarda solamente coloro che hanno fatto domanda di asilo dopo la data di entrata in vigore del decreto n. 113 del 4 ottobre 2018, ossia il 5 ottobre 2018. Per gli approfondimenti si veda la Cass. Civ., Sez. I, Sentenza del 19 febbraio 2019, n. 4890.

¹⁴ Per maggiori dettagli riguardo la nuova tipologia dei permessi di soggiorno ai sensi del decreto n. 113 del 4 ottobre 2018 consultare la scheda ASGI (2019, 1-27).

segnalare che il decreto Salvini posiziona i richiedenti asilo in una condizione giuridica piuttosto precaria. In particolare, l'art. 13 del decreto in esame non consente ai richiedenti asilo di iscriversi all'anagrafe e, quindi, di accedere al diritto di residenza e di godere dei rispettivi benefici¹⁵. Inoltre, alla luce dell'introduzione dei nuovi permessi di soggiorno tipizzati al posto di quello generico «per motivi umanitari» rimane poco chiaro il destino delle persone che fuggono in Italia dalle guerre e dai conflitti armati nonché dalle condizioni di vita esistenti nei loro paesi di origine che non possono garantire la sopravvivenza.

Per quanto riguarda il sistema di accoglienza e di distribuzione dei richiedenti asilo e dei rifugiati, secondo il D. Lgs. n.142, esso include: centri di primo soccorso e accoglienza, ossia i cosiddetti *hotspot*; centri governativi di accoglienza primaria; centri di accoglienza secondaria a livello territoriale facenti parte del sistema SPRAR¹⁶. Vi sono anche centri di accoglienza straordinaria (CAS). Le quote per il collocamento nei centri primari sono determinate dallo Stato, mentre le autorità locali sono responsabili dei centri territoriali secondari insieme alle imprese del terzo settore, organizzazioni di volontariato e le ONG. Gli *hotspot* identificano i migranti con le impronte digitali, conducono esami medici e distinguono i richiedenti protezione internazionale dai migranti economici. Qui vengono erogati servizi essenziali di base: cure mediche di emergenza, assistenza di un interprete e distribuzione presso i centri di accoglienza¹⁷. Il periodo di permanenza in questi centri può durare fino a 30 giorni. Successivamente gli stranieri che sono arrivati illegalmente in Italia e non possiedono documenti di identità, ma che desiderano ricevere la protezione internazionale, vengono spediti nei centri di accoglienza per i richiedenti asilo (CARA) per un periodo fino a 35 giorni relativo alla verifica della loro identità, l'esame della richiesta di asilo e la sua eventuale soddisfazione. I centri di permanenza per il rimpatrio (CPR, ex CIE) sono destinati agli stranieri che sono soggetti al diniego della domanda di asilo ed espulsione nel paese di

¹⁵ La nuova disposizione esclude dal diritto fondamentale alla residenza anagrafica una specifica categoria di persone, in particolare i titolari del permesso di soggiorno per richiesta asilo, e quindi potrebbe violare il principio di eguaglianza sancito dall'art.3 della Costituzione italiana. Per gli approfondimenti sul tema si veda CILD (2015, 1-16).

¹⁶ Secondo l'UNHCR, nel 2016 i centri italiani hanno accolto circa 175 mila richiedenti asilo, otto volte di più rispetto al 2013. Secondo i dati del governo, nel 2016 il 79% degli immigrati soggiornava nei centri di accoglienza temporanei, il 13% nei centri di accoglienza secondari SPRAR e l'8% nei centri di accoglienza primari. Si veda DICI (2016).

¹⁷ Ultimamente si segnalano frequenti violazioni dei diritti fondamentali dei rifugiati, tra cui violazioni degli standard igienici, pressione psicologica e fisica. I servizi medici e il materiale informativo non vengono forniti in piena misura. Cfr. SECANECHIA (2017, 9).

origine¹⁸. Qui vengono trattenuti i richiedenti asilo che hanno commesso crimini contro la pace, l'umanità, i fini ed i principi delle Nazioni Unite e altre categorie di reati introdotte dal Decreto 113/2018¹⁹. La libertà di movimento in questi centri è limitata. La legge n. 163 del 30 ottobre 2014 ha stabilito il periodo di permanenza massima di 90 giorni²⁰. Tuttavia il decreto Salvini all'art. 2 estende il trattenimento nei CPR fino a 180 giorni²¹.

Il sistema di seconda accoglienza SPRAR – Servizio di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati – comprende numerosi progetti di accoglienza integrata realizzati da una rete di Enti locali in collaborazione con le organizzazioni del terzo settore e finanziati dal Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo. Gli stranieri privi dei mezzi di sussistenza ricevono nei centri SPRAR diversi servizi che non si limitano con il solo vitto e alloggio, ma prevedono inoltre accompagnamento attraverso un percorso individuale di inserimento socio-economico, assistenza all'impiego, all'integrazione e all'apprendimento della lingua, nonché assistenza informativa, medica, legale e sociale²². Con le modifiche introdotte dalla nuova normativa questo sistema sarà limitato soltanto a chi è già titolare di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati, mentre i richiedenti asilo potranno essere accolti soltanto nei centri governativi di prima accoglienza e nei CAS. Va notato che il sistema SPRAR agisce attraverso le misure volte all'inclusione sociale e l'integrazione degli stranieri in Italia, pertanto l'esclusione dei richiedenti asilo avrà sicuramente un impatto negativo per quanto riguarda l'esercizio dei loro diritti fondamentali. Inoltre, tale restrizione rischia di provocare un elevato numero di stranieri in situazione di soggiorno irregolare²³.

Infine, da un lato è possibile sostenere che il sistema di accoglienza e di integrazione dei richiedenti asilo e dei rifugiati in Italia è mirato alla realizzazione degli standard internazionali e regionali in questo ambito. Tuttavia, considerando la quantità degli stranieri che arrivano nel territorio italiano alla ricerca di

¹⁸ Il nuovo decreto Minniti del 2017 prevede la conversione di CIE nei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR).

¹⁹ Il decreto «Sicurezza» prevede altresì il trattenimento nei CPR per i reati come violenza sessuale, produzione, detenzione e traffico di sostanze stupefacenti, rapina ed estorsione, furto, furto in appartamento, minaccia o violenza a pubblico ufficiale. La domanda di asilo potrà inoltre essere sospesa qualora sia in corso un procedimento penale per uno dei reati, e, in caso di condanna definitiva, comporterebbe il diniego dell'asilo.

²⁰ Per gli approfondimenti si rinvia a MANGIARACINA (2015, 244-252).

²¹ L'art.4 del decreto prevede che i migranti irregolari possono essere trattenuti negli uffici di frontiera, qualora non ci sia disponibilità nei CPR previa autorizzazione del giudice di pace rilasciata su richiesta del Questore.

²² Per maggiori dettagli si veda SPRAR (2018, 71-155). In dottrina si veda Peri (2015, 129-134).

²³ Sul punto in maniera più approfondita ALGOSTINO (2018, 188-191).

asilo, spesso la procedura di esame delle domande richiede un periodo di tempo prolungato, il che impedisce il pieno soddisfacimento dei diritti fondamentali dei richiedenti. Inoltre, l'assenza di una base legislativa unificata e di un unico coordinamento impediscono il funzionamento effettivo del sistema di asilo. Si prevede che le misure adottate dal governo italiano nel 2017, tra cui l'aumento degli incarichi presso le Commissioni territoriali, risulteranno utili e permetteranno di velocizzare i procedimenti in materia di protezione internazionale²⁴.

Dall'altro lato, va evidenziato che il nuovo decreto «Salvini» su immigrazione e pubblica sicurezza prevede l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, che sarà sostituito da permessi speciali temporanei. Lo SPRAR diventa invece il «Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati», escludendo i richiedenti asilo dai percorsi di integrazione e di inclusione sociale, considerati un modello per tutta l'Europa. Inoltre, l'estensione della detenzione amministrativa dei richiedenti asilo comporta la violazione della libertà personale dei migranti. Tale notevole riduzione dei diritti fondamentali del gruppo più fragile della società si pone in contrasto con i principi dell'uguaglianza e dell'universalità dei diritti.

3. ASILO E DIRITTI IN SPAGNA. TRA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA, ACCOGLIENZA E INTEGRAZIONE

Il 2017 è stato l'anno nel quale si è registrato il maggior numero di domande presentate in Spagna sin dalla approvazione del primo testo normativo in materia, la *Ley de Asilo* del 1984. La crisi venezuelana ha avuto indubbiamente un'incidenza primaria, tuttavia in quell'anno sono quasi raddoppiate le domande presentate da cittadini siriani. Anche l'atteggiamento più restrittivo di Germania e Italia può aver inciso anche se questi Stati UE continuano ad essere comunque quelli nei quali si registra il maggior numero di domande presentate. Nonostante l'elevato numero di domande presentate in Spagna, la percentuale di procedimenti conclusi con il riconoscimento di una forma di protezione è calata di quasi la metà rispetto all'anno precedente. Il Defensor del Pueblo, all'inizio del 2018, ha, inoltre, lamentato l'accumulazione di do-

²⁴ Trattasi del Concorso pubblico, per titoli ed esami, a 250 posti per l'assunzione a tempo indeterminato di personale altamente qualificato per l'esercizio di funzioni di carattere specialistico, appartenente al profilo professionale di funzionario amministrativo, area funzionale terza, posizione economica F1, del ruolo del personale dell'Amministrazione civile dell'interno, da destinare esclusivamente alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale ed alla Commissione nazionale per il diritto di asilo, in Gazzetta Ufficiale n.33 del 2 maggio 2017. Inoltre, sono stati assunti anche i partecipanti risultati idonei al concorso.

mande rimaste pendenti con conseguenze negative per i richiedenti sul piano dell'esercizio dei loro diritti fondamentali²⁵.

Il diritto di asilo è previsto dalla Costituzione Spagnola all'art. 13 comma 4 che recita: «La legge stabilirà i limiti entro cui i cittadini di altri Paesi e gli apolidi potranno godere del diritto di asilo in Spagna». Tale disposizione normativa così formulata ha inizialmente innescato un dibattito tra i costituzionalisti in merito alla procedura legislativa da adottare, ossia se le norme sul diritto di asilo dovessero essere contenute in una legge ordinaria o in una legge organica. La Corte Costituzionale Spagnola si è espressa in favore della prima opzione con la Sentenza 53/2002 del 27 febbraio del 2002 pronunciandosi in riferimento all'allora vigente *Ley 5/1984* in materia di asilo. In particolare la sentenza esamina la possibile relazione tra la legge in questione e il diritto alla libertà e alla sicurezza riconosciuto dall'art. 17 comma 1 della Costituzione Spagnola che recita: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della sua libertà se non con l'osservanza di quanto stabilito in questo articolo e nei casi e nella forma previsti dalla legge». Trattandosi di uno dei diritti fondamentali, il diritto alla libertà e alla sicurezza deve essere regolato da una legge organica. Ciononostante la Corte nella sentenza chiarisce definitivamente che quelle contenute nella legge di asilo non sono restrizioni dirette al diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 17 comma 1 Cost., piuttosto restrizioni individuali sul modo, il tempo e il luogo in relazione ai quali determinati stranieri che intendono ottenere il riconoscimento dell'asilo in Spagna godono della libertà personale che la Costituzione riconosce a tutti. In altre parole, appare chiaro che si è di fronte a modulazioni temporanee e limitate alla forma nella quale determinati soggetti godono, in circostanze determinate e non generalizzabili, del loro diritto alla libertà personale. In definitiva dunque la disciplina in materia di asilo può essere contenuta in una legge ordinaria sebbene contenga delle implicazioni a diritti fondamentali sempre che queste non siano generalizzabili²⁶.

La norma che attualmente disciplina il diritto di asilo in Spagna è la *Ley 12/2009* del 30 ottobre del 2009 e succ. mod.. sul diritto di asilo e la protezione sussidiaria che attua tra l'altro le Direttive UE in materia e riconosce all'art. 2 la definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra

²⁵ Nel 2017 la Spagna ha riconosciuto lo status di rifugiato a 595 persone (il numero più alto dal 1994), tuttavia la percentuale rispetto all'anno precedente è passata dal 67% al 35% attestandosi sotto la media dell'intera Unione Europea che è del 45%. Per approfondire e per consultare dati numerici più precisi si veda CEAR (2018, 130-131).

²⁶ Per approfondire si veda VILLANUEVA TURNES (2017, 119-123).

del 1951. In Spagna può essere concesso anche un permesso per ragioni umanitarie secondo quanto disciplinato dalla *Ley de Extranjeria*²⁷.

Anche il procedimento per la richiesta di protezione internazionale è disciplinato dalla *Ley 12/2009* e segue due diversi iter a seconda che la domanda sia presentata alla frontiera (presso gli uffici preposti nei luoghi di frontiera, negli aeroporti e porti internazionali) e nei *Centros de Internamiento de Extranjeros* (CIE; sono centri di natura non penitenziaria nei quali vengono tratti in via cautelare gli stranieri soggetti ad un provvedimento di espulsione) oppure all'interno del territorio spagnolo. Ai fini della presente disamina è sufficiente dire che l'iter *en frontera* è più breve rispetto a quello nel territorio. In realtà nella pratica qualsiasi sia la modalità il tempo effettivo per l'esame della domanda è spesso maggiore rispetto a quello previsto. Durante questo periodo in ogni caso viene concessa al richiedente la cosiddetta *Tarjeta Roja*. Si tratta di un documento ufficiale di identificazione che attesta che il soggetto che la possiede è richiedente asilo. Questo documento autorizza la permanenza nel territorio spagnolo durante il periodo di esame della domanda. Trascorsi 6 mesi dal momento in cui è stata presentata la domanda di protezione internazionale la *Tarjeta Roja* permetterà al richiedente di lavorare. L'esame della domanda di protezione è attribuito all'OAR (*Oficina de Asilo y Refugio*), la decisione spetta alla *Comisión Interministerial de Asilo y Refugio* (CIAR) che formula la proposta di risoluzione al Ministero dell'Interno che può essere di concessione dello status di rifugiato; di concessione della protezione sussidiaria; di concessione del permesso per ragioni umanitarie²⁸.

Nell'ambito di tutto ciò possiamo individuare alcuni diritti riconosciuti ai richiedenti e ai rifugiati in quanto essenziali al soddisfacimento di una vita degna. In primo luogo vi sono i diritti vincolati strettamente alla presentazione e all'esame della domanda di protezione internazionale. Si tratta di quelli sanciti all'art. 18 della *Ley de Asilo* che sono correlati strettamente al periodo di esame della domanda di protezione²⁹. In secondo luogo, vi sono quei diritti legati alle

²⁷ Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (art. 31 comma 3).

²⁸ In caso di diniego (o di inammissibilità) è facoltà del richiedente di ricorrere ai rimedi amministrativi o giudiziali previsti. Per saperne di più si consultino il dizionario online e la pagina online di Cear (diccionario.cear-euskadi.org/procedimiento-de-asilo e www.cear.es/persona-refugiada/proceso-de-asilo) nonché TORRES, ALARCÓN, BÁRCENA (2017, 32 -39).

²⁹ Si tratta del: diritto di essere identificato come richiedente protezione internazionale; diritto al gratuito patrocinio e ad un interprete; diritto che la propria richiesta venga trasmessa all'UNHCR; diritto alla sospensione di qualunque procedimento di respingimento, espulsione o estradizione che possa costituire un pregiudizio al richiedente asilo; diritto a conoscere il contenuto del fascicolo in qualsiasi momento; diritto all'assistenza sanitaria nei termini previsti; diritto a ricevere prestazioni sociali specifiche nei termini previsti.

condizioni di accoglienza. A tal proposito l'art. 30 della *Ley* 12/2009 afferma che i richiedenti asilo che non dispongano delle risorse necessarie hanno diritto alle misure di accoglienza e ai servizi sociali³⁰. Infine vi è la categoria dei diritti previsti dall'art. 36 comma 1 della *Ley* in questione ossia quei diritti stabiliti nella Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, nella normativa vigente in materia di stranieri e immigrazione e nella normativa dell'Unione Europea, nonché quei diritti esplicitamente previsti dalle lettere dalla a) alla k) della disposizione in esame tra i quali rilevano il diritto di accesso al servizio pubblico di impiego, la libera circolazione, l'accesso all'istruzione, alla sanità e all'abitazione³¹.

Per quanto riguarda il soddisfacimento dei diritti appartenenti al primo gruppo suesposto sono da sottolineare delle criticità soprattutto riguardo il trattamento dei migranti che sbarcano alla frontiera meridionale e che atterrano all'aeroporto di Madrid-Barajas. La gestione degli arrivi presso le coste principalmente delle province di Cádiz e Almería è stata caratterizzata, nell'ultimo anno, da mancanza di coordinamento e di individuazione di situazioni di particolare vulnerabilità (ad esempio vittime di tratta), ma anche di informazione riguardo il diritto a richiedere la protezione internazionale. Riguardo le exclave di Ceuta e Melilla, questi luoghi hanno esaurito la loro capacità di accoglienza da più di un anno; questa situazione ha fatto sì che proseguissero le cosiddette *devoluciones en caliente*, respingimenti assolutamente illegali di persone intercettate nella zona di confine³². Nonostante ciò è stato fatto divieto ai richiedenti asilo che abbiano ottenuto la ricevibilità della domanda di trasferirsi nella penisola iberica. All'aeroporto di Madrid-Barajas nell'ultimo anno il numero dei richiedenti asilo è aumentato considerevolmente e gli uffici destinati ad accoglierli e il loro personale non hanno dimostrato di essere adeguati. Hanno destato particolare preoccupazione alcune situazioni che hanno riguardato i minori non accompagnati, categoria particolarmente vulnerabile alla quale è dedicato un trattamento speciale. Si è verificato infatti che in taluni casi la minore età non fosse stata presunta permettendo così che le richieste fossero trasmesse come formulate da persona adulta impedendo così l'accesso a tutte le particolari garanzie del caso. Altri problemi si sono verificati anche in presenza di minori accompagnati da adulti che non possedevano documenti che attestassero la sussistenza di un rapporto di parentela o di tutela e che in

³⁰ Laddove queste misure venissero accordate in mancanza dei requisiti è previsto il rimborso. La finalità perseguita infatti è quella di soddisfare degnamente le necessità essenziali.

³¹ Sul punto VILLANUEVA TURNES (2017, 127).

³² In questo senso si è espressa la Corte Europea dei Diritti Umani con la sentenza del 3 ottobre 2017 nel caso N. D. e N. T. c. Spagna.

seguito si è dimostrato non avessero alcun legame con il minore³³. È opportuno inoltre qui segnalare che una richiesta di protezione internazionale esaminata secondo il procedimento *en frontera* ha maggiore possibilità di essere dichiarata irricevibile o direttamente respinta³⁴. Il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale ha inoltre espresso preoccupazione per la tendenza ad esaminare più velocemente richieste presentate da cittadini siriani rispetto a quelle presentate da cittadini di altre nazionalità (in particolare ucraina e maliana)³⁵.

Per quanto riguarda i diritti che appartengono al secondo e al terzo gruppo occorre spiegare brevemente il sistema di accoglienza e di inclusione in Spagna. Innanzitutto esso è improntato ad una gestione mista. È infatti composto da una rete di centri pubblici – ossia dai *Centros de Acogida a Refugiados*, CAR, (destinati ai richiedenti e ai beneficiari di protezione internazionale nonché ai richiedenti e ai beneficiari dello status di apolide in Spagna) e dai *Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes*, CETI di Ceuta e Melilla (destinati anche agli immigrati irregolari che entrino in una di queste città) – e da sistemi e programmi gestiti da ONG³⁶. La metodologia di lavoro alla base di questo sistema si estrinseca in un itinerario di integrazione inteso come un processo graduale fino alla piena autonomia e caratterizzato da tre fasi³⁷. La durata delle fasi viene determinata dal profilo di vulnerabilità di coloro che beneficiano dell'accoglienza. Per le persone che non presentano particolari vulnerabilità la durata massima dell'itinerario sarà di 18 mesi (6 mesi per la fase di accoglienza, 6 per la fase di integrazione e 6 per la fase di autonomia). L'itinerario per le persone con particolari vulnerabilità³⁸ ha invece una durata massima di 24

³³ Sul punto in maniera più approfondita CEAR (2018, 93 e 131- 132).

³⁴ Si sottolinea che la presentazione di un ricorso contro l'inammissibilità o il diniego della richiesta *en frontera* non ha un effetto sospensivo dell'espulsione per il quale la persona interessata deve presentare ricorso.

³⁵ Sul punto in maniera più approfondita CEAR (2016, 16-17).

³⁶ Le ONG sono sovvenzionate dalla *Dirección General de Migraciones* del Ministero del Lavoro e della Sicurezza Sociale spagnolo. I finanziamenti concessi alle ONG per l'accoglienza e l'integrazione sono integrati dalle risorse che provengono dai Bilanci Generali dello Stato per la Segreteria Generale dell'Immigrazione e dell'Emigrazione e, per alcuni programmi, dal Fondo Europeo dei Rifugiati, dal Fondo Sociale Europeo e dal Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione.

³⁷ La fase di accoglienza prevede il soddisfacimento delle necessità essenziali del beneficiario dal momento in cui egli arriva in Spagna e comprendono il diritto di interfacciarsi con personale specializzato, il supporto psicologico, l'assistenza legale, il servizio di traduzione e interpretariato oltre alle attività che si realizzano nel centro. La seconda fase (di integrazione) si apre nel momento in cui i beneficiari abbandonano il sistema di accoglienza e richiedono l'aiuto necessario a poter continuare il loro percorso di integrazione in autonomia. Viene così definito un percorso di assistenza da parte dei servizi di *Ayudas Económicas y de Intervención Social*. Infine l'itinerario di integrazione può essere completato da una terza fase (autonomia) nella quale i beneficiari possono eventualmente ottenere un aiuto per determinati aspetti.

³⁸ Si faccia riferimento all'art. 46 della *Ley* 12/2009.

mesi (9 mesi per la fase di accoglienza, 11 per la fase di integrazione e 4 per la fase di autonomia)³⁹.

Gli itinerari individualizzati di integrazione riguardano diverse aree alle quali corrispondono i succitati diritti relativi all'accoglienza e quei diritti sanciti dalle norme sovranazionali in materia di protezione internazionale. Anche qui si analizzano quelle situazioni che presentano particolare criticità. Riguardo il diritto al lavoro, innanzitutto occorre ricordare che in Spagna i richiedenti asilo possono lavorare a partire dai 6 mesi successivi alla presentazione della domanda pertanto i primi mesi sono incentrati in attività di apprendimento della lingua e di apprendistato. Queste attività devono essere considerate con la massima attenzione in quanto si è segnalato come la mancanza di competenze linguistiche, il basso capitale umano e i traumi legati all'esperienza della migrazione forzata incidono negativamente sull'inserimento socio-lavorativo⁴⁰. Una volta approdati nel mondo del lavoro i richiedenti e i beneficiari – come più in generale gli immigrati – lavorano spesso nel sommerso e in condizioni non ottimali⁴¹. La congiuntura economica passata e gli strascichi della relativa crisi occupazionale non sono però sufficienti a giustificare tale situazione che interessa i richiedenti e i beneficiari della protezione. Questi infatti finiscono per «rimanere incastrati in determinati segmenti produttivi e occupazionali *precarizzati*, indipendentemente dalle loro qualifiche accademiche e tecniche» (Iglesias Martín, Estrada 2018, 152). Se da una parte vi sono difficoltà legate all'indeterminatezza dello status giuridico e amministrativo per i richiedenti o difficoltà di riprodurre attestati e documenti, d'altra parte vi è una tendenza ad accettare qualsiasi tipo di lavoro dettata dalla volontà sentita come impellenza di lasciare il sistema di accoglienza per essere economicamente autonomi. Altro fattore che incide sull'inserimento socio-lavorativo dei soggetti in esame è la rete sociale di appoggio: laddove essa risulta debole l'integrazione è più diffici-

³⁹ Per approfondire LÓPEZ MARTÍN, GIL GARRIDO, MONTERO OROZCO (2016, 106-108).

⁴⁰ Si veda IGLESIAS MARTÍN, ESTRADA (2018, 154).

⁴¹ Coloro che possiedono un contratto di lavoro regolare spesso sono lavoratori a tempo determinato (Per gli approfondimenti sul tema e dati più precisi si faccia riferimento a CEAR (2016, 9-11)) e impiegati in mansioni di lavoro di bassa qualificazione caratterizzati da una certa intensità (servizi di pulizia privati o urbani, manovalanza nel settore agroindustriale e nelle costruzioni, servizi domestici). Le donne rifugiate in particolare svolgono, sotto pessime condizioni lavorative, lavoro domestico e di cura e compiti di bassa qualificazione nel settore alberghiero e del turismo. Ciò è dovuto soprattutto a processi di selezione del personale asimmetrici basati su ruoli tradizionali di genere (Iglesias Martín, Estrada (2018, 150)). Si segnalano inoltre una rilevante disparità salariale tra uomini e donne e il dato che sottolinea come l'aspetto più significativo della precarietà lavorativa si incontra tra le donne di età compresa tra i 16 e i 24 anni (CEAR (2016, 10)).

le⁴². Riguardo il diritto all'abitazione, è opportuno segnalare che i richiedenti e i beneficiari di protezione incontrano delle difficoltà di accesso a tale diritto nel momento in cui lasciano i centri di accoglienza. I locatori e i proprietari infatti richiedono spesso garanzie, buste paga e attestati di fonti di sostentamento che generalmente non hanno⁴³. D'altra parte, anche l'accesso all'edilizia residenziale pubblica è generalmente precluso in quanto si richiedono dei requisiti, come un certo periodo di residenza in un dato municipio, che difficilmente i soggetti in esame possono soddisfare. Il mancato soddisfacimento di questo diritto si somma alle altre situazioni di vulnerabilità (nel lavoro, nella salute, nelle relazioni sociali, di genere..) così una gran parte dei richiedenti e dei beneficiari la protezione possono solo accedere ad abitazioni condivise con altri, in situazioni che spesso ledono alla salute psichica e fisica di queste persone e innescano dissidi di vicinato o di quartiere che costituiscono spesso terreno fertile di fenomeni di razzismo e xenofobia⁴⁴. Riguardo l'accesso alla salute, il sistema di accoglienza spagnolo deve risolvere problemi quali la mancanza di igiene dei luoghi di prima accoglienza, la precarietà abitativa, la discontinuità nell'assistenza alla salute riproduttiva e infantile, l'assenza di servizi di salute mentale sensibili alla diversità, la difficoltà di accesso ai servizi sanitari locali, nonostante richiedenti e rifugiati abbiano diritto alla tessera sanitaria che assicura l'accesso a centri sanitari e ospedali alle stesse condizioni dei cittadini spagnoli. Particolare attenzione va dedicata all'assistenza sanitaria dei minori. È necessario pertanto formare in maniera più specifica il personale sanitario, quello dirigente, ausiliario e funzionario⁴⁵.

Infine, ma non per ciò meno importante, occorre segnalare una lacuna regolamentare. Quando la *Ley 12/2009* entrava in vigore, la disposizione finale terza sollecitava il governo ad emanare un regolamento di attuazione entro sei mesi. Dopo dieci anni tale disposizione non ha trovato attuazione continuando ad essere vigente il regolamento precedente (il *Real Decreto* 203/1995), che è relativo alla precedente legge sull'asilo. La conseguenza sul pieno soddisfacimento dei diritti dei rifugiati è evidente: la mancanza del regolamento ha lasciato un ampio margine di discrezionalità all'Amministrazione, ne è esempio emblematico la discrezionalità rispetto all'applicazione del trattamento differenziato delle persone in situazioni di vulnerabilità. Come dimo-

⁴² IGLESIAS MARTÍNÉZ, ESTRADA (2018, 153).

⁴³ Per consultare i dati sull'accesso all'abitazione di migranti e rifugiati in Spagna si veda Cear (2016, 11-13).

⁴⁴ LÓPEZ MARTÍN, GIL GARRIDO, MONTERO OROZCO (2016, 113).

⁴⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA DE CORTÁZAR ET AL. (2018,112).

stra il caso di *Ceuta e Melilla*, si è inoltre aperto un contrasto tra l'Amministrazione che predilige un'applicazione restrittiva della *Ley* e gli organi di controllo e giudiziari che insistono su una interpretazione maggiormente favorevole all'effettività dei diritti⁴⁶.

4. CONCLUSIONI

La crisi migratoria che ha investito l'Europa continua a dimostrare che, nonostante l'esistenza di standard internazionali e regionali consolidati, nella prassi non vengono soddisfatti pienamente e uniformemente quei diritti essenziali al soddisfacimento di una vita degna delle persone che hanno presentato domanda di asilo. Occorre definire meccanismi equi di distribuzione dei richiedenti, condividere le responsabilità, rendere più flessibile il regolamento di Dublino, migliorare la gestione dei centri per i rifugiati e avviare una cooperazione sincera e proficua. In particolare occorre che ogni Stato membro, comprese Spagna e Italia, acceleri il processo di decisione sulle domande di protezione continuando al tempo stesso a garantire un'approfondita analisi per ogni singolo caso. Attualmente riguardo la durata dell'esame della domanda si registrano tra gli Stati membri della UE cifre molto differenti tra i 6 e i 9 mesi in media. Questo periodo è per il richiedente denso di incertezza; incertezza che si somma alle criticità – evidenziate in questo lavoro – che emergono riguardo al soddisfacimento dei suoi diritti. Questa lentezza costituisce inoltre un aggravio per le stesse amministrazioni pubbliche.

Un altro aspetto importante consiste nel tenere conto delle comunità che accolgono. Spesso la persona che richiede asilo è vista da queste come un pericolo: identifica lo stereotipo del criminale, è percepita come competitore nell'accesso ai servizi che garantiscono quei diritti analizzati (lavoro, abitazione, servizi sociali, istruzione ecc.), ed infine è ritenuta una minaccia ai propri valori identitari e tradizionali⁴⁷. Occorre pertanto che siano stimulate delle dinamiche di comprensione, è necessario informare al netto di sensazionalismi

⁴⁶ Sul punto in maniera più approfondita GARCÍA VITORIA (2018, 118-127).

⁴⁷ Di peculiare interesse su questo aspetto PRIES (2018, 90-91) e AGUILAR-IDÁÑEZ, BURASCHI (2017, 110-112). In particolare Aguilar-Idáñez e Buraschi parlano dell'esistenza di un cosiddetto razzismo «democratico»: «un razzismo che evita l'accusa di razzismo perché evita di parlare di razze e si basa su due principi accettati socialmente: l'autodifesa e la preferenza nazionale. Vale a dire che il discorso razzista si alimenta della paura e giustifica il rifiuto delle persone immigrate e che chiedono asilo così come la violenza verso di loro; però non in nome di una supposta differenza razziale, ma perché considera che sia legittimo difendersi di fronte alla minaccia che queste persone rappresentano e perché, in epoca di crisi, si deve dare priorità «ai nostri» (preferenza nazionale)» (AGUILAR-IDÁÑEZ, BURASCHI, 2017, 111).

ed esponendo la complessità del problema e la sua matrice che affonda nelle dinamiche di uno sviluppo diseguale. «Tuttavia è anche necessario rendere visibile il costo sociale, politico, etico e strategico dell'indifferenza» (Aguilar-Idáñez, Buraschi, 2017) ed è per questo che far emergere quelle criticità che impediscono il corretto esercizio e il giusto godimento dei diritti dei richiedenti e dei beneficiari della protezione internazionale è un atteggiamento doveroso, necessario ma non sufficiente, al fine di renderli realmente effettivi⁴⁸. In questo senso essenziale è il ruolo dei ricercatori e delle Organizzazioni della società civile che da anni costituiscono la «colonna vertebrale del movimento sociale per l'asilo sicuro in Europa» (Pries, 2018)⁴⁹.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGUILAR-IDÁÑEZ M. J., BURASCHI D. (2017), «Migrantes y refugiados: apuntes clave para un nuevo relato», *Revista Lusófona de Educação*, 37, pp. 103-116.
- ASGI-ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE (2018), *Le principali novità sui permessi di soggiorno inrodotte dal decreto legge n. 113/18* [online]. Disponibile in: https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/dl-113-18_permessi-di-soggiorno_scheda-per-operatori_31.10.18.pdf
- ALGOSTINO A. (2018), «Il decreto «sicurezza e immigrazione» (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza», *Costituzionalismo.it*, fasc.2, pp. 166-199.
- AMBROSINI M. (2015). *L'asilo reticente: i diritti umani alla prova in il Mulino*, *Rivista bimestrale di cultura e di politica*, Bologna: Il Mulino.
- BALLATORE R. et al. (2017), «I rifugiati ed i richiedenti asilo in Italia, nel confronto europeo», *Questioni di economia e finanza (occasional papers)*, 337 [online]. Disponibile in: www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2017-0377/QEF_377_17.pdf
- BIONDI DAL MONTE F. (2013), *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- (2016), *La disciplina del diritto d'asilo tra accoglienza ed emergenza. Il quadro italiano*, WOELK J., GEULLA F., PELACANI G. (a cura di), *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione» la situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale*, Trento: Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento.

⁴⁸ Per un approfondimento si veda AGUILAR-IDÁÑEZ, BURASCHI (2017, 114).

⁴⁹ Sul punto PRIES (2018, 89).

- BOGATYREVA O., KRAPIVNITSKAYA E. (2017), «Refugees and rights that ensure survival: international and national standards (modern experience of Italian Republic)», *Electronic supplement to Russian Giuridical Journal*, 5, pp. 24-40.
- CEAR-Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2016), *Informe sobre discriminación de personas migrantes y refugiadas en España*, Madrid: CEAR.
- (2018), *Las personas refugiadas en España y Europa*. Madrid: CEAR.
- CILD-Coalizione Italiana Libertà e Diritti Civili (2016), *Anagrafe e diritti: cosa cambia col decreto Salvini*. Alternative Libertaire, Roma: CILD.
- CURRERI S. (2018), «Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. «decreto sicurezza»)», *Federalismi.it*, 22 [online]. Disponibile in: https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=497&content=Prime%2Bconsiderazioni%2Bsui%2Bprofili%2Bd%27incostituzionalit%20C3%A0%2Bdel%2Bdecreto%2Blegge%2Bn%2E%2B113%2F2018%2B%28c%2Ed%2E%2B%27decreto%2Bsicurezza%27%29&content_auth=%3Cb%3ESalvatore%2BCurreri%3C%2Fb%3E
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2016), *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Madrid: Defensor del Pueblo.
- DEL GUERCIO A. (2016). *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- DLCI-Dipartimento per le libertà civili e immigrazione, Ministero dell'Interno (2019), *Quaderno statistico dal 1990 al 2018 in I numeri dell'asilo. Dati e statistiche della Commissione Nazionale per il diritto di Asilo*, Roma: DLCI.
- (2016), *Riepilogo dati asilo 2015 – 2016 in I numeri dell'asilo. Dati e statistiche della Commissione Nazionale per il diritto di Asilo*, Roma: DLCI
- GARCÍA VITORIA I. (2018), *Una Década Sin Reglamento De Asilo En España: Obstáculos E Interpretaciones Divergentes in Anuario Cidob De La Inmigración 2018*, Barcelona: CIDOB.
- IGLESIAS-MARTÍNEZ, J., ESTRADA, C. (2018), «¿Birds of passage? La integración social de la población refugiada en España», *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 7(1), pp. 144-167.
- LÓPEZ MARTÍN M., GIL GARRIDO E., MONTERO OROZCO C. (2016), *El sistema de asilo y su protección social en España in Servicios Sociales y Política Social*, XXXIII (111), Madrid: Consejo General de Trabajo Social.
- MANGIARACINA A. (2015), «Quali alternative alla «detenzione» nei centri di accoglienza?», MILITELLO V., SPENA A. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino: Giappichelli.
- MINISTERIO DE EMPLO Y SEGURIDAD SOCIAL (2016), *Manual de Gestión del sistema de Acogida e integración para solicitantes y beneficiarios de protección internacional*, Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- PERI C. (2015), «Il sistema di accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia: punti di forza e criticità in Dossier statistico immigrazione», *Dossier Statistico Immigrazione*, pp. 129-134 [online]. Disponibile in: <https://centroastalli.it/>

wp-content/uploads/2013/06/II-sistema-di-accoglienza-per-richiedenti-asilo-e-rifugiati-in-Italia-punti-di-forza-e-criticita%3%A0.pdf

PRIES, L. (2018), «Entre la bienvenida y el rechazo: la «Crisis de los refugiados» en Europa», *Polis. México*, 14(2), pp. 71-96.

RODRÍGUEZ-GARCÍA-DE-CORTÁZAR, A. ET AL. (2018). *Salud Pública (también) para las personas migrantes y refugiadas en Europa* in *Gaceta Sanitaria*, 32(2), Madrid: Elsevier.

SECANECHIA I. A. (2017), *Paese di accoglienza: Il successo di un modello innovativo di accoglienza dei richiedenti asilo in Italia*, Senior Capstone Theses [online]. Disponibile in: https://scholarworks.arcadia.edu/senior_theses/32

TORRES A. M, ALARCÓN N., BÁRCENA P. (2017), *La protección internacional de los solicitantes de asilo. Guía práctica para la abogacía*, Madrid: Fundación Abogacía Española, UNHCR.

VILLANUEVA TURNES A. (2017), *Aproximándonos al derecho al asilo en España* in *Revista Lusófona de Educação*, 37., Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas.

LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA UE: UNA EXIGENCIA PENDIENTE

MARÍA DOLORES REQUENA DE TORRE
Universidad de Granada

*«Ningún ser humano es ilegal.»
Marcha por la libertad de los trabajadores inmigrantes.
4 de octubre de 2003. Queens. New York.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derechos fundamentales de los solicitantes. 2.1 Derecho a la tutela judicial efectiva: la falta de un medio legal para solicitar asilo. 2.1.1 La falta de un medio legal y seguro para solicitar asilo: Especial referencia al procedimiento prejudicial asunto C638/16 (PPU) X, X contra *État belge*. 2.1.2 Derecho a un recurso efectivo. 2.2 El internamiento de los solicitantes como restricción, en ocasiones, desproporcionada y falta de garantías del derecho a la libertad. 2.3 Asistencia sanitaria de los solicitantes. ¿Un derecho universal? 3. Sobre los derechos del niño inmigrante. 3.1 ¿Cuál es el Estado responsable en el caso de menores no acompañados? 3.2 Internamiento de menores. 3.3 Reagrupación familiar de niños separados. ¿Qué ocurre cuando el menor alcanza la mayoría de edad durante el procedimiento? 3.4 Derecho a la educación. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

«Los vientos de la historia han cambiado», decía la ultraderechista Marie Le Pen. Y es cierto. Han cambiado hacia el odio y el miedo. Los partidos xenófobos o los políticos racistas ya no están mal vistos sino que ganan elecciones. Las consecuencias de una crisis económica devastadora y los recientes ataques terroristas han contribuido a generar un miedo en la sociedad que, alimentada por un discurso de odio racista, y una prensa mediatizada¹ invitan a cerrar las fronteras de los Estados. Entre tanto la guerra, la violencia, el hambre o la propia miseria llevan a la gente a huir (por cualquier vía) de sus hogares hacia lugares seguros, hacia «la Europa del bienestar». En tales circunstancias nos preguntamos, ¿en manos de quien queda la salvaguardia de los derechos de estos migrantes irregulares? En pleno siglo xxi debiera resultar casi vergonzosa la reivindicación de la universalidad de los derechos humanos. Sin embargo la situación actual así lo exige.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS SOLICITANTES

Monereo (2016, 12) sostiene que, «desde la última Gran Guerra, nunca se habían cuestionado tan directa y frontalmente los principios y valores que subyacen y cristalizan en los derechos humanos», y es que, mientras no se les ha concedido el asilo o la protección subsidiaria, o se decide sobre su devolución, millones de personas continúan malviviendo en campos de refugiados, en centros de internamiento, o en la propia calle, viendo como en muchos casos, sus derechos más básicos son ignorados, siendo privados de libertad al ser tratados como delincuentes cuyo único delito ha sido la búsqueda de la supervivencia. Y es que, «¿es delito ser extranjero? Entendemos que no»².

La «crisis de los refugiados» ha sobrepasado a la Unión Europea. Su normativa en materia de migración y protección internacional, el SECA³, no

¹ Un ejemplo de ello ocurrió cuando la prensa alemana publicó en portada que durante la nochevieja de 2015 cientos de mujeres de Colonia habían sido atracadas, acosadas o violadas por refugiados. Hechos que fueron desmentidos pero cuya rectificación apenas tuvo repercusión mediática. El daño ya estaba hecho. Según una encuesta realizada por la segunda cadena de televisión pública alemana ZDF, un tercio de los encuestados para la muestra reconoció haber cambiado de opinión tras lo ocurrido en Colonia, y un 60% consideró que Alemania no puede hacer frente a tantos refugiados, cifra que tan solo un mes antes, en diciembre de 2015, era del 46%. Además, en el mismo estudio, un 70% de los ciudadanos consideró que la llegada de tantos refugiados se traduciría en un incremento de la criminalidad en Alemania.

² Véase el voto particular parcialmente discrepante de los jueces Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann y Hirvelä en el Asunto Saadi c. Reino Unido n.º 13229/03, 65, 29 de enero de 2008.

³ Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). La doctrina duda de la idoneidad de esta terminología. Tal y como expresa GONZÁLEZ (2016, 165), «(...) la conformación de un conjunto de disposiciones que

había sido pensada para llegadas masivas, lo que conllevó que algunos Estados se vieran desproporcionadamente presionados por el número de solicitudes. Ante ello la Unión sufrió una peligrosa «obsesión securitaria» que supuso el cierre de fronteras de algunos Estados, poniendo en riesgo el espacio Schengen; una crisis de los principios de la UE y sobre todo violaciones masivas de derechos humanos por parte de quienes debían ser sus garantes y cuya principal manifestación son las indignas condiciones en que se encuentran estas personas durante el procedimiento de reconocimiento contrariando, además de numerosas normas de derecho internacional (como la Dir. 2013/33/UE), la propia jurisprudencia del TJUE y del TEDH.⁴ Y es que, más allá de obligaciones morales (que sin duda las hay) existe una obligación real por parte de los Estados miembros de garantizar unas condiciones mínimas de acogida a los inmigrantes que soliciten protección internacional y que la misma no se está respetando, a causa de lo cual quedan expuestos a violaciones sistemáticas de derechos fundamentales.

2.1 Derecho a la tutela judicial efectiva: La falta de un medio legal para solicitar asilo

Y si se debe empezar por un derecho este debe ser, sin lugar a dudas, el derecho de acceso al procedimiento, sobra decir (o tal vez no) en condiciones de igualdad. Nos referimos aquí tanto a las comúnmente conocidas «devoluciones en caliente», y devoluciones en masa como a la falta de un medio legal y seguro para solicitar protección; principales violaciones de un derecho básico: el derecho a poder acceder al procedimiento. Esto es, el derecho a poder ser reconocido como refugiado o, en palabras de Hanna Arendt, «el derecho a tener derechos». De Lucas (2017) emplea una fórmula onomatopéyica que

hacen escaso honor a su denominación, pues ni es un «sistema» -al no abordar el conjunto de cuestiones que interesan al régimen de asilo-, ni es «europeo» -al quedar a priori excluidos de él Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (y obviamente otros Estados no miembros de la UE, aunque sí los Estados EFTA)-, ni es «común» -al venir constituido en buena medida por disposiciones que confieren una cierta discrecionalidad a los Estados para acomodar a sus especificidades e intereses el régimen previsto (...) ni es, al menos exclusivamente, de «asilo» al contemplar junto a este otras fórmulas de protección».

⁴ Una vez que la Dir. 2013/33/UE garantiza la extensión del derecho de acogida de los solicitantes durante todo el procedimiento, es decir, desde la presentación de la solicitud de protección internacional hasta su resolución, el TJUE ha insistido en la obligación de otorgar un sistema de acogida garantista que vele por las condiciones materiales de los solicitantes. Así lo hizo, entre otras, en la sentencia Cimade y GISTI del año 2012. Y en el mismo sentido el Tribunal de Estrasburgo, entre otras en la STEDH, M. S. S. v. Bélgica, del año 2009 en la que declara a los solicitantes como personas especialmente vulnerables, y necesitados por ello de una especial protección. O de un modo más rotundo en la sentencia Budina c. Rusia.

resume perfectamente la situación de estas personas: *vayas donde vayas, vallas*. Y quizás la primera «valla» de nuestro sistema sea el acceso al mismo.

Las «devoluciones en caliente» son una práctica de rechazo en frontera que, a pesar del intento del Gobierno español por legalizarla mediante la Disposición final 1.^a de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana ha sido considerada contraria a la legislación internacional de derechos humanos. (Asunto N. D y N. T contra España)⁵. El argumento del Gobierno español se basaba en la hipótesis conocida como «frontera flexible» afirmando que «el ejercicio de la jurisdicción, aún dentro del territorio de los Estados Miembros, puede tener un ámbito objetivo variable respecto de cada uno de los derechos protegidos por el Convenio.» Insistía el Gobierno español en que los hechos se habían producido fuera de la jurisdicción de España, sin embargo, el TEDH consideró que no era necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado pues: «desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados. Un control efectivo de las autoridades de éste Estado, (tal y como se afirmó en el asunto Hirsi Jamaa⁶), ya se encuentren éstas en el interior del territorio del Estado o en sus fronteras terrestres». Pese a que la sentencia se decidió por unanimidad, el recurso presentado por España ha sido admitido⁷, correspondiéndole ahora a la Gran Sala del TEDH decidir sobre el asunto. Pero además del Tribunal, esta práctica ha llamado la atención de la ONU que en numerosas ocasiones ha instado a España para que cesen las «devoluciones en caliente». Así, ACNUR, el Comisario de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU, han exhortado a España para que cese de «realizar devoluciones sumarias conocidas como ‘devoluciones en caliente’ sin una evaluación previa e individualizada sobre el riesgo de tortura al retornar a su país de origen»⁸.

Tal y como expone Milione (2016), el Tribunal de Estrasburgo ha considerado como presupuestos fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva, dos exigencias básicas y complementarias entre sí: el principio de «igualdad de armas» entre defensa y acusación y la exigencia del principio de contradicción. Presupuestos de los que deriva un «proceso justo» o, *fair hea-*

⁵ TEDH sentencia de 3 de octubre de 2017. N. D y N. T c España. Demandas n.º 8675/15 y 8697/15.

⁶ TEDH sentencia de 23 de febrero de 2012, Hirsi Jamaa y otros c. Italia.

⁷ La admisión del recurso en enero del 2018 ha sido considerado un hecho casi insólito en tanto en cuanto, en los 20 años desde que se instauró la opción de revisión de sentencias, tan sólo se han aceptado 110 de las 2.219 solicitudes de remisión, que equivale a un poco más del 5%.

⁸ Disponible en <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-onu-pide-espana-cese-devoluciones-sumarias-inmigrantes-ceuta-melilla-20171106185348.html> (última consulta: 24/1/2019).

ring, sin embargo ¿cómo puede defenderse este derecho en las «devoluciones en caliente»? La jurisprudencia es clara: un procedimiento equitativo y justo requiere que las dos partes puedan exponer sus argumentos en condiciones de igualdad, lo que en «las vallas» puede traducirse como la no presunción de que el inmigrante irregular acude por motivos económicos, o aún más contundente, en aras del respeto a la igualdad, no distinguir en el proceso al solicitante «de primera» y «de segunda» de tal manera que una solicitud de protección se observe sin prejuicios motivados por el país de origen o ruta de huida, máxime cuando el concepto de «país seguro» es cada vez más indeterminado. En este sentido, tal y como se configura el procedimiento de protección internacional, si no permitimos acceder a ese procedimiento por no haber llegado regularmente a nuestras fronteras, o si interceptamos a los solicitantes antes de llegar estamos vaciando de contenido la Convención de Ginebra, el art. 18 CDFUE, el art. 6 CEDH, el art. 3 CEDH pero también, y en primer lugar, el artículo 1 CEDH que obliga al reconocimiento de los derechos y libertades a toda persona bajo su jurisdicción, obligación que los estados incumplen basándose en una situación administrativa, la de «irregular». De otro modo, como afirma Noll (2000), el artículo 33 C. G podría comportar un derecho del refugiado a transgredir «una frontera administrativa» pero no un derecho equivalente de acceder físicamente al territorio de dicho Estado (Arbiskate, 2017).

2.1.1 LA FALTA DE UN MEDIO LEGAL Y SEGURO PARA SOLICITAR ASILO: ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL ASUNTO C638/16 (PPU) X, X CONTRA *ÉTAT BELGE*

En el año 2016 se le planteó al Tribunal de Justicia de la Unión la siguiente cuestión: Una familia siria había solicitado a la embajada belga de Beirut (Líbano) un visado de corta duración por motivos humanitarios que le fue rechazado al considerar que pretendían permanecer en territorio belga más de los 90 días que permite el visado. La situación de esta familia fue reconocida por el gobierno belga como una situación humanitaria excepcional sin embargo, y pese a la extensa recomendación por parte del Abogado General Mengozzi el Tribunal señaló que no se trataba de una situación regulada por el derecho de la Unión al considerar que no se pretendía en ningún momento la obtención de un visado de corta duración y que el derecho de la Unión no contempla la expedición de un visado de larga duración por razones humanitarias.

«Es crucial que, en un momento en que las fronteras se cierran y se erigen muros, los Estados miembros no rehúyan sus responsabilidades, derivadas del De-

recho de la Unión». Afirmaba el Abogado General Mengozzi ⁹ quien, en sus conclusiones, defendió que el otorgamiento de los visados se enmarca dentro del derecho de la Unión y concluyó que en estos casos donde queda acreditado el riesgo de sufrir tratos inhumanos y contra la dignidad humana deben concederse los visados temporales por razones humanitarias para que estas personas puedan trasladarse de modo seguro a territorio europeo y pedir asilo una vez allí. Un razonamiento que no siguió el fallo del Tribunal y que ha sido criticado por haber dejado pasar una oportunidad única que se encontraba avalada por una larga jurisprudencia a la que se remitía el Abogado General y que se basaba, tanto en la aplicación de la CDFUE con total independencia de cualquier criterio de territorialidad; como en la jurisprudencia del asunto N. S. ¹⁰ según la cual una mera facultad concedida a un Estado miembro, contemplada en un acto de derecho derivado de la Unión, puede transformarse en una verdadera obligación para ese mismo Estado en aras de garantizar el respeto del artículo 4 de la Carta. En definitiva, el TJUE cerró la puerta a un posible medio legal y seguro para la llegada de solicitantes y es que, mientras no lo haya, seguiremos llamando inmigrante irregular al solicitante de protección. ¿Se necesita por tanto que el solicitante se encuentre físicamente en el territorio del país de destino para que pueda acogerse no solo al *non-refoulement* sino a cualquier otra garantía? Y es más ¿si negamos el derecho de entrada incluso en estas situaciones «humanitariamente excepcionales» no queda vacío de contenido el *non-refoulement* y todo el sistema de asilo y protección internacional? La interpretación más directa que podemos hacer de esta sentencia es que la protección que dispensa a los refugiados el derecho de la Unión, (aunque también otros instrumentos internacionales como la C. G.) comienza una vez que el refugiado ha logrado acceder al país de asilo, y no a la necesidad de protección internacional de la persona, lo que incita un sistema de mafias y peligrosidad. Se trata de un paso atrás, una renacionalización de las políticas migratorias que nada, o poco, pueden aportar a la crisis actual o futuras.

2.1.2 DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

El derecho a un recurso efectivo es un pilar básico del Estado de Derecho cuya finalidad es evitar quedar indefenso o desprotegido ante la violación de

⁹ Conclusiones del abogado general Mengozzi en el marco del Procedimiento prejudicial Asunto C638/16 (PPU) X, X Contra État belge.

¹⁰ TJUE (Gran Sala) sentencia de 21 de diciembre de 2011. N. S. (C-411/10) contra Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner y Minister for Justice, Equality and Law Reform.

un derecho (Sánchez Sánchez, 2005). Sin embargo, para que sea efectivo, debe estar rodeado de una serie de exigencias y garantías que ya han sido señaladas por el Tribunal de Estrasburgo en numerosas ocasiones y que se refieren a su accesibilidad, rapidez y su eventual carácter suspensivo. Tal y como refleja la actual propuesta de reforma¹¹ elaborada por el Parlamento y la Comisión, todos los Estados miembros han introducido plazos en el procedimiento de apelación para que el solicitante pueda ejercer su derecho a un recurso efectivo. El problema sin embargo, estriba en las distintas interpretaciones de lo que constituye un «período de tiempo razonable» que varía, según el Estado Miembro, desde los tres a los sesenta días, motivo por el cual la propuesta de reforma lo fija en siete días. Pero esta propuesta no es solo criticada en materia de recursos por la brevedad de los plazos sino también por limitar el efecto suspensivo de los recursos, (ahora ya reconociendo dicho carácter) en algunos supuestos según los motivos del mismo, así como por limitar los motivos por los que puede recurrirse la decisión. Una serie de propuestas represivas que nos hacen plantearnos si está el legislador europeo tratando como privilegio lo que es un derecho fundamental.

2.2 El internamiento de los solicitantes como restricción, en ocasiones, desproporcionada y falta de garantías del derecho a la libertad

Se trata de uno de los temas más controvertidos en materia de inmigración y que resulta especialmente delicado cuando hablamos de solicitantes de protección internacional. El CEDH permite el internamiento de los migrantes, incluso de los solicitantes de asilo, bajo determinadas circunstancias; debiendo estar sujeta a una serie de garantías que en todo estado democrático rodean una detención. Sin embargo cuando se trata de migrantes, las más básicas cautelas y garantías son obviadas y numerosa jurisprudencia tanto del TJUE como del TEDH se ha pronunciado sobre ello bajo la perspectiva del artículo 5 CEDH estableciendo en un cierto modo, quizás insuficiente, los parámetros de legalidad a los que debe obedecer la medida. Así, debe basarse en un motivo bien para impedir su entrada ilegal en el territorio, bien para proceder a su expulsión o extradición y no debe además dilatarse en el tiempo más de lo

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)COM(2016) 270 final 2016/0133 (COD). Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8715-2016-INIT/es/pdf> (última consulta 28/10/2018).

necesario. Apunte muy abstracto por parte del Tribunal que exige ir al caso concreto para decidir sobre una posible dilación indebida observando, no tanto el tiempo de la misma, como la diligencia mostrada por las autoridades¹². En cualquier caso, en cuanto a si una solicitud de protección internacional debe suspender la detención el TEDH sostiene que es una cuestión que corresponde decidir al derecho interno sin embargo, no deja de observar, como sucede en el caso O. M. c. Hungría de 2016, que cuando no se va a proceder a una expulsión inmediata la prolongación de la detención va en contra del CEDH. Haciéndose eco de todo ello, la propuesta de reforma del Reglamento Dublín prevé la reducción de plazos en cuanto al internamiento de solicitantes de tal modo que el plazo de presentación de una petición de toma a cargo o readmisión se reduciría de un mes a dos semanas y el traslado de esa persona del Estado miembro requirente al Estado miembro responsable se efectuaría en un máximo de cuatro semanas, y no de seis como se recoge actualmente.

En la privación de libertad a extranjeros España ha jugado un triste papel protagonista debido a los polémicos Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES), cuya finalidad es posibilitar la expulsión de inmigrantes sobre los que pese una orden mediante el internamiento de los mismos. El debate principal se centra tanto en su legalidad: ¿se encuentran dentro de la prohibición del artículo 25.3 de la CE?¹³ ¿Puede considerarse esta medida proporcional con el fin perseguido, esto es posibilitar o facilitar una expulsión?, como en las condiciones de habitabilidad de estos centros que han sido señaladas como peores que las de las instituciones penitenciarias ya que en muchos casos son verdaderas cárceles reutilizadas que no cuentan con el personal adecuado. «El carácter no penitenciario de los CIE, que ha formado parte de su definición legal desde un principio, ha permitido, paradójicamente, que estos centros no tengan que cumplir los requisitos que se exigen a los centros penitenciarios» (González, 2017).

2.3 Asistencia sanitaria de los solicitantes. ¿Un derecho universal?

El artículo 19 de la Directiva 2013/33 establece la obligación por parte de los Estados miembros de velar por la atención sanitaria que resulte necesaria a los solicitantes. Se trata de una norma de mínimos cuyo fin es blindar los cui-

¹² TEDH: sentencias de 4 de abril de 2017 *Thimothawes c. Bélgica*, o de 2 de marzo de 2017 *Ahmed c. Reino Unido*, entre otras.

¹³ El TC en su sentencia 115/1987 basó su constitucionalidad alegando que no es una sanción administrativa sino una medida cautelar adoptada por un juez que además se somete a un plazo máximo de 60 días y que se desarrolla en centros no penitenciarios.

dados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves. Sin embargo, esta norma se enfrenta con la universalidad del acceso a las prestaciones sanitarias que, si bien no es proclamada explícitamente, no puede ignorarse desde que situamos la dignidad de la persona como límite a su configuración. Es decir, que ante el ejercicio del derecho a la protección de la salud (art.35 CDFUE), su posible modulación por el legislador debe observar siempre, y como primer parámetro, la garantía de la dignidad humana, lo que nos lleva a dudar de si este acceso limitado resulta coherente con la lógica de los derechos humanos.

En estrecha relación con el tema tratado debemos abordar la controvertida sentencia del Tribunal Constitucional español 139/2016¹⁴. En lo que nos concierne, el Parlamento Navarro cuestionaba la constitucionalidad de la normativa en relación a la asistencia sanitaria a inmigrantes sin recursos que carezcan de permiso de residencia a los cuales no se les permitía acceder a la condición de asegurados. El TC declaró la constitucionalidad de la norma y para ello se remitió a la jurisprudencia del TJUE que permite observar la regularidad de la residencia de los inmigrantes para delimitar el acceso a ciertas prestaciones sociales ante la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado de acogida. (STJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016, y doctrina allí citada). Pero ante al depresivo fallo la sentencia recibió dos votos particulares que entre las diferentes motivaciones por las que disentían del Tribunal, recalcaban su desproporcionalidad. Tal y como afirmó el magistrado Valdés Dal-Ré: «quizá ese riesgo no sea grave, porque en esos casos pueden acudir a la asistencia de urgencia; pero esta valoración sólo puede contrastarse a posteriori, cuando el daño en la salud ya se haya producido, daño éste que, en muchas ocasiones, puede ser ya irreversible». Una valoración extrapolable totalmente a la sanidad de los solicitantes de protección y que nos lleva a plantearnos si el garantizar una sanidad de urgencia, y no en igualdad de condiciones respecto de los nacionales, se ajusta a la efectiva garantía del derecho a la protección de la salud y de la propia dignidad humana. Y es que, si la principal utilidad del principio de dignidad humana es dotar de pleno reconocimiento a los derechos de prestación, malintencionadamente desprotegidos; entonces no puede haber discriminación alguna sea por nacionalidad, por condición social o por situación administrativa irregular.

¹⁴ La misma responde al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra frente algunas de las disposiciones del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

3. SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO INMIGRANTE

Si hablamos de los derechos de los menores, además del artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que establece el carácter prioritario de velar por el interés superior del menor respecto de los actos llevados a cabo tanto por instituciones privadas como públicas, los derechos de los niños inmigrantes en Europa se desarrollan principalmente en cuatro convenios: El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, el Convenio europeo sobre nacionalidad, la CSE y el CEDH. Tal y como denuncia *Save the Children*: «el principal problema que nos encontramos con los menores extranjeros no acompañados es que están situados entre dos sistemas, el de protección e inmigración, inspirados por principios contradictorios: protección y rechazo o control. Y en muchas ocasiones prevalece su condición de inmigrante y todo lo que ello conlleva»¹⁵.

3.1 ¿Cuál es el Estado responsable en el caso de menores no acompañados?

Según ACNUR, el 51% de los refugiados del mundo en el año 2015 eran menores de 18 años. En Europa, este colectivo fue del 25%, lo que llegó a suponer 98.400 solicitudes de asilo de menores no acompañados. Surge entonces la cuestión de cuál debe ser el Estado responsable y a ello respondió el TJUE en el asunto C-648/11¹⁶ donde un menor no acompañado, y sin parientes en ningún país miembro, había presentado solicitudes de asilo en distintos Estados de la UE. El TJUE consideró que, no teniendo familiares en el territorio de la Unión la frase «Estado miembro en que el menor ha presentado la solicitud de asilo» no puede entenderse como «primera solicitud presentada», redacción que si se usa específicamente en otros puntos del reglamento. Además, de que una interpretación distinta a la señalada contradiría el fin de la norma que no es otro que garantizar un acceso rápido y efectivo de la solicitud, con miras al interés superior del menor. Siguiendo este razonamiento la propuesta de reforma de Dublín III pretende introducir este pronunciamiento del Tribunal de tal modo que el estado responsable de examinar la solicitud, cuando el menor no acompañado no tenga ningún

¹⁵ *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*. Informe disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion_juridica_menores_extranjeros_no_acompanados_andalucia.pdf (última consulta: 30/10/2018).

¹⁶ STJUE C-648/11 *The Queen*, a instancia de MA y otros contra Secretary of State for the Home Department de 6 de junio de 2013

miembro de su familia presente legalmente en algún Estado miembro, aquel donde se hubiera presentado una solicitud de protección internacional y en el que se encuentre, siempre que redunde en el interés superior del menor. Y en la misma línea el artículo 4 ter prevé el caso de que un menor no acompañado se encuentre en un Estado miembro en el que no se hubiese presentado solicitud alguna. Surge entonces la obligación por parte del Estado de informar al menor de su derecho a presentar tal solicitud y de darle la oportunidad real de hacerlo.

3.2 Internamiento de menores

Además de esas normas enunciadas, con respecto al internamiento de menores podemos acudir a la Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional la cual establece en su artículo 11 el internamiento de menores siempre como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible. Debiendo ser además en un sitio adecuado para niños y no pudiendo en ningún caso ser alojados en centros penitenciarios cuando no estén acompañados. La práctica sin embargo ha demostrado no ajustarse siempre a estos parámetros, de por sí excesivamente permisivos, dando lugar a situaciones deplorables, algunos de ellos enjuiciados por el TEDH en tanto que han llegado a suponer una violación de los artículos 3 y 5 de la CEDH.

Pero el Tribunal de Estrasburgo no sólo ha apreciado la ilegalidad del internamiento por no haber optado por otras medidas más favorables al interés del menor cuando estos viajaban solos sino también estando acompañados pues el TEDH ha considerado garante del «interés prevalente del niño» no solo la preservación de la unidad familiar. En este sentido lo estimó el TEDH en el asunto Kanagaratnam contra Bélgica¹⁷ donde el internamiento durante cuatro meses de una madre solicitante de asilo y sus tres hijos en un centro en régimen cerrado para extranjeros en situación irregular supuso una vulneración de los artículos 3 y 5 del CEDH al considerar el Tribunal que se había puesto en peligro el desarrollo de los menores, con plena conciencia de la situación. Y si bien es cierto que la vulneración del CEDH por situaciones de privación de libertad debe apreciarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada

¹⁷ TEDH, sentencia de 13 de diciembre de 2011. M Kanagaratnam contra Bélgica, n.º 15297/09, pero también Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica, n.º 41442/07 y en A. M. y otros c. Francia n.º 2458/12 entre otras.

caso, según reiterada jurisprudencia, en la práctica resulta muy difícilmente justificable el internamiento de menores, estén o no acompañados. Por ello resulta reprochable el que no se haya suprimido esa posibilidad ni en la propuesta de reforma del Reglamento Dublín, ni en la propuesta de reforma de la Directiva de condiciones de acogida.

