



NÚMERO 14. INVIERNO 2015



[www.urbeetius.org](http://www.urbeetius.org)

---

**Asociación Civil  
URBE et IUS**

**Presidente**  
Oscar José Ameal

**Vicepresidente**  
Norberto Sarubinsky Grafín

**Secretario General**  
Carlos M. Costanzo

**Dirección Ejecutiva**  
Pablo Villarruel

**Correspondencia y  
Suscripciones**

Lavalle 1494. Piso 1º "A"  
(C1048AAJ)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Tel.Fax: (54-11) 4372-0557

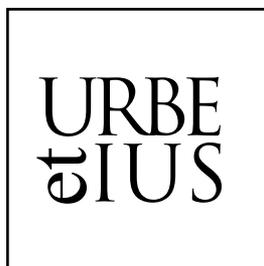
secretaria@urbeetius.org  
www.urbeetius.org

**Entidad Responsable:**  
Asociación Civil URBE et IUS

Las opiniones vertidas por los autores no representan necesariamente el pensamiento de la publicación. Todos los Derechos Reservados de URBE et IUS formato papel y URBE et IUS formato digital, según marca la Ley. Propiedad intelectual en trámite.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este material sin la previa autorización de la redacción.

# REVISTA



**Director**

Juan Sebastián De Stefano

**Editores**

Horacio Ruiz  
Juan Francisco Seguí

**Editor asociado**

Javier Buján

**Colaboradores**

Mariana Acerbo  
Paola Germana  
Vanesa Jurado Giménez  
Mara Mobilia  
Javier Mariano Areco

**Consejo editorial**

Alvarez Ledesma Mario I. (México)  
Ameal Oscar José (Argentina)  
Balbín Carlos Francisco (Argentina)  
Biglieri Alberto (Argentina)  
Buigo Marcelo (Argentina)  
Cárcova Carlos (Argentina)  
Centanaro Esteban (Argentina)  
Cevasco Luis (Argentina)  
Cippitani Roberto (Italia)  
Del Azar Jorge (Argentina)  
Ferré Olive Juan Carlos (España)  
Gallegos Fedriani Pablo (Argentina)  
Ghersi Carlos (Argentina)  
Guerra Cerrón María Elena (Perú)  
Hundskopf Exebio Oswaldo (Perú)  
Hutchinson Tomás (Argentina)  
López Rocío (El Salvador)  
Muñoz Conde Francisco (España)  
Parma Carlos (Argentina)  
Pelayo Möller Carlos María (México)  
Pérez Bejarano Alfredo (Perú)  
Picasso Sebastián (Argentina)  
Pigozzi Fabio (Italia)  
Reyna Alfaro Luis Miguel (Perú)  
Sanchez de la Cruz Jorge (Perú)  
Sánchez Sánchez Zulima (España)  
Sarubinsky Grafín Norberto C. (Argentina)  
Troja Ugo (Italia)  
Vittadini Andrés Susana N. (Argentina)

**Traducción y corrección**

Marisol García  
Félix Aguayo Salas  
Gabriela Scherlis

**Diseño y Maquetación**

Andrea Grillo

AR

**El rol de los jueces en la integración jurídica: la nueva perspectiva del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos**

*Juan Sebastián De Stefano*

**05/07**

AR

**La internalización de los Derechos Humanos**

*Juan Manuel Olmos*

**08/10**

AR

**Los jueces y el derecho internacional de los derechos humanos**

*Horacio Corti*

**11/13**

CO

**El Derecho Interamericano de los Derechos Humanos como Derecho Constitucional Internacional**

*Hernando Valencia Villa*

**14/19**

ES

**El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos como factor de integración en Europa**

*Susana Sanz Caballero*

**20/36**

MX

**Teoría general y protección supranacional de los Derechos Humanos**

*Mario Ignacio Álvarez Ledesma*

**37/46**

MX

**Los Derechos Humanos como *ius Commune* en la interpretación constitucional**

*Victor M. Martínez Bullé Goyri*

**47/56**

IT

**Diritti umani e principi del diritto amministrativo e fiscale. Tra Roma antica e l'attualità** Andrea Trisciuglio

*Andrea Trisciuglio*

**57/61**

IT

**Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell'Unione Europea**

*Andrea Sassi*

**62/78**

IT

**Libre circulación de los miembros de la familia en la interpretación del Tribunal de Justicia**

*Roberto Cippitani*

**79/90**

IT

**Status de ciudadanos como *status* fundametal de la persona en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea**

*Valentina Colcelli*

**91/98**

# URBE TIUS

ha firmado convenios de cooperación e intercambio con las siguientes instituciones:



Universidad de  
Lomas de Zamora



Facultad de Derecho  
de la Universidad  
de Buenos Aires



UNIVERSIDAD DE  
**Belgrano**  
BUENOS AIRES - ARGENTINA



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ DI ROMA



CENTRO INTERUNIVERSITARIO  
DI RICERCA PER LO SVILUPPO  
SOSTENIBILE - CIRPS



UNITELMA SAPIENZA



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ  
Corte Superior de Justicia  
del Callao (Perú)



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ  
Corte Superior de Justicia  
de Lima (Perú)



U  
B  
Universitat  
de Barcelona



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



SOCIEDAD MEXICANA DE CRIMINOLOGÍA  
CAPÍTULO NUEVO LEÓN A.C.



UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA



Universidad de  
Costa Rica



Università degli Studi  
di Torino



Università del  
Salento



Università di Macerata



Università degli Studi  
di Palermo



Università degli Studi  
della Toscana



Politecnico di Torino



Università degli Studi  
dell'Aquila



Università degli Studi  
di Perugia



Università degli Studi  
di Sassari



Università degli Studi  
di Cassino e del  
Lazio meridionale

# “ El rol de los jueces en la integración jurídica: la nueva perspectiva del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos ”

*Por Juan Sebastián De Stefano*

Abogado, UBA.  
*director@urbeetius.org*  
*@sebadestefano*



Nos ubicamos en un momento socio cultural alcanzado y transvasado por la era de la globalización llamado por varios autores mundialización, y sin lugar a dudas todos los actores de la sociedad se ven involucrados e inmersos en este escenario.

La revolución de la tecnología de la información ha sido útil para llevar a cabo un proceso fundamental de reestructuración del sistema capitalista a partir de la década de los ochenta. El sistema alternativo de organización social presente en nuestro período histórico, el Estado de Bienestar con una activa política de Derechos Humanos, también trató de redefinir los medios para lograr sus metas estructurales preservando su esencia: ése es el significado de la reestructuración. Las sociedades están organizadas en torno a procesos humanos estructurados por relaciones de producción, experiencia y poderes determinados históricamente.

El poder es la relación entre sujetos humanos que, basándose en la producción y la experiencia, impone el deseo de unos sobre otros mediante el uso potencial o real de la violencia, física o simbólica. Las instituciones de la sociedad se han erigido para reforzar las relaciones de poder existentes en cada período histórico, incluidos los controles, límites y contratos sociales logrados en las luchas por el poder. Pero como hicimos referencia al inicio del artículo, el nuevo paradigma tecnológico basado en la tecnología de información, se orienta hacia el desarrollo hacia la acumulación de conocimiento y hacia grados más elevados de complejidad en el procesamiento de la información. El poder está en el que tiene el propio conocimiento. A partir de éste se produce un nuevo conocimiento, que hace referencia a esta etapa, es el que da poder.

El Estado tiene poder, y ese poder debe ser observado y delimitado por diferentes agentes, particularmente cuando se roza con los derechos del ser humano que habita en las diferentes Naciones.

Queda claro que la globalización transforma la vida social de cualquier Nación; y consecuentemente genera políticas de extensión y transferencia dirigidas a los gobiernos subnacionales; y a los actores económicos y sociales de diferentes territorios. Estos intensos procesos de integración entre países, que a solo modo de ejemplos podemos verlo en los cambios en materia económica, religiosa, tecnológica, comunicación, jurídica y en las relaciones internacionales, influyen directamente en el derecho generando cambios.

Estos cambios se pueden apreciar y vislumbrar en los actos jurídicos de los distintos actores, tanto a nivel nacional como internacional.

El fenómeno de la globalización ha brindado en algunos casos un mejor desarrollo en la vida del ser humano y en otros ha interferido en forma negativa generando desigualdades y vulneración a derechos fundamentales.

Hay que pararse ante tal complejo escenario y trabajar articuladamente con las otras naciones, que se encuentran lógicamente inmersas en el fenómeno de la globalización.

En consecuencia, el ámbito jurídico es también parte de ese cambio, y debe adaptarse o transformarse para hacer frente a tal complejo fenómeno; preparándose para la repercusión que causan o puedan causar en la práctica jurídica. Quiénes si no los operadores de la justicia, y más aún aquellos que tienen la misión de juzgar. Aquí no debemos dejar de hacer referencia al denominado fenómeno de la "judicialización de la política", que está en boga por la creación, funcionamiento y crecimiento a gran escala de los tribunales internacionales, con una gran integración en la búsqueda de las garantías en materia de protección de los derechos humanos.

Nuestro país al igual que cada Estado parte, debe adecuar su sistema jurídico para hacer frente, de la mejor manera, los problemas que suscita la incorporación de las normas internacionales

Son entonces los jueces, actores protagónicos en esta integración jurídica, quienes no pueden desconocer las nuevas realidades que implican aceptar cambios y transformaciones profundas en la concepción de los derechos humanos y su mirada internacional.

Si hacemos hincapié en la perspectiva del derecho internacional y de los derechos humanos, estos funcionarios no solo son los encargados de juzgar; sino que tienen que ponerse un traje más comprometido, y es por ello que deben garantizar, proteger y promover el respeto de la dignidad humana. De esta manera se suman a la labor internacional en resguardo de los Derechos Humanos, siendo un accionar de todas las naciones que se encuentran inmersas, como ya lo dijimos, en la mundialización.

Con esta apertura internacional, logramos un accionar jurídico con mayor responsabilidad y dedicación. Salvaguardando los Derechos Humanos de los habitantes de nuestra Nación pero también los del resto de la Naciones. Los jueces nacionales son los primeros que actúan ante una circunstancia de violación de derechos humanos en nuestro país, por lo cual cumplen un rol protagónico y de gran envergadura. Por lo cual una de sus principales responsabilidades es cesar con esa violación y proteger de cualquier tipo de futura vulneración de estos derechos. Cuando citamos "como primero", lo hacemos en el correlato de la existencia de otras instancias internacionales.

El control que ejercen los jueces, se encuentra determinado por nuestro ordenamiento jurídico, que involucra y jerarquiza los Tratados Internacionales previstos en el articulado de nuestra Carta Magna, consagrados en un estado democrático y constitucionalista.

No vamos a hondar respecto de la recepción de los tratados por el derecho interno, en los ya desarrollados temas de la clasificación de los países en monistas y dualistas, ya que como esta de manifiesto aún los estados dualistas se muestran con frecuencia abiertos a recibir a la costumbre

internacional como norma aplicable por sus propios tribunales en su propio ordenamiento jurídico.

Por lo cual, los jueces deben actuar como operadores de la justicia con una mirada hacia el interior de nuestro país pero también hacia el exterior; debiendo prestar especial atención a las relaciones de los ciudadanos de nuestra Nación con el Estado y de ellos con el ámbito internacional.

Los jueces se complementan con los tribunales de instancias internacionales; y hasta podríamos atrevernos a decir que cooperan en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y de su protección ante las amenazas cada vez más grandes del mundo globalizado. Por ello recalamos en este artículo el rol fundamental en la integración jurídica.

Este desafío que se presenta a los operadores del sistema de derecho, es una herramienta para no estancarse en los instrumentos de nuestro ordenamiento jurídico, sino que deben inmiscuirse en aquellos que han sido incorporados a nuestro orden legal, los cuales tienen jerarquía constitucional originaria o derivada. Por lo cual son los jueces los que tienen el deber de "revisar, reinterpretar y darle una nueva transcendencia a una serie de instituciones y conceptos que se encuentran profundamente arraigados en la tradición jurídica heredada."

Una nutritiva normativa está siendo aplicada por nuestros jueces al momento de juzgar, más allá de que muchas veces hay una falta de adaptación en nuestra legislación.

Es responsabilidad del Estado adaptar nuestro ordenamiento jurídico a los Tratados con jerarquía constitucional. Siendo los jueces guardianes fundamentales del resguardo de estos derechos incorporados como de los ya establecidos en nuestra legislación. "Este conglomerado normativo y principista coloca la realización del ser humano como un fin en sí mismo, siendo su persona inviolable y constituyendo un valor fundamental sobre el resto de los valores que tienen carácter instrumental."

Los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional son los principales en relación a la determinación de la supremacía constitucional. Es éste último el que otorga "jerarquía constitucional" a documentos de derechos humanos. Cabe destacar que tanto el derecho regional como internacional de los derechos humanos y las nuevas fuentes que derivan de él son monitoreados por los órganos que los tratados crean, léase Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas o la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema regional americano, entre otros.

Pero no solo estos órganos son los que deben monitorear y garantizar estos derechos, sino como desarrollaremos en las próximas líneas el Estado y sus respectivos poderes ejecutivo, legislativo y judicial deben actuar en forma contundente en este tema.

Desde una lectura del Derecho interno, la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación conllevó a reconsiderar varios institutos, muchos de ellos ya trabajados con anterioridad por los jueces de nuestro país, en post de la adaptación mundial y del fenómeno en el que nos encontramos inmersos. Las circunstancias son cambiantes y los jueces deben contar con las herramientas necesarias para garantizar los derechos fundamentales.

Como venimos hablando hace un par de líneas atrás, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional están íntimamente ligados y deben actuar en forma complementaria en post de proteger los derechos de los ciudadanos en forma genérica y especialmente los derechos humanos fundamentales. Debiendo fortalecer las debilidades de nuestro ordenamiento jurídico.

En este escenario el Poder Judicial enmarca un importante rol en el proceso de apertura del derecho a la sociedad "abierto y plural", con espacios de participación y que el juez debe garantizar. Igualmente importante es el papel de la sociedad civil, y en especial del resto de los operadores de derecho; tales como juristas, académicos y abogados que deben actuar complementariamente con ese garantismo, poniendo límites al ejercicio ilegítimo del poder, incluido el Judicial. Siempre resaltando que la jurisdicción internacional "como último mecanismo de control e interpretación" cumple una tarea fundamental en el ámbito de la sociedad global.

Para algunos autores los procesos de integración jurídica avanzada, han puesto de manifiesto las dificultades de alcanzar una verdadera unificación del derecho, o al menos la reducción de las diferencias (armonización) entre distintos ordenamientos. Es en este parámetro cuando debemos hacer referencia a la importancia de la adaptabilidad de las normas y de su aplicación en el ámbito nacional por parte de los jueces de la Nación, y con mayor énfasis en el amparo de los derechos humanos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones son de carácter obligatorias para la Argentina, ya que su competencia fue aceptada expresamente, manifiesta que los jueces de los Estados parte deben realizar un "control de convencionalidad" al momento de aplicar las normas en sus respectivos procesos, o sea que deben verificar si la norma es congruente con la Convención Americana de Derechos Humanos y con los otros documentos del sistema. Destacando que en el caso de que no se respeten los parámetros de la Convención no deben aplicarla, caso contrario traería aparejada responsabilidad internacional al Estado respectivo.

Entonces, ya no se trata solo de que los jueces realicen un "control de constitucionalidad" (la legalidad de una norma en cuanto su adecuación con la Constitución Nacional Argentina) como el que se ha estudiado y desarrollado por varios doctrinarios muchos años antes, sino que ahora se suma el "control de convencionalidad" (analizando su conformidad con aquellos parámetros convencionales y jurisprudenciales derivados del sistema internacional) que acentúa la jerarquización del derecho internacional de los

derechos humanos; obligándolos a una nueva tarea que a su vez les permite juzgar con mayores herramientas.

Por lo tanto por encima de las normativas internas que los Estados puedan tener referidos a los derechos humanos, estarán siempre los compromisos internacionales, sean convencionales o consuetudinarios, a modo de normas generales imperativas, protectoras del bien público internacional. En consecuencia no pueden ser excluidas por la voluntad de los Estados obligados a cumplirlas, que como hemos mencionado han aceptado la competencia de esa Corte en forma expresa y han ratificado los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Los jueces deben actuar conforme a derecho sin invocar normas del ordenamiento jurídico interno que contradigan o atenten contra la aplicación del compromiso internacional asumido. Esto no significa que estemos cediendo nuestra soberanía, sino por el contrario nos estamos nutriendo y complementando a favor del garantismo y proteccionismo de los derechos Humanos. Contando con mayores herramientas y un respaldo mucho más amplio a la hora de controlar y juzgar.

Tal como expresa el autor Sagües, al interpretar el alcance de las "leyes" que pueden resultar incompatibles con el Pacto (internacional con jerarquía constitucional), señala que cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. Incluso, señala el autor, la Constitución Nacional no queda exceptuada de dicho control, admitiendo que "el Pacto San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supra-constitucionalidad".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece el DEBER de "control de convencionalidad" que tienen los jueces nacionales. La palabra deber la expresamos en mayúsculas para diferenciarlo de las recomendaciones que emana la mencionada Corte. O sea, se trata de una obligación y no de una recomendación. En consecuencia el control no es a pedido de parte, sino de oficio.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, desde hace varios años, no solo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sino también los jueces de primera instancia han tomado estas premisas y han abordado de una manera favorable este tipo de control.

Estamos transitando un momento histórico en el ordenamiento jurídico interno e internacional, somos parte de este cambio que nos permite adaptarnos a la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los jueces tienen que brindar espacios y adquirir herramientas para que ejerzan y cumplan su rol con una mirada integral y dinámica en el mundo de la globalización.■

## “ La internalización de los Derechos Humanos ”

*Por Juan Manuel Olmos*

Abogado.  
Presidente del Consejo de la Magistratura  
de la Ciudad de Buenos Aires.



Nuestra democracia lleva un sostenido crecimiento desde su recuperación en diciembre de 1983 hasta la fecha. Tuvo momentos críticos que fueron superados, fortaleciéndose así para seguir adelante.

Ese crecimiento fue consolidando lo esencial del sistema democrático en la periódica libre elección de los gobernantes y la vigencia de las libertades públicas, pero también fue construyendo con visión de futuro una nueva legalidad constitucional y pertenencia latinoamericana.

Algunas veces, la demanda provino del cuerpo social, como la de enjuiciamiento a los responsables de la dictadura. Otras veces la innovación se gestó en los espacios del poder político, como la Reforma Constitucional de 1994.

Ello nos muestra el carácter dialéctico y multiactorial en el avance de los DDHH hasta convertirse en una política pública estratégica, que ha prosperado y en cada etapa avanza un paso más. Al sostenerse en el tiempo la prédica de los DDHH lograron penetrar en la conciencia social hasta lo más hondo e impregnar íntegramente al sistema jurídico nacional.

Aún con diferente ritmo de avance, incluso con tropiezos o retrocesos parciales, en contextos no siempre favorables, la fuerza de la causa de los derechos humanos –que es inescindible de la democracia– se ha instalado en el alma popular y hoy podemos encuadrar a los derechos humanos como la política pública con más consenso ciudadano, que abarca mayoritariamente todas las capas de la pirámide poblacional, con los diferentes matices que provienen de la obvia diversidad de pensamiento, de experiencia, de ideología o de posición. Podrán debatirse detalles, pero hoy los DDHH son un punto de encuentro para todo el arco político democrático.

Sin embargo, en las definiciones conceptuales o en las relecturas de la historia, los derechos humanos no son mirados con el mismo prisma por los 40 millones de compatriotas, ni tampoco son siempre unívocas sus interpretaciones en la comunidad jurídica ni en la académica

### LA DIVERSIDAD CONCEPTUAL

#### Primer capítulo

Nunca antes en su historia nuestro pueblo había alcanzado más de treinta años ininterrumpidos de vida democrática. Esos treinta años no han sido iguales en el discurso de los DDHH.

Venían enarbolados los DDHH como resistencia al poder dictatorial y así se expresaron al iniciarse la democracia como exigencia de castigo a los culpables.

Proviene de esa primer etapa la búsqueda de un juicio que emulara al de Nuremberg

juzgando a los jefes nazis. Por ello el Juicio a las Juntas quedó circunscripto a las 9 personas que integraron las sucesivas Juntas Militares.

Ese enjuiciamiento impactó fuertemente en la conciencia social al descorrerse el velo y conocer el horror y criminalidad ocultados, los tormentos y secuestros, el robo de niños y la desaparición de miles de personas. Una parte de la ciudadanía ya lo sabía o intuía. Pero la verdad construida laboriosamente por la CONADEP y divulgada profusamente por los medios, en pocos meses produjo un derrame masivo de verdad. Así se instalaron los Derechos Humanos en la década del 80: como resistencia y castigo al poder arbitrario y criminal.

Así venían diseñados desde Europa los DDHH y su Declaración Universal, gestados después de una guerra con millones de muertos, y destrucción más las sombras del Holocausto, Hiroshima y Nagasaki conmoviendo a la Humanidad.

Resiliente del horror padecido, la vieja Europa convencida de ser el centro del mundo, proclamó universal a su doctrina laica de los derechos humanos.

Nuestras víctimas, organizaciones y juristas, aceptaron y promovieron esa doctrina eurocéntrica y en ese contexto se diseñaron los primeros cursos de formación en derechos humanos que penetraron en la sociedad argentina.

## Segundo capítulo

Sólo el Tiempo permite madurar, elaborar, analizar, reaprender y avanzar. Manteniendo el eje de los valores fundamentales: vida, dignidad, igualdad, equidad, pero al mismo tiempo y desde nuestra propia historia continental, un sector del pensamiento de liberación comenzó a reubicar el eje de la confrontación con la dictadura en la matriz de las luchas antiimperialistas o de liberación, que poco o nada tienen que ver con el holocausto y sí –en cambio– con las violaciones masivas de los derechos humanos desde la colonización y genocidio de los pueblos originarios, y el saqueo de nuestras riquezas, hasta la explotación y la penetración económica, política y cultural, militar y de inteligencia por parte de los estados dominantes sobre nuestras naciones.

Ello derivó en que ya no era "ponerle límites al poder" el eje de los derechos humanos, en tanto el poder en democracia es ungido por el voto popular. Y el Estado democrático, no está para ser resistido, sino para ser fortalecido y exigido como garante de la vigencia de los derechos.

Esta segunda etapa mantiene y abreva aún en la lite-

ratura jurídica europea, al mismo tiempo que despunta otra doctrina de los derechos humanos que empieza a forjarse en nuestro propio continente, en sincronía con las Conferencias Episcopales de Medellín y Puebla que desde una mirada latinoamericana denunciaban la pobreza y la explotación de los pueblos del continente y reivindicaban la memoria de las víctimas de la miseria y de las dictaduras y de los mártires que habían caído como Mons. Romero y otros.

Pero son indudablemente los principios y pautas del Pacto de San José de Costa Rica los que erigen a los Derechos Humanos con el sentido y direccionalidad de raíz local.

Nuestro país ratificó el Pacto de San José con el voto unánime de todos los diputados y senadores en 1984, primer año de recuperación democrática. Esa ratificación fue el ingreso de Argentina al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

## LA CONSTRUCCIÓN Y LA CONCIENCIA SOCIAL

### Tercer capítulo

A esos dos momentos señalados le sucede la jerarquización absoluta de los Tratados Internacionales, primero a través de un fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional de julio de 1992 que se basa en la Convención de Viena y luego por la incorporación a nivel constitucional, en 1994, de todas las convenciones de derechos humanos del presente y a futuro. También, en esta oportunidad, como en 1984, el voto lo emitió todo el arco político democrático. El grupo opositor estaba conformado por unos pocos convencionales que –finalmente– se sumaron sin disidencias a jurar la nueva Constitución quedando así legitimada por unanimidad la Carta Fundamental que lleva en su seno los principios y normas de los Derechos Humanos.

Esta modificación constitucional logró la internalización de los derechos humanos en todos los niveles jurídicos, políticos y académicos. Ya no con eje principal en el horror pasado, sino en la construcción futura. Al control de constitucionalidad se le agregó el control de convencionalidad. Ello derivó en la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad, y su derogación parlamentaria en 1998 (ley 24.952) y su definitiva anulación con la sanción de la ley 25.779; que las declara insalvablemente nulas y da así el impulso a la reapertura de los juicios a los responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado en la argentina.

Al mismo tiempo llegaba a las escuelas la nueva constitución reformada y en el espíritu social, los DDHH dejaban de ser patrimonio exclusivo de los organismos de víctimas, familiares o especializados y pasaban a constituirse en patrimonio de todos los argentinos, con el reconocimiento absoluto al heroísmo y persistencia de Madres, Abuelas, Familiares y otros que desde siempre habían liderado el camino recorrido, y en el mismo sentido un reconocimiento reparatorio a quienes habían sido víctimas de la dictadura.

El Estado Democrático asumía así su rol reparador, de

prevención y garantía, y dejaba expedito el camino de la Justicia para satisfacer la reiterada petición de las víctimas y de sus familias.

#### El cuarto capítulo

Pero había aún mucho más para hacer: por una parte: completar las demandas de enjuiciamiento a los responsables de los crímenes de la dictadura que habían quedado trunca.

La definición de una política de Memoria, Verdad y Justicia caló hondo en la sociedad que siempre había exigido "justicia" con sentido judicial (de tribunales) en pos de lograr castigo y cárcel para los criminales y dar fin a la impunidad.

Por otra parte, la ampliación de los derechos y su operativización en políticas públicas estratégicas, consensuadas y equitativas son otros logros de esta cuarta etapa, que arranca a partir del 2003.

La expansión, profundización y vigencia de nuevos derechos, han sido mayoritariamente aceptados e integrados a la vida social, generando una nueva cultura de respeto a la diversidad, dignificación y protección de los más desfavorecidos.

Al mismo tiempo, se reinició el revisionismo histórico que durante décadas había crecido en la sombra de los subsuelos universitarios, y hoy es Política de Estado que ha revitalizado el concepto sanmartiniano y bolivariano de la Patria Grande.

Por su parte los Derechos Humanos pergeñan hoy su propio revisionismo conceptual con esencia latinoamericana, superadora de la mirada eurocéntrica inicialmente aprendida. Pero aún no ha emergido esta doctrina ni se ha asentado más allá de algunos centros de estudio en DDHH.

No obstante, al celebrarse en el año 2013 el Bicentenario de la Asamblea del año 1813, se la conmemoró públicamente como la primera institución patria que legisló sobre lo que hoy nominamos como derechos humanos.

### LA INTERNALIZACIÓN CONCEPTUAL ES UN PROCESO, NO UN SUCESO

La internalización de los DDHH no es un hecho, ni un acontecimiento que ocurre.

Es una construcción continua al interior del pueblo que penetra en su conciencia social.

Se desarrolla a través del tiempo, pero no solo por su transcurso, sino cuando durante ese tiempo hubo voluntades políticas tenaces y diversas, contextos favorables aunque no fáciles y una persistente militancia de organismos no gubernamentales que le dedicaron su vida a los DDHH. Así "prendió" la semilla de los DDHH y empezó a crecer.

Cuando un pueblo lleva adentro de su conciencia cívica estos valores –tan parecidos a los valores cristianos– de vida y dignidad, respeto y opción por los más débiles, por causa de pobreza, discriminación, edad o enfermedad, no hay que temer retrocesos.

Más bien hay que aunar nuevas voluntades y recibir aires jóvenes, para no quedar encerrados en el presente. La semilla ya se hizo planta y da sus frutos. El proceso de construcción continua y ampliación permanente de derechos no debe interrumpirse ni retroceder.

Al abrir la mente a lo nuevo que despunta y al descubrir otras culturas y conflictos universales, tan lejos de nuestra cotidianidad, intuimos un futuro complejo que nos interpelará y obligará a más reflexión, más análisis y más vocación por los derechos humanos.

Pero ya no partiendo de cero, sino para seguir creciendo, "en dignidad y derechos". ■

# “ Los jueces y el derecho internacional de los derechos humanos ”

*Por Horacio Corti*

Abogado.  
Defensor Oficial de la Ciudad de Buenos Aires.



**1** La constitucionalización de los tratados internacionales de los derechos humanos tiene una diversidad de consecuencias en la práctica jurídica.

Ante todo: la reforma constitucional de 1994 hizo mucho más que clarificar cuál es la jerarquía de los tratados en la estructura del orden jurídico. Además de ello, le dio a los referidos tratados sobre derechos humanos jerarquía constitucional.

Los hizo parte de la Constitución.

A ello hay que sumarle la interpretación de la Corte Suprema sobre la modalidad de esa incorporación. Fundamentalmente a través del significado otorgado a la expresión “en las condiciones de su vigencia” que figura en el nuevo texto.

La Corte Suprema, como se sabe, entiende que los tratados deben usarse teniendo en consideración la lectura que de ellos hacen los órganos internacionales encargados de aplicarlos. Se trata de una diversidad de órganos (cortes, comisiones, comités) que genera una pluralidad de documentos (sentencias, opiniones consultivas, observaciones generales, documentos particulares sobre los Estados miembros), que a su vez se comunican entre sí.

Se trata, así, de la apertura del derecho nacional a la práctica jurídica internacional. Más allá de la expresión bloque de constitucionalidad, que genera una sensación estática, estamos ante una transformación del derecho nacional que abre sus puertas a una práctica jurídica dinámica, generada, como dijimos, por una pluralidad de órganos y que producen documentos de enorme riqueza doctrinaria.

Porque dichos documentos no sólo se refieren a una situación jurídica particular (un caso) o un único sujeto (un determinado Estado) o a un derecho o una libertad fundamentales (libertad de expresión o derecho a la vivienda), sino que elaboran, de forma progresiva e interrelacionada, una visión sobre los derechos humanos. Así, por ejemplo, hay una profunda construcción jurídica sobre qué significa tener o ser titular de un derecho o sobre cuáles son las obligaciones correlativas de los Estados ante la existencia de los derechos. Es una visión general sobre la práctica jurídica, la significación global del derecho, los derechos humanos y la función del Estado y de las instituciones públicas.

Esto impacta en todo el derecho constitucional y, por ende, en la totalidad del ordenamiento jurídico nacional.

Por ejemplo, discusiones tradicionales sobre las características de los derechos o de las normas constitucionales hoy se encuentran superadas por la incidencia no de la letra de un tratado sino por la interpretación elaborada por los órganos internacionales de aplicación.

**2** Sin duda, esta recepción no es pacífica. Hay dos puntos donde se revela el conflicto.

Por un lado es posible una lectura minimalista de la incorporación de los tratados, que considera excesiva la interpretación de la Corte y para la cual no se produjeron mayores innovaciones en el ordenamiento jurídico nacional.

Subyacente a esa visión, aunque de forma no claramente explicitada, hay en germen allí una crítica a la propia reforma constitucional, que fue más allá de lo necesario.

En esa línea comulgan todos aquellos que deploran la supuesta inflación de derechos o la consagración de derechos supuestamente imposibles de ser cumplidos, circunstancia que conduce a la desvalorización del derecho.

Por otro, el derecho internacional tampoco es un ámbito exento de conflictos. Pues de forma paralela al desarrollo, luego de la segunda posguerra y como reacción ante la crueldad extrema a la que pudo llegar la civilización europea (exterminio de poblaciones civiles, campos de concentración, etc.), del derecho internacional de los derechos humanos, también se ha ido construyendo un derecho internacional de protección de las inversiones. Ambos procesos no son necesariamente convergentes. Así, por ejemplo, mientras en el ámbito de los derechos humanos, sobre la base de la igualdad y del principio de no discriminación, se contemplan situaciones desiguales de hecho para que alcancen la referida igualdad (niños, personas con padecimientos mentales, víctimas de la tortura o de las migraciones forzadas), el derecho de protección de inversiones le otorgan beneficios a sujetos que ya tienen una diferencia de poder a su favor. Sucede en nuestro ordenamiento que un inversor extranjero tiene privilegios procesales de los que carecen los sujetos nacionales.

**3** Esta apertura del ordenamiento nacional a la práctica internacional se produce a su vez en un momento de profundas transformaciones jurídicas. La principal es la llamada, de acuerdo a la expresión de Guastini, constitucionalización del derecho.

Se trata de una nueva etapa en la historia del constitucionalismo.

El rasgo fundamental de la constitucionalización del derecho consiste en la reelaboración de cada instituto jurídico a partir de su raíz constitucional. De esta forma, la responsabilidad, el presupuesto, el proceso o el delito son todas instituciones cuyo fundamento es constitucional.

De ahí la constitucionalización del derecho civil, penal, financiero o administrativo.

En este camino cada institución se encuentra de alguna manera entrelazada con el sistema de los derechos fundamentales, enriquecido con la práctica internacional.

**4** En este contexto se transforma la función de los jueces, máxime cuando estos, en un diseño institucional como el argentino, tienen a su cargo el control constitucional de manera difusa.

Los jueces son actores protagónicos del proceso de apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

No sólo porque realizan un control de convencionalidad como ingrediente del propio control de constitucionalidad sino porque, fundamentalmente, realizan de forma cotidiana una interpretación de la constitución al momento de resolver los casos que llegan a su conocimiento. Y en esa tarea de interpretación repiensen y moldean las instituciones y normas jurídicas.

Lejos de ser órganos de mera aplicación de la ley son actores que desarrollan la constitución.

Y esta tarea los involucra con todos sus valores y concepciones político-jurídicas.

Porque las cláusulas constitucionales son abiertas, susceptibles de ser entendidas de maneras plurales. Y ahí juega de manera fuerte la visión que cada uno ha elaborado o aceptado sobre el derecho.

**5** En tal coyuntura hoy es visible el debate entre dos maneras de entender la función judicial.

Por un lado hay una visión conservadora, que implica una autolimitación de la tarea judicial, donde el juez es un órgano que se reduce a aplicar un derecho preexistente.

Dicha visión se ve claramente en las restricciones a la legitimación (que pocos entren a un proceso), en la visión estrecha del concepto de caso (que pocos temas sean cognoscibles por el Poder Judicial), en el mantenimiento, aunque sea por vías indirectas, de las cuestiones no justiciables, en la visión formalista de los procesos y expedientes.

Por otro hay una visión que aún busca su denominación, para la cual el juez es un factor decisivo en el avance del derecho. Porque el derecho avanza a través de la expansión del ámbito de los derechos fundamentales. En ese camino hay una visión generosa de los conceptos de legitimación y caso, se abre el proceso a otras voces como los amigos de la corte y se facilita la deliberación a través de audiencias públicas. Aquí también se transforma el concepto de interpretación, en cuanto ésta es una práctica integradora del ordenamiento sobre la base de los principios y valores constitucionales.

**6** Este debate se ve hoy claramente en el ámbito de nuestra justicia porteña con relación a cómo los jueces actúan ante los casos que involucran derechos sociales.

Aquí deviene necesario una visión comprometida del Poder Judicial, que permita que tengan voz las personas que

no tienen voz en la sociedad, como consecuencias de los procesos históricos de exclusión social.

La situación de las personas que viven en la calle, la demanda de urbanización e integración social con acceso a los servicios públicos esenciales, la problemática de los desalojos son todas cuestiones que son tramitadas en nuestra Justicia y que revelan qué concepción del derecho tienen y ejercen los operadores judiciales.

En cada caso siempre es posible decir no a una demanda que reclama el simple respeto de la dignidad de las personas (tal el fundamento último del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional): no a la urbanización de un barrio que tiene más de treinta años de existencia en la ciudad; no a enjuiciar el incumplimiento de una ley que ordena una urbanización y que hace ya diez años que espera ser cumplida; no al otorgamiento de un subsidio a personas que viven en la calle, por la vía de clasificar los grados de pobreza, como si el hecho de vivir en la calle no fuese una razón suficiente, etc., etc.

En estas decisiones se ve cuál es la cultura jurídica que cada uno desea desarrollar.

**7** ■ Finalmente, aquello que se encuentra en debate en el ejercicio de la función judicial y más allá de nuestras argumentaciones más o menos sofisticadas sobre derechos, relación entre ordenamientos, instituciones y normas, es la capacidad humana de escuchar, receptar y dignificar la voz y la existencia del otro, de aquel a quien la sociedad excluye y al que considera un mero objeto de discursos o políticas.

Cuando todas las vías institucionales de un sistema olítico-jurídico son reacias a tratar a las personas con el respeto que merecen es responsabilidad de los jueces asegurar dicha dignidad.

Frente a las limitaciones y restricciones conservadoras (que conducen, claro, a la legitimación de las desigualdades e injusticias realmente existentes) los jueces tienen el poder de decidir sobre la base argumental que les aporta el derecho internacional de los derechos humanos y una visión renovadora y transformadora de los textos constitucionales. ■

# “ El derecho interamericano de los derechos humanos como derecho constitucional internacional ”

*Por Hernando Valencia Villa*

Abogado de la Universidad Javeriana, Maestro en Leyes y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale, ex Procurador de Derechos Humanos en Colombia, ex Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de DDHH, y Prof. de DDHH y Asuntos Globales en la Universidad de Syracuse en Madrid.



\*Este texto está basado en la conferencia intitulada "Los derechos humanos como factor de integración en el sistema interamericano", impartida por el autor en el Curso sobre el Rol de los Jueces en la Integración Jurídica (Universidad de Perugia, diciembre 9 de 2014).

De conformidad con la doctrina prevaeciente en la comunidad jurídica global, la protección de los derechos fundamentales de las personas y de los pueblos constituye hoy una responsabilidad prioritaria de los Estados nacionales y a la vez una responsabilidad subsidiaria o complementaria de los organismos internacionales de control y vigilancia de los derechos humanos, incluidos los tribunales penales internacionales. Una tal división del trabajo continúa vigente, pero en las últimas décadas se abre paso una nueva dinámica normativa que tiende a borrar la frontera entre el derecho público interno y el derecho público externo: la constitucionalización del derecho internacional. Esta novísima tendencia se advierte ya en dos ámbitos claves de renovación del llamado "derecho de la humanidad"<sup>1</sup>: [1] la justicia de transición o transicional, que es el campo de convergencia entre ordenamientos para la protección de los derechos de las víctimas de la barbarie y la impunidad en los procesos de transición de la dictadura a la democracia y/o de la guerra a la paz<sup>2</sup>; y [2] la justicia de convencionalidad, que es el campo de convergencia entre ordenamientos para la aplicación directa del derecho de gentes a la protección de los derechos de los ciudadanos tanto por parte de los tribunales continentales o regionales cuanto por parte de los tribunales nacionales, a imagen y semejanza de la justicia de constitucionalidad o justicia constitucional nacional.

En el segundo caso, la invocación y aplicación de las categorías normativas de "control de constitucionalidad", "bloqueo de constitucionalidad", "control de convencionalidad" y "bloqueo de convencionalidad" por parte de los dos órganos principales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica, implica una contribución de primer orden a la constitucionalización del derecho internacional americano o interamericano de los derechos humanos y, por tanto, a la mayor y mejor observancia de las libertades fundamentales de los ciudadanos y habitantes del

1. Ruti G. Teitel, *Humanity's law*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. x, 4, 167 y 211. Según la autora, el derecho de la humanidad está integrado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los conflictos armados y el derecho penal internacional.

2. Véase Hernando Valencia Villa, "Introducción a la justicia transicional", *Claves de Razón Práctica*, No. 180, Madrid, marzo de 2008; Kathryn Sikkink, *The justice cascade: How human rights prosecutions are changing world politics*, W. W. Norton, New York, 2011; Ruti G. Teitel, *Globalizing transitional justice: Contemporary essays*, Oxford University Press, New York, 2014; y Renée Jeffery, *Amnesties, accountability and human rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014.

hemisferio occidental. Las páginas siguientes constituyen una breve glosa sobre las categorías mencionadas y su relevancia para la defensa de las garantías democráticas en las Américas.

## El constitucionalismo desde arriba

En una obra colectiva reciente, que recoge el estado del arte en materia de teoría constitucional contemporánea en perspectiva comparada, a propósito de la cuestión del locus del poder constituyente, varios profesores europeos destacan dos grandes procesos que desafían hoy a los Estados nacionales: la descentralización y la globalización, y hablan del "constitucionalismo desde abajo", tal como se advierte en las entidades subestatales o intraestatales (estados federados, comunidades autónomas, departamentos, provincias o regiones), y del "constitucionalismo desde arriba", según se observa en las organizaciones interestatales o supranacionales<sup>3</sup>. Estos dos movimientos aparentemente contradictorios conciernen a la administración del territorio en el cual el Estado ejerce su soberanía y en especial a las relaciones con los espacios situados por debajo y por encima o dentro y fuera del Estado mismo.

En el espacio global, que corresponde a la esfera exterior de los Estados, se habla de "derecho constitucional internacional" y "derecho constitucional de la comunidad internacional" para referirse al estudio comparativo de las "constituciones" de las organizaciones intergubernamentales. El derecho de las organizaciones internacionales es derecho constitucional no sólo porque codifica las reglas de gobierno de instituciones y sociedades, sino también porque es susceptible de crecimiento orgánico. En tal sentido, desde la creación de las Naciones Unidas ha habido un amplio empleo de las categorías y los conceptos del derecho constitucional para explicar y criticar la estructura y las funciones normativas de las organizaciones, los procedimientos y las relaciones internacionales. La Comisión de Derecho Internacional, el principal órgano asesor del sistema de la ONU para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, se refiere a la noción de constitución cuando alude a la capacidad legal de una organización intergubernamental que va mucho más allá de los términos de su tratado constitutivo. Y la Corte Internacional de Justicia ha invocado los conceptos de "constitución" y "constitucional"

para interpretar la Carta de las Naciones Unidas<sup>4</sup>.

Más aún, las cuatro principales escuelas de derecho internacional del siglo XX (la escuela de Viena fundada por Alfred Verdross; la escuela alemana de la comunidad internacional orientada por Hermann Mosler y Christian Tomuschat; la escuela de New Haven o de la política pública de Myres McDougall y Michael Riesman; y la escuela de los derechos humanos de Ernst-Ulrich Petersmann, Antonio Cassese, Juan Antonio Carrillo Salcedo, Geoffrey Robertson y Christine Bell) han realizado grandes aportes para la formulación de un discurso constitucional sobre el derecho internacional<sup>5</sup>. La existencia y la aplicación de cuatro cartas internacionales de derechos humanos, una mundial y tres continentales o regionales (de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa, de la Organización de Estados Americanos y de la Unión Africana, respectivamente), implican la mejor confirmación de la naturaleza constitucional del orden jurídico internacional. Pues desde la Ilustración uno de los dos objetivos básicos del derecho constitucional ha sido codificar y proteger las libertades fundamentales; el otro ha sido establecer y regular el poder del Estado. Y las legislaciones internacionales especiales dedicadas a la regulación de las hostilidades y las armas de guerra, la protección de las víctimas de los conflictos armados, la asistencia a los refugiados y apátridas, la persecución de los crímenes internacionales graves, y la protección de las minorías y poblaciones vulnerables, son otras tantas ramas del derecho internacional en tanto derecho constitucional.

Desde una perspectiva diferente pero complementaria, el jurista español Juan Antonio Carrillo Salcedo sostiene que los dos principios constitucionales del derecho internacional público contemporáneo son la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos<sup>6</sup>. Esto significa, entre otras cosas, que la obligación de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales se funda no sólo en los convenios y protocolos acordados por los Estados sino también en las normas y costumbres de derecho internacional general o *jus cogens*; y que el segundo principio es el único por el cual la soberanía estatal puede y debe ser limitada de manera legítima por la comunidad internacional a través de sus órganos y procedimientos propios<sup>7</sup>. Y dicho deber implica responsabilidad jurídica internacional porque los Estados están obligados a rendir cuentas ante los órganos de los tratados en la medida en que sus acciones y omisiones causen violaciones de los derechos humanos o infracciones del derecho humanitario. Se ha dicho además

3. Véase Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism: Constituent power and constitutional form*, Oxford University Press, New York, 2007 y en especial Paolo Carrozza, "Constitutionalism's post-modern opening", pp. 169-187; Stephen Tierney, "We the peoples: Constituent power and constitutionalism in plurinational states", pp. 229-245; y Bardo Fassbender, "We the peoples of the United Nations: Constituent power and constitutional form in international law", pp. 269-290.

4. Bardo Fassbender, *idem*, p. 271.

5. *Ibidem*, pp. 272-273.

6. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 15, 19, 21, 29 y 115. Véase también su *Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal de Derechos humanos cincuenta años después*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 20, 42, 45 y 143.

7. *Idem*, pp. 102 y 113.

que los órganos de los tratados tienen soberanía interpretativa sobre los instrumentos de derechos humanos que vigilan y que los "comentarios generales" que hacen sobre tales textos son comparables a las sentencias de los tribunales constitucionales<sup>8</sup>.

El constitucionalismo desde arriba también se observa en la estructura y las funciones de las organizaciones intergubernamentales como la Unión Europea, que ha sido descrita como "*un cuerpo secundario tanto en términos legales (como una criatura de los Estados y del derecho de gentes) cuanto en términos político-culturales (como una comunidad política parasitaria, compuesta de personas cuya identidad política primaria sigue siendo la de ciudadanos de los Estados miembros)*"<sup>9</sup>. Esta y las otras principales entidades regionales o continentales del mundo contemporáneo, como el Consejo de Europa, la Unión Africana, la Liga Árabe y la Organización de Estados Americanos, encarnan la idea clave según la cual la constitucionalización del derecho internacional puede ser un remedio para la fragmentación de este último y al mismo tiempo un complemento del proyecto cosmopolítico. Y sin embargo, "*la comunidad internacional puede haber avanzado hacia su constitucionalización mucho más rápido de lo que han percibido la doctrina del derecho internacional y la sabiduría convencional de los gobiernos. El derecho internacional general bien puede estar defendiendo un mundo que ya no existe*"<sup>10</sup>.

## El sistema interamericano

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que forma parte de la Organización de Estados Americanos, representa hoy un ejemplo muy relevante del proceso de constitucionalización del derecho internacional por cuanto la doctrina de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte avanzan de manera cada vez más explícita hacia la invocación y aplicación de categorías constitucionales para la defensa de las garantías democráticas de los ciudadanos de las Américas. En el derecho público interno, la preservación de la supremacía y la integridad de la constitución como norma fundamental es uno de los medios principales de que dispone el llamado "Estado de derecho" para asegurar las libertades fundamentales de los ciudadanos y habitantes del territorio. Este objetivo estratégico se cumple mediante dos funciones distintas pero complementarias: la confrontación entre la norma fundamental y las demás leyes, que se realiza a través del "control

de constitucionalidad" o juicio de constitucionalidad y que suele atribuirse a un tribunal supremo o a una corte constitucional; y la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos, que se considera integrado en la propia constitución al punto de formar con ella un solo conjunto normativo, el llamado "bloque de constitucionalidad", que suele confiarse a todos los jueces y que viene a reforzar de manera decisiva la protección de los derechos de los asociados<sup>11</sup>. En el derecho público externo, se produce una dinámica similar, al menos en cuanto concierne a la defensa de las garantías de los individuos: los órganos de los tratados tienden a juzgar la adecuación de las legislaciones nacionales a la norma fundamental del sistema mediante un cierto "control de convencionalidad"; e invocan y aplican en forma directa los instrumentos del sistema para fortalecer la protección doméstica de las libertades fundamentales bajo el supuesto de que aquellos textos forman un "bloque de convencionalidad" con el derecho público interno de cada Estado miembro del sistema. Así empieza a ocurrir en el sistema interamericano, con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 como norma fundamental o constitución interamericana, y con los tribunales y jueces nacionales como aliados esenciales de la Comisión y de la Corte en la defensa de la supremacía y de la integridad de la norma fundamental interamericana para la protección de los derechos de los ciudadanos del hemisferio. Las recientes sentencias en casos como *Almonacid* (2006), *Xánok Kásek* (2010) y *Masacres del Río y Gudiel Álvarez* (2012) recogen la jurisprudencia de la Corte Interamericana en esta perspectiva de derecho constitucional internacional y confirman, más allá de toda duda razonable, que la convergencia entre ordenamientos encierra la clave del futuro desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de la humanidad en general.

Pero el sistema interamericano, como todas las obras humanas, es un cuadro de luces y de sombras. En términos generales, el continente americano cuenta con uno de los sistemas de integración política y cooperación regional más antiguos del mundo, dentro del cual opera a su vez uno de los regímenes de protección de los derechos humanos más avanzados del planeta. Y sin embargo, los países del hemisferio parecen conformarse con una diplomacia bilateral cada vez más inoperante frente a los desafíos de la hegemonía estadounidense y la globalización capitalista, y no se deciden a apostar en serio por la defensa normativa de las libertades fundamentales de sus ciudadanos mediante instituciones multilaterales fuertes, independientes y justas. En tal sentido, la ventaja excepcional de compartir una historia, una lengua y una cultura comunes continúa desaprovechada por los Estados iberoamericanos, como se advierte en la proverbial debilidad de la OEA y en la precaria

8. Christoph Menke y Arnd Pollmann, *Filosofía de los derechos humanos*, Herder, Barcelona, 2010, p. 222.

9. Neil Walker, "Post-constituent constitutionalism? The case of the European Union", en Loughlin & Walker, *op. cit.*, p. 259.

10. Bardo Fassbender, *loc. cit.*, pp. 275, 276 y 280.

11. Hernando Valencia Villa, *Diccionario de derechos humanos*, Espasa Calpe, Madrid, 2003, p. 80.

observancia de las obligaciones de los Estados miembros en materia de derechos humanos.

Al revisar de cerca la gestión de la Comisión y de la Corte, en efecto, puede comprobarse que si bien en los últimos quince o veinte años se ha hecho un esfuerzo notable por impartir justicia internacional frente a los miles de querellas por violaciones de las libertades fundamentales que comprometen la responsabilidad de los Estados y gobiernos de la región, todavía se reciben con recelo y se cumplen a medias o a regañadientes las decisiones de los mencionados órganos de control y vigilancia, no se destinan nuevos recursos para fortalecerlos y modernizarlos, e incluso se conspira para debilitarlos o suprimirlos. Peor aún, sin perder de vista que los crímenes impunes de las dictaduras y guerras civiles latinoamericanas del siglo pasado constituyen la parte del león en el sistema de casos individuales a cargo de la Comisión y de la Corte, conviene subrayar el crecimiento exponencial de las denuncias por denegación de justicia e irrespeto de las garantías procesales, lo cual significa que, junto al autoritarismo y a la barbarie que no dan tregua, la crisis de las justicias nacionales tiende a ser la causa principal de las violaciones de los derechos humanos en el hemisferio.

Es bien sabido que en años recientes se ha promovido de manera sibilina una reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos que consistiría en un nuevo arreglo institucional calcado sobre el Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que implicaría la supresión de la Comisión y a la vez la concentración en la Corte de todas las funciones de control y vigilancia de las libertades de los americanos. En apariencia, esta iniciativa corresponde a la más reciente y sofisticada tecnología de protección jurídica internacional de los derechos humanos, que alcanza hoy su máxima expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. En realidad, lo que en Europa ha sido y es un avance por cuanto traduce una apuesta por el derecho de gentes en una perspectiva decididamente democrática, en las Américas puede ser un retroceso ya que la propuesta de enmienda procede de gobiernos poco o nada comprometidos con la democracia de los derechos en el hemisferio, como los regímenes nacional-populistas de Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, y no pretende incrementar el acatamiento de la legalidad internacional por parte de los Estados americanos. Esta crítica no ignora que el futuro de la protección internacional de los derechos humanos está en manos de órganos de naturaleza judicial, como lo demuestra no sólo la adopción del Protocolo 11 de la Convención Europea sino también y sobre todo la creación y puesta en marcha de la Corte Penal Internacional de carácter permanente, pero aconseja tomar cum grano salis iniciativas reformistas tan deleznable como las que circulan hoy en el sistema interamericano<sup>12</sup>.

12. Véase Felipe González Morales, *Sistema interamericano de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 y en especial el capi-

## La cuestión de las amnistías

Esta temática insurgente del derecho interamericano de los derechos humanos como derecho constitucional internacional puede ser ilustrada con un ejemplo de gran actualidad y de enorme trascendencia para la región hispanoamericana: la cuestión de las amnistías generales en los procesos de transición de la dictadura a la democracia y/o de la guerra a la paz. La centralidad de esta cuestión obedece a tres razones fundamentales: [1] la estrategia de la impunidad legal constituye la negación misma de la justicia judicial<sup>13</sup>; [2] dramatiza como ninguna otra la aparente incompatibilidad entre la justicia y la paz en países como Colombia, cuyo gobierno actual trata de negociar la terminación del conflicto armado interno con la guerrilla no derrotada de las FARC14; y [3] representa lo más avanzado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En los últimos veinte años, la valoración de las amnistías por el derecho de gentes ha cambiado de manera radical y hoy se las considera como medidas nacionales de impunidad y lenidad en flagrante contradicción con las obligaciones de los Estados en materia de persecución judicial de los crímenes graves contra la legalidad internacional, tutela judicial efectiva y derechos de las víctimas. Este giro copernicano de la comunidad mundial frente a los llamados "subrogados" o beneficios penales es el resultado de tres factores: [1] la nueva doctrina de Naciones Unidas sobre lucha contra la impunidad, que surge de los debates acerca de las auto-amnistías de las dictaduras militares latinoamericanas que tuvieron lugar en las tres últimas décadas del siglo pasado en la antigua Comisión de Derechos Humanos en Ginebra y que se convirtieron en la Resolución 60/147 de 2005 por la cual la Asamblea General codificó por vez primera los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario; [2] el período de apertura y progreso en el escenario global que siguió al fin de la guerra fría, entre 1989 y 2001, y que se tradujo en la creación de los tribunales penales internacionales del Consejo de Seguridad para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, y sobre todo en la erección de la Corte Penal Internacional de carácter permanente; y [3] las dos generaciones de procesos de justicia transicional en más de una treintena de países de cinco continentes, que han convertido a las víctimas de

tulo II, "Debates y propuestas de reformas al sistema interamericano de derechos humanos durante los procesos de democratización", pp. 61-88.

13. Hernando Valencia Villa, "La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional", en Santiago Ripoll Carulla y Carlos Villán Durán (eds.), *La justicia de transición: El caso de España*, Instituto Catalán Internacional para la Paz, Barcelona, 2012.

14. Hernando Valencia Villa, "La cuadratura del círculo: Una evaluación temprana del proceso de paz en Colombia", en Manuela Mesa (coord.), *El reto de la democracia en un mundo en cambio: Respuestas políticas y sociales*, Centro de Educación e Investigación para la Paz, Madrid, 2013.

las dictaduras y las guerras en protagonistas de la historia contemporánea, y a la justicia judicial en el corazón de la paz política y social.

La supuesta incompatibilidad entre la justicia y la paz en los procesos de transición ha sido uno de los argumentos más socorridos de los sectores "pacifistas" o "reconciliacionistas" a ultranza, que suelen incluso amenazar en tono profético con la recaída en la opresión o en la violencia si se ignora su clamor en favor de la impunidad legal tras el fin de la crisis política. Pero como ha demostrado la politóloga estadounidense Kathryn Sikkink en su ya clásico estudio *The justice cascade* (2011), dicha incompatibilidad se ve crecientemente desmentida por la práctica: "*Parece que casi todas las políticas de justicia transicional son complementarias y no mutuamente excluyentes... Los países y las víctimas no tienen que escoger entre perdonar o castigar... No disponemos todavía de pruebas claras de que los gobiernos tengan que escoger entre paz y justicia... Aquellos que alegan que la justicia y la paz son mutuamente excluyentes sustentan sus posiciones en argumentos contrafácticos que son refutados por otros argumentos contrafácticos al menos igualmente persuasivos*"<sup>15</sup>. La justicia transicional como tal surgió para combatir la impunidad, y de este combate obtiene toda su legitimidad, por lo cual el objetivo prioritario de un proceso transicional digno de su nombre no puede ser otro que el establecimiento o restablecimiento de la democracia y/o de la paz con fundamento en la justicia judicial. En tratándose de justicia judicial, la impunidad es el mal mayor. "*La impunidad representa el triunfo de la mentira, del silencio y del olvido. Ella viola y envenena la memoria de los individuos y de las comunidades*"<sup>16</sup>.

Ahora bien, si la proscripción de amnistías e indultos es ya una costumbre jurídica internacional de carácter vinculante para todos los Estados miembros de la comunidad de los pueblos civilizados, ello se debe en último análisis a la jurisprudencia innovadora del tribunal del sistema interamericano de derechos humanos. Con base en sendos informes de la Comisión Interamericana en 1990, según los cuales las leyes de amnistía de Argentina y Chile son contrarias a la Convención Americana y por tanto inválidas e inaplicables, la Corte Interamericana sostiene en su sentencia del caso Barrios Altos contra Perú en 2001 que "*todas las disposiciones de amnistía o prescripción y las medidas orientadas a eliminar la responsabilidad son inadmisibles porque pretenden evitar la investigación y el castigo de los responsables de serias violaciones de los derechos humanos*". La doctrina se reitera, entre otras, en las decisiones sobre los casos Moiwana contra Surinam en 2005, Almonacid

contra Chile en 2006 y Guerrilla de Araguaia contra Brasil en 2010. En este último, el tribunal continental afirma: "*La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 [garantías procesales] y 25 [recurso judicial efectivo] en relación con los artículos 1.1 [obligación de respetar los derechos convencionales] y 2 [deber de adoptar disposiciones de derecho interno] de la Convención*"<sup>17</sup>.

## El protagonismo de la justicia judicial

La jurisprudencia interamericana demuestra entonces que puede hablarse ya, con todas sus letras, del surgimiento y la consolidación de una norma consuetudinaria general contra la amnesia legal en materia penal en el espacio global<sup>18</sup>. Y como es bien sabido, la costumbre internacional, fundamento del *jus cogens* o derecho internacional general de carácter obligatorio, surge de la convergencia entre la práctica de los Estados [*usus*] y la opinión de la comunidad jurídica [*opinio juris sive necessitatis*]<sup>19</sup>, que es precisamente lo que viene ocurriendo de manera creciente con el rechazo frontal de las amnistías desde hace más de veinte años. Con su decisiva contribución en esta materia crucial, el tribunal de San José pone en evidencia las legislaciones nacionales favorables a la impunidad, que bien podrían calificarse de "impunitivistas", por ser contrarias a la Convención Americana, y recuerda a los Estados de las Américas sus obligaciones internacionales prioritarias e inexcusables en el campo de los derechos humanos de sus ciudadanos.

A comienzos de la última década del siglo XX, el jurista italiano Norberto Bobbio decía que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es "la constitución de la humanidad"<sup>20</sup>. Con idéntica lógica, hoy podría decirse que la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 es la constitución de la comunidad panamericana no sólo porque la lectura que de ella hace la Corte de San José se encuadra cada vez más en el horizonte de constitucionalización del derecho de gentes sino también y sobre todo porque objetivamente se trata del instrumento constitucional del sistema interamericano, es decir, de la norma fundamental del ordenamiento continental por cuanto contiene el estatuto de derechos y libertades de los ciudadanos del

15. Kathryn Sikkink, *op. cit.*, pp. 227 y 228.

16. Geneviève Jacques, *Beyond impunity: An ecumenical approach to truth, justice and reconciliation*, Conseil Ecuménique des Églises, Genève, 2000.

17. Felipe González Morales, *op. cit.*, pp. 276-290.

18. Mark Freeman, *Necessary evils: Amnesties and the search for justice*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 54.

19. *Idem*, pp. 33 y 47; y Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary international humanitarian law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. xxxi-xlv.

20. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

Norte, del Centro, del Caribe y del Sur de las Américas.

Aun cuando no puede hablarse en estricto derecho de un gobierno mundial, ni de un gobierno interamericano o panamericano, y en tal sentido el uso de categorías constitucionales tradicionales para aludir a la arquitectura institucional de los organismos internacionales de control y vigilancia en materia de derechos humanos tiene un cierto carácter metafórico, la otra gran tarea del constitucionalismo democrático contemporáneo, que es la garantía de las libertades fundamentales, sí puede atribuirse con todo rigor conceptual y terminológico a los entes supranacionales especializados como los del sistema interamericano. Por ello, resulta pertinente y relevante subrayar el potencial de protección de la dignidad humana que representa el proceso de constitucionalización del derecho internacional americano o interamericano de los derechos humanos mediante el empleo creativo del control de convencionalidad y del bloque de convencionalidad. Pero ambos instrumentos exigen la participación activa de los jueces nacionales. El jurista chileno Felipe González Morales recoge esta preocupación en los siguientes términos: "*Mediante distintas fórmulas, unas más explícitas que otras, muchas constituciones latinoamericanas reconocen actualmente un status más elevado a los estándares internacionales de derechos humanos que a los demás parámetros internacionales. Sin embargo, sin jueces que adopten una actitud proactiva frente a tales reformas, éstas, como ha sido la regla histórica en América Latina, quedarán en el papel*"<sup>21</sup>. La Comisión y sobre todo la Corte, con su jurisprudencia de vanguardia ampliamente reconocida en todo el mundo, han abierto un nuevo horizonte para la protección renovada de las libertades ciudadanas en el hemisferio mediante la armonización entre las normas interamericanas y las leyes nacionales. Corresponde entonces a los tribunales y jueces de los Estados miembros del sistema hacer efectivas en los casos concretos de la vida cotidiana las promesas de dignidad, justicia y libertad que están contenidas en el derecho constitucional interamericano<sup>22</sup>. ■

---

21. Felipe González Morales, *op. cit.*, p. 307.

22. La justicia judicial es la garantía ética del poder político. Se trata de una corrección moral de la gestión pública y de la acción social, basada en la interpretación ilustrada de la ley, que no es democrática en su origen y en su ejercicio, pero sin la cual no es posible ni deseable la democracia constitucional. Y ésta, como régimen de sociedad abierta con mayorías y minorías trabadas por libertades y justicias, resulta del equilibrio inestable pero productivo entre la soberanía del pueblo y la soberanía de la justicia o soberanía de la soberanía.

# “ El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos como factor de integración en Europa ”

Por Susana Sanz Caballero

Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario  
Universidad CEU-Cardenal Herrera, Valencia



## Introducción

Ya no es cierto que el Derecho Internacional sólo regule las relaciones entre Estados soberanos, que sólo éstos tengan derechos y obligaciones en este ordenamiento y que por tanto sean el único sujeto de Derecho Internacional, como decía Anzilotti en 1935<sup>1</sup>. La complejidad de la sociedad internacional es cada vez mayor y se ha reconocido la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales como entidades con vocación de permanencia, de carácter universal o regional, en las que los Estados cooperan.

Además, desde el final de la Segunda Guerra Mundial se ha ido aceptando que, aunque los seres humanos no son sujetos consagrados del Derecho Internacional, sí tienen ciertos derechos y obligaciones en el marco de este ordenamiento jurídico. La principal razón de este cambio de mentalidad se debió al Holocausto. Millones de personas fueron desplazadas, esclavizadas y exterminadas con la excusa de que en el derecho alemán de la época esos comportamientos no estaban penados y que cada Estado podía hacer lo que quisiera con sus propios nacionales (algunos, incluso, con los de otros). Esas atrocidades hicieron comprender a los Estados que debían dotarse de normas internacionales que estuvieran por encima de las leyes nacionales y que aseguraran los derechos humanos básicos de la persona. De este modo, los derechos humanos pasaron a ser un interés y una preocupación internacional<sup>2</sup>.

Uno de los hitos del comienzo de la protección de los derechos humanos fue la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Aunque surgió como resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, muchos tratados internacionales de derechos humanos han sido concluidos posteriormente sobre su base. Hoy día la Declaración tiene cierto grado de oponibilidad porque parte de su contenido se ha convertido en norma consuetudinaria.

El primero de los tratados que siguió a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue un convenio regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, que fue redactado en el seno del Consejo de Europa. De la simple lectura del preámbulo del CEDH se desprende que la voluntad de los Estados miembros de la organización en cuyo seno se hizo este convenio era crear, poco después de la Declaración, un sistema regional de protección de los derechos humanos. En el CEDH no sólo se reconocen derechos, como ocurre con la Declaración Universal, sino que también se crea un sistema de garantía colectiva y de efectividad real de ciertos derechos. El objetivo que se quería conseguir era la integración europea a través de la garantía de unos mismos derechos para todos.

1. Anzilotti, D.: *Corso di Diritto Internazionale*, 1935, CEDAM, Roma, *passim*.

2. Cohen-Jonathan, G. y Flauss, J.-F.: *Droit International, droits de l'homme et juridictions internationales*, 2004, Bruylant, Bruselas.

Pero el mecanismo de protección de los derechos humanos creado en el seno del Consejo de Europa no es el único disponible en continente europeo. Hoy en territorio europeo se superponen parcialmente varios mecanismos de protección vinculados a otras organizaciones internacionales como la UE, la OSCE y la CEI, lo cual nos demuestra la importancia que se otorga a la garantía del respeto de los derechos humanos en Europa. De entre todos estos otros sistemas, destaca singularmente el sistema de protección que ha surgido, de manera un poco utilitarista, en la UE.

## El contexto histórico de creación del Consejo de Europa

Para entender por qué tras la Segunda Guerra Mundial Europa se convierte en uno de los escenarios principales en el proceso de internacionalización de los derechos humanos hay que recordar las condiciones que vivía el continente europeo en aquel tiempo. Europa había sido el principal escenario de las batallas, estaba destruida y desolada. La sociedad europea hace examen de conciencia, entona el mea culpa (*plus jamais, never again*) y saca dos consecuencias de cara al futuro: 1) la necesidad de que los Estados europeos cooperen en el seno de instituciones internacionales, a fin de -a través del conocimiento mutuo- evitar nuevos eventuales enfrentamientos. 2. La necesidad de garantizar a toda costa unos valores comunes, estableciendo un sistema de protección de los derechos humanos como antídoto frente a futuras violaciones de los derechos de la persona.

El final de la Segunda Guerra Mundial es el período más proclive que ha existido a la creación de todo tipo de instituciones, asociaciones y organizaciones internacionales de corte europeo. Se piensa en contener la soberanía tradicional de los Estados, en dar protagonismo a la cooperación institucionalizada. Los países occidentales habían experimentado las funestas consecuencias de la implantación de regímenes dictatoriales en Italia y Alemania. De ahí la necesidad de instaurar una cooperación que impidiese la instalación de nuevas dictaduras.

Pero el Consejo de Europa, igual que las CCEE/UE, también debe su creación a las tensiones de la Guerra Fría y no sólo al recuerdo de la Segunda Guerra Mundial. La URSS había sido aliada durante Segunda Guerra Mundial pero pronto se ven sus afanes expansionistas. Poco a poco se va haciendo con el control de los Estados de Europa del Este con invasiones, colocación de gobiernos afines y aplastamiento de movimientos libertarios. La Europa occidental creó instituciones internacionales también como modo de protección frente al peligro expansionista soviético. El Consejo de Europa y luego las CCEE fueron desde un principio organizaciones que promovieron los ideales liberales, como el estado de derecho, la democracia o las libertades individuales de la persona. Por eso Paul-Henri Spaak, político belga y uno de los padres de la Europa unida, dijo que Stalin era quien más había hecho por la idea de una Europa occidental unida. El temor al expansionismo habría unido a los Estados de la Europa occidental.

## El Congreso de la Haya de 1948

En este período de efervescencia europeísta, una de las iniciativas que más consecuencias trajo para el futuro de Europa fue la convocatoria en 1948 de una conferencia a la que acudieron casi 800 personalidades europeas, muy diferentes entre sí (había políticos, sacerdotes, profesores, sindicalistas, empresarios...) pero que tenían en común su convencimiento de que había que crear algún tipo de organización europea en la que todos los Estados de los que ellos provenían (19 en total) participaran. Esta conferencia fue denominada el Congreso de La Haya del Movimiento Europeo. En común tenían la bandera de los principios liberal-democráticos en una época en la que se empezaba a percibir la atmósfera de Guerra Fría y la extensión del comunismo. Sin embargo, en el seno del Congreso de La Haya pronto se manifestaron dos tendencias. Una, la liderada por los británicos, consideraba que había que crear una organización internacional de cooperación intergubernamental, una estructura de colaboración estatal que no afectase a la soberanía de los Estados europeos. Y otra tendencia federalista, que reflejaba otra forma de entender Europa, según la cual habría que crear una entidad supranacional en la que los Estados cediesen soberanía. Las dos tendencias expuestas en el Congreso de La Haya tuvieron éxito puesto que al año siguiente de dicha reunión se creó el Consejo de Europa (con lo que parece que en un principio triunfaron las ideas menos federalistas) pero en 1951 surgió la primera Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, demostrando que las ideas federalistas tampoco habían sido abandonadas.

En el Congreso de La Haya se redactó el célebre "Mensaje a los europeos", una suerte de resolución final del congreso, en el que se dan dos indicaciones: 1. la necesidad de redactar una carta de derechos humanos y 2, el establecimiento de un tribunal que vele por su cumplimiento.

## El Consejo de Europa y las CCEE, dos fórmulas diferentes para promover la integración europea

El Conde Coudenhove-Kalergi, austriaco del período de entreguerras que creó la asociación Panauropa, dijo que una Europa dividida lleva la guerra y la opresión, mientras que una Europa unida lleva a la paz y la democracia. El Consejo de Europa y la UE son producto de unas mismas ideas y unas mismas ambiciones. Los tratados constitutivos del Consejo de Europa (el Estatuto de Londres de 1949) y los de las CCEE/UE (el Tratado de París de 1951 y los de Roma de 1957, más el Tratado de Maastricht de 1992 creador de la UE) expresan la intención de crear una "unión más estrecha" entre sus respectivos Estados miembros, esto es, el objetivo de ambas es la integración europea. Sin embargo, su filosofía para alcanzar este objetivo difiere. Un dato importante consiste en que todos los Estados miembros de la UE lo son a su vez del Consejo de Europa de modo que las actividades del Consejo de Europa pueden afectar a todos los Estados de la UE.

## La integración a través de los derechos humanos: el Estatuto de Londres de 1949

En Europa, el Consejo de Europa es la organización humanista por autonomasia. La creación de la misma está en íntima relación con la defensa de los valores de la democracia, el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos. Representa la Europa de la "seguridad democrática". Todo Estado que desee ser miembro del Consejo de Europa debe adherirse a los valores que se expresan en el artículo 3 del Estatuto: ser Estados de derecho y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales. Es su imperativo ideológico. Por eso tradicionalmente se le conoce como el club de las democracias. El artículo 3 no habla de democracia pero, parece que será difícil proteger los derechos humanos si no hay un Estado de Derecho, elecciones libres, separación de poderes, jueces imparciales, reserva de ley y garantía del principio de legalidad, es decir, todo lo que defiende la democracia, que va ligado a la defensa de los derechos humanos. Por eso, el Consejo de Europa ha sido el instrumento más importante de democratización del continente.

Desde los 10 Estados miembros iniciales del Consejo de Europa, se ha pasado a 47. Es una Gran Europa, formada por 800 millones de personas. En 1989 parecía que no podría crecer más. Sus miembros eran 22 tras la entrada de Finlandia. Nadie tenía una bola de cristal para saber que caería el muro de Berlín y que los Estados -otrora enemigos- del telón de acero pedirían su admisión en el Consejo de Europa como primer paso para reconciliarse con el resto de Europa y demostrar su adhesión a los valores democráticos.

El Estatuto del Consejo de Europa, concluido en 1949 en Londres, lo deja bien claro: para ser miembro de la organización hay que ser un Estado de Derecho y respetar los derechos humanos. Y también esto se deja ver en los artículos 8 a 11 del CEDH, esto es, en el seno del primer tratado de esta Organización. Dichas disposiciones establecen la cláusula de las medidas que son necesarias en una sociedad democrática, lo cual nos abre la vía a la aplicación del principio de proporcionalidad, esto es, las medidas de limitación de derechos que son necesarias y proporcionales en democracia.

En los noventa, todos los Estados del otro lado del telón de acero tuvieron que hacer grandes cambios legislativos y estructurales a fin de poder ser admitidos como miembros de la Organización. Previamente algo parecido tuvieron que hacer los países de la Europa del Sur, tras sus dictaduras militares. Y la falta de libertades y la ausencia de democracia están en la base de la no admisión de Bielorrusia.

El artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa deja abierta la puerta a que la organización pueda suspender de derechos e incluso, como ultima ratio, expulsar al Estado que, siendo ya miembro, deje de cumplir los compromisos que adquiere en relación con el artículo 3. Lo primero sí se ha hecho, lo segundo no. Se ha suspendido de derechos a

Turquía (1981), Malta (1982), Chipre (1986) y Rusia por la guerra en Chechenia (2000) aunque no del modo previsto en el Estatuto. Habrá que considerar si tras la anexión de la península de Crimea, Rusia debería ser suspendida de nuevo de sus derechos en el seno de la organización. Por su parte, el artículo 58.3 del CEDH establece que si un Estado decide retirarse del Consejo de Europa dejará de ser parte del CEDH porque demostrará su falta de compromiso con el imperativo ideológico de la Organización. Esto es algo también a tener en cuenta a la vista de la reciente amenaza británica de denunciar el CEDH.

Esta es la fórmula de integración europea que promueve el Consejo de Europa desde 1949: la integración a través de los derechos humanos.

## La protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa

El Estatuto de Consejo de Europa prevé en su artículo 1 una organización con fines cuasi-generales, en la que sus Estados miembros colaborarán en diversidad de materias. Pero lo cierto es que la tarea por la que es más conocido es la de la protección de los derechos humanos. Si la Organización es de 1949, al año siguiente, en 1950, ya había auspiciado el convenio más emblemático que existe en Europa, y casi en el mundo, de protección de los derechos humanos, un dispositivo sin equivalentes, uno de los pilares de nuestra sociedad democrática, un convenio cuya ratificación se convierte hoy día en condición sine qua non para el Estado que quiera ser miembro del Consejo de Europa. El Estado candidato no sólo debe ratificar el Estatuto del Consejo de Europa para ser miembro, sino que también debe ratificar el CEDH. Con ello los Estados aceptan una suerte de intervención del Consejo de Europa a este respecto por parte de la Organización desde el momento de su adhesión. El "producto" más conocido e importante del Consejo de Europa en materia de derechos fundamentales es sin duda el CEDH. Pero conviene tener en cuenta que la labor del Consejo de Europa en materia de derechos humanos no se agota con este tratado. En 1961 se concluyó la Carta Social Europea y, a día de hoy, el número de tratados auspiciados por la Organización en materia de derechos humanos asciende a 35.

## El CEDH

El CEDH se hizo para proteger a nivel europeo un mínimo de derechos que no eran nuevos sino que ya se reconocían en el derecho interno de los Estados creadores del Consejo de Europa y en la propia Declaración Universal. Lo que se quería era, aparte de declarar una serie de derechos (en concreto, de carácter civil y político, esto es, libertades individuales) crear un mecanismo internacional de control efectivo de los mismos. El CEDH fue adoptado en Roma en 1950 y entró en vigor en 1953.

Desde sus inicios hasta la actualidad, el CEDH ha pasado por diversas situaciones. Lo más destacable del momento

actual es el crecimiento exponencial del número de demandas presentadas ante el órgano de aplicación del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y el consecuente incremento del número de sentencias emitidas por éste. En la década actual, el sistema ha estado a punto de morir de éxito con casi 120000 demandas que esperaban ser admitidas en enero de 2010 ante el TEDH, un sistema que no da a basto y una situación de impasse que, aunque ya se ha solucionado parcialmente, ha provocado un cuello de botella en el trabajo del TEDH. La más reciente situación de impasse fue producida por Rusia, que durante años decidió no ratificar el Protocolo 14 al CEDH de 2004. Este Protocolo era una medida ideada para sacar al TEDH del colapso al que se ve sometido pero requería de la ratificación de todos los Estados parte del CEDH para entrar en vigor. El boicot de uno bloqueaba a todos. En mayo de 2009 se optó por crear un nuevo Protocolo, el Protocolo 14 bis. La misión de este protocolo “bis” era paliar en la medida de lo posible los efectos adversos de la no entrada en vigor del Protocolo 14 e infundir mayor rapidez y eficacia al sistema del CEDH en tanto entraba en vigor el Protocolo 14. Y es que los datos asustaban y asustan: en 1999 se emitieron 177 sentencias; en 2009 ya fueron 2395. En casi 40 años, de 1959 a 1998, el TEDH emitió 837 sentencias. En cambio, en 6 años, de 1999 a 2005, emitió 5129 sentencias, lo cual da cuenta de la presión de trabajo a la que se ve sometida el TEDH.

En febrero de 2010, justo antes de la conferencia internacional que organizó el Consejo de Europa en la ciudad suiza de Interlaken para hablar sobre el futuro del TEDH, Rusia ratificó el Protocolo 14. El Protocolo 14 entró en vigor el 1 de junio de ese año. Por tanto, el Protocolo 14 bis ya es historia, como también lo es el Protocolo 11, que en 1998 reformó el sistema de control. Todos los procedimientos en marcha ante el TEDH han pasado a ser regulados y finalizados a través del procedimiento que establece el Protocolo 14 respecto de todos los 47 Estados partes (según lo establecido por el artículo 20 del Protocolo 14).

## La elaboración del CEDH y sus caracteres generales. Los Protocolos adicionales

El CEDH pudo estar listo en 1950, sólo un año después de la creación de la Organización, gracias a que su texto empezó a ser redactado en el seno del Congreso de La Haya del Movimiento Europeo de 1948. El convenio acabó de ser redactado en el seno de la Organización, una vez se hubo creado ésta en 1949. Por tanto, su elaboración se encuadra dentro del proceso institucional para la unificación europea, en el intento de dotar a Europa de una carta común de derechos que resumiese los valores políticos y culturales de las democracias occidentales.

Pierre-Henri Teitgen fue uno de los redactores del CEDH. Francés, miembro de la resistencia, prisionero de guerra, diputado y varias veces ministro, en el Informe Teitgen –que fue discutido en la Asamblea Consultiva del

Consejo de Europa los días 7 y 8 de septiembre de 1949<sup>3</sup>– planteó la posibilidad de que el CEDH incluyera también derechos sociales y económicos pero tuvo que descartar finalmente esa opción en el mismo documento porque era un “máximo deseable imposible de realizar en el presente”. La realización de los derechos socio-económicos tiene siempre un coste financiero, imposible de asumir en la Europa de la posguerra. Por eso Teitgen indicó que habría que posponer la protección de los derechos colectivos hasta que se hubiese logrado una mayor coordinación de las economías europeas (cosa que ocurrió en 1961, con la conclusión de la Carta Social Europea).

Sobre la base del Informe Teitgen, un comité de expertos supervisado por la Asamblea y el Comité de Ministros, que junto con la Secretaría son los órganos principales del Consejo de Europa, acabó de redactar el convenio, que fue firmado el 4 de noviembre de 1950 en Roma. Entre los caracteres que lo convierten en un tratado especial, está el ser –como dice su Preámbulo– un reflejo del patrimonio común de ideales y tradiciones políticas de respeto a la libertad y de primacía del Derecho en Europa, esto es, el ser el reflejo de unos valores comunes. En segundo lugar, el universalizar la protección de los derechos en territorio europeo, dado que sus derechos los disfruta cualquier persona sometida a la jurisdicción de los Estados partes, no sólo sus nacionales. Y en tercer lugar, el poner a disposición de toda persona un recurso judicial individual que no está subordinado a ninguna declaración facultativa de los Estados.

Al CEDH acompañan hoy hasta 17 protocolos adicionales, si incluimos el Protocolo 14 bis, que obligan sólo a quienes los ratifiquen. Algunos requieren para entrar en vigor 3 o 4 ratificaciones aunque algunos de ellos para entrar en vigor, requieren de la ratificación de todos los Estados partes del CEDH, como el Protocolo de enmienda 14, por eso la ratificación de Rusia era fundamental. Los Protocolos han cumplido dos tipos de función principalmente. Unos han incrementado el número de derechos protegidos, como los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13. Los otros, han supuesto reformas en el sistema de control, esto es, cambios en el funcionamiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos (hoy desaparecida) y en el TEDH. De éstos últimos destacan por su alcance el Protocolo 11 (que unificó el sistema de protección en un único órgano, el TEDH y sustituyó a varios protocolos previos) y el 14.