3.3 Reagrupación familiar de niños separados ¿Qué ocurre cuando el menor alcanza la mayoría de edad durante el procedimiento?

El pasado 12 de abril el TJUE dictó una esperada sentencia¹⁸ por la que resuelve una de las situaciones más confusas en materia de protección internacional y menores. El litigio se había suscitado en relación con la negativa de la Administración de los Países Bajos a conceder la residencia provisional a varios nacionales eritreos al amparo del derecho a la reagrupación familiar. Se planteaba al Tribunal si la fecha a tener en cuenta para que una persona pueda considerarse «menor no acompañado» a efectos de la reagrupamiento familiar debe ser aquella fecha en la que entre en el Estado miembro o, por el contrario, la fecha en la que se solicite la reagrupación familiar. Una cuestión de enorme importancia sobre todo cuando la cantidad de solicitudes colapsa el sistema y alarga los procedimientos, tal y como ha pasado en la Unión.

La respuesta del Tribunal, mediante una interpretación finalista de la Directiva de reunificación familiar, y en sintonía con los principios de la UE, concluyó que la fecha a considerar debía ser aquella de presentación de la solicitud de protección internacional. Primero, porque se trasladaba el éxito de la solicitud de reagrupación a la mera actuación del solicitante; y no en la mayor o menor celeridad con la que las autoridades tramitasen la solicitud de protección internacional. Y segundo, porque era el único modo de garantizar un trato idéntico y previsible, que salvaguardara la seguridad jurídica. Si bien puntualizó, que la solicitud de reagrupación familiar debía producirse dentro de un plazo razonable, fijado en principio de tres meses a partir del día en el que se reconoció al menor interesado la condición de refugiado.¹⁹

¹⁸ TJUE, sentencia de 12 Abril 2018 C-550/2016

¹⁹ Es importante señalar que actualmente el Reglamento Dublín interpreta el concepto «miembros de la familia» observando que la familia ya existiera en el país de origen, sin embargo la propuesta de reforma no solo amplía la interpretación acogiendo a los hermanos del solicitante, (no contemplados sin embargo en la propuesta de reforma de la Directiva de Acogida), sino que también cambia en la redacción para observar ahora que el vínculo exista antes de la llegada al país de destino, observando que en la realidad, la larga travesía desde el origen había dado lugar a numerosos vínculos familiares producidos durante el éxodo.

3.4 Derecho a la educación

Hasta ahora, en la Unión el derecho a la educación ha sido uno de los derechos más protegidos. Para los solicitantes de protección internacional el ejercicio de este derecho no puede retrasarse por más de tres meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud de protección y además puede conllevar una obligación a las Autoridades nacionales de ofrecer a los menores clases preparatorias, incluidos cursos de idiomas cuando sean necesarios, con el fin de facilitar el acceso al sistema educativo. Sin embargo, las perspectivas de futuro de este derecho son un claro ejemplo de las políticas restrictivas que la crisis migratoria ha avivado. En esta línea, la propuesta de reforma de la Directiva 2013/33 contempla en su artículo 17 bis, dos polémicas medidas: por un lado el garantizar únicamente actividades educativas para el caso de menores inmersos en un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable; medida más que cuestionable en tanto que este procedimiento depende únicamente de la celeridad de las autoridades nacionales; y por otro, la posibilidad de suspender este derecho a toda persona que se encuentre en un Estado Miembro distinto al requerido según el Reglamento Dublín. Una medida que es difícilmente justificable teniendo en cuenta que si el menor viaja acompañado es poco probable que intervenga él en la decisión del país en el que se encuentra por lo que más bien parece una medida coercitiva para la familia a costa de los derechos del menor. Y por otra parte, si viaja solo es aún más inconcebible teniendo en cuenta el deber prioritario de salvaguardar los intereses de los menores por parte de las autoridades.

4. CONCLUSIONES

Ante las evidenciadas deficiencias del SECA, se hace necesaria una nueva regulación a nivel de la Unión Europea que, sin perder los muchos logros del actual sistema, proporcione una solución a sus principales lagunas (el traslado de toda la presión migratoria a los Estados de entrada y acogida y la falta de una verdadera práctica común entre los Estados miembros) y, primordialmente, configure un verdadero estatuto protector y uniforme para el solicitante de protección internacional.

Sin embargo, y pese a su necesidad, muchas de las propuestas de reforma actuales no van encaminadas al logro de dichos objetivos sino a una mayor eficiencia del Sistema que en muchos casos pasa por recortar el alcance de derechos básicos de los solicitantes. Y si bien son comprensibles las dificulta-

des de la Unión para afrontar una reforma integral del SECA, en tanto que sus competencias en la materia son excesivamente limitadas, debemos entender que estos flujos migratorios masivos, que son consecuencia de la globalización, no pueden ser afrontados desde una perspectiva meramente nacional. De tal modo que, pese al resurgir de viejos nacionalismos, la respuesta deberá ser supranacional por lo que se presenta como necesaria una cesión de competencias por parte de los Estados miembros hacia la UE para alcanzar una solución que salvaguarde el alcance de los principios y valores en que se fundamenta la Unión y que a raíz de ello se han puesto en duda: la solidaridad y el respeto de los derechos humanos.

Ante la improbabilidad, al menos a corto plazo, de que se dé esa efectiva cesión de competencias hacia la Unión surge como segunda posibilidad la conformación de una cooperación reforzada de las políticas migratorias y de asilo ex artículo 326 y siguientes del TFUE. Y en última instancia queda recurrir al papel del TJUE que, mediante un constante diálogo con el TEDH, logre blindar una jurisprudencia suficientemente garante para extraer un estatuto protector del solicitante de protección internacional con el que pueda afrontarse las diferentes prácticas de los Estados propia de una Europa «a dos velocidades».

A la sociedad europea, la crisis migratoria se nos ha presentado como un dilema que supone extender las garantías de nuestros derechos a los refugiados a costa de nuestra seguridad y bienestar. No obstante, a lo que realmente asistimos es a un desmantelamiento del ámbito de reconocimiento y garantía de los derechos humanos²⁰. Y este desamparo es resultado de un cambio en la lógica gobernante que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial trataba de ser una lógica inclusiva para pasar a ser ahora de exclusión o, para el tema que nos ocupa, de expulsión. En definitiva, y para alejarnos de políticas excluyentes, la regulación armonizada que se pretende deberá alejarse de la conveniente acuñación de conceptos obsoletos y reduccionistas como son «refugiado» o «asilado», y contemplar los flujos migratorios en su complejidad, tanto forzosos como voluntarios. O aún más, determinando realmente las causas que mueven a un migrante a ser considerado como forzoso, pues reducir a inmigrante forzoso exclusivamente al que es perseguido, y excluir al que se ve obligado a huir por otros motivos confirma lo postulado.

²⁰ Como señaló Itziar Ruiz Jiménez en su entrevista en la revista digital *Agora*, disponible en: <http://www.agora-revistaonline.com/#!ENTREVISTAS-Itziar-RuizGim%C3%A9nez-En-Europa-hay-una-batalla-sobre-qui%C3%A9n-tiene-derecho-a-tener-derechos/c112t/5714fb870cf2331db0f847cc>.

Existe una dicotomía entre inmigrantes de primera y el de segunda que atiende en primer lugar al Estado de origen de este y en segundo lugar, y sobre todo, al beneficio que este pueda dar al Estado de acogida. En este sentido puede parecer que de todos, el que menos beneficio reportará al Estado es precisamente aquel que se le conceda algún tipo de protección internacional. Sin entrar a valorar la veracidad o falsedad de ello, lo esencial es que la garantía de los derechos de estas personas no puede supeditarse al mero beneficio económico que reporten en tanto en cuanto «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»²¹. Bauman, en una interesante teoría, sostiene que los solicitantes de protección se han convertido en *Homo sacer*²² por parte de los Estados. Toma entonces valor lo que dijo el cerdo Napoleón en la obra de Orwell, que «todos los animales son iguales pero algunos son más iguales que otros».

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRISKETA URIARTE, J. (2017), «La dimensión externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: Un examen desde la perspectiva del non-refoulement», *Revista de Derecho Comunitario*, 56, pp.119-158.
- CEAR (2017), *Hacia dónde va el nuevo sistema europeo común de asilo: Retos, amenazas y propuestas*, Madrid: CEAR.
- DE LUCAS MARTÍN, F. J. (2017), «Los refugiados en la era de Trump. Un problema político, no una crisis humanitaria», *Ciclo Europa fortaleza. Fronteiras, valados, exilios, migracións* [en línea]. Disponible en: http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/Texto_javier_de_lucas_maquetado-DEFIN.pdf
- DEL VALLE GÁLVEZ, A. (2016), «Unión Europea, crisis de refugiados y limes *Imperii*», *Revista General de Derecho Europeo*, 38, pp. 1-13.
- GARCÍA MAHAMUT, R. (2016), «La ductilidad del derecho a la protección internacional (refugio y protección subsidiaria) ante las crisis humanitarias: un desafío para Europa y para el Sistema Común de Asilo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, pp. 211-238.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A (2017), «Mitos y mistificaciones: La Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la ‘crisis de los refugiados’)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, pp. 27-75.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2017), «Los CIE: una realidad controvertida y compleja», *Anuario CIDOB de la inmigración*, pp. 299-316.

²¹ Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²² *Homo Sacer* es un término del derecho romano, acogido por Agamben y reutilizado por Bauman que se refiere a la nuda vida. La vida que se puede quitar sin sanción.

- MONEREO PÉREZ, J. L. (dir); TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.) (2016), *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico- jurídico y de política del Derecho*, Granada: Comares.
- MONTILLA MARTOS, J. A. ET AL. (2016), «Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, vol. 2015-2016, pp. 272-293.
- MOSCHETTA, M.^aT. (2018), «I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d'asilo nei recenti sviluppi dell'iter di riforma del regime di Dublino», *Federalismi.it*, 5, pp. 1826-3534.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2016): «La crisis de los refugiados y su amparo judicial en la Unión Europea», Eurobasque. Consejo Vasco del Movimiento Europeo, *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE*, pp. 41-111 [en línea]. Disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/176631/Eurobasque_Verano2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- PÉREZ VILLALOBOS, M.^a C. (2017), «La crisis de los refugiados y el Derecho de asilo en la Unión Europea», *Anales de Derecho*, 1, pp. 1-26
- PORRAS RAMÍREZ, J. M. (2017), «El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización», *Revista de Estudios Políticos*, 175, pp. 207-234.
- RODRIGUEZ-RICO ROLDÁN, V. (2016), «La asistencia sanitaria a refugiados y asilados», MONEREO PÉREZ, J. L. (dir) TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. (coord.), *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico- jurídico y de política del Derecho*, Granada: Comares, pp. 289-307.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z. (2017), *El Derecho de Asilo en la Unión Europea. En aras de un complejo equilibrio*, Salamanca: Ratio Legis.
- VALLES FERRERO, M. (2016): «¿Vallas al asilo? Apuntes sobre el Sistema de Protección Internacional en España», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, pp. 226-245.

LA TUTELA DELLA SALUTE DELL'IMMIGRATO IN ITALIA E IN SPAGNA

GIORGIA CRISAFI

Università degli Studi di Roma «Sapienza»

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il diritto alla tutela della salute nella Costituzione italiana del 1948. 3. La tutela della salute dello straniero nell'ordinamento italiano. 3.1 Segue... criticità delle tutele offerte agli immigrati irregolari e ai richiedenti asilo. 4. Il diritto alla protezione della salute nella Costituzione spagnola del 1978. 5. La tutela della salute dello straniero nell'ordinamento spagnolo. 6. Conclusioni. 7. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA

Italia e Spagna, Paesi di frontiera dell'Unione europea, si trovano ad affrontare un massiccio fenomeno migratorio, conseguente alla crisi politica, economica e sociale che riguarda le regioni mediterranee e mediorientali del mondo e che ha profondamente mutato il flusso migratorio internazionale, caratterizzandolo in senso irregolare.

In un simile contesto, importanza cruciale riveste la tematica relativa all'accesso ai diritti fondamentali degli immigranti irregolari, primo tra tutti il diritto alla salute.

Com'è noto, il diritto alla salute è condizionato dal bilanciamento che il legislatore è chiamato ad effettuare con altri interessi costituzionalmente garantiti e che nel caso degli stranieri, e in particolare di quelli senza un regolare

titolo di soggiorno, concernono, oltre alle disponibilità organizzative e finanziarie, anche la sicurezza pubblica.

Oggetto del presente lavoro è l'esame dell'approccio dei due Paesi al fenomeno migratorio sotto il profilo della tutela della salute; l'interrogativo, cioè, su che tipo di diritto, dal punto di vista sia qualitativo sia quantitativo, le due nazioni offrano allo straniero irregolare.

A tal fine, di entrambi gli ordinamenti verranno analizzate, in primo luogo, le disposizioni costituzionali relative al diritto alla salute e, in particolare, l'art. 32 della Costituzione italiana del 1948 e l'art. 43 della Costituzione spagnola del 1978.

In secondo luogo, si esamineranno le discipline specifiche di ciascun ordinamento relative all'accesso alle cure dello straniero, con particolare riguardo allo straniero irregolare. Nel dettaglio, per quel che concerne l'Italia, verranno prese in considerazione le disposizioni di cui agli articoli 34 e 35 del d.lgs. n. 286/1998, concernenti l'assistenza sanitaria, rispettivamente, degli stranieri regolari e degli stranieri irregolari. Dell'ordinamento spagnolo, invece, si analizzerà l'art. 3 della l. n. 16/2003, relativo ai titolari del diritto alla protezione della salute e all'assistenza sanitaria, e le sue successive modifiche, avvenute, dapprima, con il *Real Decreto-Ley* n. 16/2012 e, recentemente, con il *Real Decreto-Ley* n. 7/2018.

2. IL DIRITTO ALLA TUTELA DELLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA DEL 1948

L'art. 32 della Costituzione italiana del 1948, che nel suo complesso rappresenta una fattispecie giuridica complessa, o proteiforme (Tripodina, 2008, 321), essendo rintracciabili in essa una pluralità di situazioni giuridiche soggettive (Pezzini, 1983, 25; Luciani, 1991, 5; Balduzzi, 2006, 5394; Balduzzi, Servetti, 2013, 25; Morana, 2015, 2; Simoncini, Longo, 2006, 657-8), al comma 1, stabilisce che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti».

L'attribuzione del compito alla Repubblica, la qualifica del diritto alla tutela della salute come diritto «fondamentale», che peraltro costituisce un *unicum* nell'ordito costituzionale, e la sua riferibilità all'individuo, evidenziano come il Costituente abbia inteso individuare una funzione pubblica inalienabile (Ferrara, 1997, 520) e un correlativo diritto universale, riferito, cioè, «all'essere umano, nella sua dimensione singolare, indipendente dalle sue condizioni sociali, come uomo in quanto tale o, meglio, in quanto «persona»» (Balduzzi, Servetti, 2013, 26). Com'è stato osservato, se la salute è fondamentale per l'individuo, ponendosi essa quale «presupposto per il godimento degli altri diritti della persona, la titola-

rità del diritto non poteva che riportarsi a un'area di beneficiari priva di altra qualificazione che quella di persona umana» (Balduzzi, Servetti, 2013, 27).

L'indeclinabilità del dovere gravante sulla Repubblica non esclude, tuttavia, che residuino spazi di discrezionalità per il legislatore ordinario, comunque sottoposti al sindacato della Corte costituzionale (Baldassarre, 1989, 31; Morana, 2015, 2), sul *quomodo*, sulle modalità, cioè, attraverso le quali assicurare le prestazioni sanitarie.

Per quel che riguarda il diritto alla salute degli stranieri, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che il «nucleo irriducibile» della tutela della salute, ossia nelle parole della Consulta quella sfera del diritto intangibile e indisponibile ad operazioni di bilanciamento, quale diritto fondamentale della persona, deve «essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»¹.

Come già osservato, al di fuori del «nucleo irriducibile» di tutela, il diritto alla salute è condizionato dal bilanciamento che il legislatore è chiamato ad effettuare con altri interessi costituzionalmente garantiti e che nel caso degli stranieri, e in particolare di quelli senza un regolare titolo di soggiorno, concernono, oltre alle disponibilità organizzative e finanziarie, anche la sicurezza pubblica².

Il legislatore ordinario ha inteso dare attuazione al disposto di cui all'art. 32 Cost. con la l. n. 833/1978, che, com'è noto, ha istituito il Servizio sanitario nazionale, che segue gli schemi tipici dei modelli di assistenza sanitaria c.d. *Beveridge*, ossia universali e gravanti sulla fiscalità generale.

3. LA TUTELA DELLA SALUTE DELLO STRANIERO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

I principi costituzionali, per quel che riguarda la tutela della salute degli stranieri, hanno trovato attuazione nel Capo I del Titolo V del d.lgs. n. 286/1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (TUIM).

La normativa ha introdotto un apposito titolo di soggiorno per cure mediche³ e ha differenziato il livello di assistenza dipendentemente dalla regolarità e dalla durata del soggiorno, «distinguendo tra stranieri obbligati all'iscrizione al SSN, stranieri

¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 252/2001, punto 2 del *Considerato in diritto*. Ma si veda in tal senso anche Corte cost., sent. n. 432/2005.

² Su tali rilievi si vedano: BIONDI DAL MONTE (2013, 154); BASCHERINI, CIERVO (2012, 347-348).

³ Si veda in tal senso l'art. 36, d.lgs. n. 286/1998.

che possono scegliere se iscriversi al SSN o stipulare un'assicurazione privata e stranieri non iscritti né iscrivibili al SSN» (Bascherini, Ciervo, 2012, 348).

In particolare, ai sensi dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, «hanno l'obbligo di iscrizione al Servizio sanitario nazionale e hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal Servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale: a) gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento; b) gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza; b-bis) i minori stranieri non accompagnati, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, a seguito delle segnalazioni di legge dopo il loro ritrovamento nel territorio nazionale».

Inoltre, il comma 2 riconosce il diritto all'assistenza sanitaria anche ai familiari a carico regolarmente soggiornanti e prescrive che nelle more dell'iscrizione al Servizio sanitario nazionale ai minori figli di stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale venga assicurato fin dalla nascita il medesimo trattamento dei minori iscritti.

I successivi commi 3 e 4 prevedono, invece, che lo straniero regolarmente soggiornante, non rientrando tra le categorie indicate nei commi 1 e 2, è tenuto ad assicurarsi contro il rischio di malattie, infortunio e maternità mediante stipula di apposita polizza assicurativa con un istituto assicurativo italiano o straniero, valida sul territorio nazionale, ovvero mediante iscrizione al Servizio sanitario nazionale valida anche per i familiari a carico. L'iscrizione volontaria al Servizio sanitario nazionale può essere altresì richiesta: a) dagli stranieri soggiornanti in Italia titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio; b) dagli stranieri regolarmente soggiornanti collocati alla pari, ai sensi dell'accordo europeo sul collocamento alla pari, adottato a Strasburgo il 24 novembre 1969, ratificato e reso esecutivo ai sensi della legge 18 maggio 1973 n. 304.

Infine, l'art. 35, comma 3, prevede che ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, vengano assicurate «le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva». Sono, in particolare, garantiti: a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane; b) la tutela della salute del minore; c) le vaccinazioni secondo la normativa e

nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai.

Tale previsione è, poi, stata ribadita dall'art. 63 del d.p.c.m. del 12 gennaio 2017, di aggiornamento dei «livelli essenziali di assistenza»⁴, che, inoltre, afferma, per quel che riguarda l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale e l'accesso alle prestazioni sanitarie, l'equiparazione ai cittadini italiani dei minori non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno.

L'art. 43, comma 3, del d.p.r. n. 394 del 1999, recante il regolamento attuativo del TUIM, al fine di evitare che la condizione di clandestinità influisca sull'erogazione della prestazione medica, ha stabilito che la prescrizione e la registrazione delle prestazioni nei confronti degli stranieri privi di permesso di soggiorno vengano effettuate «utilizzando un codice regionale a sigla STP (Straniero Temporaneamente Presente)».

Alle disposizioni citate occorre aggiungere l'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 142 del 2015, ai sensi del quale i richiedenti asilo hanno accesso all'assistenza sanitaria secondo quanto previsto dall'articolo 34 del d.lgs. n. 286 del 1998, ossia con iscrizione obbligatoria al Servizio sanitario nazionale, ferma restando l'applicazione dell'articolo 35 del medesimo decreto nelle more dell'iscrizione.

3.1 Segue... criticità delle tutele offerte agli immigrati irregolari e ai richiedenti asilo

Com'è emerso, la normativa in oggetto ha modulato la tutela della salute sul livello di integrazione dello straniero (Bascherini, 2007, 303).

In estrema sintesi, il sistema attribuisce il diritto di accesso alle prestazioni sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale, alle medesime condizioni dei cittadini italiani, agli stranieri regolarmente soggiornanti, ai richiedenti asilo, ai minori comunque presenti sul territorio della Repubblica, alle donne non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno nelle fasi del pre parto, parto e post parto.

Agli stranieri irregolari, esclusa la possibilità di iscrizione al Servizio sanitario nazionale, si assicurano, in ogni caso, «le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed

⁴ Ossia, come chiarisce VICECONTE (2013, 79), quel «nucleo imprescindibile delle prestazioni che [devono] essere assicurate dal Ssn, la cui individuazione [deve] essere contestuale all'indicazione delle risorse stanziare per il finanziamento della sanità».

infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva».

Il sistema descritto presenta delle criticità.

Occorre, innanzitutto, intendersi sull'esatta portata della tutela accordata agli stranieri irregolari. Stando alla disposizione di cui all'art. 35 del TUIM, dovrebbe assicurarsi all'individuo, indipendentemente dal suo *status*, ossia anche in costanza di una situazione di irregolarità, un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana. Si tratta, cioè, di una tutela che trova la sua *ratio* nella qualificazione da parte dell'art. 32 Cost. del diritto alla tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo.

Si consideri, però, che l'art. 35 contiene un generico rinvio a «cure urgenti o comunque essenziali»⁵, senza specificarne il contenuto, e individua, poi, un elenco di prestazioni che hanno un esclusivo carattere profilattico.

Ora, ciò che desta maggiori perplessità è l'indeterminatezza della nozione di «cure essenziali». In tal senso, infatti, non pare dirimente la Circolare del Ministero della Salute n. 5 del 24 marzo 2000, ai sensi della quale deve ritenersi che rientrino nella categoria «le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche relative a patologie non pericolose nell'immediato o nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggior danno per la salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni, aggravamenti)».

Le cure da qualificarsi come «essenziali», a parere di chi scrive, avrebbero dovuto trovare specificazione nel d.p.c.m. del 12 gennaio 2017, che, come già rilevato, individua le prestazioni rientranti nei «livelli essenziali di assistenza». Invece, l'art. 63 del decreto, al di fuori di una espressa equiparazione del minore irregolare ai cittadini italiani, si limita a riportare il contenuto dell'art. 35 del TUIM; le uniche prestazioni individuate in maniera specifica, cioè, se si eccettuano quelle assicurate ai minori e alle donne nelle fasi della gravidanza, del parto e del post parto, rispondono ad una logica di profilassi.

Sorge, pertanto, spontaneo domandarsi se vi sia identità tra quel nucleo «essenziale» di tutele, genericamente individuato, e l'elenco di prestazioni dettato dalle disposizioni richiamate.

Se così fosse, dovrebbe desumersi la tendenza del legislatore ordinario a strutturare il diritto all'accesso alle cure dello straniero irregolare come esclusivo interesse della collettività, più che come diritto fondamentale dell'individuo.

⁵ Sull'ambiguità della nozione di «cure essenziali» si rinvia a VOSA (2016, 755 ss.).

Com'è emerso, infatti, la tipologia di prestazioni assicurate agli stranieri irregolari, che non siano minori o donne in stato di gravidanza, si sostanzia in interventi volti ad evitare che la condizione del singolo minacci il corpo sociale.

Un'ulteriore criticità riguarda la posizione del richiedente asilo e deriva dalla recentissima emanazione del d.l. n. 113 del 2018, c.d. decreto sicurezza, convertito, con modificazioni, nella l. n. 132/2018.

L'art. 13 del decreto, infatti, ha aggiunto un comma 1 *bis* all'art. 4 del d.lgs. n. 142/2015 ai sensi del quale il permesso provvisorio rilasciato al richiedente asilo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica⁶ e ha abrogato l'art. 5 *bis* del medesimo d.lgs. n. 142/2015⁷, introdotto dall'art. 8, comma 1, lett. a) *bis*, del d.l. n. 13/2017, convertito in l. n. 46/2017, che disciplinava l'iscrizione anagrafica obbligatoria del richiedente protezione internazionale.

Com'è noto, l'iscrizione anagrafica è strumentale all'iscrizione al Servizio sanitario nazionale e, dunque, è condizione per l'esercizio del diritto espressamente attribuito al richiedente protezione internazionale dall'art. 21 del d.lgs. n. 142/2015, ai sensi del quale, come visto, i richiedenti asilo hanno accesso all'assistenza sanitaria secondo quanto previsto dall'articolo 34 del d.lgs. n. 286/1998. Senza iscrizione anagrafica, infatti, l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale diviene irrealizzabile e, conseguentemente, l'accesso alle cure del richiedente asilo potrà avvenire esclusivamente nelle forme previste per gli stranieri irregolari dall'art. 35 del d.lgs. n. 286/1998.

Ora, sul piano delle fonti del diritto dovrebbe chiarirsi se il legislatore con l'abrogazione espressa dell'art. 5 *bis* abbia inteso abrogare anche il disposto di cui all'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 142/2015 e, pertanto, sopprimere il relativo diritto.

Quel che è certo è che, nei fatti, la novella si risolve in una degradazione della condizione del richiedente asilo e in una sua completa equiparazione, per quel che concerne l'accesso alle cure, all'immigrato irregolare.

Ciò deve ritenersi irragionevole se si considera che al richiedente asilo è espressamente attribuito dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 142/2015, un titolo, ossia un permesso di soggiorno per richiesta asilo, che ne legittima la permanenza, seppure in via provvisoria, nel territorio della Repubblica. Inoltre, ai sensi dell'art. 9 della direttiva n. 32 del 2013 la procedura di richiesta della protezione internazionale autorizza i richiedenti a permanere nel territorio dello Stato membro interessato.

⁶ Così l'art. 13, comma 1, lett. a), d.l. n. 113/2018.

⁷ Così l'art. 13, comma 1, lett. c), d.l. n. 113/2018.

Va, però, salutata con favore quella giurisprudenza di merito che ha disposto l'iscrizione anagrafica del richiedente asilo, fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella di cui al decreto sicurezza e frustrandone le finalità politiche di esclusione sociale.

In particolare, il Tribunale di Firenze, con ordinanza *ex art.* 700 c.p.c. del 18 marzo 2019, cui si sono poi adeguati i Tribunali di Bologna e di Genova, con rispettive ordinanze *ex art.* 700 c.p.c. del 2 maggio 2019 e del 22 maggio 2019, ha disposto l'iscrizione anagrafica del ricorrente-richiedente asilo, rifiutata dal comune di Scandicci, osservando, in primo luogo, che dall'inidoneità del permesso di soggiorno per richiesta asilo quale titolo atto a comprovare la regolarità del soggiorno, stabilita dal nuovo comma 1 *bis* all'art. 4 del d.lgs. n. 142/2015, non può essere desunto *sic et simpliciter* alcun divieto di iscrizione anagrafica per il richiedente asilo, il quale può fornire prova della regolarità della sua permanenza attraverso i documenti relativi alla richiesta di asilo. Ciò in quanto, «posto che ogni richiedente asilo, una volta che abbia presentato la domanda di protezione internazionale, deve intendersi comunque regolarmente soggiornante [...] si deve ritenere che il «titolo» necessario per l'acquisizione della condizione di regolare soggiorno sia, dunque, rappresentato dall'avvenuta presentazione della domanda in questione».

Ciò, tuttavia, non toglie che la disposizione di cui al nuovo comma 1 *bis* all'art. 4 del d.lgs. n. 142/2015 abbia, comunque, degli effetti. Più nello specifico, la nuova disposizione, in combinato con la già richiamata abrogazione dell'art. 5 *bis* del medesimo d.lgs. n. 142/2015, che disciplinava una procedura semplificata di iscrizione anagrafica, attuata mediante comunicazione del responsabile della struttura in cui il richiedente fosse accolto, avrebbe l'esclusivo effetto di eliminare la suddetta procedura semplificata, ripristinando il sistema di assoluta parità tra diverse tipologie di stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini italiani previsto dal TUIM.

4. IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DELLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA DEL 1978

In base all'art. 43 della Costituzione della Costituzione spagnola del 1978 «si riconosce il diritto alla salvaguardia della salute. Compete ai pubblici poteri organizzare e tutelare la salute pubblica con le modalità preventive e le prestazioni e servizi necessari. Al riguardo, la legge stabilirà i diritti e i doveri di tutti. I pubblici poteri svilupperanno l'educazione sanitaria, l'educazione fisica e lo sport. Inoltre, agevoleranno l'adeguata utilizzazione del tempo libero».

Il testo costituzionale, dunque, attribuisce ai pubblici poteri la responsabilità della tutela della salute pubblica. È qui evidente l'analogia con il modello di tutela della salute adottato in Italia, ove si è optato per una responsabilizzazione della Repubblica intesa nel suo complesso, quale «insieme di tutte le attività e funzioni sia dello Stato in quanto tale, sia delle regioni e degli altri enti pubblici»⁸.

Il Costituente spagnolo, però, ha optato per una collocazione sistematica del diritto, ossia il Capitolo III del Titolo I, intitolato «*De los principios rectores de la política social y económica*», dalla quale sembrerebbe emergere una logica meno stringente rispetto a quella che circonda il diritto fondamentale alla tutela della salute di cui all'art. 32 della Costituzione italiana. Si tratterebbe di un diritto meno intenso rispetto a quelli consacrati nel Capitolo II della stessa Costituzione spagnola, dedicato ai diritti e alle libertà (Pemán Gavín, 2008, 29; Cantero Martínez, 2013, 113)⁹.

Peraltro, la disposizione deve essere letta in combinato disposto con il successivo art. 53, comma 3, ai sensi del quale «il riconoscimento, il rispetto e la protezione dei principi riconosciuti nel Capitolo terzo ispireranno la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'azione dei pubblici poteri. Potranno essere adottati di fronte alla giurisdizione ordinaria soltanto in conformità con quanto disposto dalle leggi che li attuano».

Semberebbe evincersi, e ciò peraltro è stato confermato dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale¹⁰, che il principio della tutela della salute, non ponga vincoli «[al]la legislazione, ma riveli un fine generale, una guida rivolta al legislatore che resta libero di definirne i contenuti» (Melica, 2017, 4).

Ciò non significa, tuttavia, che l'art. 43 abbia una natura meramente programmatica senza alcun valore precettivo. La disposizione, infatti, come espressamente previsto dal successivo art. 53, comma 3, e come ribadito anche dai giudici di legittimità nella sentenza n. 95/2000, deve ispirare la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'azione dei pubblici poteri (Cantero Martínez, 2013, 113).

In altri termini, la decisione di informare la politica economica e sociale alle direttive dettate dall'art. 43, per espressa previsione costituzionale, non può ritenersi discrezionale. E da ciò deriverebbe l'esistenza di un contenuto

⁸ Così l'On. M. RUINI nella seduta del 24 marzo 1947 dell'Assemblea costituente.

⁹ Propendono, invece, per la qualificazione del diritto alla protezione della salute di cui all'art. 43 della Costituzione spagnola del 1978 come diritto fondamentale: FERNÁNDEZ PASTRANA (1984, 55 ss.); APARICIO TOVAR (1989, 41 ss.); DEL REY GUANTER (1998, 162 ss.); VIDA FERNÁNDEZ (2011, 19); SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2006); PRIETO SANCHIS (1995).

¹⁰ Si veda in tal senso STC n. 139/2016, punto 8 dei *Fundamentos Jurídicos*.

minimo essenziale dei «principi guida», sebbene si tratti di un «nucleo» meno «duro» rispetto a quello dei diritti fondamentali propriamente detti, dal quale deriverebbe l'illegittimità di politiche che determinassero l'assoluta carenza di servizi sociali elementari o la paralisi del processo di miglioramento dei servizi stessi o, infine, l'eventuale regressione, senza giusta causa, del livello di attenzione sociale già conseguito (López Menudo, 2009, 89).

Un ulteriore limite all'azione dei pubblici poteri è, poi, costituito dalla intrinseca relazione del diritto alla protezione della salute con i diritti fondamentali alla vita e all'integrità fisica e con la dignità umana, considerata valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo. Certo, il suddetto legame non è di per sé sufficiente ad attribuire al diritto la qualità di fondamentale; tuttavia, esso può fungere da argine rispetto ad istanze strettamente economiche¹¹.

In ogni caso, non sembrerebbe che la Costituzione imponga l'adozione di un particolare modello di assistenza sanitaria (Tornos Más, 2002, 3-4). E, infatti, come si illustrerà a breve, il legislatore ha, dapprima, con la legge generale della sanità del 1986, regolato la materia plasmando il servizio in termini di progressiva universalità dell'accesso, successivamente, con il *Real Decreto-Ley* n. 16/2012, adottato un sistema di tipo assicurativo/mutualistico e, da ultimo, con il recentissimo *Real Decreto-Ley* n. 7/2018, reintrodotta il modello universale antecedente, allargando sensibilmente la cerchia dei titolari del diritto alla tutela della salute.

Ciò ha chiaramente avuto dei riflessi sul diritto alla protezione della salute dello straniero, la cui sorte ha seguito gli andamenti del Servizio sanitario nazionale.

5. LA TUTELA DELLA SALUTE DELLO STRANIERO NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO

Come già accennato, fino alla riforma del 2012, l'assistenza sanitaria spagnola era stata configurata quale servizio tendenzialmente universale e gratuito, che riproduceva, dunque, «il modello di *forma* di *Stato* cui si sono ispirati i Costituenti, ossia uno Stato sociale che offre ad ogni persona per il solo fatto di esistere – e quindi a prescindere dalla sua «produttività» - un diritto alle prestazioni sanitarie» (Melica, 2017, 4)¹².

¹¹ Così STC n. 239/2012.

¹² Sui diritti sociali nella costituzione spagnola si veda BALAGUER CALLEJÓN (2014, 521 ss.).

Più nel dettaglio, la *Ley General de Sanidad* n. 14/1986 ha istituito il *Sistema Nacional de Salud*, attribuendone il finanziamento alla fiscalità generale, e, coerentemente con il disegno autonomistico accolto nella Costituzione del 1978, ha suddiviso l'offerta sanitaria tra servizi dell'Amministrazione centrale e servizi delle Comunità Autonome¹³, innovando radicalmente rispetto al sistema precedente fondato sulle assicurazioni sociali.

Il percorso verso l'effettiva universalizzazione dell'offerta salute è, poi, proseguito con la l. n. 16/2003, *Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, il cui art. 3 ha previsto che dovessero ritenersi titolari del diritto alla protezione della salute i cittadini spagnoli e gli stranieri che fossero iscritti nel registro del comune di residenza (c.d. *empadronamiento*), i cittadini dei Paesi membri dell'Unione europea, i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea ai quali il diritto venisse riconosciuto da leggi, trattati e convenzioni sottoscritte dallo Stato spagnolo e dallo Stato di provenienza.

Per quel che riguarda specificamente gli stranieri, la disposizione richiamava espressamente l'art. 12 della legge organica n. 4/2000, sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna e sull'integrazione sociale, ai sensi del quale: «gli stranieri con *empadronamiento* hanno diritto all'assistenza sanitaria alle stesse condizioni dei cittadini spagnoli; gli stranieri che si trovino sul territorio spagnolo hanno diritto all'assistenza sanitaria pubblica d'urgenza e all'assistenza relativa alla contrazione di malattie gravi e incidenti, qualunque ne sia la causa, e alla continuità dell'assistenza sanitaria fino alla convalescenza; gli stranieri minori dei diciotto anni che si trovino in Spagna hanno diritto all'assistenza sanitaria alle stesse condizioni dei cittadini spagnoli; le donne straniere in gravidanza che si trovino in Spagna avranno diritto all'assistenza durante le fasi della gravidanza, del parto e del post parto»¹⁴.

L'*empadronamiento*, dunque, attribuiva ai cittadini stranieri, seppur non legalmente residenti in Spagna, il diritto di accedere alle cure alle stesse condizioni previste per i cittadini spagnoli. Inoltre, indipendentemente dalla registrazione presso il comune, l'assistenza sanitaria veniva comunque garantita ai minorenni, alle donne in stato di gravidanza, ai malati gravi e alle vittime di incidenti¹⁵.

La completa universalizzazione si è, infine, raggiunta con l'adozione della l. n. 33/2011, *Ley General de Salud Pública*, la cui sesta disposizione addizionale ha esteso il diritto all'assistenza sanitaria pubblica a tutti gli spagnoli

¹³ Sul diritto alla salute come disciplinato negli Statuti delle Comunità Autonome, in particolare delle Comunità che hanno modificato il proprio Statuto tra il 2006 e il 2011, si veda PÉREZ MIRAS (2013).

¹⁴ Cfr. art. 12, l. n. 4/2000.

¹⁵ Così l'art. 12, commi 2, 3 e 4, l. o. n. 4/2000.

residenti nel territorio nazionale, ai quali il suddetto diritto non potesse essere riconosciuto sulla base di altre norme dell'ordinamento giuridico¹⁶.

Il quadro normativo delineato era completato dalle discipline emanate dalle Comunità Autonome che progressivamente avevano offerto agli stranieri un livello di tutela ed assistenza sanitaria talvolta anche superiore a quello previsto dalla legislazione statale (Melica, 2017, 9). Ad esempio, la Comunità della Catalogna, con la l. n. 21/2010, ha esteso la titolarità del diritto all'assistenza sanitaria a tutti i soggetti che, seppur residenti in tale regione, non ne fossero titolari e a tutti coloro che fossero a rischio di esclusione sociale¹⁷. Ancora, la Comunità di Valencia, con il decreto n. 26/2000 ha esteso la «tesserata solidale» anche agli stranieri che assolvessero ai requisiti della registrazione del domicilio. Disposizioni analoghe sono state adottate, anche, dalle Comunità di Aragón¹⁸ dell'Andalucía¹⁹.

Il *Real Decreto-Ley* n. 16/2012 e il successivo *Real Decreto-Ley* n. 1192/2016 hanno determinato un'involuzione del sistema di tutele appena descritto, attribuendo il diritto di accesso alle cure a carico del *Sistema Nacional de Salud* esclusivamente ai soggetti in possesso della qualifica di «assicurato» o di «beneficiario dell'assicurato».

Più precisamente, il *Real Decreto-Ley* n. 16/2012 ha mutato solo sostanzialmente il precedente *Sistema Nacional de Salud*, mantenendone intatta la denominazione. Il provvedimento, infatti, ha inciso sull'art. 3 della l. n. 16/2003, che nella riformata formulazione stabiliva che «l'assistenza sanitaria in Spagna, finanziata con fondi pubblici, attraverso il Sistema nazionale sanitario, sarà garantita a quelle persone che detengono la condizione di assicurato».

La condizione di «assicurato» veniva riconosciuta: a) ai lavoratori dipendenti o autonomi, iscritti attivamente all'Istituto nazionale della sicurezza sociale (INSS); b) a coloro che percepissero una pensione dall'INSS; c) a coloro che percepissero un qualunque sussidio periodico dell'INSS, incluso il sussidio di disoccupazione; d) a coloro che avessero terminato il sussidio di disoccupazione o altre prestazioni simili, fossero disoccupati, non possedessero la qualifica di assicurato per altri titoli e risiedessero in Spagna²⁰. Nella condizione giuridica di «beneficiario di un assicurato» si trovavano, invece, sempre che risiedessero in Spagna, il coniuge dell'assicurato o la persona con analoga re-

¹⁶ Così il comma 1 della sesta disposizione addizionale alla l. n. 33/2011.

¹⁷ Così l'art. 2 della l. della Catalogna n. 21/2010.

¹⁸ Con l'art. 14, l. o. n. 5/2007, istitutiva dello Statuto di Autonomia.

¹⁹ Con l'art. 22, l. o. n. 2/2007, di riforma dello Statuto di Autonomia.

²⁰ Il requisito della residenza nel territorio spagnolo non era stato inizialmente previsto dalla riforma del 2012 ma è stato aggiunto dalla l. n. 22 del 2013, sui bilanci generali dello Stato per l'anno 2014.

lazione di affetto, l'*ex coniuge* a carico dell'assicurato, i discendenti e le persone assimilate a carico dell'assicurato che fossero minori di ventisei anni o che avessero un'invaldità superiore o uguale al 65%²¹.

Ciò significa che gli immigrati irregolari, la cui situazione giuridica è, all'evidenza, carente di tutte le condizioni richieste dalla normativa del 2012, sono stati esclusi dall'accesso alle prestazioni sanitarie. L'*empadronamiento* non è più stato ritenuto sufficiente a questi fini, richiedendosi, invece, l'autorizzazione legale a risiedere in territorio spagnolo.

Per gli stranieri irregolari è stata prevista l'assistenza sanitaria urgente per grave malattia o incidente e l'assistenza durante la gravidanza, il parto e post parto. Il legislatore del 2012 ha mantenuto fermo il diritto degli stranieri minori dei diciotto anni di accedere all'assistenza sanitaria alle stesse condizioni dei cittadini spagnoli²².

Dunque, se si eccettuano i casi limite dell'assistenza alla gravidanza pre e post parto e dell'assistenza ai minori di diciotto anni a cui viene riservato lo stesso trattamento offerto ai minori spagnoli, per il resto la salute della persona immigrata era divenuta meritevole di tutela solo in presenza di condizioni tali da compromettere la salute della collettività.

In ogni caso, lo straniero escluso aveva la possibilità di «accedere a determinate prestazioni solo previo pagamento di un prezzo che ammonta[va], rispettivamente, a 60 euro mensili per chi [avesse] meno di 65 anni ed a 157 euro per chi supera[sse] tale soglia di età. Non solo, ma il contraente, acquisendo lo *status* di assicurato o beneficiario, non [aveva], comunque, diritto all'emissione della tessera sanitaria, ma solo ad ottenere i servizi di assistenza di base, senza la copertura, dunque, delle prestazioni farmaceutiche. In pratica, un immigrato in situazione irregolare, non registrato, senza residenza e privo di reddito, [doveva] versare 60 euro al mese in aggiunta al prezzo totale delle medicine erogate dalla farmacia con il rischio di perdere qualsiasi copertura sanitaria» (Melica, 2017, 11).

Sulla riforma sono stati sollevati dubbi di legittimità, soprattutto da parte di chi ritiene che nel disegno costituzionale sia rinvenibile «un mandato di universalità dell'assistenza sanitaria» (Lema Añón, 2014, 8).

Sul tema ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale costituzionale con la sentenza n. 139/2016. Nel dettaglio, «tra i dubbi di costituzionalità sollevati, si sottolineavano i cambiamenti radicali prodotti dal decreto sulla disciplina precedente in modo regressivo rispetto allo *status quo ante*, utilizzando uno strumento eccezionale, il *Real Decreto – Ley* n. 16/2012, in violazione, dunque,

²¹ Così l'art. 3, comma 4, come modificato dall'art. 1, *Real Decreto-Ley* n. 16/2012.

²² Così l'art. 3 *ter*, l. n. 16/2003, come modificata dal *Real Decreto-Ley* n. 16/2012.

dei principi costituzionali di urgenza e straordinaria necessità. A parere dei ricorrenti, la riforma sanitaria, avendo modificato in radice il previgente SSN (disciplinato dalla LGS del 1986) [sarebbe] andata oltre l'adozione di misure di risparmio *una tantum* della spesa sanitaria: essendo di portata generale, tale disciplina avrebbe dovuto essere emanata direttamente dalle Corti generali» (Melica, 2017, 15).

Per quel che riguarda il profilo appena evidenziato, il Tribunale costituzionale, ha ritenuto che lo strumento del decreto fosse utilizzabile a causa della imprevedibilità dell'aggravamento delle condizioni economiche del Paese. Inoltre, i giudici di legittimità sono entrati nel merito della definizione del diritto alla protezione della salute e hanno confermato quanto precedentemente esposto circa la reale portata della disposizione di cui all'art. 43 della Costituzione spagnola, affermando che il riconoscimento del diritto necessita di un titolo legale, di un intervento, cioè, del legislatore ordinario. Da ciò deriverebbe che non esiste in Costituzione un modello prestabilito di assistenza sanitaria, che, invece, deve essere determinato in via legislativa, anche in considerazione delle mutevoli circostanze economiche²³.

Il *Real Decreto-Ley* n. 7/2018 è nuovamente intervenuto a modificare il testo della l. n. 16/2003, sulla titolarità del diritto alla protezione della salute e all'accesso alle prestazioni sanitarie, ampliandone notevolmente la portata.

Ai sensi del riformato art. 3 della l. n. 16/2003, «sono titolari del diritto alla protezione della salute e all'assistenza sanitaria tutte le persone con nazionalità spagnola e le persone straniere con residenza sul territorio spagnolo»²⁴.

Più nel dettaglio, sono condizioni alternative per l'attribuzione del diritto: a) la nazionalità spagnola e la residenza abituale in territorio spagnolo; b) il riconoscimento derivante da qualsiasi altro titolo del diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie in Spagna, indipendentemente dalla residenza abituale in territorio spagnolo; c) nel caso di soggetti stranieri, la residenza legale e abituale in territorio spagnolo e l'assenza di un eventuale obbligo di ottenere la copertura assicurativa sanitaria²⁵.

Inoltre, ed è questa la vera novità normativa, si prevede che «le persone straniere, che non siano né registrate né autorizzate a risiedere in Spagna, hanno diritto alla protezione della salute e all'accesso alle prestazioni sanitarie alle medesime condizioni delle persone con nazionalità spagnola»²⁶.

²³ Queste, riassuntivamente, le considerazioni presenti in STC n. 139/2016, punto 8 dei *Fundamentos Jurídicos*.

²⁴ Così l'art. 3, comma 1, l. n. 16/2003, come modificato dall'art. 1, *Real Decreto-Ley* n. 7/2018.

²⁵ Così l'art. 3, comma 2, l. n. 16/2003, come modificato dall'art. 1, *Real Decreto-Ley* n. 7/2018.

²⁶ Così l'art. 3 *ter*, comma 1, l. n. 16/2003, come modificato dall'art. 1, *Real Decreto-Ley* n. 7/2018.

Sono condizioni per il riconoscimento del diritto: a) l'inesistenza dell'obbligo di ottenere la copertura assicurativa sanitaria; b) l'impossibilità di «importare» il diritto dal Paese di origine; c) l'inesistenza di un terzo obbligato alla copertura sanitaria²⁷.

Il legislatore del 2018 ha, dunque, soppresso il riferimento ai due concetti di «assicurato» e «beneficiario dell'assicurato», estendendo a tutta la popolazione residente il diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie. E, vieppiù, il medesimo diritto è stato esteso anche agli stranieri irregolari, con una previsione che si spinge oltre la disciplina antecedente alla riforma del 2012, che, come si ricorderà, richiedeva, comunque, l'*empadronamiento*, ossia la registrazione presso il comune di residenza.

6. CONCLUSIONI

Le considerazioni svolte hanno evidenziato il diverso approccio di Italia e Spagna alla tutela della salute dello straniero e, in particolare, dello straniero irregolare.

Nell'esperienza italiana, come visto, la tutela della salute è stata modulata sul livello di integrazione dello straniero e all'irregolare è stato attribuito un nucleo ridotto di tutele.

La suddetta modulazione deve ritenersi legittima se si considera che il diritto alla salute è per natura condizionato dal bilanciamento che il legislatore è chiamato ad effettuare con altri interessi costituzionalmente garantiti e, in particolare, con le disponibilità organizzative e finanziarie e, nel caso degli stranieri privi di un regolare titolo di soggiorno, anche con la sicurezza pubblica²⁸.

Ciò che desta perplessità, per quel che riguarda la posizione dell'immigrato irregolare, è l'indicata tendenza a privilegiare nelle operazioni di bilanciamento le esigenze di ordine pubblico a discapito del diritto fondamentale alla tutela della salute; a discapito, cioè, di quel «nucleo irriducibile» di tutele che secondo la Corte costituzionale deve essere riconosciuto a tutti gli individui, indipendentemente dalla loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato.

Infatti, al di fuori del generico rimando a «cure urgenti o comunque essenziali» di cui al comma 1 dell'art. 35 del d.lgs. n. 286/1998, e se si eccettuano i casi dei minori e delle donne in fase di gravidanza, parto e post parto, to-

²⁷ Così l'art. 3 *ter*, comma 2, l. n. 16/2003, come modificato dall'art. 1, *Real Decreto-Ley* n. 7/2018.

²⁸ Su tali rilievi si vedano: BIONDI DAL MONTE, 2013, 154; BASCHERINI, CIERVO, 2012, 347-8.

talmente equiparati ai cittadini italiani, l'elenco delle prestazioni individuate in maniera specifica dal comma 2 del medesimo art. 35, ribadito, poi, senza ulteriori specificazioni dall'art. 63 del d.p.c.m. del 12 gennaio 2017, si sostanzia in interventi di carattere profilattico.

Sembra che questo tipo di tutela risponda esclusivamente a ragioni di ordine pubblico, che, pur presenti nella logica dell'art. 32 Cost., hanno, tuttavia, un carattere secondario rispetto all'indiscusso primato della «persona» che informa non solo l'art. 32 ma la Carta costituzionale nel suo complesso e che ne costituisce il connotato tipico e diversificante rispetto all'assetto assiologico degli Stati liberali, in cui era esclusivo dovere del singolo individuo occuparsi del mantenimento del proprio stato di salute e l'intervento dei pubblici poteri si manifestava solo quando la malattia del singolo minacciasse il corpo sociale.

Anche nell'esperienza spagnola si sono registrati dei momenti di compressione del diritto alla protezione della salute dello straniero irregolare. Infatti, il *Real Decreto-Ley* n. 16/2012, sulla base della necessità di garantire la sostenibilità economica dell'offerta sanitaria, ha causato l'esclusione di un consistente gruppo di individui, interrompendo l'universalità, che aveva caratterizzato il Servizio sanitario pubblico fin dalla sua istituzione.

Tuttavia, il legislatore spagnolo è di nuovo intervenuto reintroducendo la visione universalistica del diritto alla salute, che aveva informato il sistema sanitario spagnolo sin dalla *Ley General de Sanidad* del 1986, ritenendo che l'accesso al *Sistema Nacional de Salud* in condizioni di equità e di universalità costituisca «un diritto primordiale di tutte le persone»²⁹.

Nonostante la Costituzione spagnola non consideri il diritto alla protezione della salute come un diritto «fondamentale», se si eccettua la parentesi mutualistico/assicurativa da poco conclusasi, è stata da sempre avvertita l'esigenza di estendere il più possibile le maglie della tutela. Ciò anche in un momento di forte crisi economica, qual è l'attuale.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

APARICIO TOVAR, J. (1989), *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid: Civitas.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2014), *Introducción al derecho constitucional*, Madrid: Tecnos.

²⁹ Così l'incipit del Preambolo del *Real Decreto-Ley* n. 7/2018.

- BALDASSARRE, A. (1989), «Diritti sociali», *Enc. giur.*, 11, pp. 1-34.
- BALDUZZI, R. (2006), «Salute (diritto alla)», *Dizionario di diritto pubblico*, 6, pp. 5393-5401.
- BALDUZZI, R.; SERVETTI, D. (2013), «La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale», BALDUZZI, R.; CARPANI, G. (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna: Il Mulino, pp. 13-87.
- BASCHERINI, G. (2007), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli: Jovene.
- BASCHERINI, G.; CIERVO, A. (2012), «L'integrazione difficile: il diritto alla salute e all'istruzione degli stranieri nella crisi del *welfare state*», NANIA, R. (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli, pp. 343-383.
- BIONDI DAL MONTE, F. (2013), *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero*, Torino: Giappichelli.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2013), «Las políticas sanitarias de carácter regresivo. Qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?», *Derecho y Salud*, 23, pp. 107-131.
- DEL REY GUANTER, S. (1998), «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», *Derechos y Libertades*, 6, pp. 161-168.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. (1984), *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid: Civitas.
- LEMA AÑÓN, C. (2014), «La titularidad del derecho a la salud en España. Hacia un cambio de modelo?», *Revista de Bioética y Derecho*, 13, pp. 3-16.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2009), «Los derechos sociales en los estatutos de autonomía», *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de Origen. Nuevo estatuto PDI universitario*, Atti del Convegno dell'Associazione spagnola dei Professori di diritto amministrativo, Valladolid, 6 e 7 febbraio 2009, Valladolid: Lex Nova, pp. 71-190.
- LUCIANI, M. (1991), «Salute I) Diritto alla salute – dir. Cost.», *Enc. giur.*, 27, pp. 1-14.
- MELICA, L. (2017), «Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione», *Rivista AIC*, 4, pp. 1-19.
- MORANA, D. (2015), *La salute come diritto costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- PEMÁN GAVÍN, J. (2008), «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud», *Derecho y salud*, 16, pp. 29-62.
- PÉREZ MIRAS, A. (2013), «Los derechos estatutarios de la salud», *Derecho & Salud*, 23, n. extra, pp. 242-252.
- PEZZINI, B. (1983), «Il diritto alla salute: profili costituzionali», *Dir. soc.*, 1, pp. 21-92.
- PRIETO SANCHIS, L. (1995), «Los derechos sociales y el principio de igualdad social», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, pp. 9-57.
- SIMONCINI, A.; LONGO, E. (2006), «Art. 32», BIFULCO, R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino: Utet, pp. 655-674.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÌA, J. J. (2006), «Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico», *Documento de trabajo 89*, Laboratorio de alternativas, pp. 5-47.
- TORNOS MÁZ, J. (2002), «Sistema de seguridad social versus sistema nacional de salud», *Derecho y Salud*, 10 (1), pp. 1-13.
- TRIPODINA, A. C. (2008), «Art. 32 Cost.», BARTOLE, S.; BIN, R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova: Cedam, pp. 321-332.
- VICECONTE, N. (2013), «L'introduzione dei costi standard e il finanziamento dei livelli essenziali della salute», NANIA, R. (a cura di), *Attuazione e sostenibilità del diritto alla salute*, Atti della Giornata di studio, 27 febbraio 2013, Sapienza Università di Roma, pp. 77-94.
- VIDA FERNÁNDEZ, J. (2011), «Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro», *Derecho y Salud*, 21, pp. 13-34.
- VOSA, G. (2016), «Cure essenziali. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale», *Diritto Pubblico*, 2, pp. 721-762.

LA PROTECCIÓN DEL LIBRE DERARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

ESTHER ALBA FERRÉ *
Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Persona, Derecho Constitucional y Derecho Civil: el nuevo interés superior del menor. 3. Autoejercicio y heteroejercicio de la personalidad del menor. 4. La custodia compartida y el libre desarrollo de la personalidad del menor. 5. La mediación familiar clave en los procesos de custodia compartida. 5.1 El plan de parentalidad. 5.2 El coordinador parental. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia o mejor llamado «Derecho de Familias» en la sociedad del siglo XXI debe ser analizado desde cuatro perspectivas: la horizontal, la vertical, la individual y la global. La relación horizontal entre los progenitores debe partir de los principios de la igualdad y de autonomía. La familia también constituye una relación vertical de padres a hijos donde éstos ejercerán la responsabilidad parental, respetando los derechos individuales de los

* Doctora en Derecho Civil. Profesora asociada de la Universidad Europea de Madrid.

menores. Todo ello sin olvidar la posible perspectiva internacional o de globalización que afecte a la familia ¹.

La protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial del menor, está establecida en el art. 39 de la Constitución española (en adelante CE ²) y en la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificado el 30 de noviembre de 1990 ³. Esta protección de la familia y del menor «..., que lleva a aparejados derechos y deberes, opera también cuando no se apoya en el matrimonio; es decir, tanto cuando el matrimonio se ha roto, como cuando existió» (Díez Picazo, 2008, 493).

Hoy en día se están produciendo grandes cambios en la estructura y en los modelos de la familia que están caracterizados por la libertad de elegir en cualquier faceta de la vida social. Esa libertad, a la que se le puede calificar de estructural, es «... la que ha hecho posible el reconocimiento formal del divorcio como vía institucionalizada para finalizar las relaciones afectivosexuales que no cumplen con las expectativas de los miembros de la pareja y que, por tanto, dejan de ser satisfactorias. Como consecuencia, cuando hay descendencia en la pareja, se hace necesario reflexionar sobre la custodia de hijas e hijos» (Venegas, Lozano Martín, 2017, 42). Esta libertad no puede ser entendida sin la consiguiente responsabilidad y más aún cuando esos progenitores se encuentran en situaciones conflictivas con hijos menores. Esos menores deben ser respetados y deben ver protegidos sus derechos fundamentales.

El artículo 10.1 CE, en el título I titulado «De los derechos y deberes fundamentales», establece que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Partiendo de este reconocimiento constitucional, se tratará de valorar primero si ha cambiado la noción de persona y en concreto, el interés superior del menor, para comprobar a continuación la posible afectación que

¹ En relación con la europeización o armonización del Derecho de Familia, puede consultarse VALPUESTA FERNÁNDEZ (2010). Se deberá tener en cuenta Reglamento (CE), Núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento (CE), Núm. 1347/2000.

² Art. 39 CE «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

³ BOE de 31 de diciembre de 1990. Vigente desde 5 de enero de 1991 y revisión vigente desde 18 de noviembre de 2001.

tienen los procesos de custodia compartida en el libre desarrollo de la personalidad del hijo y cuáles son los criterios y factores adoptados por los Tribunales en defensa y protección del interés superior del menor. Así mismo, se explicarán las herramientas jurídicas de carácter novedoso, como pueden ser el plan de parentalidad o el coordinador parental, a través de las cuales se busca garantizar la protección del libre desarrollo de la personalidad.

2. PERSONA, DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO CIVIL: EL NUEVO INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La frontera entre lo público y lo privado se ha ido acortando en nuestros días. Ya no se puede trabajar de manera separada en este sentido. Es necesario para ello una relectura o adaptación de nuestro Derecho Civil, ya que existe una clara comunicabilidad entre los principios del Derecho público y del Derecho privado. Entre todos los ámbitos en los que se produce esta conexión será de especial interés el que afecta a la noción que de la persona tiene nuestro ordenamiento.

¿Por qué hoy la concepción de la persona tiene una dimensión distinta a la tradicional? Los valores individuales de la persona serán incompatibles con la mentalidad de aquellas normas donde los hijos estaban sometidos a la potestad de sus padres. «Todo esto ha cambiado, en tal sentido puede hablarse de una personalización del Derecho» (Rocha Espíndola, 2015, 53). Ahora es necesario entender a la persona de forma completa, y no abstracta, adosada a la idea de dignidad. Hay que relacionar la protección del derecho de privacidad, característica del Derecho Constitucional, con la regulación de la vida privada que realiza el Derecho Civil. Esta privacidad «... consistirá, sintéticamente, en el derecho «a ser dejado en paz» (*to be let alone*). La existencia de una esfera privada, en la que los demás (poderes públicos o privados) no pueden entrar sin el consentimiento de la persona, no implica sólo un reconocimiento del altísimo valor que tiene la faceta privada de la vida humana, sino que constituye también una garantía básica de libertad» (Díez Picazo, 2008, 297). El art. 18 CE consagra una pluralidad de derechos tendentes a la protección de la vida privada y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)⁴ reconoce los derechos a la vida privada y familiar en su

⁴ DOCE 18.12.2000.

art. 7 al establecer «Toda persona tendrá derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones»⁵.

El ordenamiento jurídico sólo toma en consideración la etapa infantil y la etapa adulta de la vida de una persona y al parecer «... olvida que el desarrollo humano lejos de ser estático es dinámico» (Rocha Espíndola, 2015, 45). Centrándonos en la minoría de edad por ser digna de una mayor protección, hay que destacar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. 24 dispone que

«1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.»

El «interés superior del menor» deja de ser un concepto jurídico indeterminado y ahora abarca una triple dimensión: como derecho sustantivo del menor, como principio jurídico fundamental y como norma de procedimiento. Este moderno enfoque, que se ha producido gracias a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁶ que reforma la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁷, merece una valoración positiva (Mayor de Hoyo, 2017, 71-72) por la introducción de parámetros de valoración de dicho interés⁸, por seguir un sistema de *numerus apertus* a la hora de establecer dichos parámetros, así como la dimensión al principio de necesidad y proporcionali-

⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) precisó el significado de «el respeto a su vida familiar» (asunto Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979) manifestando que «... implica concretamente, según la opinión del Tribunal, la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento».

⁶ BOE, Núm. 175, de 23 de julio de 2015. Referencia: BOE-A-2015-8222. Se debe tener en cuenta la Ley Orgánica de 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, Núm. 180, de 29 de julio de 2015) que también modifica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor reconociendo deberes del menor.

⁷ BOE, Núm. 15, de 17 de enero de 1996. Referencia: BOE-A-1996-1069.

⁸ Ya la STS 565/2009, de 31 de julio, destacaba «... el interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado necesitado de delimitación y concreción de forma individualizada, circunstancia esta que proporciona cierta inseguridad jurídica así como resoluciones judiciales contradictorias».

dad en la determinación, y por supuesto, por la regulación del mismo en su aspecto de norma de procedimiento⁹.

El nuevo art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, titulado «interés superior del menor», en su apartado 1 establece « Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones públicas y privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

En el apartado 2 de este artículo se enumeran los criterios a valorar (como protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menores y la satisfacción de sus necesidades básicas, la consideración de sus deseos, sentimientos, etc.). Sin perjuicio de que estos criterios se deben ponderar con otros elementos generales como la edad, la madurez, la necesidad de garantizar su igual y no discriminación..., siempre de acuerdo a los principios de necesidad y de proporcionalidad.

En defensa de este interés superior del menor habrá que respetarse las garantías procesales, en particular: los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado¹⁰; la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos o la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados.

Consideramos necesario comprobar si el menor ve protegido el derecho a la libre personalidad en los procesos de custodia compartida en donde debe primar el interés superior del menor. Para ello debemos partir de conocer lo que conlleva este principio.

⁹ Incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como los criterios de la Observación general n.º 14, de 24 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del niño en su apartado I. A, 6 donde establecía la triple naturaleza del interés superior del niño (CRC/C/GC/14). La Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ya en su artículo 3.1 hacía referencia al interés superior del menor al establecer «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

¹⁰ Hay que tener en cuenta el nuevo art. 9 y 10 de la Ley Orgánica 1/1996 donde se reconoce este derecho sin discriminación alguna por edad o incapacidad, sustituyéndose el término juicio por madurez, y considerando que tienen suficiente madurez los niños a los 12 años cumplidos, donde las comparecencias o audiencias de los menores tendrán carácter preferente.

3. AUTOEJERCICIO Y HETEROEJERCICIO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR

El menor, como persona digna, es verdadero titular de derechos fundamentales. Así, estos derechos «... vienen a constituir, en cuanto valores esenciales, necesidades básicas de los niños, un elemento primordial, estable y universal, en la determinación del interés del menor y su vigencia no podemos hacerla depender de esas coordenadas o circunstancias de espacio y tiempo, sino que tiene su fundamento en la persona y más en concreto en la dignidad de la persona, por el mero hecho de serlo» (Lázaro González, 2002, 114).