## Estructura del CEDH

El CEDH está dividido en tres partes o títulos: la primera establece los derechos que quedan protegidos (parte dogmática). La segunda es la parte orgánica y crea el TEDH, que protegerá dichos derechos (composición y competencias). La tercera, bajo el título de Disposiciones diversas, trata sobre cuestiones varias como el ámbito de aplicación territorial, las reservas, la denuncia, la firma o la ratificación del CEDH, a lo que se añade la explicación de las funciones

3. Accesible en <http://assembly.coe.int/Conferences/2009Annuaire49/DocRef/Teitgen6.pdf>, p. 198.

que tienen dos órganos del Consejo de Europa (el Secretario General y el Comité de Ministros) en el marco del CEDH. Lo más importante de esta estructura es destacar que el CEDH no declara derechos simplemente, sino que establece un sistema de control –y un sistema de control judicial– de los mismos.

## Los derechos protegidos en el CEDH4

El CEDH protege el derecho a la vida en su artículo 2, aunque exceptúa el caso de la aplicación de la pena capital. Sin embargo, este artículo ha sido sobrepasado por el tiempo y hoy día hay que leerlo en conjunción con el Protocolo 6 sobre la abolición de la pena de muerte (salvo en caso de enfrentamiento armado), e incluso del Protocolo 13 sobre la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, incluido el enfrentamiento armado. El artículo exceptúa los casos de muerte en caso de legítima defensa, agresión ilegítima, para detener a una persona conforme a derecho y para evitar la evasión de un preso y para reprimir insurrecciones. El artículo 3 protege la integridad física al prohibir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y no admite excepciones. El artículo 4 prohíbe la esclavitud y el trabajo forzoso, aunque clarifica algunos casos que no deben ser considerados como trabajo forzoso, como son el trabajo de presos, el servicio militar o la prestación sustitutoria si la hubiere, servicios en caso de emergencia o calamidad de la comunidad y trabajos que formen parte de obligaciones cívicas normales. El artículo 5 protege la libertad y la seguridad, al prohibir las detenciones arbitrarias. Esta disposición también clarifica las situaciones en las que la detención no es arbitraria. El artículo también explicita los derechos que asisten a la persona que ha sido detenida legalmente (derecho a ser informada de los motivos de la detención, etc.). El artículo 6 establece los derechos incluidos en el derecho general a un juicio justo, y que van desde la presunción de inocencia, hasta el derecho a la defensa, pasando por el interrogatorio de testigos, igualdad de armas, juicio contradictorio, juez independiente, etc. El artículo 7 establece el principio penal básico, el principio de la legalidad penal, esto es que no hay pena sin ley, razón por la cual una persona no puede ser condenada por algo que no era delito cuando fue llevado a cabo.

El artículo 8 protege el respeto a la vida privada, la vida familiar, el secreto de la correspondencia (en sentido amplio, no sólo la correspondencia postal, también el correo electrónico) y la inviolabilidad del domicilio. El artículo 9 establece el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El artículo 10 protege la libertad de expresión. El 11, la libertad de reunión y asociación (incluida la sindicación). El 12, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.

Por su parte, algunos de los protocolos al CEDH han incrementado el catálogo de derechos. Así, el Protocolo 1

recoge el derecho de propiedad y el derecho a la educación, así como el derecho a elecciones libres. El Protocolo 4 recoge la prohibición de la prisión por deudas, la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros y la libertad de circulación. El Protocolo 7 establece el principio penal *ne bis in idem* y la igualdad de los esposos durante el matrimonio y el divorcio, si el Estado lo admite.

Al final de la parte dogmática, hay una serie de artículos que incluyen cláusulas generales que afectan a todos los derechos del CEDH y de los protocolos adicionales y que no son derechos autónomos, sino que actúan como unas cláusulas generales de salvaguardia de los derechos. Se trata del artículo 13, sobre el derecho a un recurso efectivo ante las autoridades nacionales. Igualmente, el artículo 14 establece la cláusula general de no discriminación, que no puede ser invocada de modo aislado, sino siempre en relación con otro derecho, a menos que el Estado contra el que se alegue sea parte del Protocolo 12. Por su parte, el artículo 15 alude a la posible suspensión de los derechos del CEDH en caso de estado de excepción (salvo los derechos inderogables de los artículos 2, 3, 4.1 y 7). El artículo 16 establece la posibilidad de restringir los derechos políticos de los extranjeros (10, 11 y 14). El artículo 17 prohíbe el abuso de derecho, esto es, prohíbe interpretar el CEDH de tal manera que supuestamente confiera un derecho tendente a la destrucción de los derechos del CEDH. El artículo 18 prohíbe el abuso de poder según el cual las restricciones que se impongan a los derechos no pueden ser aplicadas más que para la finalidad para la que fueron previstas.

Establecer límites a los derechos es una consecuencia lógica del hecho de vivir en sociedad. El disfrute de nuestros derechos debe ser compatible con el de los derechos de los demás. Incluso los derechos más absolutos, como el derecho a la vida, no está libre de algunas excepciones, como demuestra la aceptación de la pena de muerte en el artículo 2 (sólo abolida totalmente para los Estados que ratifiquen el Protocolo 13) y las excepciones del párrafo segundo, como la muerte infligida a una persona en defensa frente a una agresión ilegítima. El artículo 15 incluso prevé algunos derechos que son derogables en situación de emergencia.

## Características de los derechos del CEDH y de los Protocolos

Los derechos que incluye el CEDH son casi todos ellos civiles y políticos, esto es, las clásicas libertades. El artículo 53 permite que los Estados mejoren su nivel de protección a través de sus legislaciones internas. Esto es lo que se denomina el principio *favor libertatis*, esto es, que la protección que garantiza el CEDH es sólo un mínimo común denominador para los Estados europeos a partir del cual éstos pueden ampliar la protección a nivel interno.

La mayoría de los derechos del CEDH son clásicos, y se acuan como "negativos". En principio –aunque con matices importantes–, los derechos civiles y políticos serían derechos de abstención mientras que los derechos socio-económicos (vivienda, empleo...) –y la mayoría de los

4. Decaux, E.; Imbert, P.-H.; Pettiti, L. E.: *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 1995, Paris, Economica.

derechos del CEDH no son de este tipo- son derechos de acción porque exigen que los Estados tomen medidas para asegurarlos (hace falta presupuesto para garantizarlos). Por eso los derechos civiles y políticos resultan en general más justiciables.

Sin embargo, los contornos entre los derechos civiles y políticos y los socio-económicos se han ido difuminando en el CEDH por varias razones: 1. El TEDH ha hecho una interpretación de los derechos en conexión con el artículo 1 del CEDH por la cual afirma que el Estado tiene obligaciones positivas de hacer con respecto a los derechos de primera generación y no sólo respecto a los de segunda. Los Estados también tienen obligaciones de hacer (de prestación) respecto a los derechos civiles y políticos<sup>5</sup>. 2. Además, el TEDH tiende a proteger derechos que no están en el CEDH, incluso derechos socio-económicos, por ricochet o por carambola. Esta es una técnica que permite al TEDH proteger un derecho no previsto en el CEDH a través de su cercanía y su relación con otro que sí lo está, como el derecho a un medio ambiente sano<sup>6</sup>, derechos relacionados con la salud en las prisiones por la vía del artículo 3, con el derecho a prestaciones de la seguridad social<sup>7</sup> o con la vivienda y la vida familiar<sup>8</sup>. Esta técnica lleva a reconocer prolongaciones socio-económicas a muchos derechos civiles y políticos y ha llevado al TEDH a proteger, por ejemplo, el derecho a la salud a través de la protección del derecho a la seguridad o del derecho al disfrute de la vida privada y familiar.

Por eso el CEDH ha acabado protegiendo más derechos que la decena larga que incluye su articulado, y esto por dos vías: la convencional, esto es, a través de sucesivos protocolos adicionales que han incrementado el número de derechos y que obligan solo a los que los ratifiquen (Protocolos 1, 4, 6 y 7, 12 y 13) y jurisprudencial, a través, de una jurisprudencia extensiva y muy rica, que acaba asociando derechos que están en el CEDH con otros que no lo están y que acaba también exigiendo a los Estados las obligaciones positivas que se derivan del artículo 1 del CEDH.

### La relevancia del artículo 1 del CEDH<sup>9</sup>

El artículo 1 quizá sea uno de los grandes desconocidos del Convenio<sup>10</sup>. No enuncia derechos y no se puede invocar por separado, sino siempre en relación con

un derecho incluido en el Convenio<sup>11</sup>. El artículo 1 establece una obligación general de respeto de los derechos y libertades contemplados en el mismo. Sin embargo hay que tener en cuenta que la versión española del CEDH no es la auténtica de acuerdo con lo que establece el artículo 33.1 del Convenio de Viena Sobre el Derecho de los Tratados<sup>12</sup>. Únicamente son auténticas las versiones inglesa y francesa y el problema se plantea porque el artículo 1 no dice exactamente lo mismo en ambos idiomas. Se reconocerán en francés y serán asegurados en inglés. De estas dos versiones, la inglesa resulta más dinámica puesto que no es lo mismo reconocer (acción que parece que se cumple con el mero comportamiento pasivo del Estado de no violar el derecho) que asegurar (acción que admite una acción positiva del Estado tendente a evitar la violación del derecho o tendente a investigar y castigar debidamente los incumplimientos). En francés parece que los derechos quedan protegidos con la mera omisión del Estado. Sin embargo, la versión inglesa permite introducir de modo más claro las obligaciones positivas del Estado según la cual existe una obligación de hacer de los Estados para que los derechos recogidos en el Convenio se vean cumplidos en la práctica y para que no existan incumplimientos de los mismos por parte de particulares.

Aunque ninguna de las dos versiones tenga preferencia sobre la otra, si se dan a entender cosas diferentes, habrá que escoger aquella versión que logre mejor el objetivo del CEDH. Y parece que en esto de buscar y lograr más y mejor el objetivo del CEDH de proteger efectivamente los derechos, la versión inglesa es más adecuada. El TEDH ha entendido, en línea con la versión inglesa, que los Estados no sólo tienen obligaciones de no hacer respecto a los derechos del CEDH sino también obligaciones positivas: de prevención, de investigación... No es suficiente con que los Estados intenten de buena fe cumplir las obligaciones que les marca el CEDH. En ciertos casos tienen obligaciones positivas de actuar para asegurarse de que los individuos puedan gozar de esos derechos. Si no, violarán el CEDH por omisión. El Estado debe impedir en la medida de lo posible que terceros puedan violar los derechos. A veces, un Estado puede ser culpable por no haber hecho lo posible por evitar que un particular dañe a otro individuo en sus derechos. Aunque un Estado en principio sólo es responsable por lo

5. Jimena, L. : « La factibilidad de los derechos sociales en Europa », en *Estudios de Economía Aplicada*, 2009, vol. 27, n. 3, p. 744 y Arbour, Louise, en su discurso en la apertura del año judicial 2007 accesible en [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2008\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2008_ENG.pdf)

6. TEDH, *López Ostra/España* de 9 de diciembre de 1994.

7. TEDH, *Muñoz Díaz/España*, 8 de diciembre de 2009.

8. TEDH, *Velosa Barreto/Portugal* 21 de noviembre de 1995.

9. Para un comentario completo y certero del artículo 1, véase: Fernández Sánchez, P.-A.: "El alcance de los derechos (artículo 1 CEDH)", en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.): *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

10. Lasagabaster Herrarte, I. y otros: *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2004, Civitas, Madrid; Renucci, J.-F.: *Droit européen des droits de l'homme*, 1999, LGDJ, Paris.

11. « Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio ».

12. "Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. "1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado".

que hagan los órganos y agentes del Estado y, en su caso, algunos órganos u organizaciones que ejercen algún tipo de poder público, puede resultar responsable por su omisión<sup>13</sup>. La base jurídica de esta responsabilidad está en la presunción de que el Estado dispone de los medios necesarios para cumplir sus obligaciones y prevenir y reprimir actos contrarios al CEDH.

Una de las grandezas del CEDH es que los derechos que contiene se garantizan para "toda persona" o, como indica la versión inglesa, "everyone". La competencia del CEDH *ratione personae* es universal. Esta convención no reconoce derechos a los nacionales de Estados concretos sino a toda persona, extranjera o no, y dentro de las extranjeras, irregulares o no. El artículo 1 no sustrae a nadie de la jurisdicción del Estado (aunque el artículo 16 permite la restricción de derechos políticos de extranjeros en determinadas circunstancias).

La persona a la que el CEDH identifica y protege es aquélla que esté "sometida a la jurisdicción" de un Estado parte. La competencia del CEDH *ratione loci* permite extender los poderes de supervisión a lugares sobre los que el Estado ejerce poder o autoridad. Pensemos que algunos de los Estados que redactaron el CEDH tenían colonias, y aún hoy se pueden hacer declaraciones de aceptación de la competencia del TEDH respecto a algunos territorios, como la declaración de aplicación territorial que el Reino Unido ha hecho respecto a Gibraltar debido a que gestiona las relaciones internacionales de esta colonia, ex artículo 56.1.

El TEDH ha aceptado juzgar asuntos en los que el Estado demandado ejercía competencias en el territorio de otro Estado, por ejemplo sobre territorios invadidos. Así, en *Loizidou/Turquía* de 23 de marzo de 1995 y *Chipre/Turquía* (Gran Sala) de 12 de mayo de 2014 el TEDH se ocupó de los abusos de las tropas turcas cometidas en el norte de Chipre después de la invasión y la subsiguiente formación de la República turco-chipriota) y en *Al-Saadoon y Mufdhi/Reino Unido* de 2 de marzo de 2010 se ocupó de los abusos supuestamente cometidos por tropas de Reino Unido en Irak.

Por tanto, el alcance del CEDH va más allá del mero territorio del Estado. No es simplemente su territorio nacional, es algo más. El CEDH también puede obligar a un Estado respecto a sus tropas de paz desplazadas en el extranjero o a territorios ocupados o bajo su control, todo dependerá de quién tenga el "control efectivo" de la operación.

Lo que el TEDH no ha permitido es que se juzgue indirectamente a organizaciones internacionales, que no son partes del CEDH. En el asunto *Bankovic* y otros/Bélgica, Chequia, Dinamarca, Francia, Alemania, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal España, Turquía y Reino Unido de 12 de diciembre de 2001, la Gran Sala estimó que la participación

de los 17 Estados demandados en los bombardeos aéreos de la OTAN de marzo de 1999 sobre Kosovo no dio lugar a responsabilidad de los Estados demandados, pero no porque se hubieran producido fuera del territorio de los 17 Estados participantes en la operación sino porque la responsable de esos bombardeos era la OTAN y ésta no es parte del CEDH. Por último, en los casos *Behrami/Francia* y *Saramati/Francia, Alemania y Noruega* de 2 de mayo de 2007 relativos a abusos de las tropas internacionales cometidos en Kosovo, el TEDH entendió que no era competente porque los actos de la MINUC eran atribuibles a la ONU en el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y la ONU no es parte del CEDH y goza de inmunidad de jurisdicción. En cambio, cuando el TEDH ha considerado que el control efectivo de la operación no era de la Organización internacional que manda la misión sino de algún Estado concreto participante en ella, sí ha estimado la violación del CEDH (así en el asunto *Al-Jedda/Reino Unido* (Gran Sala) de 7 de julio de 2011).

## 4.2. El sistema de protección: el TEDH

Lo realmente importante del CEDH es su mecanismo de garantía. Cualquier Estado parte o cualquier persona sometida a la jurisdicción de alguno de ellos puede demandar a un Estado parte. Una condena contra un Estado es un triunfo para la democracia, porque sólo los Estados democráticos aceptan un sistema judicial internacional de control que les puede acabar condenando. Las dictaduras no asumen ni reconocen violaciones de los derechos humanos. Pero también de alguna manera, una condena a un Estado muestra una patología porque si todo funcionara bien en el derecho nacional el sistema del CEDH no sería necesario. Si existe y es necesario es porque hay una disfuncionalidad interna en los Estados.

El diseño original del mecanismo de control del CEDH se basaba en dos órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH. El primero admitía las demandas e intentaba la conciliación de las partes a través de un arreglo amistoso. El TEDH sólo ponía eventualmente fin al fondo del asunto pero la mayoría de las demandas nunca llegaban hasta el TEDH sino que eran resueltas ante la Comisión. Comisión y Tribunal eran independientes el uno del otro y ninguno era de funcionamiento permanente.

La Comisión era el órgano de filtro de las demandas que llegaban puesto que era quien las recibía, las registraba y decidía sobre la admisibilidad de los casos. Solía inadmitir el 90% de las demandas presentadas por distintos motivos. Cuando las admitía, investigaba ella misma los hechos y trataba de lograr un acuerdo amistoso entre las dos partes y que el juicio acabara sin sentencia. Si no había acuerdo amistoso, la Comisión emitía un informe diciendo si en su opinión había o no violación del CEDH. El informe era enviado al Comité de Ministros, un órgano político de la Organización que tomaba una decisión que en la mayoría de los casos ponía fin al procedimiento. El Comité de Ministros determinaba si había habido o no violación y su decisión era vinculante para el Estado demandado. Entonces empezaba a contar un plazo de 3 meses para que la propia Comisión,

13. Como muestra, se puede mencionar el caso *Osman/Reino Unido* de 28 de octubre de 1998, en el que el TEDH encontró al Estado demandado culpable por los daños sufridos por un padre y un hijo a manos de un profesor acosador, que habían sido denunciados ante la policía sin que ésta diera credibilidad a la amenaza.

un Estado parte o incluso el particular demandante pudiera mandar el caso al TEDH (aunque en este último caso sólo si el Estado demandado era parte en el Protocolo 9). La mayoría de los casos acababan en la Comisión. Sólo si se llevaba ante el TEDH, el asunto terminaba con una sentencia obligatoria. Este procedimiento era semi-judicial, semi-político y ello afectaba a la credibilidad del propio sistema<sup>14</sup>. Se trataba de un sistema híbrido protagonizado por 3 órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el TEDH y el Comité de Ministros, que tenía funciones de fondo. La razón de este complicado sistema es el propio contexto histórico de su creación: en 1950 los Estados que crearon el CEDH eran reticentes a garantizar que las personas pudieran demandar directamente a un Estado ante un órgano judicial internacional. Hacía falta una declaración expresa del Estado para que se pudiera aceptar demandas individuales (no así en las interestatales). Y hacía falta otra declaración expresa del Estado para que un caso pudiese ser elevado de la Comisión (que no era un órgano judicial, sino un órgano formado por expertos) al TEDH.

Desde la reforma que supuso el Protocolo 11, que entró en vigor en 1998, el sistema de protección del CEDH está monopolizado por un único órgano, el TEDH, al haber desaparecido la Comisión Europea de Derechos Humanos. Ahora, en cambio, se ha superado la dualidad del doble mecanismo y se ha abierto el acceso directo de la víctima al TEDH. El Protocolo 11 produjo una "deriva populista" en el sistema del CEDH al generalizar el recurso a la reclamación individual (antes era necesario que el Estado reconociera el derecho de reclamación individual). Con el Protocolo 11 se consiguió hacer más rápido y expeditivo el procedimiento (puesto que una justicia lenta, no es justicia) y se consiguió también evitar que existieran decisiones divergentes de Comisión y TEDH que supusieran una pérdida de credibilidad para el sistema.

El gran cambio en el sistema de protección del CEDH, la gran revolución, fue la entrada en vigor del Protocolo de enmienda 11, no la del Protocolo de enmienda 14, aunque nadie lo diría a juzgar por lo sencilla que fue la entrada en vigor del primero y lo difícil que fue la del segundo. El protocolo 11 cambió el sistema. Los dos órganos anteriores desaparecieron y surgió uno nuevo. No se puede mantener que desapareció sólo la Comisión y se mantuvo el TEDH porque el nuevo TEDH es diferente, tiene funcionamiento permanente y una composición nueva.

Tras la entrada en vigor del sistema del Protocolo 11, existe un único órgano que es judicial, funciona de modo permanente y tiene competencia obligatoria para todo tipo de demandas, individuales o interestatales. Conviene mencionar que el 90% de las sentencias emitidas lo han sido tras el Protocolo 11.

#### 4.2.1. Formaciones del TEDH y procedimiento ante el mismo

Ya desde la admisión de la demanda, o incluso antes, el TEDH puede decidir medidas cautelares, que no prejuzgan el caso, para evitar daños irreparables a la presunta víctima (artículo 39 del Reglamento del TEDH). Así, se podría solicitar al Estado que no ejecute una pena de muerte<sup>15</sup>, que no se extradite a una persona si puede sufrir tortura en su país<sup>16</sup> o que se administre medicación a un preso en grave peligro<sup>17</sup>. Según Sudre, su no respeto convierte en ilusoria la protección del CEDH<sup>18</sup>.

El TEDH tiene varias formaciones. Se reúne en Comités de 3 jueces, Salas de 7 jueces, y Gran Sala de 17 jueces. Además, un colegio de 5 jueces de los que forman parte de la Gran Sala decide la remisión de una sentencia de Sala a la Gran Sala. Además, desde los Protocolos 14 bis y 14, existe la formación de juez único, pero cabe plantearse si esta formación del TEDH no es más una ficción de Tribunal que otra cosa, para que parezca que es el Tribunal quien decide cuando no es más que un juez y no un órgano colegiado el que toma la decisión.

Una vez registrada la demanda individual, el asunto será examinado por un juez en formación de juez único (artículo 27) quien será asistido por *rapporteurs*, que forman parte de la Secretaría del TEDH y están bajo la autoridad del presidente del TEDH (artículo 24.2). Según el artículo 26.3, en formación de juez único, un juez no examinará ninguna demanda presentada contra el Estado respecto del cual el juez fue elegido (con el objetivo de preservar la objetividad). El juez único puede declarar inadmisibles una demanda individual o archivarla. Su decisión es definitiva pero debe ser motivada según el artículo 45.1. Las decisiones del juez único serán sólo decisiones de inadmisibilidad o archivo. En realidad, el juez único está pensado para las demandas claramente inadmisibles.

Si el juez no declara inadmisibles la demanda o al archivarla, el caso pasará a un comité o a una sala para su examen posterior. Respecto a una demanda presentada ex artículo 34 (esto, es individual) el comité puede, por unanimidad declararla inadmisibles o archivarla, cuando esa decisión pueda ser tomada sin un examen posterior; o declararla admisible y emitir, al mismo tiempo, un fallo sobre el fondo, siempre que la cuestión que motivó el caso sea objeto de una jurisprudencia del TEDH bien establecida sobre la interpretación o aplicación del CEDH o sus protocolos. Las decisiones (de inadmisibilidad) y los fallos (cuando se admita la demanda y el asunto tenga una bien establecida jurisprudencia previa) serán definitivas y finales<sup>19</sup>.

15. TEDH, *Ocalan/Turquía* de 12 de marzo de 2003.

16. TEDH, *Saddi/Italia* (Gran Sala), 28 de Febrero de 2008

17. TEDH, *Gennadiy Naumenko/Ucrania*, 10 de febrero de 2004.

18. Sudre, F.: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2012, PUF, París, p. 48 y ss.

19. Si el juez de la nacionalidad del Estado no es miembro del Comité que juzga el caso, el Comité puede en cualquier momento invitar a ese juez a ocupar el lugar de uno de ellos (artículo 28.3).

14. Sudre, F.: *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 2004, PUF, París.

Si ni el TEDH en formación de juez único (artículo 27) ni el Comité por unanimidad (artículo 28) ha tomado una decisión, una Sala decidirá sobre la admisibilidad y los méritos de la demanda individual presentada ex artículo 34. La demanda sobre la admisibilidad de Sala puede ser adoptada de forma separada. En cambio, si la demanda es interestatal (artículo 33) el asunto llega directamente a Sala, que decidirá tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo. Ambas cosas las hará separadamente a menos que el TEDH, en casos excepcionales, decida otra cosa.

Desde el momento que se admite la demanda, el TEDH se pondrá a disposición de las partes para intentar un arreglo amistoso, caso en el cual el asunto termina sin sentencia (artículo 39.1). Para hacer más factible el arreglo amistoso, la decisión sobre la admisibilidad y la decisión sobre el fondo deberían estar separadas en la medida de lo posible. Sin embargo, esto ha cambiado con el Protocolo 14, que da por hecho que las decisiones de admisibilidad de comité juzgarán sobre el fondo al mismo tiempo (artículo 28.1b) aunque se permite que en las decisiones de Sala la decisión de admisibilidad se haga por separado (artículo 29.2). Facilitar que el TEDH decida a la vez sobre la admisibilidad y sobre el fondo tiene como fin agilizar el trabajo del TEDH y que los casos terminen pronto mediante una única decisión. Esta es una medida que, además, recomendó el Comité de Sabios que se reunió en Varsovia en 2005 y del que se hablará más adelante, como modo de garantizar la efectividad del TEDH a largo plazo.

Para hacer más factible el arreglo amistoso, éste es un procedimiento confidencial aunque los términos del arreglo sean publicados más tarde (artículo 39.2 y 39.3). Si hay acuerdo amistoso, el caso finaliza sin sentencia. Si no se alcanza un arreglo amistoso el TEDH investigará los hechos, pedirá documentación e información si lo estima pertinente, puede hacer vistas y oír a las partes y, finalmente, dictará sentencia. La sentencia se vota por mayoría simple. El Presidente tiene voto de calidad (casting vote).

La sentencia de Sala se convierte en definitiva si: 1) pasados 3 meses ninguna parte la ha remitido a la Gran Sala, 2) si las partes declaran que no desean remitir la sentencia a la Gran Sala y 3) y si el colegio de 5 jueces de la Gran Sala rechaza la remisión formulada por alguna de las partes (artículo 44.2).

El artículo 30 establece que cuando un asunto pendiente ante Sala plantea un problema grave sobre la interpretación del CEDH o sus protocolos o cuando la resolución de la cuestión ante la Sala pueda resultar contradictoria con un fallo previo del TEDH, la Sala puede, en cualquier momento antes de dictar sentencia, inhibirse a favor de la Gran Sala, a menos que una de las partes en el caso objete. También cuando ya hay sentencia, cualquiera de las partes tiene un plazo de 3 meses para remitirla a la Gran Sala, pero antes un colegio de 5 de los 17 jueces debe aceptar la nueva demanda –esto último es una suerte de apelación, según Jimena<sup>20</sup>. Lo que no cabe es reenviar a la

Gran Sala una decisión de inadmisión de Sala, porque son definitivas ex artículo 29. Menos aún se podría remitir a la Gran Sala una decisión de inadmisión de Comité o de juez único, que también son definitivas (artículos 28 y 27, respectivamente). Tampoco se puede remitir una sentencia de Comité sobre un tema en el que haya jurisprudencia bien establecida (artículo 28.1.b). Lo único que se puede remitir a la Gran Sala son las sentencias de Sala en los casos enunciados en el artículo 44.2.

En el examen del asunto por la Gran Sala siempre debe estar presente el Presidente del TEDH y el o los vicepresidentes, todos los Presidentes de salas (así luego aplicarán la misma doctrina en sus propias salas) y el juez de nacionalidad del Estado demandado o el juez nacional ad hoc, en su caso. El Reglamento del TEDH establece que si el caso se envía de Sala a Gran Sala sin sentencia previa de Sala, en la Gran Sala se sentarán, entre otros, los 7 jueces de esa Sala (artículos 30 y 31).

La remisión a la Gran Sala estaba pensada como algo esporádico. De hecho el CEDH establece que la elevación del caso se hará en circunstancias especiales (artículo 43.1). Es más, el artículo 43.2 exige que el panel de 5 jueces que decide su elevación a la Gran Sala lo haga si el asunto afecta a una cuestión grave que afecte a la interpretación o aplicación del CEDH o sus protocolos o a una cuestión grave de importancia general. La remisión empezó usándose de modo esporádico y durante los 5 primeros años no llegó ni una demanda a la Gran Sala por estos motivos. Pero luego su uso se disparó.

El Protocolo 14 ha añadido una competencia a la Gran Sala en su artículo 31.2, que se remite al 46.4. Esta competencia se refiere a los asuntos que le sean sometidos por el Comité de Ministros en relación a Estados partes que se niegan a ejecutar una sentencia final. En tal caso, y siempre que el asunto le sea sometido por el Comité de Ministros, la Gran Sala se pronunciará sobre si el Estado ha incumplido sus obligaciones, lo cual se convierte en una suerte de segunda condena para el Estado.

Una última competencia de la Gran Sala es la consultiva, puesto que las opiniones consultivas que le sean sometidas ex artículo 47 –y que siempre solicita el Comité de Ministros– son estudiadas y emitidas por la Gran Sala.

La Gran Sala es una instancia de apelación (cuando un asunto contencioso le llega tras la sentencia de Sala), una primera instancia (cuando se le remite un caso por su dificultad, por su interés o porque pueda generar jurisprudencia nueva y contradictoria con la anterior) y una instancia que da opiniones jurídicas (cuando se somete a su atención una petición de dictamen). La función de la Gran Sala como revisora de juicios de Sala puesto es importante como modo de dar coherencia y unidad a la jurisprudencia<sup>21</sup>.

Tanto la Sala como la Gran Sala a veces deben decidir

2006, Colex, Madrid, p. 132.

21. Accesible en [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2008\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2008_ENG.pdf)

20. Jimena Quesada, L.: *Sistema europeo de derechos fundamentales*,

sobre la admisión de demandas. La Sala, cuando el Comité no llegó a decidir por unanimidad su inadmisión pero tampoco su admisión. Y la Gran Sala en caso de inhibición de la Sala en su favor porque según el artículo 35.4 el TEDH puede en todo momento decidir inadmitir un asunto y eso incluye a la Gran Sala. Como botón de muestra se puede indicar que en 2007, las Salas y la Gran Sala admitieron un total de 491 demandas e inadmitieron 764. Conviene indicar que la Gran Sala no está vinculada por una decisión de admisión de Sala. Asimismo, que la sentencia de la Gran Sala es definitiva y no hay posibilidad de un recurso posterior.

## Valor y ejecución de la sentencia

Las sentencias del TEDH son jurídicamente obligatorias pero no son ejecutivas. Precisan del concurso de las autoridades nacionales para su plena eficacia. Ello se deduce del apartado 2 del artículo 46 CEDH<sup>22</sup>, que asocia al Comité de Ministros al proceso de ejecución de las sentencias. Las sentencias son declarativas: declaran la violación, pero no sus consecuencias. No son como las sentencias de un tribunal nacional que anulan un acto interno, indican su retroacción, obligan a que se reabra un caso...<sup>23</sup>. Las sentencias tienen valor de cosa juzgada pero no de cosa interpretada. Son obligatorias únicamente para el Estado demandado. El problema es que otros Estados en situación similar raramente cambian sus prácticas o legislación para adaptarla a una sentencia que no les condena a ellos poniéndose rápidamente en el punto de mira de futuras demandas. Las sentencias del TEDH deberían convertirse en una ocasión para que todos los Estados mejoraran el sistema jurídico interno y previnieran violaciones similares. Algunas veces, un Estado no demandado pero con situación nacional similar a la del caso de autos, solicita participar en el caso para poder presentar sus puntos de vista. Esto es lo que se denomina la institución del *amicus curiae*, que puede ser un Estado parte o una persona física o jurídica. Los *amicus curiae* son invitados a participar en el asunto por el Presidente del TEDH, y se les permite presentar observaciones escritas o bien participar en la vista (artículo 36).

En 2009, el número de demandas pendientes de ejecución ante el Comité de Ministros era de 8614. Al ser un órgano político el encargado de velar por la ejecución de la sentencia, se establece un sistema de control de la ejecución de los fallos muy similar al de otras organizaciones internacionales como la ONU, donde el Consejo de Seguridad asegura el cumplimiento de las sentencias del Tribunal

Internacional de Justicia. Esto se debe a que el TEDH indica al Estado si ha violado o no el CEDH pero no qué medidas debe adoptar de acuerdo con el fallo. Sin embargo en los últimos tiempos, el TEDH tiende cada vez más a explicar qué tipo de solución estatal produciría mejor la *restitutio in integrum*, si ésta es posible.

Por su parte, el Comité de Ministros vela por su ejecución, no las ejecuta él mismo porque carece que competencia para ello. El Protocolo 14 ha incrementado los poderes de supervisión del Comité de Ministros también sobre los arreglos amistosos a los que se llegue. Así, la decisión de arreglo amistoso es transmitida al Comité de Ministros, que velará para que los términos del arreglo sean respetados. En particular, el Comité de Ministros deberá comprobar con lupa que el arreglo amistoso sea real y que no se frute de amenazas o coacciones del Estado demandado.

Conviene resaltar la importancia de la ejecución puntual y correcta de la sentencia porque muchas veces detrás del caso individual existe un problema estructural (por ejemplo, una ley o práctica nacional que produce los abusos) y si no se ejecuta bien y diligentemente la sentencia otras víctimas del mismo abuso seguirán enviando demandas al TEDH.

De las sentencias pendientes de ejecutar, el 80% son sentencias repetitivas, lo cual demuestra una situación insostenible. El Comité de Ministros está desarrollando una estrecha colaboración con el TEDH en relación con las sentencias repetitivas. En este sentido, empieza a haber un nuevo desarrollo: en algunos casos, el TEDH se está aventurando a indicar cómo debe realizarse la ejecución de la sentencia<sup>24</sup>. En *Ocalan/Turquía* de 12 de mayo de 2005, el TEDH reconoce que la mayoría de sus sentencias son declarativas pero que excepcionalmente puede indicar el tipo de medidas que los Estados deben adoptar, ya sea en situaciones de violaciones estructurales<sup>25</sup>, ya sea en casos en los que la naturaleza de la violación sólo permite un modo de cesación o reparación<sup>26</sup>.

22. “La sentencia definitiva del TEDH se transmitirá al Comité de Ministros que velará por su ejecución”.

23. En el párrafo 45 de la sentencia *Pakelli/Alemania* de 25 abril 1983 el TEDH reconoció que el CEDH no le atribuye competencia ni para anular una decisión del Tribunal Constitucional ni para requerir al gobierno la desaprobación pública de sus pasajes más polémicos. En el párrafo 44 de la sentencia *Pelladoah/Holanda* de 22 de septiembre de 1994 indica que tampoco tiene capacidad para obligar a reabrir un caso judicial interno. En el número 10 de su veredicto al caso *Irlanda/Reino Unido* de 18 de junio de 1978, el TEDH indicó que no tenía competencia para obligar al Estado a incoar procedimientos penales contra los policías que habían sido autores materiales de malos tratos.

24. Así, el TEDH considera que la forma más perfecta de reparación es la *restitutio in integrum* si ésta es posible (*Papamichalopoulos/Grecia* de 31 octubre 1995, sobre propiedades expropiadas ilegalmente).

25. Hay una necesidad de realizar cambios legislativos rápidos en algunos casos, para evitar casos repetitivos si existe una causa en la ley del país que lleva a esas demandas (*Broniowski/Polonia* de 22 de junio de 2004 sobre expropiaciones ilegales). En este asunto el TEDH por primera vez usó esta doctrina, al encontrar una violación que provenía de una ley que afectaba no sólo al demandante sino a 80000 personas más, que también habían presentado demanda. El TEDH suspendió la tramitación del resto de procedimientos, buscó los ejes estructurales comunes a todos los casos y estableció que Polonia debía adoptar las medidas legales para que los demás reclamantes encontraran reparación.

26. Otras veces, el TEDH exige la puesta en libertad del demandante como único medio de poner fin a la violación, que era una detención arbitraria en el asunto *Assanidzé/Georgia* de 8 de abril de 2004. En *Yakistan/Turquía* de marzo de 2007 exige que o bien acabe pronto el juicio o que excarcelen a un preso preventivo miembro del PKK que espera juicio desde hace 13 años.

## La satisfacción equitativa

El artículo 41 es una disposición polémica del CEDH, relacionada con la ejecución de sentencias, y que casa mal con la idea del CEDH de instaurar un orden público europeo de derechos humanos. Dicho artículo prevé la satisfacción equitativa sustitutoria por daño material, daño moral y gastos y costas y es consecuencia del carácter declarativo de las sentencias. El artículo indica que si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos pero el derecho interno del Estado condenado sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Así, el TEDH puede traducir el perjuicio y el agravio de la víctima en una satisfacción equitativa que, hasta el momento, siempre ha sido de tipo económico, lo cual limita implícitamente la vinculación del Estado condenado respecto a los pronunciamientos de fondo de la sentencia. Aunque el arreglo equitativo se concibe como un mecanismo subsidiario y excepcional, identificar la satisfacción equitativa con una indemnización es una interpretación bastante limitada, pero es lo que hace el TEDH, que precisamente ha indicado que no sólo puede garantizar el pago de una compensación monetaria.

Lamentablemente en la práctica lo excepcional (la satisfacción equitativa) se ha convertido en lo normal, en el mecanismo ordinario de reparación. Se ha indicado que la concesión de una indemnización cualquiera que sea la naturaleza, gravedad o duración de la violación de derechos humanos cuadra mal con la vocación del CEDH de instaurar un orden público europeo de los derechos humanos<sup>27</sup>.

El Comité de Ministros emitió en 2004 su recomendación 2004(6) de 12 de mayo para evitar que los casos repetitivos lleguen a Estrasburgo y para que la primera sentencia "piloto" sobre un tema llegue a aplicarse retroactivamente a los demás demandantes que han presentado ya un caso similar ante el TEDH. Con ello, el TEDH está haciendo algo más que declarar la violación del CEDH. La sentencia Broniowski/Polonia de 22 junio 2004 (Gran Sala) supuso un salto cualitativo en la ejecución sentencias a este respecto y tuvo un gran alcance. En el origen del caso está la situación de muchos polacos que perdieron sus tierras por cambios territoriales entre URSS y Polonia que no fueron indemnizados. La sentencia en el caso Broniowski es piloto, al haber miles de casos pendientes ante el TEDH provocados por el mismo tipo de expropiación que afectó a este demandante. Por eso el TEDH declaró que congelaba el tratamiento de las demandas repetitivas que traen causa de la misma situación estructural a la espera de que Polonia adoptara las medidas generales que se le han indicado. La sentencia se podría aplicar retroactivamente a todos los demandantes. Así el TEDH convierte la recomendación del Comité de Ministros emitida un mes antes en obligación jurídica para el Estado condenado.

Esta nueva política jurisprudencial del TEDH se ha visto confirmada por dos decisiones de Sala en Sedjovic/Italia de 10 noviembre de 2004 y Hutten-Czapska/Polonia de 22 febrero de 2005. En Hutten-Czapska/Polonia de 19 de junio de 2006 (Gran Sala) se incluye la indicación de que la reparación más adecuada para la víctima es la reapertura del procedimiento. También en Lukenda/Eslovenia de 6 de octubre de 2005, en un caso de dilaciones indebidas de un juicio, el TEDH indica al Estado en la parte dispositiva de la sentencia que debe crear recursos eficaces que limiten la duración de los procedimientos ya que las dilaciones indebidas son un problema estructural de los juicios en Eslovenia. Con ello le está señalando cuál es exactamente el contenido de sus obligaciones positivas.

Xenides/Turquía afectó a una grecochipriota del Norte de Chipre a la que los militares turcos expulsan de su hogar. El TEDH señala que tal actuación es contraria al derecho del artículo 8 sobre el respeto de la vida privada y familiar. Pero además indica al Estado que hay más de 1400 demandas individuales similares provocadas por las autoridades del Estado invasor. Por eso, con base en el artículo 46 el TEDH dice que Turquía debe establecer un recurso que repare de modo eficaz todos los asuntos similares pendientes de resolución y que el recurso debe ser ejercitable 3 meses después de la fecha en que se haga pública la sentencia.

Con este tipo de sentencia, el TEDH está inaugurando una nueva manera de actuar más proactiva en la que, si conoce la manera más eficaz y/o correcta de ejecutar una de sus sentencias y estamos ante una situación de violación estructural y repetitiva, se la indica al Estado condenado.

### 4.2.4 Las opiniones consultivas

El CEDH otorga al TEDH una función consultiva que apenas ha sido utilizada (a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano). El artículo 31 indica que las peticiones de dictamen serán resueltas por la Gran Sala. Y el artículo 47 indica que el único legitimado para solicitarlas es el Comité de Ministros, lo cual supone una diferencia con el gran número de legitimados activos en el sistema interamericano.

El artículo 48 establece que el TEDH estudiará su competencia para estudiar la solicitud de dictamen que debe versar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del CEDH o sus protocolos (artículo 47.1) pero que no se refieran a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos ni sobre cuestiones de las que se estuviese conociendo en el TEDH o el Comité de Ministros de resultados de la presentación de un recurso (artículo 47.2). De este modo, se evita el uso de la vía consultiva cuando realmente lo que se quiere hacer es un uso contencioso del Tribunal.