Hay que proteger a la persona, porque hoy la persona está en riesgo y en concreto al menor, tanto en relación con la titularidad como con el ejercicio de sus derechos fundamentales, ya que éstos son los principales problemas que surgen «... a la hora de determinar los sujetos de las relaciones jurídicas en que se despliegan los derechos fundamentales. Del lado del sujeto activo, se trata de definir quiénes pueden ser titulares de los derechos fundamentales.... A todo ello habría que añadir, siempre en la perspectiva del sujeto activo, las cuestiones relativas a las posibles limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, bien a causa de la menor de edad o de otras restricciones a la capacidad de obrar...» (Díez Picazo, 2008, 296).

Las modalidades de ejercicio de los derechos fundamentales del menor pueden ser el autoejercicio o el heteroejercicio. El autoejercicio consiste en el ejercicio directo respecto de las facultades del contenido de un derecho fundamental que sólo pueden ser ejercidas personal y directamente por su titular (por ejemplo, el desarrollo de su propia conciencia y opinión) y que será delimitado por los criterios de la edad o la madurez, sin perjuicio del reconocimiento de una gradual autonomía volitiva del menor, frente al ejercicio indirecto. Éste último es el realizado a través de un tercero, también llamado heteroejercicio (Aláez Corral, 2003, 126) y que deberá ser conforme al interés del titular y a los usos sociales, debiendo contar con la participación del menor al que se le deberá escuchar cuando tenga madurez, debiendo prestar su consentimiento cuando fuese necesario.

El libre desarrollo de la personalidad ¹¹ es una consagración del principio de autonomía individual. Desarrollar la personalidad «... es desarrollar las condiciones de ser humano, las notas que definen precisamente su condición» y lo

¹¹ El art. 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales» y el art. 29.1 expresa que «toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad».

que le permitirá al sujeto tener «... capacidad para decidir por sí mismo sin interferencias ajenas en todas aquellas cuestiones que afecten directamente a lo que constituye su esfera de intereses» (Santana Ramos, 2014, 102). Realmente este principio tiene su fundamento en la dignidad y libertad de la persona (Rocha Espíndola, 2016, 46).

En relación a la libre formación de conciencia y a la patria potestad en la toma de decisiones (art. 154 CC), o en su caso por el juez (art. 159 CC), sobre hijos no emancipados, nuestro Código Civil utiliza expresiones como «de acuerdo con su personalidad» o «en beneficio de los hijos» que manifiestan la necesidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor en todo momento. Sin embargo, es necesario asegurar una cierta proporcionalidad entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los hijos no emancipados y el derecho de corrección moderada de los padres, ya que el uso debido de este derecho «... contribuye no solo a la educación de los hijos, sino a garantizar una convivencia armoniosa de la familia y por ende a un desarrollo social que genere un desarrollo en todos los aspectos (económico, cultural, moral y ético, etc.)» (Leiva, Muñoz, 2012, 20).

Si a la minoría de edad se le suma una situación conflictiva, como pueden ser la derivada de un proceso de custodia compartida consecuencia de la ruptura matrimonial de sus padres, la protección demandada debe ser mayor. Incluso esta situación puede ser más complicada si estos menores son adolescentes y con mayor grado de madurez, y por tanto, con mayor capacidad para desarrollar su personalidad de manera autónoma.

4. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR

La guarda y custodia de los hijos por sus padres variará según que nos encontremos ante una situación de normalidad matrimonial o de crisis matrimonial. En situación de normalidad familiar «..., la facultad de guarda y custodia se encuentra dentro de la patria potestad dual. ... Por lo tanto, la guarda y custodia de los hijos es una función que trasciende al ámbito privado y exige del titular un ejercicio no meramente facultativo sino obligatorio, a fin de obtener el adecuado desarrollo de la personalidad del menor de edad. En la crisis matrimonial la función de guarda y custodia –integrada en las prestaciones personales–, se desgaja de la patria potestad, pues la ruptura matrimonial hasta ahora ha provocado la convivencia de los hijos con uno de los progenitores» (Cruz Gallardo, 2012, 41). En nuestro ordenamiento y en casos de crisis ma-

trimonial la custodia compartida o conjunta se ve relegada a un segundo plano, dando preferencia a la custodia a favor de un solo progenitor, quedando condicionada a un acuerdo de los padres y excepcionalmente a instancia de parte con informe del Ministerio Fiscal. El legislador no prevé establecer la custodia compartida de oficio por el Juez.

Aún no se ha reformado nuestro Código Civil en materia de guarda y custodia compartida¹² y por lo tanto, aún no se ha incorporado la supresión del requisito de que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable en el art. 92.8 CC, declarado inconstitucional por la STC 185/2012 de 17 de octubre; ni se considera este régimen como el ordinario y no excepcional a aplicar ante la separación o el divorcio de los padres, como recomendaba la STS de 22 de febrero de 2017. El motivo fundamental de ello puede ser que en estos procesos están inmersos los menores y puede que no en todos los casos sea adecuado la custodia compartida en interés superior del menor y del libre desarrollo de su personalidad¹³.

La jurisprudencia y en concreto, la STS de 29 de abril de 2013 sin embargo sí que ha fijado una serie de criterios para determinar la fórmula relacional con la que se protege plenamente el interés superior del menor. Estos criterios son la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en las relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente y en definitiva, cualquier otro medio que permita a los menores una vida adecuada de los menores, aunque la práctica puede ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Se podría recomendar que el legislador incluyese estos criterios jurisprudenciales en el Código Civil, como ya hemos visto que lo hace a la hora de concretar el interés superior del menor.

El Anteproyecto de Ley de 10 de abril de 2014 sobre ejercicio de la corresponsabilidad u otras medidas tras la ruptura de la convivencia familiar¹⁴ está paralizado y establecía una regulación homogénea con las legislaciones

¹² Las legislaciones autonómicas han corregido la excepcionalidad de la custodia compartida.

¹³ Ya SAP de Las Palmas de 17 de mayo de 1999 establecía la íntima relación entre la guarda y custodia de los hijos y su libre desarrollo de la personalidad al decir «asegurar una forma de guarda y custodia lo más equilibrada posible que garantice el más adecuado desarrollo psíquico y social de los menores es tarea que deben perseguir los Tribunales».

¹⁴ Este Anteproyecto sólo modifica la denominación del inicial Anteproyecto de Ley de 19 de julio de 2013 sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio. El art. 1 dedicado a las modificaciones del Código civil en su apartado tres proponía una nueva redacción del art. 92 CC. Con esta nueva redacción se verían extendidas las obligaciones compartidas de los padres del art. 68 CC también en situaciones de crisis matrimoniales. La nueva redacción del apartado 2 del art. 92 CC garantizaría la protección al libre desarrollo de la personalidad de los menores en estos procesos conflictivos.

autonómicas, acabando con la excepcionalidad, valorando y enumerando todos los aspectos y circunstancias de cada caso.

Es cierto que existen dos posturas encontradas en torno a la consideración que debe tener la custodia compartida (Alba, Florit, Goñi, Roldán, 2017):

a) Los que valoran que custodia compartida es excepcional, como sigue diciendo nuestro Código Civil. En este sentido y a modo de ejemplo la SAP de la sala de Santa Cruz de Tenerife de 16 de abril de 2014, dispone que «El Juez es la voz de la norma y la norma sigue ahí» o

b) Los que valoran la custodia compartida como preferente, ordinaria o cada día más frecuente. Ello lleva a considerarla como no excepcional, sino como la primera opción a tener en cuenta, como así lo establece la STS de febrero de 2017.

La custodia compartida «... conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad» (Becerril, Venegas, 2017, 104).

Los factores determinantes a la hora de decidir si procede o no la custodia compartida (Alba, Florit, Goñi, Roldán, 2017) son: la distancia de domicilios, la conflictividad-el problema de comunicación dentro de la pareja, el informe psicosocial o la prueba del Gabinete psicosocial, el deseo del menor, la edad del menor, los problemas de conciliación de la vida familiar y laboral, la existencia de la figura del cuidador principal, la aportación del plan de parentalidad, el mantenimiento del status quo, la existencia de facto de un régimen de custodia compartida, el error en el *petitum*, la variación de circunstancias en procesos de modificación de medidas y el interés real del solicitante que se infiere de su actuación procesal. No hay que olvidar que debe tener un peso específico el informe psicosocial que permitirá un mayor conocimiento de la realidad del niño, especialmente en los procesos de modificación de medidas.

El Tribunal Supremo en varias sentencias (STS 166/2016, de 17 de marzo, STS 526, 2016, de 12 de septiembre, STS 413/2017, de 27 de junio, entre otras) resalta las claras ventajas que conlleva la custodia compartida:

- «Se fomenta la integridad de los menores con ambos progenitores, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- Se evita el sentimiento de pérdida.
- No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.»

Por lo tanto, podemos concluir que lo primordial es que el Tribunal valore en cada caso concreto el interés superior del menor (Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, 2002). Este interés debe ser concreto e individualizado como establece la STS de 13 de febrero de 2015, ya que no puede ser un interés abstracto, sino de manera perfectamente individualizada con nombre y apellido. Y así en relación con la custodia compartida, la STS 1414/2018, de 18 abril, recalca que «... lo que sigue siendo, primordial en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental».

5. LA MEDIACIÓN FAMILIAR CLAVE EN LOS PROCESOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

Para gestionar el conflicto en los procesos de custodia compartida la mediación familiar tiene que entrar en juego en cumplimiento de uno de sus objetivos fundamentales que es «... facilitar la comunicación entre dos partes en conflicto, creando un espacio neutro en el que no exista coacción, con el fin de equilibrar el poder entre ambas» (Becerril, Venegas, 2017, 151) y respetando así los principios básicos de la mediación, como son la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad, la neutralidad, la buena fe y la flexibilidad (Lozano, 2015).

Si los padres son los mejores conocedores de sus hijos, ellos «... son los primeros llamados a procurar, ante la crisis de la pareja, las soluciones más adecuadas para sus hijos» (Lázaro González, 2002, 218) y serán los que deberían alcanzar un acuerdo sobre la custodia de los hijos que reflejará el libre desarrollo de su personalidad.

Los instrumentos específicos de protección del libre desarrollo de la personalidad de los menores en procesos de custodia compartida pueden variar en función del grado de conflictividad entre los progenitores, y en garantía del principio de corresponsabilidad y coparentalidad¹⁵. En concreto, se analizará el reconocimiento y características principales del plan de parentalidad -o tam-

¹⁵ El principio de corresponsabilidad, reforzado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, consiste en la participación igualitaria de ambos progenitores (custodio y no custodio) titulares de la patria potestad, implicados en el ejercicio de los derechos y deberes o funciones que la integran, con independencia del régimen de guarda y custodia que rija en la relación familiar. Y el principio de coparentalidad protege la relación y comunicación continuada de los hijos con los progenitores en pie de igualdad, favoreciendo una presencia equilibrada para el hijo menor de edad de las figuras paterna y materna según CRUZ GALLARDO (2012, 42).

bién llamado plan contradictorio- y de la figura del coordinador parental, por ser las herramientas que se consideran necesarias para que lograr construir unas relaciones familiares orientadas al futuro y que protejan al menor.

5.1 El plan de parentalidad

Si los padres han superado su ruptura matrimonial de manera positiva para los menores, el instrumento ideal para garantizar el libre desarrollo de su personalidad sería el plan de parentalidad. De esta forma, se daría cumplimiento a la exigencia de un compromiso mayor y una colaboración de los progenitores, tendente a que este tipo de situaciones, derivadas de una ruptura matrimonial, se resuelvan en un marco de normalidad familiar, como indica la STS de 2 de julio de 2014 y se demostraría que para la adopción del sistema de custodia compartida «no se exige un acuerdo sin fisuras sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario» según la STS de 11 de febrero de 2016.

La doctrina considera que el plan de parentalidad es «... otro tipo de instrumentos de pacto específicos, como complemento o sustituto del convenio regulador, dirigidos a consensuar todos los detalles del ejercicio de la guarda y custodia, es decir, del régimen de estancias de los hijos con sus progenitores» (Becerril, Venegas, 2017, 52)¹⁶. Ya se establece en algunas legislaciones autonómicas¹⁷ este plan de parentalidad pero aún no se reconoce por nuestra legislación común¹⁸.

¹⁶ A este respecto es muy clara la SAP de Barcelona de 16 de enero de 1996 al decir «los propios pactos establecidos en el convenio suscrito por los progenitores no son homologables si resultan perjudiciales para los menores, siendo susceptibles de limitación o suspensión de oficio si concurre grave circunstancia que así lo aconseje, por ser una cuestión de orden público que se integra en el *ius cogens* por lo que no rige el principio dispositivo y de rogación». Se aboga por la mínima intervención judicial salvo que se detecte daño al menor siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (1997).

¹⁷ En Aragón la Ley 2/2010, de 26 de mayo, en su art. 3 reconoce el Pacto de relaciones familiares. Será en Cataluña donde en su art. 233-10 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, reconoce en relación con el Plan de parentalidad. La ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat de Valencia, en su art. 4 establece el Pacto de convivencia familiar. Por último, el País Vasco en su Ley 7/2015, de 30 de junio, en su art. 5.a.

¹⁸ La nueva redacción del art. 90 que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en su artículo primero establece: «1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos los siguientes extremos: a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre: 1.º La forma de compartir las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual, y otras cuestiones relevantes para los hijos; 2.º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos; 3.º Los periodos de con-

La STS de 17 de febrero de 2016 ha determinado que: «Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales».

En relación con el contenido de este plan es importante no ponerle límites.¹⁹ Serán los progenitores, los que conociendo a sus hijos y respetando su libre desarrollo de la personalidad, por tanto su dignidad y su libertad y en ejercicio de su autonomía privada, tienen que concretar el contenido de dicho plan. Los planes pueden prever «la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diversas etapas de la vida de los hijos» (Lauroba Lacasa, 2012). Estos pactos «... en la mayoría de los casos pueden modificarse o extinguirse por mutuo acuerdo, cuando cambien las circunstancias, por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en ellos, entre otras razones» (Becerril, Venegas, 2017, 52)²⁰.

vencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación en el no conviviente; 4.º El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento y 5.º Las reglas de recogida y entrada de los hijos en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos».

¹⁹ Existen modelo o formularios de este Plan, en este sentido puede profundizarse GETE- ALONSO Y CALERA, SOLÉ RESINA (2015, 505).

²⁰ En relación con el contenido de estos pactos previstos por las leyes autonómicas relacionados con la vida familiar, *vid* BECERRIL, VENEGAS (2017, 53) cuando en la Tabla 2 resumen los aspectos comunes.

5.2 El coordinador parental

El elemento más innovador en relación con la custodia compartida es hacer intervenir a la figura del «coordinador parental o de parentalidad» si la situación entre los progenitores es muy conflictiva. Este funcionario o auxiliar judicial «colabora en la ejecución de la sentencia, acompañando y asistiendo a los progenitores y ayudándoles a resolver sus diferencias», siempre en defensa del interés del menor durante las crisis familiares (Gete- Alonso y Calera, Solé Resina, 2015, 141)²¹.

Los presupuestos para la adopción de estas medidas de supervisión son el interés superior del menor como límite a la libertad personal ante situaciones de conflictividad social o familiar y el principio de intervención mínima (Orduño Muñoz, 2013).

Su finalidad es «... asegurar el cumplimiento de aquellas resoluciones, pacificar y normalizar las situaciones de conflicto grave existentes entre los progenitores, enseñar a gestionar y coordinar por sí solas las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes y resolver de forma ordenada y consensuada las discrepancias que con tal motivo surjan» (Gómez Megías, 2018). La finalidad última es la desjudicialización en la medida de lo posible de las ejecuciones de sentencias. En relación con las funciones de estos profesionales o expertos periciales son las de ser verdaderos auxiliares o colaboradores del juez. Pueden tener algún margen de decisión en cuestiones de la vida cotidiana de los menores que no afecten a la sentencia, como el tipo de transporte de los menores, las visitas u otros pero siempre sin que exista una delegación de la potestad jurisdiccional.

Consideramos que podría ser apropiado la inclusión de esta figura en el ordenamiento jurídico estatal siendo la base jurídica el art. 158.4 CC a fin de apartar al menor de todo peligro o de evitarle perjuicios y así lo propone también la STSJ de Cataluña 11/2015, de 26 de febrero «... en los casos de grave conflicto y por tanto excepcionales pero siempre acomodando su actuación en ejecución de sentencia a lo ordenador por los jueces».

²¹ En relación con el origen de esta figura y a las experiencias de Cataluña y Valencia, vid el artículo GARCÍA-HERRERA (2018). La Audiencia Provincial de Barcelona recurre de manera sistemática a esta figura (Secciones 12.ª Y 18.ª, SS Núm, 738/2014, de 7 de noviembre; núm 627/2014, de 17 de octubre, entre otras). Hay que tener en cuenta la entrevista al Magistrado Juan Pablo González del Pozo, pionero en el nombramiento de esta figura en el Juzgado de Familia núm. 24 del 3 de octubre de 2018 publicada en diario la ley.

6. CONCLUSIONES

Superadas las fronteras entre lo público y lo privado, el Derecho Civil debe comunicarse con el Derecho Constitucional en la nueva noción de la persona y en concreto, en la protección del menor. Existe una vinculación, que hay que enfatizar, entre el principio del interés superior del menor y el principio de libre desarrollo de la personalidad. Será importante garantizar y proteger el libre desarrollo de la personalidad de los menores en los procesos de custodia compartida. Los Tribunales ya han demostrado las ventajas que para los hijos supone este sistema de guarda y es hora de que el Código Civil modifique y adapte la regulación a la nueva realidad social.

Partiendo de la concreción que desde 2015 tenemos del interés superior del menor, se observa que en los procesos de custodia compartida también son varios los criterios utilizados por los Tribunales en defensa de este interés y siempre queriendo garantizar un desarrollo armónico de su personalidad: el derecho a ser oído, la distancia, la conciliación, el informe psicosocial, entre otros reflejan que los menores deben ver garantizada su dignidad y libertad también en situaciones de ruptura matrimonial.

Es importante valorar nuevas herramientas o instrumentos que reflejen la conexión entre los derechos fundamentales de los menores y en concreto, su libre desarrollo de la personalidad y los procesos de custodia compartida. Si el grado de conflictividad entre los progenitores es menor, se recomienda que la gestión del conflicto se realice con técnicas de mediación familiar, reflejando en un plan de parentalidad. Este plan puede ser complemento del convenio regulador del divorcio y concretará los elementos esenciales de la relación que los progenitores van a tener con sus hijos en todas las cuestiones cotidianas que afecten a la personalidad del menor. Sin embargo, no siempre el conflicto se ha gestionado correctamente, y será necesario que el Juez nombre un coordinador parental que ayude en estas relaciones familiares ante una mayor conflictividad.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÁEZ CORRAL, B. (2003), *Temas clave de la Constitución española. Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.
- ALBA FERRÉ, E. *et al.* (2017), *Aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Audiencias Provinciales: el artículo 92.8 del Código Civil*, Madrid: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

- BECERRIL, D.; VENEGAS, M. (2017), *La custodia compartida en España*, Madrid: Dykinson.
- CRUZ GALLARDO, B. (2012). *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid: La Ley.
- DÍEZ PICAZO, L. M. (2008), *Sistema de Derechos fundamentales*, Navarra: Thomson-Civitas.
- GARCÍA-HERRERA, A. (2018), «Hacia una justicia eficiente: la figura del coordinador de parentalidad en la crisis de familia», *Boletín Mediando*, 28, Sección de Mediación del ICAV.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C, SOLÉ RESINA, J. (2015), *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GÓMEZ MEGÍAS, A. M. (2018), «El magistrado Juan Pablo González del Pozo, pionero en el nombramiento de Coordinador parental en Madrid», *Diario la ley*, Madrid: La ley-Wolters Kluwer.
- LAUROBA LACASA, E. (2012), «Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil Cataluña», *Revista Jurídica de Cataluña*, 11(4), pp. 887-916.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord) (2002), *Los menores en el Derecho español. Práctica Jurídica*, Madrid: Tecnos.
- LEIVA RAMÍREZ, E.; MUÑOZ GONZÁLES, A. L. (2012), «La corrección moderada y el libre desarrollo de la personalidad de las niñas y niños no emancipados según la jurisprudencia de la Corte Constitucional», *Novaetvera*, 21(65), pp. 11-22.
- LOZANO MARTÍN, A. M. (2015), «La mediación como proceso de gestión y resolución de conflictos», Orozco PARDO, G.; MONEREO PÉREZ, J. L., (dirs.), *Tratado de mediación en la resolución e conflictos*, Madrid: Tecnos.
- MAYOR DE HOYO, M. V. (2017), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuterse Aranzadi.
- ORDUÑO MUÑOZ, P. (2013), «La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 263-3 CC Cat.)», *Sepin*.
- ROCHA ESPÍNDOLA, M. (2015), «La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad», *Actualidad Jurídica Iberoamérica*, núm. 2. Febrero.
- (2016), «El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia», *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2 (2) [en línea]. Disponible en: http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/57020/Cuadernos%20jur%c3%addicos2_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SANTANA RAMOS, E. (2014), «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 99-113.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2010), *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

■ SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS...

- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2002), «El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio», *El menor en la legislación actual*, Madrid: Fundación Antonio NEBRIJA.
- (1997). «El convenio regulador y su aprobación judicial», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 8(3) Época. Nov.

LA PROTECCIÓN DEL MENOR DEL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS MEDIDAS A ADOPTAR EN CUANTO A SU CUSTODIA

CARMEN FLORIT FERNÁNDEZ
Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión: confrontación del artículo 39 de la Constitución, los tratados internacionales en materia de protección del menor y el artículo 92 del Código civil. 2. Contradicción entre las doctrinas del Tribunal constitucional y el Tribunal supremo en cuanto al mandato constitucional del artículo 39.3. 3. Interés superior del menor: consideración primordial, derecho directamente invocable y susceptible de recurso de amparo. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: CONFRONTACIÓN DEL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MENOR Y EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO CIVIL

El art. 39 de la Constitución (CE) establece, en lo que nos interesa destacar aquí, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; que los poderes públicos, además, aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; que los padres de-

ben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, entre estos éstos, la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990.

Por su parte, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño y que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que como señala el art. 96 CE forma parte del ordenamiento jurídico español.

Además, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), en aplicación de la Observación n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño que interpreta el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

Sin embargo, nuestro Código civil (CC), tras la reforma operada en el año 2005, señala lo siguiente en cuanto a las medidas que el juez debe adoptar en relación a la custodia del menor: el art. 92.5 señala que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento; y el art. 92.8 establece que excepcionalmente –el Tribunal Supremo ha declarado que la excepcionalidad se refiere en relación al 92.5 (STS 29 de abril de 2013)–, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal –el inciso «favorable» ha sido declarado inconstitucional por la STC de 17 de octubre de 2102–, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

No ocurre así, cuestiones de constitucionalidad aparte, con lo establecido en Cataluña, Aragón, Valencia, Navarra y País Vasco: el art. 233-8 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña,

señala que «la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor»; por su parte, el art. 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón determina que «el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente»; En Valencia, el art. 5.2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dice que «como regla general, atribuirá a ambos, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos», estableciendo también el 5.4 que «la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior» (esta Ley ha sido declarada inconstitucional por la STC 192/2016, de 16 de noviembre, por falta de competencia de la Comunidad Valenciana en la materia); el art. 4.3 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, establece que «en cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos»; por último, el art. 9 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece que

«cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos (...) 2. la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor 3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias (...) 6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor.»

De modo que, y volviendo a lo que ocurre en Derecho Común, a pesar del mandato constitucional y de los acuerdos internacionales ratificados por España, el CC mantiene la exigencia de un requisito que desoye el interés superior del menor. En este sentido, apunta Roda y roda (2014, 172) que

«La intervención del Juez tanto en la primera instancia como en las sucesivas, mediante su resolución, constituye el factor más importante puesto que de él depende la decisión última en el otorgamiento a uno o a ambos de la custodia de los hijos. El Juez es quien debe determinar en cada caso concreto el beneficio del menor para otorgar o denegar la petición de una custodia compartida, en todos los supuestos anteriores, incluso si ha sido solicitada por ambos progenitores. La supremacía del Juzgador sobre la autonomía de los progenitores, evita que éstos puedan hacer un uso muy particular de sus obligaciones parentales, anteponiendo sus intereses a los de sus hijos. Tiene el Juzgador plena potestad para atribuir la custodia a uno solo de los progenitores, atribuírsela a ambos conjuntamente, o bien a un tercero, en este caso normalmente a los abuelos...».

Se debe destacar que de la interpretación literal del artículo se deduce que existe una clara diferencia entre sendos apartados del art. 92 CC. Así, mientras en el apartado 5 dice que «se acordará» el ejercicio conjunto de la guarda y custodia cuando ambos progenitores lo soliciten en la propuesta de convenio o lleguen a dicho acuerdo en el transcurso del procedimiento, el apartado 8, por el contrario, dice que el juez «podrá acordar» a instancia de una de las partes la guarda y custodia compartida fundamentando su decisión en que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor. El Legislador, por tanto, ha querido que se «deba» acordar imperativamente la custodia compartida cuando ambos lo soliciten, distinguiéndose del caso en que sólo uno de ellos lo pida, porque en este caso, y dándose los demás requisitos que exige el CC, el juez «podrá» acordar la custodia compartida o la custodia exclusiva a uno de los progenitores, estimando cuál de ellas será más beneficiosa para el menor. Este requisito quedaba eliminado en el malogrado anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

2. CONTRADICCIÓN ENTRE LAS DOCTRINAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO EN CUANTO AL MANDATO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 39.3

La contradicción a la que me he referido se ha planteado abiertamente entre el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS) en las sentencias que detallo a continuación, generando un, a mi juicio, grave problema de seguridad jurídica.

Por su parte, la STC 4/2001, de 15 de enero, dictada en recurso de amparo, desestima la solicitud en un asunto que parte de un Auto de medidas provisionales por el que se adjudicaba la custodia del menor a la madre, que después

solicita el amparo. El padre pedía, como después hizo también en la separación matrimonial, que se estableciera la custodia compartida. La sentencia de separación matrimonial ratificó la medida. La sentencia es recurrida ante la Audiencia Provincial del Valencia pero sólo en cuanto a las medidas sobre alimento y visitas, pero la Audiencia (SAP Valencia de 1 de septiembre de 1997) resuelve revocando la sentencia de 1.ª Instancia estableciendo la custodia compartida. Establece en sus argumentos que

«el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada. Dicho lo anterior, y entrenado en el análisis de las alegaciones vertidas por la parte apelante, hay que decir lo siguiente: esta Sala, teniendo en cuenta el beneficio del menor, y a la vista de que ambos progenitores se encuentran en una situación laboral inestable, y que el apelante ha entrado en situación de desempleo justo un mes después de dictarse la sentencia de instancia, entendemos que el mejor modo de que el menor Pedro pueda tener cubiertas sus prioritarias necesidades y pueda tener un buen desarrollo personal y social es fijar una guarda y custodia compartida (...)»

La madre, en el recurso de amparo, alega vulneración de los arts. 14 y 24 CE por entender que la sentencia le ha causado indefensión por ser inmotivada e incongruente:

«para la demandante la Sentencia de apelación incurre en incongruencia lesiva del art. 24.1 CE, por cuanto resuelve sobre una cuestión –la guarda y custodia del menor– que no le había sido planteada por los litigantes, ya que el padre, desde el inicial Auto de medidas provisionales, aceptó que fuera con la madre con quien conviviera el hijo común. Tal decisión supone un desajuste entre lo pedido en la apelación y lo resuelto por el órgano judicial, modificando así los términos en que discurrió la controversia procesal. Tal desajuste le habría ocasionado indefensión, pues introduciéndose por sorpresa esta nueva cuestión en la Sentencia no ha podido alegar y contra argumentar sobre la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida (...)»

El TC considera que la Sentencia no carece de motivación:

«cumpliendo esta exigencia constitucional (STC 187/2000, de 10 de julio), expresa con amplitud las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión de mantener compartida la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de su Sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar su buen desarrollo personal y social para favorecer del

modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores, de forma que el niño sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida. Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión en ejercicio de la potestad que el art. 117.3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (STC 24/1990, de 15 de febrero).»

En cuanto a la incongruencia causante de indefensión alegada por la solicitante de amparo, establece el TC que «por cuanto, al resolver el recurso de apelación, se apartó de sus términos y de las concretas cuestiones que le fueron planteadas por el apelante, revocando en parte la Sentencia de instancia en un extremo (la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad) que no había sido cuestionado por los litigantes», dice el TC que

«el razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan, la potestad reconocida en el art. 117.3 CE (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (art. 117.4) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones (...)»

Deja claro, por tanto, el Tribunal, que toda medida relativa a los menores cuando se trata de garantizar su interés, que es el más necesitado de protección, es siempre una cuestión indisponible sobre la que el juzgador puede entrar a valorar y resolver en contra o a pesar de lo solicitado por las partes. El Tribunal Supremo también ha ratificado esta doctrina en sentencias anteriores a la que analizo de 2016. Así, la STS 614/2009, de 28 de septiembre, que es posterior por tanto a la reforma del art. 92 CC de la ley 15/2005:

«la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales

en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo, que califica como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor... la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa.»

El TS, sin embargo, ha resuelto esta cuestión de manera muy distinta en la STS 400/2016, de 15 de junio –también en la STS 143/2016, de 9 de marzo–. Así, dice que el art. 92

«establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, acordar este tipo de guarda a instancia de una de las partes, con los demás requisitos exigidos... En ambos casos un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 de septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil, para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición (...).»

Deja claro por tanto el TS que considera el contenido del art. 92 CC como imperativo para el juzgador, no pudiendo establecer la custodia del menor como compartida si no lo solicita al menos uno de los progenitores, y siendo imperativa la decisión para el juez si ambos progenitores solicitan la custodia compartida.

El TS desoye el mandato constitucional, los tratados internacionales y la doctrina del TC, que nítidamente han establecido que el interés superior a proteger en los procesos judiciales es el del menor, no pudiendo ceñirse la defensa

de dicho interés superior al cumplimiento de unos requisitos que nada tienen que ver con ese interés del menor.

Cierto es que la STC analizada es anterior a la ley 15/2005 que reforma el art. 92, pero también lo es que dicha sentencia se refiere a las medidas que en general afectan a los menores, comprendiendo también, lógicamente, a su guarda y custodia –¿qué medida le afectará más a su interés que ésta?– y que, en cualquier caso, la Constitución prevalece sobre el Código civil, cuyo contenido, en este concreto aspecto, entiendo que deroga.

3. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL, DERECHO DIRECTAMENTE INVOCABLE Y SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE AMPARO

Lejos ya de la identificación del interés superior del menor con el principio de *favor filii* de Derecho romano, su alcance es actualmente mayor, no debiéndose sólo respetarse sino que debe considerarse como un derecho. Así, el art. 2.1 de la LOPJM establece que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan (...)». La redacción del artículo obedece a la reforma realizada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cuyo Preámbulo se señalaba que la reforma incorporaba tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que interpreta el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, pero no es un concepto subjetivo. De Torres Perea (2011, 8) afirma en este sentido que «no debe caerse en el común error de identificar interés del menor con tiranía del menor o sometimiento de la familia a los caprichos del menor; pues se trata justamente de lo contrario, de procurarle una educación idónea para su desarrollo personal lo cual conlleva tanto aporte de cariño como pautas de autoridad, no de malcriar al menor».

El Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño ha señalado en este sentido que el interés superior del niño es un derecho sustantivo: «el derecho del

niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales». En la Observación «el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: Un derecho sustantivo; Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos». Por ello, afirma Cardona Llorens (2014) que el hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado no nos puede llevar a pensar que sea discrecional. Según el autor, si varios adultos tuviesen que decidir por separado sobre el interés superior de un menor, todos deberían llegar a la misma conclusión.

La expresión consideración primordial debe ser matizada: «En primer lugar, debemos destacar que la Convención, califica a la consideración como primordial. No dice la única consideración que se tendrá en cuenta. Como ha señalado el Comité en su observación General n.º 14, puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres) (...). Sin embargo, inmediatamente después de esa afirmación (y este es el segundo aspecto del significado del término «consideración primordial»), el Comité continúa diciendo: teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su

interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño. Es decir, el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones» (Cardona Llorens, 2014).

Afirma De Torres Perea (2011, 3 y 32) que el artículo 92 CC no permite al Juez respetar el derecho de menor a que su interés superior sea una consideración primordial en la atribución de la guarda y custodia compartida, y ello choca, con el artículo 2 de la LOPJM, debiendo el juez hacer prevalecer esta última, porque «la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores (STS 614/2009, de 28 de septiembre). Esto mismo es lo que hizo la STC 185/2012, de 12 de octubre, cuando declaró nula la exigencia del art. 92.8 del CC del informe favorable del Ministerio Fiscal: «precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada». Por ello, el autor afirma que «para que el juez pueda valorar si la custodia compartida solicitada por uno de los progenitores, es favorable al interés superior del menor, el Tribunal Constitucional neutraliza la aplicación de una norma imperativa que era clara, pues exigía el informe del Ministerio Fiscal» (De Torres Perea, 2016, 11-12).

Por tanto, en lo que en este trabajo nos atañe, el interés superior del menor es una consideración primordial a tener en cuenta por el Juez a la hora de decidir qué sistema de custodia protegerá mejor al menor, sin aplicar de manera imperativa el artículo 92, apartados 5 y 8, del CC, por encima, por tanto, de consideraciones como si se ha solicitado o no.

De no ser así, se estaría vulnerando un derecho del menor. Un derecho, además, invocable ante los tribunales.

En cuanto a cómo puede ejercitarse este derecho del menor, la Observación 14, como ya he anunciado, establece que se trata de un derecho invocable ante los Tribunales. El recurso de casación, como dice López Jara (2016, 10-11), «tiene como función la de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) y debe fundarse, como motivo único, en la infracción de normas sustantivas

que resulten de aplicación. Cuando el recurso pretenda combatir el régimen de guarda y custodia fijado en la sentencia, ésta solo será recurrible cuando su resolución presente interés casacional. En materia de guarda y custodia, éste interés casacional sólo existe si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio del interés superior del menor».

En cuanto al recurso de amparo, el problema está en que en nuestro ordenamiento este recurso lo reserva la CE en su art. 53.2 a las libertades y derechos reconocidos en el art. 14, la Sección primera del Capítulo segundo (arts. 15 a 29) y la objeción de conciencia en el art. 30 CE. Así, fuera del ámbito de la custodia compartida, ya se ha relacionado la vulneración del principio de protección del interés superior del menor con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y el TC ha dicho que «el principio del interés superior del menor debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia (STC 71/2004, de 19 de abril) y que la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (...). En este contexto, resultaría de aplicación el canon reforzado de la tutela judicial efectiva que ese Tribunal utiliza cuando la cuestión de fondo sobre la que se proyecta la tutela se conecta con otros derechos fundamentales del recurrente (por todas STC 292/2005, de 10 de noviembre y STC 93/2006, de 27 de marzo)». De forma que el Tribunal Constitucional deberá valorar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la que en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho (...), «pero habida cuenta de la afectación de un menor, el control de este Tribunal se extiende a comprobar que la motivación incluye de forma expresa un juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor». Además, en materia del régimen de visitas atribuido a los abuelos el TC ha señalado que «si existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con el 39 CE), se estimará la demanda de amparo».

Debe tenerse en cuenta que cuando se interpuso recurso de amparo en los procesos relativos a estas sentencias, no estaba aún regulado el interés superior del menor como tal derecho. Pero hoy día, creo, la vulneración del derecho del menor a que su interés sea valorado y considerado como primordial, y en lo que nos interesa aquí en cuanto a su custodia obviamente también, debería poder ser motivo de recurso de amparo si la sentencia emitida en recurso de casación no motivara suficientemente su decisión o no la ponderase de acuerdo al criterio del art. 2 de la LOPJM.

4. CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, cabe concluir que el mandato del art. 39 de la Constitución impone el deber al Juzgador de tener siempre en cuenta como primordial la protección del interés del menor en toda medida que deba adoptar y que le afecte. Siendo la adjudicación de la custodia del menor una cuestión principal y que sin duda alguna le afectará, la Constitución ordena que se proteja su interés. No es por tanto imperativo el contenido de los apartados 5 y 8 del art. 92 del CC, pues quedan derogados por el citado art. 39 de la CE. Además, ahondando en esta tesis, deben citarse los ya mencionados arts. 2 de la LOPJM y el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España, entre otros.

Además, tal y como viene regulado el art. 2 de la LOPJM, el interés superior del menor no es un principio con un contenido indeterminado, sino un derecho, invocable como tal ante los Tribunales, vinculado en cuanto al recurso de amparo con el art. 24 CE.

Por ello, se torna imprescindible una modificación del CC en este punto. Dicha reforma debería eliminar la duda sobre la potestad del Juzgador para establecer la medida que sobre la custodia del menor sea más beneficiosa para él, superando la reforma de la Ley 15/2005 en este punto, «Auténtico paso atrás en nuestra regulación» (De Torres Perea, 2011, 15).

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARDONA LLORENS, J. (2014), «El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención», *Ponencia presentada en la Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre* [en línea]. Disponible en: http://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf
- DE TORRES PEREA, J. M. (2011), «Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4 [en línea]. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/853_es.pdf
- (2016), «Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial», *Diario La Ley*, núm. 8737, Sección Doctrina, Ref. D-147, Editorial La Ley, 8 de abril.
- LÓPEZ JARA, M. (2016), «Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida», *La Ley Derecho de familia*, 11, Tercer trimestre.
- RODA Y RODA, D. (2014), *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

IL DIRITTO A CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI BIOLOGICHE: EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NUOVE FRONTIERE PROBLEMATICHE DI UNA PECULIARE DECLINAZIONE DEL DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE

GIULIA BATTAGLIA
Università di Pisa

SOMMARIO: 1. Introduzione. 1.1 Il diritto a conoscere le proprie origini biologiche nel prisma del diritto all'identità personale. 2. Il caso paradigmatico del «parto anonimo». 2.1 Il bilanciamento tra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e l'interesse della madre a preservare l'anonimato nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale. 2.2 Gli «echi» del diritto a conoscere l'identità dei propri genitori biologici nel seguito giurisprudenziale della sentenza Corte cost. n. 278 del 2013. 3. Note conclusive e alcuni spunti di riflessione: le nuove frontiere (problematiche) del diritto ad accedere alle proprie origini genetiche e biologiche. 4. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Il diritto all'identità personale, che rientra ormai pacificamente tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione e nella nozione di «vita privata» tutelata dall'art. 8 della CEDU, si è arricchito,

nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, di molteplici tasselli, ciascuno dei quali ne costituisce una peculiare proiezione.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto a realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, sulla cui base la Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 221 del 2015) ha interpretato l'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 («Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso»), nel senso di escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, sul presupposto che esso costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali; o, ancora, alle molteplici declinazioni del diritto al nome, primo e immediato segno distintivo dell'individuo, in forza del quale la Consulta ha riconosciuto il diritto del figlio al mantenimento del cognome originario, anche in caso di modificazioni del suo status derivanti da un successivo riconoscimento o da adozione (Corte cost., sentt. nn. 297 del 1996 e 120 del 2001) e, più recentemente, il diritto all'attribuzione anche del cognome materno (Corte cost., sent. n. 286 del 2016).

La paradigmatica «tendenza espansiva» (Pino, 2003, 13) del «diritto ad essere se stesso» – inteso come «rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo» (Corte cost., sent. n. 297 del 1996) e, prima ancora, a sviluppare la propria individualità in modo sereno ed equilibrato – riflette la complessità e la poliedricità dell'identità, in cui confluiscono tutti i diversi fattori (biologici, ereditari, familiari, socio-ambientali) che consentono a ciascuno di costruirsi ed affermarsi come individuo nella società.

1.1 Il diritto a conoscere le proprie origini biologiche nel prisma del diritto all'identità personale

Come è stato efficacemente affermato, «il pozzo dell'identità» è divenuto, dunque, «profondissimo» (Rodotà, 2012, 299) e il suo riconoscimento giuridico quale diritto fondamentale della persona si evolve con l'emergere di nuove istanze ed esigenze di tutela. Nella sua ineliminabile componente dialettica e relazionale – si può dire, infatti, che l'identità si costruisce e vive soprattutto nella relazione – esso si manifesta anche come «diritto dell'individuo a conoscere del proprio passato e a non essere privato della propria storia» (Viviani, 2013, 44).

Muovendo da questi presupposti, tanto la Corte di Strasburgo (in particolare, la sentenza della sezione II, 25 settembre 2012, caso *Godelli c. Italia*) che la Corte costituzionale (sent. n. 278 del 2013), nel censurare l'eccessiva rigidità della disciplina italiana in tema di parto «anonimo», che rendeva di fatto irreversibile la scelta per l'anonimato effettuata dalla madre al momento della nascita, hanno riconosciuto come componente fondamentale del diritto all'identità e allo sviluppo personale il diritto del figlio adottato a conoscere le proprie origini biologiche e ad accedere alla propria storia parentale.

Come sottolineato in una recentissima sentenza della Corte di cassazione (Cass. civ., I sez., 20.03.2018, n. 6963), che si pone a valle delle pronunce appena citate rappresentandone il più recente svolgimento nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, lo sviluppo equilibrato della personalità individuale e relazionale «si realizza soprattutto attraverso la costruzione della propria identità esteriore, di cui il nome e la discendenza giuridicamente rilevante e riconoscibile costituiscono elementi essenziali, e di quella interiore [che] può richiedere la conoscenza e l'accettazione della discendenza biologica e della rete parentale più prossima».

A livello internazionale, tale diritto trova riconoscimento nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, laddove, all'art. 7, si attribuiscono al minore, dal momento della sua nascita, i diritti ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi, e, all'art. 8, si stabilisce che gli Stati si impegnano a rispettare il diritto del minore a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari. L'identità del minore viene cioè declinata e protetta, secondo la dottrina¹, sotto quattro principali aspetti: biologico, familiare, sociale e politico; è nell'ambito delle prime due che deve senz'altro essere ricompreso il diritto alle origini, ovvero «*the right to know one's ancestral background, including medical and genetic information about oneself and one's biological parentage, circumstances of one's conception, time and place of birth, and records of other events meaningful to the individual*» (Freeman; Margaria, 2012, 159). Inoltre, la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, resa esecutiva in Italia con la legge 31 dicembre 1998, n. 476, stabilisce all'art. 30 che le «autorità competenti di ciascuno Stato contraente conservano con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre e i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua fami-

¹ Per un approfondimento si veda STEWART (1992).

glia» e che le «medesime autorità assicurano l'accesso del minore o del suo rappresentante a tali informazioni, con l'assistenza appropriata, nella misura consentita dalla legge dello Stato».

Le citate fonti sovranazionali rivelano come il tema del diritto ad accedere alle proprie origini biologiche si sia affermato in stretta connessione con la crescente attenzione per i diritti del minore; tuttavia, «l'interesse che può avere un individuo a conoscere la sua ascendenza non viene meno con l'età, anzi avviene il contrario», come evidenzia la Corte EDU nella sentenza *Godelli c. Italia*, § 69.

Del resto, ciò trova riscontro, sul piano nazionale, nella disciplina dettata dall'art. 28, legge 4 maggio 1983, n. 184 («Diritto del minore ad una famiglia», d'ora in avanti legge sulle adozioni), così come modificato dall'art. 24, legge 28 marzo 2001, n. 149, che gradua il diritto ad accedere alle informazioni relative ai propri genitori naturali in base all'età². L'art. 28, comma 1, prevede, infatti, che il minore adottato venga informato della sua condizione nei modi e termini ritenuti più opportuni dai genitori adottivi, mentre il comma 5 stabilisce che, superato il venticinquesimo anno di età, all'adottato sia consentito l'accesso «alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici», a meno che il Tribunale per i minorenni ritenga che la rivelazione determini un grave turbamento all'equilibrio psico-fisico dello stesso richiedente. Per l'infraventicinquenne, invece, l'accesso è possibile soltanto se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica, su istanza presentata al Tribunale per i minorenni del luogo di residenza.

2. IL CASO PARADIGMATICO DEL PARTO «ANONIMO»

La disciplina italiana in tema di adozioni appena richiamata, che configura il diritto ad essere informato circa le proprie origini come un vero e proprio diritto potestativo, è frutto delle modifiche introdotte dalla novella del 2001; infatti, nel riscrivere la disposizione, il legislatore ha inteso superare l'originaria impostazione orientata alla cessazione totale dei rapporti tra il minore adottato con adozione legittimante e la sua famiglia di origine, valorizzando, al contrario, il diritto del minore ad ottenere informazioni sulla propria «verità biologica». L'accesso a tali informazioni è tuttavia precluso – e lo era in termini assoluti fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 – nel caso previsto dall'art. 28, comma 7, in cui la madre abbia cioè partorito nell'a-

² Per un approfondimento si veda DE SANTIS (2018).

nonimato, dichiarando di non volere essere nominata nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d. P. R. 3 novembre 2000, n. 396.

Il percorso giurisprudenziale che ha consacrato il diritto a conoscere le proprie origini quale espressione essenziale del diritto all'identità (si fa in particolare riferimento alle già citate sentenze Corte EDU, caso Godelli c. Italia e Corte costituzionale, sent. n. 278 del 2013) ha ad oggetto proprio questo divieto e riguarda una realtà fattuale, il parto anonimo, che in Italia conta circa 400 casi ogni anno³ (a fronte dei quasi 5.000 che si contavano negli anni cinquanta), perlopiù riguardanti giovani donne straniere.

Il diritto a partorire nell'anonimato – offrendo cioè alla donna la possibilità di partorire in condizioni sanitarie adeguate, senza essere nominata nella dichiarazione di nascita – è garantito soltanto in alcuni Stati europei, tra questi, oltre all'Italia, vengono in considerazione la Francia che prevede l'istituto dell'*Accouchement sous X* disciplinato sia dal *code civil* (art. 326) che dalla *loi* n. 2002-93 del 22 gennaio 2002; e, a partire dal 2014, la Germania dove la possibilità di optare per l'anonimato è regolata dal *Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der Vertraulichen Geburt* del 28 agosto 2013⁴.

Si tratta di una scelta di sistema che presuppone l'attribuzione su base volontaristica della maternità⁵ e, negli ordinamenti che lo consentono, è concepito come strumentale alla protezione di beni primari quali la salute, l'incolumità e la vita stessa della gestante e del nascituro: consentire alla donna di partorire in condizioni di sicurezza, senza perciò «subire» le conseguenze giuridiche dell'atto generativo e proteggere nel tempo gli effetti connessi alla dichiarazione di non voler essere nominata significa, infatti, tentare di scongiurare decisioni fatali come l'aborto o, addirittura, l'infanticidio.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, l'art. 30, comma 1, del d. P. R. 3 novembre 2000, n. 396, nel disciplinare la formazione dell'atto di nascita, precisa che chi compie la dichiarazione (i soggetti a ciò deputati sono, secondo tale disposizione, uno dei genitori o un loro procuratore speciale, il medico, l'ostetrica o comunque una persona che abbia assistito al parto) deve rispettare

³ Per un'analisi statistica del fenomeno, si rinvia a Società Italiana di Neonatologia - OSSERVATORIO NINNA HO, *Dati sul fenomeno dei bambini non riconosciuti alla nascita*, 2015, reperibile sul sito www.neonatalogia.it. Il dato rilevato nei 70 Centri campione tra luglio 2013 e giugno 2014 è dello 0,07% sul totale dei bambini nati vivi, ovvero 56 neonati non riconosciuti su un totale di 80.060 (in Italia, ogni anno, nascono circa 500.000 bambini).

⁴ Per un approfondimento dei due istituti si rinvia a AZZARRI (2017).

⁵ Si rinvia a FREEMAN; MARGARIA (2012) per una sintesi delle argomentazioni - non solo di natura giuridica - favorevoli e contrarie all'istituto del parto anonimo, con particolare riferimento alla disciplina francese del «*Accouchement sous X*».

«l'eventuale volontà della madre che non vuole essere nominata»: in altri termini, la relazione biologica tra genitrice e figlio non si traduce in rapporto giuridico di filiazione se la madre dichiara di voler restare anonima. Tale scelta viene poi preservata nel corso della vita della donna dall'art. 28, comma 7, legge sulle adozioni, che, come sopra anticipato, fino al 2013 non consentiva in alcun modo al figlio adottato adulto di accedere alle informazioni relative all'identità della madre laddove quest'ultima avesse dichiarato alla nascita di non volere essere nominata e, infine, dall'art. 93, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in base al quale il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre «anonima», possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse decorsi cento anni dalla formazione del documento, un lasso temporale evidentemente eccedente la normale durata della vita umana⁶.

Prima della sentenza Corte cost. n. 278 del 2013, la tutela di quello che può essere senza dubbio definito come «diritto all'oblio» della madre biologica costituiva un ostacolo insuperabile, assoluto e perenne al contrapposto diritto del figlio a conoscere la «verità biologica» circa la propria nascita e ascendenza, che risultava perciò integralmente sacrificato.

Chiamata una prima volta ad esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge sulle adozioni, nella parte in cui rendeva irreversibile la decisione della madre «anonima», la Corte costituzionale (sent. n. 425 del 2005) aveva dichiarato non fondata la questione sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze, ritenendo che proprio l'assenza di qualsivoglia tipo di limitazione, anche temporale, alla tutela del diritto all'anonimato della donna fosse il frutto «di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda» (punto 4 del *Considerato in diritto*). Secondo la Corte, la finalità perseguita dal legislatore con la norma impugnata – ovvero garantire la massima protezione alla scelta della madre, distogliendola da decisioni irreparabili – sarebbe stata vanificata «se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà» (punto 4 del *Considerato in diritto*).

⁶ Con la precisazione che, ai sensi del successivo comma 3, è prevista la comunicabilità, in ogni tempo (e nel termine di cento anni fissati per il segreto), delle informazioni non identificative ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile.

Ad aver determinato il mutamento giurisprudenziale della Corte nel 2013 – oltre ad una maggiore consapevolezza della già richiamata evoluzione legislativa nei rapporti tra l'adottato e la famiglia di origine – è stata appunto la sentenza della Corte EDU *Godelli c. Italia* che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione perché, con l'irreversibilità del segreto «non [ha] cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa», oltrepassando il margine di discrezionalità che le è stato accordato.

2.1 Il bilanciamento tra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e l'interesse della madre a preservare l'anonimato nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale

Riprendendo le fila delle argomentazioni espresse nella sentenza della Grande Camera, 13 febbraio 2003, caso *Odièvre c. Francia*, i giudici di Strasburgo evidenziano come il diritto a conoscere la propria ascendenza sia «parte integrante della nozione di vita privata» (§ 65), tutelato dall'art. 8 della Convenzione, al pari dell'interesse della donna a conservare l'anonimato (§ 63).

Vale peraltro la pena ricordare i termini in cui si erano espressi i giudici *Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens e Pellonpää*, nell'opinione dissenziente comune espressa nel richiamato caso *Odièvre c. Francia*: ritenendo, contrariamente alla maggioranza del collegio giudicante, che la legislazione francese avesse violato l'art. 8 della Convenzione, essi affermavano che «la possibilità di accedere alle proprie origini e rintracciare gli elementi della propria storia personale è una questione di libertà, dignità umana che rientra nel cuore dei diritti garantiti dalla Convenzione».

Perciò, secondo la Corte EDU, se la scelta di consentire il parto anonimo rientra nel margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri nella definizione di misure idonee a garantire il rispetto della vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione, tale margine risulta superato nel caso in cui lo Stato non stabilisca un idoneo equilibrio tra gli interessi in causa.

Al contrario della disciplina francese, che prevede la possibilità di revocare l'anonimato e, con la *loi* n. 2002-93 del 22 gennaio 2002, ha facilitato la ricerca delle proprie origini e il contatto con la madre biologica attraverso l'istituzione del *Conseil national pour l'accès aux origines personnelles* (CNAOP), la legislazione italiana, prima del 2013, «non tenta[va] nemmeno di mantenere alcun

equilibrio tra i diritti e gli interessi in causa», riconoscendo una «preferenza incondizionata» per l'interesse della madre (Godelli c. Italia, § 70).

Nonostante l'assorbimento dei motivi di censura formulati con riferimento al parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost., la condanna di Strasburgo ha fornito alla Consulta lo stimolo per operare una nuova composizione dei diritti in gioco e dichiarare, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca della dichiarazione di non voler essere nominata.

La Corte ha individuato il motivo di contrasto della norma con gli artt. 2 e 3 Cost. nella «cristallizzazione» della scelta compiuta dalla madre al momento del parto che, espropriando «la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione», trasformava quel diritto in una sorta di «vincolo obbligatorio che (finiva) per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare» traducendosi in un'irragionevole e irreversibile rinuncia alla «genitorialità naturale», così come in un irragionevole e irreversibile depauperamento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Il diritto in parola è riconosciuto dalla Corte quale «elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona», di cui valorizza il profilo identitario sia interiore che relazionale; il giudice costituzionale afferma, infatti, che «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale» (Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto 5 del *Considerato in diritto*).

2.2 Gli «echi» del diritto a conoscere l'identità dei propri genitori biologici nel seguito giurisprudenziale della sentenza Corte cost. n. 278 del 2013

Pur dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma, la Corte costituzionale, nella pronuncia n. 278 del 2013, ha utilizzato la tecnica delle sentenze additive di principio, rimettendo al legislatore il compito di determinare concretamente il «punto di equilibrio» tra i due diritti, operando le scelte procedurali idonee a garantire in termini rigorosi la riservatezza della donna.

Nel perdurante silenzio legislativo – il disegno di legge n. 1978 («Modifiche all'art. 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita») presentato nella precedente legislatura, era ben lontano dalla conclu-

sione dell'*iter legis* – la risposta dei giudici di merito alle istanze di interpello da parte dei figli nati da parto anonimo sono state discordanti fino all'intervento della Corte di Cassazione.

Se, infatti, alcuni Tribunali (tra cui il Tribunale per i minorenni di Trieste, quello di Firenze e la Corte d'appello di Venezia) hanno ritenuto che il divieto di *non liquet*, insieme alla dichiarazione di incostituzionalità, imponessero al giudice di dare diretta e concreta applicazione al principio, giungendo addirittura all'elaborazione di prassi operative particolarmente dettagliate da seguire per la procedura di interpello, sul versante opposto, altri Tribunali (tra questi i Tribunali per i minorenni di Bari, di Milano, di Catania e di Bologna) hanno rigettato le richieste di interpello delle madri biologiche avanzate da parte dei figli, ritenendo che una loro supplenza fosse indebita e invasiva degli altri poteri dello Stato, perché creativa *ex novo* di un procedimento allo stato mancante.

Chiamate a risolvere il contrasto giurisprudenziale su richiesta del Procuratore generale ai sensi dell'art. 363 c.p.c., le Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass. civ. Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946) hanno avallato il primo orientamento, affermando che, anche in assenza dell'intervento legislativo sollecitato dalla Corte costituzionale, il giudice non potrà più respingere *tout-court* la richiesta del figlio senza avere previamente verificato la volontà della donna, con le modalità più discrete e meno invasive possibili, che possono essere ricavate dalla «carica di specificazioni» (punto 8.1.) contenute nel principio somministrato dalla Consulta, come dimostrano, secondo il giudice di legittimità, i protocolli *medio tempore* elaborati da alcuni Tribunali testualmente riportati nella pronuncia medesima a titolo di esempio. Se lo facesse, il giudice non solo continuerebbe a dare applicazione a una norma che la dichiarazione di incostituzionalità ha rimosso dall'ordinamento, ma «il mancato sforzo ermeneutico [...] determinerebbe anche un *deficit* di tutela riguardo ad un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo» (punto 10).

Il diritto a conoscere le proprie origini, così consacrato dal «combinato disposto» (l'espressione non è casuale) della giurisprudenza convenzionale, costituzionale e di legittimità, si è arricchito di un'ulteriore sfumatura nella più recente sentenza Cass. civ., I sez., 20.03.2018, n. 6963, che – fuori dall'ipotesi del parto anonimo – ha riconosciuto il diritto dell'adottato adulto ad accedere alle informazioni concernenti non soltanto l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quella delle sorelle e dei fratelli biologici adulti.

Secondo la Corte di cassazione, infatti, se l'accesso fosse consentito soltanto nei confronti dei primi soggetti, il riferimento dell'art. 28, comma 5, alle «informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici» consisterebbe in una mera endiadi. Una simile opzione ermeneuti-

ca, tuttavia, non può essere accolta e deve lasciare spazio all'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme che consente, invece, di includere le informazioni relative alle sorelle e ai fratelli biologici nel diritto di accesso all'adottato, in ragione «[della] natura del diritto e [della] funzione di primario rilievo nella costruzione dell'identità personale che viene riconosciuta alla scoperta della personale genealogia biologica-genetica» (punto 14).

In questo caso, tuttavia, il diritto a conoscere le proprie origini non assume i caratteri di un diritto potestativo, dovendo trovare un punto di equilibrio con il contrapposto e altrettanto fondamentale diritto a «conservare la costruzione preesistente dell'identità propria e dei terzi eventualmente coinvolti» (punto 8).

Pur non sussistendo, dunque, un divieto espresso come nel caso della madre biologica che abbia scelto l'anonimato, anche per l'accesso alle informazioni relative all'identità dei fratelli biologici adulti, secondo il giudice di legittimità, dovranno essere seguite modalità procedurali idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso o di constatarne il diniego, da ritenersi, quest'ultimo, impeditivo dell'esercizio del diritto.

La «procedimentalizzazione del bilanciamento d'interessi», introdotta dalla sentenza Corte cost., n. 278 del 2013 e successivamente dettagliata dalla pronuncia delle Sezioni Unite, è, secondo la Corte di Cassazione, «la modalità costituzionalmente e convenzionalmente adeguata», al fine di attuare, anche in casi differenti dal parto anonimo, un'adeguata composizione tra il diritto dell'adottato adulto che vuole conoscere le proprie origini per poter «aggiungere una tessera di primario rilievo al mosaico della propria identità» (punto 12) e i componenti del nucleo familiare biologico-genetico, diversi dai genitori. Infatti, le modalità procedurali in concreto adottabili potranno essere tratte, prosegue la Corte, «dai numerosi protocolli elaborati dai Tribunali per i minorenni dei diversi distretti giudiziari dei quali si trova ampia illustrazione nel par. 11 delle S. U. n. 1946 del 2017» (punto 15).

Se è vero, come affermano alcuni commentatori, che in questa pronuncia il giudice «opera da legislatore», confermando una tendenza creativa sempre più evidente della giurisprudenza, non altrettanto condivisibile è l'oggetto di tale critica: ovvero l'aver la sentenza, stante l'assenza di un espresso divieto come nel caso del parto anonimo, riconosciuto a fratelli e sorelle un ingiustificato «privilegio» che finisce per introdurre una «nozione ingiustificatamente restrittiva del diritto alle origini [...], affievolendolo a fronte di scelte insindacabili di soggetti cui è attribuita una posizione di preminenza senza reali fondamenta giuridiche» (Casaburi, 2018, 1142). Operando in effetti da legislatore

re, la Corte di cassazione ha esplicitato una nuova declinazione del diritto alla ricerca delle origini – tutt’altro che pacifica, stando alla formulazione letterale dell’art. 28, comma 5, legge sulle adozioni – preoccupandosi di preservare l’identità (spesso faticosamente costruita) di soggetti che occupano una posizione innegabilmente diversa dai genitori biologici, senza in alcun modo affievolire, ma semmai ampliando, il contenuto del diritto in questione.

Come rileva in un recente contributo De Santis, nei rapporti di filiazione, così come, in generale, nelle relazioni familiari, «il principio di verità non prevale affatto in termini assoluti», dovendo talora essere temperato con la «necessità di preservare proprio l’identità, ovvero l’immagine di sé, così come si è formata in termini relazionali e sociali» (De Santis, 2018, 15).

Nel caso di specie, ciò si traduce nell’esigenza di tutelare non soltanto il diritto di chi desidera conoscere e ricostruire i propri legami biologici, ma anche, all’opposto, quello di chi, nella medesima posizione del primo, vuole preservare la propria identità da tale «verità biologica».

3. NOTE CONCLUSIVE E ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE: LE FRONTIERE PROBLEMATICHE DEL DIRITTO AD ACCEDERE ALLE PROPRIE ORIGINI GENETICHE E BIOLOGICHE

In base alle considerazioni svolte non vi è dubbio che il diritto ad accedere alle proprie origini biologiche rappresenti un elemento di primario rilievo dello «statuto costituzionale e convenzionale» della persona. Altrettanto pacifica è la non assolutezza che lo caratterizza; in senso analogo all’affine principio del *favor veritatis* nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis* (v. Corte cost., sent. n. 272 del 2017⁷), il suddetto diritto non si sottrae, infatti, al bilanciamento con altri valori parimenti rilevanti. Ne è un esempio paradigmatico proprio il limite che esso trova nel perdurante interesse della madre biologica a conservare l’anonimato.

Nondimeno, il delicato tema del «diritto alle origini» e della sua composizione con interessi contrapposti viene in considerazione anche rispetto ad altri fenomeni caratterizzati dalla dissociazione tra identità genetica/biologica

⁷ Pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 c.c. («Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità») – in tema di maternità surrogata – la Corte costituzionale ha affermato che «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell’ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell’accertamento della verità biologica e genetica dell’individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento» (punto 4.1 del *Considerato in diritto*).

e status giuridico di figlio. Ci si riferisce, in particolare, alla procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo e alla gestazione per altri (o maternità surrogata).

Con riferimento alla prima pratica, la disciplina italiana (che, prima dell'intervento della Consulta nel 2014⁸ proibiva il ricorso a tale tecnica) non prevede alcun obbligo per i genitori di informare il figlio in merito alle circostanze relative al proprio concepimento, né prevede alcun contemperamento dell'anonimato del donatore di gameti – ricavabile dall'art. 14, decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191⁹ – con l'eventuale interesse del figlio a conoscere i dati identificativi della propria ascendenza genetica come accade, invece, in altri paesi¹⁰.

La legge sulla procreazione medicalmente assistita si limita, poi, a stabilire che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9, comma 3, legge 19 febbraio 2004, n. 40).

Parte della dottrina pone in evidenza come il donatore non abbia mai preso parte al progetto genitoriale, limitandosi a determinare il corredo genetico del nato; a differenza di ciò che accade nella vicenda adottiva, dove esiste una «storia familiare» pregressa all'abbandono che giustifica in qualche modo il bisogno di conoscenza del figlio, nell'ambito della PMA il donatore «non ha mai inteso divenire genitore, ma soltanto compiere un atto – nella ipotesi migliore – di generosità, mettendo a disposizione i propri gameti», perciò l'interesse del minore a conoscere l'identità anagrafica di questa persona non troverebbe «una ragionevole giustificazione» (D'Avack, 2012). In altri termini, «l'assolutezza del divieto di accedere ai dati sui donatori dei gameti, nel caso dell'eterologa, sarebbe dunque giustificata [...] dall'assenza di un interesse del quale si richieda il soddisfacimento, stante la mancata partecipazione dei donatori al progetto genitoriale» (Murgo, 2017, 282).

Riflettono la complessità della questione le differenti posizioni riportate nel parere del Comitato Nazionale di Bioetica «Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa» del 2011¹¹, di

⁸ Corte cost., sent. n. 162 del 2014.

⁹ «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».

¹⁰ Si fa riferimento a Svezia (1984), Austria (1998), Svizzera (2001), Olanda (2002), Norvegia (2003), Gran Bretagna (2004), Finlandia (2006) Nuova Zelanda (2004), e ad alcuni stati australiani, Victoria (1998), Australia occidentale (2004), Nuovo Galles del Sud (2010), Australia meridionale (2010).

¹¹ Comitato Nazionale di Bioetica (CBN), *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 2011, reperibile in [http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-ri-](http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-ri)

particolare interesse sebbene precedente alla sentenza della Corte costituzionale che ha fatto venir meno il divieto di fecondazione eterologa in Italia (v. *supra* nota n. 8). Pur concordando sulla sussistenza di una responsabilità morale dei genitori di informare il figlio sulla propria origine attraverso filtri e criteri appropriati, alcuni membri del Comitato sostenevano la necessità di mantenere l'anonimato anagrafico del donatore di gameti poiché la ricerca di tali informazioni «non può offrire un reale contributo alla costruzione della propria storia [essendo] il donatore un estraneo che ha «ceduto» i propri gameti, con il quale il nato ha un mero legame genetico (oltretutto parziale) ma non certo relazionale, parentale o genitoriale». Al contrario, altri membri del Comitato affermavano che «il diritto a conoscere le proprie origini non può arrestarsi alle soglie della conoscenza delle modalità della procreazione o dei dati genetici del donatore» perché, dato il «nesso inscindibile tra corpo e mente, *bios* e psiche», il «legame biologico con chi ha contribuito alla nostra nascita» costituisce un elemento significativo e fondamentale dell'«intreccio» identitario «che si costruisce attraverso un continuo rimando tra la conoscenza di noi stessi e la conoscenza degli altri con cui viviamo».

Il secondo orientamento pare maggiormente in linea con la valorizzazione del diritto a conoscere le proprie origini operato dalla successiva giurisprudenza in tema di parto anonimo; se, infatti, è innegabile l'assenza di responsabilità in capo al donatore, non è perciò possibile negare a priori l'esistenza dell'interesse del nato da PMA eterologa ad accedere alle informazioni relative all'origine della propria esistenza. Non si tratta di legare la responsabilità genitoriale al dato biologico ma, piuttosto, di non escludere, per i nati attraverso tale tecnica, la rilevanza e la possibile composizione dialettica di quel «bisogno di conoscenza», relativo a chi ha contribuito a dare origine alla propria vita, che «rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di una persona in quanto tale» (Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto 4 del *Considerato in diritto*). In questo senso, «la situazione non è dissimile a quanto avviene con la possibilità di interpellare ed, eventualmente, instaurare un rapporto «di fatto» con la madre naturale che abbia partorito in anonimato», secondo un temperamento «auspicato anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 162 del 2014» (De Santis, 2018, 10).

Per quanto concerne la maternità surrogata, occorre preliminarmente ricordare che in Italia tale tecnica riproduttiva è oggetto del divieto penale di cui

all'art. 12, comma 6, legge n. 40 del 2004¹². Tralasciando le considerazioni di (dis)valore che sono state pronunciate anche dalla nostra Corte costituzionale in un significativo *obiter dictum* della sentenza n. 272 del 2017 – al punto 4.1. del *Considerato in diritto* si parla, infatti, di «elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale» – ci si limita a ricordare come l'effetto giuridico della pratica in parola, di fatto, consista nell'«istituzione di un soggetto di diritto, una *persona*, anteriore al concepimento, e la sua collocazione in una genealogia e un sistema di parentela almeno in parte [...] diversi da quelli attribuiti al nato come regola generale dalla legge dello Stato dove l'accordo è eseguito, per effetto della legge regolatrice della maternità di sostituzione, e [...] contrari a quelli disposti dalla legge dello Stato nel quale ha cittadinanza e risiede la parte committente, che al ritorno in patria domanda la trascrizione nei registri dello stato civile del certificato di nascita legalmente formato all'estero» (Calderai, 2018, 63).

In tale contesto, dunque, il diritto a conoscere la propria ascendenza biologica si deve confrontare, o meglio scontrare, a monte, con la manipolazione del fatto naturale del parto che ne è alla base¹³ e, a valle, da un lato, con le eventuali preclusioni previste dalla legislazione degli Stati che hanno disciplinato il ricorso alla maternità surrogata, dall'altro, con l'artificialità della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero; esso, perciò, sembra potersi ulteriormente declinare come «diritto alla trasparenza sulle circostanze della propria nascita» (Niccolai, 2017, 58).

Se l'esigenza di ottenere informazioni sulle proprie origini appare, perciò, tutt'altro che secondaria rispetto alla vicenda riproduttiva della surrogazione, la giurisprudenza originata dalle sempre più frequenti richieste di trascrizione di atti di nascita formati all'estero a seguito del ricorso alla surrogazione, nel bilan-

¹² Più precisamente, come ricorda NICCOLAI (2017), ad essere oggetto del divieto penale è la surrogazione effettuata in un «contesto di mercato», mentre ne resterebbe esclusa quella c.d. «di prossimità» che si verifica con riferimento a tutte «quelle situazioni [...] che non presuppongono alcun tipo di intermediazione perché nascono spontaneamente in concrete relazioni personali». Anche gli accordi privati attraverso cui si realizza questo tipo di surrogazione sono, tuttavia, «negozi a causa illecita che non garantiscono alle parti il reciproco adempimento». Sul punto, si veda la recente sentenza Cass., sezioni unite, 8.05.2019, n. 12193, secondo cui tale divieto è «qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione».

¹³ Secondo NICCOLAI (2017), la surrogazione di maternità si pone, infatti, in insanabile contrasto con il fondamentale principio «*mater semper certa*», che «significa che davanti al fatto naturale del parto ogni manipolazione è preclusa, sia essa una disposizione di legge o di contratto, che alteri questa realtà, davanti alla quale l'ordinamento si ferma. Nascere da un corpo di donna fa di un essere umano un certo qualcuno: il figlio di lei». In questi termini, peraltro, vale la pena ricordare le considerazioni espresse dalla Corte costituzionale, seppure in tema di parto anonimo, sulla incompatibilità costituzionale di una «irreversibile rinuncia alla 'genitorialità naturale'» (Corte cost., sent. n. 278 del 2013, punto 5 del *Considerato in diritto*).

ciare il superiore interesse del minore a non subire il trauma del distacco dalla famiglia committente con il principio del *favor veritatis*, sembra relegare in secondo piano il fatto che «l'interesse che il minore rischia di vedere leso è [proprio] quello, primario e fondamentale, alla conoscenza delle proprie origini» (Niccolai, 2017, 58).

Al contrario, se si accoglie il rilievo dell'Autrice, secondo la quale «proteggere la persona dalla manipolazione della sua identità è, del resto, al fondo, lo scopo del diritto alla conoscenza delle proprie origini» (Niccolai, 2017, 56), a chi scrive pare, invece, che si possa addirittura affermare che il divieto di surrogazione – che «non protegge [solo] le donne dalla mercificazione, ma ogni essere umano dalla manipolazione del suo sé» (*ibidem*) – trovi la sua *ratio* anche nel diritto in parola.

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AZZARRI, F. (2017), «Diritti della persona e interventi delle Corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche», NAVARRETTA, E. (a cura di), *Drittwirkung e principio di effettività nelle discipline di settore. Bioetica - diritti sociali – alimentazione*, Torino: Giappichelli, pp. 3-51.
- CALDERAI, V. (2017), «La conquista dell'ubiquità: efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi», NAVARRETTA, E. (a cura di), *Drittwirkung e principio di effettività nelle discipline di settore. Bioetica - diritti sociali – alimentazione*, Torino: Giappichelli, pp. 53-84.
- CASABURI, G. (2018), «*Privilegia ne inroganto*. La Cassazione/legislatore riconosce e insieme limita il diritto alle origini nei confronti delle sorelle e dei fratelli biologici», *Il Foro Italiano*, vol. 143, fasc. 4, col. 1141-142.
- D'AVACK, L. (2012), «Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella pma con donatori/trici di gameti», *Dir. famiglia*, fasc.2, pp. 815-836.
- DE SANTIS, V. (2018), «Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna: adozione, PMA eterologa e cognome materno», *Nomos: Le attualità nel diritto*, 1, pp. 1-19.
- FREEMAN, M.; MARGARIA, A. (2012), «Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty», *Theoretical Inquiries in Law*, 13(1), pp. 153-178.
- LONG, J. (2018), «L'adottato adulto ha diritto a conoscere l'identità dei fratelli biologici, se essi vi consentono», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, pp. 1227-1234.
- MURGO, C. (2017), «Ricerca delle origini, diritto all'identità personale e tutela della riservatezza: un tentativo di armonizzazione», *Rivista critica del diritto privato*, 6, pp. 255-291.

- NICCOLAI, S. (2017), «Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla *ratio* del divieto di maternità surrogata in Italia», *GenIus*, IV(2), pp. 49-59.
- PINO, G. (2003), *Il diritto all'identità personale: interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna: Il Mulino.
- RODOTÀ, S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari: Laterza.
- STEWART, G. A. (2012), «Interpreting the Child's Right to Identity in the UN Convention on the Rights of The Child», *Family Law Quarterly*, 26(3), pp. 221-233.
- VIVIANI, A. (2013), *L'identità personale nel Sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli: Editoriale Scientifica.

CONGEDO OBBLIGATORIO DI PATERNITÀ E CONDIVISIONE DEI COMPITI GENITORIALI DI CURA DEI FIGLI

BRUNO BRANCATI*
Università di Pisa

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I principi costituzionali. 3. La condivisione da parte dei genitori dei compiti di cura nella giurisprudenza costituzionale e nella legislazione ordinaria. 3.1 La giurisprudenza costituzionale. 3.2 La legislazione ordinaria. 4. Una valutazione del congedo obbligatorio di paternità. 5. Conclusioni. 6. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Questo contributo ha ad oggetto l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro (o congedo obbligatorio di paternità) del padre lavoratore dipendente, introdotto – accanto ad una forma ulteriore di astensione facoltativa – nell'ordinamento italiano in via sperimentale, per gli anni 2013-2015, con la L. n. 92 del 2012 (c.d. Legge Fornero). Secondo la formulazione dell'art. 4, comma 24, lett. a) della suddetta legge, «il padre lavoratore dipendente, entro i cinque mesi dalla nascita del figlio, ha l'obbligo di astenersi dal lavoro per un periodo

* Dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali Università di Pisa. Si desidera ringraziare la dott.ssa Anna Dieterich per gli interessanti spunti di riflessione.

di un giorno»; inoltre, la previsione contempla, sempre entro il medesimo periodo di cinque mesi, un periodo di astensione facoltativa¹. La L. n. 208 del 2015², con l'art. 1, comma 205, ha prorogato sperimentalmente per l'anno 2016 sia il congedo obbligatorio sia quello facoltativo di cui alla norma precedente, aumentando, peraltro, il congedo obbligatorio a due giorni, che possono essere goduti anche in via non continuativa. L'applicazione delle disposizioni concernenti il congedo obbligatorio è stata, poi, prorogata dalla L. n. 232 del 2016³, art. 1, comma 354, per gli anni 2017 e 2018: in particolare, la durata del congedo obbligatorio è due giorni per l'anno 2017 e quattro giorni per l'anno 2018, da godersi anche in via non continuativa⁴. Infine, la L. n. 145 del 2018⁵, con l'art. 1, comma 278, lett. a) e b), ha prorogato anche per l'anno 2019 l'applicazione delle disposizioni concernenti il congedo obbligatorio, disponendo che per l'anno 2019 la durata sia pari a cinque giorni. Il padre lavoratore dipendente ha diritto per i giorni di astensione di cui alle suddette previsioni a un'indennità giornaliera pari al 100% della retribuzione⁶. Occorre ricordare le finalità attribuite a tali previsioni dallo stesso art. 4, comma 24 della L. n. 92 del 2012, ovvero il sostegno alla genitorialità, la promo-

¹ Infatti, l'art. 4, comma 24, lett. a) della L. n. 92 del 2012 prevede che «il padre lavoratore dipendente può astenersi per un ulteriore periodo di due giorni, anche continuativi, previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima». La previsione legislativa aggiunge altresì che il padre lavoratore è tenuto a comunicare in forma scritta al datore di lavoro i giorni prescelti per l'astensione, almeno quindici giorni prima dei medesimi.

² Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016).

³ Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019.

⁴ Per l'anno 2018, è stato previsto che il congedo facoltativo del padre lavoratore dipendente, consentito in aggiunta al congedo obbligatorio, previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima, sia pari ad un giorno (vedi art. 1, comma 354, L. n. 232 del 2016; l'art. 1, comma 278, lett. c) della L. n. 145 del 2018, modificando l'art. 1, comma 354 della L. n. 232 del 2016, ha stabilito che la citata previsione relativa al congedo facoltativo per l'anno 2018 è estesa all'anno 2019).

⁵ Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021. Trattando il tema del congedo di paternità, occorre anche richiamare – pur se con brevi cenni – l'evoluzione più recente del diritto dell'Unione europea. In particolare, la direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio ha dato agli Stati membri il compito di garantire che «il padre o, laddove e nella misura in cui il diritto nazionale lo riconosce, un secondo genitore equivalente abbia diritto a un congedo di paternità di dieci giorni lavorativi da fruire in occasione della nascita di un figlio del lavoratore» (art. 4., par. 1). Gli Stati membri possono valutare se permettere che tale congedo venga fruito in parte prima della nascita del figlio oppure soltanto dopo la nascita, e se possa essere fruito con modalità flessibili (vedi art. 4, par. 1). La retribuzione o l'indennità del lavoratore in congedo di paternità devono garantire un reddito almeno equivalente a quello spettante in caso di interruzione del lavoro per motivi di salute, entro i limiti di un eventuale massimale stabilito dal diritto nazionale, e possono essere subordinate a un certo periodo di occupazione precedente (vedi art. 8, par. 2). Gli Stati membri devono conformarsi a tali previsioni della direttiva entro il 2 agosto 2022 (vedi art. 20, par. 1). A decorrere da questa data, è abrogata la direttiva 2010/18/UE (vedi art. 19, par. 1).

⁶ Sia nel caso di congedo obbligatorio, sia nel caso di congedo facoltativo: (vedi art. 4, comma 24, lett. a) della L. n. 92 del 2012).

zione della cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e l'agevolazione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Si tratta, indubbiamente, di finalità che devono essere sposate, dato che la società italiana è caratterizzata da una forte asimmetria nella ripartizione del lavoro familiare, come risulta da dati ed elaborazioni forniti dall'Istat⁷. Tale asimmetria pare corrispondere ad un insufficiente invero dei principi costituzionali, nella misura in cui non è generata da una libera scelta delle donne, ma costituisce il frutto di condizionamenti sociali. Ci si deve chiedere, tuttavia, se una misura legislativa come quella oggetto di questo contributo sia idonea al raggiungimento degli scopi, in particolare di quello della maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia, e non si ponga in attrito con altri principi costituzionali.

2. I PRINCIPI COSTITUZIONALI

Ai fini di questo contributo, può essere utile considerare i principi costituzionali rilevanti in materia. Certamente, il mondo del lavoro e la conciliazione degli impegni lavorativi e familiari rappresentano un serio banco di prova per la realizzazione dell'uguaglianza e della parità tra uomo e donna. Infatti, la pari dignità sociale e l'eguaglianza davanti alla legge devono essere assicurate, tra l'altro, «senza distinzione di sesso» (art. 3, 1° comma, Cost.). Inoltre, la scarsa condivisione dei compiti nell'ambito della coppia e della famiglia potrebbe rappresentare uno di quegli ostacoli di ordine economico e sociale che la Repubblica ha il compito di rimuovere, in quanto, «limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»

⁷ Si rinvia all'audizione del Presidente dell'Istituto nazionale di statistica **GIORGIO ALLEVA** (2017), dinanzi alla I Commissione «Affari costituzionali» della Camera dei Deputati, Roma, 25 ottobre 2017, volta a contribuire ai lavori della Commissione concernenti l'Indagine conoscitiva sulle politiche in materia di parità di genere, disponibile in: https://www.istat.it/it/files/2017/10/A-Audizione-parità-di-genere-25-ottobre_definitivo.pdf (Presidente dell'Istituto nazionale di statistica, 2017, 5-18). In particolare, in base alla suddetta audizione, la percentuale di carico di lavoro familiare che grava sulla donna (fascia 25-44 anni) sul totale del carico di lavoro familiare di una coppia in cui entrambi i membri sono occupati ammontava al 71,9% nel 2008-2009 e al 67% nel 2013-2014 (vedi Presidente dell'Istituto nazionale di statistica, 2017, 13). Inoltre, il fattore-coppia o il fattore-figli incidono negativamente sul tasso di occupazione delle donne: «nel secondo trimestre 2017 il tasso di occupazione delle 25-49enni è l'81,1% per le donne che vivono da sole, il 70,8% per quelle che vivono in coppia senza figli, e il 56,4% per le madri» (vedi Presidente dell'Istituto nazionale di statistica, 2017, 13); nel 2016, dopo un miglioramento degli anni precedenti, è diminuito di 1,8 punti il rapporto tra il tasso di occupazione delle 25-49enni con figli in età prescolare e il tasso di quelle senza figli, per cui su 100 occupate senza figli vi sono 76 madri lavoratrici con bambini piccoli (PRESIDENTE DELL'ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, 2017, 13).

(art. 3, 2° comma, Cost.). Al contempo, la Costituzione italiana contiene alcune previsioni specificamente dedicate alla donna lavoratrice: in particolare, viene in rilievo l'art. 37, 1° comma, in base al quale «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore» (1° periodo) e le condizioni di lavoro devono non soltanto «assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione», ma anche consentire l'adempimento della «essenziale funzione familiare» della donna lavoratrice (2° periodo). Le previsioni dell'art. 37, 1° comma sono molto problematiche, a causa della «difficile coesistenza» (Mazzotta, 2008, 156) tra parità e tutela, la quale sembrerebbe non poter trovare una composizione irenica⁸. In effetti, la formula «essenziale funzione familiare» può far sorgere perplessità. Si è parlato di un riferimento «non [...] del tutto chiaro» (Gigante, 2007, 34), di una previsione (quella dell'art. 37, 1° comma, Cost.) «di difficile lettura» e molto ambigua (Ballestrero, 2007, 81). Sicuramente, la previsione in questione mira a fornire una tutela particolare per la donna, per fare in modo che il suo coinvolgimento nel mondo del lavoro non rechi un pregiudizio insostenibile al ruolo familiare; da questo punto di vista, Cartabia (2007, 72) evidenzia le potenzialità dell'art. 37 della Costituzione, potendo esso rappresentare il fondamento di misure positive volte a rendere agevole «il difficile contemperamento tra funzioni familiari, lavorative e sociali che in ogni caso caratterizzano la vita della donna». L'aspetto problematico risiede nel fatto che la previsione sembra presupporre che la funzione familiare sia una specificità della donna, che la distingue dall'uomo. Si tratta indubbiamente di una previsione che risente fortemente del contesto storico in cui è stata partorita, all'esito di un confronto dialettico tra la posizione democristiana e quella della sinistra⁹ in Assemblea costituente (Mazzotta, 2008, 156). Come è stato ricordato (Gigante, 2007, 34), la formula della essenzialità della funzione familiare fu proposta dal democristiano Moro nel dibattito tenutosi nella I sottocommissione, per evitare la formulazione del democristiano La Pira, secondo la quale la funzione familiare assumeva il carattere della prevalenza; dunque, nell'ottica di Moro l'aggettivo «essenziale» doveva servire a evitare che la funzione familiare venisse considerata come principale e la funzione lavorativa come accessoria. Comunque, quand'anche quest'obiettivo possa dirsi raggiunto dalla formula testuale, le ambiguità non sembrano fuggite del tutto, visto che, come notava il socialista Basso, affermare che per la donna la funzione familiare sia essenziale pare implicare che per l'uomo non lo sia, o comunque non lo

⁸ Per MAZZOTTA (2008, 157), «non può esservi dubbio che l'accentuazione degli interventi protettivi a favore della donna (specie se legati alla sua funzione di madre) si presti *oggettivamente* ad allontanare gli obiettivi paritari, rendendo più rigido per le imprese il lavoro femminile».

⁹ Occorre ricordare che nella visione socialista e marxista la donna deve essere liberata, innanzi tutto, dai rapporti di dominio presenti nella famiglia monogamica (vedi Pasquino, 2006, 716).

sia in pari grado (Gigante, 2007, 34-35). Questa implicazione crea una asimmetria, in quanto riferisce una certa funzione, quella familiare – con i suoi oneri e onori – alle donne e non agli uomini (o comunque in misura più significativa alle prime), in virtù di una sorta di attributo dipendente dall'essere donna. Ovviamente, esistono oggettive differenze che distinguono la donna dall'uomo, correlate alla maternità, ed esse trovano già specifica considerazione nella Costituzione (si pensi allo stesso art. 37, 1° comma, nella parte in cui esige «una speciale adeguata protezione» per la madre e per il bambino, e all'art. 31, 2° comma, nella parte in cui afferma che la Repubblica «protegge la maternità [...] favorendo gli istituti necesari a tale scopo»). L'ulteriore previsione di una «essenziale funzione familiare» sembrerebbe contemplare ulteriori specificità rispetto a quelle appena richiamate¹⁰. Ebbene, si deve considerare che il dato secondo cui nella società italiana il peso (e anche le gioie) della famiglia sia assegnato in misura maggiore alla donna è il frutto (almeno in buona parte) di condizionamenti storici, economico-sociali e culturali, i quali si pongono in contrasto con i principi supremi di eguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione. Il contrasto con l'art. 3, 1° comma Cost. si presenta in quanto la pari dignità sociale, sebbene non necessariamente implichi che tutti debbano poter svolgere qualsiasi ruolo allo stesso modo, sicuramente richiede che, allorquando siano previste differenziazioni, queste si radichino in motivazioni fondate. Il contrasto con l'art. 3, 2° comma, si rivela nel momento in cui si riconoscono dei condizionamenti esterni che impongono alla donna di dedicarsi alla famiglia più dell'uomo: in quanto tali, essi comprimono la libertà (sia della donna, sia dell'uomo, sia della coppia) e si possono qualificare, pertanto, come «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». La limitazione e l'impedimento di cui all'art. 3, 2° comma Cost. non risiedono, ovviamente, nella dedizione alla famiglia – compito nobile, faticoso e vitale per il genere umano¹¹ – ma nell'imposizione di tale dedizione maggiormente a certi soggetti e meno ad altri. In maniera speculare, i condizionamenti storici, economico-sociali e culturali che impongono all'uomo maggior-

¹⁰ MAZZOTTA (2008, 156-157) ricorda che per superare l'ambiguità è stata proposta una lettura che enfatizza la parità e consente alle donne di preferire o la funzione familiare o l'attività lavorativa, ma l'A. considera tale lettura come «sostanzialmente correttiva», in quanto «cancella (o rimuove) il dato [...] della essenzialità della funzione familiare».

¹¹ Non si può certo ritenere che un'attività lavorativa al di fuori del contesto familiare abbia in sé un maggior valore della dedizione alla famiglia, se si pensa che la Costituzione riconosce «il valore della famiglia come luogo ove si svolge la personalità dell'individuo, e in particolare ove si assolvono compiti che sono il presupposto stesso affinché una società di individui possa concretamente formarsi ed operare» (DAL CANTO, 2015, 250).

mente il lavoro fuori dall'ambiente domestico e alla donna maggiormente il ruolo familiare rischiano di comportare una violazione dell'eguaglianza in sfavore dell'uomo, condizionato e indotto, in qualche modo, dall'esterno, a preferire il lavoro extra-domestico a quello familiare, essendo del tutto arbitrario ritenere che il primo comporti una maggiore dignità sociale e consenta un maggiore sviluppo della persona umana rispetto al secondo¹². Come è stato osservato (Marino, 2012, 296), l'avanzata lenta e difficile della cultura della condivisione del carico familiare da parte di uomini e donne fa sì che si tenda a percepire il tema della conciliazione dei tempi di vita e lavoro come una questione femminile, mentre in realtà riguarda anche gli uomini. Da tali considerazioni deriva che l'ordinamento dovrebbe in ogni caso muoversi sempre più nella direzione dell'abbandono di stereotipi culturali imposti alle persone, e della promozione dello sviluppo della persona umana e della sua partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale, sviluppo e partecipazione che devono essere il più possibile autentici e liberi. Ciò sembra auspicabile dal punto di vista dell'inveramento dei principi costituzionali di cui all'art.3, nonché di altri principi quali il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi di cui all'art. 29, 2° comma, Cost., e quello di cui all'art. 30, 1° comma, Cost., secondo il quale mantenere, istruire ed educare i figli «è dovere e diritto dei genitori» (quindi di entrambi)¹³.

3. LA CONDIVISIONE DA PARTE DEI GENITORI DEI COMPITI DI CURA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E NELLA LEGISLAZIONE ORDINARIA

3.1 La giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ha fornito importanti indicazioni relative al superamento di una concezione della donna come

¹² Si tenga in considerazione che la paternità oggi sta vivendo una fase delicata di trasformazione. Si parla, in letteratura, di una nuova paternità, «schiacciata fra inediti desideri e vecchie pratiche, fra modelli tradizionali di maschilità e nuove aspettative sociali» (CANNITO, 2015, 324).

¹³ Le ultime previsioni costituzionali richiamate trovano attuazione nella legislazione ordinaria, negli artt. 143, 1° comma, c.c. («con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri»), 147 c.c. («il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli [...]»), nonché nell'art. 315 bis, inserito dalla L. n. 219 del 2012, che al primo comma prevede che «il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori [...]»). Si può ricordare anche l'obbligo reciproco di collaborazione nell'interesse della famiglia di cui all'art. 143, 2° comma, c.c., da intendersi come disponibilità dei coniugi al sacrificio di interessi individuali per salvaguardare esigenze oggettive della famiglia (TORRENTE-SCHLESINGER, 2015, 1228).

titolare principale del compito di cura dei figli e all'affermazione di una effettiva parità dei genitori nella condivisione delle funzioni genitoriali. Al contempo, la stessa Corte costituzionale ha messo in rilievo un elemento che gioca un ruolo assai importante nella distribuzione dei compiti genitoriali, in una data situazione concreta: l'accordo della coppia. Si può considerare, ad esempio, la sentenza n. 341 del 1991¹⁴, con cui la Corte giudicò una questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 7 della L. n. 903 del 1977, nella parte in cui non consentiva al lavoratore, affidatario in via provvisoria di un minore ai sensi dell'art. 10 della L. n. 184 del 1983, di fruire dell'astensione dal lavoro durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia affidataria, qualora la moglie, anch'essa lavoratrice, vi avesse rinunciato d'accordo con lui. Il giudizio *a quo* riguardava la vicenda di due coniugi, entrambi affidatari in via provvisoria di un minore in stato di abbandono ai sensi dell'art. 10 della L. n. 184 del 1983, i quali, «di comune accordo, avevano ritenuto necessario ed opportuno, per il migliore inserimento del bambino loro affidato (affetto da ritardo psicomotorio), che fosse il marito, anziché la moglie, ad usufruire dell'astensione dal lavoro». Molto interessanti sono le parole con cui l'INPS¹⁵, che si era costituito nel giudizio, aveva sostenuto l'infondatezza della questione, affermando la maggiore idoneità della madre alla cura del figlio nel primo periodo di vita o nel primo periodo di ingresso in famiglia¹⁶. Richiamando la sua precedente sentenza n. 1 del 1987¹⁷, e il principio della «paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi, tanto nella famiglia quanto rispetto alle attività extrafamiliari», la Corte evidenziò che, in riferimento all'istituto che veniva in rilievo nel giudizio *a quo*, ovvero l'affidamento provvisorio, l'astensione obbligatoria non è volta alla tutela della salute della madre – esigenza che emerge in relazione al parto – bensì, esclusivamente, ad agevolare il «processo di sviluppo – anche relazionale ed affettivo – del bambino, creando le condizioni di una più intensa presenza

¹⁴ Su cui vedi CARTABIA (2007, 69).

¹⁵ Istituto nazionale di previdenza sociale.

¹⁶ In particolare, l'INPS aveva affermato: «l'esperienza quotidiana dimostra incontestabilmente che, nel primo periodo di vita del figlio o, trattandosi di bambino ottenuto in affidamento provvisorio o preadottivo, nel primo periodo del suo ingresso in famiglia, la persona più idonea e qualificata per accudirlo e guidarlo nella delicata fase dello sviluppo psicofisico o dell'adattamento al nuovo ambiente familiare è la madre: non certamente il padre».

¹⁷ CARTABIA (2007, 68) ricorda tale sentenza come quella che segna l'avvio della stagione della giurisprudenza costituzionale che estende al padre lavoratore istituti posti dalle norme a tutela della maternità.

della coppia, i cui componenti sono entrambi affidatari, e come tali entrambi protagonisti, nell'esercizio dei loro doveri e diritti, della buona riuscita del delicato compito». Concludeva la Corte che, non avendo rilievo alcuno la salute della madre in caso di affidamento provvisorio, non vi fosse ragione di escludere che il lavoratore affidatario potesse godere dell'astensione obbligatoria in alternativa alla lavoratrice affidataria¹⁸. La sensibilità della Corte si mostrò non soltanto nell'affermare che l'uomo è di per sé titolare dei compiti di cura e assistenza del minore quanto la donna, ma anche nel riconoscere che l'individuazione della figura che può rendersi maggiormente utile all'accompagnamento e allo sviluppo del minore non può che essere effettuata concordemente, sulla base delle peculiarità della situazione concreta, dalla coppia. Si potrebbe sintetizzare l'impostazione essenziale del ragionamento della Corte in questo modo: l'uomo e la donna sono entrambi titolari del diritto-dovere di provvedere alla cura e all'assistenza del minore; l'individuazione del soggetto che si dedica maggiormente a tali compiti deve essere effettuata, sulla base della peculiarità del caso¹⁹, dalla coppia, secondo una valutazione concorde finalizzata a promuovere nella misura più elevata possibile l'interesse del minore; occorre dunque rispettare la sfera decisionale della coppia, che dovrebbe essere in grado di valutare autonomamente ciò che è meglio per il minore nella situazione concreta della famiglia. Sulla stessa linea si colloca la sentenza n. 179 del 1993, in cui veniva in esame l'istituto dei riposi giornalieri: la Corte di Cassazione, infatti, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della L. n. 903 del 1977, nella parte in cui non estendeva «al padre lavoratore, in alternativa alla madre, rinunciante, il diritto ai riposi giornalieri» di cui all'art. 10 della L. n. 1204 del 1971. La Corte costituzionale, ravvisando che l'istituto dei riposi giornalieri non soddisfa soltanto il bisogno dell'allattamento ed altre esigenze biologiche del neonato, ma, in genere, consente

¹⁸ Le seguenti parole della Corte ne rendono chiaro il pensiero: «Non vi è dubbio che la funzione 'materna' dell'affidataria sia particolarmente importante nella fase dell'ingresso del minore abbandonato nel nuovo nucleo familiare. Ma ciò non significa che tale funzione non possa e non debba essere svolta in piena integrazione con una altrettanto incisiva presenza dell'affidatario, il quale anzi potrebbe a volte essere in grado, in relazione alle variabili peculiarità delle situazioni concrete, di meglio seguire e assistere il minore in questa particolare fase del suo sviluppo: e ciò nel quadro di una organizzazione della vita familiare e di lavoro valutata concordemente dai coniugi come idonea a meglio rispondere alle esigenze di cura e di assistenza del minore da parte di entrambe le figure 'genitoriali'. In questo senso, è ben possibile che, in relazione alle diverse situazioni che in concreto si possono manifestare, ed anche alla durata e al modo di svolgimento dei rispettivi impegni di lavoro, appaia razionale e necessario che l'astensione obbligatoria dal lavoro sia usufruita dall'affidatario in alternativa alla moglie, sulla base di valutazioni effettuate congiuntamente tra i coniugi e finalizzate esclusivamente al preminente interesse del bambino».

¹⁹ Nei compiti di cura del figlio, non può non avere rilievo una valutazione che i membri della coppia fanno anche relativamente alle proprie capacità e attitudini.

qualsiasi forma di assistenza del bambino, ricordò che – sebbene possa presumersi secondo l' *id quod plerumque accidit* che sia richiesto un maggior contatto con la madre nel primo anno di vita del bambino – il diritto-dovere di assistenza, anche verso il figlio di tenera età, spetta ad entrambi i genitori, essendo superata la rigida distinzione di ruoli tra uomo e donna, data la necessità di ricorrere spesso ad entrambe le figure genitoriali per un equilibrato sviluppo del bambino. Pertanto, la Corte dichiarò l'incostituzionalità della previsione nella parte in cui non estendeva al padre lavoratore il diritto ai riposi giornalieri, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, specificando che la delicata scelta del genitore che possa meglio soddisfare le esigenze del bambino debba essere affidata all'accordo dei coniugi, «in spirito di leale collaborazione e nell'esclusivo interesse del loro figlio». Si può ricordare, infine, la sentenza n. 385 del 2005, avente ad oggetto una questione di costituzionalità degli artt. 70 e 72 del D. Lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non consentivano al padre libero professionista, affidatario in preadozione di un minore, di beneficiare – in alternativa alla madre – dell'indennità di maternità durante i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino nella famiglia. Anche in questa occasione, la Corte ricordò che entrambi i componenti della coppia sono protagonisti del processo di inserimento e assistenza del bambino, nonché affidatari dei compiti relativi, affermando che la scelta di chi debba assentarsi dal lavoro «non può che essere rimessa in via esclusiva all'accordo dei genitori».

3.2 La legislazione ordinaria

Anche in virtù della consapevolezza che focalizzare gli interventi protettivi soltanto sulla donna penalizza quest'ultima nel mondo del lavoro, il legislatore italiano, sulla spinta europea²⁰, è intervenuto per caricare anche il padre di quegli oneri familiari che, precedentemente, gravavano in misura prevalente sulla madre: in questo senso si può leggere la normativa costituita dalla L. n. 53 del 2000 e dal D. Lgs. n. 151 del 2001, che ha cercato di attuare un «superamento dei tradizionali ruoli genitoriali» (Mazzotta, 2008, 164)²¹. Il D. Lgs. n. 151 del 2001

²⁰ In particolare, si veda la direttiva 96/34/CE del 3 giugno 1996 del Consiglio, abrogata dalla direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

²¹ Si rinvia a CANNITO (2015) per una valutazione sociologica del D. Lgs. n. 151 del 2001. Per CANNITO (2015, 328), l'intervento legislativo, pur ancora piuttosto ancorato a una visione tradizionale, «attenua la centralità della lavoratrice madre biologica ampliando i diritti del padre lavoratore e riconoscendo il diritto/dovere alla cura di entrambi i genitori lavoratori, non necessariamente biologici».

può essere considerato, dunque, un completamento del percorso giurisprudenziale di estensione al padre degli istituti originariamente destinati alla madre (Cartabia, 2007, 69). In particolare, si possono ricordare gli istituti del congedo di paternità, dei congedi parentali, dei riposi e dei congedi per la malattia del figlio. Ai sensi dell'art. 28 del D. Lgs. n. 151 del 2001, concernente il congedo di paternità, «il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre»²². Nella disciplina dei congedi parentali (astensione facoltativa), è chiaro l'intento del legislatore di creare una simmetria tra il padre e la madre (cercando, peraltro, di promuovere l'astensione dal lavoro del padre, come si vedrà *infra*). Ai sensi dell'art. 32, comma 1, D. Lgs. n. 151 del 2001, i congedi parentali spettano tanto alla madre lavoratrice, trascorso il periodo del congedo obbligatorio di maternità, quanto al padre lavoratore, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi²³. Tuttavia, se il padre lavoratore si astiene per un periodo non inferiore a tre mesi, il periodo massimo di astensione si eleva per lui a sette mesi (art. 32, comma 1, lett. b), e art. 32, comma 2, D. Lgs. n. 151 del 2001)²⁴. Il periodo complessivo di astensione per entrambi i genitori non supera i dieci mesi, elevati a undici nel caso in cui il padre si astenga per non meno di tre mesi (art. 32, comma 1, e 32, comma 2, D. Lgs. n. 151 del 2001). L'art. 40 del D. Lgs. n. 151 del 2001 estende in determinati casi, al padre lavoratore, il diritto ai riposi giornalieri che l'art. 39 riconosce alle lavoratrici madri durante il primo anno di vita del bambino. Tra questi casi vi è anche quello in cui il padre lavoratore fruisce dei riposi «in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga» (art. 40, comma 1, lett. b) D. Lgs. n. 151 del 2001). In questo caso, l'esercizio concreto del compito genitoriale può essere svolto dal padre in virtù del mancato ricorso della madre all'istituto del riposo. Pienamente simmetrica è la posizione dei genitori con riguardo ai congedi per la malattia del figlio. Infatti, il diritto ad astenersi dal lavoro spetta ai due genitori, alternativamente (ar. 47, commi 1 e 2 del D. Lgs. n. 151 del 2001)²⁵.

²² BALLESTRERO (2007, 110) evidenzia che nei congedi di paternità i padri sono titolari di diritti genitoriali in sostituzione della madre.

²³ BALLESTRERO (2007, 110) evidenzia che nei congedi parentali i padri sono titolari in proprio di diritti genitoriali.

²⁴ In ciò si nota il tentativo di incentivazione del ruolo genitoriale paterno (vedi Mazzotta, 2008, 169).

²⁵ BALLESTRERO (2007, 110) evidenzia che nei congedi per malattia del figlio e nei riposi giornalieri i padri sono titolari di diritti genitoriali in alternativa alle madri.

4. UNA VALUTAZIONE DEL CONGEDO OBBLIGATORIO DI PATERNITÀ

Alla luce della ricostruzione e delle considerazioni svolte, si cercherà di esprimere una valutazione sulla misura del congedo obbligatorio di paternità introdotto dalla L. n. 92 del 2012 e successivamente prorogato. La prima cosa che si può rilevare è che si tratta di una misura con un valore simbolico, ma con uno scarso impatto effettivo sulla realtà (in questo senso vedi le considerazioni sulla misura di Cannito (2015, 329); Rossi (2014, 59); Gottardi (2012, 614) – anche se si riferiscono alla versione originaria della misura, ovvero al congedo obbligatorio pari a un giorno). In effetti, il periodo di astensione obbligatoria (anche considerando l'ultima estensione a cinque giorni) appare comunque troppo breve per sostenere effettivamente la genitorialità e promuovere una cultura della condivisione dei compiti di cura. Oltre alla scarsa idoneità del mezzo a raggiungere il fine, si nota altresì che l'idea di promuovere una certa cultura attraverso la creazione di istituti giuridici, i quali vengono (almeno in parte) strumentalizzati per raggiungere fini di tipo educativo-culturale, desta qualche perplessità. Gli istituti giuridici dovrebbero servire a realizzare una regolazione il più possibile equa e ragionevole della realtà sociale, mentre per promuovere una trasformazione culturale ed educativa sarebbe più opportuno adottare strumenti della stessa natura (ovvero culturali ed educativi), che interpellino l'essere umano nella sua libertà e nella sua coscienza, piuttosto che obblighi giuridici, i quali vincolano dall'esterno, ma non necessariamente innescano una trasformazione dall'interno (potendo talvolta, anzi, innescare per reazione trasformazioni opposte a quelle desiderate). Come si è già detto, la misura è stata introdotta nell'ordinamento in via sperimentale, e la scarsa portata pratica potrebbe trovare spiegazione nella *ratio* che la concepisce come un esperimento. Facendo astrazione da ciò, comunque, la misura appare suscettibile di critica. In particolare, l'elemento che fa sorgere perplessità è quello dell'obbligatorietà dell'astensione per il padre²⁶. Come si è visto, nelle pronunce della Corte costituzionale ricordate l'estensione agli uomini degli istituti volti a consentire l'adempimento dei compiti di cura dei figli presupponeva che non venissero in rilievo esigenze di tipo biologico legate alla maternità naturale, bensì esigenze relazionali ed affettive del bambino. Da questo punto di vista, l'interesse che rappresenta il fine ultimo della tutela è l'interesse del minore, mentre gli interessi dell'uomo e della donna (a esercitare i propri diritti-doveri genitoriali) sono interessi (equiordinati tra di

²⁶ Il carattere obbligatorio è stato criticato da GOTTARDI (2012, 612-613), la quale ha sottolineato che – sebbene sia reale la preoccupazione che possano avvenire discriminazioni a danno dei padri, qualora si prevedesse un semplice diritto e non un obbligo – difficilmente «l'armatura dell'obbligo» (GOTTARDI, 2012, 613) si adatta alla politica di ripartizione dei ruoli familiari.

loro) tesi a raggiungere tale fine²⁷. Nella situazione concreta, però, potrebbe risultare che per raggiungere il fine della tutela (l'interesse del minore) sia preferibile che ai compiti di cura, in una certa fase, si dedichi maggiormente uno dei genitori, piuttosto che l'altro; una tale valutazione, peraltro, dovrebbe spettare alla coppia, visto che «i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare» (art. 144 c.c.). La misura sarebbe stata concepita in modo più rispettoso della sfera decisionale della coppia se il legislatore avesse previsto giorni aggiuntivi di congedo obbligatorio senza individuare il genitore tenuto ad usufruirne, ma anzi lasciando alla coppia tale individuazione. Pertanto, la misura in esame rischia di porsi in attrito sia con l'interesse del minore (visto che il miglior mezzo per raggiungerlo viene valutato in maniera astratta dal legislatore, e non – come dovrebbe essere – in concreto dai genitori), sia con l'autonomia di valutazione della coppia nel concordare l'indirizzo familiare. Infine, sembra sacrificato ingiustamente e in maniera sproporzionata anche il diritto al lavoro del padre, sotto il profilo della scelta di lavorare (e quindi di non astenersi dal lavoro), visto che le ragioni per cui tale diritto viene sacrificato non sono sufficientemente robuste, per quanto appena detto. Infine, si segnala un ulteriore elemento di perplessità. L'indennità del congedo di maternità è pari all' 80% della retribuzione, quella del congedo di paternità in esame in questa sede è pari al 100% della retribuzione: tale disparità non pare giustificabile (Gottardi, 2012, 613).

5. CONCLUSIONI

Queste brevi considerazioni conducono a concludere che rimane sempre attuale la celebre formula di Jemolo (1949/1957, 241), secondo la quale la famiglia è un'isola che il mare del diritto deve solo lambire²⁸. Non si deve dimenticare che nel riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale (ex art. 29 Cost.) si deve leggere sia il riconoscimento del «valore originario e pregiudiziale del consorzio familiare», sia – e conseguentemente – «l'impegno di rispettare l'autonomia delle singole famiglie, salva la necessità di intervenire a difesa dei figli 'nei casi di incapacità dei genitori' (art. 30, comma 2, Cost.)» (Torrente-Schlesinger, 2015, 1195). Nella formula di Jemolo, dunque, è condensata l'importanza di rispettare e garantire

²⁷ Il carattere della funzionalità della genitorialità rispetto all'interesse del minore si può ricavare dal fatto che i compiti dei genitori sono, certo, anche dei diritti, ma sono principalmente qualificabili come doveri (in questo senso, DAL CANTO, 2015, 252). Si noti che l'art. 30 Cost. afferma che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio», utilizzando la parole «dovere» prima della parola «diritto».

²⁸ Questa idea viene abbracciata anche dall'ordito dei principi della Costituzione italiana. In questo senso, ad esempio, vedi DAL CANTO (2015, 249).

l'autonomia della famiglia – la cui tutela va sempre apprestata con lo sguardo rivolto alla persona umana²⁹ – dalle possibili tentazioni di intrusione e di compressione degli spazi di libertà che potrebbero attrarre il legislatore. Detto ciò, si ribadisce che le finalità che il legislatore ha proclamato concependo la misura trattata in questa sede sono senz'altro condivisibili e desiderabili, nell'ottica di una maggiore realizzazione dei principi costituzionali e del miglioramento delle condizioni della società italiana. Si è affermato, infatti, che «i paesi a più alta fecondità e più bassa povertà sono quelli in cui è maggiore non solo la partecipazione femminile al mercato del lavoro ma anche quella maschile al lavoro familiare: paesi cioè in cui le politiche sostengono non solo la de-famizzazione della cura attraverso servizi e del costo economico dei figli attraverso assegni, ma anche la condivisione tra padri e madri delle responsabilità familiari, *in primis* tramite congedi di paternità o congedi genitoriali ben pagati con quote riservate ai padri» (Solera, 2015, 147). Da questo punto di vista, l'A. appena citata ricorda che è stata criticata anche la misura di cui all'art. 4, comma 24, lett. b) della Legge Fornero, ovvero l'introduzione di voucher per asili nidi e *baby-sitting* in cambio della rinuncia da parte della madre lavoratrice al congedo parentale (ovvero il periodo di astensione facoltativa)³⁰: la critica si fonda sul fatto che tale misura rafforzerebbe l'idea che i compiti di cura spetterebbero di per sé alle madri, e non (o meno) ai padri (Solera, 2015, 147). Non va dimenticato che un elemento che limita particolarmente la partecipazione dei padri ai compiti genitoriali consiste nel valore troppo basso dell'indennità corrisposta per i congedi parentali, pari al 30% della retribuzione, fino al sesto anno di vita del bambino, per un periodo massimo complessivo tra i genitori di sei mesi³¹. Tale trattamento economico sembra influenzare negativamente la fruizione dei congedi parentali da parte dei padri (Solera, 2015, 147; Rossi, 2014, 59, che mette in evidenza pure il fattore culturale come concausa dello scarso utilizzo dei congedi parentali da parte dei padri italiani), in quanto, data la differenza di livelli salariali a vantaggio degli uomini che sussiste nella società italiana, il congedo parentale del padre penalizzerebbe l'economia domestica più del congedo parentale della madre. Probabilmente, un mezzo più idoneo (e non meramente simbolico) alla promozione della condivisione dei compiti genitoriali potrebbe consistere nell'incrementare il trattamento economico dei congedi parentali (Solera, 2015, 147; Cannito, 2015, 331).

²⁹ Per un collegamento tra formazioni sociali – quale la famiglia ovviamente è – e principio personalista si può rinviare, ad esempio, alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, in cui si afferma che «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico».

³⁰ La misura relativa al contributo per asili nido e *baby-sitting* di cui all'art 4, comma 24, lett. b) della Legge Fornero non è stata prorogata per il 2019.

³¹ Vedi art. 34, comma 1, D. Lgs. n. 151 del 2001.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BALLESTRERO, M. V. (2007), «La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità», GIGANTE, M. (cur.), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 75-114.
- CANNITO, M. (2015), «Quando il congedo è maschile? Vincoli e opportunità nell'uso dei congedi parentali da parte dei padri in Italia», *Autonomie locali e servizi sociali*, 2, pp. 323-339.
- CARTABIA, M. (2007), «Donne, famiglia, lavoro: le principali tappe di un'evoluzione in corso», GIGANTE, M. (cur.), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 45-73.
- DAL CANTO, F. (2015), «I diritti e i doveri costituzionali», ROMBOLI, R. (cur.), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Le fonti del diritto, i diritti e i doveri costituzionali e gli organi di garanzia giurisdizionale*, vol. II, Torino: Giappichelli Editore, pp. 188-327.
- GIGANTE, M. (2007), «Il dibattito costituzionale», GIGANTE, M. (cur.), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 9-43
- GOTTARDI, D. (2012), «La condivisione delle responsabilità genitoriali in salsa italiana», *Lavoro e diritto*, 3-4, pp. 609-620.
- JEMOLO, A. C. (1949/1957), «La famiglia e il diritto», SCAVO LOMBARDO, L. (cur.), *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano: Giuffrè, pp. 222-241.
- MARINO, M. (2012), «La conciliazione dei tempi di vita e di lavoro: una «policy» per le donne e per gli uomini in una prospettiva di maggiore occupazione per tutti», *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, XXVI(1-2), pp. 295-317.
- MAZZOTTA, O. (2008), *Diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore.
- PASQUINO, G. (2006), «Femminismo», BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G. (cur.), *Dizionario di politica*, vol. 1, Roma: Gruppo Editoriale l'Espresso, pp. 715-722.
- PRESIDENTE DELL'ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, ALLEVA G. (2017), *Audizione dinanzi alla I Commissione «Affari costituzionali» della Camera dei Deputati*, Roma, 25 ottobre 2017
https://www.istat.it/it/files/2017/10/A-Audizione-parità-di-genere-25-ottobre_definitivo.pdf.
- ROSSI, G. (2014), «Funamboli senza rete. La conciliazione dal punto di vista dei padri», *Autonomie locali e servizi sociali*, 1, pp. 57-80.
- SOLERA, C. (2015), «Il Bonus bebè del governo Renzi: quanto «bonus»?», *Politiche sociali*, 1 pp. 143-148.
- TORRENTE, A.; SCHLESINGER, P. (2015), *Manuale di diritto privato*, Anelli, F.; Granelli, C. (cur.), Milano: Giuffrè Editore.

ALLE RADICI DELL'ORDINAMENTO: LA SOLIDARIETÀ TRA IDENTITÀ E INTEGRAZIONE

FELICE GIUFFRÈ*
Università degli studi di Catania

SOMMARIO: 1. La solidarietà come principio costituzionale. 2. La cittadinanza come espressione di solidarietà politica. 3. La solidarietà politica oltre i confini della cittadinanza e della nazionalità. 4. L'eguaglianza sostanziale come strumento di solidarietà sociale ed economica. 5. La solidarietà quale vincolo di reciprocità «a cerchi concentrici»: oltre la cittadinanza e ritorno. 6. La chiusura del cerchio: solidarietà, integrazione, cittadinanza. 7. Riferimenti bibliografici.

1. LA SOLIDARIETÀ COME PRINCIPIO COSTITUZIONALE

La Costituzione italiana, diversamente da altre Carte, pone espressamente il riferimento alla solidarietà tra i suoi valori fondamentali¹. Il corrispondente principio rappresenta una delle travi dell'architettura istituzionale repubblicana, poggiata sui pilastri della democrazia e della sovranità popolare (art. 1 Cost.), dei di-

* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Catania. Questo lavoro è destinato anche agli Studi in onore di Antonio Ruggeri.

¹ Il filone di studi sul principio costituzionale di solidarietà, sia pure nell'ambito di una riflessione dedicato ai doveri costituzionali, si apre con LOMBARDI (1967). Il tema, solo dopo un trentennio, è stato ripreso da ANTONINI (1996). Ma, in modo specifico, sul principio costituzionale solidarista sia consentito il rinvio a GIUFFRÈ (2002); ma anche, ID. (1998); ID. (2007); nonché, più recentemente, APOSTOLI (2014); RODOTÀ (2014), POLACCHINI (2016); RUGGERI (2017a, b).

ritti inviolabili e dei doveri inderogabili (art. 2 Cost.) e, ancora, dell'eguaglianza formale e sostanziale, che si declina sul piano statico dell'*isonomia* e in quello dinamico dell'integrazione sociale ed economica della comunità (art. 3 Cost.).

Il principio giuridico solidarista costituisce il frutto di un lungo percorso di positivizzazione, in esito al quale il corrispondente valore è stato trasposto dal piano religioso e filosofico, a quello politico e, infine, a quello giuridico-costituzionale². Come istanza giuridica la solidarietà proietta i suoi contenuti di valore in tutti gli ambiti della convivenza organizzata – dunque, sul versante politico, sociale ed economico – e intercetta le radici del diritto pubblico, a partire dai classici elementi costitutivi dello Stato: popolo, territorio e sovranità.

In generale e in via di prima approssimazione si può rilevare come il principio di solidarietà esprima un'esigenza di integrazione che muove da alcuni elementi costitutivi della convivenza politicamente organizzata. Si tratta, per un verso, degli elementi materiali e immateriali che identificano storicamente la comunità insediata su un territorio e che rappresentano l'elemento sociale-istituzionale dell'ordinamento politico. Per altro verso, del sentimento di condivisione dei valori e dei principi giuridici riconosciuti come fondanti durante il processo costituente e che esprimono il quadro assiologico-normativo che vale ad orientare la vita della comunità organizzata. In via di prima approssimazione, quindi, si può dire che l'integrazione fondata sulla solidarietà si alimenta del passato, in cui sono radicati gli elementi identificativi di una determinata istituzione politica, per proiettare la comunità organizzata nel futuro, secondo il programma tracciato dai principi della Costituzione.

Ma per andare oltre una definizione generalissima occorre distinguere gli svolgimenti costituzionali della solidarietà sui diversi piani prefigurati dall'art. 2 Cost., allorché si richiede l'adempimento dei corrispondenti doveri in campo politico, sociale ed economico.

2. LA CITTADINANZA COME ESPRESSIONE DI SOLIDARIETÀ POLITICA

La prima espressione della solidarietà si manifesta, innanzi tutto, sul piano politico. Al riguardo, come ebbe ad osservare Lombardi (1967, 54 ss.) già nel 1967, la nostra Costituzione considera acquisita l'integrazione politica con

² In argomento, sia consentito il richiamo al mio GIUFFRÈ (2002, 8 ss.); Sul processo di positivizzazione di valori religiosi e etico-politici in principi giuridici, PECES-BARBA (1993).

il compimento del processo costituente e con il passaggio all'ordinamento costituito. La solidarietà politica è espressa, pertanto, nell'accettazione del principio democratico e della sovranità popolare (art. 1 Cost.), ma anche nell'eguale riconoscimento in capo ai cittadini dei diritti fondamentali e, in particolare, dei diritti civili e politici, nonché nella soggezione ai corrispondenti doveri (art. 2 Cost), tenuti insieme come due facce della stessa medaglia, ovvero – secondo l'espressione di Meuccio Ruini – «come lati inscindibili, come due aspetti dei quali l'uno non può sceverare senza l'altro»³.

Sotto questo profilo, la Carta del 1948 rinvia alla *cittadinanza* come ambito primario della *solidarietà politica*, senza, tuttavia, definirne i presupposti di riconoscimento. È, dunque, affidato all'interprete il compito di ricucire i frammenti che, nella trama della Costituzione, rimandano alla nozione di *cittadinanza*, ma anche al concetto di *popolo*⁴, che proprio dall'insieme dei *cittadini* si compone⁵.

Al riguardo, vale sottolineare come il riferimento al *popolo* abbia assunto nei secoli significati persino antinomici, pur rappresentando, in tutti i casi, terreno di svolgimento di legami politici e sociali più o meno profondi e, dunque, di *solidarietà politica*.

In certi periodi della storia sono state dominanti concezioni organiche, che si fondavano sulla identità religiosa (si pensi, ancora oggi, al popolo di Israele, la cui identità si fonda sul patto con Dio, sulla concessione dei Comandamenti e della «terra promessa»⁶) o sulla comunanza di storia, tradizione, cultura, religione, lingua e, comunque, su un insieme di elementi capaci di esprimere uno *spirito unitario*, su basi metafisiche o consuetudinarie (il *Volkgeist* del romanticismo e della Scuola storica tedesca) o, diversamente, su fondamenti volontaristici e positivistici (la *Nazione*, intesa nella concezione di Renan (2004), come «grande solidarietà» e «plebiscito di tutti i giorni»)⁷. In altre esperienze storiche, invece, sono state prevalenti visioni in cui il *popolo*

³ La richiamata formulazione di Meuccio Ruini è riportata da FALZONE et al. (1987, 27).

⁴ Cfr., riassuntivamente, FACCHI (2019), nonché la bibliografica *ivi* richiamata.

⁵ Sull'attualità del collegamento tra *cittadinanza* e *popolo*, di recente, PATERNITI (2019, 22 ss.). In senso critico, RUGGERI (2017, 374); ma già, CARAVITA DI TORITTO (2009, 5 ss.).

⁶ Al riguardo, assai significativo è il richiamo al recente art. 1 della discussa Legge fondamentale di Israele quale «Stato nazionale del Popolo ebraico», approvata dalla Knesset il 19 luglio 2018:

«Art. 1 Principi fondamentali

A. La Terra di Israele è la patria storica del popolo ebraico, in cui lo Stato di Israele si è insediato.

B. Lo Stato di Israele è la patria nazionale del popolo ebraico, in cui esercita il suo naturale, culturale, religioso e storico diritto all'autodeterminazione.

C. Il diritto di esercitare l'autodeterminazione nazionale nello Stato di Israele è unico per il popolo ebraico».

⁷ Secondo cui «La nazione è una grande solidarietà, un plebiscito che si rinnova ogni giorno e che si fonda sulla dimensione dei sacrifici compiuti e di quelli che ancora siamo disposti a compiere» (RENAN,

rappresentava una parte della comunità contrapposta ad un'altra. Il *Populus* romano contrapposto al *patriziato* e, dunque, al *Senatus*. Più tardi, il *popolo* dei comuni medievali, composto di commercianti, artigiani, piccoli proprietari in lotta per l'emancipazione dalla nobiltà feudale. Ancora, il popolo indentificato nel periodo rivoluzionario francese con il *Terzo stato*, contrapposto ai ceti *aristocratico* ed *ecclesiastico*. Infine, nella Russia sovietica, il popolo andava a coincidere con il *proletariato* contrapposto ai c.d. «russi bianchi» rimasti fedeli all'Impero zarista.

Anche, negli ordinamenti democratici del secondo dopoguerra il *popolo* è, comunque, concepito come un corpo politico unitario che preesiste allo Stato e che, anzi, ne rappresenta uno degli elementi costitutivi. In questo ambito, tuttavia, il carattere unitario non implica anche l'omogeneità della comunità popolare; piuttosto, il riconoscimento della molteplicità e della eventuale eterogeneità delle sue componenti è alla base del carattere pluralista dello Stato di diritto costituzionale⁸. Il concetto di *popolo*, dunque, acquista un carattere formale, che sfuma il collegamento con la *nazione* e si ricollega al possesso della *cittadinanza*, secondo i meccanismi di acquisizione previsti con legge ordinaria.

Tuttavia, il collegamento tra *popolo*, *nazione* e *cittadinanza* sfuma, ma certo non evapora. La *nazione*, infatti, come complesso di caratteri che identificano una determinata comunità politica rimane sullo sfondo, come presupposto, ponendosi in quella linea di confine in cui continuano a sfiorarsi, nonostante il passaggio dalla fase costituente all'ordinamento costituito, elementi giuridici e fattori, per così dire, pregiuridici (ma solo nel senso che non sono disciplinati da una norma scritta)⁹. Si tratta dei caratteri che evocano l'ordine materiale necessariamente sottostante ad ogni Costituzione formale, evocato da importanti filoni del diritto pubblico europeo¹⁰.

Di questi collegamenti vi è traccia robusta anche nella Costituzione repubblicana ed essi offrono coordinate aperte a sviluppi legislativi variabili a seconda delle visioni e delle esigenze che spetta alle forze politiche enucleare e specificare.

2004). Sul concetto di *nazione* la letteratura è sterminata, ma, anche per gli utilissimi ulteriori rinvii bibliografici, si possono vedere i due recenti tomi di CAMPI et al. (2018).

⁸ Ma già, sul punto, all'inizio del secolo scorso ritroviamo le lungimiranti notazioni di ROMANO (1969, 12 ss.).

⁹ Sul punto, BÖCKENFÖRDE (1996, 239, 245).

¹⁰ In argomento, riassuntivamente, la ricostruzione e le acute riflessioni di DE GIOVANNI (2015, 251 ss.). In Italia, ovviamente, non può mancare il riferimento a ROMANO (1969, 47 ss.) e (1961, 30 ss.); nonché a MORTATI (1998, 46 ss.) e (1962, 220 ss.). Analoga sensibilità rispetto alla componente «materiale» dell'ordinamento giuridico si ritrova nella bella voce di BARBERA (2015, 265 ss.).

Innanzitutto, la preesistenza della *nazione* rispetto all'istituzione politica della corrispondente comunità viene in evidenza nell'art. 9, allorché si assegna alla Repubblica il compito di tutelare, oltre al *paesaggio*, proprio «*il patrimonio storico e artistico della Nazione*». In tale riferimento si compendia l'identità storica di una comunità, che sia radica nel passato per proiettarsi nel futuro, costituendo strumento di trasmissione non soltanto di vestigia materiali, quanto e soprattutto di principi di civiltà. In altri termini – come è stato osservato – il collegamento con la *nazione* esprime, «sotto il profilo identitario, il legame di ciò che si assume come «patrimonio storico e artistico» con la cultura, la storia, le tradizioni del popolo italiano»¹¹.

Occorre precisare, al riguardo, che l'identità nazionale, a cui si riferisce anche la Costituzione, non è una dimensione fissa e immutabile. In un ordinamento pluralista essa costituisce, piuttosto, una base di partenza, in cui si radicano - senza rotture e, piuttosto, nel segno di una continuità storico-culturale che è, insieme, italiana ed europea - i valori costituzionali di sotesi ai diritti fondamentali e ai principi di democrazia e pluralismo, che garantiscono la possibilità di apertura dell'ordinamento ad ulteriori percorsi di sviluppo e integrazione tra ordinamenti e culture¹². Del resto, proprio il già ricordato riferimento al «patrimonio storico e artistico della nazione» italiana esprime una millenaria vocazione ad integrare visioni e identità differenti, nel quadro di un comune denominatore di civiltà giuridica e istituzionale che è oggi distillato nei valori positivizzati in Costituzione.

Ma la rilevanza della *nazione italiana*, quale presupposto pregiuridico della solidarietà politica, emerge anche sotto altro profilo, allorché l'art. 51, II co., Cost. prevede che la legge possa «per l'ammissione agli uffici pubblici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica». Si tratta di quella situazione di particolare assimilazione di alcuni *stranieri ai cittadini italiani* – assai sentita nel secondo dopoguerra con riguardo alle terre italiane perdute alla fine del conflitto – che riguarda coloro i quali, pur legati ad altro Stato di cui sono cittadini e nel cui territorio magari vivono, continuano ad appartenere alla «popolazione italiana per nazionalità»¹³.

La norma – sebbene non abbia trovato immediata attuazione legislativa, sì da essere percepita, talvolta, quasi come un residuo storico – sottende, invece, istanze più generali che hanno trovato specifica traduzione, ad esempio, con la legge 8 marzo 2006, n. 126, concernente il «riconoscimento della citta-

¹¹ Così, CECCHETTI (2006, 225); nonché, MARINI (2002, 205 ss.).

¹² In argomento, RUGGERI (2017a, 28 ss.).

¹³ Cfr., MORTATI (1967, 119), il quale rammenta anche l'analoga disposizione dello Statuto Albertino che richiamava gli «italiani non regnicoli». In argomento, più di recente, TARLI BARBIERI (2018, 326 ss.).

dinanza italiana ai connazionali di Istria, di Fiume e della Dalmazia e ai loro discendenti» (nonché, nell'art. 17 *bis* della l. n. 91/1992), ma anche nei novellati artt. 48, 56 e 57 Cost. e nella legge 27 dicembre 2001, n. 459, in materia di diritto di voto dei cittadini italiani all'estero. Anche in tale ultimo caso, si tratta, infatti, di norme costituzionali e legislative che manifestano una particolare attenzione dell'ordinamento per quelle componenti della comunità italiana (che, peraltro, in quest'ultimo caso sono già composte da *cittadini*), che vivono, talvolta da due o più generazioni, al di fuori del territorio nazionale.

In questa prospettiva, è proprio il rilievo costituzionale dell'*identità nazionale* - vale ribadirlo, per chiarezza: base di partenza di eventuali ulteriori forme di integrazione, sul piano culturale e istituzionale - a dar conto del legame costitutivo privilegiato tra i cittadini (nonché tra gli «italiani non appartenenti alla Repubblica») e l'ordinamento giuridico, anche al di là della loro materiale e stabile presenza nel territorio.