Con estas limitaciones, es comprensible que hasta 2004 nunca el TEDH se haya pronunciado respecto a una opinión consultiva y que sólo haya habido tres hasta la fecha.

27. Garriga Domínguez, A. y otros: Informe El tiempo de los derechos, núm. 12: La controvertida eficacia directa de las sentencias del TEDH, p. 11, accesible en <http://www.tiempodelsderechos.es/docs/dic10/06.pdf>

En el Dictamen de 2 de junio de 2004, el TEDH indicó que no entra en sus competencias consultivas, sino contenciosa, decir si la Comisión prevista en el Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la CEI (en vigor desde 1998) es una instancia internacional de solución de controversias que excluye la presentación de una posterior demanda ante el TEDH ex artículo 35 como condición de admisibilidad).

En el dictamen de 12 de febrero de 2008 el TEDH estudió una cuestión de cuotas de candidatas mujeres en relación a la presentación de la terna nacional de candidatos a jueces del TEDH.

Y en el dictamen de 22 de enero de 2010 el TEDH se pronunció sobre si un Estado que ha presentado una terna de nombres para la elección de juez puede retirar dicha terna y presentar una nueva y si el Estado debe completar la terna con un nuevo nombre si uno de los candidatos cuyo nombre ya ha sido presentado decide por motivos personales renunciar a su candidatura.

El Protocolo 16, que aún no está en vigor, ampliará las posibilidades del TEDH de pronunciarse a través de opiniones consultivas dado que permitirá que los tribunales supremos o constitucionales de los Estados partes puedan solicitar dictámenes al TEDH y no sólo el Comité de Ministros. Quizá así, con información proporcionada por el propio TEDH a los altos tribunales habrá menos demandas ante el TEDH contra esos Estados.

#### 4.2.5. La jurisprudencia del TEDH: criterios de interpretación

El TEDH –y la Comisión Europea de Derechos Humanos antes que él–, siempre han sido conscientes de que el éxito de su misión pasaba por que los Estados tuvieran confianza en ellos y no se sintieran amenazados. Por eso han sido extremadamente cautos interpretando los derechos del CEDH. Han acuñado conceptos como el del margen de apreciación que tienen los Estados, los cuales están situados en mejor posición que el TEDH para conocer y entender la realidad nacional y resolver la cuestión litigiosa. El TEDH ha respetado escrupulosamente el principio del previo agotamiento de los recursos internos, inadmitiendo un sinfín de demandas por este motivo. Ha tenido también que lidiar con temas especialmente sensibles como el terrorismo, el aborto, la eutanasia, el divorcio, la homosexualidad o la transexualidad, sabiendo que las legislaciones de los Estados partes eran extremadamente diferentes entre sí. El TEDH siempre intenta buscar el equilibrio entre los intereses confrontados de los particulares y los Estados.

El TEDH no es una última instancia. No es una tercera o cuarta instancia. No es el último recurso disponible en el sistema judicial de un Estado. El TEDH sólo se ocupa de derechos humanos y ni siquiera de todos ellos sino de los recogidos en el CEDH y sus protocolos. El TEDH suele tener un enfoque minimalista en el sentido de que suele contestar al caso que se le pregunta sin hacer disquisiciones teóricas

sobre el alcance de tal o cual derecho del CEDH. No hace teorías generales. Esto casa bien con su imagen de prudencia pero lleva a que se pierda un poco de riqueza en la argumentación. El TEDH sabe que la legislación de los Estados muchas veces es muy diferente entre sí de manera que se limita a constatar si el caso de autos viola el CEDH o no, sin pronunciarse sobre si otras legislaciones similares también violarían el CEDH.

El TEDH tampoco es un tribunal constitucional porque no puede declarar la nulidad de una ley, reglamento, acto administrativo, sentencia de un juez interno, ni puede retrotraer los procedimientos. Sólo estima la violación o no violación del CEDH y fija en su caso una compensación que trate de paliar el daño en los casos de imposibilidad de reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la lesión. Tampoco es un tribunal internacional sin más porque fue el primero de ellos que rompió con la larga tradición de derecho internacional según la cual ante los tribunales internacionales sólo los Estados podían demandar a otros. El TEDH admite demandas individuales y, de hecho, éstas constituyen el grueso de su trabajo. Además, es un tribunal de jurisdicción obligatoria para los Estados partes.

Dada la imposibilidad de analizar en estas líneas la inmensa e intensa jurisprudencia emitida por el TEDH a lo largo de su historia (empeño en el que pecaríamos de superficialidad), se darán únicamente unas pinceladas (que no pretenden ser tampoco exhaustivas) de algunas de las líneas jurisprudenciales que ha abierto el TEDH (y antes también la Comisión Europea de los Derechos Humanos). Se explicará por tanto de modo somero algunos de los criterios de interpretación que ha usado el TEDH y cómo éste ha ampliado la protección de los derechos hasta otros no expresamente recogidos en el CEDH. Entre ellos se pueden mencionar el criterio de la interpretación evolutiva, esto es, el entender que el CEDH es un instrumento vivo que hay que interpretar según sean las condiciones de cada momento; un criterio que casa bien con la interpretación teleológica de los tratados que predica el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31.

Así, en *Goodwin e I/Reino Unido* de 11 de julio de 2002, el TEDH entiende que viola el artículo 12 del CEDH el que un Estado prohíba el matrimonio de transexuales cuando permite las operaciones de cambio de sexo, aunque esto es algo que difícilmente estuvo en la mente de quienes redactaron el artículo 8 y el 12 del CEDH en 1950. En *Selmouni/Francia* de 28 de julio de 1999 entiende que dado que la sensibilización de la sociedad hacia la tortura es cada vez mayor y crece la intolerancia hacia este tipo de prácticas, lo que antes no eran más que tratos inhumanos y degradantes, hoy puede ser tortura. En *L. y V/Austria* de 9 de enero de 2003 entiende que es un anacronismo y va contra la manera de pensar actual que haya una edad distinta para las relaciones sexuales homosexuales consentidas y otra para las relaciones heterosexuales.

El criterio de la interpretación evolutiva considera que el CEDH es un instrumento vivo e implica que el convenio debe ser interpretado en función de las condiciones de vida actuales. Esta interpretación evolutiva se aprecia en la apli-

cación del principio de proporcionalidad, de la teoría de los derechos efectivos y no ilusorios, de la protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el CEDH y de otras técnicas como la del margen de apreciación y las obligaciones positivas<sup>28</sup>. El criterio del margen de apreciación lo podemos asociar con el principio de subsidiariedad. Debido a la disparidad cultural de los Estados partes del CEDH, el TEDH considera que éstos están en contacto directo con la realidad del país y están en mejor posición para ponderar los intereses en conflicto y hacer un juicio concreto, sobre todo respecto a derechos en los que no hay mucho consenso en el marco de las legislaciones nacionales. Así, en *G./Holanda* de 2 de marzo de 1987 el TEDH entiende que no viola los artículos 4 y 14 del CEDH el que el servicio social sustitutorio holandés sea más largo que el servicio militar, argumentando el TEDH que el Estado está mejor situado que él para saber si el servicio militar en dicho país es más penoso que la prestación sustitutoria.

La aplicación de la doctrina del margen de apreciación se aprecia frecuentemente cuando el TEDH valora si la injerencia en el derecho era necesaria en una sociedad democrática. El margen de apreciación es la expresión de una necesidad funcional, puesto que el TEDH no puede conocer mejor que el propio Estado las condiciones locales de aplicación del CEDH. Además, es una exigencia ideológica, porque los Estados europeos son muy diversos y el pluralismo democrático los define. A eso debe ser sensible el TEDH, que debe respetar tanto esa pluralidad como las diferentes tradiciones culturales<sup>29</sup>, lo cual se inserta en el objetivo y el espíritu general del CEDH. El TEDH va contra la uniformidad total<sup>30</sup> aunque el margen de apreciación estatal será menor cuanto más denominador común haya entre los Estados, esto es, cuanto más parecidas sean sus legislaciones internas en una materia.

Un criterio de amplio uso por parte del TEDH es el de las obligaciones positivas, o la obligación de adoptar medidas positivas, según el cual los derechos del CEDH no son sólo de abstención, sino que los Estados partes tienen la obligación de hacer (de impedir violaciones del CEDH, de prevenir, de abstenerse de injerir en los derechos, de legislar para evitar incumplimientos de particulares, de investigar las violaciones del CEDH...). El Estado cuenta con los medios para prevenir violaciones del CEDH (policiales, de los servicios sociales, de los tribunales o de las fuerzas armadas...). Todos los derechos son susceptibles de engendrar obligaciones positivas. Y todos los poderes públicos pueden ser la causa de la violación de las obligaciones positivas del Estado (policía, legislador, gobierno, jueces, administración...). Del artículo del que más fácilmente se puede extraer la idea de las obligaciones positivas es el artículo 1 del CEDH. Así, en *A/Reino Unido* de 23 de septiembre de 1998 entendió que el Estado había incumplido sus obligaciones positivas y por

tanto era responsable del maltrato sufrido por un niño a manos de su padrastro debido a que los servicios sanitarios conocían las lesiones que sufría habitualmente el niño y no tomaron medidas. En *Kalashnikov/Rusia* de 15 de julio de 2002, el TEDH entendió que puede ser trato inhumano y degradante -sin que medie ningún maltrato físico- el que un Estado mantenga sus prisiones en estado de total abandono y haya hacinamiento de internos. En el caso *Kontrova/Eslavaquia* de 31 de mayo de 2007, el TEDH condenó a un Estado incapaz de dar asistencia y seguridad a una madre y a sus hijos, víctimas habituales de la violencia del padre, quien había sido denunciado en numerosas ocasiones ante la policía. En *Nikolova y Velichkova/Bulgaria* de 20 de diciembre de 2007 ha indicado que el TEDH ha faltado a sus obligaciones positivas por condenar a una pena mínima de prisión (que además fue suspendida) a unos policías reos de asesinato y torturas. Y en *Dodov/Bulgaria* de 17 de enero de 2008, el TEDH ha entendido que el Estado ha faltado a sus obligaciones positivas por las negligencias de una residencia estatal de la tercera edad, de la que desapareció un anciano con Alzheimer que no fue nunca encontrado. Pero las obligaciones positivas no llegan a tanto como para que se tenga que vigilar policialmente la casa de un detenido a fin de que no le roben (*Blumberga/Letonia* de 14 de octubre de 2008).

El TEDH tiende a proteger derechos que no están en el CEDH por ricochet o por carambola (técnica que permite al TEDH proteger un derecho no previsto en el CEDH a través de otro que sí lo está). Muchos de esos "nuevos" derechos son socio-económicos, y han dado lugar a una jurisprudencia "social" del TEDH, como el derecho a un medio ambiente sano, que afecta al derecho al respeto de la vida familiar (*Pilar Moreno/España* de 16 de noviembre de 2004<sup>31</sup>). La noción de las obligaciones positivas, junto con la cláusula de igualdad (valor inherente a los derechos sociales) del artículo 14 del CEDH, ha propiciado la emergencia de una jurisprudencia social en el marco de su mecanismo de control. Si aceptamos, como no puede ser de otro modo, la indivisibilidad de los derechos humanos, la distinción entre derechos cívico-políticos y derechos socio-económicos no deja de ser artificial (es más, hay algunos de naturaleza mixta, como la educación, sindicación...). El TEDH ha denominado a esto las prolongaciones de orden económico y social de los derechos del CEDH en el asunto con el que inició esta saga, el asunto *Airey/Irlanda* de 9 de octubre de 1978. También se puede citar el caso *Hamer/Bélgica* de 27 de noviembre de 2007 que da prioridad a los valores ambientales frente al derecho de un propietario a construir en su parcela. El TEDH ha entendido que el CEDH garantiza el derecho a que las resoluciones judiciales estén motivadas como una prolongación del derecho a un juicio justo aunque el artículo 6 del CEDH no lo mencione expresamente (*Hirvisaari/Finlandia* de 27 de septiembre de 2001). También ha creado una jurisprudencia acerca de las garantías que deben exigirse a la expulsión de extranjeros cuando queda afectada su vida familiar (*Berre-*

28. Marc-André Eissenn señala que el TEDH no declara el derecho en vigor de hoy, sino el derecho de mañana (Eissenn, M.-A.: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 1985, Civitas).

29. TEDH, *Casado Coca/España* de 24 de febrero de 1994, párrafo 54.

30. TEDH, *Sunday Times/Reino Unido* de 26 de abril de 1979, párrafo 61.

31. Martín-Retortillo, L.: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea*, 2006, Civitas, Madrid; Ripol Carulla, S.: *El sistema de protección de los derechos humanos y el derecho español*, 2003, Barcelona, Atelier.

hab/Holanda de 21 de junio de 1988).

## 5. El futuro del sistema judicial del CEDH

Pese a que el Protocolo 11 vino a traer agilidad al sistema de protección de los derechos del CEDH, no consiguió evitar el atasco creciente de demandas que se acumulan ante el TEDH sin resolución (las demandas crecen a un ritmo de 15% cada año). La entrada en vigor del Protocolo 11 mejoró la rapidez con la que se despachan los casos (sobre todo al convertir el funcionamiento del TEDH en permanente) pero la entrada en el Consejo de Europa de los Estados del Este de Europa (algunos con una población muy numerosa, como Rusia) ha ampliado sobremanera el número de Estados que pueden ser demandados y, al tratarse de Estados con poca tradición democrática, las demandas contra ellos se han disparado. Además, en los países de la órbita más occidental de Europa cada vez hay un mayor conocimiento por parte de la población del mecanismo de protección de los derechos humanos del CEDH, razón por la cual también se presentan más demandas contra ellos. Desde el 1 de noviembre de 1998, fecha de la entrada en vigor del Protocolo 11, el TEDH ha emitido más de 200000 decisiones de inadmisibilidad. En 2008, casi 32.000 demandas fueron tratadas por el TEDH, dando lugar a 1900 sentencias y a 30000 decisiones de admisibilidad o inadmisibilidad.

Al fenómeno de la multiplicación exponencial del número de demandas hay que añadir otros dos problemas, a saber: el gran número de demandas banales o mal fundadas, que son directamente inadmitidas pero que hacen perder tiempo al Tribunal y el gran número de demandas en las que simplemente se reiteran hechos que ya han sido juzgados por el TEDH en asuntos previos, variando sólo el nombre de quien demanda (casos con la misma causa estructural o sistémica, que están dando lugar a sentencias "piloto"). En dichos casos, parece evidente que mientras el Estado en cuestión no solucione el problema estructural que da lugar a la presentación de tantas demandas individuales contra él (violaciones sistemáticas), las demandas seguirán llegando. Así, son recurrentes las demandas contra la justicia en Italia, las expropiaciones en Polonia, los ataques contra kurdos en Turquía, las demandas de chechenos contra Rusia y las de población separatista de Abjasia y de Osetia del Sur contra Georgia. Como ejemplo, más de 2700 sur-osetios han presentado demanda contra Georgia tras la guerra del verano de 2008. La presentación de una demanda interestatal quizá serviría para afejar la conducta al Estado incumplidor en situaciones en las que, muchas veces, lo que existe es una ley injusta, una crisis humanitaria subyacente o una situación de violación flagrante de derechos humanos. Sin embargo, el mecanismo de las demandas interestatales está absolutamente infrautilizado, con menos de una treintena de demandas contra Estados presentadas a lo largo de la historia del sistema del CEDH. En cambio, al TEDH le llegan anualmente demandas individuales por decenas de miles. Como ejemplo de todo esto, se puede poner el ejemplo del año 2003, en el que se presentaron 18023 demandas (últimamente se ha llegado a presentar más de 50000), de las que sólo fueron admitidas 753. De ellas, el 60% acabó con

una sentencia idéntica a otra previa, y el número de casos repetitivos sigue in crescendo.

Somos 800 millones de europeos para un único Tribunal. A lo que hay que añadir que cualquier persona no europea sometida a la jurisdicción de uno de los 47 Estados partes del CEDH también puede demandar. El número de demandas sigue aumentando pese a que el Protocolo 14 añadió un polémico requisito de admisibilidad a las demandas individuales consistente en que el TEDH puede decidir la inadmisión cuando el demandante no haya sufrido un perjuicio importante y salvo que el respeto de los derechos humanos garantizado por el CEDH o sus Protocolos exija examinar el fondo de la demanda y siempre que no se rechace por este motivo un caso que no haya sido debidamente examinado por un tribunal interno. Este requisito demuestra el interés del TEDH por concentrarse en asuntos que impliquen grandes cuestiones jurídicas (principio de *minimis non curat praetor*). Es más, la previsible entrada en vigor del Protocolo 15 supondrá la supresión de la parte de la frase de este requisito de admisibilidad que dice "y siempre que no se rechace por este motivo un caso que no haya sido debidamente examinado por un tribunal interno", lo cual permitirá la inadmisión de un mayor número de demandas que incluso hoy día.

Pero de todos los cambios que trajo consigo el Protocolo 14, quizá el más fundamental sea la posibilidad de que el TEDH resuelva asuntos en formación de juez único. El Protocolo está diseñado para dar al TEDH los medios y la flexibilidad para poder procesar las demandas en un plazo razonable y poder dedicar más tiempo a los asuntos más complicados. Su objetivo es reducir el tiempo que pasa el TEDH ocupándose de asuntos claramente inadmisibles y de casos repetitivos (también llamados clónicos). El formato del juez único, aunque resulte polémico y posiblemente menos garantista que el del un funcionamiento colegiado, permite al TEDH desembarazarse con bastante celeridad de este tipo de casos.

El Protocolo 14, con sus puntos positivos y con sus puntos negativos, es la solución provisional para un atasco del TEDH que se ha convertido ya en insostenible. Sin embargo, no es la solución definitiva puesto que el TEDH vuelve a estar saturado y tarda cada vez más en resolver. En 10 años el número de demandas se ha multiplicado por 10 y el 80% de las mismas afecta siempre a unos mismos Estados, 12 de los 47 Estados partes. 12 Estados acumulan el 86% de las sentencias condenatorias y de Rusia proceden un  $\square$  de los casos pendientes ante el TEDH.

En general, las demandas pueden ser catalogadas en 3 grupos: un buen número (90%) son demandas claramente inadmisibles sin necesidad de ser siquiera comunicadas al Estado demandado. Aun así, el TEDH debe dar una respuesta individual a los demandantes. Las demandas repetitivas (50%) ya han sido objeto de estudio por el TEDH pero en ellas se da la circunstancia de que el Estado no ha resuelto el problema de fondo que lleva a los particulares a demandar, lo cual retroalimenta el sistema y hace que sigan llegando demandas por el mismo supuesto de hecho pero con diferentes víctimas, lo cual a su vez lleva al TEDH a emitir

sentencias muy sucintas, en las que simplemente cita y recuerda los precedentes del TEDH en esa materia. En estos casos clones el TEDH ya no puede hacer más, recayendo en el Estado la responsabilidad de arreglar el problema del fondo. Sólo unas pocas demandas plantean cuestiones nuevas para el TEDH.

El TEDH ha tomado ya algunas decisiones para mejorar su eficacia. Entre ellas, ha creado una nueva Sección; promueve los acuerdos amistosos; desarrolla el procedimiento de la sentencia piloto; simplifica la redacción de las sentencias y acepta las declaraciones unilaterales de violación. Pero con esto no se resuelven todos los problemas. Hay una presión de trabajo creciente en el TEDH. Sólo en 2009 se presentaron 57000 nuevas demandas presentadas. A día de hoy y con su estructura actual, el TEDH puede llegar a emitir, en el mejor de los casos, unas 2000 sentencias al año, pero seguirá teniendo un déficit de unas 1800 demandas por mes. Y aunque el 90% de las demandas sean inadmitidas, del 10% que son admitidas el TEDH encuentra violación del CEDH en el 83%, lo cual es una cifra muy elevada.

Existe una situación de asfixia del sistema. Según el informe de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y de Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 21 de enero de 2010, el TEDH no tiene los medios para hacer justicia a todos los individuos y el sistema del juez único es un *cache misère* que mantiene la ficción de que el TEDH examina el fondo de todos los asuntos. Además, los Estados que incumplen y acumulan demandas repetitivas no son condenados a pagar daños o intereses punitivos y ejemplarizantes<sup>32</sup>. Sin embargo, en Europa hay resistencia a la idea de que el sistema se convierta en una jurisdicción como la del Tribunal Supremo de EEUU, que elige aquellos casos más emblemáticos que quiere juzgar, descartando los demás, especialmente los repetitivos (sistema de *pick and choose*). Tal posibilidad, atractiva para que el TEDH pudiera profundizar en asuntos realmente nuevos o relevantes que abran nuevas vías de investigación del derecho internacional de los derechos humanos, provocaría desde una visión europea indefensión porque la grandeza del sistema es que todo individuo tiene derecho a reclamar y a que su causa sea estudiada, aunque sea para inadmitirla.

Por todo ello, sigue siendo pertinente tener en cuenta las propuestas que se hicieron en el Informe del Comité de Sabios que se reunió en 2006. En mayo de 2005, cuando hacía solo un año de la conclusión del Protocolo 14, los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, reunidos en Varsovia, decidieron crear un Comité de Sabios que les asesorara sobre cómo mejorar en el largo plazo la

efectividad del mecanismo de control del CEDH, incluyendo los efectos iniciales de la puesta en marcha del Protocolo 14 de mayo de 2004. Aun partiendo de la aplicación del Protocolo 14 sabían que éste no era la respuesta definitiva a la sobrecarga de trabajo del TEDH y pidieron consejo sobre cómo mejorar el funcionamiento del TEDH a largo plazo.

El informe del Comité de Sabios fue hecho público en noviembre de 2006 en Estrasburgo<sup>33</sup> e incluye medidas que afectan a la estructura de la maquinaria judicial, a las relaciones entre el CEDH y sus Estados partes, medios no judiciales alternativos o complementarios y el status de los jueces del TEDH. Entre las medidas propuestas están:

Que se puedan hacer enmiendas al sistema judicial del TEDH sin necesidad de realizar enmiendas al CEDH, para hacer más flexible el trabajo del TEDH. Se harían a través de resoluciones del Comité de Ministros, sin que estas reformas pudieran afectar al catálogo de derechos del CEDH.

Establecer un nuevo sistema de filtro. La idea sería crear un Comité Judicial, segregado del TEDH pero con personas elegidas de modo independiente, que hiciera las funciones que el Protocolo 14 otorga a los Comités y al juez único (demandas claramente inadmisibles o reiterativas). Así, cuando el TEDH se ocupara de un asunto, sería con la garantía de que siempre habrá una sentencia o resolución final sobre el fondo.

Reforzar la autoridad de las sentencias del TEDH en los Estados miembros, para lo cual se aconseja traducir las sentencias a todos los idiomas, publicarlas ampliamente, distribuir las entre colegios de abogados y universidades...

Respecto a los Dictámenes, se sugería la conveniencia de establecer un diálogo entre los tribunales de los Estados miembros y el TEDH para asegurarse de que conozcan bien la labor del TEDH. Para ello se crearía la posibilidad de una petición de dictamen diferente de la facultad que tiene el Comité de Ministros ex artículo 47, una suerte de cuestión prejudicial. Esta sugerencia ya ha sido atendida y figura en el Protocolo 15, aún no en vigor.

Mejora de los mecanismos nacionales para reparar violaciones del CEDH (recursos efectivos ante las instancias nacionales), lo cual redundaría en que no volvieran a llevarse casos contra el mismo Estado por un mismo tipo de asunto. El propio Estado, al introducir mecanismos internos de recurso efectivo, lo evitaría.

Necesidad de reformar la concesión de satisfacción equitativa: hace falta cambiar el artículo 41, dejando que el TEDH se tenga que ocupar menos de este asunto.

Usar más el procedimiento del caso piloto, en el caso de violaciones sistemáticas del CEDH, a gran escala.

Promover la conversión del arreglo amistoso en una auténtica mediación que promuevan el TEDH e incluso el Comité Judicial, y durante la cual el TEDH suspenda el procedimiento.

32. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos: *The future of the Strasbourg Court and enforcement of ECHR standards: reflections on the Interlaken process Conclusions of the Chairperson, Mrs Herta Daubler-Gmelin, of the hearing held in Paris on 16 December 2009*, accesible en [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100121\\_ajdoc06%202010.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100121_ajdoc06%202010.pdf) En él, Herta Daubler-Gmelin propone crear una especie de recurso por incumplimiento en el Consejo de Europa similar al que existe en el ámbito de la UE, para sancionar a los Estados que incumplen las sentencias del TEDH.

33. Accesible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779>

Promover un rol más activo del Comisario de derechos humanos en relación con el sistema del CEDH. Aunque su labor es preventiva y no punitiva la idea sería asociar su trabajo a la ayuda al TEDH, identificando con sus visitas situaciones que pueden llevar a violaciones sistemáticas de derechos humanos.

Estas propuestas del Comité de Sabios siguen siendo válidas (aunque unas más que otras) y muchas deberían ser puestas en práctica. El Comité de Sabios agudizó el ingenio para evitar soluciones que no le parecían apropiadas para el sistema del CEDH como el sistema del pick and choose del Tribunal Supremo de EEUU, que en Europa nos resulta ajeno y caprichoso, o como el sistema de la UE de remisión prejudicial (porque el sistema del CEDH se basa en las demandas directas) o como la creación de tribunales regionales (que pueden llevar a dispersión y a interpretaciones dispares del CEDH).

Al margen de las anteriores, otras propuestas podrían ser crear secciones especializadas; crear una cámara de apelación; que ciertas funciones que cumplen ahora los jueces las lleven a cabo los letrados; que se cree un tribunal de primera instancia, similar al de la UE; que los Estados que no cuentan con ellos creen recursos de amparo ante sus jurisdicciones de última instancia; aumentar el número de jueces; asignar a algunos jueces la función de filtrar demandas únicamente o crear un órgano para las demandas repetitivas. Sin embargo, cualquier propuesta deberá evitar la dispersión de la jurisprudencia y que pierda la unidad de criterio.

Las ONG presentes en la conferencia de Interlaken de 2010 solicitaron de cara a una futura reforma del sistema que se mantenga íntegra la capacidad para los individuos de presentar demandas sin límites adicionales; que se cree un mecanismo de filtro que descarte ese 90% de demandas que no cumplen los criterios de admisibilidad; que las demandas se emitan en un plazo razonable y el TEDH cuente con los recursos humanos y financieros de los que ahora carece; que los Estados traduzcan las sentencias del TEDH y les den la debida publicidad a fin que se conozcan; y que se garanticen los conocimientos de idiomas y de derecho internacional de los derechos humanos entre los futuros jueces. Al mismo tiempo, se mostraron contrarias a limitar el acceso al TEDH; el sistema de pick and choose en el que el tribunal elige los casos que quiere juzgar; exigir costas procesales a los reclamantes a fin de desincentivarlos; añadir criterios de admisibilidad restrictivos; exigir que el demandante se exprese en inglés o francés y que deba estar representado por abogado desde el primer momento.

## 6. Conclusiones

Uno de los ex Presidentes del TEDH, el suizo Luzius Wildhaber, definió al CEDH como la joya de la corona y como lo mejor que le ha pasado a Europa en cuestión de

derechos humanos en los últimos 60 años<sup>34</sup>. Sin embargo, la joya de la corona ha estado a punto de morir de éxito y muy especialmente su recurso individual. La grandeza del sistema del CEDH consiste en que no sólo se ocupa de violaciones de derechos humanos especialmente graves, que ocupen titulares. Precisamente su éxito se debe a la "universalidad" del sistema. El TEDH cumple la función doble de garantizar unos valores comunes en materia de derechos humanos y asegurar su control individual. El sistema se basa en el principio de subsidiariedad en virtud del cual incumbe al Estado en primer lugar prevenir las violaciones y reparar las mismas. El TEDH no es una instancia de apelación o una cuarta instancia de las resoluciones judiciales internas.

No es vocación del TEDH rechazar 90 de cada 100 demandas presentadas, habrá que hacer que se conozca mejor el sistema para que se presenten sólo demandas que puedan prosperar. Por eso en los próximos años seguiremos hablando de la necesidad de reexaminar el mecanismo judicial del CEDH en aras a lograr una mayor eficacia. El Protocolo 14 no es una solución definitiva. Esto era algo que se sabía ya durante la conclusión de este tratado. El TEDH continúa en una situación límite. En septiembre de 2008 emitió su sentencia 10000. Adolece principalmente de tres graves problemas: cada vez se presentan más casos que no tienen ninguna posibilidad de prosperar; se están empezando a presentar casos por violaciones de derechos a gran escala (por ejemplo, derivados de guerras) para cuya resolución el TEDH no está preparado y cada vez se presentan más casos repetitivos y mientras el Estado no cambie su legislación o la práctica que provoca dichos asuntos, los casos seguirán llegando al TEDH. El TEDH se ve obligado hoy día, por el gran número de demandas que tiene pendientes, a tratarlas por orden de prioridad y no de registro, dejando para el final las demandas repetitivas (aunque estén bien fundadas) porque el Estado ya sabe qué medidas debe adoptar en esos casos. Por eso las sentencias en casos de demandas repetitivas se limitan a unas pocas líneas y no representan más que un ejercicio contable en el que se enumeran precedentes y se da una satisfacción equitativa.

Se hace necesario racionalizar de nuevo el sistema, adecuarlo a los tiempos que corren y al número creciente de Estados partes, como ya se hizo con el Protocolo 11 y el Protocolo 14. Para lograr este objetivo será útil, incluso necesario, tener en cuenta las recomendaciones del Comité de Sabios (algunas de las cuales ya han empezado a implantarse) porque el sistema del CEDH debe funcionar y funcionar bien. No tenemos alternativa al mismo y, además, ha sido y es uno de los mayores logros de la integración europea, sin duda, el mayor logro en la integración a través de los derechos humanos. Desde que el Consejo de Europa, de modo pionero, asumió como tema preferente en su agenda los derechos fundamentales, su ejemplo y sus enseñanzas han ayudado a recorrer el camino en esta materia no sólo de la UE sino también de la OSCE y otras organizaciones eu-

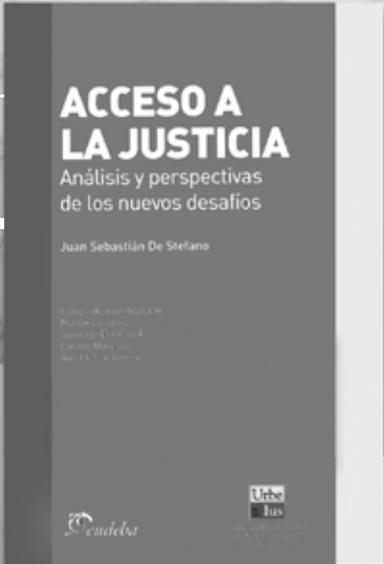
34. Wildhaber, L.: Speech given by Mr Luzius Wildhaber, former President of the European Court of Human Rights, on the occasion of the opening of the judicial year, 19 January 2007, accessible in [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2006\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2006_ENG.pdf)

ropeas, americanas y africanas. No es casualidad que la Organización se creara en 1949 y que sólo un año después ya hubiera concluido el convenio más emblemático que existe a escala regional en materia de derechos fundamentales.

La labor del Consejo de Europa constituye todo un referente en materia de derechos fundamentales incluso tras la incorporación al mismo de los países de la Europa del Este. Sigue siendo una organización humanista, antropocéntrica, centrada en el valor y la dignidad de la persona humana, de toda persona humana, no sólo las nacidas en un determinado lugar. El CEDH constituye una expresión clara de integración europea a través de los derechos humanos, incluso ahora que el sistema sufre saturación. De hecho, esta saturación del sistema es muestra evidente de su éxito<sup>35</sup>. La protección de los derechos humanos es utilizada cada vez más como modo de lograr un standard común entre 47 Estados europeos que quieren compartir unos mismos valores. Con todos los defectos que podamos achacar al sistema y que han quedado de manifiesto en estas líneas, sus Estados participantes tienen la voluntad de armonizar las garantías que ofrecen a los ciudadanos y esto, en sí, ya es un signo de integración. ■

---

35. Polish Helsinki Foundation for Human Rights: "El futuro incierto del TEDH" en *Liberties.EU*, 14 de abril de 2014, accessible en <http://www.liberties.eu/es/news/conferencia-tribunal-europeo-derechos-humanos>



**ACCESO A LA JUSTICIA**  
Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos  
Juan Sebastián De Stefano

Editorial de la Universidad de Murcia  
Murcia, 2014  
ISBN 978-84-8431-111-1

La editorial  
URBE STIUS

## Juan Sebastián DE STEFANO

### ACCESO A LA JUSTICIA

Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos

- Problemática
- El Rol del Poder Judicial en el Acceso a la Justicia
- Políticas de Acceso en la actualidad
- Agendas de la sociedad civil en las políticas públicas orientadas al Acceso a la Justicia

# “ Teoría general y protección supranacional de los Derechos Humanos ”

Por Mario Ignacio Álvarez Ledesma

Director de Doctorado en Derecho de la Sociedad del conocimiento y profesor-investigador del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Co-Editor in Chief de la Revista Diritto e processo.



## Breve introducción

Lo que enseguida se presenta es la conjunción de una serie de ideas agrupadas en otros tantos libros o artículos que sobre derechos humanos he venido publicando a lo largo de los últimos años<sup>1</sup> y que me permiten presentarlos como una suerte de Teoría general de los mismos. Ésta se ha construido sobre un hilo conductor que se sustenta en bases epistemológicas y metodológicas que caracterizan mis trabajos en la materia, a saber, el empleo del instrumental de filosofía del lenguaje del llamado Segundo Wittgenstein y, gracias a lo primero, la aplicación de la llamada concepción multidimensionalidad.

Ambas cuestiones podrían resumirse como un ejercicio de filosofía analítica y, consecuentemente, el rastreo de los discursos en los cuales se usa o emplea el concepto 'derechos humanos' y qué significados y objetivos busca en esas distintas dimensiones discursivas. El objetivo, en última instancia, consiste en identificar con la mayor claridad posible –y evitando o salvando los harto frecuentes enredos conceptuales que son lugar común en el tratamiento de los derechos humanos– las funciones o propósitos precisos que el concepto 'derechos humanos' comporta, principalmente, en tres dimensiones o discursos: el filosófico (donde surge); el político (donde adquiere consenso); y, el jurídico (que lo introduce al ámbito de la legalidad y busca dotarlo de eficacia).

Consecuentemente, y desde una idea convencionalista de un modelo para definir y de acuerdo con los elementos epistemológicos y metodológicos antes descritos, es dable elaborar (construir) una definición de los derechos humanos que permita comprenderlos en su naturaleza multidimensional. Esta definición resulta ciertamente útil para identificar tanto posiciones reduccionistas de los derechos humanos que los circunscriben a una sola de sus dimensiones, o que

1. Los libros y artículos a que hago alusión son, principalmente y para los efectos de este trabajo, los siguientes: Mario I. Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto 'derechos humanos'*, McGraw-Hill, México, 1998; "Derechos humanos (teoría general)" en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica* (Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani, coordinadores); ISEC, Roma-Perugia-México, 2013; "Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia", *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, México, Año 1, No. 1, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.*; "Derechos Humanos y Políticas Públicas: La función de los Derechos Humanos en las Políticas Públicas" en *Políticas Públicas y Derechos Humanos en México* (Andrea Rossi y Luis Eduardo Zavala, coordinadores), Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, EGAP-Tecnológico de Monterrey, México, 2010; "Acceso a la justicia" en *REVISTA URBE et IUS. Construyendo ciudadanía*, No. 13, Asociación Civil URBE et IUS, Buenos Aires, Invierno 2014; y, en colaboración con Roberto Cippitani: "Individual rights and models of international cooperation", en *Derechos Individuales e Integración regional (Antología)*, ISEC, Roma-Perugia-México, 2013.

empalman acríticamente sus diferentes discursos. Asimismo, pretende detectar lo contrario: visiones que sostienen una concepción omnicompreensiva de los derechos humanos cual si fuese la única teoría de la justicia válida que se encuentra más allá de cualquier crítica, lo que produce, entre otros fenómenos negativos, un empleo abusivo de la expresión 'derechos humanos', lo que conlleva el 'vaciamiento conceptual' de la expresión 'derechos humanos' e inferir, equivocadamente, que toda violación al Derecho o a la moralidad social es necesariamente, una vulneración a los mismos.

Un elemento adicional para inmunizarse intelectualmente contra esta visión reduccionista u omnicompreensiva de los derechos humanos, consiste en comprender y discriminar tanto sus presupuestos teóricos como sus presupuestos funcionales. La distinción de ambos elementos permite acuñar no sólo un concepto sino una concepción más crítica y a su vez propositiva de los derechos humanos. Ello es así porque hace posible distinguir la distancia que debe salvarse entre teoría y praxis, es decir, entre la elucubración moral del deber ser y el mundo del ser. Una cosa es lo que necesito para poder hablar teóricamente y con corrección de derechos humanos en cuanto teoría deontológica de la justicia y otra, vinculada con lo primero pero en un plano enteramente distinto, las condiciones fácticas ineludibles que son necesarias para que esa teoría pueda hacerse efectiva en la realidad. Evidentemente, un análisis de este tipo orienta sobre el tipo de acciones de Estado y políticas públicas que son necesarias para que en la realidad pueda darse una efectiva promoción y protección de tales derechos. Es decir, pueda trascenderse el "discurso político" y ver su concreción en la realidad social, superando las buenas intenciones y las promesas de campaña y gobierno que suelen sólo quedarse en el papel.

Finalmente, el presente artículo explora brevemente cómo los derechos humanos, gracias a las decisiones de los jueces de los tribunales internacionales han terminado por constituirse en un elemento muy importante de integración regional y hasta universal, pues los principios jurídicos y morales en los que se sustentan los derechos humanos, más allá de la impronta de los sistemas jurídicos en los que éstos se verifican, han permitido construir un discurso jurídico homogéneo basado en criterios de justicia que trasciende fronteras y que sirve para prevenir o solucionar problemáticas sociales que integran a las sociedades por vía de una visión compartida que, se piensa, es jurídica y políticamente justa y que promueve la libertad, la igualdad y la equidad. Y ello ha sido posible, de forma un poco inadvertida, gracias a las sentencias formuladas por los jueces de instancias supranacionales como la Corte Interamericana y Europea de Derechos Humanos.

## 1. Definiendo los derechos humanos

De acuerdo con lo señalado en la introducción es posible definir a los derechos humanos como:

Aquellas exigencias éticas de importancia fundamen-

tal que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición.

Exigencias sustentadas en valores o principios como el de autonomía moral, dignidad humana y universalidad que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.<sup>2</sup>

Esta definición se ajusta a la cosmovisión multidimensional de los derechos humanos, en tanto una noción que se verifica en tres discursos histórica y teóricamente verificables, el filosófico-político, el político y el jurídico. En tal virtud, la definición anterior daría cuenta de lo siguiente:

Que los derechos humanos nacen y se desarrollan como exigencias éticas adscritas a un específico concepto de persona humana, dotada de autonomía y dignidad. Es decir, concepto gestado por las filosofías liberales, principalmente, en los siglos XVII y XVIII con base en la obra de filósofos-políticos, iusnaturalistas y contractualistas como Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant y Jean Jaques Rousseau. Éstos buscaban un concepto alternativo de legitimidad política oponible al concepto tradicional de legitimidad monárquica;

Que tales exigencias éticas han experimentado un tránsito histórico que las ha convertido en el discurso jurídico-político, nacional e internacional, de los Estados democráticos y de Derecho modernos;

En efecto, y esto es de suma importancia, los derechos humanos intentan plasmar criterios (en principio) universalmente aceptados que sirven para medir el funcionamiento del nuevo orden internacional surgido después de la Segunda Guerra Mundial. Nuevo orden internacional que trata de construirse con base en los derechos humanos, cuyo desconocimiento, se pensó, fue lo que ocasionó la conflagración mundial referida. Desconocimiento que, también, halló caldo de cultivo en la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia para poner un alto a los abusos de poder cometidos, por ejemplo, en la Alemania nazi o en la Italia facista, lo que trajo como resultado la edificación de un sistema de instituciones y normas internacionales alternativo o supletorio al de los Estados nacionales, esto es, el Derecho internacional de los derechos humanos y sus sistemas universal o de las Naciones Unidas y regionales de promoción y protección de tales derechos.

## 2. Latriplepersonalidad de los derechos humanos: Su concepción multidimensional

La concepción multidimensional de los derechos humanos es una metodología cuyo objeto consiste en comprender y entender la triple personalidad de los derechos humanos y, por ende, su particular forma de funcionamiento como criterio de legitimidad y justicia. Su complejidad ra-

2. Cfr. M.I. Álvarez Ledesma, "Derechos humanos (teoría general)"; Op. cit., p. 208.

dica en que los derechos humanos se desenvuelven, al unísono y principalmente, en las tres dimensiones discursivas antes referidas, dimensiones-discurso de naturaleza distinta que, empero, mutuamente se influyen y hasta condicionan.

Esta triple personalidad, de no ser entendida a cabalidad, impide una correcta apreciación de la forma el que se desenvuelven los derechos humanos y, sobre todo, afecta su optimización en cuanto criterio de ordenación social. Desafortunadamente, la tendencia se dirige, como la "emocionalidad de los derechos humanos" muestra, a explotar o desarrollar una de las dimensiones de los derechos humanos en demérito de las otras, ofreciendo en la praxis un concepto débil, desgastado y, sobre todo, incapaz de cumplir la complejísima función técnica que los referidos derechos humanos tienen encomendada en nuestras sociedades contemporáneas.

Esta idea de la multidimensionalidad de los derechos humanos parte de analizar el periplo que dichos derechos experimentaron para convertirse en el criterio de justicia y legitimidad que hoy conocemos. Este periplo comienza, según se señaló, en los siglos XVII y XVIII, gracias a que un grupo de filósofos de la época (Hobbes, Locke y Rousseau, entre otros) construyeron un concepto de filosofía política, a saber: la teoría de los derechos naturales como principio de legitimidad del Estado y, por consecuencia, del poder político. En ese concepto se acuña la original y primera personalidad con la que nacen los derechos humanos: un concepto filosófico (e inclusive siendo más precisos, de filosofía política) que concibe al hombre, al individuo, como un ente moral, dotado de razón, al que le son asignables principios morales como el de autonomía y dignidad humanas. Estamos frente a la que denomino, en cuanto personalidad primera u original de los derechos humanos, dimensión filosófica, axiológica o, si se quiere, ética de los derechos humanos.

Las misiones que a dicha dimensión corresponden son varias. La central es, sin duda, justificar racionalmente los derechos humanos. O sea, su argumentación, la búsqueda o construcción (según la posición teórica que se asuma) de las razones puras y duras en las cuales apoyar la idea de asignar a las personas derechos (ya naturales, ya históricos, ya morales, según sea el tipo de argumentación de que se trate). Ejercicio intelectual que busca justificar racionalmente una concepción de persona, como ente moral por excelencia, dotado de voluntad –relevante ética, política y jurídicamente– que se constituye como último argumento y valladar para hacer frente a los abusos, veleidades y preferencias caprichosas del poder o de los distintos tipos de intereses que en la sociedad existen.

Históricamente, la segunda dimensión de los derechos humanos es la política. Surge en el momento en que los derechos humanos se convierten en la ideología que encabeza movimientos sociales, como paradigmáticamente se ha reconocido a los derechos humanos en tanto estandarte de la Revolución francesa, entre otros movimientos sociales de ese género. Esta dimensión constituye una transición natural que lleva a los derechos humanos de los textos de filosofía política, es decir, la especulación teórica, al campo de

acción, a las declaraciones políticas de derechos. Ejemplos muy conocidos y difundidos son la Declaración del Buen Pueblo de Virginia o la misma Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano. Aquí debe llamarse la atención en el hecho de que dichas declaraciones son, como se ha precisado, de naturaleza política, no jurídica. O sea, criterios o exigencias de legitimidad que se esgrimen ante el poder o los abusos del poder.

Finalmente, el periplo de los derechos humanos y, por consecuencia, la concreción de su tercera dimensión, la jurídica, se da con la plasmación de los derechos humanos en los textos constitucionales, lo que en el constitucionalismo primero se consideró, dada su trascendencia, su parte dogmática. Es decir, los derechos humanos como derechos fundamentales o garantías constitucionales, dotados de vinculatoriedad y en su caso de coacción, los cuales cuentan con el apoyo que le brinda la fuerza legitimada del poder soberano en caso de inobservancia.

Lo que la multidimensionalidad hace ver es que detrás de todo caso o circunstancia referida a los derechos humanos existe o se proyecta su triple personalidad. Porque de lo que se trata es de una figura compleja que conlleva a un tiempo, pero en diferentes dimensiones conceptuales, un alegato de índole ética, filosófica o moral, dirigido a la justificación del poder político pero que, al mismo tiempo, comporta una muy importante repercusión en el terreno jurídico-normativo. Los derechos humanos son, a simple vista y he aquí precisamente el problema, una expresión sencilla, propositiva y amigable, usada frecuentemente con irresponsabilidad y hasta desparpajo –por gobernantes y gobernados– que oculta tras de sí, para bien o para mal, un triple espectro, personalidad y alcance, el de ser un concepto de naturaleza ético-político-jurídico.

La multidimensionalidad,<sup>3</sup> asimismo, nos permite analizar cuál es la situación o estado de los derechos humanos en un momento determinado. Porque, como suele suceder, si se presentara un desarrollo asimétrico entre los tres niveles o dimensiones de los derechos humanos, la eficacia de éstos como criterio de justicia y legitimidad política se vería de distinta manera afectado, complicando su vigencia.

Así, verbigracia, puede pensarse en un estado de cosas tal donde exista un importante desarrollo teórico-filosófico de los derechos humanos acompañado de un importante activismo político de los mismos que convive con un ineficiente sistema de procuración de justicia. U, otro hipotético caso, donde un incipiente desarrollo teórico de los derechos humanos se vea acompañado de un activismo político generalizado que no encuentra asidero de eficacia en la ley. Por ende, las combinaciones posibles de un, por así llamarlo, desarrollo asimétrico de los derechos humanos son, como puede verse, múltiples como múltiples y diversos serán también los efectos que se reflejarán en la vigencia y eficacia de tales derechos.

Pues bien, esta es la explicación de la distorsión o de-

3. Cfr. M.I. Álvarez Ledesma: *Ibid.*, pp. 203-208.

sarrollo asimétrico que los derechos humanos han sufrido con la llamada "emocionalidad",<sup>4</sup> y que se entiende perfectamente como producto de un importante fortalecimiento de la dimensión política de los mismos que no va acompañada de un desarrollo paralelo de sus correspondientes dimensiones ético-filosófico y jurídica.

Es difícil, efectivamente, lograr el desarrollo armónico de las tres dimensiones centrales de los derechos humanos. Alcanzarlo requiere importantes estadios, como es de suponerse, de disquisición y preocupación ética respecto de la vigencia de ciertos valores en la vida social; implica incentivar una vida política plural y plena, que permita la manifestación de una cultura de los derechos humanos, reflejada en formas variadas y eficaces de participación y preocupación de la ciudadanía respecto del proceder del poder público y de los otros poderes fácticos; y, finalmente, implica también contar con instituciones jurídicas sólidas, que aseguren el acceso a la justicia a través de garantías efectivas para prevenir y sancionar las posibles violaciones a los derechos humanos. Lo que, como en el inciso siguiente se hará ver, constituyen los llamados presupuestos funcionales que hagan viables tales derechos.

4. Cfr. M.I. Álvarez Ledesma, "Derechos Humanos y Políticas Públicas: La función..."; Op. cit, pp. 122-127.

### 3. Presupuestos teóricos y funcionales de los derechos humanos

Una forma útil de caracterizar los derechos humanos que evita confusiones, consiste en entender que cuando se hace referencia a aquéllos se alude, fundamentalmente, a una teoría de la justicia. Por tal, se entiende, la construcción o especulación cuyo objetivo es fijar un conjunto de criterios paradigmáticos —como los derechos humanos, por ejemplo— cuyo objetivo es determinar lo que debe tenerse por bueno y correcto en la sociedad. Se trata, por tanto, de una especulación, principalmente, de orden ético-filosófico. Entre las respuestas que se esperan de una teoría de la justicia están, de forma enunciativa, las siguientes: ¿cuáles son los bienes básicos de los que los individuos deben poder disfrutar?; ¿cuáles son los límites y quién es el depositario del poder?; ¿cuáles son las fronteras entre lo público y lo privado?; ¿qué deberestienen las personas humanas para con sus congéneres?; ¿qué obligaciones tiene el Estado para con los particulares?

Una clasificación tradicional de las teorías de la justicia las divide en deontológicas y teleológicas. Así las cosas, las teorías deontológicas determinan la corrección o incorrección de las acciones humanas con base en las cualidades intrínsecas de las acciones, de las que se derivan para los individuos derechos y deberes. Estas teorías, entonces, dan prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, por eso

Cuadro 1. Derechos Humanos y multidimensionalidad

Dimensiones	Origen y Objetivo
Filosofía	<p>Los derechos humanos originalmente como "Derechos Naturales" nacen en la filosofía política de los siglos XVII y XVIII (Hobbes, Lock ey Rousseau).</p> <p>Su objetivo era construir un nuevo concepto de legitimidad política, de justificación de poder, basado en la salvaguarda de esos derechos naturales.</p>
Política	<p>La praxis política del siglo XVIII construye las Declaraciones políticas del siglo XVIII.</p> <p>Declaración del Buen Pueblo de Virgina, 1776.</p> <p>Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.</p> <p>Paso del lenguaje filosófico al lenguaje ideológico.</p>
Jurídica	<p>Para dotar de eficacia a los Derechos naturales de las Declaraciones de derechos se convierten al Derecho positivo vía su plasmación en la Constitución.</p> <p>Se vuelven reglas de eficacia reforzada.</p> <p>Paso del lenguaje ideológico al jurídico.</p> <p>Tránsito de los moral rights a los legal rights.</p>

la justicia de una acción no se halla en función de alcanzar determinados fines, objetivos o metas. Lo justo será aquello que así resulte conforme a la norma, al derecho cuyo contenido se considera como bueno.

El otro grupo de teorías de la justicia, las denominadas teleológicas, se caracterizan por hacer depender la determinación de lo justo en alcanzar fines, objetivos o metas; de ahí su nombre. El ejemplo más típico de teoría teleológica es el llamado utilitarismo, el cual sustenta su concepto de justicia en la consecución de un fin u objetivo específico que los seres humanos, según su naturaleza, deben alcanzar: la felicidad, el bienestar. Por ende, todo aquello que contribuya a maximizar tal objetivo será justo.

Se deduce de la sola lectura de la naturaleza de ambos tipos de teorías que éstas resultan antagónicas. Lo que podría resumirse afirmando que para las deontológicas el fin no justifica los medios; para la teleológicas, sí, evidentemente.

Es obvio que la teoría de los derechos humanos es una teoría deontológica, de donde se deriva su primera y principal característica lo que determina su impronta, a saber, su concepción moral acerca del individuo, de la persona humana, como ente dotado de una serie de derechos (ya naturales, ya morales, ya históricos, según sea la fundamentación del caso), que son valiosos en sí mismos, y cuya protección y promoción constituyen el origen y la razón de ser del Estado —por eso son criterio de legitimidad política—, y que resultan, al unísono, el criterio de justicia de las instituciones sociales. Esto es, que conforme a su cumplimiento o no cumplimiento se podrá predicar que una institución pública (jurídica, de salud, educativa, etcétera) actúa con justicia o sin ella.

Lo que hace, en consecuencia, valiosos a los individuos es la posesión consustancial de esos derechos, precisamente humanos, derechos que constituyen el centro de gravedad de toda esta teoría. Entonces, la determinación del contenido y de las características de tales derechos va a ser fundamental, como lo es también la posesión, la preservación y el aseguramiento de los mismos.

Este primer presupuesto teórico de las teorías de los derechos humanos está, como es obvio, plagado de dificultades conceptuales y epistemológicas; el esfuerzo por resolverlos explica la abundante literatura filosófica sobre la materia.<sup>5</sup>

Es necesario decir aquí, por más que se presuponga, que las razones que arguyen las teorías de la justicia basadas en derechos humanos para justificarlos no son de tipo legal, porque la plasmación de los derechos humanos en las Constituciones de los Estados o tratados internacionales lo que hace es reafirmar su eficacia, en todo caso su validez jurídica, pero nada dicen respecto de su corrección y/o ra-

zonabilidad. Por ello, la argumentación en torno a los derechos humanos busca las razones últimas de su corrección o bondad, razones que sólo parcialmente se evidencian por el hecho de que los derechos humanos se plasmen en normas jurídicas. Sobran ejemplos de principios o criterios vistos como injustos que no se han convertido en lo contrario por el hecho de haber sido consagrados en la ley. Parece claro que el solo hecho de que un valor o principio se convierta en norma jurídica no lo hace automáticamente justo o moralmente aceptable.

Es partir de esta idea central que los derechos humanos se conciben, en primera instancia, como exigencias éticas o valores de los que la persona humana es poseedora. De tal guisa, la mayoría de las teorías de los derechos humanos y sus autores desarrollan las que se consideran sus insoslayables presupuestos teóricos. Veamos.

Primer presupuesto: un concepto específico de lo que es la persona humana; esto es, un ser dotado de una racionalidad que le permite, voluntaria y libremente, elegir sobre su vida, sus preferencias y su destino. Esta idea ha sido llamada de diferente manera por los teóricos de los derechos humanos: principio de la autonomía de la persona o el individuo como agente moral racional. Las implicaciones de este primer presupuesto son enormes, porque delinea a la persona humana desde la ética, su carácter es evidentemente contrafáctico. Ello es así, porque al margen de sus diferencias culturales, de sus características físicas o raciales, de sus preferencias de todo tipo o de su sexo, inteligencia o salud, lo que lo distingue a la persona, siempre y en cualquier circunstancia, es su condición de individuo con la capacidad —así sea potencial, piénsese en personas enfermas de sus facultades mentales— de decidir, de optar sobre su vida, de ser dueño de su propio destino.

Pienso que de este primer presupuesto teórico se deriva el principio de igualdad básica de los seres humanos, igualdad básica en tanto seres racionales, libres y capaces de diseñar y rediseñar libremente su propio proyecto de vida.

Segundo presupuesto: los individuos o personas están dotadas de dignidad; esto es, son fines en sí mismos y nunca medios. Algunos llaman a este presupuesto como principio de inviolabilidad de la persona humana y lo subsumen en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, que reza: "Actúa de tal modo que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de cualquier otro, como un mero medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma".

Este segundo presupuesto está íntimamente vinculado con el primero, pero con una repercusión específica: para que una persona humana no sea tratada como un medio el elemento relevante son sus decisiones, es decir, respetar su autonomía moral, la capacidad de autodeterminarse. Por ende, si las personas humanas son un fin en sí mismo, tendrán que ser consideradas como la unidad moral básica y, entonces, titulares de los bienes básicos.

Este segundo presupuesto pugna evidentemente con

5. Me gusta citar, como ejemplo de la enorme complejidad de la argumentación necesaria para tales menesteres, la obra de *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984.

las medidas de justicia colectivistas que atribuyen entidad moral a los grupos colectivos, la sociedad o la humanidad en su conjunto, o con decisiones o prácticas utilitaristas, dispuestas teóricamente a sacrificar al individuo en aras de maximizar el bienestar colectivo (el fin justifica los medios).

Tercer presupuesto: el ámbito de validez de los derechos humanos es universal. Este principio de universalidad debe ser entendido en dos sentidos, uno cognitivo y el otro en función de su ámbito de aplicación.

Respecto del primero, el principio de referencia predica que son universales los sistemas normativos morales que hacen de los derechos de los individuos su elemento básico y, por ende, que el discurso de estos derechos puede ser comprendido por todo ser racional-humano. Por ello, precisamente, pueden ser universales, quedando sometidos a un diálogo racional abierto, en cuya construcción y crítica racional todos pueden participar. En tal virtud y de aquí se deriva el segundo sentido del principio de universalidad-, son derechos que posee la persona humana en todo lugar, porque su posesión depende de ser persona humana y no nacional de algún país o perteneciente a una u otra comunidad.

Así las cosas, serían entonces tres los presupuestos teóricos característicos de los derechos humanos: autonomía moral de la persona, dignidad y universalidad de los derechos. Los predicados de cada uno de esos presupuestos son en realidad complejos y tienen que ver, básicamente, con la idea siguiente: las personas humanas son seres libres e iguales, dotadas de una racionalidad moral que les permite optar sobre lo correcto o lo incorrecto; las personas humanas son fines en sí mismos, por lo que sus derechos provienen de su sola condición de tales. De tal guisa, las teorías de los derechos humanos son teorías individualistas (algo muy distinto al egoísmo o el personalismo), considerando que el ente moral por excelencia es la persona humana. Y dado que la titularidad de los bienes proviene no de un sistema normativo positivo sino de un sistema normativo ético o ideal, su ámbito de validez tendrá que ser universal, al margen de que las normas de ese sistema ético o ideal sean o no reconocidas por los sistemas de derecho positivo.

¿Cuáles serían entonces las condiciones o presupuestos fácticos más ad hoc para que una teoría de la justicia de ese tipo pueda concretarse en la realidad?

Pienso que la estructura político-social cuyas características se delinean a partir del tránsito histórico de los derechos humanos, y que permiten hacer funcional el modelo de justicia basado en ellos, se puede resumir en cuatro presupuestos funcionales, a saber:

Democracia representativa; Estado de derecho; entorno cultural en el que prive el pluralismo moral; y, desarrollo económico.

Enseguida explicaré sucintamente lo que entiendo por cada uno de esos presupuestos, no sin antes puntualizar dos aspectos: el primero es reconocer el carácter complejo y polémico de tales presupuestos, de donde su tratamiento aquí

no se hace de modo reduccionista, sino que de ellos se extraen aquellas notas esenciales que nos permitan poner en evidencia su conexión con las teorías de los derechos humanos, reconocidas de antemano sus intrínsecas dificultades. Subrayo, en particular, la naturaleza polémica de insertar como presupuestos necesarios de los derechos humanos el pluralismo cultural y el desarrollo económico. El segundo aspecto que debo mencionar, consiste en dejar constancia de que estos presupuestos funcionales o estructurales de las teorías de los derechos humanos, a diferencia de los primeros presupuestos, los teóricos, sí pueden sustentarse en evidencias fácticas. Ello facilita la tarea de argumentación por una parte, pero, por la otra, obliga a entrar a un terreno casi casuístico, por lo que aquí simplemente aludiré a enunciados generales o gruesos y excepcionalmente a casos concretos que se subsumen a los antedichos enunciados generales. Así, por ejemplo, si hago referencia a la necesidad de la existencia de un Estado de Derecho no sólo me refiero a la existencia formal, jurídica o nominal del mismo en Constituciones o leyes, sino a su funcionamiento y a su viabilidad. Entonces, haré referencia, en líneas generales, a que la corrupción o la carencia de voluntad política de alcanzar la justicia pueden dar al traste con el Estado de Derecho, por más que éste formalmente exista. Resulta obvio que un Estado de Derecho corrupto y sin voluntad política de aplicar la justicia hará imposible y, en el mejor de los casos, excepcionalmente posible, la vigencia de los derechos humanos.

En torno a la democracia representativa diferentes autores han desarrollado lo que suele llamarse teoría de la democracia. Ésta sostiene que para que un sistema político resulte legítimamente democrático deben cumplirse varias condiciones. No haré aquí un largo discurso sobre la teoría de la democracia, sólo aludiré a ciertos elementos de este sistema político, por ser el que presenta las mejores condiciones para el desarrollo del modelo de justicia que predican los derechos humanos.

El sistema democrático reconoce una igual entidad política a todos los participantes del sistema en su carácter de ciudadanos. El ciudadano no es, ni con mucho, el súbdito, el siervo, al que el poder, graciosamente, reconoce derechos. El ciudadano es quien genera con su razón, voluntad y decisión la legitimidad del sistema político, es su partícipe central y su creador. El ciudadano es origen y destino del sistema político democrático, el concepto ciudadanía es el receptáculo de la soberanía del Estado y, por ende, la fuerza del poder político mismo y su legitimidad.

Huelga decir que esta concepción democrática del ciudadano encaja perfectamente con la idea del individuo racional, libre y responsable de su destino, presente como primer presupuesto teórico de los modelos de justicia basados en derechos humanos. La alusión a la idea de democracia representativa parece indispensable en sociedades complejas, como son las sociedades modernas. Si bien algunos de los teóricos clásicos de la democracia, como Rousseau, entendían la democracia en su versión más pura, es decir, como democracia directa, ésta resulta difícilmente viables, por razones prácticas, en las sociedades actuales.

Sin embargo, en uno u otro caso un segundo elemento

de las teorías democráticas está presente en ambas formas de democracia, a saber, el principio de la mayoría para la toma de las decisiones. Mayoría que en todo caso legitima políticamente la decisión, legitima el sentido del bien común, que no la bondad y corrección intrínseca de las decisiones adoptadas por aquélla. De hecho, los derechos humanos pueden constituir un límite a las decisiones mayoritarias cuando éstas pretendan ignorar aquellos principios en los que el propio sistema democrático se sustenta, uno de los cuales sería la libertad, que es también un derecho humano fundamental. La democracia, formalmente, nos ofrece el presupuesto funcional necesario para dar viabilidad a los derechos humanos. Pero, ¿esto es así en las sociedades de facto?

Hoy día, las teorías de los derechos humanos lo que están encontrando son instituciones y estructura democráticas balbucientes, con una enorme incapacidad de dar respuesta a las demandas sociales, sujetas a las mafias y al monopolio de los partidos políticos, desarticuladas por una división de poderes mal entendida, presionadas por la crítica internacional, incapaces de dar seguridad a las personas, fracturadas por el poder de la criminalidad organizada o el terrorismo, ahogadas en la corrupción. Es ocioso insistir que en instituciones democráticas así no pueden dar viabilidad a los derechos humanos como teoría de la justicia.

El Estado de Derecho es elemento protagónico, también, de la teoría de la democracia misma. La idea del Estado de Derecho constituye, a un tiempo, presupuesto estructural fundamental de las teorías de los derechos humanos como modelos de justicia.

En efecto, el Estado de Derecho es una condición ineludible de la vigencia de los derechos humanos porque la forma en que se estructura el poder del Estado es condición del tipo de derecho que el Estado produce. Puede afirmarse, en consecuencia, que un Estado fascista, autocrático o democrático producirá un derecho de la misma naturaleza. Por eso he apuntado en otra parte que el Derecho cumple una función original, pero también que el Derecho es, en buena medida, lenguaje del Estado y camina de la mano del poder, del poder político.

En la medida en que el poder político y el Estado basen su legitimidad en los valores y principios de los derechos humanos, el Derecho reflejará, necesariamente, esos valores en sus normas; dirigirá éstas a la consecución de esos valores, porque el Derecho es una realidad de destino. Por ende, el Estado de Derecho se constituye en un instrumento por el que la sociedad y su organización estatal expresan un sistema de valores que las normas jurídicas realizan a través del orden, la seguridad y la igualdad que la sola aplicación de los sistemas jurídicos producen.

Por tanto, hablamos de Estado de Derecho en el sentido de un Estado sometido a las normas jurídicas por él mismo sancionadas, normas jurídicas que se supone reflejan o deben reflejar los principios de justicia implícitos en la idea de derechos humanos. En suma, que la antítesis del Estado de Derecho es el Derecho de Estado, es decir, la prescripción de normas a capricho y conveniencia exclusiva de quienes

ejercen el poder.

Sin embargo, ¿la sola existencia formal de una Constitución, leyes y tribunales garantizan la vigencia de los derechos humanos? La respuesta es, obviamente, negativa. De hecho, tanto o más que el sistema democrático mismo, según hemos ya dicho, el Estado de Derecho refleja las aspiraciones y objetivos de una sociedad a través de sus propias normas y, sobre todo, los bienes jurídicos tutelados por las éstas (valores, creencias, aspiraciones y, por supuesto, los derechos humanos). Empero, dicho Estado de Derecho se encuentra, en la realidad y generalmente, gravemente impedido de hacer efectivo el modelo de justicia predicado por los derechos humanos, dada la problemática que aquí me permitiré enunciar simplemente como dificultades extrínsecas al tal Estado de Derecho (aquel conjunto de factores negativos que nada tienen que ver con la calidad jurídica del sistema u ordenamiento jurídico mismo, considerado como una totalidad ordenada y jerarquizada de normas compatibles y coherentes) y dificultades intrínsecas al mismo.<sup>6</sup>

Así las cosas, considero dificultades extrínsecas (fácticas o extrasistémicas) al Estado de Derecho, las siguientes: un alto grado de corrupción en el sistema de administración de justicia; altos grados de incompetencia profesional por parte de los recursos humanos del mismo sistema o carencias endémicas en los instrumentos eficaces de defensa jurídica (falta, por ejemplo y entre otros múltiples supuestos, de una defensoría de oficio competente para los sectores más marginados de la sociedad o para casos de urgencia); incompetencia y/o corrupción por parte de los abogados postulantes (por ejemplo, carencia de una colegiación obligatoria que asegure ciertos índices de competencia y ética profesional), o todos estos factores juntos en los casos más graves.<sup>7</sup>

Son dificultades intrínsecas al Estado de Derecho, o sea, aquellos obstáculos que hallan su origen en los defectos técnicos del sistema jurídico mismo y que impiden que el modelo de justicia contenido en la idea de los derechos humanos fracase. Tal sería el caso de sistemas jurídicos plagados de antinomias o contradicciones; o sea, sistemas jurídicos que no son coherentes, con lo que afectan seriamente la legalidad, al vulnerar dos de sus valores centrales: el orden y la seguridad jurídicos. O, por ejemplo, sistemas jurídicos plagados de 'lagunas', que no ofrecen soluciones de integración adecuadas; ordenamientos jurídicos con un excesivo formalismo-legalismo que están dispuestos a sacrificar en aras de una supuesta seguridad jurídica los valores superiores del sistema (verbigracia, los derechos humanos); ordenamientos jurídicos compuestos de normas técnicamente mal redactadas que impiden conocer el sentido de la ley o la voluntad del legislador; ordenamientos jurídicos que no son expeditos, plenos de procedimientos tortuosos, alambicados o barrocos, u ordenamientos jurídicos con procesos de enorme complejidad técnica, de acceso limitado, incluso para los juristas, e inaccesible para la población en general.<sup>8</sup>

6. Cfr. M.I. Álvarez, "Acceso a la justicia", Op. cit.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

En todos los supuestos anteriores, es decir, cuando los impedimentos del sistema jurídico son tantos, es la legalidad la que se convierte en el principal obstáculo de acceso a la justicia, y por ende resulta incapaz de promover una adecuada promoción y defensa de los derechos humanos.

Hablar de un entorno cultural en el que prive el pluralismo moral implica encontrarse con la posibilidad social de la tolerancia. Esto es, la posibilidad efectiva de que convivan en un mismo momento y lugar histórico, poblaciones e individuos con credos, creencias e ideologías distintos y hasta contrapuestos. Sin embargo, este presupuesto estructural es uno que posee el mayor número de pruebas fácticas de corrección. Me explico: si en una sociedad o grupo humano está proscrita la libertad de creencias o se niega, por ejemplo, el mismo valor a todos los seres humanos que forman parte de esa sociedad, se acepta la esclavitud, o se le niega el mismo estatus a todos los individuos en función de circunstancias ajenas a ellos, como su color de piel, su sexo o su nacionalidad, es obvio que en esa sociedad no pueden tener lugar los modelos de justicia tipo derechos humanos que sostienen, precisamente, lo contrario.

Ciertamente, aquí lidiamos con lo que la doctrina conoce como los Estados éticos o perfeccionistas, los cuales se considerarían legitimados para prescribir legalmente la asunción de cierta moral religiosa, tanto para la vida pública como para la privada de los miembros de la sociedad. En tales supuestos no se presenta la posibilidad del pluralismo ético, sin el cual los criterios de justicia de los derechos humanos evidentemente naufragar.

Finalmente, cabe decir que estoy consciente de que la noción de desarrollo económico es especialmente compleja y que ha suscitado innumerables debates. No entraré al análisis de estos debates, en tanto que, como presupuesto estructural de los derechos humanos, la idea de desarrollo económico debe ser entendida como la posibilidad fáctica de generar la suficiente riqueza que permita la realización de los derechos humanos fundamentales y asumir el costo mismo de los derechos. También es preciso aclarar que en el propio marco de las teorías de los derechos humanos existen posiciones encontradas respecto de si los derechos económicos, sociales y culturales constituyen legítimos derechos humanos o si éstos se circunscriben a los civiles y políticos. La adopción de una u otra posturas está íntimamente relacionada con la idea de generación de riqueza y desarrollo. Porque una teoría conservadora de los derechos humanos consideraría que un sistema social es justo si hace posible la realización de derechos básicos, como los de integridad personal, libertad de circulación, libertad de creencia y religión, libertad de pensamiento, etcétera. Esto es, las mejor conocidas como libertades en sentido negativo, que lo único que requieren del Estado o de las instituciones sociales es no hacer o no interferir con el ejercicio de las susodichas libertades.

En cambio, una posición más progresista, por ejemplo identificada con un modelo de derechos humanos tipo liberal-socialista, aún negando la legitimidad de los derechos económicos y sociales en cuanto derechos humanos, aceptaría, en cambio, que tales derechos constituyan crite-

rios paradigmáticos o de orientación política para el Estado. Es decir, que tales derechos sirven para dirigir las políticas públicas, obligando a los Estados, entre otras cosas, a que por mandato legal un porcentaje del presupuesto público se dedique ya a la salud, ya a la educación, ya a la preservación del medio ambiente.

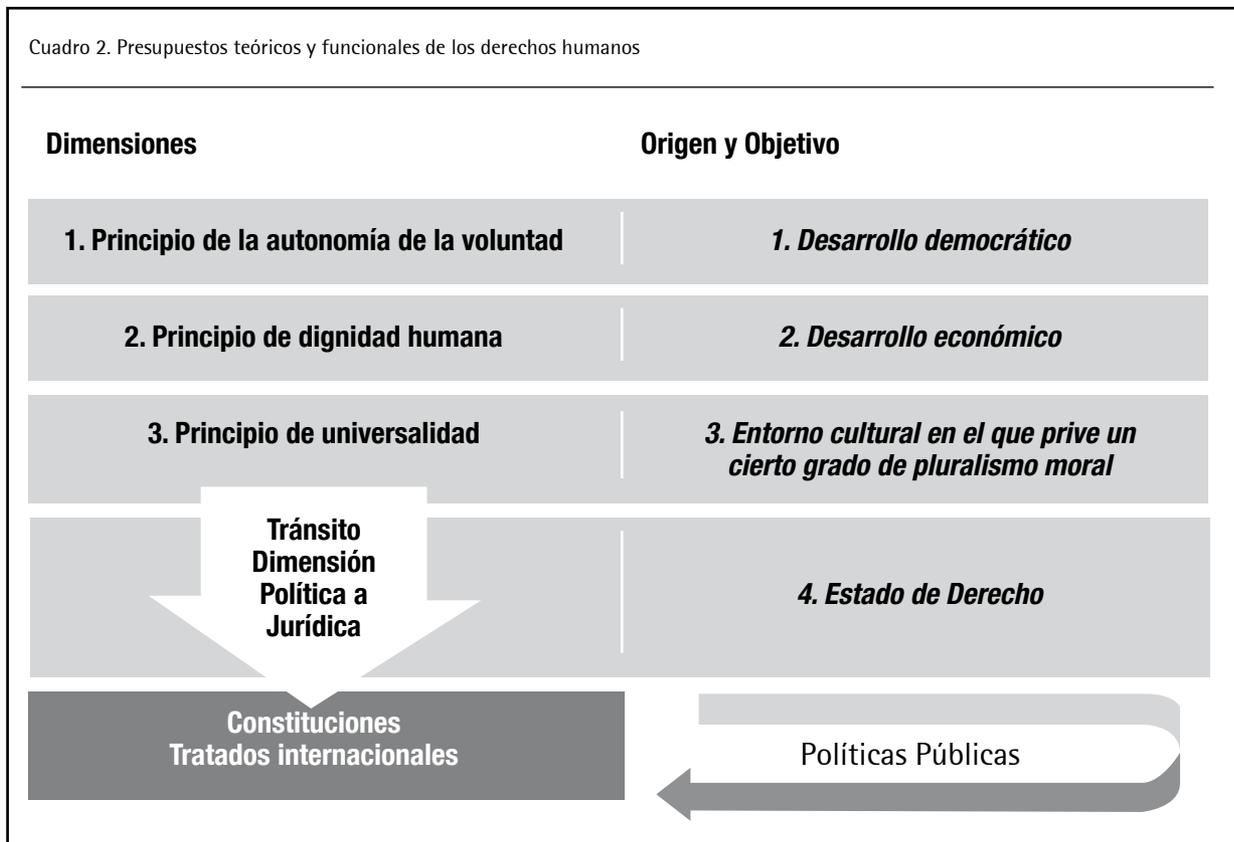
Empero, en uno u otro caso, con mayor razón en los derechos económicos, sociales y culturales, su mantenimiento implica de suyo un costo, si se quiere una inversión: estamos ante el costo de los derechos humanos. Lo anterior podría reflejarse en una fórmula tan dolorosa como real y que evoca en algún sentido la crítica marxista a los derechos humanos como derechos de la burguesía, porque dichos derechos sin presupuesto o sin condiciones económicas para su realización resultan nugatorios, son letra muerta.

Camina en este mismo sentido, y evidencia su dificultad, la insoslayable necesidad de que sus sistemas de procuración de justicia funcionen, que exista, al menos, un sistema de vigilancia, tipo Ombudsman, que se cerciore de que las garantías básicas, civiles y políticas, se mantengan más allá del mero reconocimiento formal por parte del Estado. Este ejercicio básico, insisto, implica un costo para el cual debe generarse riqueza.

Más aún, aceptando un criterio general para determinar, por ejemplo, el ingreso *per cápita* de los ciudadanos de un Estado, parece claro que los sectores de la población que viven en los márgenes de la extrema pobreza están prácticamente impedidos de tener acceso a la justicia. Piénsese tan sólo en aquellos grupos humanos cuyo grado de miseria y marginación les impide conocer, ya no se diga acceder a las vías tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales de justicia. O que, en su caso, están obviamente imposibilitados para contratar servicios jurídicos eficientes y honestos para defender adecuadamente sus derechos e intereses, sobre todo cuando el Estado no está en aptitud de ofrecer un sistema de defensores de oficio competente. Y así, hasta el infinito, en materia de salud, educación y demás servicios básicos.

Por ende, quiérase o no, el respeto y la promoción de los derechos humanos en un Estado pasa por la generación de riqueza, demanda desarrollo: la pobreza, la miseria, la marginación y la ignorancia son enemigos jurados de la justicia y, en consecuencia, de los derechos humanos.

Cuadro 2. Presupuestos teóricos y funcionales de los derechos humanos



### 5. La protección supranacional de los derechos humanos

Casi al final de la Segunda Guerra Mundial, las potencias que se apuntaban como vencedoras de la contienda (Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica), concluyeron que fue el desconocimiento de los derechos humanos lo que subyacía, como causa eficiente, del origen de tal conflagración. Esta conclusión llevó aparejada una mencionada antes: los sistemas jurídicos nacionales se mostraron harto insuficientes para contener los abusos de poder contra la persona humana que se presentaron en los regímenes totalitarios que dieron inicio a la guerra.

Ambas buenas razones son la base del nuevo orden internacional en el que se fincó la Organización de las Naciones Unidas y que consagró en su Carta Constitutiva, en 1945, el concepto de los derechos humanos como el criterio moderno de justicia y legitimidad de dicho orden. Asimismo, fue necesario que, con base en tratados internacionales como instrumentos jurídicos convencionales aceptados libremente y por convicción y compromiso con los derechos humanos por parte de los Estados nacionales, se conformara un entramado de normas e instituciones de Derecho internacional público que hicieron posible lo que hoy se conoce como Derecho internacional de los derechos humanos. A saber, un sistema de normas novedoso basado en el principio de progresividad que, a partir de la formulación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en 1948, y la Carta Europea de Derechos Humanos en 1950, dio inicio

a un sistema de justicia supranacional y supletorio, potencialmente capaz de salvar las ineficiencias de los sistemas nacionales de derechos para frenar abusos de poder.

Algo fundamental que suele perderse de vista, es que el Derecho internacional de los derechos humanos logra un avance increíble al hacer posible que el individuo –y ya no sólo los Estados y los organismos internacionales– se convirtiese en sujeto activo de dicho Derecho, con la capacidad jurídica de comparecer y actuar ante organismos internacionales e incluso proceder en contra de su propio Estado nacional, en casos de vulneraciones de derechos que no pudieron ser zanjadas con el Derecho interno, a pesar del agotamiento de sus vías jurisdiccionales.

Paulatinamente, precisamente basados en la progresividad tanto del catálogo de derechos como de procedimientos, fue que se evolucionó en relativamente poco tiempo, de un mero sistema de informes que daba cuenta del cumplimiento de los tratados internacionales por parte de los Estados, al reconocimiento de la competencia contenciosa de tribunales supranacionales, reconocidos por esos mismos Estados, tribunales con la capacidad de emitir sentencias vinculatorias que impusieran responsabilidad internacional a los Estados por violaciones a derechos humanos.

La concreción de lo anterior, curiosamente, ha dependido de varias condiciones que se han cumplido desigualmente en las diferentes regiones del mundo que han adoptado dicho sistema internacional de protección a los derechos humanos, principalmente, los países europeos e interamericanos. Tales condiciones no han tenido que ver

con la teoría de la justicia de los derechos humanos, su aceptación por parte de los Estados y su asunción por parte de las comunidades humanas, sino, principalmente, con el estado que guardan los presupuestos funcionales mencionados antes.

Dicho de manera más directa: el estado de avance de los derechos humanos en el mundo, ha dependido principalmente del grado de desarrollo económico, político, jurídico y cultural de los pueblos, muy a pesar de que todos hayan adoptado con mayor o menor fortuna técnico-jurídica, los derechos humanos como criterio de justicia y legitimidad de sus instituciones.

Asimismo, la aceptación de las competencia contenciosa de los tribunales internacionales de Derecho internacional de los derechos humanos, ha dependido del desarrollo y compromiso democrático de los Estados para con dichos derechos. Existe también una relación directamente proporcional entre la calidad de la democracia de un Estado y la cultura en derechos humanos de su población, para poder determinar el grado de integración a los sistemas internacionales de derechos humanos y el sometimiento de aquéllos a las sentencias de los tribunales supranacionales. Junto con ello, la aceptación de estándares de respeto y desarrollo de los derechos humanos más altos y refinados.

Paralelamente con todos los anteriores fenómenos es posible identificar, afortunadamente, que cuando los Estados se someten a la jurisprudencia internacional de derechos humanos (el hoy llamado *Corpus iuris* de éstos), se produce un proceso de integración en términos de criterios de justicia, proceso que se ha venido dando de manera consciente en la Unión Europea y de manera menos sistematizada entre los países que forman parte del sistema regional interamericano.

No es de extrañar que los especialistas de uno y otro sistema, acepten que este proceso, ha logrado producir efectos positivos que repercuten no sólo en limitaciones reales al abuso de poder por parte de los Estados y gobiernos, sino a la necesidad de crear estándares de prevención, respeto y promoción de los derechos humanos que hubiese sido imposible imaginar, sin un proceso de integración regional basado en resoluciones jurisdiccionales de tribunales internacionales. Al extremo de que hay quien se refiere a este proceso de integración, en particular aludiendo al caso de la Unión Europea, como un caso de éxito.

Cabe decir, finalmente, que los procesos de desarrollo democrático basado en la actividad de los jueces tiene la ventaja de estar fundado en leyes, pero la desventaja, una vez más, de que entre la emisión de una sentencia y su concreción en la realidad puede mediar un abismo, y que esa concreción, una vez más vuelve a depender de factores funcionales y del compromiso internacional de las comunidades de Estados y sus poblaciones con los derechos humanos como una buena manera –no necesariamente la mejor y, por supuesto, no la única– de construir un desarrollo que gire en torno a la persona humana, sus necesidades y aspiraciones, en libertad, Estado de Derecho y democracia. ■

# “ Los Derechos Humanos como *Ius Commune* en la interpretación constitucional ”

*Por Víctor M. Martínez Bullé Goyri*

Investigador titular definitivo en Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Bioética en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.



El presente ensayo tiene como base la exposición realizada en el Curso Intensivo de Posgrado “*El rol de los jueces en la integración jurídica: entre los derechos humanos y la nueva perspectiva del derecho internacional*”, impartido en la Università degli Studi di Perugia, Italia, los días 8, 9 y 10 de diciembre de 2014.