Senza l'anello di collegamento costituito dalla solidarietà politica - fondata sui valori nazionali distillati e positivizzati nei principi costituzionali - il riconoscimento di diritti e doveri attribuiti sulla base del mero possesso dello *status* di cittadino, a prescindere ad un effettivo stabile collegamento con il territorio della Repubblica, potrebbe apparire come «un'autentica, inspiegabile aporia di costruzione della teoria costituzionale»¹⁴. Invece, è proprio la base sociale nazionale - la cui integrazione istituzionale, appunto in termini di solidarietà politica, è stata il motore del processo costituente e il passaggio all'ordinamento costituito - a rappresentare uno dei fondamentali principi di struttura del modello costituzionale di convivenza organizzata.

In tale orizzonte, i principi costituzionali e i diritti fondamentali rappresentano i solidi argini all'interno dei quali, nello Stato costituzionale democratico-pluralista, si svolgono le concrete manifestazioni del potere politico e l'esercizio della sovranità popolare. Ciò, tuttavia, non può condurre a ritenere ormai superata o superflua la base materiale (e sociale) dell'ordinamento costituito, perché ciò determinerebbe anche il progressivo indebolimento dei richiamati argini, sino al limite della loro delegittimazione. Come è stato affermato, quindi, l'obiettivo finale dello Stato costituzionale «non può essere quello di sostituire l'identità nazionale, nemmeno in favore di un universalismo dei diritti umani»¹⁵. Se così fosse, infatti, i diritti fondamentali, presto o tardi, finirebbero per smarrire la propria carica normativa e con la dissoluzione del loro elemento fondativo si collocherebbero «in un mondo sovrastorico,

¹⁴ Così, invece, RUGGERI (2017b, 451 e part. nota 27).

¹⁵ Cfr., BÖCKENFÖRDE (2010, 160).

ultrapolitico, un sovramondo carico, nella sua generalità, più che di diritti operanti, di dichiarazioni di principio»¹⁶.

Proprio la portata costituzionale della solidarietà politica vale a scongiurare un simile rischio. Tale istanza giuridica, infatti, si configura come principio di integrazione tra le differenti componenti della comunità popolare, che, con l'approvazione della Costituzione italiana, hanno (ri)trovato le ragioni dell'unità politica e hanno riversato la loro obiettiva forza normativa nella Carta fondamentale. La cornice di tale integrazione è, perciò, rappresentata dal riconoscimento dell'eguaglianza nei diritti e nei doveri (art. 3 Cost.), nella garanzia del pluralismo sociale e istituzionale (art. 2, 5 e 114 Cost.), nell'affermazione del principio di tolleranza e di non discriminazione (artt. 2, 3, 7, 8, 19, 21, 22 Cost.)¹⁷, nel dovere di essere fedeli alla Repubblica, difendendone i suoi valori fondanti e suoi principi di struttura (artt. 54 e 52 Cost.)¹⁸, nonché nei diritti di partecipazione politica in cui si compendia il principio democratico e la sovranità popolare (art. 1, 17, 18, 21, 49, 51 Cost.).

La solidarietà politica, inoltre, costituisce matrice del fondamentale dovere di collaborazione «leale», che incombe sui cittadini, nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento dei doveri, nonché sugli organi pubblici nell'esercizio delle rispettive funzioni istituzionali e nelle relazioni con gli altri organi ed enti pubblici.

Entro tali coordinate si svolgono, quindi, le interrelazioni tra gli elementi costitutivi dello Stato, vale a dire popolo, territorio e sovranità, che rappresentano, ancora oggi e nonostante le tensioni a cui sono sottoposti, gli ambiti materiali primari, giuridicamente qualificati e concretamente definibili, in cui si esprime la solidarietà politica, in termini di diritti e doveri reciproci tra cittadini e istituzioni. Su tali presupposti trovano, altresì, fondamento sia il «rapporto privilegiato» tra il cittadino e il territorio della Repubblica quale ambito (ma anche strumento) di svolgimento della personalità individuale¹⁹, sia le differenze tra la posizione del cittadino e quella dello straniero proprio con riguardo alla relazione con il medesimo territorio²⁰.

Al riguardo – sulla scia di quanto già precisato nella sentenza n. 244 del 1974 – la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire come «l'essere il

¹⁶ In questi termini, DE GIOVANNI (2015, 222).

¹⁷ Cfr., MASSA PINTO (2007, 82 ss.), la quale sottolinea la valenza del dovere di fedeltà, quale espressione di solidarietà politica, che, in situazioni ordinarie, implica il dovere di «comprendere le ragioni degli altri al fine di non rompere l'armistizio (...) Esso trova fondamento nelle disposizioni costituzionali che tutelano i presupposti culturali, extra-statali, su cui la Costituzione stessa fonda il suo edificio». Ma si veda già, PRISCO (1986, 116 ss.) e MORELLI (2013, 187 ss.).

¹⁸ In argomento, oltre a LOMBARDI (1967, 129 ss.); MORELLI (2013, 226 ss.).

¹⁹ In argomento, NICOTRA (1995).

²⁰ Sul punto, efficacemente, MONTANARI (2019, 65 ss.).

cittadino parte essenziale del popolo o, più precisamente, il «rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato» comporta in capo allo stesso il «diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo» e il diritto di non poterne essere allontanato per alcun motivo. Al contrario, la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano, dal momento che egli può 'entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato'»²¹.

Proprio, l'indicato rapporto privilegiato tra cittadino e territorio costituisce il fondamento del potere dello Stato di controllare le proprie frontiere, quale espressione del suo carattere sovrano. Tale *ius admittendi* (con il corrispondente *ius excludendi*) può essere oggetto di autolimitazione, ai sensi e alle condizioni dell'art. 11 Cost., ma non può essere, comunque, sottratto all'ordinamento statale. Così come, parallelamente, non possono essere sottratti «alla esclusiva e incoercibile scelta del legislatore» i criteri di acquisto della cittadinanza²², che, infatti, significativamente, la Costituzione non disciplina direttamente, nemmeno in termini di principi²³.

Chiarissime, ancora una volta, solo le considerazioni del Giudice delle leggi, allorché sottolinea come anche di fronte ai più elevati valori costituzionali la garanzia delle frontiere è sempre un elemento da considerare in modo adeguato, naturalmente insieme agli altri principi che devono essere oggetto di ragionevole bilanciamento. Così – intervenendo su un tema attuale e sempre più drammatico – è stato puntualizzato che anche «Le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui si è fatto carico il legislatore. Lo Stato non può infatti abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere», in quanto funzione espressamente riallacciata, nel chiaro ragionamento della Corte, alla difesa della «collettività nazionale»²⁴.

²¹ Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 62, punto 5 del *Diritto*.

²² PATERNITI (2019, 25).

²³ Ancora, PATERNITI (2019, 25); nonché, STAIANO (2008, 17), i quali, dal silenzio della Costituzione, rilevano correttamente l'impossibilità di configurare la *cittadinanza* come *diritto*, piuttosto che come *status*.

²⁴ Così, Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353, punto 2 del *Diritto*, secondo cui, infatti «*le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse, o anche soltanto derogate di volta in volta con valutazioni di carattere sostanzialmente discrezionale, essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali*».

Il rilievo dell'identità nazionale, come sintesi della struttura *politica* e *costituzionale* degli Stati membri, rileva, del resto, anche come principio fondamentale dell'Unione Europea (art. 4, I co., Trattato UE), che, proprio su tale presupposto, «rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale (...) di esclusiva competenza dello Stato membro» (art. 4, II co., Trattato UE). In altri termini, anche l'ordinamento europeo, che ha tra i suoi pilastri la libertà di circolazione e la creazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» (art. 3, II co., Trattato UE), rappresenta un ambito di validità giuridica (definito, appunto, in termini di «spazio» e non di «territorio»), che - almeno sino ad oggi - si aggiunge, ma non si sostituisce al tradizionale ambito territoriale dei singoli Stati membri; l'unico collegato in modo costitutivo alla permanenza e alla garanzia del loro carattere sovrano.

L'articolazione sovrana degli ordinamenti costituzionali - pur in un quadro di rilevanti limitazioni derivanti dall'integrazione sovranazionale, dall'evoluzione tecnologica e dalla connessa globalizzazione-costituisce, quindi, anche in ambito europeo, il primo anello della solidarietà politica, quale vera e propria forza motrice del passaggio dalla fase «costituente» all'ordinamento «costituito», nonché suprema garanzia di conservazione di quest'ultimo²⁵. Tale carattere, del resto, è sempre ribadito dalle Corti costituzionali degli Stati membri dell'Unione Europea, a cominciare dalla robusta giurisprudenza in materia di controlimiti della Corte di Karlsruhe²⁶.

3. LA SOLIDARIETÀ POLITICA OLTRE I CONFINI DELLA CITTADINANZA E DELLA NAZIONALITÀ

Il radicamento della solidarietà politica nella sostanza materiale della comunità nazionale non ha, tuttavia, impedito ai Costituenti di prevedere talune finestre che valgono ad aprire l'istanza solidaristica a legami che valicano il perimetro del legame politico fondato sulla cittadinanza e, in certi casi, anche sull'identità nazionale. Il rilievo del valore personalista, infatti, che evidentemente prescinde dalla cittadinanza e dalla nazionalità, ha costituito il presup-

²⁵ Sulla persistente rilevanza delle categorie contettuali di «costituente» e «costituito», si vedano le acutissime riflessioni di DE GIOVANNI (2015, 203 ss.), con ampi riferimenti critici alla dottrina «neocostituzionalistica», che, invece, postula la definitiva scomparsa dall'orizzonte del diritto costituzionale del «momento costituente».

²⁶ Cfr. FORASTIERO (2009).

posto per l'allargamento dei vincoli solidaristici anche in campo politico, secondo un'articolazione che può essere definita «a cerchi concentrici».

Tale concezione trova significativo riscontro, innanzi tutto, nel particolare favore che il nostro ordinamento riserva alla tutela degli *apolidi*, quali soggetti privi di un legame politico, giuridicamente riconosciuto, con la comunità d'origine.

Occorre considerare al riguardo come l'art. 22 Cost. preveda che «nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome», così sancendo, al livello più alto dell'ordinamento, che la condizione di *cittadino* rappresenta uno degli elementi costitutivi della soggettività giuridica e dell'identità della persona. Per tale ragione, la situazione in cui versa lo straniero che ha perso o non ha mai acquisito lo *status* di cittadino del suo Paese d'origine appare meritevole di particolare considerazione e tutela da parte della Repubblica.

Così – anche quale svolgimento degli artt. 2 e 6 della Convenzione di New York del 28 settembre 1954, recepita con la l. 1 febbraio 1962, n. 306 – l'art. 16 della legge n. 91/1992 prevede che l'*apolide* che risiede legalmente nel territorio italiano «è soggetto alla legge italiana per quanto si riferisce ai diritti civili e agli obblighi del servizio militare». Inoltre, l'art. 1 della l. n. 91/1992 prevede l'acquisto della cittadinanza secondo il criterio dello *ius soli* per i figli di apolidi e il successivo art. 10 dispone che la cittadinanza possa essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica (sentito il Consiglio di Stato e su proposta del Ministro dell'Interno) «all'*apolide* che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica»; dunque, in un tempo dimezzato rispetto a quello richiesto allo straniero regolarmente residente.

L'assetto fondamentale dei vincoli solidaristici che legano anche gli apolidi alla comunità politica è stato, del resto, ben definito dalla Corte costituzionale, allorché ha affermato che gli apolidi sono «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza»²⁷. Tale concezione, fondata su

²⁷ Corte Costituzionale, 18 maggio 1999, n. 172. Più di recente, per analoghe considerazioni con specifico riguardo all'illegittimità dell'esclusione degli stranieri dal servizio civile, Corte cost., 25 giugno

vincoli solidaristici, come si diceva, a cerchi concentrici, si rispecchia in una piena parificazione, nel godimento dei diritti e nell'adempimento dei doveri, degli apolidi ai cittadini italiani, secondo le previsioni degli artt. 1, 1 co., e 2, co. 2-5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Analoghe istanze assiologiche sorreggono ulteriori estensioni dei vincoli di solidarietà politica. Al riguardo, come già l'art. 10 Cost. - nel quadro di una più ampia gamma di aperture dell'ordinamento interno alla dimensione sovranazionale - preveda il diritto di asilo dello straniero «al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» e «secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Pur all'interno di una prospettiva circoscritta dall'economia del presente scritto, vale sottolineare la Carta repubblicana, muovendo dal riconoscimento dei contenuti costituzionali della solidarietà politica in termini di partecipazione democratica dei cittadini alla vita dell'ordinamento, assegna allo straniero, il quale non può godere nel suo Paese di una forma analoga di integrazione politica democratica, il diritto di ottenere *asilo*. Ebbene, anche in mancanza di una legge immediatamente attuativa della norma costituzionale, è stato riconosciuto come il diritto di asilo sia un diritto soggettivo perfetto e, comunque, strumentale alla verifica delle condizioni che, secondo l'ordinamento, assicurano lo *status* di «rifugiato» oppure, in mancanza dei presupposti per quest'ultimo, a quello corrispondente alle forme di protezione cc.dd. «sussidiaria» e «umanitaria», secondo i trattati internazionali (Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *statuto dei rifugiati*), le fonti europee (Dir. 2004/83/CE e Dir. 2005/85/CE) e le corrispondenti norme interne di recepimento e attuazione (D.lgs. 251/2007; D.lgs. 25/2008; art. 5, D.lgs. 286/1998)²⁸.

2015, n. 119, punto 4.1 del *Diritto*.

²⁸ In argomento, Cass. Civ., sent., 25 novembre 2011, n. 25028, secondo cui «(...) va sottolineato che il dettato costituzionale di cui all'art. 10 Cost. ha ricevuto attuazione e operatività nel nostro ordinamento mediante l'emanazione di leggi i cui destinatari sono i richiedenti l'asilo politico, che viene conferito con la formula del «rifugio politico»; in particolare, la L. n. 39 del 1990 non ha operato alcuna distinzione fra la figura del rifugiato politico e quella dell'asilato politico; anzi, secondo una interpretazione logica e sistematica del suo art. 1, esiste una stretta corrispondenza fra la richiesta di asilo e l'aspirazione al riconoscimento dello status di rifugiato politico. La distinzione fra asilato e rifugiato non è poi, sostanzialmente, così netta avuto riguardo al contenuto e allo spirito della norma costituzionale e delle successive leggi di attuazione di ratifica degli atti internazionali in materia, ovvero autonomamente adottate dal legislatore italiano; i due istituti di asilo e rifugio sono associati da una comunanza di ordine funzionale che potrebbe renderne difficile una assoluta separazione. Va rilevato, peraltro, come secondo una qualificata opinione dottrinale sussisterebbe una perfetta simbiosi fra gli istituti in questione, con la conseguenza di una più semplice, oltre che più corretta ed incisiva, applicazione degli strumenti del diritto. In diversi termini, in assenza di una legge organica sull'asilo politico (che ne fissi le condizioni, i termini, i nodi e gli organi competenti in materia di richiesta e concessione), attuativa del dettato costituzionale, può affermarsi che il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto, e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere annesso alla pro-

Nei casi esaminati, la condizione dello straniero – il quale non può godere nel proprio Paese di quei fondamentali diritti civili e politici su cui la Carta costituzionale ha inteso fondare l'integrazione politica della comunità – reclama, dunque, l'allargamento dei vincoli solidaristici e costituisce il presupposto per l'accesso dei medesimi stranieri alle ulteriori forme di integrazione che l'ordinamento repubblicano assicura sul piano sociale ed economico.

4. L'EGUAGLIANZA SOSTANZIALE COME STRUMENTO DI SOLIDARIETÀ SOCIALE ED ECONOMICA

Come si è ricordato in principio, mentre la solidarietà politica è stata data per acquisita (o riacquisita) con il superamento delle divisioni più radicali della comunità politica e la convergenza di massima intorno ai principi e ai valori della Costituzione repubblicana, l'omogeneità sul piano sociale ed economico è stata considerata dai Costituenti un obiettivo da perseguire, con un'azione continua e progressiva, dalle istituzioni pubbliche e dalle altre articolazioni della comunità.

Del resto, anche la storia dell'Italia repubblicana si è occupata di dimostrare non soltanto come l'omogeneità economico-sociale non era una condizione presente al momento dell'approvazione della Carta costituzionale, ma come la stessa non fosse nemmeno suscettibile di essere acquisita in modo definitivo. Tale meta, infatti, ancora oggi rimane sempre esposta alle variabili congiunturali dei cicli economici e – come dimostrano anche le vicende degli ultimi decenni – alle trasformazioni «di sistema», indotte dai processi di integrazione, europei e internazionali, nonché dallo sviluppo tecnologico e dalla conseguente globalizzazione. Si tratta, quindi, di un obiettivo che si sposta sempre in avanti, ma che l'ordinamento non può permettersi di non rincorrere.

In un sistema democratico, infatti l'omogeneità minima necessaria per l'esistenza della comunità politicamente organizzata non può essere conseguita forzatamente, come avvenuto in epoche passate, attraverso la rimozione del-

cedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico. Il diritto di asilo non ha, cioè, contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente il riconoscimento dello status di rifugiato. Trattasi, dunque, di un diritto finalizzato a consentire accertamenti successivi per un giudizio definitivo sull'identità dello status o qualifica di rifugiato. In termini ancora più sintetici, può affermarsi che il diritto di asilo è un diritto risolutivamente condizionato al mancato accoglimento della domanda di riconoscimento dello status o qualifica di rifugiato politico».

la differenze socio-economico dall'area della rilevanza giuridico-istituzionale oppure con interventi di tipo autoritario²⁹.

In un contesto ispirato al principio democratico, dunque, la valenza sociale ed economica del principio costituzionale di solidarietà trova immediato riferimento nella previsione dell'eguaglianza sostanziale e nella puntuale garanzia dei diritti sociali a livello costituzionale.

Nei termini richiamati, a fronte di un'apparente contraddizione tra la dimensione statica dell'eguaglianza formale e quella dinamica della eguaglianza sostanziale, il principio di solidarietà costituisce il ponte che consente di sciogliere l'apparente antinomia in vista «della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza tra i cittadini, impediscono la piena partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, II co., Cost.)³⁰. La locuzione vale, così, a specificare, ad un tempo, la matrice e il fine della solidarietà, che, affondando le radici nell'uguale valore di ogni persona, deve sfociare nell'integrazione della comunità intorno ai principi istituzionali dell'ordinamento, ovvero - come anche è stato detto - nella maturazione «di un orientamento di consenso, volto a creare le condizioni secondo le quali si viene progressivamente ricostruendo l'omogeneità perduta, superando i punti di frattura delle forze in gioco»³¹.

Così, in forza dell'istanza solidaristica i trattamenti differenziati tra cittadini - sebbene in apparente contraddizione con l'eguaglianza formale - diventano *ragionevoli* e, dunque, costituzionalmente legittimi dal punto di vista dell'eguaglianza sostanziale. Alle *azioni positive* e, dunque, alle c.d. *discriminazioni alla rovescia*, che sono, in certa misura, connaturate ai diritti sociali

²⁹ In proposito, LOMBARDI (1967, 48 s.) osserva che dopo il tramonto dello Stato assoluto - nel quale non si poneva il problema della costruzione dell'omogeneità politico-sociale, in quanto il medesimo postulava obbedienza e solo secondariamente consenso - «la formula della solidarietà permette di dare alla questione una risposta originale e autonoma rispetto a quelle offerte sia dallo stato liberale del secolo scorso, sia da quello di «democrazia popolare». Nel primo l'omogeneità risultava dalla circostanza che con il suffragio ristretto, si operava, insieme con la limitazione del corpo elettorale, una selezione automatica e, in un certo senso, preventiva della classe politica, concentrandone l'espressione nella borghesia ricca e colta, animata da unità di fini, anche se divisa nelle diverse impostazioni circa i metodi attraverso i quali realizzarli. Nel secondo l'omogeneità viene raggiunta artificialmente o escludendo dalla legalità le forze ispirantesi a principi divergenti da quello propri del regime, oppure sostituendo la cooperazione mediante la partecipazione istituzionalizzata, ma senza possibilità di critica radicale e di opposizione alle strutture di governo». Sull'evoluzione della teoria della sovranità, che costituisce il retroterra di entrambe le soluzioni appena richiamate, sinteticamente, SILVESTRI (1996, 3 ss.).

³⁰ In generale, in merito alle disposizioni di cui all'art. 3 Cost. si vedano, tra gli altri, ESPOSITO (1954, 17 ss.); PALADIN (1965, 151 ss.); ROSSANO (1964); AGRÒ (1975, 123 ss.); CERRI (1976); SANDULLI (1977, 561 ss.).

³¹ Così, efficacemente, LOMBARDI (1967, 49 ss.); ma già, in senso analogo, MORTATI (1969, 147); nonché, ANTONINI (1996, 161 ss.).

(artt. 4, 29-40 Cost.), corrispondono le misure di redistribuzione previste in Costituzione. Queste sono alimentate, innanzi tutto, da un *dovere tributario* informato ai criteri di capacità contributiva e progressività (art. 53 Cost.), ma anche da ulteriori misure che, sulla base di puntuali riferimenti costituzionali (art. 41-47 Cost.), valgono ad attenuare le differenze «dei punti di partenza» prodotte dalla sorte, che sempre costituisce - insieme alla capacità, all'impegno e alle scelte individuali (art. 4 Cost.) - una delle variabili che segnano il percorso di ogni esistenza umana.

Nel quadro appena ripreso occorre, dunque, sottolineare come la declinazione economico-sociale del principio costituzionale di solidarietà - a differenza di quella politica - trovi primo fondamento ed alimento nell'affermazione costituzionale della *dignità della persona umana*, quale valore intangibile e base dei diritti fondamentali³². La dignità umana è contenitore di libertà e responsabilità, le quali si tengono reciprocamente, dispiegandosi in maniera dialettica non solo nei rapporti tra i singoli e gli apparati pubblici, ma in tutti gli ambiti della vita sociale. Su questi piani si intreccia il filo che, pur preservando l'aspetto individualistico della libertà, cuce la trama delle relazioni di reciproca solidarietà operanti tanto in una dimensione orizzontale, tra i singoli e le formazioni sociali, quanto in una dimensione verticale, nei rapporti tra le istituzioni pubbliche e i cittadini, in vista della garanzia di quella eguale libertà (*equal liberty*) che è condizione della dignità di ciascuna esistenza individuale³³.

Da ciò consegue un primo livello costituzionale di tutela, in cui la solidarietà postula la garanzia di quei livelli essenziali delle prestazioni connesse ai diritti sociali, che, essendo funzionali al mantenimento di condizioni per una «esistenza libera e dignitosa» (art. 36 Cost.), devono essere necessariamente garantite, a prescindere da vincoli di bilancio (art. 81 Cost.) o dalla ordinaria ripartizione delle competenze tra gli enti che compongono la Repubblica e dalle corrispondenti differenziazioni territoriali (art. 117, I co., lett. m); art. 120, II co., Cost.) Si tratta, quindi, di un livello minimo di condizioni di vita, sotto il quale l'ordinamento deve fare in modo che nessuno si venga a trovare.

³² Riassuntivamente sul punto, RUGGERI/SPADARO (1991).

³³ Su questo concetto, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1974), da MAFFETTONE/VECA (1997, 327 ss.); ma già, CALAMANDREI (1946, 386), per il quale libertà individuale e giustizia sociale non costituiscono termini contrapposti, bensì facce di una stessa medaglia, atteso che «la giustizia sociale è condizione della libertà individuale»; nonché, più di recente, CARAVITA (1984), PECES-BARBA (1993, 265 ss.) (1991, 147); BALDASSARRE (1997, 139) il quale sottolinea che «l'eguale diritto di tutti gli uomini di essere liberi» costituisce, al di là di ogni suggestione giusnaturalistica, il principio primo, denominatore comune della civiltà occidentale e, pertanto, la base assiologica delle norme che riconoscono a tutti gli uomini determinati contenuti di libertà e di giustizia».

Vi è poi, un secondo livello di garanzia che trova sempre la sua matrice nella solidarietà economico-sociale. Ci si riferisce, in particolare, a quelle ulteriori condizioni di benessere che l'ordinamento, in conformità agli obiettivi dello Stato sociale, deve perseguire, anche al fine di preservare e magari rafforzare l'omogeneità politica della comunità organizzata, in termini di condivisione dei pilastri della convivenza nel territorio della Repubblica. Su questo livello, non coesistente alla tutela della dignità della persona umana, sono ammesse forme di attuazione differenziata, sia con riguardo alle istituzioni chiamate a realizzare le politiche di benessere, sia con riferimento ai destinatari delle stesse.

Come si accennava, sul piano delle *istituzioni della solidarietà* vale considerare come accanto ai soggetti pubblici vi siano anche le istituzioni private (o del privato-sociale) e proprio la connessione di esse con le modalità di attuazione dei diritti e dei doveri costituzionali, giustifica una disciplina-quadro adottata con legge statale. Al riguardo, la Corte costituzionale – con un arresto che vale la pena riportare testualmente per la sua cristallina chiarezza definitiva – ha sottolineato come il volontariato e le relative istituzioni costituiscano «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente.

Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità»³⁴.

Ebbene, anche in questa dimensione rileva un duplice livello di garanzia. È evidente, infatti, che, anche nei casi in cui la solidarietà si svolge lungo la sua dimensione orizzontale o fraterna - che è, in certa misura, coesistente al valore personalista e al suo corollario della sussidiarietà - l'ordinamento non può abdicare al compito fondamentale di garanzia dei livelli essenziali delle

³⁴ Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, punto 2 del *Diritto*.

prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Pertanto, se è consentita ed, anzi, auspicabile che le prestazioni concernenti i diritti sociali vengano erogate anche da istituzioni del privato-sociale - alimentate da uno spontaneo sentimento solidaristico, normalmente operante, a cerchi concentrici, dai legami delle più piccole formazioni sociali al più generale legame verso il prossimo – l'ordinamento deve, comunque, assicurare l'adempimento dei compiti solidaristici pubblici, espressione della solidarietà verticale o paterna, nei limiti quanto essenziale alla tutela della dignità della persona, ovvero della sua «esistenza libera e dignitosa» (art. 36 Cost.).

5. LA SOLIDARIETÀ QUALE VINCOLO DI RECIPROCIÀ A CERCHI CONCENTRICI: OLTRE LA CITTADINANZA E RITORNO

Come si è già accennato, la solidarietà è una istanza giuridico-costituzionale che opera a cerchi concentrici, con vincoli e doveri che - fatto salvo un nucleo duro intangibile, connesso alla dignità della persona umana - si allargano progressivamente. Proprio per tale carattere pluridimensionale, l'istanza solidaristica, con i diritti e i doveri che ad essa sono ispirati, attraversa e ad un certo punto scavalca quei vincoli pregiudiziali della comunità politica, che, come ricordato in principio, costituiscono l'ineliminabile retroterra sociale-istituzionale di ogni patto di convivenza e che si traducono nel riconoscimento della cittadinanza e, con essa, nella giuridica definizione del Popolo.

Occorre, dunque, ribadire come gli stranieri siano, innanzi tutto, destinatari della solidarietà politica, allorché, in conformità alla garanzia del diritto di asilo (art. 10 Cost.) e alle norme interne ed internazionali che ne costituiscono diretta e indiretta attuazione (prime fra tutti la Convenzione di Ginevra sul riconoscimento dello status di rifugiato), vengono integrati nella comunità quando nel loro Paese non possano esercitare le libertà democratiche.

Ma, al di là, di tale dimensione politica, la solidarietà oltrepassa i confini della cittadinanza anche sul piano sociale ed economico, sebbene – come anticipato – con un raggio differente in relazione al suo oggetto specifico e alle esigenze di bilanciamento sia con altri principi costituzionali, sia con fondamentali istanze istituzionali. Al riguardo è possibile distinguere tre livelli di svolgimento della solidarietà economico-sociale.

a) In un primo livello o, se si vuole, nel primo dei cerchi concentrici che scavalcano i vincoli della cittadinanza, la solidarietà conduce all'estensione di *quei diritti civili* che – anche a prescindere dall'esistenza dei presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato o degli altri istituti di protezione dei

non cittadini (*protezione sussidiaria* o le ipotesi residue di *c.d. protezione umanitaria*) – costituiscono il «nucleo duro» dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti a tutti dalla Costituzione nei termini di «diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Cost.) In tali ambiti l'estensione delle istanze solidaristiche ai non cittadini si fonda sul principio personalista ed è veicolata attraverso l'applicazione del principio di eguaglianza, che in taluni campi, sia pure con il limite delle ragionevolezza, non tollera discriminazioni tra cittadini e non cittadini.

Così, proprio con riferimento alla prima delle libertà, vale a dire alla *libertà personale*, la Corte ha sottolineato come non sia possibile ritenere che «le garanzie dell'art. 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti». Infatti, «non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»³⁵.

Analoghe considerazioni valgono per altri diritti fondamentali, quali, ad esempio, quelli connessi alla tutela giurisdizionale rispetto ai provvedimenti di espulsione dello straniero irregolare. In tali casi, il Giudice delle leggi - pur riconoscendo l'esigenza, anch'essa di rilevanza costituzionale, di salvaguardare l'ordine pubblico, la sicurezza e il sistema di controllo degli ingressi nel territorio della Repubblica - ha affermato la necessità che il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, salvaguardi anche le fondamentali garanzie giurisdizionali poste a salvaguardia della libertà personale. Così, pur dichiarando inammissibili molte delle questioni di legittimità sollevate in argomento, la Corte ha, comunque, ammonito il Legislatore in ordine alla necessità di un intervento legislativo volto ad eliminare «gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate»³⁶.

b) Al secondo livello dei cerchi concentrici della solidarietà, si pongono i diritti sociali e, in particolare, quelli che, nella nostra forma di stato, si possono ritenere fondamentali al pari dei diritti civili in quanto anch'essi collegati al principio personalista e, perciò, sospinti, sempre con la forza del principio di eguaglianza, oltre i confini della cittadinanza.

Nello Stato di diritto liberale il riferimento alla presunta condizione «naturale» dell'individuo-proprietario poneva all'ordinamento solo l'esigenza di tutelare il nucleo originario di diritti e di libertà *c.d.* «individualistici». Nello

³⁵ Corte cost., 2001, n. 105, n. punto 4) del *Diritto*. Sul punto, MONTANARI (2019, 72).

³⁶ Corte Cost., 2 febbraio 2007, n. 22, punto 7) del *Diritto*; Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 275. In argomento, la nota alla sent. n. 22/2007 di MALENA (2007); CARLINO (2018, 5 ss.); MONTANARI (2019, 72).

Stato sociale, invece, il riferimento alla persona come essere libero, ma anche responsabile nei confronti dell'altro (in quanto nell'altro ciascuno ritrova lo specchio della propria dignità) genera una forza espansiva che si esprime nella tensione solidaristica in vista della concreta possibilità di partecipazione di tutti ai benefici della vita associata o, quantomeno, agli *standard* ritenuti storicamente essenziali per una esistenza dignitosa³⁷.

I diritti espressione del principio costituzionale sociale-solidarista integrano, dunque, gli originari diritti di libertà (negativa), dal momento che si pongono come strumenti atti ad assicurare ai secondi quel «contenuto concreto», necessario in un ambiente giuridico tendente allo sviluppo di ciascuna persona sociale e non più alla riproduzione di un modello ideale, e perciò anche astratto, di uomo isolato dalla comunità in cui realmente vive e opera. In questi termini, non soltanto i diritti sociali non si pongono in antitesi con i diritti di libertà, ma partecipano degli stessi caratteri in termini di natura e di efficacia giuridica. Cade, pertanto, la presunta contrapposizione tra la natura dei diritti di libertà e quella dei diritti sociali, che sottendeva la diversa ricostruzione dei primi come obblighi di astensione e dei secondi come doveri di prestazioni positive dei pubblici poteri³⁸.

Sulla base delle premesse riferite, l'istanza solidaristica comporta la necessaria estensione anche agli stranieri non regolari di alcuni diritti sociali fondamentali, quali, ad esempio, il diritto alla salute o il diritto all'istruzione dei minori in età di obbligo scolastico³⁹. È evidente che nemmeno in questo ambito, anzi soprattutto nel settore dei diritti sociali (tipici diritti «che costano») non sono escluse le esigenze di bilanciamento. Tuttavia, come ha riconosciuto la giurisprudenza costituzionale con specifico riferimento al diritto alla salute, il necessario bilanciamento non può condurre alla compressione del «nucleo irriducibile del diritto di cui si tratta, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»⁴⁰.

³⁷ MAZZIOTTI DI CELSO (1964, 803 ss.); BALDASSARRE (1997, 139).

³⁸ Tra gli altri, MAZZIOTTI DI CELSO (1964, 806); PACE (1992, 35 ss., 51 ss.) (1989, 690 ss.); BALDASSARRE (1997, 211 ss.); RUGGERI (1990, 417); nonché, LUCIANI (1980, 772 ss.) (1985, 118 ss.), per il quale, infatti, non solo alcuni diritti di libertà - come, emblematicamente, la libertà di manifestazione del pensiero - «hanno poco senso senza un intervento pubblico che, apprestando strumenti adeguati per il loro esercizio, ne impedisca la riduzione a mera apparenza», ma tutti, comunque, «richiedono un intervento sociale che ne istituzionalizzi la protezione, senza la quale resterebbero pretese astratte, di mero fatto, o prive di qualunque garanzia».

³⁹ In argomento, BIONDI DAL MONTE (2016); MONTANARI/SEVERINO (2018); MONTANARI (2019, 73 ss.)

⁴⁰ Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252, punto 4 del *Diritto*. Al riguardo, MEZZETTI (2018); GRISOSTOLO (2018).

Sulla base di tali presupposti, lo straniero irregolare deve ricevere le prestazioni indifferibili e urgenti alla tutela della sua salute, ma ciò non comporta l'illegittimità delle norme che prevedono l'espulsione del medesimo straniero irregolare che necessita di cure. La legge, piuttosto, sfugge a profili di illegittimità ove consenta una valutazione in concreto e, dunque, una scelta guidata dal prudente apprezzamento dei sanitari, che, ovviamente, non sarà sottratta ad un eventuale controllo giurisdizionale, sia pure entro i limiti della sindacabilità delle scelte tecnico-discrezionali.

c) Il terzo livello della solidarietà economico-sociale riguarda i diritti e le connesse prestazioni che vanno oltre quei livelli essenziali di necessari alla garanzia della dignità della persona e che il nostro ordinamento deve assicurare a prescindere dal legame di un individuo con una specifica comunità politica. Fermo questo limite invalicabile, infatti, l'estensione della prestazioni connesse alla solidarietà economico-sociale comporta la tendenziale parificazione ai cittadini degli stranieri che soggiornano regolarmente nel nostro territorio, non soltanto nel godimento dei diritti civili (art. 2, comma 2, D. Lgs. n. 286/1998), ma anche nei più importanti diritti sociali come l'assistenza sanitaria, la tutela sui luoghi di lavoro, l'istruzione e la formazione anche oltre gli obblighi scolastici. È evidente, tuttavia, che tale estensione non si sottrae alle esigenze di bilanciamento, attraverso l'applicazione del canone della ragionevolezza, con altri interessi costituzionalmente rilevanti quali lo stabile collegamento con il territorio (utilizzato spesso nella legislazione regionale degli ultimi anni) e l'uso razionale di risorse, talvolta non sufficienti per un'estensione universalistica delle prestazioni connesse a determinati diritti sociali.

Anche sotto questo profilo, comunque, non sempre il forte legame con il territorio e, dunque, con la comunità, basta a giustificare in termini di ragionevolezza i limiti all'estensione di certi diritti. La Corte costituzionale, al riguardo, richiede che il requisito dello stabile collegamento territoriale, testimoniato dalla durata minima della residenza nella regione che attribuisce i diritti sociali (non essenziali), abbia una «ragionevole correlabilità» con gli altri presupposti necessari per il riconoscimento del diritto di cui si tratta⁴¹. In particolare, con specifico riferimento alle prestazioni connesse a diritti sociali di competenza regionale (e che vanno oltre i livelli essenziali) è ammissibile un *favor* per i residenti della regione, allorché si possa riconoscere una correlazione di solidale reciprocità tra il contributo dato alla comunità territoriale da chi in esse vive ed opera in modo stabile e duraturo e le prestazioni aggiuntive offerte dalla stessa comunità regionale organizzata ai propri cittadini, come parzia-

⁴¹ Corte cost., 2005, n. 432, punto 5.2 del *Diritto*. In proposito, il commento di GIRELLI (2005).

le ricambio del richiamato contributo civico (Montanari, 2019, 76). Si tratta, dunque, di una operazione di bilanciamento assai delicata, che da un lato è naturalmente (e direi opportunamente) condizionata dalla particolare visione politica del legislatore, non sempre surrogabile invocando la neutralità tecnica del giudizio di legittimità; da un altro lato, è obiettivamente limitata dall'esistenza di prestazioni necessarie per soddisfare i bisogni essenziali di ogni persona.

In tal senso, assai significative sono le considerazioni espresse dalla Corte costituzionale, allorché è stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale di norme regionali che prevedono provvidenze in favore delle famiglie, ovvero di politiche regionali volte a soddisfare i bisogni abitativi dei residenti. In particolare, con riguardo a tale ultima tematica, è stato precisato che «(...) le politiche sociali delle Regioni legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrati e irragionevoli. L'accesso a un bene di primaria importanza e a godimento duraturo, come l'abitazione, per un verso, si colloca a conclusione di un percorso di integrazione della persona presso la comunità locale e, per altro verso, può richiedere garanzie di stabilità, che, nell'ambito dell'assegnazione degli alloggi pubblici in locazione, scongiurino avvicendamenti troppo ravvicinati tra conduttori, aggravando l'azione amministrativa e riducendone l'efficacia»⁴².

6. LA CHIUSURA DEL CERCHIO: SOLIDARIETÀ, INTEGRAZIONE, CITTADINANZA

Abbiamo considerato come la previsione del principio di solidarietà in Costituzione implichi la ricerca di progressivi momenti di integrazione della comunità. È stato sottolineato, al riguardo, come il primo momento di integrazione, quello costitutivo dell'istituzione politica sovrana, sia stato già conseguito al momento del processo costituente e consolidato con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Esso rappresenta, dunque, l'anello di congiunzione tra l'omogeneità politica necessaria per la nascita di un ordinamento e la solidarietà come principio giuridico-istituzionale, che vale a preservare l'unità originaria e a sospingerla verso ulteriori forme di integrazione, che si sviluppano anche sul piano economico e sociale.

⁴² Corte cost., 19 luglio 2013, n. 222, punto 7 del *Diritto*, nonché il commento di MONEGO (2014); e ancora, MONTANARI (2019, 76 ss.).

Tali presupposti, come anticipato, portano a ritenere come gli elementi costitutivi della *identità nazionale* – lungi dall'essere astratta narrazione storica o letteraria – valgono a dare concreta fisionomia e cementare quella coesione politica di base necessaria per la formazione dell'ordinamento. Gli stessi, tuttavia, non precludano nuovi momenti di integrazione sul piano sociale, politico e istituzionale, secondo le indicate dinamiche «a cerchi concentrici» che scavalcano anche i confini della cittadinanza e, dunque, del *Popolo*.

Invero, dai principi costituzionali e dalla legislazione ordinaria, che ne costituisce specifica attuazione, è dato comprendere come l'ordinamento costituzionale⁴³ apra, per un verso, ad una progressiva integrazione istituzionale, che – come dimostra l'accidentato percorso europeo – non può, comunque, prescindere dalla costruzione di una precisa identità e, dunque, di un popolo; per altro verso, ad una integrazione progressiva del non cittadino – secondo un percorso graduale, ma senza salti – nella comunità politica, costitutiva dell'ordinamento. Tale cammino, come evidenziato, muove dal riconoscimento *a tutti*, cittadini e stranieri, di taluni diritti fondamentali direttamente connessi alla dignità della persona umana e dalla contemporanea imposizione di alcuni corrispondenti doveri costituzionali – primo tra tutti, quello di osservanza della Costituzione e delle leggi della Repubblica (art. 54 Cost.) – che valgono a segnare in termini di solidale reciprocità il rapporto tra l'ordinamento e ogni persona che con il primo si trova in contatto. Del resto, come ha evidenziato la giurisprudenza costituzionale, con riferimento al servizio civile, espressione del più generale dovere di difesa della Patria (art. 52 Cost.), l'apertura del servizio stesso agli stranieri regolari – per la sue finalità di solidarietà sociale, di cooperazione nazionale ed internazionale, nonché di salvaguardia e tutela del patrimonio nazionale – è «un'opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza»⁴⁴.

Il percorso prosegue, dunque, con l'estensione ai non cittadini, regolarmente residenti, di alcuni diritti sociali che valgono a garantire migliori condizioni di benessere rispetto agli *standard* essenziali, che devono essere garantiti a tutti. Tale estensione, tuttavia, deve essere valutata in termini di ragionevolezza rispetto ad altri principi costituzionali e non esclude la rilevanza di elementi sintomatici dell'eventuale stabile radicamento della persona con il territorio e, dunque, con la comunità politica. Proprio tale stabilità, del resto, costituisce l'elemento presuntivo che consente, sulla base dei presupposti previsti dal legislatore (l. 91/1992), l'acquisizione della cittadinanza da parte del-

⁴³ Sul precipuo significato dell'espressione «ordinamento costituzionale» si veda BARBERA (2015, 265 ss.).

⁴⁴ Corte cost., 25 giugno 2015, n. 119, punto 4.1 del *Diritto*.

lo straniero regolarmente residente nel territorio della Repubblica e, dunque, la sua piena integrazione anche sul piano politico. Così, dunque, si chiude la spirale della solidarietà, i cui cerchi muovono dall'ambito politico, si estendono al piano economico-sociale abbracciando, in certa misura, anche agli stranieri e, infine, si ricongiungono al punto di partenza, con l'eventuale piena integrazione politica dei non cittadini che abbiano consolidato i loro vincoli di appartenenza con la comunità organizzata che li ha ospitati.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGRÒ, A. S. (1975), «Principi fondamentali - Art. 3, I comma», in G. Branca, *Commentario alla Costituzione*, pp. 123 ss.
- ANTONINI, L. (1996), *Dovere tributario, interesse fiscale e doveri costituzionali*, Milano.
- APOSTOLI, A. (2012), *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano.
- BALDASSARRE, A. (1997), «Diritti sociali», in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, pp. 139.
- BARBERA, A. (2015), «Costituzione delle Repubblica italiana», in *Enc. Dir., Annali*, VIII, Milano, pp. 265 ss.
- BIONDI DAL MONTE, F. (2013), *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1996), «Il potere costituente del popolo», in Zagrebelsky, G.; Portinaro, G. P.; Luther, J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, pp. 231 ss.
- (2010), *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari.
- CALAMANDREI, P. (1945), *L'avvenire dei diritti di libertà*.
- CAMPI, A. et al. (2018), *Nazione e nazionalismi*, I e II, Roma.
- CARAVITA DI TORITTO, B. (1984), *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova.
- (2009), *I diritti politici dei «non cittadini». Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, Relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti dal titolo «Lo statuto costituzionale del non cittadino», Cagliari 16-17 ottobre, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/CARAVITA.pdf>, 5 ss.
- CARLINO, V. (2018), «Il respingimento alla frontiera dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica (Nota a Corte cost., sent. 275/2017)», in *Federalismi.it.*, n. 17, pp. 5 ss.
- CECCHETTI, M. (2006), «Art. 9», in Bifulco, R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, pp. 225 ss.
- CERRI, A. (1976), *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*.

- DE GIOVANNI, B. (2015), *Elogio della sovranità politica*, Napoli.
- ESPOSITO, C. (1954), «Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione», in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, pp. 17 ss.
- FACCHI, A. (2019), «Popolo», in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, XV ed., Bari-Roma.
- FALZONE, F. et al. (1987), *La Costituzione della Repubblica - Illustrata con i lavori preparatori*, Milano.
- FORASTIERO, R. (2009), «Dalla sentenza del Bundesverfassungsgericht alla ratifica del Trattato di Lisbona», *Traccani.it*, (12/11/2009), www.traccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_internazionale_e_comparato/3_Forastiero_trattato_lisbo.html).
- GIRELLI, F. (2005), «Gli stranieri residenti in Lombardia totalmente invalidi per cause civili hanno diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea nel territorio regionale», in *Rivista AIC*, <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.
- GIUFFRÈ, F. (1998), «La Corte costituzionale in cammino: da un modello casistico all'interpretazione della solidarietà», *Giur.cost.*, n. 3.
- (2002), *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano.
- (2007), «I doveri di solidarietà sociale», in Balduzzi, R.; Cavino, M.; Grosso, E.; Luther, J. (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*. Atti del Convegno di Acqui Terme – Alessandria, 9 e 10 giugno 2006, Torino.
- GRISOSTOLO, F. (2018), «La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia», *Rivista AIC*, n. 2.
- LOMBARDI, G. M. (1967), *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano.
- LUCIANI, M. (1980), «Il diritto costituzionale alla salute», *Dir. Soc.*, pp. 772 ss.
- (1985), «Sui diritti sociali», in AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, II, pp. 118 ss.
- MAFFETONE, S.; VECA, S. (1997), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Bari.
- MALENA, M. (2007), «L'incoerenza delle sanzioni penale per la permanenza illegale dello straniero: il monito della Corte», *Giurcost.org*. (www.giurcost.org).
- MARINI, F. S. (2002), *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano.
- MASSA PINTO, I. (2007), «Doveri e formazioni sociali. Il dovere di fedeltà alla repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)», in Balduzzi, R.; Cavino, M.; Grosso, E.; Luther, J. (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme – Alessandria, 9 - 10 giugno 2006, Torino, pp. 82 ss.
- MAZZIOTTI DI CELSO, M. (1964), «Diritti sociali», in *Enc. Dir.*, XII, Milano, pp. 803 ss.
- MEZZETTI, L. (2018), «I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana», *Rivista AIC*, n. 1.

- MONEGO, D. (2014), «La «dimensione regionale» nell'accesso alla provvidenze sociali», *Forum di Quaderni costituzionali* (31 marzo) http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2013/0043_nota_222_2013_monego.pdf.
- MONTANARI, L. (2019), «La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri», *Federalismi.it*, numero speciale 2, pp. 65 ss.
- MONTANARI, L.; SEVERINO, C. (a cura di) (2018), *I sistemi di welfare alla prova delle dinamiche migratorie*, Napoli.
- MORELLI, A. (2013), *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano.
- MORTATI, C. (1962), «Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)», *Enc. Dir.*, XI, pp. 220 ss.
- (1967), *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova.
- (1969), *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova.
- (1998), *La costituzione in senso materiale*, Milano.
- NICOTRA, I. (1995), *Territorio e circolazione nell'ordinamento costituzionale*, Milano.
- PACE, A. (1989), «La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»», *Riv.trim.dir.proc.civ.*, n. 3, pp. 690 ss.
- (1992), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova.
- PALADIN, L. (1965), *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano.
- PATERNITI, F. (2019), «I figli dell'immigrazione nel percorso di transizione da «secondo generazioni» dell'immigrazione a «nuove generazioni» della cittadinanza», *Rivista AIC*, n. 3, pp. 22 ss.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1991), «Diritti e doveri fondamentali», *Dig. Disc. Pubbl.*, V, pp. 147 ss.
- (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano.
- POLACCHINI, F. (2016), *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna.
- PRISCO, S. (1986), *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Napoli.
- RAWLS, J. (1974), *Una teoria della giustizia*.
- RENAN, E. (2004), *Che cos'è una nazione*, Roma (E-book).
- RODOTÀ, S. (2014), *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma – Bari.
- ROMANO, S. (1961), *L'ordinamento giuridico*, Firenze.
- (1969), *Lo Stato moderno la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano.
- ROSSANO, C. (1964), *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli.
- RUGGERI, A. (1990), «Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)», *Pol. Dir.*, pp. 417 ss.
- (2017), «I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza», *Consulta online*, n. 2, pp. 374 ss.

- (2017a), «Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale», *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2 (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2017_Ruggeri.pdf), 1 ss.
 - (2017b), «Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio», *ConsultaOnLine*, fasc. III, 445 ss.
- RUGGERI, A.; SPADARO, A. (1991), «Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)», *Pol. Dir.*, fasc. 3, pp. 343 ss.
- SANDULLI, A. M. (1977), «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», *Dir. Soc.*, n. 3, pp. 561 ss.
- SILVESTRI, G. (1996), «La parabola della sovranità. Ascesa, declino, trasfigurazione di un concetto», *Riv. Dir. Cost.*, pp. 3 ss.
- STAIANO, S. (2008), «Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di método», *Federalismi.it*, n. 21.
- TARLI BARBIERI, G. (2018), «Art. 51», in Clementi, F.; Cuocolo, L.; Rosa, F.; Vigevani, G. E., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, pp. 326 ss.

PARTE 4

OTROS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN

EL DERECHO HUMANO AL AGUA

BELÉN BURGOS GARRIDO*
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes en los textos internacionales del derecho humano al agua. 3. El reconocimiento constitucional del derecho al agua y sus conexiones con otros derechos constitucionales. 4. El agua como bien de dominio público. 5. El orden de preferencia del derecho al agua. 6. La proclamación del agua como derecho humano por la ONU. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA CARENCIA DE AGUA

El agua es un elemento químico crucial para la supervivencia de todos los seres vivos, sin cuya existencia, no sería posible la producción de alimento ni la conservación de los ecosistemas medioambientales¹. Sin embargo, se trata de un recurso limitado. En este sentido, se habla de la necesidad de mantener la *seguridad hídrica*, que se define como la provisión de agua en cantidad ade-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+I: DER2017-87789-R «Los servicios urbanos del agua en España y Europa: Retorno a la gestión directa o colaboración público-privada, pero con un efectivo gobierno y control público del servicio» (IP E. Arana García).

¹ En este sentido, la Comisión Europea ha cuantificado las cifras de agua que se requieren para la producción de distintos alimentos, así, por ejemplo, se necesitan alrededor de 16.000 litros de agua para producir 1 kg. de carne de vacuno, 140 litros para una taza de café y 900 litros para 1 kg. de maíz. (COMISIÓN EUROPEA, 2013, 3).

cuada y en una calidad aceptable para la salud, el bienestar humano y el desarrollo socio-económico para lograr la producción de bienes y servicios y garantizar la conservación de los ecosistemas¹. En definitiva, podemos afirmar que el agua es un recurso estratégico básico o de primer orden, por ello, resulta llamativo que, a pesar de ser imprescindible tanto para la vida (como para el desarrollo de diversos sectores como el agrario, energético, turístico, industrial o económico²) su conceptualización como derecho humano no se haya producido hasta tiempos muy recientes.

Asimismo, actualmente asistimos a un panorama mundial donde el cambio climático ha provocado, la agudización y extensión, tanto espacial como temporal, de eventos de sequía y escasez hídrica junto con fuertes inundaciones³. Consecuentemente, sus impactos son cada vez más notables⁴ y ha aumentado la carencia de este recurso esencial. A nivel global contamos con números ejemplos donde la escasez hídrica se ha relavado como un auténtico problema, como son los casos de: Somalia en 2010-2011 (declarando la ONU a este país en situación de hambruna), Australia, entre 1997-2010 (con la co-

¹ Sobre el concepto de seguridad hídrica *vid.* GÓMEZ (2017, 5-8). Asimismo, sobre la importancia de mantener la seguridad hídrica, la Asociación Mundial para el Agua pone de relieve que: «Un mundo con seguridad hídrica es vital para construir un futuro mejor: un futuro en el cual exista suficiente agua para el desarrollo económico y social y para los ecosistemas. [...] Es un mundo donde todas las personas tienen suficiente agua segura y a un precio accesible para llevar una vida limpia, sana y productiva. [...] Un mundo donde la seguridad hídrica esté garantizada reduce la pobreza, promueve la educación y aumenta el nivel de vida. Es un mundo donde existe una mejor calidad de vida para todos, especialmente para los más vulnerables». (AIT-KADI, LINCKLAEN ARRIENS, 2009, 1).

² Tal y como se afirma en el Libro Blanco de la Economía del Agua de 2017, las conexiones entre la economía, el bienestar de la sociedad y el agua son indiscutibles. En esta obra participan los Premios Nobel de Economía: Kydland, Akerlof y Tirole, y el Premio Nobel de la Paz 2007 Mohan Munasinghe, así como los relatores especiales de la ONU para los derechos humanos al agua y el saneamiento. Dichos autores concluyen que la crisis del agua es una crisis de gobernanza y se destaca la gran relevancia de adoptar políticas públicas para su gestión. (VV. AA., 2018).

³ Diversos documentos y programas así lo evidencian. Así, en el Pacto de París sobre el agua y la adaptación al cambio climático en las cuencas de los ríos, lagos y acuíferos, de 2 diciembre de 2015, se pone de manifiesto que «el cambio climático ya afecta y afectará cada vez más la cantidad y calidad del agua dulce continental y los ecosistemas acuáticos, especialmente mediante la intensidad y la frecuencia creciente de los eventos hidrológicos extremos tales como las inundaciones y las sequías, así como la subida del nivel de los océanos, que amenazan el desarrollo económico y social y el medio ambiente.» Por otra parte, en el Informe del Secretario General E/2018/64, de 10 de mayo de 2018, sobre los Progresos en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018 atestigua que en 2017 la temperatura media se situó 1,1.° C por encima de los niveles preindustriales. Precisamente, en relación con el aumento de las temperaturas, de acuerdo con el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, la elevación entre 1,5.° C y 2,5.° C, incrementa entre un 20 % y un 30 % el riesgo de extinción de las especies animales y vegetales (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2007, 4). Y, relacionando el tema de las temperaturas con el agua, según la Comisión Europea se ha demostrado que, si las temperaturas se incrementan entre 2 y 3.° C ello desencadenará la escasez de agua para entre 1.100 y 3.200 millones de personas, lo que supondría una auténtica catástrofe a nivel mundial, (COMISIÓN EUROPEA, 2007, 2).

⁴ Sobre los impactos que las sequías pueden provocar *vid.* HERNÁNDEZ MORENO (2008, 4).

nocida popularmente como *Big Dry* o Sequía del Milenio)⁵, o California donde se ha sufrido un período de sequía muy intenso entre 2011-2016 (ocasionando daños económicos por valor de 60.000 millones de dólares)⁶. Por lo que respecta a Europa, los episodios de sequía y su gravedad se han intensificado desde la década de los 80 con un coste estimado de 100.000 millones de euros en los últimos treinta años (Comisión Europea, 2013, 2.).

En cuanto al contexto en España, de conformidad con el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC), aprobado en 2006, «los recursos hídricos sufrirán en España disminuciones importantes como consecuencia del cambio climático.» Se señala que:

«para el horizonte de 2030, simulaciones con aumentos de temperatura de 1.º C y disminuciones medias de precipitación de un 5% ocasionarían disminuciones medias de aportaciones hídricas en régimen natural de entre un 5 y un 14%. Para 2060, simulaciones con aumentos de temperatura de 2,5.º C y disminuciones de precipitación de un 8% producirían una reducción global media de los recursos hídricos de un 17%. Estas cifras pueden superar el 20 a 22% para los escenarios previstos para final de siglo» (Oficina Española de Cambio Climático, 2006, 26).

Por este motivo, el agua se ha convertido en una preocupación de índole mundial con especial incidencia en los países en desarrollo y aquellos con climas secos. En este sentido se habla de «derecho del desarrollo sostenible», expresión que «muestra ese vínculo estrecho entre la problemática medioambiental y la problemática de desarrollo de los Estados, con un punto de vista de protección de los derechos humanos (derecho a la alimentación, derecho al agua, derecho a vivir en un ambiente sano)» (Trigeaud, 2017, 128). Así, en la Declaración final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible, Río +20, de 19 de junio de 2012, en su apartado 190, se ha destacado la especial vulnerabilidad de los países en desarrollo a los efectos adversos del cambio climático, entre ellos, sequías persistentes y fenómenos meteorológicos extremos, fenómenos «que amenazan todavía más la seguridad alimentaria y las medidas para erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible.» Concluyendo que «la adaptación al cambio climático representa una prioridad mundial inmediata y urgente.» Y, en su apartado 205, destaca que «la desertificación, la degradación de la tierra y la sequía son problemas con una dimen-

⁵ Sobre cómo este evento suscitó la revisión de derechos históricos sobre el agua *vid.* (ARANA GARCÍA, 2018, 300).

⁶ Sobre la sequía en California *vid.* GLEICK (2016) y PULIDO VELÁZQUEZ y ESCRIVÀ-BOU (2016).

sión mundial que siguen suponiendo un serio desafío para el desarrollo sostenible de todos los países, en particular los países en desarrollo.»

Asimismo,

«existe un reconocimiento unánime por parte de la doctrina de que el deterioro ambiental puede significar la violación de una serie de derechos fundamentales como la vida, la salud, el derecho al agua y al saneamiento, a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la vida privada y familiar, a la libre determinación e incluso a la propiedad» (Recabarren Santibáñez, 2016, 307)⁷.

Todo lo expuesto justifica el acuciante interés suscitado en el legislador por la temática hídrica, así como la necesidad de intervención por parte de los poderes públicos. Así, en los últimos años, comienzan a surgir voces que «reclaman al Estado sus responsabilidades respecto al clima. En virtud del deber del Estado de proteger a la población, este debe responder ante la ciudadanía de su inacción o de sus acciones ineficaces en materia climática.» (Torre-Schaub, 2018). En nuestra opinión, una de esas responsabilidades de los Estados respecto al clima lo constituye, sin duda, el reconocimiento del derecho humano al agua y su protección.

2. ANTECEDENTES EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

Para empezar, fue la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, adoptada en Estocolmo en 1972, y conocida como Cumbre de la Tierra de Estocolmo, la primera gran conferencia que se organizó sobre cuestiones medioambientales, y que resaltó la conexión de la protección del medio ambiente con el goce pleno y efectivo de los derechos humanos⁸, manifestando, además, en su principio 2, que «los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservar-

⁷ En este sentido, el mencionado autor cita como ejemplo a (BRUZÓN, ANTÚNEZ, 2012, 77); (FERREIRA, 2008, 146-148); (SIMÓN, 2010, 91); (SHELTON, 2010, 127); (LEWIS, 2012, 38-40); (BORRÀS, 2014, 653).

⁸ Así, su primer principio expresa que «El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.»

se en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.»

Pero, más específicamente, la génesis del derecho humano al agua la hallamos en un conjunto de conferencias internacionales cuyo objetivo era la puesta en marcha de estrategias para la defensa del medio ambiente y el impulso del desarrollo sostenible. Así, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua celebrada en Mar del Plata en 1977 se enunció por primera vez a nivel mundial el derecho de todas las personas a tener acceso al agua potable en cantidad suficiente, y se puso de manifiesto la necesidad del seguimiento de los recursos hídricos para el aseguramiento del bienestar de las personas, alentándose a los Estados al establecimiento de políticas y planes orientados a la satisfacción de las necesidades de agua potable y saneamiento. Esta conferencia dio pie a que el periodo 1981-1990 fuera proclamado como Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, para impulsar el acceso a estos bienes en aquellos lugares que carecían de ello.

Por otra parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, estipula en su art. 14.2.h que los

«Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua.»

Asimismo, en 1990, con la Declaración sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, se resaltó el problema de la mortandad infantil debido a la carencia de agua potable junto a la malnutrición y las enfermedades.

Posteriormente, en 1992, tuvo lugar la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente en Dublín, en la que se propugnaron 4 principios rectores: 1. El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente. 2. El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles. 3. La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua. 4. El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

Seguidamente, en 1994, en el principio segundo del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrado en el Cairo, se afirmó que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuado.» Y poco después, en 1996, la Conferencia de Naciones Unidas sobre asentamientos humanos aprueba el Programa Hábitat se señala la preocupación por la configuración de ciudades bien planificadas lo que implica, entre otras cuestiones, la existencia de viviendas adecuadas, infraestructura y acceso universal a los servicios básicos como el abastecimiento de agua, la energía y el saneamiento.

Además, en el año 2000, con la Declaración del Milenio efectuada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/55/2, se adoptaron los llamados Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) dirigidos a evitar la sobreexplotación de los recursos hídricos y lograr su acceso equitativo y adecuado. Entre los cuales se marcaba como finalidad conseguir en 2015 reducir a la mitad la población que no contaba con acceso al agua potable. Igualmente, en la Declaración de la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce, adoptada en Bonn en 2001, se considera que para lograr un desarrollo sostenible se requiere la integración de los múltiples usos del recurso con los aspectos sociales, ambientales y económicos.

También es importante señalar aquí la Observación General n.º 15 sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) publicada por la ONU en 2002, y que resalta que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y condición previa para la realización de otros derechos humanos.

Más adelante, en 2006, en el Convenio general sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 relativo a un nivel de vida adecuado y protección social, en su segundo apartado los Estados Partes reconocen «el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad» y se insta a que adopten «las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad». Igualmente, en el citado año, la Subcomisión de Promoción y protección de los Derechos Humanos aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. Y en 2007, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), a petición del Consejo de Derechos Huma-

nos, realizó un estudio pormenorizado sobre el alcance y contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento en el que se alcanzó la conclusión de que había llegado el momento de considerar el agua potable y el saneamiento como un derecho humano.

En definitiva, efectuado un análisis cronológico sobre los distintos documentos internacionales en los que se ha ido subrayando la importancia del derecho al agua, podemos concluir que, si bien el derecho humano al agua no se halla positivizado de forma independiente en los Tratados Internacionales, sus conexiones con otros derechos que sí lo están son más que evidentes, y que de conformidad con Silva Ardanuy (2013, 76) «no obstante, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica»⁹.

3. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL AGUA Y SUS CONEXIONES CON OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Por lo que se refiere a nivel constitucional español, hemos de decir que, aunque si bien nuestra Magna Carta reconoce el derecho al medio ambiente en su art. 45 CE, y podemos entender la misma como un elemento del medio ambiente, sin embargo, específicamente el derecho al agua no goza de un encuadre constitucional de forma autónoma. No obstante, diversos autores, con los que estamos de acuerdo, defienden que podemos entenderlo implícitamente comprendido en otros derechos. Así, de conformidad con la Observación n.º 15 apuntada, el derecho humano al agua consiste en «el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico». Asimismo, según indican Ortega Giménez y López Álvarez (2015, 35-36), el agua es indispensable para el desarrollo de una vida digna siendo el sustrato previo para la realización de otros derechos, por ejemplo, para el derecho a la vida, la producción de alimentos

⁹ *Promotion and protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to development*. Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, 1 of July 2009. Disponible en la URL: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/promotion-and-protection-of-all-human-rights-civil-political-economic-social-and-cultural-rights-including-the-right-to-development.html> (con acceso 10.11.2018).

(derecho a una alimentación adecuada), para la higiene (derecho a la salud), para producir medios de subsistencia (derecho al trabajo), para la realización de determinadas actividades culturales (derecho a participar en la vida cultural)». No obstante, entendemos que sería conveniente un mayor reconocimiento del derecho al agua en nuestro texto constitucional, al menos desde el punto de vista del abastecimiento mínimo de agua potable necesario para la supervivencia y cobertura de necesidades básicas y del saneamiento.

No obstante, ciertos Estados sí han dado un paso más allá y han reconocido constitucionalmente el derecho al agua, ello ocurre, por ejemplo, en la Constitución de la República Oriental de Uruguay, que fue reformada expresamente en 1996 y 2004 con esta finalidad¹⁰, la de Sudáfrica¹¹ o la de México¹².

Por otra parte, Granados Gálvez (2017, 21) señala que, si bien pocos Estados latinoamericanos poseen un reconocimiento expreso del derecho Humano al agua, lo cierto es que casi todos disponen de «una cláusula abierta dentro de sus constituciones que permitiría su protección a través de una lectura amplia de los derechos humanos», que suele decir que «los derechos humanos garantizados y prote-

¹⁰ En concreto, la Constitución uruguaya dispone en su art. 47 que: «El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. 1) La política nacional de Aguas y Saneamiento estará basada en: a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza. b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas. c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones. d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico. 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales. 4) La ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.» Observamos, por tanto, que la Constitución de Uruguay, ha alcanzado un estadio más avanzado constitucionalizando no solo el derecho al agua sino la forma de su gestión al reservar el saneamiento y el abastecimiento a la competencia estatal.

¹¹ Su art. art. 27.1.b señala escuetamente que: «Toda persona tiene derecho a b) suficiente comida y agua».

¹² La Constitución mexicana, lo reconoce expresamente en su art. 4 al decir que «Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.» A mayor abundamiento sobre la misma *vid.* DOMÍNGUEZ SERRANO, FLORES RAMÍREZ (2016, 702) quienes señalan que el establecimiento de este precepto se llevó a cabo para «atenuar las desigualdades y la emergencia de conflictos por el agua.»

gidos conforme a la Constitución, no sólo son los enumerados en su texto, sino todos los demás que sean inherentes a la persona humana o la dignidad humana, los mismos que pueden ser reconocidos por instrumentos internacionales», por ejemplo, estos son los casos de las constituciones de Colombia¹³ y Perú¹⁴.

Por lo que se refiere al derecho a la vida, proclamado en el art. 15 de nuestra CE, en la Observación General n.º 6 del Comité de los Derechos Humanos de 1982, se subrayó que este derecho también alentaba a los Estados para que adoptaran medidas positivas, para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando acciones para erradicar la malnutrición y las epidemias, acciones que presentan una evidente conexión con el acceso al agua potable y las medidas de higiene.

Por otra parte, por lo que se refiere al derecho a la salud, reconocido en el art. 43 de nuestra Magna Carta, hemos de mencionar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó en su Observación General n.º 14 de 2000, sobre el derecho al más alto nivel posible de salud, que «el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.»¹⁵

Asimismo, el derecho al agua también se ha relacionado con el derecho a la vivienda, reconocido en el art. 47 CE, en cuanto que este elemento posibilita las condiciones necesarias para garantizar una vivienda digna.

4. EL AGUA COMO BIEN DE DOMINIO PÚBLICO

El hecho de que el derecho al agua no se encuentre reconocido en nuestra Magna Carta no significa que nuestro legislador no se haya preocupado de

¹³ La Constitución de Colombia, señala en su art. 94 que: «la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.» A mayor abundamiento sobre el derecho al agua en la Constitución colombiana *vid.* HOYOS ROJAS, CERA RODRÍGUEZ (2013).

¹⁴ Por su parte, la Constitución peruana dispone en su art. 3 que: «la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.»

¹⁵ Asimismo, según la Comisión Europea, «un nivel insuficiente de calidad del agua constituye una amenaza para la salud pública y la biodiversidad», (COMISIÓN EUROPEA, 2012, 2).

garantizar este recurso, precisamente ello se ha llevado a cabo a través de su declaración como bien de dominio público. No obstante, en nuestro Ordenamiento Jurídico, todas las aguas no siempre han sido entendidas con un bien demanial, sino que su categorización ha ido variando a lo largo de la historia, así en las Leyes de aguas de 1866 y 1879, sólo las aguas superficiales eran consideradas públicas, hubo que esperar hasta la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas para que el legislador ampliase la concepción del dominio público a las aguas subterráneas¹⁶ y actualmente, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA), establece como una de sus premisas básicas la declaración de todas las aguas (superficiales y subterráneas renovables) como bienes de dominio público hidráulico en su art. 2. Por tanto, observamos que la inclusión del agua en esta categoría ha correspondido al legislador ordinario.

Sin embargo, actualmente, ello encuentra su sustento constitucional en el art. 132 de la CE, ubicado en el Título VII, que lleva por rúbrica Economía y Hacienda, que, por un lado, reserva a la Ley la determinación de los de titularidad estatal al decir, en su apartado primero, que: «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación»; y, por otro lado, atribuye la calificación de dominio público directamente a determinados bienes, al expresar en su apartado segundo que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental» de modo que este segundo conjunto de bienes goza de una protección reforzada frente a los primeros.

No obstante, este precepto suscitó ciertas dudas interpretativas que fueron resueltas por la STC 227/88, de 29 de noviembre, que solventó los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Aguas de 1985 y que declaró, en su fundamento jurídico catorceavo, que la reserva de ley que menciona se refiere a la ley estatal. Además, aclara que debido al verbo utilizado —«son», en vez de la expresión «pueden ser»—, como la misma reserva absoluta de ley indican no se está refiriendo a bienes específicos o singularmente identificados, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas; Igualmente, señala que «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte

¹⁶ Posteriormente, con su reforma por la Ley 46/1999 se permitieron los mercados del agua y se introdujo la posibilidad de realizar contratos de cesión.

de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso da o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares¹⁷».

Por último, señala que «la afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8.^a de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1.^a de la Constitución».

En definitiva, el hecho que se entienda en España que el agua en un bien de dominio público no viene impuesto por imperativo constitucional, sino que se trata de una opción del legislador, así lo ha recordado más reciente-

¹⁷ Asimismo, la sentencia precisa que «Dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En los primeros, la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material. En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la «riqueza del país», en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución). Por ello, en el supuesto de la afectación en régimen demanial de un bien singular a un servicio público *stricto sensu*, resulta claro que la titularidad del bien es accesoria a la de la competencia para la gestión del servicio, salvo prescripción expresa en contrario, a lo que no se opone el art. 132.2 de la Constitución. En tales casos tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden ejercer las potestades que les confieren la Constitución (art. 128.2) y los Estatutos de Autonomía, cuando ello implique una afectación de bienes al dominio público, y de acuerdo con las leyes que regulen el régimen jurídico de este último (art. 132.1 de la Constitución). Por el contrario, tratándose del 'demanio natural', es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene.»

mente la STC 149/2011, de 28 de septiembre, que expresa, en su fundamento jurídico sexto, que el art. 132 CE «no impone, por tanto, el carácter demanial de las aguas, sino que habilita, en todo lo no contemplado por el mismo, un amplio margen para el diseño del dominio público hidráulico hasta el punto de que la propia demanialización de esta categoría de bienes es una opción del legislador¹⁸.»

5. EL ORDEN DE PREFERENCIA DEL DERECHO AL AGUA

Ahora bien, hemos de especificar, que el hecho de que el agua sea un bien de dominio público, no significa que su empleo sea totalmente libre e indiscriminado, sino que su uso se sujeta a ciertas normas administrativas.¹⁹ Este orden de preferencia que se contiene en el respectivo Plan Hidrológico de la

¹⁸ Sobre este punto resultan muy interesantes las apreciaciones de Menéndez Rexach quien comenta que «en España, el agua es un bien público de titularidad estatal, lo que es una garantía (relativa) de su utilización con criterios de solidaridad frente a las tendencias actuales a la territorialización de esas decisiones. Es una paradoja que el derecho al agua no sea un verdadero derecho subjetivo en los nuevos Estatutos de Autonomía que lo proclaman, mientras que sí lo es en las leyes administrativas que, sin reconocerlo expresamente, lo dan por supuesto, al configurar el suministro como un servicio municipal obligatorio.» (MENÉNDEZ REXACH, 2012, 187).

¹⁹ Así se distingue entre aguas públicas y aguas privadas. Por un lado, son aguas públicas todas las que constituyen el dominio público hidráulico que de conformidad con el art. 2 del TRLA, son, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: 1) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación, (esto es importante, porque incluye a las corrientes que desaparecen y resurgen). 2) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. 3) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. 4) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. 5) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. Este tipo de aguas, pueden emplearse: bien para usos comunes, de conformidad con el art. 50.1 del TRLA, que establece que: «todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrear el ganado» o bien, para usos privativos, (de acuerdo con el art. 52.1 TRLA) para lo que será necesario que se ostente ese derecho de uso por disposición legal (art. 54 TRLA) o encontrarse habilitado para su uso por concesión administrativa.

Por otro lado, otro tipo de aguas son las privadas; en relación con esto, hemos de aclarar que con la Ley de Aguas de 1985 todas las aguas pasan al cauce público, no obstante, se estableció un régimen transitorio en sus disposiciones segunda, tercera y cuarta, si bien por razones de espacio y para no desviarnos de nuestro objeto de estudio no podemos detenernos en su análisis.

Para finalizar el tema, relacionado con la determinación de qué aguas se consideran públicas, expone Menéndez Rexach que precisamente «la demanialización de las aguas como técnica de protección se aprecia con mayor claridad en las aguas subterráneas que en las superficiales. [...] La inclusión de las subterráneas en el dominio público no significa que sean de uso público, sino la reserva al Estado del control del aprovechamiento de estos recursos, que requiere la obtención de la correspondiente concesión administrativa, salvo el derecho de aprovechar hasta 7.000 m³ anuales, que la Ley atribuye directamente». (MENÉNDEZ REXACH, 2012, 191). A mayor abundamiento sobre este significado del dominio público de las aguas subterráneas, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH, DÍAZ LEMA (1986).

cuenca correspondiente²⁰, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno. Si bien ese orden de prioridades debe respetar en todo caso la supremacía del uso del agua destinado para el abastecimiento a la población.²¹ Por tanto, podemos concluir, que, dentro del derecho al agua, podemos distinguir un núcleo duro del derecho constituido por el derecho al abastecimiento.

6. LA PROCLAMACIÓN DEL AGUA COMO DERECHO HUMANO POR LA ONU

Teniendo en cuenta todo esto, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/64/292, de 28 de julio de 2010, ha afirmado que el derecho al agua potable es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y del resto de derechos humanos, y subraya «la responsabilidad de los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención» exhortándolos para que faciliten recursos financieros en particular a los países en desarrollo, a fin de proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento. Por su parte, en la Resolución sobre los derechos humanos y el acceso al agua potable y al saneamiento, de 6 de octubre de 2010, aprobada por unanimidad por los 47 Estados miembros del CDH (A/HRC/RES/15/9) se pretende avanzar en la implementación de este derecho humano, y por ello, se exhorta a los Estados a que incorporen a sus legislaciones instrumentos adecuados, para el acceso de la población al agua potable segura y los servicios de saneamiento. Y en la Resolución sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, de 23

²⁰ Las cuencas hidrográficas pueden ser de dos tipos: intercomunitarias e intracomunitarias. Las primeras, son aquellas que exceden del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Dichos Organismos adoptan la denominación de Confederaciones Hidrográficas (art. 21 TRLA). Mientras que las segundas, son aquellas que se sitúan íntegramente dentro del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. En este supuesto, las funciones atribuidas a los organismos de cuenca corresponden a las Administraciones hidráulicas de las CC. AA. que de conformidad con sus respectivos Estatutos de Autonomía ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico.

²¹ En defecto de dicha regulación, rige lo consignado en el art. 60 del TRLA que dispone el siguiente orden de preferencia de usos: 1. Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal. 2. Regadíos y usos agrarios. 3. Usos industriales para producción de energía eléctrica. 4. Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores. 5. Acuicultura. 6. Usos recreativos. 7. Navegación y transporte acuático. Y, 8. Otros aprovechamientos.

de septiembre de 2011 (A/HRC/18/L.1) se destaca la necesidad de introducir un enfoque de derechos humanos en relación al agua.

Posteriormente, en su Resolución A/RES/70/1 titulada «transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», de 25 de septiembre de 2015, que la disponibilidad del agua es uno de los ejes centrales de la nueva Agenda 2030, plasmando el acceso al agua específicamente como uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Este elenco de objetivos fue acordado por los líderes mundiales con la finalidad de erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad de las personas. Dentro de ellos, el objetivo número 6 aspira a «garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos», para ello, se propugnan un conjunto de metas específicas a consumir antes de 2030²².

En este sentido, dicho Organismo, advierte que entre los retos que afronta el desarrollo sostenible se encuentra el aumento de la frecuencia y la intensidad de los desastres naturales, remarcando que «el agotamiento de los recursos naturales y los efectos negativos de la degradación del medio ambiente, incluidas la desertificación, la sequía, la degradación de las tierras, la escasez de agua dulce y la pérdida de biodiversidad, aumentan y exacerbaban las dificultades a que se enfrenta la humanidad²³». Y reitera el carácter de *derecho humano* que tiene el agua potable y el saneamiento²⁴.

En cuanto al contenido mínimo de este derecho, Silva Ardanuy (2013, 81-82) lo describe muy pormenorizadamente, expresando que supone: «Garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, así como prevenir enfermedades; asegurar el acceso a instalaciones y servicios sobre una base no discriminatoria, en particular respecto a los grupos más vulnerables; Garantizar el acceso físico a las instalaciones; es decir, que los servicios de agua se encuentren a una distancia razonable del hogar; garantizar un suministro suficiente y regular de agua salubre, con salidas de agua suficientes para evitar tiempos de espera prohibitivos; evitar que se vea amenazada la seguridad personal, cuando las personas

²² Estas metas específicas son sucintamente: 6.1 Alcanzar el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible; 6.2 Lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos y poner fin a la defecación al aire libre; 6.3 Mejorar la calidad del agua. 6.4 Aumentar el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento; 6.5 Implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles; 6.6 Salvaguardar y restituir los ecosistemas relacionados con el agua 6.a Aumentar la colaboración internacional en actuaciones encaminadas al agua y el saneamiento, como su captación, desalinización, uso eficiente, tratamiento de aguas residuales, reciclado y reutilización 6.b Reforzar la intervención de las comunidades locales en la mejora de los recursos hídricos y el saneamiento.

²³ Apartado 14 de la A/RES/70/1.

²⁴ *Ibidem*, apartado 7.

acudan a obtener el agua, en especial las mujeres y las niñas; adoptar una estrategia y un plan de acción nacional sobre agua, que incluya indicadores para evaluar los progresos alcanzados y que presten especial atención a los grupos marginados».

Sin embargo, hemos de manifestar que, a pesar de estas rotundas afirmaciones, por parte de la ONU, que valoramos positivamente, recientes informes del Secretario General en los que se analizan los progresos en el cumplimiento de los ODS advierten que, lamentablemente, aún se requieren arduos esfuerzos para llevar a efecto este logro. Así, en su informe de 2017²⁵, explica que la carencia de servicios de agua apta para el consumo continúa siendo un foco sobresaliente de enfermedades infecciosas y riesgo de mortalidad.²⁶ Y, su informe de 2018²⁷, se encuentra plagado de numerosas referencias a la ausencia de este recurso vital como causante de hambre en el mundo²⁸ y muertes por falta de su consumo,²⁹ exponiendo, en definitiva, que la escasez de agua constituye un auténtico obstáculo para el desarrollo social y económico de los pueblos³⁰.

Lo cierto es que, tal y como apunta Menéndez Rexach «el reconocimiento internacional del derecho humano al agua no significa que su efectividad incumba a instancias internacionales. Corresponde a los Estados o, en su caso, las organizaciones infraestatales competentes» (Menéndez Rexach, 2012, 195). En este senti-

²⁵ Informe del Secretario General E/2017/66, de 11 de mayo de 2017, sobre los Progresos en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2017.

²⁶ Según sus conclusiones estos problemas afectan, sobre todo, a las regiones del África Subsahariana, y Asia Central y Meridional donde las muertes por carencia de estos servicios alcanzan 46 y 23 por cada 100.000 habitantes (apartado 7 de la E/2017/66, de 11 de mayo de 2017).

²⁷ Informe del Secretario General E/2018/64, de 10 de mayo de 2018, sobre los Progresos en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018.

²⁸ Apartado 12 del Informe sobre los progresos en el logro de los ODS de 2018: «Tras un prolongado declive, el hambre en el mundo parece ir en aumento una vez más. Los conflictos, la sequía y los desastres relacionados con el cambio climático son algunos de los principales factores causantes de la reversión del progreso a largo plazo en la lucha contra el hambre en el mundo, por lo que las perspectivas de poner fin al hambre y la malnutrición para 2030 resultan más difíciles.»

²⁹ Apartado 30 del Informe sobre los progresos en el logro de los ODS de 2018: «El agua no apta para el consumo, el saneamiento en condiciones de riesgo y la falta de higiene siguen contribuyendo considerablemente a la mortalidad mundial y causaron alrededor de 870.000 muertes en 2016, principalmente por las enfermedades diarreicas, aunque también como resultado de la malnutrición y las infecciones por nematodos intestinales. De esas muertes, 329.000 correspondieron a niños menores de cinco años. África Subsahariana y Asia Sudoriental tienen la mayor carga de morbilidad.» Asimismo, también se han detectado otro tipo de muertes relacionadas con el agua, así en India, se han suicidado agricultores cuando sus suministros para el riego se agotaron. (AIT-KADI, LINCKLAEN ARRIENS, 2009, 4).

³⁰ Apartado 30 del Informe sobre los progresos en el logro de los ODS de 2018: «Demasiadas personas siguen careciendo de acceso a instalaciones de agua y saneamiento gestionadas de manera segura. La escasez de agua, las inundaciones y la falta de una gestión adecuada de las aguas residuales obstaculizan el desarrollo social y económico. El aumento de la eficiencia de los recursos hídricos y la mejora de su ordenación son fundamentales para equilibrar la creciente demanda de agua y la competencia de varios sectores y usuarios».

do, se requiere que ese reconocimiento del derecho humano al agua en el plano internacional se traslade a los Ordenamientos Jurídicos internos y se materialicen medidas concretas que garanticen su disfrute efectivo por todas las personas³¹.

Asimismo, relacionado con esto, tal y como expresa Silva Ardanuy (2013, 82) «para que pudiéramos hablar de un reconocimiento plano del derecho al agua, los Estados deberían asumir obligaciones en su ordenamiento interno³², así como adquirir compromisos en la esfera internacional».

En este sentido, por lo que respecta a España actualmente, todas las demarcaciones tienen aprobado un plan hidrológico de primer ciclo (2009-2015), y de las 25 Demarcaciones españolas, 17 ya cuentan con un plan de segundo ciclo de planificación (2015-2021)³³. Asimismo, estos planes deberán ser revisados antes de finales del año 2021, dando origen a los denominados planes de tercer ciclo (2021-2027)³⁴. Por su parte, el art. 27.2 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (LPHN) ordena a los Organismos de cuenca elaborar los planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía, indicando que deben contener las reglas de explotación de los sistemas y las medidas a aplicar en relación con el uso del dominio público hidráulico y, por último, el art. 27.3 de la misma ley estipula que las Administraciones públicas responsables de sistemas de abastecimiento urbano que den servicio, ya sea de forma singular o mancomunada, a una población igual o superior a 20.000 habitantes estarán obligadas a disponer de un Plan de Emergencia ante situaciones de sequía, planes que,

³¹ El abastecimiento domiciliario de agua potable, en España se ha configurado como un servicio público de competencia municipal de conformidad con el art. 26.1.a de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, pudiendo, por tanto, exigir los vecinos a su municipio exigir la prestación de los servicios municipales obligatorios de conformidad con el art. 18.1.g.

³² Respecto al reconocimiento del derecho al agua también resulta muy interesante analizar la cuestión de su reconocimiento en los Estatutos de Autonomía, cuestión en la que por razones de espacio no podemos detenernos. Al respecto *vid.* PÉREZ MIRAS (2012).

³³ Son los relativos a las once demarcaciones intercomunitarias, cuya competencia recae en la Administración Central; la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental, con competencias compartidas entre la Administración Central y la C. A. del País Vasco; y cinco demarcaciones intracomunitarias, en las que la competencia de elaborar el plan recae en las CA. AA. de Andalucía (tres planes), Islas Baleares y Galicia. Los ocho planes de segundo ciclo pendientes de aprobación conciernen a las demarcaciones intracomunitarias del Distrito de Cuenca Fluvial de Cataluña y de las siete demarcaciones canarias.

³⁴ El contenido de estos planes deberá ser acorde con el art. 42 del TRLA y Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH). Así, este último destaca en su art. 1 como objetivos y criterios de la planificación hidrológica «conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales», para lo cual dispone que «la planificación hidrológica se guiará por criterios de sostenibilidad en el uso del agua mediante la gestión integrada y la protección a largo plazo de los recursos hídricos, prevención del deterioro del estado de las aguas, protección y mejora del medio acuático y de los ecosistemas acuáticos y reducción de la contaminación. Asimismo, la planificación hidrológica contribuirá a paliar los efectos de las inundaciones y sequías.»

salvo honrosas excepciones (como son los casos de Málaga, Sevilla, Madrid y Barcelona) no se encuentran aprobados, por lo que entendemos en este plano, el derecho humano al agua no se encuentra adecuadamente protegido.

7. CONCLUSIONES

Tal y como hemos analizado el derecho al agua tiene un amplio reconocimiento tanto a nivel político con notables Declaraciones como los Objetivos del Milenio, o los Objetivos para el Desarrollo Sostenible donde se pone de manifiesto la necesidad de garantizar el derecho humano al agua, en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna. Asimismo, este reconocimiento se aprecia en diversos instrumentos internacionales, donde se refleja, cada vez más, una creciente preocupación por el medioambiente y, en concreto, por el agua. Podemos concluir, por tanto, que asistimos a una tendencia positivista de este derecho tanto en diversas leyes que lo reconocen implícitamente, como a los inicios de su reconocimiento constitucional por parte de diversos Estados. Se detecta, en definitiva, un incremento en la preocupación política y legislativa por este derecho, lo cual debido a su importancia crucial valoramos positivamente, si bien hemos de mantener una actitud crítica y reivindicar la puesta en marcha de mecanismos jurídicos eficaces que garanticen el disfrute de este derecho y permitan su conservación para las generaciones venideras, no pudiendo limitarnos a su mera declaración formal.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIT-KADI, M.; LINCKLAEN ARRIENS, W. T. (2009), *Aumentar la seguridad hídrica, un imperativo para el desarrollo*, Estocolmo: Asociación Mundial para el Agua.
- ALBERT GÓMEZ, M. J. (2018), «El derecho humano al desarrollo: Educar para el desarrollo sostenible y la calidad de vida», *XXXVII Seminario Interuniversitario de Teoría de la Educación en la Sociedad de Conocimiento y el Desarrollo Sostenible*, Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, pp. 205-210.
- ARANA GARCÍA, E. (2018), «Régimen jurídico de las sequías: Planificación y prevención de sus efectos», *Riesgos naturales y derecho: una perspectiva interdisciplinaria*, Madrid: Dykinson, pp. 299-332.
- BORRÀS, S. (2014), «Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 649-680.

- BRUZÓN VILTRES, C.; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2012), «Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional», *Justicia Ambiental*, 4, pp. 73-92.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2007), *Libro verde de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Adaptación al cambio climático en Europa: Opciones de actuación para la UE*, Bruselas: Comisión Europea.
- COMISIÓN EUROPEA (2013). *Escasez de agua y sequía en la Unión Europea 2010*, Bruselas: Comisión Europea.
- (2012), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2012) 216 final sobre «Cooperación de Innovación Europea sobre el Agua»*, Bruselas: Comisión Europea.
- (2007), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2007) 414 final: Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea*, Bruselas: Comisión Europea.
- DELACÁMARA, G.; DÍEZ, J. C.; LOMBARDO, F. (coords) (2018), *Libro Blanco de la economía del agua*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- DOMÍNGUEZ SERRANO, J.; FLORES RAMÍREZ, J. (2016), «En torno al derecho humano al agua», *Estudios Demográficos y Urbanos*, 3 (96) septiembre-diciembre, pp. 701-704.
- GALLEGU ANABITARTE, A.; MENÉNDEZ REXACH, A.; DÍAZ LEMA, J. M. (1986), *El derecho de aguas en España*, Tomo I, Madrid: MOPU, pp. 402-405.
- GLEICK P. H. (2016), «The California Drought: implications for different economic sectors from 2012 to 2015», paper presentado al Noveno Fórum Rosenberg sobre Política del Agua, Panamá.
- GÓMEZ, C. M. (2017), «La seguridad hídrica como envolvente», *Libro Blanco de la Economía del Agua*, Madrid: Mc Graw Hill Education.
- HERNÁNDEZ MORENO, E. (2008), «Protocolos de Actuación en Sequías», ponencia pronunciada en ExpoZaragoza [en línea]. Disponible en: https://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/cajaAzul/20S5-P3 Enrique_HernandezACC.pdf.
- HOYOS ROJAS L. M.; CERA RODRÍGUEZ, L. (2013), «El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia», *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, II(2), pp. 141-174.
- LEWIS, B. (2012), «Environmental Rights or a Right to the Environment? Exploring the Nexus Between Human Rights and the Environmental Protection», *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, 8(1), pp. 36-47.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (2012), «El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, (ESPÓSITO MASSICCI, C.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (coords), *La protección de bienes jurídicos globales*), pp. 187-202.

- FERREIRA DE CARVALHO, E. (2008), «La contribución del derecho humano a la protección ambiental: integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad», *American University International Law Review*, 24, pp. 141-180.
- GRANADOS GÁLVEZ, J. M. (2017), «El reconocimiento del derecho humano al agua en los países miembros de la alianza del pacífico y la doctrina del control de convencionalidad», *XLIII Curso de derecho internacional OEA, Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo* [en línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/es>
- OFICINA ESPAÑOLA DE CAMBIO CLIMÁTICO (2006), *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático: marco de referencia para la coordinación entre las Administraciones Públicas en las actividades de evaluación de impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático en España*, Madrid: Ministerio de Medioambiente.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A.; LÓPEZ ÁLVAREZ, A. (2015), «El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido», BENITO LÓPEZ (dir.); MELGAREJO MORENO; MOLINA GIMÉNEZ, ORTEGA GIMÉNEZ (eds.), *Agua y derecho, retos para el siglo XXI*, Navarra: Thomson Reuters - Aranzadi, pp. 35-50.
- PÉREZ MIRAS, A. (2012), *L'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d'Italia e Spagna*. Tesis doctoral dirigida por el Prof. Luca Mezzetti en el Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.
- PULIDO VELÁZQUEZ, M.; ESCRIVÀ-BOU A. (2016), «Cinco lecciones de la sequía en California», *Iagua on line* [en línea]. Disponible en: <https://www.iagua.es/blogs/manuel-pulido/5-lecciones-sequia-california>.
- RECABARREN SANTIBÁÑEZ, O. (2016), «El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente», *Estudios Constitucionales*, 2, pp. 305-346.
- SHELTON, D. (2010), «Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos», *eAnuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 6, pp. 111-127.
- SILVA ARDANUY, F. M. (2013), «El derecho al agua posible. Dimensión social del derecho al agua y al saneamiento», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1, pp. 75-95.
- SIMÓN, F. (2010), «La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Persona y Derecho*, 63, pp. 87-110.
- TORRE-SCHAUB, M. (2018), «La sociedad civil hace subir la temperatura: multiplica las demandas colectivas por el cambio climático», *Equal Times* [en línea]. Disponible en: <https://www.equaltimes.org/la-sociedad-civil-hace-subir-la#>. XFd-67M2CFPY.
- TRIGEAUD, L. (2017), «Las referencias a los derechos humanos en el Acuerdo de París», *Cambio climático, energía y derechos humanos. Desafíos y perspectivas*, Colombia: Antropos, pp. 299-332.

UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DE LA CIENCIA

JUAN MANUEL MARTÍN GUERRERO*
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Formulación jurídica del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia. 3. Configuración en la Constitución española. 4. Breves notas sobre su contenido. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es esbozar una aproximación al derecho a gozar de los beneficios de la ciencia o derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, que permita conocer sucintamente el alcance constitucional de este derecho.

Los relevantes avances científicos y las novedosas cuestiones jurídicas suscitadas, a raíz de los logros de la ciencia y la tecnología, han propiciado interesantes

* Abogado. Máster en Derecho Penal y Política Criminal. Doctorando en D.^o Constitucional (Universidad de Málaga). Trabajo financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/ Proyecto «Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios» (referencia DER2017-85659-C5-4-R).

pronunciamientos de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como significativos esfuerzos por parte de organismos internacionales (Unesco p.ej.), para determinar el contenido del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia. Sin embargo, en España carece prácticamente de atención y no existen resoluciones judiciales que ofrezcan luz sobre su configuración constitucional.

Quizás uno de los motivos que expliquen esta falta de atención sea la propia singularidad del derecho fundamental de cuyo contenido forma parte integrante, esto es, el derecho fundamental a la investigación científica, consagrado en el artículo 20. 1 b) de la Constitución española. Por ello, y con más razón, resulta de interés dar conocer la formulación jurídica del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y proporcionar algunas notas sobre su configuración constitucional, naturaleza y contenido.

2. FORMULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DE LA CIENCIA

La idea de que la humanidad había de beneficiarse en su conjunto del progreso científico precede lógicamente a la formulación jurídica de este postulado. Así, esta idea no comienza a materializarse jurídicamente hasta la instauración de los regímenes democráticos del siglo xx y las primeras declaraciones internacionales de derechos. Fenómenos políticos que se suceden en el tiempo con el nacimiento de una nueva ciencia que, además de ser capaz de cambiar el curso de la humanidad, consolida su espíritu libre frente a las resistencias institucionales (Peces-Barba Martínez, 2014, 84-86).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, consagra por primera vez el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia, en su art. 27.1, al disponer que «toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la actividad cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar del progreso científico y en los beneficios que de él resulten».

La aprobación de esta importante declaración propició un proceso de creación de normas internacionales que establecieron un sistema de protección de derechos que garantizaran su protección y cumplimiento (Ahumada Canabes, 2012, 429). En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966¹,

¹ Cuya entrada en vigor en España se produce el 27 de abril de 1977, según el art. 27. 2 del Pacto Internacional. Véase Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Econó-

en su art. 15.1 b) se refiere al derecho de toda persona a «gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones».

El propio Pacto Internacional reconoce que, con arreglo a la Declaración de Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales. En consonancia, el apartado 2 del citado art. 15, establece una serie de medidas que los Estados deben promover para el pleno ejercicio de este derecho. De este modo, a través de este instrumento, se desarrolla por primera vez con fuerza jurídica obligatoria el art. 27 de la Declaración Universal, por el que se consagra el derecho de toda persona a participar del progreso científico (Rodríguez-Drincourt, 2005, 716).

Junto a estas dos disposiciones, y alguna que otra resolución de Naciones Unidas², que se refieren en términos generales al derecho a participar de los beneficios del progreso científico, se han aprobado diversos instrumentos internacionales que contemplan este derecho, dentro de sus respectivos ámbitos específicos, y muy especilamente, en el campo de la biomedicina. Así, por ejemplo, lo hace el art. 12 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997, cuando en su letra a) dispone que «toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos»; o cuando la misma disposición agrega en el inciso final de su letra b) que «las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad». En este sentido también la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la Unesco, de 16 de octubre de 2003 que, en su art. 19, trata de la participación de la sociedad en su conjunto y con la comunidad internacional en los beneficios resultantes de la investigación científica o médica, realizada con datos genéticos humanos o muestras biológicas. O en última instancia, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005, que incorpora el desarrollo normativo que ya había sido plasmado en las dos declaraciones anteriores y proclama expresamente el carácter universal y compartido del acceso a los beneficios de

nicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

² Véase en particular la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3384, de 10 de noviembre de 1975.

toda investigación científica y de sus aplicaciones (art. 15) (Villegas Delgado, 2012, 105-106).

Igualmente, otros documentos de las Naciones Unidas relacionados con el medio ambiente, la diversidad biológica o el cambio climático, subrayan especialmente la necesidad de fortalecer la participación equitativa en los beneficios de la ciencia y la transferencia de tecnologías³.

Este amplio consenso internacional sobre la necesidad de garantizar el derecho a disfrutar y participar del progreso científico y de sus beneficios ha sido secundado y reconocido en diferentes e importantes disposiciones y resoluciones regionales.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma (art. XIII) que toda persona «tiene el derecho (...) a disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos»⁴. Por su parte, el art. 14 b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) recoge el citado derecho en un lenguaje similar al referido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, este protocolo cumple a nivel regional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos la misma finalidad que el Pacto Internacional de Derechos respecto a la Declaración Universal de promover de manera efectiva y/o «crear las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales⁵».

A mayor profundidad, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la sesión núm. 143, celebrada el 25 de octubre de 2011, ya hacía hincapié en la necesidad de definir este derecho a fin de alcanzar su aplicación práctica⁶. Meses más tarde, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

³ Véase, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, FARIDA SHAHEED, realizado en el 20.º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, donde se refieren, entre otros, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, art. 13 1); la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, art. 1 y secc. 5; la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, art. 18; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 4 1) c); el Principio 9 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; el Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 12 a), preámbulo, art. 1 y art. 16 2); la resolución 65/1 de la Asamblea General, párr. 78 u); y la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información.

⁴ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, 1948; véase <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

⁵ Obsérvese lo establecido en su Preámbulo, en consonancia con el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (art. 14 b.); <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

⁶ Véase, <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=27>.

trataba el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico en su relación con el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva. A este respecto, la Corte Interamericana, conociendo del caso Artavia Murillo contra Costa Rica, en cuyo seno se juzgaba la violación de aquellos derechos como consecuencia de la prohibición general vigente en Costa Rica de practicar la técnica de fecundación, tras la decisión adoptada por la Sala Constitucional de dicho país⁷, dictó la Sentencia de 12 de noviembre de 2012, donde consideró que el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia se extendían al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Y que de la garantía del «derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de aquellos se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y en consecuencia, «la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona⁸».

A nivel europeo las menciones a este derecho han sido escasas e indirectas. Así, el art. 13 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de abril del 2000, se refiere sin más a la libertad de la investigación científica. Por su parte, el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina⁹, hecho en Oviedo en 1997, tan solo subraya en su Preámbulo «la necesidad de una cooperación internacional para que toda la humanidad pueda beneficiarse de las aportaciones de la medicina y de la biología». Sin embargo, en sede jurisdiccional, sí existen varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que profundizan en el reconocimiento expreso del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y en la importancia que posee, en una sociedad democrática, acceder a los tratamientos disponibles derivados del progreso científico.

A este respecto, la sentencia (Gran Sala) de 3 de noviembre de 2011, dictada en el caso S. H. y Otros contra Austria¹⁰, recoge el significativo voto particular de los jueces Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska y Tsotsoria donde, a propósito de lo que era objeto del procedimiento, en esencia, si la prohibición de

⁷ Sentencia No. 2000-02306, de 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 95-001734-007-CO.

⁸ Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257 (Cap. VIII, p. 150); consúltese en <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.

⁹ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830.

¹⁰ Case of S. H. and Others v. Austria, no. 57813/00, § 33-34, ECHR 2011-V.

la ley austriaca, de procreación artificial, de ciertas técnicas de fecundación *in vitro* vulneraba los derechos contenidos en los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹ (Vidal Martínez, 2011, 155-201), recuerdan la importancia del «derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones y el derecho de toda persona a disfrutar de la más alta calidad física y mental» planteando, en última instancia, un debate sobre la proporcionalidad de las medidas que restrinjan o denieguen el acceso a los tratamientos disponibles. Este mismo juicio de proporcionalidad, fue propugnado por el juez Sajó en su voto discordante a la Sentencia (Gran Sala) de 27 de agosto de 2015, caso Parrillo contra Italia, para contraponer la importancia del interés de la sociedad en los beneficios de la salud derivados del descubrimiento científico frente al valor potencial vida de los embriones *in vitro*.

En definitiva, de lo expuesto se deduce la existencia de un consenso jurídico internacional generalizado sobre la realidad e importancia del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones. Junto con ello, los recientes pronunciamientos de tribunales de derechos humanos le han otorgado un valor ponderable con otros bienes o derechos fundamentales lo que, en determinados ámbitos como el biomédico, le colocan en el primer plano de los intereses en juego.

3. CONFIGURACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española no contiene una referencia expresa al derecho a gozar de los beneficios de la ciencia, pero sí puede entenderse comprendido en ella de una interpretación conjunta de los artículos 20.1 b) y 44.2 del texto constitucional.

En efecto, el art. 20.1 b) CE reconoce y protege el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; mientras que el art. 44.2 CE consagra un mandato para que los poderes públicos promuevan «la ciencia y la investigación científica y técnica, en beneficio del interés general».

¹¹ Artículo 8. Respeto a la vida privada y familiar. 1 «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Artículo 14. Prohibición de discriminación. «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

En realidad, en lo que atañe a la ciencia, es generalizada la opinión de que es la libertad de investigación científica, tal como ha sido reconocida en otros sistemas, el derecho consagrado por el art. 20.1 b) de la Constitución Española (Alzaga Villaamil, 2016, 173; Díez-Picazo, 2003, 306-308; Díaz Revorio, 2009, 102-105; Chueca Rodríguez, 2012, 22-26). Esta libertad de investigación científica se configuraría como un derecho complejo en cuyo seno se conjugarían tres dimensiones: la *dimensión negativa, de autonomía o defensa*, es decir, todas aquellas facultades o poderes jurídicos que caracterizan el proceso investigativo y que lo defienden frente a injerencias externas; la *dimensión positiva o prestacional*, esto es, las obligaciones de los poderes públicos promoviendo el desarrollo, facilitando el ejercicio de la investigación científica por su titular y divulgando sus resultados y la *dimensión social o supraindividual* que alude, en última instancia, a las actuaciones estatales encaminadas a posibilitar el acceso universal a los tratamientos disponibles derivados de las investigaciones científicas (Ahumana Canabes, 2015, 30-31).

La configuración de este contenido, compuesto por diversas dimensiones, obedece a una interpretación unitaria de los enunciados normativos de los artículos 20.1 b) y 44.2 de la CE (Ahumana Canabes, 2016, 287-292) como un «haz de posiciones iusfundamentales ensambladas en un derecho fundamental como un todo, esto es, una disposición de derecho fundamental donde se adscriben un haz de normas constitucionales» (Alexy, 1993, 240-244). Este, el derecho fundamental a la investigación científica comprendería de este modo tres posiciones jurídicas diferentes: una libertad jurídica para realizar las acciones englobadas dentro del ámbito de la ciencia, un derecho de defensa que protegería esa libertad jurídica y un derecho a acciones positivas del Estado encaminado a facilitar el ejercicio de esa libertad por su titular.

Esta postura interpretativa se explicaría por una serie de motivos relacionados con la propia naturaleza y evolución histórica de la libertad de investigación. En este sentido, el derecho a la investigación científica habría experimentado un cambio cualitativo desde una posición de reconocer un derecho subjetivo a respetar por los poderes públicos al mandato del Estado con el fomento y desarrollo de ese derecho fundamental (Contreras Casado, 2012, 127). Así, esa última vertiente institucional que, con carácter general, se afirma de los derechos fundamentales en los regímenes democráticos, se habría integrado en el derecho fundamental a la investigación científica como una dimensión propia y específica. Por un lado, porque la investigación científica, como actividad que proyecta sus beneficios sobre la salud y el bienestar de la sociedad, es un fin esencial del Estado; por otro, porque esta vertiente de intervención estatal es necesaria tanto para la existencia del derecho individual, como

para que el resto de la sociedad se beneficie de los resultados de ese ejercicio individual de la actividad científica (Ruíz La Peña, 2011, 1052).

Por tanto, se podría concebir el referido derecho a gozar de los beneficios de la ciencia de manera unitaria con la libertad de investigación científica. Esta última satisfaría de forma primaria los intereses del investigador amparando su libertad en la búsqueda de conocimiento, pero también los colectivos, de los que gozarían todas las personas como destinatarios finales de ese conocimiento y de los beneficios que de él resultaran (Romeo Casabona, 2003, 167).

En efecto, de este modo, los dos aspectos regulados por las citadas disposiciones constitucionales estarían interrelacionados y serían complementarios. Por una parte, porque la libertad de investigación científica precisa para su pleno ejercicio, además de los aspectos que se garantizan a través del derecho subjetivo, de una intervención activa de los poderes públicos. Sirva de ejemplo como, en la actualidad, la exigencia de recursos económicos para conseguir infraestructuras, instalaciones o materiales de un alto coste, así como otros factores como la tecnificación de la ciencia y la alta especialización, dificultan el ejercicio individual de la actividad investigadora tanto dentro como fuera de las instituciones especializadas (Ruíz La Peña, 2012, 105; Díez-Picazo, 2003, 127). Por otra parte, porque la intervención de los poderes públicos en un Estado Social no se agota en el interés individual, sino también en la aplicación de los resultados de esa actividad en «beneficio del interés general» (Ahumana Canabes, 2006, 292; Ruíz La Peña, 2011, 1024).

Desde esta perspectiva, la libertad de investigación científica implica, por un lado, que el Estado debe garantizar que toda persona pueda desarrollar la actividad científica en libertad, sin trabas de ninguna clase y, por otro, que todas las personas tengan las mismas oportunidades en el acceso a los beneficios resultantes de la ciencia y sus aplicaciones (Ahumana Canabes, 2015, 56).

Esta idea sería acorde con la evolución del derecho fundamental y con un enriquecimiento, relacionado con los flujos de energía que este ha recibido de la apertura a la realidad social y a otros sistemas jurídicos (Peces Barba, 2014, 257-273). En efecto, esta concepción afecta a una dimensión de eficacia del derecho y está relacionada con la escasez tanto de recursos para investigar como de medios económicos para acceder a los tratamientos disponibles resultantes del progreso científico. Y es que, si el beneficiario del derecho a la investigación no es únicamente el investigador, sino que es universal, la escasez en el acceso equitativo en el goce de los beneficios de la ciencia y en la participación en la transferencia de los resultados de la investigación, como necesidades básicas de un Estado Social, justificaría un fortalecimiento del derecho en vía de prestación. Por todo ello, se afirma que «la libertad de investigación

es hoy un derecho fundamental, con garantías propias de esta categoría crucial del ordenamiento. Pero es, cada vez más una libertad «colectiva», cada vez más estructural, más esencial, y en definitiva, más universal. Y sigue avanzando en esa dirección» (Chueca Rodríguez, 2013, 34).

Por todo ello, una interpretación dinámica del deber de promoción de «la ciencia y la investigación científica en beneficio del interés general» —a que alude el art. 44.2 CE— permitiría; primero, entender que esa expresión comprende la dimensión social de la libertad de investigación científica; y segundo, entroncar teleológicamente su significado al reconocimiento internacional del «derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones», como el cauce de incorporación de este derecho al sistema español con el sentido y la extensión otorgada por los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados sobre esta materia (art. 10.2 CE)¹².

No obstante, de conformidad con lo expresado, el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia no se configuraría como un derecho autónomo, sino que constituiría la dimensión colectiva del derecho fundamental a la investigación científica, por la que se consideraría la titularidad pasiva de los destinatarios de los beneficios del ejercicio individual de aquella libertad (Ahumada Canabes, 2015, 63).

4. BREVES NOTAS SOBRE SU CONTENIDO

Antes de avanzar cualquier consideración sobre el contenido del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia, conviene apuntar algunas nociones sobre el objeto protegido por la libertad de investigación científica, de la que forma parte integrante, que ayuden a delimitar el ámbito de extensión en el que se desenvuelve este derecho y faciliten la subsiguiente labor de concretar su contenido (Naranjo De La Cruz, 2000, 31-71; Villaverde Menéndez, 2004, 120-178).

El objeto primario de la libertad investigación científica es la búsqueda, aumento o modificación de conocimiento en cualquiera de sus ramas. Pudiera parecer que una simple lectura permite acotar el espacio (científico) donde se circunscribe el derecho fundamental en cuestión, pudiendo desligar de su contenido todas aquellas acciones humanas que se desenvuelven fuera de los con-

¹² Entre otras, Declaración de Derechos Humanos, de 1948 (art.27.1) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; vid. supra, pp. 2-3.

tornos de ese ámbito de la realidad donde se desarrolla la actividad científica. Sin embargo, este derecho contiene explícita o implícitamente conceptos jurídicamente indeterminados que dificultan dicha labor.

De entrada, el término «ciencia» es un concepto ligado al desarrollo de las sociedades y cuya caracterización depende de las concepciones epistemológicas predominantes en la comunidad científica de la época. Por ello, antes que adoptar desde el Derecho una definición que restrinja el derecho fundamental en cuestión, conviene más bien identificar los aspectos o acepciones más comunes al concepto. De este modo, la ciencia comprendería tres aspectos relacionados con su significado. En primer lugar, el *conocimiento científico*, como el resultado o producto de la investigación. En segundo lugar, la *investigación científica*, esto es, la actividad humana encaminada a la búsqueda o modificación de ese conocimiento. Por último, la *comunidad científica*, es decir, el grupo de personas que se dedican a la actividad de investigación científica (Ahumada Canabes, 2015, 38).

Por su parte, la «investigación» se considera como la verdadera actividad vertebradora de este derecho. Esta constituye el proceso previo y necesario para la adquisición del conocimiento científico (Arruego Rodríguez, 2012, 44-53). Aunque no de cualquier conocimiento, ni del obtenido de cualquier modo. Se debe a un conocimiento conjetural, fundado en la racionalidad de los hechos observados (Torres, 2012, 4). Con estas premisas, la investigación científica se caracterizaría por ser una actividad metódica, sometida a un sistema conceptual –cualidad que la distingue del conocimiento ordinario–; a un conjunto de presunciones de carácter ontológico –especialmente la presunción del carácter científico del método utilizado–; un conjunto de juicios de valor –o concepciones sobre el mundo o el entorno– y a apreciaciones de carácter metafísico (Chueca Rodríguez, 2012, 18).

A su vez, ciencia e investigación están íntimamente relacionadas, pues la primera es el resultado intelectual que se genera desde un análisis interconexo y sistemático de la información obtenida a través de la segunda (Rodríguez-Drincourt, 2005, 714). Ahora bien, ese conocimiento resultante de la investigación, para ser calificado como científico, queda sometido a unas reglas de validez. Como premisa, la ciencia debe entenderse como conocimiento que es verificable y refutable. El investigador tiene la necesidad de compartir su conocimiento con sus iguales a fin alcanzar la solidez de su propuesta. Luego; la primera de aquellas reglas es que el conocimiento científico debe ser libre y disponible por todos (Chueca Rodríguez, 2012, 18-22). En efecto, el conocimiento científico, como parte integrante del derecho a la ciencia, no puede ser

una propiedad exclusiva del titular de la investigación científica, sino que debe encontrarse a disposición de toda la humanidad como un patrimonio común.

Por otro lado, aunque el producto primario de la investigación científica sea el conocimiento o saber, esta libertad no se agota con ello. La dimensión colectiva de esta libertad (el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia) comprende también la proyección de los beneficios de la investigación a toda la sociedad. En este sentido, los términos «beneficios de la ciencia» y «progreso científico» –a los que se aluden en las disposiciones que consagran esta dimensión colectiva de la libertad de investigación– expresan «la idea de un efecto positivo en el bienestar de las personas y en la realización de sus derechos humanos» (Shaheed, 2012, 9). Idea que no se reduce a una proyección individual ni exclusivamente económica de esos efectos, sino que se refiere a la incidencia de la ciencia y la tecnología en la satisfacción de intereses o necesidades colectivas (Ahumana Canabes, 2015, 42). En concreto, a la proyección de sus efectos sobre la salud y la mejor calidad de vida de la sociedad en su conjunto (Ruíz La Peña, 2011, 1048).

Por último, se debe poner de manifiesto que la ciencia no se limita hoy día al saber teórico, sino que unos de sus aspectos más destacados sea la técnica, es decir, la aplicación práctica de ese conocimiento (Torres Del Moral, 1992, 587). Por tanto, cuando las disposiciones normativas aluden a los beneficios del progreso científico o de sus aplicaciones, se refieren también al derecho a gozar de las técnicas o tecnologías resultantes de la investigación científica.

Llegado este punto, y con estas nociones mínimas para acotar el espacio de la realidad donde se circunscribe la libertad de investigación científica, procede apuntar cuáles son aquellas facultades que constituyen el contenido de esa dimensión colectiva de este derecho fundamental que, en el bien entendido caso de que forme parte de este, se ha venido en llamar derecho a gozar de los beneficios de la ciencia, del progreso científico y de sus aplicaciones.

Para concretar este contenido, de conformidad con el art. 10.2 CE, es preciso interpretar el principio de promoción de la ciencia y la investigación en beneficio del interés general –art. 44.2 CE–, que ha sido identificado como el cauce de incorporación o de apertura al derecho a gozar de los beneficios de la ciencia en nuestra Constitución, con las declaraciones internacionales de derechos humanos que se han referido a esta dimensión colectiva de la libertad de investigación. Aunque también, al margen de pretensiones dogmáticas, y siquiera con fines orientativos, con las resoluciones de tribunales u organismos internacionales que han realizado esfuerzos por concretar el contenido de este derecho.

A este respecto, a la expresión «promoción de investigación científica y técnica» se le atribuye una finalidad precisa: el beneficio del interés general

(Ruíz La Peña, 2012, 104). Este constituye uno de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. En este ámbito se traduce en el apoyo de actividades directamente conducentes a descubrimientos científicos o a avances técnicos, incluyendo la divulgación o transferencias de los resultados obtenidos (Contreras Casado, 2012, 130), y procurando que la colectividad, esto es, todos o una gran mayoría de los ciudadanos, accedan a ellos sin discriminación, ni obstáculos de ningún tipo. En efecto, a la luz de este último inciso hay que interpretar todo el art. 44.2 de la CE y relacionarlo con las disposiciones internacionales que, de un modo similar, refieren el «carácter universal» o el derecho de «toda persona» a gozar de los beneficios de la ciencia y de sus aplicaciones; entre otras, el art. 27. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, el art. 15.1 b) del Pacto Internacional de Derechos Humanos, Sociales y Culturales, de 1996 o el art. 12 a) de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 1997.

De este modo, este concepto jurídico indeterminado de «en beneficio del interés general», configurado en nuestro ordenamiento como fin esencial de un principio rector de política social y económica, si se vincula al momento de interpretarse con las disposiciones internacionales ratificadas por España, adquiere un contenido específico y la virtualidad de generar unos efectos jurídicos, no advertidos inicialmente por el art. 44. 2 de la CE, que van más allá de la simple promoción y/o fomento de la investigación científica y técnica y que aluden a un destinatario indeterminado en el que se proyecta tanto la actuación del titular del derecho, como la desarrollada por los poderes públicos, a través de su obligación positiva de hacerlo cumplir o satisfacerlo (Ahumana Canabes, 2015, 64).

En este sentido, el contenido del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones implicaría, con carácter general: a) el acceso de todas las personas a la actividad científica y a sus resultados, sin discriminación de ningún tipo y con respeto a la dignidad y al resto de derechos que puedan verse afectados; b) la facultad de todos a participar en la adopción de decisiones sobre la ciencia; c) el derecho a buscar y recibir información sobre adelantos científicos que resulten de nuevos descubrimientos; d) el acceso a cualquier novedad tecnológica que pueda redundar en beneficio de la salud y de la calidad física y mental; y en consecuencia; e) el derecho a acceder a los mejores servicios de salud que posean tecnologías disponibles para curar enfermedades graves o para aliviar el sufrimiento de las incurables.

Junto con ellas, estas facultades que han sido integradas en la dimensión colectiva de la libertad de investigación científica, están en conexión con una obligación positiva de los Estados, consistente en procurar la efectividad del derecho, adoptando las medidas necesarias tanto para promover el ejercicio de

la actividad científica como el acceso a sus resultados. Entre ellas; a) la prohibición de las restricciones desproporcionadas e innecesarias que *de iure* o *de facto* impidan a la colectividad beneficiarse de las facultades otorgadas por el derecho; b) la distribución equitativa del conocimiento científico y de los avances tecnológicos; c) la promoción de la igualdad de oportunidades para participar en la actividad científica y para contribuir en el progreso de la tecnología; d) la obligación de asegurar que los beneficios de la ciencia estén físicamente disponibles y sean económicamente asequibles, sin discriminación; e) la eliminación de trabas o de restricciones a ciertos sectores de la sociedad para acceder a las profesiones científicas y d) la creación de un entorno favorable para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia.

Por supuesto, todas estas facultades y acciones que, de un modo u otro, han sido enunciadas en las declaraciones, resoluciones o disposiciones internacionales y regionales que se han pronunciado sobre el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia, no suponen un *numerus clausus* y sólo hacen profundizar en la definición de este derecho. Al margen, eso sí, de las limitaciones o condicionantes económicos, políticos, jurídicos y sociales (Embid Tello, 2017, 274-276) que inciden de forma inevitable en su efectividad y que dificultan su consagración constitucional expresa. Pero con la fuerza normativa y el ineludible mandato impuesto a los poderes públicos en los artículos 9.2 y 10.1 CE.

5. CONCLUSIONES

Existe un consenso jurídico internacional sobre la realidad e importancia del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones. Además, los recientes pronunciamientos de tribunales de derechos humanos le han otorgado un valor ponderable con otros bienes o derechos fundamentales.

El derecho a gozar de los beneficios de la ciencia no se configuraría como un derecho autónomo, sino que constituiría la dimensión colectiva del derecho fundamental a la investigación científica, que considera al sujeto pasivo de su ejercicio.

El cauce de incorporación o de apertura del derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y de sus aplicaciones a la Constitución Española de 1978 podría considerarse, de conformidad con el art. 10.2 CE, por la alusión referida implícitamente a este derecho en el art. 44.2 CE.

Es necesario seguir profundizando en la definición de su contenido jurídico, a fin de alcanzar la aplicación práctica del derecho. Es cierto que existen obstáculos que impiden su plena eficacia y realización, lo que explica la difi-

cultad para alcanzar su consagración constitucional expresa, pero nuestra Constitución ofrece instrumentos normativos capaces de configurar un mecanismo para lograr su efectividad. Y si no se hace ahora, en un futuro no muy lejano, serán los vertiginosos avances científicos en biomedicina o genética los que demandarán, por los importantes efectos que producirán en la mejor salud y condiciones de vida de las personas, la garantía fundamental de que todos, sin excepción, tengamos derecho a gozar de los beneficios resultantes del progreso científico.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHUMANA CANABES, M. (2015), «El derecho a gozar de los beneficios de la ciencia. Una aproximación a su contenido, considerando las Declaraciones de la UNESCO sobre el genoma, datos genéticos humanos y bioética», *Revista Derecho y Genoma Humano*, 42, pp. 27-68.
- (2012), «La libertad de investigación científica. Panorama de su situación en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional», *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), pp. 411-445.
- (2006), *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid.
- ALEXY, R. (1993), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. (2016), *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Marcial Pons.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, G. (2012), «El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978», AA. VV., *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada: Comares, pp. 35-68.
- CONTRERAS CASADO, M. (2012), «El fomento de la investigación científica como principio rector constitucional (artículo 44.2 CE) y su articulación en el Estado Autonomo», AA. VV., *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada: Comares, pp. 125-145.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2009), *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2003), *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid: Civitas.
- EMBID TELLO, A. E. (2017), *La libertad de investigación científica. Una interpretación integrada de sus dimensiones objetiva y subjetiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2000), *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (2014). *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT, J. (2005), «El derecho a la creación y producción científica», AA. VV. *Constitución, Estado de la Autonomías y Justicia Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2002). *Genoma Humano y Constitución*, Madrid: Civitas.
- ROMEO CASABONA, C. M. (2003), *Genética y Derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- RUIZ LA PEÑA, R. (2011), «La Libertad de Investigación científica», AA. VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Bilbao: Comares.
- (2012), «Aspectos objetivos e institucionales de la investigación en el Estado Social», AA. VV., *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada: Comares.
- TORRES DEL MORAL, A. (1992), *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid.
- TORRES, J. M. (2012), «El derecho fundamental a la investigación científica en la Constitución Española de 1978», AA. VV., *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada: Comares.
- VÍDAL MARTÍNEZ, J. (2011), «Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S. H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo», *Revista Derecho y Genoma Humano*, 34, pp. 155-201.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2004), «Los límites a los derechos fundamentales», AA. VV., *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Tecnos, pp. 106-134.
- VILLEGAS DELGADO, C. (2012), «Los avances en la investigación embrionaria humana ante las exigencias de un Estado de Derecho: implicaciones para una eventual regulación internacional», AA. VV., *Marco Jurídico Europeo Relativo a la Investigación Biomédica en Transferencia Nuclear y Reprogramación Celular*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL DEUDOR EN LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

MIGUEL MARTÍNEZ MUÑOZ
Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE

SUMARIO: 1. La sección de calificación concursal. 2. El derecho a la tutela judicial efectiva. 3. El derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. 4. El derecho a la motivación de las sentencias. 5. Referencias bibliográficas.

1. LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

La calificación constituye la fase del procedimiento concursal en la que se lleva a cabo la valoración de la conducta del deudor, y de otras personas relacionadas con él, con el fin de esclarecer si en la causación o agravación del estado de insolvencia ha mediado dolo o culpa grave de alguna de aquellas personas (Yanes Yanes, 2012, 527). La Ley Concursal (en adelante, la «LC») contempla la posibilidad de que, bajo ciertos presupuestos habilitantes, se abra una sección especial durante la tramitación del concurso de acreedores cuyo objetivo es discernir si el estado patrimonial de insolvencia, presupuesto objetivo del concurso, ha sido provocado o intensificado por el deudor a través de acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas. Junto con el deudor, la LC tipifica los sujetos que, eventualmente, pueden verse afectados por la calificación culpable del concurso, distinguiendo en función de la personalidad del deudor concursado. Así,

en los concursos de persona física, podrán ser sancionados los representantes legales del deudor mientras que, en el caso de persona jurídica, la calificación podrá afectar a los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, quienes hubieran tenido cualesquiera de estas condiciones durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como los socios en los supuestos del art. 165.2 LC.

La tipificación legal tiene carácter cerrado en tanto se concreta un *numerus clausus* de sujetos que pueden verse afectados por una futura calificación culpable del concurso, algo que responde a la consideración de que son estos sujetos, y no otros, los que de alguna manera han podido contribuir con su comportamiento a la generación o agravación de la insolvencia del deudor. En efecto, estas personas tienen poder suficiente para obligar a un determinado deudor frente a terceros y son responsables de la toma de decisiones de la sociedad en un momento o en otro, razón por la que el legislador concursal entiende, previa valoración de su participación según las circunstancias del concurso, que pueden ser sancionados en la sección de calificación.

Asimismo, habida cuenta de que lo causal y lo fortuito tienen un estrecho margen, se ha de partir de que en la producción o agravación de la insolvencia habrán podido intervenir múltiples circunstancias y, entre ellas, una actuación del deudor que podrá ser merecedora de cierto reproche. Es decir, la insolvencia es el reflejo de un comportamiento causal (y también conductual en no pocos casos) del deudor, o de determinados sujetos dependientes de éste, y por ello será preciso valorar este extremo y anudar las oportunas consecuencias a la conducta efectivamente realizada con el objeto de satisfacer los múltiples intereses, públicos y privados, concurrentes en todo concurso de acreedores (García-Cruces, 2004, 15).

Como se ha referido anteriormente, la calificación constituye una sección especial en tanto se configura temporal y procedimentalmente como la última fase del concurso, siendo su objeto la valoración de conductas concretas realizadas por sujetos determinados que han provocado un resultado cierto e inequívoco: la generación o agravación de la insolvencia. Así, se trata de un juicio independiente dentro del concurso de acreedores que va a partir de un conjunto de comportamientos con trascendencia concursal, desarrollados antes o durante la tramitación del concurso, para terminar, imponiendo una serie de efectos personales y patrimoniales con vocación de protección del tráfico jurídico y, en segundo plano, para satisfacer a los acreedores del deudor concursado.

Ahora bien, la sección de calificación no constituye una pieza cerrada ni obligatoria en la medida en que ésta se formará cuando se den las circunstan-

cias previstas en el art. 167 LC y será tramitada conforme al procedimiento establecido. La fuerza de la calificación claudica ante la decisión del legislador, el cual la configura como una sección débil en su nacimiento y dependiente en su desarrollo de vicisitudes ajenas. Es decir, la sección de calificación puede no abrirse en ningún momento del concurso o, incluso, una vez abierta, archivarse y reabrirse con posterioridad, algo que resulta a todas luces criticable siendo una pieza esencial para establecer las oportunas consecuencias respecto de aquéllos que hayan contribuido causalmente a la generación o agravación de la insolvencia. En caso de que se forme la sección y, con base en lo actuado, el juez dictará sentencia en la que establecerá si el concurso merece la calificación de fortuito o de culpable, expresando las causas en las que se fundamente tal calificación en caso de que la misma devenga culpable (García-Cruces, 2004, 24; Pérez de la Cruz, 2005, 5003).

La calificación del concurso como fortuito procederá como consecuencia de que, existiendo la necesidad de formarse la sección sexta a la vista de la concurrencia de alguno de los supuestos *ex art. 167 LC*, no habrá razón ni causa fundada para culpar al deudor o a los demás sujetos contemplados en la LC por la conducta desarrollada¹. Por el contrario, el juez emitirá un pronunciamiento de calificación culpable del concurso cuando aprecie que el comportamiento seguido por el deudor, o por las personas relacionadas con él, en lo referente a la generación o agravación del estado de insolvencia, ha estado presidido por el dolo o la culpa grave. En este caso, el juez sopesará la concurrencia de determinados hechos tipificados en la regulación concursal como supuestos de concurso culpable, por un lado, o presunciones *iuris tantum* de culpabilidad, por otro, además de otras circunstancias que puedan merecer la culpabilidad del concurso con base en la cláusula general, todo ello según sea puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal y la administración concursal.

¹ Acudiendo al criterio jurisprudencial bajo la legislación derogada, será declarada fortuita la insolvencia en la que se da «una ausencia absoluta de intención dolosa y de conducta meramente culposa o negligente que presenta la quiebra como un suceso inesperado, debido exclusivamente al infortunio y que por eso, y a pesar de los resultados que produce en la economía del quebrado, en la de los acreedores, y aun en los intereses generales del comercio, es perfectamente compatible con el orden regular de una buena administración mercantil» (SSTS de 16 de mayo de 1956 y de 4 de noviembre de 1976). Asimismo, a diferencia de lo que ocurre en la legislación actual en la que no se ofrece una definición de concurso fortuito pues se entiende éste en sentido negativo, esto es, es fortuito el concurso que no merece la calificación de culpable (GARRIGUES, 1980, 402), el Código de Comercio de 1885 sí que contenía una declaración expresa de quiebra fortuita en el art. 887, el cual disponía: «Se entenderá quiebra fortuita la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas».

Es innegable, asimismo, la confluencia de intereses en la sección de calificación dado que junto a los intereses privados, los de los acreedores fundamentalmente, cobra gran protagonismo un interés público que tiene que ver, con carácter general, con la importancia que para la economía tienen las situaciones de insolvencia en tanto en cuanto éstas afectan a la seguridad de todo el tráfico económico (Ramírez, 1998, 2071; Tirado Martí, 2009, 1055 y ss.; Giuliani, 1974, 141 y ss.)². En este sentido, las situaciones de insolvencia generan problemas de destrucción de valor empresarial y se crea un problema de «acción colectiva» (Jackson, 2001, 7 y ss.)³. Efectivamente, los concursos de acreedores causan daños a la economía en la medida en que se destruyen puestos de trabajo, se pierde riqueza y desaparecen las posibilidades de emprender nuevos proyectos que producirían, presumiblemente, el efecto económico contrario a la insolvencia. De esta forma, se aprecia cómo el impacto negativo que se genera en la economía real a consecuencia de los procedimientos concursales tiende a ser evitado o, cuando menos, mitigado, por los poderes públicos, los cuales no se muestran indiferentes ante cuestiones íntimamente relacionadas con la calificación concursal, como la protección del crédito, la seguridad del tráfico económico o el impacto que sobre la economía o la productividad pueden tener las insolvencias empresariales.