## 1. Derechos Humanos y Modernidad

Los derechos humanos tienen una profunda raíz en la historia de la humanidad en las distintas luchas y esfuerzos del hombre por conocerse y defender su dignidad frente a los abusos de los poderosos, así desde las primeras conceptualizaciones de los que es el hombre, en la filosofía helénica, encontramos los elementos sobre los cuales se construyen los conceptos de justicia, persona y dignidad, indispensables para la construcción conceptual de los derechos humanos.

No menos relevante es el gran aporte y desarrollo en el derecho romano de la idea de que todos los hombres sin distinción deben regular sus relaciones sobre un conjunto de principios y elementos jurídicos, expresados en el *ius gentium*, el derecho aplicable a todos a diferencia del *ius civilis*, propio de los miembros de la polis, los ciudadanos, es el derecho de todos, que implica que también todos sin distinción,<sup>1</sup> deben ser tratados de cierta manera reconociendo su condición de seres humanos, hay ahí un reconocimiento a una base de dignidad igual para todos los seres humanos.<sup>2</sup>

Ese *ius gentium* o ha trascendido en la historia, incluso identificándose con el derecho natural, y sirviendo de base para el desarrollo del *ius commune*, hasta nuestros días en que algunos autores lo identifican precisamente con los derechos humanos en su desarrollo internacional.<sup>3</sup> Sin embargo, como institución jurídica los derechos humanos son una institución de la modernidad, producto del pensamiento liberal e imposible de concebir fuera del ámbito del Estado constitucional y democrático de derecho, el Estado moderno.

1. Vid, DOMINGO, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 3 y ss.

2. No debemos olvidar, por supuesto, que el *ius gentium* no era aplicado a los esclavos, pero la concepción misma de la esclavitud, como sometimiento para los vencidos, y la posibilidad de alcanzar la libertad, implica en sí el reconocimiento de que existe una dignidad básica en todos los seres humanos.

3. Al respecto puede verse el trabajo recientemente publicado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Relación entre la Jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014.

El pensamiento liberal en el Estado moderno significó un vuelco verdaderamente brutal en historia de la vida política de las sociedades, pues no fue simplemente el cambio de régimen eliminando la monarquía absoluta como modelo de organización jurídico política, fue mucho más: la cristalización de instituciones, principios y valores de la convivencia social que venían construyéndose desde los inicios de la historia de la humanidad, y que se concretaron en un modelo de organización política y jurídica de las sociedades que, por primera vez en la historia, fue concebido no para el mantenimiento de las estructuras del poder, sino para las personas, como un espacio de convivencia social y política en el que todos los individuos pudieran vivir de manera digna, como personas libres en condiciones de igualdad, como en cierto sentido era la aspiración de Rousseau.<sup>4</sup>

El pensamiento liberal desmontó la concepción de la soberanía ideada por Bodino que servía para justificar el poder absoluto atribuido al monarca, para sustituirlo con la soberanía popular<sup>5</sup>; esto es, el origen legítimo del poder político ya no estaba en manos del gobernante que se servía del pueblo, en una relación de soberano-súbditos, sino que el origen legítimo del poder está precisamente en el pueblo,<sup>6</sup> y esta transformación obligó al rediseño de toda la estructura del Estado para dar paso a lo que conocemos como Estado moderno, Estado liberal, Estado constitucional democrático de derecho o cualquier otra forma de denominación. Una nueva forma de concepción del Estado, del gobierno y de la vida colectiva en las sociedades vigente hasta nuestros días y que constituye el espacio propio de existencia de los derechos humanos.

La soberanía popular rápidamente se extendió como principio básico incluido en las nacientes constituciones tanto en Europa como en América Latina, y en ese nuevo contexto quedó meridianamente claro que no había otra forma de gobierno, que no fuera la democrática, donde los gobernantes se debieran al pueblo fueran sus servidores y nos sus amos como antaño. Y se trata de una democracia popular, pues la soberanía reside en el pueblo, en todo el pueblo sin distinción de razas, origen, posición económica etcétera, una nueva concepción del mundo y de la sociedad hasta entonces estratificada de manera rígida y en donde de ninguna manera se podía hablar de igualdad.

Este nuevo orden implicó la necesidad de dotar al Estado de una nueva concepción del Estado mismo, de una

teleología propia, que es la que, producto de las teorías contractualistas, expresa el artículo segundo de la Declaración francesa: "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme." El Estado sólo se justifica si sirve a los individuos, si es capaz de garantizarles la vigencia de sus derechos.

Ese Estado liberal puro sólo debe actuar en la defensa de los derechos de los individuos, sin más intervención en la sociedad, potenciando las libertades. Es el conocido como Estado del "laissez faire, laissez passer", que tiene su máxima expresión en la economía pero que en lo político se expresa en la no intervención de la autoridad en la vida de los ciudadanos. Pasará más de un siglo para que esa visión del Estado cambie para incluir los aspectos sociales y la necesaria intervención del Estado para paliar la desigualdad, dando origen también a la conocida como segunda generación de los derechos humanos: los derechos económicos sociales y culturales.

Las constituciones son también producto del liberalismo y en ellas se plasman los principios de organización del nuevo Estado, limitando el poder que los gobernantes pueden ejercer bajo la doctrina de la separación de poderes o la de los pesos y contrapesos anglosajona. Se trata de evitar que la acumulación del poder en los individuos de pie a la vuelta del antiguo régimen y al uso del poder y las instituciones en beneficio propio.

Y las constituciones son también el destino natural de los derechos humanos, como nos lo muestran las dos primeras constituciones escritas del mundo, la americana con la aprobación de las diez primera enmiendas y la francesa que incluyó la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano como preámbulo del texto constitucional. Con esto, con la Constitución como base y fundamento de todo el sistema jurídico los derechos humanos se convierten en base también de todo el conjunto normativo de los estados modernos.

Así, casi desde su surgimiento los derechos humanos fueron extendiéndose por todo el mundo de la mano de las constituciones como parte fundamental de ellas. En este sentido la historia del desarrollo de los textos constitucionales en cada uno de los países es también la historia de los derechos humanos.

## 2. Internacionalización de los Derechos Humanos

En el desarrollo de los derechos humanos un elemento fundamental para que los derechos humanos sean lo que son hoy y lo que representan a nivel mundial, es el proceso de su internacionalización.

Originalmente los derechos humanos fueron concebidos como un tema interno de los estados respecto de la relación de los gobiernos con los gobernados; sin embargo la brutalidad de los actos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, conjuntamente con la necesidad de encontrar la forma de evitar una nueva conflagración bélica de esas dimensiones, dado que significaría el fin mismo de la

4. Vid., JELLINEK, Geoge, "La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano", en GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

5. El preámbulo de dos grandes documentos históricos que representan el triunfo del liberalismo nos ilustran ese nuevo criterio de legitimidad: la Constitución americana que comienza diciendo: "We the People of the United States..." y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano aprobada por la Asamblea francesa en 1789, que comienza diciendo: "Les Représentants du Peuple Francais, constitués en Assemblée Nationales...". En ambos casos el referente de la legitimidad ya no es más el gobernante, ni siquiera Dios; a partir de este momento la legitimidad política tiene su origen en el pueblo.

6. Cfr., CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*; 2ª.ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 875 y ss.

humanidad, situación especialmente preocupante dada la ineficacia de la Sociedad de Naciones como un medio para garantizar la paz.

En ese contexto, la Organización de las Naciones Unidas surgió bajo dos líneas fundamentales como intereses comunes de los Estados: la preservación de la paz y la garantía de los derechos humanos y el respeto a la dignidad de las personas.<sup>7</sup>

La inclusión de los derechos humanos como eje para la construcción de las Naciones Unidas tenía, además de un sentido ético, una justificación pragmática: los países con un alto nivel de respeto a los derechos humanos tienen una mayor estabilidad política interna y pocos conflictos que difícilmente crecen y se extiende a países vecinos.

Una vez creada las Naciones Unidas se iniciaron los trabajos para el desarrollo de la regulación internacional de los derechos humanos, que si bien inicialmente no pudo cristalizarse en un tratado internacional, lo hizo el 10 de diciembre de 1948 con la aprobación en París de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento cargado de significado que hoy día es ampliamente considerado en la doctrina internacionalista con carácter obligatorio como parte del *ius cogens* internacional.

A la Declaración Universal han seguido innumerables pactos y tratados tanto generales como específicos y el desarrollo de instituciones que ubican hoy en día a la promoción, desarrollo y protección los derechos humanos como una de las tareas centrales de las Naciones Unidas.

No menos relevante es el desarrollo regional de los sistemas de protección de los derechos humanos de carácter regional, especialmente los sistemas europeo e interamericano, que al contar con sus respectivos órganos jurisdiccionales han logrado desarrollar por la vía de la jurisprudencia contenida en sus sentencias un importantísimo cuerpo de criterios y principios de interpretación tanto del derecho internacional como del derecho interno de los países de su ámbito, constituyendo un importante impulso para avanzar en una más amplia vigencia de los derechos humanos al interior de los países.

La internacionalización de los derechos humanos significó una transformación de fondo del derecho internacional, que dejó de ser un derecho de estados, en el que sólo éstos tenían personalidad para actuar en el ámbito internacional, para convertirse en un derecho de estados, organizaciones y personas con amplia legitimidad para actuar e interrelacionarse.

Igualmente, los derechos humanos se convirtieron en

---

7. Claramente lo señala así el Preámbulo de la Carta de San Francisco en sus dos primeros párrafos: “a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

el ámbito de las relaciones internacionales en criterio de desarrollo moral de los estados y en requisito para ser considerado parte de la comunidad internacional, que excluye –e incluso sanciona– a los países que no presentan un cumplimiento de estándares mínimos respecto del respeto de los derechos humanos.

Por su parte, también los derechos humanos se vieron beneficiados con el desarrollo proceso de internacionalización y con el desarrollo de normas e instituciones, pues éstos se convirtieron en un factor de impulso para que los estados pusieran un mayor empeño en el desarrollo de sus normas internas que recogen el derecho internacional sobre la materia, así como en los esfuerzos para fiscalizar las violaciones a derechos y desarrollo de instituciones para su promoción y tutela.

Especialmente importantes han sido desde su creación en 1993 y 2006, respectivamente, tanto por su peso en el sistema de Naciones Unidas, como por su actividad la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos, que han colocado en lugar preponderante que hoy tienen dentro del sistema de la ONU a los derechos humanos.

Por otra parte, y como criterio de aplicación del derecho interno en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, no debe olvidarse su carácter subsidiario, esto es, que su aplicación directa a casos concretos se plantea ante las deficiencias o insuficiencias del derecho interno, y lo mismo sucede con las instancias de atención de denuncias o quejas por violaciones, con la consecuencia inmediata que sólo puede acudir a las instancias internacionales cuando previamente se han agotado los recursos internos. Es importante no olvidar esto, pues en ocasiones ante el desprestigio o desconfianza de los órganos nacionales procuración y administración justicia se pretende acudir directamente a los medios internacionales, dejando transcurrir los términos para interponer los recursos internos, con el resultado de que los casos no pueden ser atendidos por los órganos internacionales y se produce la impunidad en las violaciones.

### 3. Multidimensionalidad de los Derechos Humanos

Un aspecto importante en relación con los derechos humanos es su carácter o naturaleza multidimensional, que debe ser atendida y entendida por quienes trabajan en la defensa de los derechos humanos desde cualquiera de los ámbitos en que ésta se realiza (jurisdiccional, Ombudsman, sociedad civil).

Es evidente que desde el mundo del derecho tiene mayor relevancia la naturaleza y características jurídicas de los derechos humanos, pero sus otras dimensiones, con las que en ocasiones son entendidos por parte de la sociedad no pueden ser ignoradas o desatendidas, a riesgo de que las resoluciones jurídicas en la materia carezcan de la legitimidad que les da su reconocimiento social.

Los distintos autores desarrollan de distinta manera este tema, incluso proponiendo la existencia de existencia de más o menos dimensiones de los derechos de acuerdo con el desarrollo teórico que plantean, desde nuestra perspectiva han de tomarse en consideración al menos cuatro dimensiones: a) Dimensión moral o ética; b) Dimensión social; c) Dimensión política y, por supuesto, d) Dimensión jurídica.

### a) Dimensión ética o moral

En primer lugar debemos partir de la estrecha relación entre la Ética, la Moral y el Derecho; pues la Ética reflexiona sobre el buen actuar humano, la Moral establece deberes para con nosotros mismo y con nuestros semejantes con base en los bienes y valores identificados en la reflexión ética y, finalmente, el Derecho impone e institucionaliza socialmente aquellos comportamientos y valores que la sociedad considera con tal relevancia que merecen ser impuestos mediante la coercitividad propia del Derecho.<sup>8</sup>

El Derecho mismo, como sistema normativo, es una disciplina moral, que pretende regular la conducta humana orientándola hacia los valores y bienes que asume y tutela. Entre estos bienes, el más importante de todos es tal vez la dignidad humana y los derechos humanos son precisamente la expresión o encarnación jurídica de ella, de ahí su gran peso como expresión moral para la sociedad. Los derechos humanos son hoy el núcleo ético del derecho y su expresión moral más acabada, por lo que su impacto en la sociedad es de tal magnitud que incluso prestigiados filósofos como una teoría moral alternativa o incluso como la teoría moral con mayor penetración en la sociedad, y advierten que "en la actualidad, el lenguaje de los derechos se utiliza en forma más amplia y confiada que el lenguaje sencillo del bien y del mal",<sup>9</sup> lo que identifica al derecho como un necesario complemento de la moral para la institucionalización de sus postulados, por lo que viene a ser como "la ética con dientes" o "el lado mordiente de la moral", como afirma Mary Warnock.<sup>10</sup>

Es tal el impacto social y la fuerza moral de los derechos humanos que en los hechos hacen la función de teoría o regla moral del derecho, pues las personas no se cuestionan sobre si las normas o los sistemas jurídicos son justos o no, les basta con acreditar que los mismos respetan y tutelan los derechos humanos para considerar que son intrínsecamente justos; sin necesidad de entrar en la complejidad de las teorías de la justicia, al tener el referente de documentos de universal aceptación y reconocimiento como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, operando

de forma similar a la prueba del consenso a que alude Bobbio en relación con el problema del fundamento de los derechos humanos. Por ello los derechos humanos son considerados como paradigma ético universal,<sup>11</sup> más allá incluso de los problemas de diversidad cultural. Igualmente, es una realidad que multitud de autores consideran a los derechos humanos en sí mismos como derechos morales.<sup>12</sup>

### b) Dimensión social

La dimensión social de los derechos humanos tiene gran importancia para los aplicadores del derecho, pues en gran medida la percepción que la sociedad tenga de la bondad de sus resoluciones y actuaciones será condicionante de su aprecio y respeto. Y si como señalamos los derechos humanos son el paradigma ético de las sociedades contemporáneas necesariamente la percepción de la sociedad del bien y la justicia pasa por ellos, por eso la evolución en el desarrollo de los derechos para convertirlos ya no sólo en medio de defensa del ciudadano frente a la autoridad y el poder, sino en regla de conducta en las relaciones incluso entre particulares.

Por otra parte, y en su vertiente de medio de defensa del ciudadano frente al poder los derechos humanos se constituyen en esa especie de paraguas que ampara y protege al individuo ante la agresividad propia de la vida social, además de constituirse en un medio para exigir la satisfacción de sus necesidades más elementales, que como sabemos son el contenido de los derechos económicos y sociales.<sup>13</sup> Por eso los derechos humanos están cotidianamente en el discurso de los individuos, que incluso sin poder enumerarlos y menos aún definirlos sienten plena identificación con ellos.

### c) Dimensión política

En la vida política cotidiana de nuestros países en América Latina, donde aún los sistemas democráticos son endeble y las deficiencias en cuanto a la vigencia y respeto de los derechos humanos son evidentes, éstos tienen un papel protagónico en el discurso político cotidiano, que se intensifica en las campañas electorales.

Lo anterior se debe no sólo a las deficiencias, incluso en el desarrollo institucional, sino también en gran medida al carácter legitimador que los derechos humanos ofrecen a

8. Vid. VINOGRADOFF, Paul, *Normas sociales y normas jurídicas*, FCE, México, 1997, pp. 14-24, y HABERMAS; Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998, pp. 159 y ss.

9. GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Genoma humano y dignidad humana*, Anthropos-UNAM, Barcelona, España, 2005, p. 81.

10. Cfr., WARNOCK, Mary, *Guía ética para personas inteligentes*, Turner-FCE, Madrid/México, 2002, p.89.

11. Vid. CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, UNAM-Porrúa, México, 2005, pp. 10-18.

12. Cfr. Jiménez Sánchez, Joel J., "La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm 1, en <http://www.uv.es/CEFD/1/Jimenez.html>.

13. Cfr. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Victor Manuel, "La construcción jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en México", en *Los derechos económicos, sociales y culturales: Hacia una cultura de bienestar*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007, pp. 32 y ss.

quienes detentan y ocupan los espacios públicos y de poder.

Efectivamente, así como en relación con el Derecho los derechos humanos cumplen la función de regla o teoría moral, en el caso del poder político son principio de legitimación de ese poder, tanto en cuanto a su origen o a la legitimidad del acceso a los cargos públicos, como en relación con su ejercicio. Y esto viene desde la concepción misma del Estado moderno que como señalamos antes tiene como fin esencial la protección de los derechos de las personas, como lo estableció el artículo 2 de la Declaración Francesa de 1789.<sup>14</sup> Como lo expresa Ignacio Carrillo Prieto:

*A nadie escapará la importancia de la apertura hacia un nuevo horizonte de los derechos individuales, persuadidos de que este es el fin primordial de toda organización política, ausente el cual no hay legitimidad posible y sin el cual la legalidad es recipiente vacío, mera fórmula que no retiene la substancia de la dignidad de la persona humana.*<sup>15</sup>

Así, hoy en día no hay legitimidad política sin derechos humanos. En la cultura política del Estado moderno la única forma legítima de acceso a los cargos de poder implica el ejercicio de los derechos democráticos de los ciudadanos, ya sea mediante procesos electorales o en el acceso a los cargos mediante el servicio civil de carrera que implica el respeto a la igualdad de todas las personas, como señalaba también la Declaración Francesa en su artículo 6: “Tous les citoyens ont des droits égaux, à ses yeux, son égalité admisible à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”.

La ciencia política tradicional entiende como legítimo el ejercicio del poder cuando este se orienta a alcanzar el bien común;<sup>16</sup> sin embargo, la idea de bien común –como la de justicia para el Derecho– es un concepto abstracto sujeto a su desarrollo y conceptualización desde distintas posiciones filosóficas y por tanto lejano a los individuos comunes, por ello, y en forma pragmática, hoy ese bien común se identifica con los derechos humanos, y en nuestras sociedades se entiende que si un gobernante en su actuar cotidiano tutela, protege y promueve los derechos humanos está realizando un ejercicio legítimo del poder.

A lo anterior hay que sumar el permanente escrutinio que la comunidad internacional mantiene sobre los gobiernos de todos los estados, al entender a los derechos humanos como paradigma ético de la comunidad internacional y criterio de para la pertenencia a la misma, por lo que los gobiernos deben mostrar a la comunidad interna-

cional que al interior de sus países se mantiene un nivel de respeto acorde con los estándares internacionales; lo que es sin duda una presión permanente para estados como los nuestros en donde aún hay deficiencias legislativas e institucionales que no permiten mantener esos niveles de respeto. Por eso los derechos cada vez más y mejor conocidos por la sociedad tiene una presencia protagónica en la vida política cotidiana.

No debe obviarse, por otra parte que esta legitimidad en el ejercicio del poder tiene una especial relevancia en el caso de quienes tienen responsabilidad de administrar justicia, esto es, los jueces en todos los niveles y ámbitos, pues son ellos quienes determinan finalmente el derecho su contenido y sus alcances, función en la que están obligados ética, política y jurídicamente a promover, respetar y garantizar los derechos humanos y reparar las violaciones que se cometen, como en el caso de México estableció el legislador constitucional al realizar una amplia reforma a la Constitución (artículo 1, párrafo tercero) para dotar de la relevancia y peso que requieren a los derechos humanos dentro del sistema jurídico:

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

La globalización y los procesos de integración regional imponen también a los gobiernos, y por supuesto a los jueces, para considerar legítima su actuación la aplicación y respeto de los instrumentos de derechos humanos en los que cada país es parte, de ahí que exista la obligación de realizar una aplicación del derecho que incluya el contenido de los tratados, realizando lo que se ha llamado una interpretación conforme,<sup>17</sup> como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de Caso Almonacid Arellano Vs. Chile:

*[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*<sup>18</sup>

En el caso de México teníamos un grave problema en este aspecto, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte

14. “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme.”

15. CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Legalidad y legitimidad: teoría del poder y teoría de la norma”, *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*, núms. 16-17, 1985, p. 140.

16. Al respecto puede verse el interesante trabajo de RÚA DELGADO, Carlos, “La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano”, *Revista Ius et Praxis*, año 19, núm. 2, 2013, pp. 85-122.

17. Vid, RODRÍGUEZ, Gabriela, *et al.*, *Interpretación conforme*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2013..

18. Cfr., GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de constitucionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm 28, 2011, p. 145.

de Justicia sostenía en una interpretación muy criticada, con la finalidad de lograr un control de constitucionalidad concentrado, que sólo a ella ese control:<sup>19</sup> obligando a los jueces a limitarse a aplicar su ley sin hacer ningún tipo de interpretación o control más allá, lo que excluía también la posibilidad de control de convencionalidad en materia de derechos humanos. Afortunadamente, debido la presión de las sentencias de la Corte Interamericana en casos relativos al país, así como para adecuar la jurisprudencia a la reforma constitucional de 2010, la Suprema Corte, en una resolución conocida como Expediente Varios 912/2010 "Caso Rosendo Radilla", cambió su criterio para establecer la obligación de todos los jueces de realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos.<sup>20</sup>

#### d) Dimensión jurídica

Es evidente que en el ámbito de la administración de justicia la dimensión más relevante de los derechos humanos, y la que priva sobre las demás, tiene que ser la dimensión jurídica. En este contexto debemos atender a la naturaleza jurídica de los derechos humanos, que son derechos subjetivos, y como tales deben estar construidos y desarrollados en el sistema jurídico. Con esto nos referimos a que deben ser expresamente establecidos en las normas tanto quién es el titular del derecho como el obligado, que aunque por lo general debe ser el Estado esto debe ser expreso en la norma, además por supuesto del contenido mismo del derecho, que no puede estar expresado simplemente de forma abstracta e indeterminada, sino que debe ser clara la norma en cuanto a qué es lo que puede exigir cada persona del Estado en la tutela, protección y ejercicio de sus derechos.

Lamentablemente en el entorno latinoamericano es común que la falta de una adecuada técnica legislativa tenga como resultado la consagración de derechos en los textos constitucionales y legales de manera simplemente declarativa, para cumplir con los compromisos internacionales, pero sin ningún desarrollo del derecho, lo que tiene el

triste resultado de que los individuos no pueden ejercer sus derechos ya que estos no han sido debidamente construidos por el legislador.<sup>21</sup>

En situaciones como esta cobra relevancia el papel que deben jugar los jueces dando contenido al derecho, de manera que su vigencia y el disfrute de él por los ciudadanos no se vea afectada por la inactividad del legislador, el que en ocasiones por falta de capacidad o incluso malintencionadamente no concreta el contenido del derecho fundamental. Para realizar esa tarea los jueces deben auxiliarse por supuesto de los instrumentos internacionales vigentes para su país y que tienen carácter obligatorio, como lo ha establecido la Corte Interamericana,<sup>22</sup> e incluso por la jurisprudencia y la determinaciones de los organismos internacionales relativas a cada uno de los derechos, como por ejemplo las observaciones y recomendaciones generales elaboradas por los organismos creados por los distintos tratados, que precisamente están dedicadas a concretar los estándares de cumplimiento aceptables en cada uno de los derechos.<sup>23</sup>

Ahora bien, si bien es verdad que en la aplicación y defensa de los derechos no puede perderse de vista su carácter jurídico y que su consagración y alcance se define fundamentalmente por las normas jurídicas que los contienen es importante no perder de vista las otras dimensiones de los derechos humanos a que hemos aludido, especialmente para ponderar y explicar socialmente el sentido de las actuaciones y resoluciones. Igualmente, al dar contenido a los derechos debe tomarse en cuenta la historicidad, es decir que los derechos se tienen y se disfrutan en un espacio y tiempo concretos que determina o incide también en su contenido y alcances. Por ejemplo, no es posible pensar que el contenido del derecho a la salud, en cuanto a las prestaciones que pueden exigirse al Estado, sea el mismo en países ricos que en los países en pobreza donde la falta de éstos hace imposible brindar determinadas atenciones.<sup>24</sup>

19. "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución federal previene que [...] En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este alto tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, vol. X, agosto de 1999, p. 5.

20. El texto de la resolución puede verse en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225>

21. Un ejemplo de ello es lo sucedido en México con el derecho a la protección de la salud. *Vid*, MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel "El derecho a la salud como un derecho humano", *Memoria del Seminario Salud y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales, n° 13, 1991, pp. 45-48

22. Por ejemplo en el Caso Yatama vs. Nicaragua: "[...] el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de [la CADH] para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención." GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El control judicial interno de constitucionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, 2011, p. 147.

23. Una recopilación de éstas puede verse en: <http://www.servindi.org/pdf/ObservacionesyRecomendacionesGenerales.pdf>.

24. En ese sentido ha de entenderse el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hace referencia a la obligación de los estados de atender esos derechos hasta el máximo de los recursos disponibles.

#### 4. Los Derechos Humanos como *ius commune*

El *ius commune* es el cuerpo jurídico común que rigió en Europa desde el siglo XI hasta el siglo XIX,<sup>25</sup> desarrollado por los glosadores, inicialmente con Irnerius en Bolonia y posteriormente con los posglosadores o comentaristas. Estaba basado fundamentalmente en el derecho romano justinianeo, el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici* de la Iglesia. En la época no había derechos nacionales y los juristas en todos los lugares estudiaban los mismos textos y manejaban el mismo derecho, e iban resolviendo los problemas en cada lugar con base en esas fuentes jurídicas compartidas adaptándolas las circunstancias de cada lugar, y cuando se comenzaron a producir normas locales estaban basadas en ellas, como sucedió por ejemplo con el Derecho Indiano, por lo que podemos afirmar que también en la América española rigió ese *ius commune*.

El *ius commune* fue desapareciendo con la formación de los estados nacionales y el consecuente desarrollo de los derechos locales (*iura propria*), que, aunque basados en el *ius commune*, paulatinamente fueron imponiendo su uso con el fortalecimiento de los gobiernos estatales, y relegando al derecho común, lo que significó un cambio fundamental en la forma de entender el derecho y en su operación y funcionamiento.

En la actualidad el fenómeno de la globalización y los procesos de integración regional están conduciendo a la formación de un nuevo derecho común tanto a nivel universal, en donde encontramos los esfuerzos por ejemplo de el *Unidroit* en el campo del derecho privado y diversos tratados internacionales que se orientan a implementar respuestas jurídicas comunes en temas importantes como narcotráfico, trata de personas, propiedad intelectual, migración internacional, e incluso en campos tan nuevos los vinculados con la bioética y la investigación científica en nuevas tecnologías, y por supuesto en materia de derechos humanos.

Por su parte en lo que corresponde a los esfuerzos regionales es claro que el proceso más avanzado y exitoso hasta este momento es el de la Unión Europea, que ya hoy día presenta un importante cuerpo normativo en las más diversas materias compartido y aplicado por los países que la integran. Pero hay también otros esfuerzos regionales, aún con menos éxito que el europeo pero que ya empiezan a ofrecer soluciones a problemas concretos regionales, fundamentalmente en materias como el comercio, la migración la delincuencia transnacional, etcétera.

En este proceso de construcción de un nuevo *ius commune* es indiscutible el papel que están jugando los derechos humanos, pues al representar el paradigma ético para la comunidad internacional deben permear tanto las normas contenidas en tratados como las relaciones internacionales de los estados y la actuación de los organismos internacionales. Esta situación conduce también a que al

interior de cada país se realicen los esfuerzos para alcanzar los niveles establecidos en los estándares internacionales en cuanto al respeto y protección de los derechos humanos.

Por otra parte, el carácter universal de los derechos humanos es un elemento esencial para que cumplan su función de *ius commune* internacional, pues esta universal no proviene simplemente del pacto o acuerdo internacional, sino de la propia naturaleza de los derechos que se fundamentan en la condición humana, en esa base común de la que participamos todos los humanos, la cual tutelan y promueven los derechos humanos como expresión de la dignidad de las personas. Y esto más allá de las construcciones argumentales desde el multiculturalismo, que en ocasiones pretenden descalificar la universalidad de los derechos humanos; sin embargo la realidad misma tira esas argumentaciones, pues universalmente se reconoce la existencia de los derechos humanos, su fuerza normativa y su condición de paradigma ético universal.

Y si bien es verdad que culturalmente hay diferencias en cuanto al alcance y contenido de los derechos, es claro que los mismos derechos humanos no sólo permiten sino que tutelan y promueven esa diferencia, como hemos visto con los indiscutibles avances en el desarrollo de los derechos de las comunidades indígenas y autóctonas; además de que sí hay un consenso universal sobre los valores fundamentales que tutelan los derechos y son base del desarrollo la comunidad internacional, como la vida, la libertad, la igualdad, el respeto a la integridad, el derecho al trabajo, etcétera.

En el caso de América Latina, hace ya tiempo que se viene hablando de la formación de un *ius commune* latinoamericano, basado por su puesto en una historia común como colonias y un desarrollo institucional y normativo más o menos paralelo, pero que recientemente se ha fortalecido y centrado con base precisamente en los derechos humanos. “En el espacio jurídico latinoamericano se está conformando una cultura jurídica común en base al cuerpo normativo, doctrinario y jurisprudencial en derechos humanos”.<sup>26</sup>

Como ya señalamos en este proceso las instituciones del sistema interamericano han jugado un papel fundamental con su actuación cotidiana, señalando claramente la obligatoriedad de las autoridades de cada país, y en especial de los jueces, de aplicar directamente los tratados internacionales de derechos humanos, atendiendo además a los criterios interpretativos que emitidos por la Corte Interamericana, como lo expresó el entonces presidente de la Corte Sergio García Ramírez en su voto particular en la sentencia del Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú:

[...] *los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales na-*

25. PÉREZ MARTÍN, Antonio, “El *ius commune*: artificio de de *juristas*”, en *Historia del pensamiento jurídico*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 1999, p. 69.

26. BOGDANDY; Armin von, Fix Fierro, Héctor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Razgos, potencialidades y desafíos*; UNAM-Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. XII.

*cionales pueden y deben llevar a cabo su propio "control de convencionalidad". Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea —que he reiterado— de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.<sup>27</sup>*

Especialmente relevante me parece la última parte del párrafo transcrito al señalar que la gran batalla por los derechos humanos debe darse internamente en cada uno de los países y en especial en la actividad de los jueces quienes finalmente definen el derecho vigente en cada momento.

## 5. El *Ius Commune* y los Derechos Humanos en la Interpretación Constitucional

En este proceso de formación del *ius commune* latinoamericano en materia de derechos humanos tiene una gran relevancia la práctica que han seguido un buen número de los legisladores constitucionales de nuestros países, al incluir en el texto constitucional a los tratados internacionales en la materia, elevándolos a la categoría de normas constitucionales en cuanto a su aplicación e interpretación. En México el artículo 1 de la Constitución expresa:

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Con esta disposición, de forma automática el derecho internacional de los derechos humanos no sólo se integra al texto constitucional, sino que se convierte en criterio de interpretación de las normas de todo el sistema comenzando por las propias normas constitucionales, que habrán de interpretarse de manera concordante con los tratados y consecuente también con las interpretaciones emitidas por los órganos internacionales legitimados para ello, como es el caso de la Corte Interamericana respecto de conjunto de instrumentos internacionales del sistema.

La interpretación constitucional es un verdadero arte, con reglas específicas elaboradas por la doctrina y la misma jurisprudencia sobre el tema, y si bien es verdad que todos somos intérpretes de la Constitución, incluso el pueblo llano y las distintas autoridades y legisladores de los gobiernos en todos los niveles, la interpretación que define el derecho y se impone mediante las sentencias es la que realizan los

jueces. Por eso es tan importante que en todos los niveles los jueces resuelvan con base en una interpretación de la norma conforme con el texto constitucional y los tratados internacionales, atendiendo a los criterios de interpretación propios de los textos constitucionales y del cuerpo doctrinal de los derechos, con lo que estarán además contribuyendo a la consolidación de ese *ius commune* en materia de derechos humanos que es ya una realidad universal.

En algunos casos las propias constituciones han incluido en su articulado para darles mayor fortaleza la obligatoriedad de aplicar alguno de estos principios. En el caso de la Constitución mexicana se han incluido, además de la obligación de la interpretación conforme, el principio pro persona, que obliga al aplicador de la norma a usar la interpretación y la norma más favorable a la vigencia de los derechos humanos; lo mismo que el principio del interés superior del menor, que obliga a dar prioridad a la satisfacción de los derechos de los menores frente a otros intereses.

Conjuntamente con este tipo de principios propios de los derechos humanos, al resolver cuestiones en torno de ellos han de tomarse en consideración las características de los mismos apuntadas por los propios organismos de las Naciones Unidas, que son los siguientes:

**Universalidad.** Que se resume en que todas las personas poseen la misma dignidad y por tanto se les debe respeto a sus derechos, lo que viene a configurar también un principio de igualdad en cuanto al respeto y disfrute de todos los derechos, sin que las condiciones del entorno, culturales, económica, sociales o cualquier otra puedan servir de excusa para negar el reconocimiento y respeto de algún derecho. Es evidente la importancia que este principio tiene hoy día, cuando producto del temor frente a la amenaza del terrorismo en muchas ocasiones de manera irresponsable y ligera se estigmatiza y limita en sus derechos a quienes pertenecen a determinado grupo étnico o religioso.

**Inalienabilidad.** Que hace referencia a la indisponibilidad de los derechos, incluso por su propio titular que no puede negociarlos o renunciar a ellos en ninguna circunstancia, y en consecuencia el Estado y sus agentes tampoco pueden disponer de los derechos de sus ciudadanos ni renunciar a su tutela o protección en ninguna circunstancia.

**Naturales.** Se hace referencia a la idea de naturaleza para expresar que los derechos encuentran su razón de ser y su fundamento en las condiciones propias de lo que es el ser humano, en su naturaleza, y no en factores o situaciones externas a las personas.

**Inviolables.** Con esto se señala que bajo ninguna circunstancia los derechos y los valores y bienes que tutelan pueden ser violentados en la convivencia social, lo que implica no sólo la obligación del Estado para respetarlos, sino también la de garantizar. No basta que el Estado no viole derechos si permite o tolera que los ciudadanos lo hagan.

**Obligatoriedad.** Los derechos humanos obligan a todos, autoridades y ciudadanos en todas las circunstancias; por ello cuando condiciones extremas obligan a la suspen-

27. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op.cit., p. 141.

sión de algún derecho, los instrumentos internacionales limitan los derechos que pueden ser suspendidos y establecen salvaguardas para evitar los abusos y volver a la situación de normalidad en la vigencia de los derechos a la mayor brevedad.

Indivisibles. Esta característica hace referencia a que todos los derechos humanos forman una unidad indivisible, no puede optarse por los derechos de un tipo en perjuicio de los de otro dependiendo de la ideología imperante. Por ejemplo, preferir a los derechos y libertades individuales sobre los de carácter social, o al revés, pues la negación de un tipo de derechos afecta a la vigencia de los demás.

Como señalamos el *Ius Commune* universal en materia de derechos humanos es hoy día una realidad universal, reconocida en las instancias internacionales y en la mayoría de los países, por ello es cada vez más importante avanzar al interior de los países y en los órganos judiciales en el conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, de los estándares internacionales para su vigencia y de los principios para la adecuada interpretación de las leyes y normas que se refieren a ellos, en este sentido no hay marcha atrás, cada vez los mecanismos de vigilancia y control de la comunidad internacional serán mejores y más eficientes en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los países en la materia.

Sin embargo, estoy convencido de que como señalamos arriba que afirmó el presidente de la Corte Interamericana García Ramírez, que la verdadera lucha por los derechos humanos se tiene que dar al interior de los países y la victoria en esa lucha no está en manos de los organismos internacionales sino en las de los ciudadanos y autoridades de cada país, y muy especialmente de los jueces. ■

## Bibliografía

ACCATINO, Daniela, “Los afanes de la Teoría de la Interpretación Constitucional”, *Derecho y Humanidades*, Universidad Austral de Chile, núm. 12, 2006, pp. 31-45.

BOGDANDY; Armin von, Fix Fierro, Héctor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Razgos, potencialidades y desafíos*; UNAM-Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014.

CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, UNAM-Porrúa, México, 2005.

CARPINTERO, Francisco, “Norma y principio en el ‘*Ius Commune*’”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVII, Valparaíso, Chile, 2005, pp. 283-308.

CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*; 2ª.ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Legalidad y legitimidad: teoría del poder y teoría de la norma”, *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*, núms. 16-17, 1985.

CUETO RUA, Julio, “La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”, *Doxa*, núm. 21-II, 1999, pp. 111-119.

DOMINGO, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge University Press, New York, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 86, 1994, pp. 9-37.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 58-59, 2008, pp. 187-205.

GARCÍA GARCÍA, Mayolo y Rodolfo MORENO CRUZ (coords.), *Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, UNAM, México, 2014.

García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002.

García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de constitucionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, 2011, pp. 123-159.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Genoma humano y dignidad humana*, Anthropos-UNAM, Barcelona, España, 2005.

HABA, Enrique P., “¿De qué viven los que hablan de derechos humanos? (tres tipos de discursos-dh: ‘de’, ‘para’, ‘con’)”, *Doxa*, núm., 26, 2003, pp. 869-885.

Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, núm. 11, 2008, pp. 29-61.

HABERMAS; Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998.

Helmholz, Richard H., “Magna Carta and the *Ius Commune*”, *University of Chicago Law Review*, vol 66, núm. 2, 1999, pp. 297-371.

IGLESIAS VILA, MARIANA, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.

- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "Derechos humanos y Estado liberal", *Derechos Humanos México*. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 1, núm. 1, 2006, pp. 49-65.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "La construcción jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en México", en *Los derechos económicos, sociales y culturales: Hacia una cultura de bienestar*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "El derecho a la salud como un derecho humano", *Memoria del Seminario Salud y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales, n° 13, 1991, pp. 45-48.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, 2013, pp. 39-67.
- MONTAGUT, Tomàs de (ed.), *Història del pensament jurídic*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 1999.
- NEVES, Marcelo, "La fuerza simbólica de los derechos humanos", *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 143-180.
- PECES BARBA, Gregorio, "La universalidad de los derechos humanos", *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 613-633.
- Pérez Triviño, José Luis, "Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 469-490.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio, "El ius commune artificio de juristas", en *Història del pensament jurídic*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 1999, pp. 69-93.
- PINO, Giorgio, "Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli", *Doxa*, núm. 32, 2009, pp. 647-664.
- POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación constitucional", *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 339-355.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, et.al., *Interpretación conforme, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, México, 2013.
- RÚA DELGADO, Carlos, "La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano", *Revista Ius et Praxis*, año 19, núm. 2, 2013, pp. 85-122.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, Alianza editorial, Madrid, 1996.
- VERNENGO, Roberto J., "Los derechos humanos como razones morales justificatorias", *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 275-299.
- Silva, Virgilio Afonso da (coord.), *Interpretação constitucional*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.
- VINOGRADOFF, Paul, *Normas sociales y normas jurídicas*, FCE, México, 1997.
- VIOLA, Francesco, "Derecho de gentes antiguo y contemporáneo", *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, núm. 51, 2004, pp. 165-189.
- VIOLA, Francesco, "La ética de los derechos humanos", *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 506-524.
- WARNOCK, Mary, *Guía ética para personas inteligentes*, Turner-FCE, Madrid/México, 2002.