Precisamente, en aras a la protección de ese interés público, se desprende que en todo concurso en el que se den los presupuestos legales habrá de determinarse si el mismo es culpable o fortuito, estableciéndose las consecuencias fijadas por el legislador en el primer caso. Así, este interés público y general puede considerarse preponderante y de singular intensidad en elementos como la propia determinación de la culpabilidad del concurso o la imposición de la

² Pone de manifiesto CAMPUZANO (2014, 398-399), la presencia de tres tipos de intereses en el concurso y cómo cada uno de los cuales determina la existencia de tres funciones distintas que cumple el concurso. Así, de una parte, se encontraría el «interés del concurso», concepto jurídico indeterminado que determina la función solutoria, es decir, la maximización del valor del patrimonio social como medio para lograr la satisfacción de los acreedores (SAP de Valencia (Sección 9.ª) de 2 de junio de 2011). De otro lado, el «interés del deudor», que da lugar a la función conservativa, función dependiente de la primera que busca la continuidad de la empresa sin que la misma sea a costa de la satisfacción de los acreedores. Por último, el «interés público», determinante de la función represora o sancionadora, consistente en la represión civil de ciertos comportamientos en la sección de calificación.

³ En concreto, se señala que el Derecho Concursal es necesario para el mantenimiento del sistema económico al afectar la insolvencia de los deudores no sólo a sus acreedores, sino también a sus trabajadores, proveedores, el Estado y, en general, la colectividad. Todos estos *stakeholders* tienen derechos de crédito diferentes y, al ser muy difícil la cooperación entre ellos, se hace necesario, en aras de la eficiencia del sistema económico, que existan una serie de normas que traten de forma colectiva el problema de la insolvencia. Si no existieran dichas normas y cada acreedor ejercitase sus derechos de forma individual, sin contar con los demás, entonces el patrimonio del deudor se repartiría en manos de unos pocos y no habría posibilidad de reorganizar y conservar empresas económicamente viables. Por ello, se considera que la insolvencia y los concursos de acreedores generan problemas de acción colectiva.

inhabilitación como una sanción que está siempre presente en toda calificación culpable, todo lo cual radica en la propia función que la calificación pretende cubrir: una función punitiva o moralizante de los responsables de la insolvencia y de prevención, al apartar del tráfico económico a los sujetos que han demostrado su falta de aptitud para gestionar patrimonios ajenos (Beltrán Sánchez, 2007, 1108; Machado Plazas, 2006, 67-68)⁴.

De lo antedicho podemos establecer que el fundamento de la sección de calificación radica en que la misma constituye el instrumento idóneo para cumplir la función de represión que en todo concurso de acreedores puede llegar a existir y, en este sentido, para exigir una responsabilidad por la insolvencia producida o agravada como consecuencia de los actos o de las omisiones realizados por el deudor y por determinados sujetos relacionados con el mismo (Beltrán, Campuzano, 2013, 1547). En este sentido, el concurso cumple una función sancionadora respecto de los comportamientos con relevancia en la causación o agravación de la insolvencia que no es exclusiva del Derecho Penal, el cual tipifica los delitos de insolvencia punibles en orden a la represión penal de dichas conductas. La represión civil, fundamento de la sección de calificación, persigue en última instancia lograr la prevención del comportamiento indeseable en aras de alcanzar el deseable, para lo cual se basa en la imposición de una serie de sanciones adecuadas que no tienen por qué establecerse en todos los casos.

Adviértase, tal y como se ha señalado *supra*, que esta función de represión no siempre está presente en todos los concursos pues la especialidad y la eventualidad trazan los parámetros de esta función (Campuzano, 2014, 407-408). Piénsese, por ejemplo, en un concurso fortuito, esto es, aquel en el que la insolvencia ha devenido por causas no imputables a la conducta del deudor o a la omisión del cumplimiento de ciertos deberes y exigencias. En este sentido, donde siempre se manifiesta la necesidad de cubrir la función de represión es en los concursos de acreedores calificados como culpables pues será en ellos donde concurren determinados comportamientos merecedores de sanción. Ello no impide que, existiendo dolo o culpa grave en la actuación seguida por el deudor o por ciertas personas de su entorno, la calificación no

⁴ Asimismo, en la jurisprudencia la SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 17 de mayo de 2013 pone de manifiesto que «sobre la base del interés público que subyace al proceso concursal (...), a tenor de lo establecido en el art. 163.2 LC, en los supuestos contemplados en el apartado 1 del mismo precepto el concurso ha de ser imperativamente objeto de calificación, como culpable o como fortuito». En la misma línea, la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 22 de noviembre de 2013: «No cabe duda del matiz público de la sección sexta por su vocación sancionadora para el caso de que el concurso se declare culpable. El carácter sancionador o represor de la calificación determina que deban regir los principios propios de tal consideración como el principio de intervención mínima y el principio de tipicidad, debiendo ser objeto de una interpretación restrictiva».

tenga lugar por el simple motivo de que no concorra ninguno de los presupuestos habilitantes para abrir esta sección del procedimiento, lo cual supone un fallo o brecha consciente en todo el sistema de la calificación concursal al quedarse sin sancionar ciertas conductas merecedoras de reproche (Tirado Martí, 2009, 1087).

La calificación concursal, enmarcada en el ámbito represor o sancionador de su función principal, constituye un escenario en el que pueden verse afectados los derechos constitucionales del deudor y los de otros sujetos que intervendrán en la sección con distinto alcance, razón por la que procede analizar el posible impacto sobre algunos de los mismos.

2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24 CE, presenta una importancia notable en el ámbito del concurso de acreedores en general, y de la sección de calificación en particular, toda vez que se trata de un procedimiento judicial que ha de estar dotado de una serie de garantías y, más aún, si tenemos en cuenta la función sancionadora o de represión que dicha sección viene a cumplir.

Así, la primera infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que puede concurrir está relacionada con la formación de la sección de calificación. Como hemos mantenido, esta sección no se abre en todos los concursos, sino que, *ex art. 167 LC*, únicamente cuando se alcanza un convenio en el que establezca una quita superior a un tercio del importe de los créditos y/o una espera superior a tres años, así como en todos los casos en los que proceda la liquidación concursal. Se trata, por tanto, de una sección formada en virtud de una resolución judicial en la que es el juez de lo mercantil el que tiene la iniciativa en exclusiva para su apertura, sea en el momento en el que se apruebe el convenio o se ordene la liquidación, lo que indica que, en todo caso, la formación de la sección no puede ni debe demorarse (Yanes Yanes, 2012, 528-529). Obsérvese cómo nos encontramos aquí ante un problema de tiempo (*timing problem*) que escapa del control diligente del deudor, de la administración concursal y de los acreedores, en tanto es el juez el único que puede dictar la referida resolución abriendo la sección de calificación. Lo óptimo es que no haya demora o que, habiéndola, no sea una demora acusada para no provocar problemas adicionales ni que ese dejar transcurrir el tiempo agrave la situación de insolvencia. En los casos de transcurso del tiempo sin que se adopte la referida resolución, las partes podrán solicitar al juez del concurso el necesario impulso procesal, toda vez que corresponde dar de

oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias (arts. 237 LOPJ y 179 LEC). En caso contrario, estaría vulnerándose la tutela judicial efectiva.

Junto a los supuestos de apertura, la tramitación completa de la sección de calificación debe estar presidida por el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con garantías. Por ello, la sustanciación de la calificación habrá de respetar las normas contempladas en los arts. 168 y ss. LC y, a este respecto, habrá de darse la oportunidad de que los acreedores y los terceros que acrediten un interés legítimo se personen en la sección de calificación y adquieran la condición de parte, alegando cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable. Por su parte, la administración concursal y el Ministerio Fiscal presentarán los hechos relevantes para la calificación del concurso con propuesta de resolución, pudiendo el deudor y las personas afectadas oponerse a la calificación del concurso como culpable.

La oposición se sustanciará por los trámites del incidente concursal, el cual constituye un cauce procesal para ventilar determinadas cuestiones del procedimiento concursal que va a seguir los trámites del juicio verbal. En este sentido, teniendo en cuenta que cuando se llega a la fase de oposición ya ha habido una tramitación de la sección de calificación en la que se han realizado alegaciones y se ha configurado el objeto del proceso, se cita a las partes directamente a una vista según lo dispuesto en el art. 194.4 LC. La vista se desarrollará en la forma prevista en el art. 443 LEC para los juicios verbales y a ella podrán asistir, como parte actora, la administración concursal, el Ministerio Fiscal, los acreedores y demás interesados personados. Extremadamente importante resulta la citación de las partes que pretendan la culpabilidad del concurso, sea la administración concursal, el Ministerio Fiscal, un acreedor o una persona con interés legítimo, a los efectos de poder alegar cuanto considere oportuno so pena de vulnerarse los derechos fundamentales de estas personas y de poder caer, por tanto, en nulidad del juicio y de la sentencia de calificación⁵. Por su parte, a la vista podrán acudir como partes demandadas el deudor

⁵ A este respecto, véase la SAP de La Coruña (Sección 4.ª) de 21 de marzo de 2013: «Se celebró la vista judicial sin la intervención de la parte acreedora calificadora, simplemente por haberse omitido su citación, que la providencia de señalamiento de 18/4/2012 circunscribió a la administración concursal, Ministerio Fiscal y personas afectadas, olvidando a dicha acreedora, a quien de esta manera se le privó de su derecho a poder defender en dicho acto lo que tuviese por oportuno a sus derechos o intereses legítimos y tratar de convencer al tribunal sobre sus pretensiones, con la consecuente vulneración de normas procedimentales fundamentales generadoras de efectiva indefensión al no haberse respetado los principios básicos de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales, por tal incumplimiento en materia de actos de comunicación procesal a fin de asegurar la oportunidad de intervenir en el juicio celebrado a quien era parte en el procedimiento de la sección sexta del concurso (arts. 24 CE), 238.3.º LOPJ, 152, 153, 166 y 225.3.º LEC en relación al 171 y 194 LC), máxime cuando la sentencia incluye a MARMOLÉS

y aquellos sujetos que pretendan defenderse de alguna manera de la calificación propuesta, sea a título de afectados o como cómplices, toda vez que de no tener esa oportunidad se verán vulnerados los derechos de defensa (Díez-Picazo Giménez, 2015, 2228; Mambrilla Rivera, 2005, 4994 y ss.).

Por último, el derecho a la tutela judicial efectiva puede también vulnerarse en los casos del art. 164.2.4.º LC, norma que establece que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando el deudor hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. Con carácter previo, hemos de poner de manifiesto que el art. 164.2 LC contempla los llamados supuestos de concurso culpable, los cuales se corresponden con incumplimientos graves de deberes esenciales de los empresarios que la legislación concursal pretende tutelar. La norma está redactada de tal forma que la producción de cualquiera de ellos abocará al concurso directamente hacia la culpabilidad sin posibilidad de aportar prueba en contrario. No obstante, a pesar de que la locución «en todo caso» parece determinar que una vez constatado el hecho indicio la calificación habrá de ser culpable de manera automática, sin admitir prueba en contra, tal interpretación resulta errónea en la medida en que se habrá de probar la existencia misma del hecho indicio y su imputabilidad, toda vez que lo contrario se opondría a los parámetros constitucionales del proceso civil (García-Cruces, 2004, 39; Machado Plazas, 2006, 93-94). Por ello, cuando acontezca cualquiera de los incumplimientos previstos *ex* art. 164.2 LC, el concurso será culpable siempre que se acredite la existencia de dicho incumplimiento y su imputación al deudor o a una de las personas afectadas por la calificación.

Retomando el asunto de los actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, hemos de apuntar que el precepto en cuestión está redactado de una forma muy amplia, toda vez que la alocución «cualquier acto» podría hacer referencia a actos materiales o puramente jurídicos, incluidos aquéllos de naturaleza procesal. Esta amplitud produce una falta de precisión y concreción que puede conducir a error, toda vez que la simple oposición a la ejecución o la contestación a la demanda de ejecución por parte del deudor entrarían dentro de la categoría de acto que retrasa, dificulta o impide la eficacia de un embargo. Sin embargo, tales hechos no deberían subsumirse dentro de este supuesto de concurso culpable en la medida en que las acciones legítimas

ZAPATA SL como parte calificadora y tuvo en cuenta el hecho de no haber comparecido a la vista a sostener sus pretensiones, lo que constituyó uno de los motivos para desestimar la pretensión de responsabilidad concursal del artículo 172.3LC (actual 172-bis), pues tampoco asistió el Ministerio Fiscal al acto».

mas que un deudor puede iniciar para defenderse procesalmente no pueden conllevar la sanción de culpabilidad del concurso aunque aquéllas dilaten, dificulten o eviten el embargo de los bienes del deudor concursado (Díaz Martínez, Gómez Soler, 2009, 71)⁶. Sostener que el ejercicio de las oportunas acciones y el planteamiento de las correspondientes excepciones para evitar el embargo tienen cabida dentro del supuesto contemplado en el art. 164.2.4.º LC entrañaría una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (García-Cruces, 2004, 51-52).

Por el contrario, sostienen algunos que sí deberían considerarse englobados en la norma los actos que, so pretexto de ejercicio legítimo de acciones, excepciones o recursos en el ámbito de un proceso judicial, tiendan a dilatar y entorpecer su tramitación de forma torticera (Machado Plazas, 2006, 131-132). No obstante, en nuestra opinión, creemos que dicha posición no es válida en la medida en que los supuestos de mala fe procesal constituyen un incumplimiento del deber procesal de actuar conforme a la buena fe, para lo cual la legislación procesal civil ya prevé una serie de sanciones. Esto conduce a considerar que tal circunstancia no ha de tener cabida en el art. 164.2.4.º LC, si bien podría reconducirse a la cláusula general de culpabilidad o a la presunción *iuris tantum* de culpabilidad consistente en el incumplimiento de los deberes de colaboración. Además, el hecho de incluirlo en el supuesto de concurso culpable provocaría el efecto contrario al que se quiere evitar, toda vez que la defensa del concursado plantearía recursos de amparo ante la justicia constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual dilataría aún más el procedimiento concursal.

Los cauces que la legislación procesal civil otorga al concursado pueden ser utilizados en cualquier situación, incluido un embargo de bienes, de tal suerte que aquél habrá de actuar conforme a la buena fe. De no hacerlo, el juez del concurso, a la vista de las circunstancias, podrá inadmitir la pretensión o desestimarla condenando además al deudor a las costas correspondientes e, incluso, imponiéndole una multa. Lo que no cabe, por resultar a todas luces injustificado y desproporcionado, es que del ejercicio de las acciones y excepciones procesales se derive la consecuencia de la culpabilidad del concurso *ex* art. 164.2.4.º LC, pues las estrategias procesales de defensa del deudor están amparadas por el derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando las mismas sean legítimas (García-Cruces, 2004, 52).

⁶ Los autores señalan expresamente: «Es evidente que los actos amparados por el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa no tendrían encaje en la presunción de culpabilidad (recuérdese el clásico aforismo según el cual, el que usa su derecho, a nadie perjudica)».

3. EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA UNO MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE

Uno de los deberes concursales del deudor y de los administradores de las sociedades es el de colaboración con los órganos del concurso, principalmente el juez de lo mercantil y la administración concursal. De este genérico deber se desprende un deber de información que supone la articulación legal de una cláusula general para dar cobertura a cualquier necesidad o conveniencia informativa que se plantee a los órganos del concurso (Martínez Flórez, 2004, 199). La LC contempla expresamente las informaciones y los documentos que habrán de ser aportados por el deudor en cada momento del concurso y, para fomentar el cumplimiento diligente de estas obligaciones, se presume la calificación culpable cuando el deudor no hubiera facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso.

No obstante, ha de advertirse cómo en este ámbito puede llegar a surgir un conflicto entre el interés del concurso y el interés del deudor que se encuentra en relación con los límites de dicho deber. En efecto, uno de esos límites afecta a la colisión entre el deber de información y los derechos constitucionales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), toda vez que la información facilitada por el concursado podría tener consecuencias perjudiciales para sí mismo en la sección de calificación. En principio, la información suministrada en el seno de un concurso no podrá ser utilizada como medio de prueba en un ulterior proceso penal o administrativo sancionador al no haber sido la prueba realizada con las garantías correspondientes⁷. Como sostenemos, en la sección de calificación se instrumentaliza la función de represión del concurso de acreedores y, por ello, nos encontramos ante un Derecho sancionador similar al Derecho Penal o Administrativo que supone una manifestación del *ius puniendi* del Estado, razón por la que los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable podrían ser alegados como límite al deber de información.

En este sentido, si de la información suministrada en cumplimiento de ese deber se deriva una calificación culpable del concurso, el deudor y las personas afectadas por la calificación se verían fuertemente sancionadas con la inhabilitación, la pérdida de derechos, la obligación de indemnización de los daños y perjuicios y, por supuesto, en los casos de liquidación, con la condena

⁷ Véase las SSTC de 15 de junio de 2009; de 12 de marzo de 2007; de 13 de marzo de 2006; de 1 de febrero de 2005; de 15 de noviembre de 2004; de 14 de enero de 2002; de 17 de septiembre de 2001 y de 17 de marzo de 2001.

a la cobertura total o parcial del déficit concursal. El conflicto de interés en el cumplimiento del deber de información cuando ésta conduce a una calificación culpable se produce claramente en la medida en que a los acreedores les interesa la sanción al deudor para el incremento de la masa activa y, por el contrario, al concursado y las personas afectadas por la calificación no, razón por la que podrán alegarse los referidos derechos constitucionales (Martínez Flórez, 2004, 201; Machado Plazas, 2006, 155).

No obstante, el problema persiste pues, aunque parece claro que los derechos constitucionales podrán oponerse como límite a la observancia del deber de información en la propia sección de calificación, surge la duda acerca de la posible invocación de estos derechos en fases anteriores a dicha sección, es decir, antes de que la sección sexta haya siquiera llegado a formarse o se conozca con cierta seguridad si se darán los supuestos de apertura de la misma. En este sentido, las fases anteriores a la calificación concursal carecen de naturaleza sancionadora, por lo que los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable no podrían ser alegados. La duda surge, sin embargo, cuando la información solicitada en fase no sancionadora puede ser utilizada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal en la sección de calificación. Bastaría entonces para salvaguardar los derechos del deudor y de las personas afectadas por la calificación con no utilizar estas informaciones a la hora de entrar a calificar el concurso de modo similar a como sucede en un proceso penal o administrativo sancionador, si bien es cierto que dicha información podría hacer que la administración concursal y el Ministerio Fiscal formasen su juicio sobre la valoración de la conducta del deudor o les pusieran sobre la pista de otras pruebas.

En nuestra opinión, consideramos que la posibilidad de invocación de los derechos constitucionales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en fases anteriores a la sección de calificación es nula, toda vez que el deudor podría ampararse en los mismos para no aportar ninguna información solicitada por si la misma le es perjudicial en la sección de calificación y ello con claro perjuicio al interés del concurso y de los acreedores. Además, se ha de tener en cuenta que la sección de calificación no siempre llegará a formarse, por ejemplo si se alcanza un convenio con una espera inferior a tres años, razón por la que no sería justo que un futuro lesionado de forma draconiana los intereses de los acreedores y dificultase el cometido de la administración concursal y de todos los órganos del concurso en cumplimiento de la función de satisfacción de los intereses de los acreedores (Martínez Flórez, 2004, 201-202).

4. EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

La sección de calificación culmina con una sentencia en la que el juez de lo mercantil declarará el concurso como fortuito o como culpable y, en este último caso, establecerá las causas de culpabilidad del concurso, la identidad de las personas afectadas y, en su caso, los declarados cómplices, así como los efectos personales y patrimoniales que podrán ser impuestos a los distintos sujetos. La sentencia habrá de estar oportunamente motivada y habrá de recoger y dar respuesta a los distintos alegatos realizados por las partes so pena de contradecir el mandato constitucional de motivación de las sentencias contenido en los arts. 120.3 CE y 248.3 LOPJ.

Uno de los efectos patrimoniales que el juez podrá imponer en la sentencia de calificación según el art. 172 bis LC es la condena a la cobertura del déficit concursal, la cual es puesta de manifiesto únicamente con la fase de liquidación en tanto se corresponde con la parte de los créditos no satisfechos tras la liquidación de todos los bienes y derechos del deudor. La norma concede una importante facultad discrecional al juez, quien habrá de valorar, en primer lugar, si ha de imponer o no la sanción, en tanto en cuanto podrá no imponerla, aunque el concurso se califique culpable, para pasar posteriormente a determinar qué sujetos serán los responsables y en qué cuantía (Beltrán Sánchez, 2008, 361 y ss.; Martínez Muñoz, 2016, 669 y ss.). Asimismo, el término «podrá» indica que la responsabilidad concursal no puede ser impuesta de oficio en la sentencia de calificación, debiendo ser solicitada por parte de la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal al tratarse aquella declaración de un pronunciamiento facultativo y no imperativo o necesario⁸.

La discrecionalidad que tiene el juez para decidir si impone o no la responsabilidad concursal va acompañada de la necesidad de una justificación especial en los casos en los que se establezca (Machado Plazas, 2006, 283-284; Campuzano, 2014, 440). En efecto, en tanto dicho pronunciamiento no es una consecuencia necesaria de la calificación culpable y que depende del juez del concurso, será preciso que la sentencia de calificación contenga una justificación añadida y se motive suficientemente la condena a la responsabilidad concursal para respetar las garantías constitucionales (Martínez Muñoz, 2016, 685-686)⁹. No ha de olvidarse que la sentencia de calificación ya contiene una

⁸ La SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 14 de noviembre de 2014 pone de manifiesto cómo basta la petición de la responsabilidad concursal por parte del Ministerio Fiscal en su dictamen para que el juez haya de pronunciarse sobre tal extremo.

⁹ La «justificación añadida» es exigida por la jurisprudencia sobre la base de que el legislador ha confiado al arbitrio judicial la concreción de los supuestos en los que ha de resultar procedente la condena

serie de efectos personales y patrimoniales que persiguen sancionar, en todo caso, a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices en cuanto tales, así como indemnizar los daños y perjuicios causados, razón ésta por la que la imposición de la responsabilidad concursal no puede basarse en la misma justificación y habrá de fundamentarse con una mayor intensidad (García-Cruces, 2013, 3007-308). Por ello, la discrecionalidad judicial en este aspecto no implica inseguridad jurídica sino más bien todo lo contrario, en tanto se concede la posibilidad de que el juez adapte la condena a la casuística de que se trate (Beltrán Sánchez, 2008, 366-367; Campuzano, 2013, 440)¹⁰.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2008), «En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal. (Comentario de la sentencia de la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, 14, pp. 329-372.
- (2007), «La calificación y la conclusión del concurso de acreedores», *Curso de Derecho Mercantil*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 1101-1125.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.; CAMPUZANO, A. B. (2013), «La función represora del concurso de acreedores», GALLEGO SÁNCHEZ, E. (dir), *Estudios de Derecho Mer-*

por responsabilidad concursal, razón por la que habrá de motivarse suficientemente la imposición de la sanción. Así, véase las SSTs de 3 de noviembre de 2016; de 20 de junio de 2012; de 21 de mayo de 2012; de 20 de abril de 2012; de 21 de marzo de 2012; de 17 de noviembre de 2011 y de 6 de octubre de 2011, entre otras. Igualmente, véase la SAP de Tarragona (Sección 1.^a) de 22 de junio de 2016 y la SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 22 de septiembre de 2015. Por su parte, la STS de 22 de julio de 2015 contempla: «La exigencia de una justificación añadida responde a la idea de que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique».

¹⁰ En contra, opina MACHADO PLAZAS (2006, 287): «Con todo, consideramos que una discrecionalidad judicial, tan amplia del juez, es, a todas luces, excesiva y colisiona con la seguridad jurídica. A nuestro juicio, el cumplimiento de los presupuestos legales de la responsabilidad, con un margen de apreciación y motivación del juzgador, configura el deber del juez del concurso de condenar a los administradores o liquidadores conforme al artículo 172.3 LC. Fuera de este ámbito, la discrecionalidad excesiva se tornaría en pura arbitrariedad, tratamiento desigual e inseguridad jurídica». Por su parte, considera la SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 14 de noviembre de 2014: «El juez del concurso puede graduar en su sentencia la responsabilidad, acordándola por la totalidad o por parte del déficit concursal, en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso, el grado de la participación de cada administrador o liquidador en la misma (habida cuenta la posibilidad de intervención de una pluralidad de intervinientes, en forma simultánea o sucesiva), etc., lo que supone la atribución de una facultad moderadora, que ha de ser ejercitada motivadamente, para impedir las consecuencias excesivamente severas que supondría un rígido automatismo en la imposición de tal responsabilidad por el total del déficit concursal a todos los administradores o liquidadores. Hemos de recordar que confiar tal función al prudente criterio moderador del juzgador no resulta algo extravagante en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1103 y 1189 del Código Civil o artículo 65.3 de la propia Ley Concursal)». En idéntico sentido se manifiesta la SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 15 de enero de 2016.

- cantil. Liber Amicorum Profesor Dr. D. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1545-1561.
- CAMPUZANO, A. B. (2014) «La responsabilidad de los administradores sociales de la persona jurídica», VEIGA COPO, A. B.; SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (dirs.), *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 397-452.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M.; GÓMEZ SOLER, E. (2009), *La calificación del concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2015), «La extraña estructura procesal de la sección de calificación del concurso», CAMPUZANO, A. B.; ROJO, A. (coords), *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 2225-2238.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (2013), «La responsabilidad concursal», ROJO, A.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 295-357.
- (2004), *La calificación del concurso*, Cizur Menor: Civitas.
- GARRIGUES, J. (1980), *Curso de derecho mercantil*, Madrid.
- GIULIANI, U. (1974), *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*. Milán.
- JACKSON, T. H. (2001). *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge: Beard Books.
- MACHADO PLAZAS, J. (2006), *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- MAMBRILLA RIVERA, V. (2005), «Formación y tramitación de la sección sexta (de calificación) en la nueva Ley Concursal», AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 4947-4997.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004), «Los deberes de comparecencia, colaboración e información del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, 1, pp. 191-213.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2016), «La responsabilidad concursal», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario, pp. 667-705.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A. (2005), «Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley Concursal», AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 4999-5012.
- RAMÍREZ, J. A. (1998). *La Quiebra*. Barcelona.
- TIRADO MARTÍ, I. (2009), «Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *Anuario de Derecho Concursal*, 3, pp. 1055-1107.
- YANES YANES, P. (2012), «La calificación del concurso», *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid: La Ley, pp. 525-556.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y SU ENCAJE EN LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLA E ITALIANA. UN ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA COLECTIVA

DIEGO AGULLÓ AGULLÓ
Universidad Pontificia Comillas–ICADE

SUMARIO: 1. Introducción y objetivos. 2. La protección del consumidor en las Constituciones española e italiana. 3. La acción colectiva en los ordenamientos jurídicos español e italiano. 3.1 ¿Tutela judicial colectiva o tutela judicial individual? 3.2 ¿Acción de cesación o acción indemnizatoria? 3.3 ¿Modelo opt-in o modelo opt-out? 3.4 La prejudicialidad civil y el efecto de cosa juzgada. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

La acción colectiva es un mecanismo procesal de tutela colectiva de los derechos e intereses de una pluralidad de individuos que se han visto afectados por un mismo hecho dañoso (Leclerc, 2012, 19). La articulación de este procedimiento de tutela colectiva es muy diversa en función del ordenamiento jurídico que se analice. Esta diversidad se manifiesta en términos de legitimación activa, representación, convivencia de la acción colectiva con la acción individual, naturaleza de la pretensión (de cesación o indemnizatoria), problemas de litispendencia, prejudicialidad civil y cosa juzgada, así como también

en lo relativo a la ejecución de la resolución de tutela colectiva, entre otros aspectos ¹.

En la Unión Europea existe la idea de que la acción colectiva es un mecanismo eficiente y necesario para la tutela de los derechos e intereses del consumidor, pero que no puede parecerse al sistema de tutela colectiva estadounidense, en el que presuntamente se utilizan los pleitos colectivos como mero negocio por parte de los abogados litigantes, y como una amenaza para las empresas que celebran contratos con consumidores (López Sánchez, 2011, 5); Caponi, 2008, 1222). Así, el impulso legislativo por parte de las instituciones de la Unión Europea ha ido dirigido a asegurar la existencia de mecanismos de tutela colectiva en todos los Estados Miembros, que permitan la cesación de conductas abusivas por parte de las empresas, sin regular expresamente acciones de naturaleza indemnizatoria, y se otorga una gran relevancia en sede de legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios, como entidades más *cercanas* o más *protectoras* del consumidor, y como *garantes* de la seguridad jurídica y de la evitación de los abusos que presuntamente se dan al otro lado del Atlántico ².

El último paso que se ha dado por parte del legislador europeo para la mejora de este instrumento se materializa en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, la «Propuesta de Directiva») y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (en adelante, la «Directiva 2009/22/CE») que vino a codificar la Directiva 98/27/CE. La Propuesta de Directiva introduce la naturaleza indemnizatoria de la acción colectiva –ya adoptada por algunos ordenamientos jurídicos que regularon un mecanismo de acción colectiva más ambicioso que los mínimos

¹ Sobre el funcionamiento de las acciones colectivas en los distintos Estados Miembros de la Unión Europea, puede consultarse: Comisión Europea y The British Institute of International and Comparative Law (2017). *State of Collective Redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation (JUST/2016/JCOO/FW/CIV1/0099)*.

² La Directiva 98/27/CE codificada por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores regula que los Estados Miembros deberán designar administraciones públicas u órganos jurisdiccionales que se encarguen de ordenar la cesación de toda conducta ilícita en sede de procedimientos de tutela colectiva iniciados por las entidades habilitadas (art. 2.1.a Directiva 2009/22/CE). También se regula la posibilidad de que se adopten medidas para la publicación de la resolución o incluso que se pueda publicar una declaración rectificativa (art. 2.1.b Directiva 2009/22/CE). Se incluye también una medida sancionadora para el caso del incumplimiento de la resolución de cesación (art. 2.1.c Directiva 2009/22/CE).

establecidos por la Directiva 2009/22CE (como España e Italia)– a la ya existente acción de cesación y acción restitutoria. También se introduce un fortalecimiento de la figura y el papel de las asociaciones de consumidores como entidades garantes del funcionamiento del sistema, entre otros elementos de relevancia³.

Es interesante analizar cómo este instrumento procesal puede –o no– tener un soporte en el ordenamiento constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea y, en particular, en las Constituciones española e italiana, con motivo de la celebración de su cuarenta y setenta aniversario, respectivamente. Es también objeto del presente trabajo realizar una aproximación comparativa más o menos descriptiva de la regulación de la acción colectiva en Italia y en España, ahora que se pretende impulsar una regulación cada vez más homogénea por parte de las instituciones de la Unión Europea. Es importante conocer cuál es la regulación actual en los Estados miembros de la Unión Europea, denotar sus diferencias y similitudes y entender sus errores y aciertos para que una regulación homogénea de este mecanismo se desarrolle con éxito.

2. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLA E ITALIANA

La Constitución española de 1978 (en adelante, la «Constitución española» o «CE») regula en su artículo 51.1 que los poderes públicos deberán garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, así como proteger «mediante procedimientos eficaces» su seguridad, salud y legítimos intereses. El punto segundo añade que es tarea de los poderes públicos promover la «información y la educación» de los consumidores, fomentar sus organizaciones, así como oír a éstas en las cuestiones que puedan afectar a tales consumidores y usuarios en los términos legalmente establecidos. El punto tercero recoge, finalmente, que «la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales». Por su parte, la Constitución italiana no regula específicamente la protección del consumidor, sino que es una norma especial la que se encarga de ordenar un sistema de protección de los consumidores y usuarios: el Decreto Legislativo núm. 206, de 6 de septiembre de 2005, también conocido como el Código de Consumo (en adelante, «Código de Consumo»). El Código de Consumo se refiere a seis Derechos elementales de los consumi-

³ La Propuesta de Directiva recoge en su exposición de motivos que se «basa en el planteamiento de la actual Directiva sobre acciones de cesación» en lo relativo a las entidades habilitadas.

dores y usuarios: el derecho a obtener bienes y servicios que cumplan con los requisitos legalmente establecidos y no sean dañinos, el derecho a la protección de su seguridad y salud, el derecho a recibir información apropiada, el derecho a que el consumidor sea indemnizado por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado, el derecho a recibir ayuda y asistencia, y el derecho a ser oído.

La regulación constitucional en España de un sistema de protección del consumidor frente a la ausencia de regulación constitucional de este particular en el ordenamiento jurídico italiano se debe fundamentalmente al momento de su promulgación. Fue en la década de 1960 cuando empezó a existir una preocupación por parte del legislador por regular un sistema de protección integral del consumidor, como parte débil en la relación contractual. Hasta entonces, las ideas liberales que impregnaban las normas entendían que el libre juego de la oferta y la demanda era suficiente para la protección del consumidor. Sí que se entraba a regular la calidad del objeto consumido, lo que terminaba por ofrecer –de manera indirecta– algún tipo de protección al consumidor, pero nunca se entendió que el consumidor necesitara de un sistema de protección *ad hoc*.

Fue, como decimos, a partir de 1960 cuando se valoró la necesidad de regular sistemas de protección de los consumidores y usuarios. La Comunidad Económica Europea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, así como los distintos Estados occidentales comenzaron a atribuir a los consumidores una serie de Derechos⁴. Los redactores de la Constitución española se hicieron eco de esta tendencia e incluyeron el ya citado artículo 51. Con ello, los Derechos de los consumidores han alcanzado una dimensión constitucional que supone, en primer lugar, el simple reconocimiento de su existencia y, en segundo lugar, se les otorga una mayor relevancia. Es destacable que la Constitución habla de derechos de los consumidores en su conjunto, esto es, derechos o intereses colectivos de los consumidores, lo que entra en conexión con la cláusula del Estado social del artículo 1.1. de la Constitución Española (Izquierdo Carrasco, 2018, 2011).

La Constitución Española no define el concepto de «consumidor» ni el de «usuario», sino que son las Leyes especiales en la materia las encargadas de otorgarle una definición. En España es el Texto Refundido de la Ley General

⁴ En el Derecho primario que dio lugar a las Comunidades Europeas ya se empezó a hacer referencia –aunque sin otorgarle mucha importancia– el concepto de consumidor. En el Tratado de Roma se mencionaba el aseguramiento de «precios razonables en la distribución de los consumidores» (art. 39). Y, con anterioridad, el CECA hablaba de «usuarios» del mercado común (art. 3.b) (CASTAÑEDA MUÑOZ, 1991, 195-196).

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, «TRLGDCU») la que define el concepto de consumidor que se conecta, en esencia, con las personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad profesional, empresarial o comercial (Izquierdo Carrasco, 2018, 2011), al igual que sucede en Italia, en donde únicamente las personas físicas pueden considerarse consumidores a estos efectos⁵. Sin embargo, la norma de desarrollo española sí permite considerar a una persona jurídica como consumidor⁶.

El artículo 51 impone una serie de deberes a los poderes públicos. Aunque no contempla expresamente derechos atribuibles a los consumidores, sí se refiere a ellos de manera implícita. En este sentido, pueden diferenciarse dos grandes grupos de derechos, que coinciden, esencialmente, con los derechos promulgados por el Código de Consumo.

El primero, relativo a los derechos sustantivos o básicos que se incluyen en el primer apartado. Destacamos el derecho a la seguridad y a la salud. El concepto de seguridad puede vincularse al de vida o integridad física, y el de salud, a la noción de enfermedad, si bien ambos se encuentran estrechamente vinculados. También habla el apartado primero del artículo 51 de legítimos intereses económicos. La regulación constitucional de este tipo de intereses de los consumidores se ve modulada por el concepto «legítimos», de lo que puede extraerse que los derechos e intereses de los consumidores se contraponen con los intereses de otros operadores económicos, de naturaleza privada (productores, comercializadores, etc.), o de naturaleza pública. Es tarea de la norma de desarrollo concretar los términos de lo que deben considerarse intereses económicos legítimos.

El segundo, los derechos e intereses de naturaleza instrumental. Son derechos que se constituyen como un medio para la consecución de los derechos sustantivos. Destacamos el derecho a la educación e información en materia de consumo. Se pretende que los consumidores y usuarios reciban una educación e información adecuada sobre los bienes y servicios que adquieren, de tal manera que puedan tomar decisiones informadas en línea con la protección de su seguridad, salud e intereses económicos. También destacamos los derechos de

⁵ En Italia, el Código de Consumo define al consumidor como «persona física» (art. 3) y la Corte Costituzionale determinó que no puede extenderse el sistema de protección del consumidor a las personas jurídicas en tanto que ello sería contrario al orden constitucional italiano (SCC núm. 469, de 22 de noviembre de 2002). En Francia, se considera consumidores a las pequeñas y medianas empresas; en Grecia, a las asociaciones sin ánimo de lucro, y, en Hungría, también tienen esta consideración entidades eclesásticas (MPI LUXEMBOURG, 2017, 69).

⁶ El TRLGDCU establece que «son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial» (art. 3).

representación y consulta en los que las asociaciones de consumidores y usuarios desempeñan un rol fundamental, si bien no equivalente al del resto de países de nuestro entorno. Así, las asociaciones de consumidores y usuarios reciben el apoyo de las administraciones públicas y se les atribuye potestad para la utilización de determinados instrumentos jurídicos como, por ejemplo, otorgarles legitimidad para el ejercicio de acciones judiciales colectivas (Izquierdo Carrasco, 2018, 213). Y es que la referencia expresa del artículo 51 a los «procedimientos eficaces» para la tutela de los derechos e intereses del consumidor ha llevado a algún autor a exponer que dicha mención «podría prestar un apoyo argumental a regulaciones procedimentales (...) que excepcionarían algunas de las reglas generales del procedimiento (...)» y a entender que las acciones colectivas ostentan un respaldo constitucional (Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, 2008, 1139).

El contenido del artículo 51 CE se incardina dentro de los conocidos como principios rectores de la política social y económica y no como un derecho fundamental, lo cual no quiere decir que las administraciones públicas deban no atenderlo lo suficientemente; todo lo contrario: están obligadas a su desarrollo, pero con un amplio margen de maniobra. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español al afirmar que el artículo 51 enuncia «proposiciones vinculantes» y que el legislador no puede «contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios» (STC 14/1992, de 20 de febrero).

3. LA ACCIÓN COLECTIVA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL E ITALIANO

En España, la regulación de la acción colectiva se encuentra dispersa en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC») y en otras normas, no de carácter procesal, sino sustantivo, que se refieren a aspectos relevantes como, por ejemplo, la legitimación activa para el ejercicio de la acción colectiva en determinados casos.⁷ En Italia, tampoco existe una regulación específica relativa a un procedimiento también específico de tutela colectiva. Las acciones colectivas se incardinan vía procedimiento ordinario

⁷ Podría pensarse que la dispersión regulatoria de la acción colectiva es algo casual o derivado de una mala técnica legislativa, pero en la propia exposición de motivos de la norma procesal se establece que la «ley no provee instrumentos procesales estrictamente circunscritos a las previsiones actuales de protección colectiva de los consumidores y usuarios, sino que queda abierta a las modificaciones y cambios que en las leyes sustantivas puedan producirse respecto de dicha protección».

como si de un litisconsorcio se tratara, con las especialidades recogidas en el Código de Consumo⁸.

El ordenamiento jurídico español reconoce legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios y a los grupos de consumidores, además de al ministerio público, para la protección de los intereses colectivos (cuando los consumidores están determinados o son determinables) y únicamente a las asociaciones de consumidores y usuarios para la protección de intereses difusos (cuando los consumidores no pueden ser determinados)⁹. También ostentan la legitimación activa algunas entidades de Derecho público como, por ejemplo, el Instituto Nacional de Consumo¹⁰.

3.1 ¿Tutela judicial colectiva o tutela judicial individual?

Cabe preguntarse en este punto si los procedimientos de tutela colectiva podrían colisionar con la tutela judicial efectiva en su sentido más tradicional, generalmente de naturaleza individual, y si los primeros pueden, en determinados casos, sustituir a la segunda. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que «la acción individual y la colectiva son de distinta naturaleza y contenido y, por tanto, independientes» (STJUE de 14 de abril de 2016). El Tribunal Constitucional español ha determinado, asimismo, que

«(...) la ley no fija ningún tipo de preterición, sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado para impetrar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos de manera separada», y añade que «(...) de lo expuesto se deriva que no aparecen normas que habiliten al Juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula, resultando más bien claras las expresiones del legislador en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción (...)» (STC núm. 148/2016, de 19 de septiembre de 2016).

⁸ La acción colectiva viene regulada en los artículos 139–140 bis del Código de Consumo.

⁹ La LEC hace referencia a los intereses difusos cuando regula los supuestos de capacidad para ser parte (art. 6 LEC) y diferencia, al regular la legitimación, los intereses colectivos de los difusos (art. 11). Nos encontramos ante intereses que afectan a una colectividad, pero que son atribuibles a un individuo como miembro de esa comunidad. (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, HIDALGO DE CAVIEDES, 1999, 80). La Audiencia Provincial de Sevilla determinó que los intereses son colectivos o difusos en función del grado de determinabilidad de los sujetos perjudicados, pero no en función de la «laboriosidad» que conlleve tal determinación (SAP Sevilla AC 2004/4, de 22 de enero de 2004).

¹⁰ El TRLGDCU otorga legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación al Instituto Nacional del Consumo (art. 54).

Sobre la importancia de la acción individual, cabe mencionar el artículo 24 de la Constitución italiana, que, al igual que otras constituciones de Estados miembros de la Unión Europea, garantiza el derecho de cada persona al ejercicio de la acción individual (Taruffo, 2001, 413) como garante de acceso a la justicia sin perjuicio de la implementación de sistemas de tutela colectiva. La respuesta a la pregunta planteada al inicio de este apartado no puede ser otra que reconocer a la tutela judicial efectiva individual como un elemento esencial del derecho fundamental de acceso a la justicia. Por tanto, la tutela individual podrá convivir con las acciones colectivas siempre que con su ejercicio no se produzca un quebranto del citado derecho.

3.2 ¿Acción de cesación o acción indemnizatoria?

La norma europea obliga a todos los Estados Miembros a establecer un mecanismo de acción colectiva que permita reclamar la cesación de las conductas contrarias a los derechos e intereses de los consumidores. Algunos ordenamientos jurídicos, como se ha indicado, han optado también por regular una acción colectiva en la que los legitimados activamente puedan reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores. En España, la LEC reconoce la legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación –que no restitutoria o indemnizatoria– a las asociaciones y grupos de consumidores (art. 11 LEC), pero la Ley 7/1999, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante «LCGC») sí reconoce legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas de naturaleza restitutoria e indemnizatoria (arts. 12 y 16 LCGC). En virtud del principio general que establece que la norma particular prevalece sobre la general, podríamos afirmar que en España las asociaciones y grupos de consumidores están legitimados activamente para el ejercicio de acciones colectivas de cesación, restitución e indemnización ¹¹.

¹¹ La Audiencia Provincial de Barcelona estableció que «(e)fectivamente, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación contiene normas especiales sobre la legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 12 LCGC (la cesación, que implica la de nulidad de la condición general, y la accesoría de devolución de cantidades), que por ser especiales se aplican con preferencia a las normas generales sobre legitimación colectiva previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 11. El art. 16 LCGC expresamente legitima para el ejercicio de estas acciones a: «las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , General de Defensa de los Consumidores y Usuarios...» (art. 16.3 LCGC). Esta norma sectorial específica, conforme a la disposición adicional tercera de la referida Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, introducida por la Ley 39/2002, por su carácter especial, prevalece sobre la previsión general de

En Italia, el Código de Consumo también otorga legitimación activa a las asociaciones de consumidores y a algunas entidades públicas para el ejercicio de acciones colectivas¹². No obstante, el sistema de tutela colectiva italiano se divide en dos grandes tipos de acción: la *azione inibitoria* o de cesación (arts. 139-140 Código de Consumo) y la *azione di classe* o acción compensatoria o indemnizatoria (art. 140 bis Código de Consumo) (Rajneri, Poncibò, 2017, 196). Además, por un lado, la *azione inibitoria* es comparable, en términos de legitimación, a la acción de cesación para la protección de intereses de consumidores no determinados o determinables (en España, intereses difusos): las asociaciones de consumidores pueden ejercitar acción de cesación para la protección de los intereses de toda una colectividad de consumidores (art. 137 Código de Consumo)¹³. También ostentan legitimación activa determinados organismos públicos autónomos y asociaciones colectivas de otros Estados miembros que aparezcan en la correspondiente lista de asociaciones de la Comisión Europea¹⁴. Por otro lado, la *azione di classe* sería comparable a la acción indemnizatoria española para la protección de intereses colectivos, aunque difiere en términos de legitimación: mientras que en España sólo las asociaciones o grupos de consumidores y algunos organismos públicos están legitimados, en Italia, cada «miembro de la clase» puede impulsar el ejercicio de la acción colectiva, además de las asociaciones de consumidores y «comités» o grupos a los que los consumidores les han otorgado un poder para ejercitar tales acciones¹⁵.

la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en concreto sobre el art. 11 LEC» (SAP Barcelona núm. 18/2007, de 10 de enero).

¹² No es una cuestión pacífica la relativa a si una asociación de consumidores puede ejercitar, conjuntamente con consumidores individuales, una acción colectiva. En los asuntos Marizio de Francesco y Adoc vs. Banca Popolare di Novara, y Francesco Gasca, Emanuela Lucidi, Filippo Sobrero y Altroconsumo vs. Intesa San Paolo SpA el tribunal negó tal posibilidad. Sin embargo, el tribunal de apelación, en este último caso, revocó la sentencia de instancia y aclaró que el poder que los consumidores otorgan para el ejercicio de la acción colectiva es de carácter «técnico» y no es equivalente al poder general para pleitos que se otorga al abogado. Permitió así que los consumidores individuales aparecieran, conjuntamente con la asociación de consumidores, como demandantes en el procedimiento de tutela colectiva (VECCHI, 2018, 90 y 95)

¹³ La Corte di Cassazione estableció que «né un'interpretazione della norma che si risolva nel riconoscimento alle associazioni dei consumatori della possibilità di chiedere la tutela inibitoria all'Autorità ovvero al «giudice competente» appare in contrasto con le norme comunitarie in materia di pubblicità ingannevole» y precisó que «le associazioni dei consumatori e degli utenti iscritte nell'elenco di cui si è detto, che per l'a tutela inibitoria, degli interessi collettivi possono rivolgersi sia alla predetta Autorità (ai sensi dell'articolo 7 citato) che al giudice ordinario (ex articolo 3 della legge 281/98)» (SCC núm. 7037, de 28 de marzo de 2006).

¹⁴ El artículo. 6.3 de la Directiva 2009/22/CE establece que la Comisión debe elaborar una lista que contemple las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva con indicación de su finalidad.

¹⁵ Mientras que en España únicamente se reconoce el ejercicio de la acción colectiva en materia de consumidores, en Italia, también se emplea este instrumento en sede de Derecho administrativo. La acción

3.3 ¿Modelo opt-in o modelo opt-out?

Se observa, por tanto, que en Italia se sigue un modelo opt-in: sólo los consumidores que quieran participarán de la acción colectiva mediante el otorgamiento del correspondiente poder para su ejercicio a la asociación o comité que corresponda (Torino, 2009, 333)¹⁶. En consecuencia, los consumidores que hayan optado por participar de la acción colectiva se verán vinculados por la resolución que de la misma se derive¹⁷. No quedaba tan claro esto último en el ordenamiento jurídico español, que sigue un sistema mixto opt-in – opt-out en atención al caso concreto.

3.4 La prejudicialidad civil y el efecto de cosa juzgada

Como ya se ha mencionado, el Tribunal de Justicia ha establecido por medio de su Sentencia de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C381/14 –Jorge Sales Sinués vs Caixabank, S. A. y C385/14– Youssouf Drame Ba vs Catalunya Caixa, S. A.) que la acción *individual* y la *colectiva* son de distinta naturaleza y contenido y, en consecuencia, independientes. También ha señalado que el control que se ejerce en una y en otra es distinto –abstracto en la colectiva y concreto en la individual–. Por tanto, la relación procesal que puede existir entre ambas instituciones debe atender únicamente a la «recta administración de justicia», así

colectiva administrativa fue introducida por virtud del Decreto Legislativo núm. 198, de 20 de diciembre de 2009 y permite a los individuos con un interés legítimo, a las asociaciones y comités el ejercicio de acciones colectivas contra organismos naturaleza jurídico-pública. La acción será de naturaleza declarativa –nunca indemnizatoria– pero los órganos de Derecho público condenados quedarán vinculados por la resolución judicial que se emita. En materia de consumidores, es interesante destacar que la Corte di Appello di Firenze estableció que la acción colectiva no está diseñada, en el ordenamiento jurídico italiano, para proteger a las partes débiles en cualquier relación contractual sino para proteger únicamente a los consumidores (a aquellos que tengan la consideración legal de consumidor) (Ordinanza CA Firenze, de 15 de julio de 2014).

¹⁶ El art. 140 bis, apartado 3, del Código de Consumo establece que «I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15». No obstante, si la asociación de consumidores desiste del procedimiento de tutela colectiva o alcanza un acuerdo extrajudicial con el demandado, el consumidor individual que hubiera consentido en participar en dicho procedimiento podrá conservar su derecho de acción individual. Y es que el consumidor individual deberá otorgar consentimiento expreso para quedar vinculado por el acuerdo extrajudicial alcanzado por la asociación de consumidores y el demandado (VECCHI, 2018, 90-91). Aparentemente, las asociaciones de consumidores que no se encuentren vinculadas por una determinada resolución de tutela colectiva, podrá ejercitar una nueva acción colectiva (HODGES, 2008, 82).

¹⁷ Los consumidores que deseen beneficiarse del procedimiento de tutela colectiva deberán comunicarlo por escrito al demandante-representante (adesione) (CAPONI, 2009, 3).

como a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, pero sin que ello suponga en ningún caso una merma del sistema de protección de los consumidores regulado por la Directiva 93/13.

En este escenario, el Tribunal de Justicia entiende que la prejudicialidad civil regulada en el art. 43 LEC no puede regir de tal forma que produzca la suspensión de un procedimiento iniciado por virtud de una acción individual con base en la Directiva 93/1, por existir un procedimiento pendiente iniciado por virtud de una acción colectiva. En este caso concreto, se trata de la posible suspensión de un procedimiento iniciado por virtud de una acción individual de nulidad de una cláusula abusiva en un contrato bancario frente a una acción colectiva. No obstante, el Tribunal de Justicia se refiere, en general, a «los derechos reconocidos por la Directiva 93/13», que regula el régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas contenidas en cualquier contrato celebrado con consumidores.

En lo relativo al efecto de cosa juzgada, en España, se dudaba de si la resolución de tutela colectiva producía efecto de cosa juzgada sobre otros procedimientos iniciados posteriormente por virtud de acción individual. Y esta duda tenía su base en, como ya se ha mencionado, el sistema mixto opt-in/opt out que sigue la regulación española de la acción colectiva. La jurisprudencia ha resuelto que sí produce efecto de cosa juzgada cuando se trata de la misma cláusula pre-dispuesta y la misma entidad demandada, pero con ciertas excepciones: nunca cuando la resolución de tutela colectiva es perjudicial para el consumidor, cuando en el procedimiento de tutela individual el consumidor se aparta de lo que se considera como «consumidor medio», y tampoco cuando el comportamiento de la entidad demandada en sede de procedimiento individual no es antijurídico sino que se ajusta a Derecho¹⁸. En Italia, la situación es diferente debido, fundamentalmente, a que se sigue un modelo opt-in: sólo los perjudicados que así lo deseen, después de haber sido debidamente informados, intervendrán por medio del representante de que se trate, en el procedimiento de tutela colectiva. Es lógico, en consecuencia, que sólo aquellos perjudicados que han intervenido en el

¹⁸ El Tribunal Constitucional español estableció que, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional de instancia deba tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a la validez o nulidad de una cláusula abusiva, una extensión automática del efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales contenidas en todos los contratos en vigor no se prevé en la regulación actual de la acción colectiva y podría atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no pretenda tal nulidad en su contrato o imposibilitar el ejercicio de su acción individual (STC 148/2016, de 19 de septiembre). Algún autor ha criticado esta resolución del Tribunal Constitucional al entender que es «contraria a la legalidad procesal civil ordinaria» y añade que en ese caso «la LEC beneficia al consumidor para lo que le viene bien, pero puede pasar de ella si le viene mal» (CARRASCO PÉREZ, 2017,176).

procedimiento de tutela colectiva, se vean afectados, en este caso por el efecto de cosa juzgada, por la sentencia que ponga fin a dicho procedimiento. Por otro lado, los perjudicados que decidieron no participar de la acción colectiva, podrán ejercitar una acción individual para el resarcimiento de los derechos que les fueron vulnerados (ENNE, 2012, 338).

4. CONCLUSIONES

La acción colectiva es un mecanismo que parece haber llegado para quedarse en el panorama jurídico europeo. Las instituciones de la Unión Europea avanzan en el camino de impulsar y armonizar este sistema como instrumento útil y necesario para la defensa de los consumidores y usuarios en el mercado común, pero siempre con respeto a la tutela individual como elemento esencial del derecho de acceso a la justicia. Es importante, por tanto, realizar estudios comparativos de los distintos sistemas de tutela colectiva existentes en los Estados miembros de la Unión Europea. En sede de Derecho constitucional, los Estados que han promulgado Constituciones a partir de la década de 1960 suelen incluir en las mismas disposiciones dirigidas a la protección general del consumidor y, en ocasiones, con mención expresa, como sucede en la Constitución española, a «procedimientos eficaces» que contribuyan a la consecución de tales objetivos (art. 51 CE). Otros ordenamientos jurídicos como el italiano, con constituciones anteriores a 1960, no regulan constitucionalmente la protección del consumidor de manera directa por lo que tales sistemas de protección han venido dados por normas especiales promulgadas posteriormente.

Los sistemas de tutela colectiva no dejan de ser un *procedimiento* más o menos *eficaz* para la protección de un grupo de consumidores afectados por un mismo hecho dañoso, que se presenta de manera similar, aunque con ciertas diferencias, en los ordenamientos jurídicos español e italiano. En ambos ordenamientos, no existe una regulación específica de la acción colectiva, sino que se utilizan los procedimientos ordinarios contenidos en la norma procesal que, a su vez, se complementa con las normas específicas de Derecho de consumo. En ambos sistemas, se otorga un papel principal a las asociaciones de consumidores para el ejercicio de los intereses supraindividuales cuya determinación o individualización no es posible. Sin embargo, cuando se trata de la protección de intereses colectivos en el sentido de determinados o determinables, el ordenamiento jurídico italiano otorga legitimación a los individuos mientras que en España únicamente las asociaciones y grupos de consumido-

res, el ministerio público y algunos organismos de naturaleza jurídico-pública ostentan la legitimación activa.

En cuanto a la naturaleza de la pretensión, en ambos ordenamientos se permite solicitar la cesación de la conducta ilícita, así como también la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Por otro lado, mientras que en España únicamente se permite el ejercicio de la acción colectiva para la protección de los consumidores, en Italia también existe una acción colectiva de carácter administrativo en cuya virtud se permite litigar colectivamente contra algunas administraciones públicas con la posibilidad de solicitar la cesación de determinadas conductas, pero sin poder demandar indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto a la prejudicialidad civil, el Tribunal de Justicia entiende que la regulación del art. 43 LEC no puede regir de tal forma que produzca la suspensión de un procedimiento iniciado por virtud de una acción individual con base en la Directiva 93/1, por existir un procedimiento pendiente iniciado por virtud de una acción colectiva.

Mientras Italia cuenta con un sistema de tutela colectiva opt-in, España no podría categorizarse como un sistema opt-out, pero tampoco opt-in, sino más bien como un sistema mixto en función del caso concreto. Esta circunstancia produce importantes consecuencias, sobre todo, en lo relativo al efecto de cosa juzgada. En Italia, solo los consumidores que hayan consentido en participar o intervenir, a través de un representante, en el procedimiento de tutela colectiva se verán afectados por la sentencia que le ponga fin. En España, se produce efecto de cosa juzgada cuando se trata de la misma cláusula predispuesta y la misma entidad demandada, pero con algunas excepciones: no cuando la resolución de tutela colectiva es perjudicial para el consumidor, tampoco cuando en el procedimiento de tutela individual el consumidor se aparta de lo que se considera como «consumidor medio», y tampoco cuando el comportamiento de la entidad demandada en sede de procedimiento individual no es antijurídico sino que se ajusta a Derecho.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPONI, R. (2009). «Class Actions in the Italian Legal System», *Zeitschrift für Zivilprozess (International)*, pp. 1-6.
- (2008), «Azione collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela», *Rivista di Diritto processuale*, 63(5), pp. 1205-1225

- CARRASCO PERERA, A. (2017), «El «conundrum» de la legitimación individual autónoma frente a las acciones restitutorias colectivas (en materia de cláusula suelo)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 22, pp. 175-177.
- CASTAÑEDA MUÑOZ, E. (1991), «Historia Breve de la evolución de la protección a los consumidores en la CEE», *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 2, pp. 195-205.
- BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (2017), *State of Collective Redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation (JUST/2016/JCOO/FW/CIVI/0099)*.
- ENNE, S. (2012), «Italy», KARLSGODT, P. G. (ed.), *World Class Actions*, Oxford: Oxford University Press.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. (1999), *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Navarra: Aranzadi.
- HODGES, C. (2008), *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Oxford: Hart Publishing.
- IZQUIERDO CARRASCO, M. (2018), «Artículo 51», Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*. Crítica.
- LECLERC, M. (2012) *Les class actions. Du droit américain au droit européen. Propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles: Larcier.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (2011), *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Granada: Comares.
- MPI LUXEMBOURG & EUROPEAN COMMISSION (2017), *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of the free circulation of judgements and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law* [in línea]. Disponible in: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/531ef49a-9768-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>
- RAJNERI, E.; PONCIBÒ C. (2017). «Italian Report». *State of Collective Redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation*. Comisión Europea, The British Institute of International and Comparative Law.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M. (2008), «Artículo 51. La intervención pública en defensa de los consumidores y usuarios», CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.(dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- TARUFFO, M. (2001), «Some remarks on group litigation in comparative perspective», *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22, pp. 405-421.
- TORINO, R. (2009), «Dalla azione colectiva risarcitoria alla azione di classe. Un análisis comparatística», ALPA, G. ET AL., *Il Diritto dei Consumi. Aspetti e Problemi*, Edizione Scientifiche Italiane.
- VECCHI, D. (2018), «Italy», Hodges, C.; Voet, S. *Delivering Collective Redress New Technologies*. Hart, CH Beck, Nomos

Jurisprudencia

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 12/1992, de 20 de febrero.

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 148/2016, de 19 de septiembre.

España. Audiencia Provincial de Sevilla. Sentencia AC 2004/4, de 22 de enero de 2004.

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 18/2007, de 10 de febrero.

Italia. Corte Costituzionale. Sentencia núm. 469, de 22 de noviembre de 2002.

Italia. Corte di Cassazione. Sentencia núm. 7036, de 28 de marzo de 2006.

Italia. Corte d'Appello di Firenze, de 15 de julio de 2014.

Italia. Corte di Appello di Torino. Sentencia de 16 de septiembre de 2011. Asunto Francesco Gasca, Emanuela Lucidi, Filippo Sobrero y Altroconsumo vs. Intesa San Paolo SpA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de abril de 2016 (TJCE 2016/138) (asuntos acumulados C381/14 – Jorge Sales Sinués vs Caixabank, S. A. y C385/14 – Youssouf Drame Ba vs Catalunya Caixa, S. A.).

EL CESE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE UNA ASOCIACIÓN POR REVOCACIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL

JOKIN BABAZE AIZPURUA*

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los estatutos de una asociación como norma máxima de la misma: la facultad de autoorganización. 3. El requisito de funcionamiento interno de la asociación y la facultad de cese. 4. Las normas sustantivas y procedimentales que deben regir la facultad de cese. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de asociación, recogido en el art. 22 de la Constitución Española, ha sido desarrollado por la Ley Organica 1/2002 y sendas leyes autonómicas que establecen el marco normativo de las asociaciones cuyo ambito territorial se circunscriba al de las respectivas CCAA que las han aprobado: Cataluña, País Vasco, Comunidad Valenciana, Andalucía y Canarias. Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación; Ley 7/2007 de asociaciones del País Vasco; Ley 7/1997, de asociaciones de Cataluña y Ley 4/2008 del Código Civil de Cataluña (que deroga todos los artículos de la Ley 7/1997,

* Abogado. Alumno del Máster en Investigación en Derecho de la Cultura.

de asociaciones de Cataluña, salvo el Capítulo VII relativo a «relaciones con la Administración» y el Capítulo IX que regula el «Consejo Catalán de asociaciones»); Ley 23/2006 de asociaciones de Andalucía; Ley 4/2003 de asociaciones de Canarias.

En algunas de estas leyes se ha contemplado expresamente como facultad de la asamblea general la de cesar o separar los miembros de la junta directiva u órgano de gobierno de la asociación. Concretamente esta posibilidad está recogida en las leyes de País Vasco (art. 16.3.d), Cataluña (art. 322.2.b), Andalucía (art. 8.1.b) y Canarias (art. 20.1.b). Sin embargo, no encontramos en dichos textos legales ninguna mención a la forma en la que debe articularse esta facultad de la asamblea general.

Por ello, la facultad de la asamblea general de cesar los miembros de la junta directiva debe regularse en los estatutos de cada asociación, en ejercicio de la capacidad de autoorganización que supone uno de los elementos del derecho de asociación.

Como cualquier lector podrá deducir, este es un mecanismo jurídico sumamente sensible y por tanto tan complejo como necesario de ser regulado en detalle. En efecto, una deficiente previsión estatutaria podría llevar tanto a un vaciamiento de contenido del derecho de la asamblea general por la imposibilidad de su efectivo ejercicio como, llevándolo al otro extremo, a generar una situación de absoluta inestabilidad institucional por la facilidad con la que pudiera gestarse la revocación de una junta directiva legítimamente electa por la asamblea general.

Esta institución, creemos, es además de un notable interés jurídico-práctico, puesto que en la mayoría de ocasiones el único momento en el que realmente entran a operar las previsiones legales y estatutarias como herramientas para resolver un conflicto, es precisamente con ocasión de un intento de «golpe de Estado» en el seno de una asociación. Ello no obstante, y tal como ocurre en general con el contenido material del derecho de asociación, este es un asunto que no ha sido tratado doctrinalmente hasta la fecha.

Tratar de dilucidar las bases esenciales del instituto de la revocación en el seno de la asociación se convierte por tanto en una cuestión de interés primordial, pero a su vez en una labor harto compleja debido a la carencia de trabajos previos a la que hacíamos referencia antes, que constituye el problema que origina la insuficiencia de citas a otros autores y trabajos con las que se encontrará el lector de este. Nos movemos por tanto en *terra incognita*, sin otro elemento que nuestra lógica jurídica como rudimentario lucernario con la que intentar disipar las tinieblas de lo desconocido. En el presente trabajo nos limi-

taremos pues a dar unas primeras pinceladas sobre el tema, que deberemos profundizar posteriormente.

Por todo lo expuesto, trataremos primero de explicar la importancia de los estatutos de una asociación como expresión de la facultad de autoorganización de la misma, para tratar luego de dibujar los trazos principales de los dos límites que debe tener la regulación de la facultad de revocación o cese, como son por un lado el respeto al funcionamiento democrático de la asociación y por otro la necesidad de tener una estabilidad institucional. Después, repasaremos cuales son los principios de la regulación del derecho de revocación en los países que tengan regulado esta institución en su Derecho Constitucional, para tratar de extraer los principios que puedan ser aplicables al objeto de nuestro estudio.