# “ Diritti umani e principi del diritto amministrativo e fiscale. Tra Roma antica e l'attualità ”

Por Andrea Trisciuglio

Professore Associato di diritto romano  
Università degli Studi di Torino (I)  
andrea.trisciuglio@unito.it



## 1. Humanitas, diritto romano e diritti umani.

Nell'esperienza giuridica romana l'*humanitas*, con le sue connotazioni filantropiche, ha senza dubbio un rilievo come valore in grado di condizionare, come vedremo, talune soluzioni anche in ambiti pubblicistici<sup>1</sup>. Nella riflessione macro-sistemica poi si riconosceva un *ius humanum*, ma tale sintagma ha un chiaro significato oggettivo (anziché soggettivo, come nella nostra corrispondente espressione) e vuole indicare un settore normativo che, per essere contrapposto al *ius divinum*, denota un esclusivo interesse per i rapporti giuridici tra gli uomini<sup>2</sup>.

L'opinione che già i Romani disponessero di un catalogo di diritti umani<sup>3</sup>, rispetto ai quali il giurista severiano

1. Per SCHULZ, F., *I principii del diritto romano* (trad. a cura di V. Arangio Ruiz), Sansoni, Firenze, 1946, pp. 1, 164 ss., trattasi di una delle idee fondamentali, in tema di diritto e giustizia, da cui sono derivati i *principia*, ossia le "scaturigini" del diritto romano. Su '*humanitas*' e la sua polisemia v. PALMA, A., *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 19 ss.; LABRUNA, L., *Principii giuridici, tradizione romanistica e 'humanitas' del diritto tra Europa e America Latina*, in *Labeo* 2004, 50, p. 26 ss.; PURPURA G., *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA* 2009, 53, p. 287 ss. (<http://www.unipa.it/dipstdir/portale/>); più recentemente, DE LIMA REIS, M., *O fenômeno da disseminação polissêmica na humanitas romana*, in *Fundamenta iuris. Terminologia, principios e interpretatio*, ed. Resina Sola P., Editorial Universidad de Almería, Almería, 2012, p. 91 ss.

2. Sul concetto di *ius humanum* v. BERGER, A., v. "*Ius humanum*", in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, p. 529; TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 51; più recentemente BACCARI, M.P., *Alcune osservazioni sui "diritti umani"*, in *Revista General de Derecho Romano* 2009, 12, p. 8 ss.

3. Cfr. in proposito PUGLIESE, G., *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di Vacca L., Jovene, Napoli, 2007, p. 112 ss., che si interroga sui precedenti nel mondo antico del diritto alla vita, all'integrità fisica, alla libertà, alla proprietà, all'eguaglianza, concludendo (a p. 153) nei seguenti termini: «Nella fase più antica esistevano alcuni precedenti degli attuali diritti umani, ma non erano così qualificati, né avevano la connotazione ideologica, che li ha poi caratterizzati dal sec. XVII o XVIII in avanti; e la loro protezione fu ammessa o prescritta soprattutto nei confronti degli altri individui, poco o nulla invece in quelli della comunità organizzata o di chi in essa esercitava il potere, mentre il mezzo impiegato a tale fine fu di solito una pena, non di rado la pena di morte, la cui irrogazione ed esecuzione erano opera di un privato che vi aveva interesse (fosse questi il titolare del diritto violato o persona a lui legata da vincoli di famiglia o di gruppo). In un momento successivo della stessa fase la comunità venne coinvolta, sia in quanto il diritto fu riconosciuto e protetto (anche) nei confronti della comunità stessa o di chi vi esercitava il (o un) potere, sia in quanto suoi organi parteciparono alla protezione. Il mezzo di protezione continuò tuttavia ad essere una pena, mentre il titolare rimase ancora privo di un'azione o di un simile mezzo, che gli permettesse di ottenere direttamente quanto

Ulpiano si porrebbe come "precursore" <sup>4</sup>, deve fare i conti tuttavia con il fatto che l'accesso alle diverse forme di tutela era per lo più riservato al cittadino romano e molti uomini ne erano sostanzialmente esclusi (in primo luogo, i servi). In altre parole quelli che noi consideriamo diritti umani erano tutt'al più diritti umani del cittadino romano e non erano riconosciuti a tutti gli uomini <sup>5</sup>. Ciò non significa che nelle fonti non si trovino riconoscimenti di diritti fondamentali con estensione universale: celebre, anche per il recupero attuale nella teoria dei "beni comuni", è l'individuazione, operata da Marciano (III secolo d.C.) nel quadro di una classificazione che osserva il criterio dell'appartenenza, della categoria delle *res communes omnium*, comprensiva di elementi vitali (l'aria, l'acqua corrente, il mare, il lido nella misura in cui consente l'accesso al mare e lo sfruttamento delle risorse marine) <sup>6</sup>. Rimane però dubbia la portata di tale riconoscimento, ancorato al *ius naturale*, e se esso in particolare potesse involgere forme di tutela accordate effettivamente agli "omnes" (cioè a tutti, anche ai non cittadini). Per quanto riguarda i mezzi processuali a disposizione del *civis* per il godimento di tali *res*, vale la pena di ricordare che la giurisprudenza romana attribuiva l'*actio iniuriarum* a chi fosse impedito di pescare nel mare, considerando così tale fattispecie come una lesione morale arrecata alla dignità della persona <sup>7</sup>.

## 2. Valori romani ispiratori di soluzioni nel diritto amministrativo e fiscale.

Vorrei ora soffermarmi su alcuni valori radicati nella cultura romana che determinano chiaramente soluzioni giuridiche riguardanti le relazioni tra cittadino e amministrazione pubblica o fiscale (cioè, del *Fiscus Caesaris* in età imperiale); tali rapporti, piuttosto che le regole fondamentali relative all'organizzazione delle strutture amministrative, saranno al centro della nostra attenzione. In primo luogo la già richiamata *humanitas*, che troviamo evocata in un testo assai noto di Ulpiano (certamente in qualche misura interpolato dai compilatori giustiniane).

gli spettava». Altro catalogo dei diritti dell'uomo nell'esperienza romana è proposto da CRIFÒ, G., *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo, in Menschenrechte und europäische Identität - Die antiken Grundlagen*, herausg. Girardet K.M., Nortmann U., Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2005, p. 249 ss., lavoro che si segnala per l'attenzione alle questioni preliminari di metodo e per la ricca bibliografia.

4. È la tesi di HONORÉ, T., *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, OUP, Oxford, 2002.

5. Cfr. in merito CRIFÒ, G., *op. cit.*, pp. 257 s., 262, e lett. *ivi* citata.

6. Cfr. TRISCUOGGIO, A., v. "Tutela del medioambiente. Roma, Europa, América Latina", in *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, coord. Álvarez Ledesma M.I. - Cippitani R., ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, p. 697 ss.

7. Cfr. D.47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*); Zoz, M.G., *Riflessioni in tema di res publicae*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 191; sugli spunti che dal testo ulpiano citato si possono trarre a proposito della teoria dei beni comuni cfr. TRISCUOGGIO, A., *Percorsi semantici antichi e dogmatica giuridica pubblica moderna. Da 'officium' a 'ufficio', in Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista*. Atti della Giornata di Studi in onore del Prof. Lelio Lantella, a cura di Masuelli S. e Zandrino L., ESI, Napoli, 2014, p. 35 nt. 27.

Esso ci presenta il primo caso, nella storia del diritto, di un funzionario di fatto, il pretore Barbarius Philippus <sup>8</sup>, che emana provvedimenti, sollevando il problema della efficacia degli stessi; l'importanza del brano ulpiano risiede poi nel fatto che da esso è stato desunto nella tradizione romanistica il principio generale "error communis facit ius" <sup>9</sup>. Ebbene quando Ulpiano si interroga sull'efficacia degli atti di Barbarius (D.1.14.3: «*quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure?*») fornisce la seguente risposta: «*Et vero puto nihil eorum -scil. gli atti emanati- reprobari: hoc enim humanius est*». È, cioè, più consona all'*humanitas* conservare l'efficacia degli atti <sup>10</sup>. Dove noi dunque vediamo l'esigenza di tutelare la buona fede o l'affidamento del cittadino (inconsapevole del difetto di potere, per vizio di legittimazione, dell'apparente titolare) <sup>11</sup>, oppure l'esigenza di salvaguardare la certezza delle relazioni giuridiche, i Romani invece chiamano in causa l'*humanitas*.

Tale valore presenta poi un chiaro nesso con l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici in un rescritto dell'imperatore Adriano <sup>12</sup> che riguarda le relazioni con-

8. Un servo fuggitivo che, malgrado il suo *status*, si presenta come candidato a Roma alle elezioni per la pretura e viene eletto. L'episodio risale alla seconda metà del I secolo a.C.

9. Cfr. in particolare KNÜTEL, R., *Diritto romano e ius commune davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo*, vol. III, Jovene, Napoli, 1997, p. 553 nt. 117; per la giurisprudenza in A.L. cfr., per esempio, Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., Bogotá 16.8.2007, ref. Expediente no. 25875 31 84 001 1994 00200 01, spec. p. 22.

10. Cfr. PALMA, A., *Humanior interpretatio cit.*, specialmente p. 114; inoltre, RAMPAZZO, N., *Quasi praetor non fuerit. Studi sulle elezioni magistrature in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Satura Editrice, Napoli, 2008, spec. p. 431 ss.

11. Sul ruolo della buona fede nelle relazioni giuridico-amministrative in Spagna v. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Las exigencias de la buena fe en el ejercicio de las potestades administrativas*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano 2007-2008*, 20-21, p. 217 ss. Per l'Italia l'esigenza di tutelarla è ravvisabile con riguardo al caso del funzionario di fatto considerato nell'art. 113 cod. civ.: «*Matrimonio celebrato davanti a un apparente ufficiale dello stato civile. Si considera celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile il matrimonio che sia stato celebrato dinanzi a persona la quale, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercitava pubblicamente le funzioni, a meno che entrambi gli sposi, al momento della celebrazione, abbiano saputo che la detta persona non aveva tale qualità*». Sul principio di buona fede nel diritto internazionale (inclusivo del "principio di protezione a las expectativas legitimadas" v. recentemente HALLIVIS PELAYO, M.L., v. "Buena fe", in *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, coord. Álvarez Ledesma M.I. - Cippitani R., ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 53.

12. Riportato nel seguente brano di Callistrato: D.49.14.3.6 (Call. 3 *de iure fisci*): «*Cum quinquennium, in quo quis pro publico conductore se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur: idque principalibus rescriptis exprimitur. Divus etiam Hadrianus in haec verba rescripsit: "Valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint. Nam et facilius invenientur conductores, si scierint fore ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur"*; PULIATI, S., *Il "de iure fisci" di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 207 s.

trattuali tra l'amministrazione fiscale e i concessionari del servizio di riscossione delle imposte e gli affittuari di fondi fiscali. L'imperatore ritiene che una proroga ex auctoritate dei contratti dovuta all'impossibilità di reperire nuove controparti negoziali in grado di offrire le medesime condizioni economiche al Fiscus è una usanza del tutto contraria all'*humanitas*. L'uomo –sembra questo il ragionamento dell'imperatore– ha bisogno di sapere con certezza la durata del suo impegno contrattuale, e tale certezza dei rapporti ha anche un effetto benefico nel stimolare nuove partecipazioni alle locationes; tale osservazione di Adriano è di un'attualità impressionante, se confrontata perlomeno con la realtà italiana dove l'iniziativa economica in generale stenta a collocarsi in una cornice giuridica certa.

Vorrei richiamare ancora l'attenzione su di un altro valore che plasma le relazioni tra amministrazione fiscale e cittadino, questa volta però considerato più nelle vesti di contribuente che di controparte contrattuale. Mi riferisco ad una pietra angolare dell'edificazione dell'uomo romano: la *pietas*<sup>13</sup>. Ebbene in una costituzione in lingua greca emanata in Oriente dall'imperatore Anastasio (a. 498 d.C.) si qualifica espressamente "empio" (*asebés*), con una valutazione che potrebbe avere connotazioni cristiane, il prelievo fiscale (*coemptio*) di beni alimentari indispensabili per il sostentamento personale. Si rafforza in tal modo, attraverso un forte giudizio morale-religioso particolarmente autorevole perché proveniente dall'imperatore, la regola per la quale la capacità contributiva dei possessori di terreni agricoli si misura solamente su quanto ecceda il fabbisogno personale<sup>14</sup>.

### 3. Principi del diritto amministrativo romano e proiezioni nell'attualità.

L'opinione che il diritto amministrativo moderno sia nato solamente nel XIX secolo, per l'influenza esercitata dalle idee rivoluzionarie francesi, è stata negli ultimi tempi revocata in dubbio grazie anche alle indagini della romanistica spagnola, assiduamente impegnata nella ricostruzione storico-dogmatica degli istituti del diritto amministrativo romano, pur nella consapevolezza che mai i Romani concepirono un "ius administrativum"<sup>15</sup>. Nella manualistica dedicata al diritto pubblico disponiamo ora di capitoli dedicati al "diritto amministrativo romano" e al "diritto fiscale romano", dove un certo spazio viene dedicato ai principi espressi dai Romani, talora in aderenza a specifici casi concreti<sup>16</sup>. In una prospettiva, per vari motivi auspicabile, di

integrazione giuridica tra Europa e America Latina, integrazione a cui molto possono giovare le sentenze provenienti dalle Corti istituite a difesa dei diritti umani, non è inutile, credo, soffermarsi su alcuni di tali principii romani, che talvolta, a ben vedere, si possono ritrovare affermati nei più recenti orientamenti giurisprudenziali delle anzidette Corti, pur avendo alla base motivazioni ideologiche differenti. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea dei diritti dell'uomo, per esempio, sono concordi nel ritenere che, a difesa del diritto di proprietà, il calcolo dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità debba far riferimento al valore di mercato del bene. Ora, è ben vero che all'ideologia romana era estraneo quello stretto legame tra proprietà e persona umana che ha permesso l'attrazione del diritto di proprietà nel catalogo degli odierni diritti umani<sup>17</sup>; ciò nonostante, i Romani avevano un notevole rispetto per la proprietà individuale, pur ammettendo che essa potesse subire limitazioni anche iure publico, e pertanto in caso di compera autoritativa promossa dall'autorità pubblica costantemente hanno riconosciuto al venditore "espropriato" una compensazione non rimessa all'arbitrio dell'autorità ma tendenzialmente corrispondente al valore del bene<sup>18</sup>.

Il rispetto del diritto di proprietà privata può essere considerato come uno dei principii fondamentali che le autorità pubbliche romane dovevano osservare in diversi ambiti; esso è ricompreso in un'espressione, più generale quanto allo spettro dei diritti e interessi considerati, "sine iniuria privatorum", presente in talune fonti giuridiche ed in particolare in statuti municipali<sup>19</sup>, in delibere del senato di Roma<sup>20</sup>, in frammenti giurisprudenziali d'età classica che riguardano le concessioni pubbliche<sup>21</sup>. In forza di tale condizionamento negativo il magistrato che curava lavori

13. Sulla quale cfr. ultimamente CLEMENTE, A., *Dilucidando conceptos: pietas y caritas*, in *Ridrom* 2012, 9, spec. p. 233 ss.

14. Cfr. C.10.27.2.4; TRISCIUGLIO, A., *Vigenza della legislazione orientale nell'Italia del VI secolo d.C. A proposito della coemptio tributaria*, in *Ravenna Capitale. Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII. Instrumenta, civitates, collegia, studium iuris*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 172, 177.

15. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia un tratado de derecho administrativo romano*, in *Revista General de Derecho Romano* 2010, 24, p. 1 ss.

16. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012<sup>15</sup>, pp. 239 ss., 279 ss., 289 ss.

17. Cfr. PUGLIESE, G., *Appunti cit.*, p. 125. Con riferimento al Protocollo 1 della CEDU osserva CONTI R., *Proprietà e Convenzione dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La proprietà e i diritti reali. Beni, limiti tutela nazionale e sovranazionale*, a cura di Conti R., Giuffrè, Milano, 2009, p. 249: «il sostrato del diritto di proprietà...sembra a tratti assai vicino ad una concezione giusnaturalistica che intravede nella proprietà non un mezzo per raggiungere determinati fini, ma piuttosto un diritto soggettivo "pre-statuale": una sorta di diritto naturale innato che costituisce elemento essenziale della dignità umana e che, come tale, rappresenta un valore fondamentale della persona». Non vidi COPPOLA BISAZZA, G., *Il diritto di proprietà nella prospettiva europea: un ritorno al modello romanistico?*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, coord. Reinoso-Barbero F., Aranzadi, Madrid, 2014, p. 1101 ss.

18. V. più diffusamente TRISCIUGLIO, A., v. "Indemnización expropiatoria (Roma, Europa, América Latina)", in *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, coord. Álvarez Ledesma M.I. - Cippitani R., ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, p. 284 ss.

19. Cfr. *Lex Tarent.*, cap. 5 («quod eius sine iniuria fiat»); *Lex Urson.*, cap. 77 («quot eius sine iniuria privatorum fiet»), cap. 100 («quot sine privati iniuria fiat»); *Lex Irnit.*, cap. 82 («et sine iniuria privatorum fiat»).

20. Cfr. Front., *De aq.*, cap. 125, Sc. dell' 11 a.C. («sine iniuria privatorum tolli, sumi, portari possint...per agros privatorum sine iniuria eorum...»); v. anche la proposta di senatoconsulto in Cic., *Philipp.* 5.53: («utique C. Pansa A. Hirtius consules, alter ambove, si iis videretur, rationem agri haberent qui sine iniuria privatorum dividi posset...»), a proposito di assegnazioni di terre ai veterani di Giulio Cesare.

21. Cfr. D.43.8.2.10 («ut sine iniuria cuiusquam fiat»); D.8.3.17 («si sine iniuria alterius id fiat»).

pubblici in un municipio - anche attraverso lo strumento dell'appalto affidato a privati imprenditori (redemptores) - o un privato che operava in forza di una pubblica concessione (per esempio, edificava su suolo pubblico, derivava acqua pubblica) era chiamato a non ledere dannosamente i diritti altrui. Circola dunque anche nell'esperienza amministrativa romana il *praeceptum iuris ulpiano alterum non laedere* (D.1.1.10.1)<sup>22</sup> che si declina nelle dottrine moderne anche come criterio ermeneutico dell'atto amministrativo diretto a privilegiare il minore sacrificio possibile delle posizioni dei privati<sup>23</sup>.

Nel campo poi delle concessioni pubbliche l'evoluzione storica della clausola *sine iniuria privatorum* si rivela particolarmente interessante. Dapprima Ulpiano, commentando uno speciale interdetto incluso nell'editto del pretore, ci informa che l'amministrazione imperiale era solita inserirla nei permessi rilasciati ai privati per l'edificazione su suolo pubblico<sup>24</sup>. Nella tradizione romanistica poi sulla base del testo ulpiano si costruisce la massima: "*beneficium principis nemini debet esse damnosum*" (la concessione del principe non deve essere dannosa per nessuno)<sup>25</sup>. Arriviamo ai nostri tempi, dove testi legislativi e atti di concessione ospitano frequentemente clausole di sicurezza del tipo: "senza pregiudizio dei terzi", "*sin perjuicio de los terceros*". Ma possiamo dire che tali clausole assicurino un'efficace tutela del terzo danneggiato nei confronti della Pubblica Amministrazione concedente? A quanto pare la risposta è tendenzialmente negativa: il terzo danneggiato potrà citare in un giudizio privato solamente il concessionario danneggiante, ma non la Pubblica Amministrazione concedente, che attraverso la clausola in questione si garantisce un "neutralismo" che esclude una sua responsabilità. Non mancano tuttavia voci critiche che vorrebbero un ritorno al "spirito protector del tercero" dei giuristi romani e un coinvolgimento nella responsabilità della Pubblica Amministrazione, ove chiaramente ve ne siano i presupposti<sup>26</sup>.

#### 4. Principi del diritto tributario romano e proiezioni nell'attualità.

Studi romanistici recenti hanno permesso di individuare un certo numero di principii che regolano i rapporti impositivi tra amministrazioni finanziarie e contribuenti nelle diverse epoche dell'esperienza giuridica romana<sup>27</sup>.

Tali principii non si ritrovano, beninteso, in carte dei diritti, in carte costituzionali o in statuti dei contribuenti, ma sono desumibili per lo più da costituzioni imperiali di carattere settoriale<sup>28</sup>, oltretutto da soluzioni date dai giuristi in rapporto a casi concreti. Con riguardo a questa seconda ipotesi, per esempio, il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria si può evincere da un responso di Papiniano (giurista del III secolo d.C.), per il quale non è opponibile al Fiscus il patto con il quale il creditore pignoratorio lascia a carico del debitore oppignorante l'obbligazione di pagare il tributo fondiario, contrariamente alle norme fiscali<sup>29</sup>. Un principio di legalità (o riserva di legge), invece, si può vedere affermato in età classica e giustiniana in quelle costituzioni, nelle quali gli imperatori romani riservano a sé medesimi il potere di istituire nuove imposte indirette (*vectigalia*), mostrandosi molto attenti al controllo della complessiva pressione fiscale sui cittadini, soggetta a possibili aumenti per iniziative assunte dalle autorità decentrate (delle provinciae o delle civitates)<sup>30</sup>.

Passando ai principii che regolano l'interpretazione della norma tributaria, un accenno merita il celebre passo di Erennio Modestino (D.49.14.10): «Non puto delin-

---

*el Derecho Romano. Ius fiscale: instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano, in Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Á. Rodríguez Bereijo*, t. I, dirr. Martínez Pisón J.A. - Collado Yurrita M.Á. - Zornoza Pérez J. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 127 ss.; *Id.*, *Ius fiscale: instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano*, in *Iura* 2010, 58, p. 19 ss.; *Id.* *Derecho público cit.*, p. 289 ss.; BLANCH NOUGUÉS J.M., *Reflexiones en torno al interés jurídico del tributo y del derecho fiscal romano*, in *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*, coedd. Fernández de Buján A. - Gerez Kraemer G. - Malavé Osuna B., Dykinson, Madrid, 2011, p. 141 ss.; GUIJARRO CALVO, R., *Principios tributarios en la legislación justiniana*, in *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, ed. Resina Sola P., Editorial Universidad de Almería, Almería, 2012, p. 355 ss. Sono stati individuati come principii del sistema tributario romano: 1) la proporzionalità e la capacità economica; 2) l'uguaglianza e la generalità nell'imposizione; 3) la benignità, l'umanità, l'equità; 4) la legalità (o riserva di legge); 5) l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria; 6) l'obiettività e la certezza giuridica; 7) la razionalità e l'utilità comune; 8) la preclusione processuale. Per l'età tardoantica v. anche TRISCUOGGIO, A., *Vigenza cit.*, p. 176 s.

28. Si vedano, per esempio, le costituzioni di Costantino in materia di processo fiscale, commentate da SARGENTI, M., *Economia e finanza tra pubblico e privato nella normativa del tardo Impero*, ora in *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, ESI, Napoli, 2011, p. 1433 s.

29. Cfr. D. 2.14.42 (Pap. 17 resp.): «*Inter debitorem et creditorem convenat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non agnosceret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret. talem conventionem quantum ad fisci rationem non esse servandam respondi: pactis etenim privatorum formam iuris fiscalis convelli non placuit*»; APARICIO PÉREZ A., *Aportaciones del derecho romano a la fiscalidad moderna I*, in *Revista General de Derecho Romano* 2009, 12, p. 32. Notevole è la coincidenza di contenuti tra il testo di Papiniano citato e l'art. 17.4 della Ley General Tributaria spagnola (L. n. 58/2003): «Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por pactos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

30. Cfr. C.I. tit. 4.62 (*Vectigalia nova institui non posse*); D.39.4.10. pr. (Ermog. 5 epit.); MEROLA, G.D., *Autonomia locale governo imperiale. Fiscalità e amministrazione nelle province asiatiche*, Edipuglia, Bari, 2001, p. 135.

22. Su di esso cfr., per tutti, BACCARI, M.P., *op. cit.*, p. 3 s.

23. Cfr. CAPACCIOLI, E., *Manuale di diritto amministrativo I*, Cedam, Padova, 1983<sup>2</sup>, p. 158.

24. Cfr. D.43.8.2.10 (Ulp. 68 ad ed.): «*Merito ait praetor "qua ex re quid illi damni detur": nam quotiensque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat. Et ita solet princeps, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere*»; v. anche D.43.8.2.16 (Ulp. 68 ad ed.).

25. Cfr. PROUDHON, J.B.V., *Traité du domain public, ou de la distinction des biens II*, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1835, n. 1105, p. 87.

26. Cfr. LÓPEZ MENDO, F., *La vieja cláusula «sin perjuicio de tercero» y la administración del porvenir*, in *Revista de Administración Pública* 2013, 191, p. 463 ss., spec. p. 477 ss.

27. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Principios tributarios: una visión desde*

quere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit), da cui si è ricavata la massima, favorevole al contribuente, "in dubio contra fiscum"<sup>31</sup>. Si tratta di uno dei numerosi casi verificatisi nella storia giuridica europea di uso stravolgente delle fonti romane: il parere di Modestino, nell'ipotesi ricostruttiva più plausibile, riguardava la responsabilità di un giureconsulto che in una questione dubbia relativa al Fiscus si fosse espresso incautamente contro lo stesso<sup>32</sup>. Come si vede, siamo ben distanti dall'affermazione di un generale principio ermeneutico contrario agli interessi fiscali che ancora oggi si considera (erroneamente) basato sull'autorità di Modestino.

Vorrei chiudere questo mio intervento con una riflessione transtemporale a ritroso, muovendo questa volta dal presente per arrivare all'esperienza romana, ai suoi valori e alle scelte politiche in essa ravvisabili. Una protezione dei diritti dell'uomo-contribuente deve necessariamente confrontarsi nei nostri tempi con la sovranità riconosciuta agli Stati in materia fiscale. Considerato che né il testo della CEDU, né quello dei protocolli addizionali si riferiscono direttamente ai diritti dei contribuenti, non stupisce che le pronunce della Corte EDU in materia tributaria siano state tutto sommato poco numerose, pur con una decisa inversione di tendenza negli ultimi anni. Esse riguardano più che altro casi di lesione del diritto ad un equo processo, o del diritto di proprietà laddove il prelievo fiscale si riveli eccessivo - secondo il criterio di proporzionalità e del giusto equilibrio tra interessi della comunità e interessi individuali al pacifico ed indisturbato godimento dei beni - manifestando un carattere espropriativo-confiscatorio in violazione dell'art. 1 primo Protocollo addizionale alla CEDU (dove pure si salvaguarda l'autonomia impositiva degli Stati)<sup>33</sup>. La

giurisprudenza del tribunale di Strasburgo ha contribuito dunque a porre al centro dell'attenzione dei giuristi il problema del limite quantitativo massimo del prelievo fiscale, e la ricerca di quale sia la quota-parte del patrimonio individuale che debba essere esclusa (pur sempre per ragioni di pubblico interesse) dal finanziamento della spesa collettiva. Alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, si è pensato che la soglia di rispetto invalicabile non possa coincidere con il "minimo vitale" del contribuente, ma debba essere innalzata al 50% del suo reddito; oltre tale soglia si potrebbe discorrere di un prelievo dal carattere confiscatorio, come tale illegittimo in base alla CEDU<sup>34</sup>. Un'attenzione per la difesa di un minimo vitale del contribuente era già stata manifestata, se vogliamo, dall'imperatore d'Oriente Anastasio (C.10.27.2.4) che sanzionò gravemente quei prelievi fiscali che incidessero sulle fondamentali esigenze alimentari dei cittadini; l'imperatore, come abbiamo visto, legava il suo intervento al valore della pietas. Ma sappiamo che anche prima del V secolo, agli inizi del principato, si voleva una politica fiscale segnata da moderazione e benevolenza: è rimasta celebre, e ancor oggi frequentemente si ricorda, la risposta scritta data dall'imperatore Tiberio ai governatori che chiedevano di aumentare i tributi nelle province: «è proprio del buon pastore tosare le pecore, non scorticarle» («boni pastoris esse tondere pecus, non deglubere») ■<sup>35</sup>.

31. Nella Glossa accursiana la regola è indirizzata ad ogni categoria di interpreti: «Contra fiscum in dubio advocati prudentes iudices et doctores; atque ita omnes respondere debent»; per Bartolo da Sassoferrato il dubbio può riguardare anche prove processuali contrarie e di pari valore: «sive sit dubium de iure propter opinionem doctorum; sive occurrat dubium quia duo iudices ordinarii ferant sententias contrarias; sive sit dubium in probationibus, quia fiscus et adversarius contraria probaverint, et probationes sint pares»; cfr. in merito LUCIFREDI PETERLONGO M.E., *In dubio contra fiscum? Contributo all'interpretazione del passo di Modestino D. 49,14,10*, in *Rivista italiana di diritto finanziario* 1942, 6, p. 6 s.

32. Cfr. l'accurata esegesi di LUCIFREDI PETERLONGO M.E., *op. cit.*, in part. p. 29; adde FREGNI, M.C., *Obbligazione tributaria e codice civile*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 135 ss.

33. Il testo della norma è il seguente: «Protezione della proprietà. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Sui criteri della proporzionalità e del giusto equilibrio individuati dalla Corte cfr. DORIGO, S., *Il limite massimo dell'imposizione nel diritto internazionale e dell'Unione europea ed i suoi effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto tributario* 2011, 21, p. I, p. 60 ss.; CORDEIRO GUERRA, R., *Diritto tributario internazionale. Istituzioni* [Dorigo S.], Cedam, Padova, 2012, p. 146 s. Anche per quanto riguarda la CADH il derecho a la propiedad privada (art. 21) può avere riconoscimenti in materia fiscale: cfr. DE LA CRUZ HIGUERA, J., v.

"Derechos de los contribuyentes" in *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, coord. Álvarez Ledesma M.I. - Cippitani R., ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, p. 165.

34. Cfr. DORIGO, S., *Il limite cit.*, p. 64 s.

35. Cfr. Svet. Tib. 32.2: «praesidibus onerandas tributo prouincias suadentibus rescripsit boni pastoris esse tondere pecus, non deglubere»; Oros. Hist. adv. pag. 7.4.4: «ipse autem Tiberius plurima imperii sui parte cum magna et graui modestia reipublicae praefuit, adeo ut quibusdam praesidibus augenda prouincias tributa suadentibus scripsit boni pastoris esse tondere pecus, non deglubere»; v. anche, sull'episodio, Dio. Cass. 57.10.5. In dottrina, CERAMI, P., *Aspetti e problemi di diritto finanziario romano*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 65 s.

# “Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell’Unione Europea”

*Por Andrea Sassi*

Catedrático de Derecho Privado del Departamento de Derecho de la Universidad de Perugia. Coordinador del Doctorado en europeo e internacional "Sociedad del Conocimiento y de la disciplina del mercado común".



## 1. Gradi di tutela della persona e stato di figlio.

La tutela della persona umana trova attuazione nei sistemi evoluti secondo tre livelli, a seconda dell'accertamento compiuto da parte dell'ordinamento giuridico in merito all'esistenza della persona stessa e dei suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica o sociale (adozione, fecondazione eterologa, ecc.). Così, esiste: a) una tutela di base legata alla nascita come fatto giuridico e, quindi, al venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l'integrazione regionale, come quello dell'Unione Europea; b) una tutela legata all'accertamento della nascita e all'iscrizione del nato nei registri dello stato civile di un dato Paese, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito di quel sistema e il soggetto possa accedere agli strumenti sociali predisposti per chi vi risiede; c) una tutela legata all'accertamento della discendenza, a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, verso i quali egli ha i diritti derivanti dall'esistenza dello status di filiazione.

Della tutela sub a) si occupano gli studiosi dei diritti umani. Essa prescinde dall'accertamento della nascita e della filiazione e trascende i confini nazionali e di applicazione dei vari sistemi giuridici.

Viceversa, compito del civilista è quello di approfondire le differenze dei due livelli di tutela derivanti dall'applicazione delle norme del diritto privato, che abbiamo individuato sub b) e c).

Va subito precisato che l'accertamento della filiazione è negli ordinamenti europei requisito essenziale per la titolarità e l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal rapporto filiale. Infatti, sebbene i diritti fondamentali del figlio quale individuo e soggetto debole, riconducibili all'art. 30 della Costituzione italiana del 1948 e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (C.d.f.U.E.), sorgano per effetto della nascita, quello che difetta, per attribuire loro rilevanza giuridica nel sistema della filiazione, è il rapporto e, quindi, il soggetto verso cui farli valere: il nato è potenzialmente titolare di situazioni giuridiche verso il genitore biologico, o verso quello sociale che abbia prestato consenso esplicito o implicito ex art. 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40, ma, sino a che non interviene l'accertamento, non esiste il rapporto giuridico che lega i due soggetti e, di conseguenza, la titolarità concreta ed attuale delle predette situazioni.

In altri termini, se è vero che i diritti fondamentali si acquisiscono con la nascita e possono essere fatti valere nei confronti di chiunque, taluni di essi, che assumono rilevanza nel diritto civile, possono trovare attuazione soltanto attra-

verso rapporti giuridici da questo disciplinati<sup>1</sup>. Sono quei diritti che abbiamo definito «patrimonialmente neutri», proprio perché, pur inerendo a situazioni della persona, si inseriscono in un rapporto giuridico di carattere privatistico, producendo conseguenze (anche) di carattere patrimoniale<sup>2</sup>. Essi si rinvergono non solo in fattispecie a carattere contrattuale (ad esempio, consenso informato al trattamento sanitario, senza il quale il medico non può intraprendere la terapia e, quindi, dare attuazione al contratto con prestazione medica<sup>3</sup>), ma soprattutto nei rapporti familiari. È in quest’ambito, infatti, che i diritti fondamentali della persona assumono rilevanza, con particolare riferimento a quelli dei soggetti deboli (cfr. art. 30 Cost. italiana, artt. 24 e 25 C.d.f.U.E.), e le categorie civili tradizionali mostrano la loro difficoltà ad adattarsi a situazioni in cui vengono in rilievo diritti fondamentali dell’individuo, i quali, all’evidenza, non possono essere in alcun modo compressi o limitati da una loro applicazione rigida, essendo le prime volte all’at-

tuazione degli interessi della persona e non viceversa<sup>4</sup>.

Tuttavia, non v’è dubbio che detti diritti fondamentali, solennemente proclamati dalle fonti primarie, per esplicitarsi hanno bisogno dell’individuazione dei soggetti obbligati e della conseguente costituzione del rapporto giuridico, senza le quali essi rimangono mere enunciazioni di principio.

Così, è certo che il figlio ha diritto di essere mantenuto, istruito ed educato dal genitore, ma, senza la sua individuazione e la costituzione del rapporto giuridico tramite l’accertamento di status, non vi può essere titolarità in senso tecnico e il diritto fondamentale non può trovare attuazione. In sostanza, prima dell’accertamento può configurarsi soltanto un diritto alla genitorialità, cioè a dire un diritto ad acquisire lo status di figlio o, comunque, a farlo accertare e valere, ma non esistono le singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti, mancando il soggetto obbligato.

## 2. Accertamento della nascita e accertamento della filiazione in Italia.

Nel sistema italiano – recentemente riformato ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219 e del successivo d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, entrato in vigore il 7 febbraio 2014 – non v’è mai attribuzione automatica della genitorialità, ma è sempre necessario un atto di accertamento a prescindere dal documento che lo contiene e dalla sua provenienza<sup>5</sup>. Al contrario, in altri ordinamenti, come quello

1 . È il diverso atteggiarsi in tale ambito delle «permanenze», cioè di quelle costanti etiche insuperabili che segnano tutta la storia del diritto e che, derivando dalla relazione inscindibile tra strumenti interpretativi e diritti fondamentali espressi dai principi, costituiscono la coincidenza tra i diritti civili permanenti e le diverse culture etiche, costanti poi trasfuse sotto forma di situazioni giuridiche soggettive nelle fonti primarie del diritto dell’Unione Europea e nelle Costituzioni degli Stati membri: nel diritto civile, sovente, la loro attuazione necessita di un rapporto giuridico costituito, che lega due o più persone determinate, poiché la situazione giuridica può essere fatta valere soltanto verso i singoli soggetti obbligati che ne hanno la relativa titolarità assieme al beneficiario. L’individuazione della categoria fondamentale delle «permanenze» si deve ad Antonio Palazzo: cfr., in particolare, PALAZZO, A., FERRANTI, I., *Etica del diritto privato*, Cedam, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.; PALAZZO, A., SASSI A., SCAGLIONE, F., *Permanenze dell’interpretazione civile*, Iseg, Roma-Perugia, 2008, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.; PALAZZO, A., “Permanenze del diritto civile”, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell’Università degli Studi di Perugia, 2006-2009*, p. 479 ss. (consultabile anche in [www.rivistadirittoeprocesso.eu](http://www.rivistadirittoeprocesso.eu)); di recente, Id., “Permanencias”, in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Iseg, Roma-Perugia-México, 2013, p. 502 ss.

2 . SASSI, A., *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Iseg, Roma-Perugia, rist. 2011, spec. pp. 17 s. e 93 ss.; PALAZZO, A., SASSI A., SCAGLIONE, F., *Permanenze dell’interpretazione civile*, op. cit., pp. 39 ss. e 377 ss.; SASSI, A., “Diritti patrimonialmente neutri”, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell’Università degli Studi di Perugia, 2006-2009*, p. 455 ss. (consultabile anche in [www.rivistadirittoeprocesso.eu](http://www.rivistadirittoeprocesso.eu)); di recente, Id., “Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)”, in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 213 ss.

3 . Sul punto si rinvia a SASSI, A., *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, op. cit., p. 93 ss.; PALAZZO, A., SASSI A., SCAGLIONE, F., *Permanenze dell’interpretazione civile*, op. cit., p. 377 ss.; SASSI, A., “Autodeterminazione e consenso informato tra diritto interno e fonti europee”, in CASSETTI, L. (coord.), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012, p. 313 ss.; Id., “Consentimento informato a los tratamientos terapéuticos (en Europa)”, in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 70 ss.; v. anche PALAZZO, A., SASSI, A., *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Utet, Torino, 2012, p. 206 ss.; concetti sviluppati e approfonditi da S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Iseg, Roma-Perugia, 2011, spec. p. 79 ss.

4 . È quanto, da ultimo, si ricava anche dalla preziosa analisi a tutto tondo, relativa al diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive nella realtà attuale, di MAZZU, C., *La logica inclusiva dell’interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. pp. 16 ss., 66 ss. e 79 ss.

5 . Sono i risultati cui è pervenuta la dottrina più autorevole che da decenni si occupa di questi problemi: v., in particolare, PALAZZO, A., *La filiazione fuori del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti Id., “Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione”, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 145 ss.; Id., *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2013, spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012, Id., “La riforma dello status di filiazione”, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245 ss.; Id., “I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012”, in CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, Iseg, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 12 ss.; RUSSO, E., “Il problema della filiazione”, in *Dir. fam.*, 2001, p. 3 ss., ora in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, Gangemi Ed., Roma, 2009, p. 513 ss., spec. p. 517 ss.; ma v. già CICU, A., *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, 2<sup>a</sup> ed., Utet, Torino, rist. 1954, p. 2 ss., che parla di «Titolo dello stato di filiazione», affermando in particolare: «I diritti e doveri connessi con lo stato di filiazione non possono essere fatti valere se non in quanto lo stato consti legalmente cioè sia documentato»; e GIORGIANNI, M., “Madre”, in *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 135, secondo cui «l’accertamento della generazione fisiologica (...) avviene nel nostro ordinamento attraverso le indicazioni contenute nell’atto di nascita, redatto in base alla “dichiarazione di nascita”»; v. anche BONILINI, G., “Lo status o gli status di filiazione?”, in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Utet, Torino, 2009, 2, p. 100 ss., spec. pp. 101 e 107, ove correttamente si sottolinea che il rapporto filiale presuppone l’esistenza dello status, che, a sua volta, presuppone l’avvenuto accertamento della filiazione; e SESTA, M., “Stato unico di filiazione e diritto ereditario”, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 18 s.; Id., “L’accertamento dello stato di figlio

francese o tedesco, l'attribuzione della maternità è automatica, a meno che la madre decida di ricorrere all'anonimato: art. 326 del code civil e § 1591 BGB<sup>6</sup>.

L'accertamento della filiazione è conseguente a quello della nascita, sebbene normalmente coincidente sul piano temporale, e da esso distinto.

Il secondo, infatti, ha ad oggetto un mero fatto giuridico, dal quale deriva l'esistenza di quelle situazioni giuridiche soggettive fondamentali che l'ordinamento riconnette al verificarsi dell'evento nascita<sup>7</sup>; e, a tal fine, basta la dichiarazione di nascita resa da uno qualunque dei legittimati ex art. 30, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento di stato civile), affinché l'ufficiale di stato civile possa stilare l'atto di nascita ai sensi del precedente art. 29.