2 LOS ESTATUTOS DE UNA ASOCIACIÓN COMO NORMA MÁXIMA DE LA MISMA: LA FACULTAD DE AUTOORGANIZACIÓN

Como dice Gómez Montoro (2004), lo que distingue a una asociación de una mera reunión es la vocación de estabilidad en la actuación conjunta para la consecución de unos fines, actuación conjunta que requiere la formación de una voluntad única. Esa formación de una voluntad única exige, a su vez, que se organice el modo en el que se manifestará válidamente (2004, 99-100). Es decir, que en el momento en que más de una persona deben actuar conjuntamente, es indispensable establecer unas normas: *ubi societas, ibi ius*. Ocurre que como dice Lucas Murillo de la Cueva (1996, 147) «La asociación es, por principio, una unión libre y voluntaria» y que esa libertad supone entre otras cosas la libre determinación de su organización y el desarrollo de la actividad asociativa sin interferencias de ningún tipo por parte de los poderes públicos, o lo que es lo mismo, el derecho de autoorganización, que como dice el mismo autor, es un elemento de libertad que tiene una dimensión colectiva, puesto que su titular es la propia asociación y no los socios de la misma «y se ejercita, principalmente, a través de la aprobación de los estatutos» (1996, 154-155).

Lo primero que debemos tener en cuenta es por tanto que, tal y como decíamos antes, la facultad de revocación de la junta directiva debe regularse en los estatutos de la asociación. Teniendo en cuenta que los estatutos son la norma máxima de la asociación, equiparable a una Constitución en ámbito del Estado, es importante que los mismos se amolden a la realidad concreta de la organización y dé respuesta jurídica a sus relaciones internas: del mismo modo en que Ferdinand Lasalle decía que la Constitución es la *suma de los factores reales de*

poder que rigen en ese país, de manera que si el texto legal que la regula no responde a la Constitución real y efectiva, se arriesga a ser un mero trozo de papel sin aplicación virtual alguna, el texto estatutario debe responder al colectivo cuyas relaciones va a regular, que son los miembros de la asociación.

Ciertamente, los asociados podrían aplicar normas distintas a las contenidas en los estatutos, si mejor conveniere a sus intereses individuales y colectivos, pero esta sería una situación de una total fragilidad jurídica, puesto que, tal como dice Iribarren (2018, 106) en relación a los pactos parasociales «la variación de uno solo de los socios hace que los pactos parasociales universales pierdan tal condición y con ello, siguiendo la tesis de nuestra mejor doctrina, dejen de poder hacerse valer en la esfera societaria»

Por ello, el texto estatutario deberá ser cuidadoso en el detalle tanto del colectivo como de la norma. La asociación podría aprobar unos estatutos estándar, pero eso, a la postre, no le servirá de nada.

Pero debe tenerse en cuenta que los estatutos «además de ser un contrato y, además, un mecanismo para contratar y, como tal forzosamente reclama un generoso reconocimiento del principio de autonomía privada que se traduce en el carácter esencialmente dispositivo de su regulación y, por tanto, en la fijación de un marco normativo de mínimos dentro del cual los socios gozan de una amplia autonomía para adaptar la estructura del tipo a sus necesidades a través de los estatutos» (Pérez Escalona, 2007, 65), en el sentido de que los estatutos no solo recogen la voluntad consensuada de los miembros de la asociación, sino también establecen las fórmulas que en lo sucesivo se aplicarán para formar la voluntad social; son también un documento inscribible en el Registro de Asociaciones y que es habitual que los estatutos, sobre todo cuando sean producto de una reforma estatutaria, contengan una Disposición Final que establezca que dichos estatutos entrarán en vigor cuando se inscriban en el Registro correspondiente, convirtiéndose así la inscripción en una auténtica condición suspensiva de la vigencia del contrato.

3. EL REQUISITO DE FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LA ASOCIACIÓN Y LA FACULTAD DE CESE

Es en este punto donde se efectuará el control por parte de la administración en el cumplimiento de las normas que establece la legislación relativa al derecho de asociación, y especialmente lo previsto en el art. 2.5 de la LODA, que establece que «la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos

de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación», que tiene rango de Ley Orgánica conforme a la Disposición Final Primera. Se ha discutido mucho sobre la constitucionalidad de este requisito de democracia interna, no establecido en la Constitución, pero compartimos la idea que transmite González Pérez (2002, 131-132) cuando afirma que «resulta aventurado dar una respuesta en términos categóricos, máxime cuando la referida exigencia, en la medida que no es detallada por la Ley, permite un amplio margen de decisión a la potestad autoorganizativa. En este sentido, aun afectada esa potestad, quizá pudiera concluirse reconociendo la legitimidad de la previsión legal siempre que no se interprete ni aplique en términos indebidamente restrictivos y excluyentes de las muy diversas y variadas posibilidades organizativas y de funcionamiento, todas ellas compatibles, en principio, con la regla de la democracia [...] Una organización y funcionamiento democráticos seguramente requieren que los acuerdos más trascendentales en la vida de la asociación sean adoptados por todos los asociados reunidos en asamblea general [...], también en la libre elección de los órganos de gobierno, unipersonales y colegiados, por el conjunto de todos los asociados. Pero la aceptación de cualquier otra concreción resulta ciertamente problemática. [...] Juega aquí, en fin, un límite que, por lo demás, alcanza también a los órganos jurisdiccionales, los cuales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, deberán conciliar la exigencia democrática –que, como he dicho, permite diferentes opciones– con la propia potestad autoorganizativa de las asociaciones».

«Qué se entiende por «democracia interna» es el primer interrogante al que hemos de responder. [...] En cuanto al concepto propiamente político, en general, se considera que los valores fundamentales son: el principio mayoritario o reglas de mayoría como criterio de decisión; el sufragio universal –un hombre un voto–; la participación en los órganos de gobierno –cargos electivos–; la renovación periódica de dirigentes; el control de los órganos de dirección; los derechos de las minorías; la igualdad de derechos» (Martín Huertas, 2009, 328).

Por lo tanto, en su aspecto más simple y evidente, la obligación de establecer un régimen democrático supone que los miembros que componen la junta directiva deben tener un mandato limitado en el tiempo y ser electos por la asamblea general en un proceso electoral que garantice que dicha junta directiva tiene el apoyo de la mayoría de los socios y que estos han podido participar en el proceso con plena igualdad. Mención aparte merece, en relación a lo último, la posibilidad de limitar el derecho a voto en asamblea general a

determinados tipos de socios, cuestión absolutamente fascinante en el que no entraremos en este trabajo para no desviarnos excesivamente del tema.

Lo dicho en el anterior párrafo es de una importancia capital, porque si admitimos la tesis de que el principio de funcionamiento democrático es un contenido esencial del derecho de asociación, aunque su mención expresa haya requerido del desarrollo normativo por el Legislador Orgánico, no cabría establecer ningún otro sistema sin incurrir en inconstitucionalidad.

Si además aceptamos que la posibilidad de cese de la junta directiva por parte de la asamblea general, como vertiente negativa del necesario apoyo mayoritario de los socios de la asociación para la elección del órgano directivo, es un elemento indispensable para la efectividad del principio democrático, resultaría que cualquier asamblea general debería tener la posibilidad de terminar el mandato de su órgano directivo antes del fin del periodo para el que fue electo.

Esta lógica determinaría unas consecuencias jurídicas de tal calibre que entendemos que debería ser estudiada en mayor profundidad a la posibilidad que ofrece este trabajo de investigación, pero en principio nos decantamos por descartarla toda vez que la legislación electoral española, cuyo carácter democrático no puede ser puesta en duda, no prevé la posibilidad de cese por los electores de los representantes que han elegido por sufragio directo.

4. LAS NORMAS SUSTANTIVAS Y PROCEDIMENTALES QUE DEBEN REGIR LA FACULTAD DE CESE

En todo caso, la democracia exige seguridad jurídica, y en este sentido la efectividad de dicha capacidad de cese pasa necesariamente por la oportuna regulación del instituto en los estatutos de la asociación. De no ser así, no podría aceptarse como válidamente adoptado ningún acuerdo de una asamblea general de cese de una junta directiva, ya que si no existiera una norma procedimental que garantizase su carácter democrático, sería demasiado fácil secuestrar la voluntad colectiva de la asociación mediante el abuso de una posición dominante puntual en la asamblea general.

En este sentido, no creemos que pueda aplicarse para las normas relativas al cese la misma lógica que el Tribunal Supremo siguió en su Sentencia 1143/1998 de 10 de diciembre, respecto a un proceso electoral llevado a cabo en una asamblea en la que se enviaron unas normas electorales cuya validez se cuestionó antes del comienzo de la asamblea, y para obviar su posible nulidad, todo el proceso se sometió a la consideración de la misma, siendo proclamado presidente aquel quien obtuvo amplia mayoría de los votos escru-

tados. Al respecto, dice el Tribunal Supremo que ese proceso respondió a «una razonable decisión ante el silencio de los estatutos sobre el mecanismo previo del proceso electoral como se admite en el propio motivo». En efecto, en el caso de que los estatutos no digan nada respecto al proceso electoral, debe aprobarse una norma, aunque sea provisional, que permita gestionar el procedimiento toda vez que la existencia de la junta directiva es absolutamente indispensable por imperativo legal, pero esto no sucede con la facultad de cese por revocación: por más interesante que sea desde el punto de vista de la democracia interna, la imposibilidad de aplicación no genera ningún vacío legal, sino que simplemente esas personas seguirán ostentado el cargo para el que fueron electos hasta el final del mandato estatutariamente establecido.

Por ello, debemos concluir que la posibilidad de que la asamblea general pueda cesar una junta directiva requiere para su existencia que esté debidamente desarrollada, y no solo mencionada, en los estatutos de la asociación.

Toda vez que hemos apuntalado la necesidad de la previsión estatutaria, debe preguntarse ahora cuales deberán ser los requisitos básicos de carácter sustancial y procedimental para la adopción de ese acuerdo, es decir, si existe si resulta exigible para ello la celebración de asamblea general extraordinaria con un específico orden del día y si son válidas o incluso necesarias las mayorías especiales para ello. También si es obligatorio el nombramiento de nuevos miembros de la junta directiva.

Parafraseando lo que dice Santaolalla López (2003) sobre la moción de censura, diremos que la revocación puede definirse como una manifestación política por la que una asamblea general expresa a la junta directiva una crítica sustancial a su comportamiento. Como la junta directiva ha sido electa por la asamblea general, quien ha depositado en ella su confianza, la revocación implica que ese requisito no se da más.

Aunque una votación negativa sobre aspectos básicos de la gestión de la asociación (Presupuestos y cuentas anuales, proyectos considerados estratégicos, propuestas de reforma de estatutos, etcétera) puede provocar esta consecuencia, la revocación es una forma directa y expresa de transmitir este mensaje: a través de la misma la asamblea general declara cancelada la relación de confianza con los miembros de la junta directiva y provoca su caída.

En la medida que cualquier votación importante puede revelar la pérdida de la confianza parlamentaria, parece que si surge una nueva mayoría en la asociación, la misma podrá recurrir a este procedimiento para desencadenar la caída de la junta directiva.

La revocación de la junta directiva se diferencia de la moción de censura en que ésta es una institución propia de una democracia representativa, pensa-

da para la elección y cese de cargos de elección indirecta, mientras que los miembros de la junta directiva son de elección directa de los asociados constituidos en asamblea general, sin perjuicio de que los estatutos puedan prever un sistema de elección mediante compromisarios o similar.

Desarrollando lo anterior, debemos también recordar que en nuestro ordenamiento constitucional no cabe aprobar una moción de censura contra un miembro del Gobierno, que se define como un órgano colegiado, mientras que la junta directiva es un órgano compuesto por las personas que ocupan sendos órganos unipersonales de la asociación (El presidente, el secretario, el tesorero y, en el caso de que exista, el vicepresidente), a los que se le suman, en su caso, los vocales electos para ella. Por ello, la elección y revocación de los miembros de la junta directiva debe entenderse realizado de forma individualizada, aunque por razones de facilidad expositiva nos refiramos continuamente a la junta directiva de forma unitaria.

La revocación es, por tanto, una forma excepcional de terminar con el mandato de la junta directiva de la asociación, que debe reservarse para casos en los que exista o bien una gestión negligente por parte de los cargos directivos o bien una total disrupción política entre estos y el conjunto de los asociados, evitando, en aras de garantizar la estabilidad institucional necesaria para que los electos por la asamblea general puedan llevar a cabo sus funciones, emplear esta figura de manera meramente instrumental o para resolver cuitas internas de menor entidad.

Dicha gestión negligente de la junta directiva o total disrupción política entre esta y el conjunto de los asociados es, por tanto, el requisito básico de carácter sustancial del acuerdo de revocación. Es, desde el punto de vista civil, la causa del contrato. Obviamente, la existencia de dicha causa deberá ser apreciada por la asamblea general, limitándose el control jurisdiccional del acuerdo a comprobar si se cumplen o no los requisitos de carácter procedimental.

Además, está la cuestión de si la propuesta de revocación debe ir acompañada o no por la propuesta de las personas que deberán sustituir a los revocados. Aunque esta es otro aspecto que debe ser regulado por cada asociación, entendemos que es positivo tanto para desincentivar la presentación de propuestas de revocación como para evitar indeseables vacíos de poder en la asociación.

Respecto a los requisitos de carácter procedimental para la revocación, cabe recordar en este punto, por la proximidad en la naturaleza de la persona jurídica de la asociación y la sociedad limitada, tradicionalmente distinguidas por la noción del ánimo de lucro, que la Ley de Sociedades de Capital regula en su artículo 223 el cese de los administradores, estableciendo que: 1) Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día y que 2)

en la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Existe por tanto por tanto una diferencia sustancial entre la Ley Orgánica de asociaciones y la Ley de Sociedades de Capital, puesto que mientras esta fija por ley el derecho de la junta general a cesar en cualquier momento a los administradores e incluso limita la mayoría reforzada que los estatutos pueden exigir para ello, la Ley Orgánica de asociaciones ni la menciona. Con todo, aunque algunas de estas previsiones de la Ley de Sociedades de Capital podrían servir, por analogía, para fijar como resolver ciertas cuestiones de detalle del procedimiento, hay que destacar que existe un importante matiz diferenciador en los principios que regulan el funcionamiento interno de ambos tipos de personas jurídicas, ya que el principio democrático que debe regir el funcionamiento de la asociación, que no se exige en el caso de las sociedades de capital.

Así, partiendo del hecho de que el cese de la junta directiva supone la revocación del mandato realizado por la asamblea general tras un proceso electoral en el que, no olvidemos, se tendrá como norma interpretativa lo señalado en la Ley Electoral (Así lo han dicho el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia de 23 de marzo de 2003), el cese de la misma debe realizarse garantizando al menos las mismas garantías que las de su elección.

En este sentido, debemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.^a), núm. 633/2013 de 10 diciembre, que anula el acuerdo de una asamblea general de una asociación de proceder a la apertura de un proceso electoral sin que dicho punto estuviera incluido en el orden del día y dejando unos plazos muy cortos para dicho proceso. En dicha Sentencia, la AP de Alicante dice que «la actividad de las asociaciones, aunque no forma parte de una zona exenta al control judicial, este control, como dice la STC 217/1988, no deberá afectar a su derecho de autoorganización, limitándose únicamente a comprobar la razonabilidad de las decisiones de los órganos asociativos» pero también que «en unas elecciones constitucionales y democráticas, prima un principio que consiste en garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad para evitar el desbordamiento y desenfoco del poder asociativo por excesos y abusos debidos a mal ejercicio o ejercicio arbitrario por posiciones de dominio», razón que explica que el Tribunal diga que «un evento de la relevancia como es la apertura de un proceso electoral, debe anunciarse previamente e incluirse en el orden del día, de modo que todos aquellos interesados puedan decidir participar en la correspondiente asamblea extraordinaria y decidir la procedencia de la apertura de un proceso electoral y sus condiciones, así como el tercero que pudiera

ser elegido para supervisar el proceso. Lo contrario supone una decisión sorpresiva que va en contra de los derechos estatutarios, disponiendo el artículo 13, que la convocatoria necesariamente deberá contener el orden del día. orden del día que evidentemente se refiere a todas las cuestiones que van a ser objeto de discusión y votación. Sin que sea legítimo incluir otras no previstas que por ello no pueden ser votadas ni decididas, salvo asistencia y conformidad de todos los miembros de la [Asociación], que no es el caso».

Por lo tanto, resulta claro que para que pueda procederse válidamente al cese, este debe ser un tema expresamente incluido en el orden del día remitido con la convocatoria. Lógicamente, si debe ser así, es inevitable que dicho debate y votación deba realizarse en una asamblea general extraordinaria solicitada por el número de socios que estatutariamente se establezca para legitimar dicha convocatoria, lo cual nos lleva a otros dos temas: la solicitud de convocatoria de asamblea general extraordinaria y el acceso al censo de asociados, ya que si los estatutos establecen el apoyo de un porcentaje mínimo de asociados para forzar una convocatoria de asamblea general, esta previsión puede quedar vacía de contenido material si un asociado que quiera proponer el cese no puede saber cuál es dicho número mínimo.

Respecto a la solicitud de asamblea general extraordinaria, debemos empezar por recordar que la Ley Orgánica de Asociaciones establece en su artículo 12 que, si los estatutos no lo disponen de otro modo, el régimen interno de las asociaciones será el siguiente: b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.3, la asamblea general se convocará por el órgano de representación, con carácter extraordinario, cuando lo solicite un número de asociados no inferior al 10 por 100. Este precepto es de naturaleza dispositiva, obviamente, pero consideramos que en este caso no sirve para regular debidamente la convocatoria de asamblea general para un acuerdo de cese, ya que dicho porcentaje es muy bajo.

Consideramos que, en este caso, se puede y debe exigir un número de asociados que garantice la existencia efectiva de un grupo de asociados que, deseando el cese en sus funciones de los miembros de la junta directiva, supongan un porcentaje lo suficientemente representativo como para poner en peligro la armonía asociativa. Así, proponemos tener como referente de este porcentaje el establecido por la LOREG para la propuesta de moción de censura del alcalde de concejo abierto, que establece en su artículo 197 que para que la asamblea vecinal tenga que votar una propuesta de moción de censura, dicha propuesta debe ir suscrita por una tercera parte de los electores.

En este sentido, hay que recordar que, por un lado, sendas Leyes de asociaciones establecen el derecho de todos los asociados a acceder al libro de socios, y que, por otro, la negativa a facilitar el acceso de un asociado al censo

ha sido considerada causa de nulidad del proceso electoral (STS 280/2000 de 23 marzo, SAP Madrid núm. 205/2005 de 17 marzo, y SAP Sevilla (Sección 2.^a), de 10 febrero 2004), ello sin perjuicio de que dicho acceso deba realizarse con respeto a lo establecido en la legislación relativa a la protección de datos de carácter personal.

Respecto a la necesidad de mayorías especiales, entendemos que su exigencia dependerá de lo que al efecto establezcan los estatutos de cada asociación en ejercicio de su consabida facultad de autoorganización, tratándose por tanto esta principalmente de una cuestión de oportunidad política. Sin embargo, debemos hacer dos apreciaciones: la primera, que entendemos positiva la exigencia de una mayoría cualificada y la segunda, que dicha mayoría cualificada debe ser de tal porcentaje que no sea virtualmente imposible de alcanzar.

Entendemos positiva la exigencia de una mayoría cualificada porque, teniendo en cuenta que el cese por la asamblea general es una forma extraordinaria de terminar con el mandato de la junta directiva, debe reforzarse la regulación de la institución como norma de excepción. Si no fuera así, existiría el riesgo de una gran inestabilidad política: la lógica que debe subyacer en el cese de una junta directiva de una asociación es la misma que subyace en la moción de censura en sede parlamentaria, en la como es sabido se exigen mayorías especiales. En este sentido consideramos que para que el cese sea válidamente adoptado, debería tener como mínimo el apoyo de la mayoría absoluta de los asociados con derecho a voto, y que debería limitarse estatutariamente la posibilidad de delegar el voto para esta votación.

Sin embargo, la exigencia de una mayoría cualificada para el cese con el objetivo de dotar de una mayor estabilidad política y seguridad jurídica a la asociación no puede llevar a establecer unos porcentajes fácticamente inalcanzables, porque si se hiciera así se estaría de hecho privando a los asociados de ejercer su derecho, lo cual sería contrario al principio democrático que debe regir el funcionamiento de toda asociación. En este sentido, y por analogía con lo establecido en el artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital, antes citado, consideramos que dicha mayoría cualificada no debería ser superior a los dos tercios de los asociados con derecho a voto, que consideramos más que suficiente para entender que la junta directiva no representa ya la voluntad de los asociados.

Finalmente, recordando que los miembros de la junta directiva han sido elegidos individualmente, el cese también deberá ser acordado individualmente, siendo necesario por tanto que se realice una votación separada por cada uno de los miembros de la junta directiva cuyo cese se pretenda.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, la revocación de los miembros de la junta directiva de una asociación es una institución que entronca plenamente con la facultad de autoorganización de las asociaciones, tanto en el aspecto de su regulación como de su ejercicio, pero al mismo tiempo, es una institución cuya regulación tiene muchas aristas que deben ser debidamente tenidas en cuenta.

Por lo tanto, si una asociación quisiera incorporar la facultad de revocación de sus miembros de la junta directiva a su ordenamiento, los estatutos deberán regular:

- a) El procedimiento por el cual los asociados que quisieran promover el cese de los miembros de la junta directiva puedan hacer que esa propuesta sea sometida a la asamblea general.
- b) El porcentaje mínimo de asociados que deberán promover dicha propuesta.
- c) Si la propuesta de cese debe ir o no acompañada de una candidatura para la sustitución.
- d) Si cabe o no aceptar el voto por delegación
- e) Cuál es la mayoría que se exigirá para que se apruebe la revocación.

En cumplimiento de lo anterior, y teniendo en cuenta nuestra predilección en cada uno de los puntos en los que haya que realizar una opción en la regulación, proponemos la siguiente redacción para una cláusula que, incorporada a cualquier estatuto, pueda regular la figura con las debidas garantías:

«Artículo X.º Revocación de los miembros de la Junta Directiva

El procedimiento de revocación de miembros electos de la Junta Directiva se iniciará por petición por escrito del 33% de los socios con derecho a voto dirigido al Presidente, expresando los motivos por los cuales se solicite la revocación y la persona que se propone para sustituir a la persona que se pretenda revocar.

Comprobado el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud de revocación, el Presidente convocará una Asamblea General Extraordinaria a la mayor brevedad, remitiendo la convocatoria con al menos 15 días de antelación.

Sometida a votación la propuesta de revocación y consiguiente nombramiento de nuevo miembro de la Junta Directiva, esta será válidamente acordada cuando cuente con los votos favorables de la mitad más uno de los socios con derecho a voto de la Asociación, sin que quepa ejercer en esta votación el derecho de representación del artículo X de estos Estatutos.»

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GÓMEZ MONTORO, A. (2004), *Asociación, Constitución, Ley: Sobre el contenido Constitucional del derecho de asociación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.; FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2002), *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Organica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid: Civitas.
- IRIBARREN, M. (2018), «Pactos parasociales y cambios de socios (una versión dinámica de los pactos parasociales)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 53, pp. 79-108
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E. (1996), *El derecho de asociación*, Madrid: Tecnos.
- MARTÍN HUERTAS, A. (2009), *El contenido esencial del derecho de asociación*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- PÉREZ ESCALONA, S. (2007), *El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español*, Cizur Menor: Aranzadi.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2003), *Sinopsis del artículo 113 de la Constitución Española*, Madrid: Congreso de los Diputados [en línea]. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=113&tipo=2>

UN REPASO A LA EVOLUCIÓN (O INVOLUCIÓN) DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA

JACQUELINE HELLMAN*
Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La errática trayectoria del principio de justicia universal en España. 2.1 El reconocimiento de la existencia del principio de justicia universal a través de la LOPJ de 1985. 2.2 Una significativa merma del principio de justicia universal: la reforma legislativa del año 2009. 2.3 La definitiva desaparición del principio de justicia universal: la reforma legislativa del año 2014. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de jurisdicción universal (también conocido como principio de universalidad o de justicia universal) presenta una gran peculiaridad en la medida en que atribuye o concede competencia a un Estado para conocer y juzgar un delito sin necesidad de que exista vínculo alguno con los hechos enjuiciados desde el punto de vista del lugar de su comisión, así como respecto de la nacionalidad de los autores y/o de las víctimas e, incluso, respecto de

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. En la actualidad imparte las siguientes asignaturas en varios centros universitarios: Derecho Internacional Público, Derecho de la Unión Europea, Derechos Penal Internacional y Derechos Humanos. Acreditada como profesora contratada doctora en mayo de 2017.

los intereses o bienes jurídicos lesionados. El principio de universalidad es, pues, un título jurisdiccional que otorga capacidad a los jueces y a los tribunales de un Estado para que actúen respecto de delitos cometidos en el extranjero por personas extranjeras. Además, conviene indicar que para una válida articulación de aquél es necesario que los ilícitos que pretenden investigarse presenten una gravedad extrema y, por lo tanto, sean especialmente odiosos y atentatorios contra la humanidad y/o comunidad internacional (Sánchez Legido, 2004, 38).

Al hilo de lo anterior, resulta de interés destacar que el referido principio supone la puesta en funcionamiento de mecanismos judiciales propios del Derecho interno, lo que conlleva la aplicación de mecanismos institucionales de un Estado en el espacio territorial de otro. Siendo así las cosas, hay que entender que no se trata:

«exclusivamente de un título de atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la comunidad internacional (*competencia universal*), sino que se vincula con la dimensión funcional del sistema internacional en la ordenación de ámbitos en los que el Derecho Internacional atribuye potestades o competencias y legitima la actuación de los Estados conforme a los procedimientos de cooperación previstos en él, desautorizando la invocación de «injerencia» en asuntos internos que pudiera ser alegada por el Estado requerido» (Jiménez García, 2002, 73).

Siguiendo con la descripción a grandes rasgos del principio de universalidad, hay que hacer hincapié en que el mismo no implica la celebración de acuerdos estatales destinados a permitir una extensión extraterritorial de la aplicación de las normas de Derecho interno. Nada más lejos. La relevancia de éste radica en que el reiterado principio constituye el «terreno» propicio para la creación de un espacio universal de jurisdicción compartido entre los Estados que desean reprimir determinados comportamientos criminales (Pigrau Solé, 1999, 148). Evidentemente, como regla general, las actuaciones judiciales se llevan cabo por el juez natural predeterminado y legitimado por la aplicación del célebre principio de territorialidad (Cherif Bassiouni, 2001, 14). Sin embargo, a través del anterior principio, el cual es objeto de análisis en el presente trabajo, se traspasa el ámbito de la soberanía nacional, superando la idea de que la actuación judicial corresponde exclusivamente al de territorialidad. Así pues, la justicia universal, como acaba de explicarse, supone no sólo el desplazamiento del referido juez natural, sino también la posibilidad de que se aplique una ley ajena al lugar en el que se ha producido el hecho delictivo, así como una ley diferente al de la nacionalidad del presunto acusado o de la víctima. Por ello, cuando tenga lugar una falta de conexión específica entre el

Estado y el delito que pretende juzgarse, el principio de universalidad podrá ser esgrimido como un fundamento competencial válido que otorgará la legitimación adecuada al aparato judicial de turno, siempre y cuando persiga la defensa y la promoción de los intereses y valores supremos pertenecientes a la comunidad internacional en su conjunto¹. Todo lo expresado en líneas anteriores, nos lleva a una relevante conclusión: el Estado que decide ejercitar la jurisdicción universal lleva a cabo una especie de *actio popularis* contra personas que son *hostis humani generis* (Roman, 2000, 298).

2. LA ERRÁTICA TRAYECTORIA DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA

2.1 El reconocimiento de la existencia del principio de justicia universal a través de la LOPJ de 1985

En España, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985 se encarga de regular la competencia de los órganos judiciales españoles. Es más, de la lectura de dicho precepto legal se extraen diversos títulos habilitadores de jurisdicción de entre los cuales se deducía la presencia indubitada del principio de universalidad –ubicado tradicionalmente en el párrafo cuarto del mencionado artículo²– hasta, como veremos, la llegada de la polémica Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (LO 1/2009)³. Consecuentemente, el viejo artículo 23.4 de la LOPJ confería competencia a los tribunales para que conocieran y juzgaran actos delictivos cometidos tanto por españoles como por extranjeros más allá de nuestras barreras territoriales, sin la obligación de que mediara vínculo de conexión alguno con el Estado español. Así pues, cabe decir que mientras que aquél estuvo en vigor se tuvo la posibilidad de dar comienzo a procesos judi-

¹ A raíz de estas consideraciones no hay duda acerca de la independencia de la que goza el Derecho Internacional. Esta idea queda reflejada en el primer artículo del informe de la Comisión de Derecho Internacional del año 1996 (doc. A/51/10). Documento disponible a continuación: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1996_v2_p2_s.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1996_v2_p2_s.pdf). Dicho artículo establece que todos los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad serán crímenes bajo el marco jurídico del Derecho Internacional, independientemente de que se encuentren o no contemplados en el ámbito normativo del Derecho interno de los Estados.

² Documento disponible a continuación: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12666>.

³ Documento disponible a continuación: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17492.pdf>.

ciales caracterizados por investigar ilícitos de especial envergadura, a pesar de que se apreciaran carencias en el referido precepto legal como, por ejemplo, la no inclusión de los crímenes contra la humanidad⁴.

Lo anteriormente apuntado explica la recepción, en España, de multitud de denuncias judiciales interpuestas contra sujetos sospechosos de cometer graves delitos, entre los que se encontraban altos exdirigentes argentinos y chilenos⁵. Se abrieron, por tanto, las puertas a nuevas esperanzas para las víctimas afectadas por la comisión de crímenes internacionales⁶, cobrando el artículo 23.4 de la LOPJ una fuerza inusitada, a mediados de los años 90, al ser invocado frente a Estados frontalmente opuestos a su ejercicio. Posteriormente, con la llegada del nuevo siglo, la utilización de este no cesó, obteniendo éste un mayor protagonismo –si cabe– que en la etapa anterior. Así pudo comprobarse cuando se interpusieron denuncias contra dirigentes estatales chinos por los graves sucesos ocurridos en Tíbet, así como contra militares estadounidenses por la muerte del periodista español José Couso o contra altos mandatos israelíes por los sangrientos bombardeos perpetrados en Gaza en el

⁴ La incorporación de este delito tuvo lugar finalmente en el año 2004. Así pues, durante el año 1985 al año 2004, el tipo penal de genocidio fue aplicado a todo tipo de ilícitos relacionado con aquel al que nos estamos refiriendo en el cuerpo principal del texto.

⁵ Una de estas denuncias provocó la apertura del célebre juicio contra el general chileno Augusto Pinochet, acusado de cometer graves crímenes durante la férrea y larga dictadura chilena que dirigió. Según FERNÁNDEZ LIESA (1999, 64), aquél trajo consigo «(...) una luz en la barricada, un atisbo importante de esperanza de que la humanidad tiene elementos que invitan al optimismo debido al desarrollo de algunas de sus instituciones, así como la conciencia general, expresada en la opinión pública mundial -factor cada vez más relevante-, de que el ordenamiento debe desarrollarse en un sentido solidario».

⁶ La protección de las víctimas afectadas por graves conductas delictivas obtuvo su máxima expresión con el desenlace del asunto *Scilingo*, el cual supuso la consagración indubitada del principio de universalidad en nuestro país. Por medio de la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 y de aquella otra dictada por el Tribunal Supremo, el 1 de octubre de 2007, el acusado, Adolfo Francisco Scilingo, fue condenado por cooperar con las estrategias ideadas por el Grupo de Tareas 3.3.2 de la Escuela Mecánica de la Armada de Buenos Aires -lugar en el que se «se desarrolló una sistemática cadena de secuestros, torturas, asesinatos y lanzamientos al mar de miles de personas narcotizadas pero todavía vivas, entre otra serie de actividades delictivas, derivadas de aquella desalmada represión» (GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, 2006)- y por formar parte de una organización criminal constituida como unidad de contra-inteligencia y exterminio. En un primer momento a Scilingo se le condenó a seiscientos cuarenta años de prisión por haber cometido crímenes contra la humanidad a través del artículo 607 *bis*, el cual fue incorporado en nuestra legislación en el año 2004. La Audiencia Nacional declaró que la no vigencia del artículo 607 *bis* en el momento en el que los delitos tuvieron lugar no constituía un problema, ya que el Derecho Internacional regula este tipo de conductas y las prohíbe por medio de una norma preexistente de aplicación para todos los Estados con naturaleza *ius cogens* y, por lo tanto, con validez obligatoria *erga omnes*. Para reforzar su argumentación, el citado órgano judicial acudió a los tratados internacionales y al Derecho consuetudinario para aplicar el principio de justicia universal a los crímenes perpetrados por el acusado. Finalmente, aunque la sentencia del Tribunal Supremo puso de relieve que el Derecho Internacional consuetudinario no era capaz de crear tipos penales que resultaran directamente aplicables por jueces españoles, sí consideró operativo el principio de justicia universal por medio de los delitos comunes subyacentes de asesinato y detención ilegal, ya que -de conformidad con el Derecho Internacional- constituyen crímenes contra la humanidad.

año 2002. Sin duda, puede apreciarse la insólita «popularidad» que tuvo el citado precepto precisamente durante sus últimos años de vigencia. Evidentemente, como era de esperar, las contrariedades diplomáticas surgidas a raíz de éstos y otros asuntos generaron, automáticamente, cierto resquemor; resquemor que culminó con la aprobación de la LO 1/2009, la cual fundamentalmente trajo consigo la sustitución del principio de universalidad por reglas de protección de intereses españoles, reduciendo de forma sustancial la capacidad de nuestros jueces para juzgar crímenes graves. En cualquier caso, al margen de las complicaciones inherentes en torno al ejercicio del principio de justicia universal en España antes y después de la referida reforma, su progresiva -aunque lenta- consolidación jurisprudencial nos permite defender, a día de hoy, su existencia desde el momento en el que se produjo la aprobación de la LOPJ en 1985 hasta la llegada de la citada reforma legislativa del año 2009, la cual implicó -como ya veremos- una sutil pero clara edulcoración del mismo⁷.

2.2 Una significativa merma del principio de justicia universal: la reforma legislativa del año 2009

Tal y como fue apuntado en el apartado anterior, el principio de universalidad quedó regulado en nuestro ordenamiento jurídico durante largos años, situando a España en la primera fila del grupo de países comprometidos con la difícil tarea de perseguir y dar castigo a los delitos más execrables. Sin embargo, la entrada en vigor de la LO 1/2009 modificó de un plumazo el contexto judicial y legal previamente existente en relación con la persecución e investi-

⁷ Conviene poner de relieve que la consagración del principio de justicia universal en la LOPJ no fue un camino sencillo. En un primer momento, ante la inexperiencia de nuestros tribunales, la competencia española fue rechazada respecto de hechos subsumibles dentro del marco aplicativo del artículo 23.4 cuando los comportamientos delictivos graves habían acaecido con anterioridad a su entrada en vigor. En opinión de algunos jueces, interpretar lo contrario hubiera supuesto una clara vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Esta tesis, que fue desmontándose con el tiempo, revela los obstáculos que el mencionado principio tuvo que vencer para imponerse como título competencial válido ante ilícitos de gran envergadura. Asimismo, se consideró, en un primer momento, que no era imprescindible la presencia del acusado en las fases iniciales de un juicio abierto con base en el principio de universalidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de febrero de 2003 determinó que la presencia del sospechoso en el territorio español era indispensable, considerando operativo el artículo 23.4 de la LOPJ tan sólo cuando las víctimas fueran de nacionalidad española o cuando hubiera serios intereses españoles afectados. Finalmente, el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto y decidió poner orden, a través de su célebre sentencia de 26 de septiembre de 2005, instaurando un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, un principio cuya aplicación dependía únicamente de la gravedad de la conducta delictiva y no del cumplimiento de requerimientos adicionales.

gación de aquéllos⁸. A estos efectos, conviene apuntar que, para algunos, la citada enmienda legislativa fue un evento inesperado; no obstante, para la mayoría, ciertos hechos acontecidos justo antes de su llegada hacían presagiar que, antes o después, el viejo artículo 23.4 sería modificado. A modo de ejemplo, cabe señalar el impacto que causó el asunto *Cavallo* en virtud del cual el Gobierno se opuso a que el presunto culpable fuera juzgado y condenado en España⁹. Otra señal premonitoria fue la aprobación del artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI), el cual redujo el marco aplicativo del principio de universalidad al restringir la actuación de los jueces españoles respecto de los delitos pertenecientes al ámbito competencial de la CPI (Rodríguez Yagüe, 2007, 7). Consecuentemente y como ya dijimos, para la mayor parte de la doctrina, la derogación del comentado artículo 23.4 de la LOPJ de 1985 era una cuestión de tiempo, lo cual estaba estrechamente entrelazado al sinfín de conflictos diplomáticos generados durante sus años de vigencia (Gil Gil, 2006, 112).

En este contexto, hay que hacer especial hincapié en que la citada reforma estableció la concurrencia de una serie de requisitos que desdibujaron por completo el principio de universalidad en la medida en que estipularon que, para fundamentar la actuación de los jueces españoles en relación con crímenes ocurridos en el extranjero, era necesario a) apreciar vínculos de conexión relevante con España; b) advertir la presencia de víctimas de nacionalidad española; o c) ubicar al presunto autor de los hechos en el territorio nacional (siempre que en el país originariamente competente o en el seno de un tribunal internacional no se haya abierto procedimiento alguno sobre tales hechos punibles¹⁰). Siendo así las cosas, es de vital importancia comprender que la pri-

⁸ En este orden de ideas, conviene recordar que la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2009 que modificó seriamente el contenido del artículo 23.4 de la LOPJ, surgió como consecuencia de un pacto político entre el Gobierno de turno y el principal partido de la oposición. Según PIGRAU SOLÉ, la enmienda sobre el citado precepto fue adoptada discretamente, evitando la celebración del debate oportuno, a través de la inclusión de una disposición complementaria en un proyecto aparentemente desvinculado de la jurisdicción universal: la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial (PIGRAU SOLÉ, 2009, 120).

⁹ En un primer momento, la Audiencia Nacional ordenó a la Interpol de México la detención del ex capitán de la marina argentina Ricardo Miguel Cavallo con el objeto de extraditarlo a nuestro país. Se le acusó de participar en graves delitos de tortura, asesinato y secuestro -organizados por la Escuela de Mecánica de la Armada en Buenos Aires- durante la dictadura argentina. La Suprema Corte de Justicia de México autorizó, el 10 de junio de 2003, su extradición para su enjuiciamiento en España por delitos de terrorismo y genocidio. Una vez que el sospechoso se encontraba en territorio español, un auto de la Audiencia Nacional española autorizó la entrega de Cavallo a Argentina, produciéndose el archivo inesperado de las actuaciones judiciales españolas.

¹⁰ En este sentido, REMIRO BROTONS de forma acertada sugiere que dicha ley no resuelve aquellos casos en los que un procedimiento posterior, en el extranjero, pretenda pronunciarse sobre los mismos hechos de otro anterior ya abierto en España. Esta idea no es nada descabellada y, de hecho, buena prueba

mera de las condiciones señaladas relativas al vínculo de conexión relevante con España o, lo que es lo mismo, la presencia de intereses españoles en el asunto en cuestión fue un concepto poco claro que se prestó a una gran confusión. Como acertadamente piensan algunos autores, el entonces nuevo precepto legal transformó al juez en una pieza clave a la hora de examinar si concurría o no dicho requisito y ello -como se habrá podido advertir- se tradujo en un amplio margen de actuación no muy recomendable en un campo tan delicado como es, sin duda, el ordenamiento jurídico penal (Espósito, 2009).

Asimismo, atribuir competencia a los jueces españoles de conformidad con el principio de personalidad pasiva -tal y como se deduce de la segunda de las condiciones- presentaba cierta polémica no sólo con respecto a su contenido, sino además en cuanto a su ubicación en la medida en que debió de haber figurado en un epígrafe separado y, por lo tanto, no debió de quedar aglutinado junto a otro tipo de supuestos que aunque se encargaban también de extender la aplicación de la normativa penal española, lo hacían de un modo diferente (Blanco Cordero, 2009, 9).

Por otro lado, la presencia de presuntos responsables en España no fue una condición especialmente dañina en lo que se refiere a la configuración del principio de universalidad, a diferencia de los otros dos requisitos recientemente mencionados que sí menoscababan abiertamente la esencia de este. Es más, dicha condición puso algo de cordura con respecto al viejo hábito -auspiciado por la obsoleta LOPJ- de interponer sistemáticamente recursos ante tribunales españoles que, generalmente, acababan por archivarse ante una falta de fundamentación legal sólida. De todos modos, su finalidad limitadora no puede ponerse en duda puesto que, si bien es cierto que esta exigencia era anteriormente aplicable únicamente a los delitos de mutilación genital femenina y a los crímenes de guerra, no lo es menos que con la llegada del nuevo artículo 23.4 se extendió a todos aquellos delitos contemplados por el nuevo precepto legal.

Por consiguiente, en aquel momento, la sensación predominante es que, en España, el principio de justicia universal emprendía un camino de retirada. No obstante, conviene apuntar que la redacción del artículo 23.4 del año 2009 contenía una cláusula un tanto «peculiar» que actuaba como una especie de «llave» que otorgaba -a los jueces decididos en dar prioridad a los derechos más básicos del individuo- acceso directo a la regulación supranacional, al establecer de forma expresa la posibilidad de acudir a *los tratados y convenios internacionales*

de ello fue lo sucedido con Cavallo, extraditado a Argentina unos meses antes de que se produjera la apertura del juicio oral en España (REMIRO BROTONS, 2010).

suscritos por España. En definitiva, la inclusión de aquella supuso que el aparato judicial español era capaz de remitirse a los tratados y convenios internacionales que contemplaran el principio de justicia universal (Fernández Liesa, 2010). En línea con lo anterior, hay que mencionar que los delitos enumerados en el artículo 23.4 de la LOPJ de 1985 se vieron ampliados con la incorporación de los crímenes de lesa humanidad, resolviendo los múltiples problemas planteados en juicios anteriores en los que existía cierta dificultad a la hora de aplicar el referido tipo penal en los términos del caduco artículo 23.4.

Tras apreciar, pues, una lectura positiva en aspectos puntuales de la comentada enmienda, algunos autores concluyeron que el abandono de los parámetros de la justicia universal no había tenido lugar en nuestro país (Gil Gil, 2009, 391). No obstante, otras opiniones hicieron hincapié en la idea contraria, argumentando que la modificación legislativa del año 2009 conllevó el fin precipitado de la jurisdicción universal en España (Garcés, 2001). Independientemente de que uno se adhiera a una u otra conclusión, de lo que no hay duda es que la reforma de turno tan sólo constituyó un adelanto de lo que todavía estaba por llegar: la contundente enmienda legislativa efectuada, años después, sobre el precepto legal 23.4 por medio de la Ley Orgánica 1/2014 del 13 de marzo (LO 1/2014)¹¹, la cual cerró y de forma hermética todo posible debate que se pudiera generar sobre la cuestión.

2.3 La definitiva desaparición del principio de justicia universal: la reforma legislativa del año 2014

Tal y como fue previamente apuntado, en el año 2014, se produjo una nueva modificación del comentado artículo 23.4 por medio de la LO 1/2014, lo que supuso la desaparición definitiva del principio de justicia universal, si bien es cierto que implicó la inclusión de ilícitos anteriormente no contemplados por éste. Sea como fuere, la afirmación relativa al ocaso del citado principio se basa en la idea de que para activar el reiterado precepto legal es necesario advertir puntos de unión entre el grave crimen cometido y España. Esto es algo que, como ya fue explicado en apartados anteriores, no tiene razón de ser en el ámbito de la justicia universal, puesto que aquéllos lo desnaturalizan de tal manera que se transforma automática e inequívocamente en otro tipo de principios como pudieran ser el de personalidad activa o pasiva. Más adelante, se hará hincapié en esta misma cuestión, ya que el Tribunal Constitucional ha

¹¹ Documento disponible a continuación: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-2709>.

tenido oportunidad de referirse a ello en su sentencia del 20 de diciembre del año pasado¹².

Siendo así las cosas, conviene en un primer momento ser más específico y aclarar que en la actualidad deberán concurrir, de forma cumulativa o alternativa, las siguientes condiciones para válidamente esgrimir la implementación de aquél, a saber: que la víctima sea española o extranjera pero con residencial habitual en España; que el criminal sea español o extranjero con residencia habitual en España o, simplemente que aquél se encuentre ubicado en territorio nacional y su extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. En este contexto, es relevante indicar que cada uno de los delitos contenidos en el artículo 23.4 exige la existencia de alguna o varias de las condiciones anteriormente señaladas. Así pues, para poder investigar delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o ilícitos perpetrados contra personas y bienes protegidos en un conflicto armado, será necesario advertir la siguiente conexión: «que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas». En el caso de que estemos ante un delito de tortura y/o desaparición forzada de personas, será crucial acreditar lo siguiente: «el procedimiento se dirija contra un español; o, la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y –acumulativamente– la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español»¹³.

Consecuentemente, no hay duda de que el principio de justicia universal tradicionalmente contenido en el artículo 23.4 de la LOPJ de 1985 se ha desvanecido al estipular que su aplicación depende de la existencia de algún tipo de nexo de unión con España; ello, sin duda, presenta semejanzas con la enmienda legislativa del año 2009, si bien es cierto que el precepto actualmente aplicable resulta mucho más contundente e implacable para con el comentado principio al desdibujar completamente su esencia y sustituirlo por, fundamentalmente, los conocidos principios de personalidad activa y pasiva. A este respecto, conviene

¹² A este respecto, debe señalarse que la decisión judicial mencionada en el cuerpo principal del texto es emitida como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada Ley Orgánica 1/2014 por los diputados del Grupo Parlamentario Socialista al considerar que, entre otras cosas, fue articulada con el propósito de limitar la actuación de los jueces españoles en el ámbito de la jurisdicción universal. Documento disponible a continuación: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_132/2014-3754STC.pdf.

¹³ El contenido, pues, del vigente artículo 23.4 de la LOPJ no puede ser menos halagüeño en lo que a la protección de derechos humanos se refiere, siendo más o menos flexible la actuación de los jueces españoles en función del ilícito que esté siendo objeto de investigación.

traer a colación las controvertidas alegaciones vertidas por el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia emitida a finales del año pasado, puesto que la misma proclama -de forma contraria a la posición que nosotros mantenemos- la posibilidad de «rebajar» el ámbito de aplicación de dicho principio con el propósito de vincularlo con puntos de conexión relevantes con España. El citado Tribunal argumenta que es, evidentemente, el legislador el que determina «(...) las normas relativas a la competencia jurisdiccional». De este modo, justifica el hecho de que la LOPJ ha sido enmendada en hasta seis ocasiones y, a continuación, hace un repaso rápido acerca de la manera en la que se han articulado las diferentes modificaciones legislativas más relevantes. Y, precisamente, es en este punto cuando el Tribunal Constitucional plasma unas consideraciones -la mayoría de las cuales no compartimos- sobre el principio de jurisdicción universal de gran interés. En un primer momento y de forma acertada indica que aquél «(...) se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución» pero, para nuestra sorpresa y de forma errónea, continúa argumentando que dicha premisa no ha de ser el único canon de interpretación. Como ya apuntamos al comienzo del presente estudio, es precisamente la gravedad de los ilícitos lo que únicamente posibilita la aplicación del referido principio y ello es lo que, fundamentalmente, nos lleva a mostrar nuestra disconformidad para con este tipo de aseveraciones, las cuales quedan plasmadas por el Tribunal a lo largo de la comentada sentencia en varias ocasiones.

Además, el Tribunal Constitucional, para dar credibilidad a su razonamiento, subraya que en el pasado se introdujeron modificaciones legislativas que vinculaban la jurisdicción universal con la existencia de puntos de conexión necesarios con España y, por lo tanto, los que actualmente existen en el artículo 23.4 siguen la tendencia anterior, sin que ello implique, desde su punto de vista, la desaparición del referido principio. Es más, de forma prácticamente incomprensible para el lector, argumenta que los referidos puntos de conexión sirven para aplicar el principio de universalidad de una manera restringida¹⁴. Como puede deducirse de los anteriores argumentos, el Tribunal Constitucional no entiende que el principio de jurisdicción universal es utilizado por aquellos Estados que pretenden perseguir crímenes graves con el propósito de no dejar resquicio alguno a la impunidad; así pues, la importancia de dicho principio radica en que, si la anterior premisa se ve claramente satisfecha, se podrán sancionar delitos execrables sin necesidad de acreditar el cumplimiento de requisitos adicionales.

¹⁴ En este sentido, conviene traer a colación las palabras exactas utilizadas por el propio Tribunal Constitucional: «(...) la exigencia (...) de que exista un vínculo de conexión con los intereses del Estado, que puede ser la presencia en España, la concurrencia del principio de personalidad pasiva o cualquier otro, para que se aplique el principio de jurisdicción universal restringiendo su aplicación».

Consecuentemente, cuando un Estado decide dar castigo a aquéllos y necesita justificar su actuación con la presencia de ciertos elementos de conexión adicionales, estamos claramente ante otros principios jurisdiccionales. Así las cosas, no hay duda de que, aunque para el Tribunal Constitucional aquél se encuentra presente en el actual precepto 23.4 de la LOPJ¹⁵, nosotros no podemos sino proclamar abiertamente lo contrario¹⁶.

A la luz de lo expresado en el párrafo anterior, debe indicarse que el actual precepto de la LOPJ no sólo ha supuesto la eliminación fulminante del principio de justicia universal, sino que además ha creado

«víctimas españolas de primera y de segunda categoría, al privilegiar a las víctimas del terrorismo, respecto de las de otros delitos, de tal suerte que los tribunales españoles podrán ejercer la jurisdicción respecto de este delito por el mero hecho de que la víctima sea española. Este extremo demuestra, por ejemplo, la discriminación respecto de la tutela judicial efectiva de víctimas españolas de genocidio, lesa humanidad, tortura o crímenes de guerra, en la que no basta ser nacional español sino que se requieren otras exigencias adicionales (...) [mientras que] una víctima española de terrorismo encontrará amparo judicial en España, mientras que una víctima española de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra o tortura, no, salvo la presencia de otros nexos de conexión, de muy difícil aparición.» (Ollé Sessé, 2014).

Asimismo, hay que traer a colación -para mayor despropósito- que el actual artículo 23.5 exige que no se haya iniciado procedimiento alguno ante tribunales internacionales válidamente constituidos conforme a los tratados y convenios firmados por España, recalando por tanto la idea de que la actuación de nuestro poder judicial presenta un mero carácter subsidiario¹⁷. Además, es preciso abundar en la premisa relativa a que dicho precepto contiene obviedades que no añaden nada de interés pero que resultan extremadamente

¹⁵ De forma inexplicable el Tribunal Constitucional argumenta lo siguiente: «la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ deviene mucho más compleja que la anterior, y desarrolla la noción de la necesidad de arbitrar un punto de conexión con los intereses nacionales, de modo que, al tiempo que se amplía el número de delitos perseguibles por la jurisdicción española a pesar de su comisión fuera del territorio nacional, se establece taxativamente la concurrencia de uno o más puntos de conexión respecto de cada uno de ellos, utilizando para restringir el alcance de la jurisdicción universal absoluta previsto en la redacción originaria del art. 23.4 LOPJ criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción que, en principio, debieran ser autónomos, como el de personalidad activa, personalidad pasiva o defensa del Estado, ofreciéndose una regulación prolija que aúna varios principios en uno sólo».

¹⁶ Así lo consideramos, independientemente de que, como aduce el Abogado del Estado, el principio de justicia universal sea un canon de constitucionalidad.

¹⁷ Así lo corrobora el Tribunal Constitucional, en su sentencia de diciembre del año pasado, cuando afirma lo siguiente: «La nueva redacción del apartado 5 del art. 23 LOPJ acentúa, en la línea de la reforma del año 2009, la regla de la subsidiariedad, principio funcional que pretende otorgar la jurisdicción, con carácter subsidiario, a los tribunales españoles cuando el órgano principal no pueda ejercer su supremacía de jurisdicción».

reveladoras en cuanto a la verdadera intención de la LO1/2014 de no dejar ni un solo fleco suelto que pueda permitir la aplicación del principio de justicia universal en nuestro país. Así pues, la redacción de aquél señala que no se podrá perseguir ilícitos de envergadura en el caso de que estén siendo investigados por los tribunales del territorio en el que se hubieran cometido, siempre que: la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encuentre en territorio español, se hubiera iniciado un procedimiento para la extradición del presunto responsable al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas o para ponerlo a disposición de un tribunal internacional para que fuera juzgado por los mismos (para ello, es necesario que el proceso de extradición haya sido autorizado). Afirmaciones, como dijimos, nada novedosas, pero, sin duda alguna, indicadoras del auténtico espíritu y objetivo de la citada ley.

Por si no fuera suficiente el daño prácticamente irremisible realizado al comentado principio -materializado por medio de la ley objeto de análisis en el presente apartado- conviene poner de relieve que, de acuerdo con el artículo 23.6 de la LOPJ, se elimina la actuación de la acusación popular, limitando aún más los derechos de las víctimas al no tener la posibilidad siquiera de verse representadas por medio de la referida figura¹⁸. Como colofón a todo lo anterior y con el claro propósito de dar por zanjada la andadura del artículo 23.4 en años previos, la LO 1/2014 ordena -a través de la disposición transitoria única- el sobreseimiento de todas aquellas causas judiciales que, sustentadas por el anterior precepto legal, estuvieran abiertas una vez se produjera la entrada en vigor del nuevo articulado de la LOPJ. Así pues, con este último apunte, la referida ley se asegura de dar carpetazo a los procesos pendientes de resolución y apuntalados por medio del obsoleto artículo 23.4 de la LOPJ, el cual -como sabemos- estuvo vigente desde 2009 a 2014.

Tras lo anteriormente relatado, debemos destacar a modo de conclusión que el contenido de la nueva LOPJ alienta la impunidad de los delitos más execrables, dejando a un lado los compromisos adquiridos por medio de la regulación internacional diseñada para promover su persecución, los cuales contemplan -en algunos casos y para mayor escarnio- el principio de justicia universal. Así sucede, por ejemplo, con los Convenios de Ginebra. Consecuentemente, no hay duda de que España se ha desmarcado y rehuido desde hace un tiempo de sus obligaciones internacionales y, por si ello no fuera suficientemente relevante, contradice «(...) la doctrina del Tribunal Constitucional por

¹⁸ Ello es así pese a que la acusación particular aparece incluida en el artículo 125 de nuestra Constitución.

la que se determinó la naturaleza de este principio universal y estableció su carácter puro o absoluto y concurrente» (Ollé Sessé, 2014) en su reconocida sentencia de 26 de septiembre de 2005 y 20 de junio de 2006. En otras palabras, la situación existente en España no puede ser, a todos los niveles, menos alentadora en lo que a la protección de los derechos humanos se refiere, puesto que la LO 1/2014 no sólo implica el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el seno de la comunidad internacional, sino también el abandono de la doctrina generada por el tribunal creado para garantizar un estricto acatamiento de nuestra Carta Magna¹⁹.

A la luz de lo comentado en párrafos previos, no hay más remedio que admitir que el principio de justicia universal ha padecido, en los últimos tiempos, un arrinconamiento sin cuartel. En definitiva, a día de hoy, no cuenta con espacio legal alguno por medio del cual quede legitimada su actuación; lo que nos lleva a pensar que éste parece hallarse presente -aunque sea de forma figurada- en uno de aquellos viejos fragmentos de cerámica griegos en los que se incluía el nombre de aquel al que se quería desterrar, condenándolo con ello al mayor de los ostracismos. Ante esta peculiar analogía, no nos queda otra opción más que esperar y averiguar en qué momento finalizará su pena -del mismo modo que el desterrado en la Antigua Grecia podía regresar a Ática a recuperar sus bienes y posesiones una vez acabada su condena- para que pueda volver a erigirse como un valioso acicate a disposición de aquellos jueces que quieran, como ya ocurrió en el pasado, comprometerse con la investigación y persecución judicial de los delitos que se encuentran revestidos de una gravedad extrema.

3. CONCLUSIONES

No hay duda de que las reformas de los años 2009 y 2014 han supuesto la eliminación progresiva del principio de jurisdicción universal. Evidentemente, ello no sólo ha supuesto la asunción de una posición diferente con respecto a las premisas establecidas por el Derecho Internacional consuetudinario en torno a los crímenes que más gravemente afectan a la humanidad, sino

¹⁹ Conviene destacar que, para la mayor parte de la doctrina, las razones que motivaron la enmienda legislativa del año 2014 fueron fundamentalmente de carácter diplomático y económico: «la superposición de planos políticos, jurídicos y económicos se ha hecho más patente que nunca y (...) esta mezcla de motivos ha llevado a la reforma del principio de justicia universal en el ordenamiento español» (BONET ESTEVA, 2015, 6). Ello coincide a la perfección con el espíritu de la reforma del año 2009, pudiéndose advertir otra intrigante coincidencia: la tramitación parlamentaria de ambas fue exprés y poco transparente.

también un alejamiento y abandono de lo establecido por los convenios internacionales de los que España forma parte en virtud de los cuales se desprende el compromiso estatal de luchar contra ilícitos graves. Así las cosas, resulta evidente que los ejecutivos de turno, arropados por la mayoría de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, se han distanciado en -fundamentalmente- dos ocasiones de los principios que forman parte de la loable voluntad de no dejar impunes los delitos más graves que hostigan nuestro planeta y que con tanto ahínco defendieron nuestros tribunales hasta prácticamente el año 2009.

No deja de ser chocante que España, habiéndose erigido -años atrás- como un enclave privilegiado para la defensa de los derechos más básicos de los individuos al albergar una legislación lo suficientemente «laxa» como para situarse a la cabeza con respecto a otros muchos Estados en lo que se refiere a la persecución de graves actos delictivos, haya optado en los últimos años por realizar enmiendas legislativas destinadas a promover la impunidad de éstos. En definitiva, se advierte un brutal contraste entre la situación actual y aquella otra generada bajo el abrigo de la vieja e inicial LOPJ conforme a la cual se advertía la posibilidad de que los órganos judiciales españoles persiguieran ilícitos de especial envergadura por medio de la articulación del analizado principio de justicia universal.

Así pues, no es posible advertir la existencia de un auténtico compromiso por parte de España de salvaguardar los citados derechos, aunque -en los últimos meses- se ha debatido en el Congreso acerca de la posibilidad de modificar de forma sustancial el artículo 23.4 de la LOPJ con el objetivo de que se produzca el retorno del -para muchos- ansiado principio de justicia universal a nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la inestabilidad política de nuestro país nos ha llevado, el pasado 28 de abril, a la celebración abrupta de nuevas elecciones. Tras los resultados obtenidos, habrá que averiguar si el legislador sigue con la idea de modificar la LOPJ y, en el caso de que así sea, habrá que determinar si se encuentra entre sus prioridades legislativas más inmediatas. En este sentido, cabe argumentar la posibilidad de que la desafortunada sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2018 constituya un acicate para los que quieran promover un cambio legislativo contundente que redunde en una verdadera protección de los derechos humanos en España. Mientras tanto, hay una única conclusión certera: la intrincada y alambicada trayectoria a la que se ha visto sometida, en las últimas décadas, el comentado principio de justicia universal en nuestro país.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO CORDERO, I. (2009), «Sobre la muerte de la jurisdicción universal», *RGDP*, 12, pp. 1-20.
- BONET ESTEVA, M. (2015), «El principio de justicia universal: de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 L. O. Poder Judicial», Documento de Opinión, *ieee*, 123, pp. 1-20.
- CHERIF BASSIOUNI, M. (2001), «Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea», *VJILA*, 42 (81), pp. 1-67.
- ESPÓSITO, C. (2009, 2 de septiembre), «Una limitación de carácter furtivo», *El País* [en línea]. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/limitacion/caracter/furtivo/elpepiopi/20090902elpepiopi_5/Tes/.
- GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P. (2006, 24 de julio), «Esma: Justicia al fin», *La Vanguardia* [en línea]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/prudencio/articulos/2006-07-24-ESMA-justicia-al-fin.htm>.
- GARCÉS, J. (2009, 6 de octubre), «De impunidad y lealtades», *El País* [en línea]. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/impunidad/lealtades/elpepiopi/20091006elpepiopi_4/Tes/.
- GARZÓN, B. (2018, 18 de septiembre), «Los rohingya y la jurisdicción universal», *El País* [en línea]. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/09/09/opinion/1536510235_188977.html.
- GIL GIL, A. (2006), *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Granada: Comares.
- (2009), «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, Madrid: Tecnos, pp. 391-410.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. (1999), «Globalización, humanidad y orden internacional», *Revista Occidente*, 221, pp. 53-66.
- (2010), «Perfiles de la política exterior española de derechos humanos», *Real Instituto Elcano*, 6.
- OLLÉ SESSÉ (2014), «La reforma del principio de Justicia Universal», *Abogacía Española* [en línea]. Disponible en: <https://www.abogacia.es/2014/02/27/la-reforma-del-principio-de-justicia-universal/>.
- PIGRAU SOLÉ, A. (1997), «Elementos de Derecho Internacional Penal», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid: Tecnos, pp. 127-176.
- (2009), *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Barcelona: Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans.

- REMIRO BROTONS, A. (2010), «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Estudios de Política Exterior* [en línea]. Disponible en: <https://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/crimenes-internacionales-jueces-estatales/>.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2007), «Criterio de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 14, pp. 1-24.
- ROMAN, B. (2000), «The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations», *CIJL*, 33 (2), pp. 297-329.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2004), *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Europa, en realidad el mundo entero, vive un momento complejo. En particular los ritmos de la globalización económica, los avances tecnológicos, los profundos cambios sociales y las convulsiones político-institucionales por las que están pasando las democracias occidentales hacen más que necesario que nos preguntemos por las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Por ello, aprovechando las efemérides del 70º aniversario de la Constitución italiana y del 40º de la Constitución española, esta obra publicada en cinco volúmenes recoge los trabajos de constitucionalistas europeos de distintas generaciones que abordan los desafíos que se presentan para nuestras sociedades democráticas.

El volumen I se dedica al balance y perspectivas en la Europa constitucional, con trabajos sobre la reforma de los ordenamientos constitucionales y sobre Europa en su dimensión constitucional. El volumen II se ocupa de estudiar cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y su tutela. El volumen III revisa el estado de las instituciones políticas democráticas, en particular de los sistemas parlamentarios europeos, la participación y representación políticas, y los sistemas electorales y de partidos. El volumen IV afronta el tema de las fuentes del Derecho, los cambios en la Justicia constitucional y los desafíos para la organización territorial. Por último, el volumen V, dedicado a los retos del constitucionalismo en el siglo XXI, desarrolla cuestiones de frontera para el Derecho constitucional de gran actualidad como son las relaciones con la economía y el Estado social, la revolución tecnológica y el cambio climático, la seguridad y la legalidad sancionadora, y el fenómeno religioso. Una visión completa de los grandes temas que antes como ahora preocupan y dan sentido a la investigación de los constitucionalistas en un espacio compartido como es Europa.



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union

italospagnolo
SEMINARIO



FUNDACIÓN CAJAMURCIA