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

Più precisamente, la riferibilità della generazione discende esclusivamente dalla provenienza e dal contenuto della dichiarazione di nascita, eventualmente integrati dal sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 ss. c.c., e/o dalle singole attività compiute dai genitori. Infatti: a) se il

figlio è matrimoniale, sempre che la partoriente non abbia esercitato il diritto all'anonimato, la costituzione del relativo stato è conseguenza della dichiarazione resa dai genitori o da uno solo di essi, che hanno denunciato il figlio come nato dalla loro unione, ovvero da quella effettuata dai legittimati in subordine ex art. 30, d.p.r. n. 396/2000 (medico od ostetrica o altra persona che abbia assistito al parto); anche in quest'ultimo caso, l'accertamento o il mancato accertamento della filiazione deriva da un'attività consapevole della madre biologica (esercizio o meno dell'anonimato); b) se il figlio nasce fuori del matrimonio, occorre sempre un atto di autoresponsabilità del singolo genitore, in difetto del quale il rapporto di filiazione non si costituisce.

In sostanza, occorre avere ben chiara la distinzione tra i vari atti di accertamento conseguenti alla nascita di un individuo, a cui corrispondono i diversi gradi di tutela approntati dall'ordinamento civile, tesi a realizzare lo sviluppo della persona umana secondo i principi fondamentali specificamente ricavabili dagli artt. 2, 3 e 30 Cost.

Così, la dichiarazione di nascita – che dev'essere obbligatoriamente e tempestivamente effettuata, nei termini previsti dall'art. 30, 4° comma, d.p.r. n. 396/2000 (al massimo dieci giorni dalla nascita), dai soggetti indicati nel 1° comma della citata disposizione per non incorrere nel reato di soppressione di stato di cui all'art. 566 c.p. – consente di completare la fattispecie di cui all'art. 1 c.c., attraverso l'attribuzione dei segni distintivi della persona [nome, identità, cittadinanza nei casi previsti dall'art. 1, 1° comma, lett. b) e 2° comma, l. 5-2-1992, n. 91, ecc.] e il riconoscimento giuridico della sua esistenza, garanzia di accesso ai servizi basilari predisposti dallo Stato in favore della stessa (istruzione, assistenza, prevenzione sanitaria, ecc.). Viceversa, gli obblighi genitoriali propriamente intesi, enunciati e disciplinati dagli artt. 315 bis ss. c.c., così come i reciproci diritti patrimoniali (alimenti, successione legale, ecc.), nonché l'acquisto della cittadinanza per discendenza ex art. 1, 1° comma, lett. a), della citata l. n. 91/1992, vengono in essere esclusivamente con l'accertamento della filiazione e la costituzione del rapporto giuridico tra genitore e figlio, in mancanza dei quali il nato è tutelato come «individuo», ma non come «figlio».

In altri termini, per la riferibilità della generazione non è sufficiente l'accertamento della nascita compiuto ai sensi dell'art. 29, 6° comma, del richiamato d.p.r. sull'ordinamento di stato civile, occorrendo inevitabilmente o un atto di autoresponsabilità del genitore, o un provvedimento del giudice, o comunque – con riferimento alla filiazione matrimoniale – l'operare del sistema di cui agli artt. 231 ss. c.c.<sup>8</sup>.

Quindi, sebbene siano il fatto procreativo e la succes-

dopo il decreto legislativo n. 154/2013", in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 455. Nella giurisprudenza italiana, detti concetti sono stati espressi in modo esplicito, tra le altre, da Cass., 10 ottobre 1992, n. 11073, in *Arch. civ.*, 1993, p. 308; in *Dir. fam.*, 1993, p. 408; Id., 27 agosto 1997, n. 8059, in *Famiglia e dir.*, 1998, p. 79; più di recente, Id., 19 aprile 2010, n. 9300, in *leggiditaliaprofessionale.it*; per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 25 gennaio 2012, *ivi*.

6. Sulle differenze tra l'accouchement sous x e la disciplina italiana, per tutti, RENDA, A., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 16 ss.; sul funzionamento del § 1591 BGB, di recente, v. in generale SCHLÜTER, W., *BGB-Familienrecht*, 14<sup>a</sup> ed., Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2012, p. 205, nt. a margine 268; per una lettura relazionata anche alla legislazione italiana, PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 255 s. (nt. 3).

7. In questo senso – come individuato dalla dottrina più autorevole [SACCO, R. (in coll. con Cisiano, P.), *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, 7 ss., spec. 10 ss.] – il fatto è causa della vicenda giuridica che, a sua volta, è conseguenza del fatto, cioè, nella fattispecie in esame, della nascita. Così, ad esempio, il diritto al nome sorge indipendentemente dall'accertamento della filiazione, tanto è vero che nel caso in cui il dichiarante non dia un nome al bambino, o non siano conosciuti i genitori, vi supplisce l'ufficiale di stato civile, che attribuisce al nato un nome ovvero un nome e un cognome (art. 29, 4° e 5° comma, d.p.r. n. 396/2000 sull'ordinamento di stato civile).

8. Producono la costituzione dello status di figlio matrimoniale della coppia in virtù del predetto sistema: a) la dichiarazione resa da uno solo dei coniugi, che ha effetto anche nei confronti dell'altro; b) in mancanza di questa, la dichiarazione effettuata dal personale sanitario, qualora la partoriente nominata nel certificato di assistenza al parto risulti coniugata, prescindendo quindi dall'atto di autoresponsabilità dei genitori (art. 29, 2° comma, d.p.r. n. 396/2000).

siva nascita del figlio i presupposti per il sorgere della responsabilità del genitore, questa viene in essere e produce effetti giuridici, compresi quelli di carattere patrimoniale, soltanto a seguito di accertamento dello status di filiazione. E detto accertamento può essere di diversa natura e avere conseguenze differenti: a) accertamento diretto (di regola proveniente dal genitore o da un giudice), da cui deriva la costituzione con efficacia erga omnes dello status e l'acquisto della relativa titolarità secondo gli atti di stato civile; b) accertamento indiretto (normalmente da parte del giudice, ma che potrebbe essere compiuto anche in via transattiva), che ha come conseguenza il sorgere di una responsabilità patrimoniale (comunque fondata sul fatto procreativo) senza che avvenga la costituzione dello status verso il genitore nei cui confronti l'accertamento è stato esperito o comunque ottenuto. Come si vede, in entrambi i casi, la titolarità è conseguenza dell'atto di accertamento.

Questo è a nostro avviso un punto fondamentale ai fini di una corretta comprensione del sistema attuale, anche alla luce dei diversi gradi di accertamento della filiazione riconducibili sia ad atti di autoresponsabilità che a provvedimenti giurisdizionali, gradi che la dottrina<sup>9</sup> ha da quarant'anni evidenziato e che il legislatore ha fatto propri specialmente con l'ultima riforma (l. n. 219/2012 e d.lg. n. 154/2013), con cui si è inteso – almeno tendenzialmente – equiparare lo status dei figli.

In definitiva, è soltanto l'accertamento della filiazione che se avviene in via diretta: a) produce la titolarità del rapporto tra genitore e figlio e, quindi, delle singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti (titolarità sostanziale); b) consente di operare le registrazioni previste dal citato d.p.r. n. 396/2000 (titolarità formale)<sup>10</sup>. Viceversa, se si verifica indirettamente, essendo prodromico al sorgere di un rapporto giuridico patrimoniale tra il figlio e il proprio genitore biologico (o i suoi successori), esso è meramente incidentale – rappresentando la causa petendi su cui si fonda la richiesta economica – e non ha effetti costitutivi dello status di filiazione, con la conseguenza che non è idoneo ad attribuirne la titolarità secondo i registri di stato civile<sup>11</sup>.

In detto quadro, l'atto di nascita, contenendo l'indi-

cazione, tra l'altro, delle generalità dei genitori legittimi o di coloro che abbiano proceduto a riconoscimento, costituisce il documento (cfr. art. 236 c.c.) da cui risulta l'evento nascita e la riferibilità della generazione, a prescindere dal legame che unisce i genitori<sup>12</sup>: in altri termini, questo rappresenta il titolo dell'esistenza del rapporto filiale, ma in sé non costituisce, né può costituire, accertamento della filiazione che preesiste, poiché con esso ci si limita a prendere atto dell'intervenuta dichiarazione di nascita ed eventualmente dell'operare del sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 ss. c.c. E l'esistenza del rapporto filiale risultante dall'atto di nascita (e/o dal possesso di stato) può essere rimossa soltanto a seguito di un accertamento di massimo grado compiuto dal giudice nell'ambito di un'azione di stato, come si ricava dal combinato disposto degli artt. 238 e 253 c.c., relativi, il primo alla filiazione matrimoniale e, il secondo, alla non matrimoniale.

Consegue che, secondo il disposto dell'art. 29, 6° comma, d.p.r. n. 396/2000, l'ufficiale di stato civile accerta unicamente un fatto giuridico, cioè l'avvenuta nascita, attraverso il certificato di assistenza al parto o, in difetto, la dichiarazione sostitutiva, ma in nessun caso accerta la discendenza e, quindi, la riferibilità della procreazione ad un dato soggetto.

Riepilogando, la titolarità della filiazione deriva: a) quella sostanziale: a1) da un atto di autoresponsabilità dei genitori o di uno di essi, contenuto nella dichiarazione di nascita ovvero, in mancanza di questo, dalla stessa dichiarazione resa dai terzi legittimati ai sensi dell'art. 30, 1° comma, d.p.r. ordinamento di stato civile se la filiazione è matrimoniale e la madre non ha esercitato il diritto all'anonimato; a2) da un provvedimento del giudice che accerta la discendenza biologica o sociale nel caso previsto dall'art. 9, l. n. 40/2004, ovvero dichiara l'adozione ai sensi della l. n. 184/1983; b) quella formale: b1) dalle registrazioni di cui all'art. 28, d.p.r. ordinamento di stato civile, conseguenti alla redazione dell'atto di nascita: se la dichiarazione è compiuta dinanzi l'ufficiale di stato civile il momento in cui sorgono titolarità sostanziale e formale coincide (il richiamato art. 28 parla difatti di «iscrizioni»), mentre negli altri casi quella sostanziale viene in essere con l'atto di accertamento, mentre la formale con la sua registrazione negli atti di stato civile (la citata norma parla di «trascrizioni»); b2) dal compimento delle annotazioni previste dall'art. 49, d.p.r. citato, se l'accertamento avviene successivamente alla nascita.

9. PALAZZO, A., La filiazione fuori del matrimonio, op. cit., p. 171 ss.; *Id.*, "Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione", op. cit., p. 145 ss.; *Id.*, La filiazione, op. cit., spec. p. 251 ss.; e, con specifico riferimento alla riforma di cui alla l. n. 219/2012, *Id.*, "La riforma dello status di filiazione", op. cit., p. 245 ss.; *Id.*, "I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012", op. cit., p. 9 ss.

10. Diversamente, secondo parte della dottrina (da ultimo, BIANCA, C.M., Diritto civile, 2.1, La famiglia, 5ª ed., Milano, 2014, spec. p. 359 ss.) la titolarità sostanziale deriverebbe automaticamente dal fatto naturale della procreazione, salvo dover ammettere (p. 332, nt. 21) che i diritti connessi alla filiazione non sono esercitabili in via giudiziaria finché il rapporto di filiazione non sia formalmente accertato, in contrasto con l'art. 24 Cost. Per una corretta individuazione degli effetti e della natura giuridica degli atti di accertamento dello status, di recente, PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., p. 251 ss.

11. In questo senso, si è correttamente rilevato che l'art. 279 c.c. si connota per la sua neutralità con riguardo all'esclusività del contenuto patrimoniale che lo caratterizza, corrispondente alle conseguenze della responsabilità da atto lecito per fatto biologico della procreazione: PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., spec. p. 460.

12. Concetti, questi, chiaramente espressi in PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., 274 ss., spec. p. 277. Analoghe considerazioni meritano di essere compiute in ordine al possesso di stato: nell'operatività della riforma v., correttamente, SESTA, M., "L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013", op. cit., p. 464 s., il quale sottolinea come il principio si ricavi anche dal successivo art. 237, 2° comma, c.c., ove, in relazione al possesso di stato, si prende in considerazione il comportamento sociale del singolo genitore, prescindendo dalla presenza del vincolo matrimoniale.

### 3. Tipologie di accertamento della filiazione.

Si è vista nei precedenti paragrafi l'essenzialità dell'accertamento dello status nel sistema attuale. È ora necessario fornire un quadro più preciso degli strumenti idonei a costituire il rapporto filiale e ad attribuire la relativa titolarità delle situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti.

Come accennato, il rapporto giuridico fondato sulla discendenza – sia esso qualificabile come filiale in senso proprio ovvero avente natura meramente patrimoniale, sebbene sempre fondato sul fatto procreativo – sorge nei seguenti casi: a) in presenza di dichiarazione di nascita o riconoscimento del figlio operati dal genitore; b) in virtù dell'estensione degli effetti della dichiarazione riguardo al figlio matrimoniale, per l'operare del sistema di cui agli artt. 231 ss. c.c.; c) sulla base di un provvedimento del giudice che: c1) dichiara l'adozione, ovvero c2) accerta la filiazione; in quest'ultima ipotesi, a seconda del *petitum*, l'accertamento può avvenire: c21) in via principale, attraverso le azioni di matrimonialità del figlio di cui agli artt. 234, 239 e 240 c.c.<sup>13</sup> o di dichiarazione giudiziale della genitorialità secondo il successivo art. 269; c22) in via incidentale, con la dichiarazione di responsabilità per il mantenimento e/o la condanna alla corresponsione dell'assegno a carico del genitore ai sensi dell'art. 279 c.c., o dei suoi eredi, legatari e donatari ex artt. 580 e 594 c.c.<sup>14</sup>; analogo risultato, proprio perché manca l'attribuzione formale dello status e per la natura meramente patrimoniale del diritto azionato, può raggiungersi anche attraverso atti di autonomia privata: così, potrebbe accadere che, per evitare un contenzioso a seguito del quale magari il fatto procreativo diviene di dominio pubblico, il genitore o i suoi eredi, legatari e/o donatari, che siano certi della discendenza biologica, potrebbero volontariamente riconoscere e soddisfare il diritto patrimoniale all'assegno senza aspettare il provvedimento del giudice<sup>15</sup>.

13. Con l'ultima riforma il legislatore ha previsto azioni per l'accertamento positivo della matrimonialità del figlio: reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.) e contestazione dello stato di figlio (art. 240 c.c.). In questo modo, si è accolta l'impostazione della dottrina più attenta che ne aveva individuato l'esistenza già nel vigore della normativa precedente, pur in un sistema tutto orientato (sebbene con limiti ben precisi) verso le azioni di accertamento negativo volte alla rimozione della stessa: v. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 321 ss. (e, nella 1ª ed., Milano, 2007, p. 303 ss.).

14. Cfr. PARADISO, M., "Status di filiazione e diritti successori nella riforma", CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, op. cit., p. 242.

15. È quanto deciso da Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 75 (ivi erroneamente indicata come 19 giugno 1990, n. 5833), che, nonostante qualche imprecisione terminologica, esprime in modo chiaro concetti del tutto condivisibili. Questo il caso. Con scrittura privata del 1975, redatta e sottoscritta in Svizzera, ma intercorsa tra i cittadini italiani Tizio e Caieta (nel cui nome e per conto, essendo essa minore perché nata qualche mese prima, interviene quale rappresentante legale un addetto al locale Ufficio di assistenza sociale) il predetto Tizio ammette di essere il padre della piccola, nata dalla sua unione naturale con Caia; dichiara che tale ammissione avviene «senza legittimazione di stato» e si impegna a versare mensilmente in suo favore un assegno di mantenimento sino al raggiungimento della maggiore età. Con ricorso del 1980, Caia, in qualità di genitore esercente la potestà sulla minore, premesso che Tizio è inadempiente e che v'è pericolo del venir meno della garanzia patrimoniale, chiede ed ottiene sequestro conservativo sui beni dello stesso. Instaurato il procedimento per la convalida e la condanna al pagamen-

In tutte le ipotesi indicate, ad eccezione di quella sub c22), l'accertamento avviene in modo diretto e la fattispecie produce la costituzione dello status di filiazione (*ex novo*, ovvero uno diverso se già uno status preesisteva). La dichiarazione di nascita o il provvedimento giudiziale vanno, quindi, inquadrati negli atti di accertamento con effetti costitutivi *erga omnes* e debbono risultare dagli atti dello stato civile<sup>16</sup>. Essi attribuiscono giuridica rilevanza al rapporto tra genitore e figlio e, dando attuazione ai diritti fondamentali facenti capo a ciascun individuo per effetto della nascita, comportano il sorgere della responsabilità genitoriale secondo quanto prevedono il reg. CE 27-11-2003, n. 2201 e il codice civile italiano nel Titolo IX del Libro I (artt. 315 ss.).

Viceversa, sub c22) il provvedimento o l'atto di autonomia privata assumono i caratteri di meri atti di accertamento indiretto della filiazione. Pur concernendo lo stato giuridico del nato, essi sono produttivi di effetti limitati e prodromici al riconoscimento di situazioni giuridiche a carattere patrimoniale a favore di questo (assegno per mantenimento, alimenti, istruzione ed educazione): come tali, sono idonei ad attribuire giuridicità al rapporto filiale in sé considerato e, quindi, a determinare la titolarità formale dello status. Certamente, anche a seguito di detto accertamento si instaura tra genitore biologico e figlio un rap-

to, nella contumacia del convenuto, il Tribunale adito respinge la domanda, rilevando che l'obbligazione da questi assunta ha «causa invalida stante la carenza del riconoscimento della paternità naturale effettuato nelle forme di legge». A seguito di gravame proposto dalla soccombente, la Corte d'Appello, in totale riforma della sentenza di prime cure, non definitivamente pronunciando, dichiara valida l'obbligazione assunta da Tizio con la citata scrittura e dispone la prosecuzione del giudizio in ordine alla determinazione dell'assegno e alla convalida del sequestro. Tizio propone immediato ricorso per cassazione, sostenendo che le obbligazioni a carico del genitore, ivi compresa quella di mantenimento, sono subordinate al riconoscimento dello status, in mancanza del quale non è configurabile alcuna di esse, con la conseguenza che il relativo impegno al mantenimento assunto nei confronti di un soggetto del quale si ammette di essere genitore naturale ma che non si vuol riconoscere pur essendo possibile, ha causa illecita e come tale è colpito da nullità radicale. La S.C. conferma la sentenza impugnata e osserva: a) il rapporto dedotto in giudizio rimane assoggettato alla regolamentazione della legge italiana, pur essendo venuto in essere il suo evento genetico in territorio di uno Stato estero ma pur sempre da cittadini italiani, poiché il negozio in questione ha natura contrattuale, posto che con esso le parti hanno regolato – su un piano convenzionale – i rapporti di natura esclusivamente patrimoniale conseguenti alla procreazione; b) l'art. 279 c.c., ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale, attribuisce al figlio non matrimoniale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello status; c) comunque, anche a voler ammettere – secondo un'interpretazione restrittiva – che la norma citata attribuisce il diritto al mantenimento solo in favore dei figli irricognoscibili e non anche di quelli che, pur sussistendo i presupposti e l'ammissibilità, non abbiano ancora tale status formale, non v'è dubbio che rimane pur sempre prevista nel nostro ordinamento positivo la configurabilità di un diritto al mantenimento avulso dalla qualifica formale di figlio. Ovviamente, la natura e gli effetti dell'atto sono diversi da quelli di un provvedimento giudiziale, che per sua natura costituisce un accertamento di grado superiore: v. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 418 ss. 16. V., di recente, Cass., 16 gennaio 2012, n. 430, in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 304, che, nel confermare la pronuncia di merito, qualifica la sentenza di disconoscimento di paternità come sentenza costitutiva, inerente allo status di una persona, opponibile con forza di giudicato *erga omnes*.

porto giuridico, ma questo ha natura obbligatoria, sebbene derivi sempre dal fatto procreativo, essendo conseguenza del riconoscimento – da parte del giudice o dei soggetti interessati mediante l’atto di autonomia – di una situazione giuridica di tale natura e della titolarità attiva e passiva della stessa. Da esso deriva in capo al genitore biologico una responsabilità (patrimoniale) da mantenimento.

Dalle considerazioni che precedono emerge come nel sistema della filiazione la titolarità non vada riferita unicamente alle situazioni giuridiche facenti capo ai vari soggetti e, quindi, non identifichi soltanto l’appartenenza delle stesse, ma concerna specialmente e preventivamente il rapporto che si instaura tra genitore e figlio<sup>17</sup>, rapporto che si identifica con il concetto stesso di status e dal quale derivano le predette situazioni giuridiche di cui il secondo è titolare, e non viceversa. In sostanza, per poter accedere alla titolarità della singola situazione giuridica azionabile, il nato deve preventivamente avere quella del rapporto di filiazione, che, pertanto, dev’essere giuridicamente accertato.

In altri termini, la titolarità della singola situazione giuridica consegue alla titolarità del rapporto filiale e trova giustificazione unicamente in essa. Difatti, i singoli diritti verso un adulto esistono e sono azionabili soltanto in presenza di un rapporto fondato sul fatto procreativo, in mancanza del quale, come si è ricordato anche nel precedente paragrafo, il nato viene tutelato come persona fisica al pari di qualsiasi altro individuo (se minore di età, ovviamente, in misura maggiore), ma non sulla base del rapporto filiale che, come tale, manca.

Così, ad esempio, il diritto al mantenimento verso il genitore presuppone l’esistenza del rapporto filiale e del suo preventivo accertamento, senza i quali esso non può trovare attuazione nel sistema, come del resto avviene in tutte quelle situazioni giuridiche che presuppongono l’esistenza di un rapporto intersoggettivo su cui la situazione stessa si fonda<sup>18</sup>.

In quest’ottica, appare corretta l’impostazione della Suprema Corte di cassazione italiana, secondo cui sussiste responsabilità aquiliana da illecito endofamiliare del genitore che non abbia proceduto a riconoscimento e, di conseguenza, provveduto al relativo obbligo di mantenimento, istruzione ed educazione del figlio biologico, ove egli, pur nella piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria discendenza, ne abbia ignorato tutti i

segnali<sup>19</sup>. Nella fattispecie, infatti, non essendo presente il rapporto di filiazione, i diritti del nato trovano una tutela esclusivamente aquiliana quali situazioni giuridiche dell’individuo in quanto tale (diritti fondamentali) e prescindono, quindi, dall’avvenuto accertamento dello status, che, come detto, produce la costituzione del rapporto, con conseguente inadempimento in senso tecnico delle obbligazioni da esso derivanti<sup>20</sup>.

In sostanza, in mancanza di accertamento, sussiste una violazione del diritto alla genitorialità e, quindi, all’acquisizione dello status, che comporta, a sua volta, la violazione degli obblighi genitoriali di cui all’art. 315 bis c.c., violazione fonte di responsabilità aquiliana una volta accertata la discendenza: dall’atto lecito della procreazione derivano comunque conseguenze giuridiche<sup>21</sup>, che possono sfociare nel fatto illecito, qualora l’autore di essa, sempre che si accertato come tale, violi i diritti fondamentali del figlio.

Da ciò si originano conseguenze coerenti anche sul piano equitativo, poiché è evidente che gli elementi costitutivi della responsabilità del genitore giuridicamente tale non possono essere analoghi a quelli del soggetto il cui rapporto non sia stato mai costituito e/o accertato. Mentre nel primo caso gli obblighi del genitore esistono in virtù del citato rapporto e, quindi, la loro mancata attuazione comporta (oltre ad una lesione del diritto fondamentale del figlio) un inadempimento in senso tecnico, con conseguente onere in capo al genitore medesimo di provare che l’inadempimento non dipende da causa a lui imputabile (art. 1218 c.c.), nel secondo la responsabilità sussiste soltanto in presenza della prova rigorosa dell’elemento soggettivo del fatto illecito (art. 2043 c.c.), cioè a dire – per usare le parole della S.C. – del fatto che il genitore biologico, pur nella piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria discendenza, ne abbia ignorato tutti i segnali<sup>22</sup>. In altri termini, la condotta omissiva del genitore che sia stato accertato o dichiarato tale non può avere

17. E, in conseguenza di questo, il rapporto tra il figlio e gli altri soggetti legati col genitore da vincolo di parentela.

18. Concetti, questi, chiaramente espressi dalla giurisprudenza più recente; cfr. Cass., 4 aprile 2014, n. 7986, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che in merito all’azione intentata dal genitore che ha allevato il figlio contro quello biologico volta al rimborso delle spese sostenute per il mantenimento, nel confermare la pronuncia di merito, afferma: il diritto non è utilmente azionabile se non dal momento della sentenza di accertamento della filiazione, che conseguentemente costituisce il dies a quo della decorrenza della ordinaria prescrizione decennale. Così, ad esempio, anche nella successione legale a causa di morte, la cui operatività dipende dal particolare rapporto esistente tra il de cuius e il suo potenziale successore: cfr., in generale, PALAZZO, A., SASSI, A., *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, op. cit., p. 422 ss.

19. Di recente, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, p. 1593, con nota di TASSONE, B., “Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale”; Id., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Danno e resp.*, 2012, p. 868, con nota di AMRAM, D., OLARI, S., “Ambo della Cassazione in materia di danno intrafamiliare”; in *Corr. giur.*, 2012, p. 750, con nota di CARBONE, V., “Filiazione naturale e mantenimento del figlio”, e p. 1457, con nota di FORTE, F., “Il risarcimento del danno non patrimoniale da colposo ritardo nel riconoscimento della paternità naturale”; in *Giur. it.*, 2013, p. 43, con nota di MALAVENDA, G., “Responsabilità dei genitori per violazione dell’obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti”; per la giurisprudenza di merito, Trib. Sulmona, 26 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 689, secondo cui il genitore, di cui venga dichiarata la paternità naturale, ove fosse a conoscenza della nascita della figlia e se ne sia completamente disinteressato, è tenuto a risarcire il danno non patrimoniale da quest’ultima subito per essere cresciuta senza l’assistenza del padre.

20. In tal senso, sebbene nella peculiarità della singola situazione esaminata, taluni concetti condivisibili possono ricavarsi da Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *leggiditaliaprofessionale.it*, in base alla quale la domanda di mantenimento proposta dal figlio nato fuori del matrimonio nei confronti del proprio genitore naturale è autonoma e diversa, per causa petendi e petitum, rispetto alla domanda di risarcimento dei danni subiti dal figlio stesso quale conseguenza della condotta omissiva del genitore in ordine agli obblighi nascenti dalla procreazione.

21. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 489 s.

22. Cfr., in particolare, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, cit.

conseguenze analoghe a quella di chi ignorava la propria discendenza, magari senza sua colpa, ad esempio perché era erroneamente convinto di aver avuto accesso ad un rapporto sessuale protetto e l'altro autore della procreazione non l'ha mai informato.

Consegue che la posizione giuridica del figlio, discendente dall'esistenza del rapporto, è complessa e data da una triade di elementi fondamentali tra loro consequenziali, rappresentati da: a) accertamento della filiazione; b) titolarità del rapporto; c) e, quindi, titolarità delle singole situazioni giuridiche soggettive tutelate.

#### 4. Principio di verità biologica.

Posti questi principi fondamentali, va precisato che l'impianto normativo attuale privilegia normalmente il principio di verità biologica, tendenzialmente attribuendo la genitorialità con riguardo alla trasmissione del patrimonio genetico.

Si tratta di scelta condivisibile, peraltro accreditata in alcune pronunce della Corte costituzionale italiana<sup>23</sup>, che permette di realizzare pienamente il rapporto tra genitore e figlio, oltre a consentire a quest'ultimo di avere informazioni complete sulle proprie origini a tutela della propria salute fisica e psichica<sup>24</sup>. Essa trova riscontro normativo

nella previsione in capo al nato di un diritto fondamentale, e come tale imprescrittibile, all'accertamento dello stato in quanto veridico, nella legittimazione generale all'azione nel caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c.) e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), nonché nel fatto che la filiazione può essere provata con ogni mezzo (artt. 241 e 269, 2° comma, c.c.). Consegue che la verità biologica, almeno in via potenziale, prevale indipendentemente dalla volontà dei genitori biologici o sociali e dalle risultanze dei registri di stato civile<sup>25</sup>.

Questi elementi debbono a nostro avviso guidare l'interprete – almeno in prima istanza – anche nella soluzione di casi particolarmente delicati verificatisi nella pratica, quale quello dello scambio di embrioni nella fecondazione medicalmente assistita, a seguito del quale, per errore, sono stati impiantati nella donna embrioni provenienti da altra coppia, di cui ovviamente possiedono le caratteristiche genetiche, senza il consenso dei fornitori di gameti.

Anche nella fattispecie deve normalmente prevalere il criterio di discendenza biologica (come avviene nel caso di sostituzione di neonato ex artt. 239 e 240 c.c.), non essendo applicabile l'art. 9, l. n. 40/2004. La norma impedisce il disconoscimento al soggetto che abbia prestato il consenso esplicito o implicito all'eterologa<sup>26</sup>, nonché l'esercizio dell'anonimato per la partoriente, escludendo, al contempo, la possibilità per il nato di instaurare rapporti con il donatore di gameti. Ma è evidente che nell'ipotesi in esame difetta sia il consenso della coppia «ricevente», che non ha

23. V., ad esempio, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in Guida dir., 30/2006, p. 30, con nota di FIORINI, M., "Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie"; in Corriere giur., 2006, p. 1367, con nota di CARBONE, V., "Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità"; in Famiglia e dir., 2006, p. 461, con nota di BOLONDI, E., "L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche"; in Notariato, 2006, p. 537; in Foro it., 2006, I, c. 3290 ed ivi, 2007, I, c. 705, con nota di FORTINO, M., "Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto"; in Giur. it., 2007, p. 1381; in Fam. pers. succ., 2007, p. 628, con nota di BEMBO, M.D., "Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente art. 235 c.c. (ora abrogato), relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., p. 264 ss.; e, per i profili attuali, Id., "La riforma dello status di filiazione", op. cit., p. 250 ss. 24. Ciò è dimostrato, nel caso di parto anonimo e/o di adozione, dalla necessità di accedere alla conoscenza delle proprie origini biologiche e dal dibattito sul bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei genitori biologici e quello alla salute psico-fisica del nato, su cui sono intervenute di recente la Corte EDU e la Corte costituzionale italiana: Corte EDU, 25 settembre 2012, Godelli c. Italia, in Famiglia e dir., 2013, p. 194 e ivi, p. 537, con nota di CURRÒ, G., "Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento"; in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, p. 103, con nota di LONG, J., "La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata"; in Giornale dir. amm., 2013, p. 67, con nota di PACINI, P., "Accesso alle proprie origini biologiche"; Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in Corriere giur., 2014, p. 471, con nota di AULETTA, T., "Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia"; in Famiglia e dir., 2014, p. 11, con nota di CARBONE, V., "Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno"; in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, p. 279, con note di MARCENÒ, V., "Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze", e di LONG, J., "Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto". Per un inquadramento si-

stematico della questione v. già STEFANELLI, S., "Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini", in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, op. cit., 2, p. 833 ss.; in prospettiva europea, di recente, COLCELLI, V., "La tutela privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini", in CASSETTI, L. (coord.), L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, consultabile in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it). Del resto, anche gli studi di psicologia mostrano l'importanza delle origini biologiche e della loro conoscenza, laddove non coincidano con quelle del genitore, nella formazione e nel pieno sviluppo di ciascun individuo: v. almeno LOMBARDI, R., "Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)", in Dir. fam., 1998, p. 663 ss.; SIEGEL D.J., La mente relazionale. Neurobiologia dell'esperienza interpersonale, ed. italiana, Raffaello Cortina Ed., Milano, 2001; ANDOLFI, M., CIGOLI, V. (coord.), La famiglia d'origine. L'incontro in psicoterapia e nella formazione, Franco Angeli, Milano, 2003, spec. pp. 7 ss., 147 ss. e 180 ss.; VADILONGA, F. (coord.), Curare l'adozione, Raffaello Cortina Ed., Milano, 2011, pp. 133-140; v. anche DE BONO, I., "Dal trauma all'esperienza adottiva", in Trasformazioni, 1/2006, pp. 39-55, ove si sottolinea l'erroneità della diffusa convinzione che adottare un bambino molto piccolo, magari neonato, annulli o riduca al minimo la storia antecedente, la quale, al contrario, ha inizio al momento del concepimento ed è una storia che lascia una memoria inscritta nel corpo e che partecipa alla costruzione dell'identità del bambino. 25. Cfr., di recente, Cass., 29 settembre 2013, n. 21882, in leggiditaliprofessionale.it, secondo cui, nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la genitorialità è conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l'elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al "disvolere" del presunto padre, una diversa interpretazione ponendosi in contrasto con l'art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo. 26. Per un'applicazione della regola, da ultimo, Trib. Roma, 19 settembre 2013, in Famiglia e dir., 2013, p. 1136, con nota di BATA, A., SPIRITO, A., "Inseminazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità".

mai consentito alla fecondazione eterologa, avendo dovuto ricevere embrioni «propri», né, soprattutto, quello dei «donatori di gameti», le cui cellule sono state impiantate a loro insaputa nell’utero della partoriente.

Deriva l’applicazione delle regole generali. E, come si è ora ricordato, indipendentemente dalle risultanze dell’atto di nascita, la maternità, al pari della paternità, può essere provata con ogni mezzo, e soltanto in prima istanza essa viene dimostrata secondo la regola contenuta nel 3° comma dell’art. 269 c.c. (coincidenza tra l’identità di colui che pretende di essere figlio e l’identità di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre). Quest’ultima regola, confermata anche dalla riforma del 2012-2013, che non ha eliminato il contrasto con il precedente 2° comma, è evidentemente espressione dell’assunto secondo cui mater semper certa est, pater numquam, assunto che poteva assumere valenza in una realtà in cui l’evento procreativo era affidato al corretto funzionamento di elementi naturali e la partoriente era sicuramente madre biologica del nato, ma che non ha più senso alcuno in quella attuale<sup>27</sup>. Infatti, oggi è sempre possibile ricorrere ad indagini genetiche (a meno che il materiale da analizzare sia talmente deteriorato, di modo da non potersi ricavare elementi utili: ad esempio, cadavere in elevato stato di decomposizione) e fare impiego di tecniche di fecondazione assistita (omologa o eterologa), che, come vedremo nel prossimo paragrafo, tra non molto consentiranno addirittura di combinare elementi del Dna femminile (nucleare e mitocondriale) provenienti da individui diversi, con la conseguenza che le madri fornitrici di gameti saranno addirittura due.

## 5. Bilanciamento degli interessi del figlio e rilevanza delle azioni di stato.

Il principio di verità biologica incontra importanti contemperamenti in altri che possiedono pari rilevanza e dignità, quali quelli alla certezza dello status e alla tutela dei rapporti sociali e dell’affettività<sup>28</sup>, poiché, salvo limitate eccezioni, le azioni volte alla rimozione dello status debbono essere esperite entro breve tempo dalla nascita. Infatti, di regola, come accennato nel precedente paragrafo, esse sono imprescrittibili soltanto riguardo al figlio che, in questo modo, diviene arbitro della propria situazione, operando un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali egualmente tutelati.

È possibile realizzare detto bilanciamento non sol-

tanto attraverso le azioni di accertamento diretto della filiazione verso il genitore biologico, che necessariamente comportano la rinuncia al precedente status consolidato e incompatibile col nuovo, ma anche mediante quelle volte al suo accertamento indiretto ex artt. 279, 580 e 594 c.c., che consentono di mantenerlo a tutela dei rapporti affettivi verso il genitore sociale che se n’è occupato, al contempo attuando la responsabilità da procreazione verso quello biologico. Resta escluso dalla responsabilità nel sistema italiano soltanto il donatore di gameti che, ai sensi dell’art. 9, 3° comma, l. 19 febbraio 2004, n. 40, oltre a non acquisire relazioni parentali con il nato (relazioni che cessano anche in caso di adozione ex art. 27, 3° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184), non può essere titolare di alcun obbligo verso lo stesso.

Deriva che il principio di verità biologica non è assoluto, ma va guardato nell’ottica del concreto interesse del figlio, che è preminente.

Questi concetti non sempre sono chiari e correttamente applicati nella giurisprudenza della S.C. italiana, soprattutto in ordine alle conseguenze della condanna per i delitti contro lo stato di famiglia, con particolare riferimento a quello p. e p. dall’art. 567 c.p. (Alterazione di stato)<sup>29</sup>. Infatti, si sostiene che, all’esito della dichiarazione di falsità contenuta nella sentenza penale, consegue necessariamente la cancellazione dagli atti di stato civile della registrazione dell’atto di nascita compiuto in violazione di legge e di ogni altro conseguente, rientrando la fattispecie tra quelle di rettificazione previste dall’art. 95, d.p.r. n. 396/2000, il cui procedimento è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell’atto stesso<sup>30</sup>.

27. Cfr., di recente, D’ALTON-HARRISON, R., “Mater semper incertus est: who’s your mummy?”, in *Medical Law Review*, 23 gennaio 2014, pp. 1-27 (consultabile anche in [www.medlaw.oxfordjournal.org](http://www.medlaw.oxfordjournal.org)).

28. Il riconoscimento pieno di tali situazioni giuridiche – anch’esse rientranti nella tutela costituzionale di cui all’art. 30 – si deve ad Antonio Palazzo: v., di recente, PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 270 ss.; *Id.*, “La riforma dello status di filiazione”, op. cit., 245 ss. La rilevanza dell’affettività nelle relazioni familiari – già sottolineata anche da PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale* secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006, spec. p. 920 s. – è al centro della importante indagine di C. MAZZÙ, “La famiglia degli affetti”, in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, op. cit., 2, p. 527 ss.

29. Secondo la giurisprudenza, la norma è posta a garanzia dell’identità del neonato, del rapporto effettivo di procreazione per come naturalmente si determina e, quindi, dell’integrità dello stato di filiazione, quale attributo della personalità. Essa prevede due distinte ipotesi di delitto di alterazione di stato, diverse nella nozione e nella pena: la prima si consuma quando nei registri di stato civile si fa figurare uno stato di filiazione diverso da quello reale mediante sostituzione di neonato, mentre la seconda si compie a seguito di false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, avvenendo l’alterazione quando, nella formazione dell’atto di nascita, si inserisce un dato non veritiero sull’identità, sulla discendenza, sulla qualità di figlio matrimoniale o meno, sul sesso, ecc.: cfr. Cass., 18 marzo 1975, A., in *Riv. pen.*, 1976, p. 69; *Id.*, 9 giugno 1981, V., *ivi*, 1982, p. 177; *Id.*, 27 aprile 1983, M., *ivi*, 1984, p. 241; e, sui caratteri della condotta, *Id.*, 21 ottobre 1980, D.U., *ivi*, 1981, p. 179; *Id.*, 12 febbraio 2003, R. e V., in *Giur. it.*, 2004, p. 1712, con nota di FERRARI, S., “Considerazioni sul delitto di alterazione dello status filiationis”; G.i.p. Trib. Torino, 6 febbraio 2013, C. e S., in [leggiditaliaprofessionale.it](http://leggiditaliaprofessionale.it).

30. Di recente, Cass., 2 ottobre 2009, n. 21094, in [leggiditaliaprofessionale.it](http://leggiditaliaprofessionale.it). Questo il caso. Con ricorso ex art. 95, d.p.r. n. 396/2000, il Procuratore della Repubblica – premesso che era stata dichiarata la falsità del riconoscimento del minore Caietto operato da Caio per atto notarile e che, pertanto, era doveroso disporre la cancellazione delle iscrizioni e/o trascrizioni effettuate nei registri di nascita e di cittadinanza, dipendenti dall’atto di accertamento dichiarato falso – chiede ed ottiene dal Tribunale adito la predetta cancellazione della trascrizione degli atti concernenti Caietto. Propone reclamo alla Corte d’Appello quest’ultimo, ma il provvedimento impugnato viene confermato. Osserva, in particolare, il giudice del gravame che alla dichiarazione di falsità del riconoscimento contenuta nella sentenza penale di condanna

Ma è evidente l'equivoco in cui cadono i giudici, poiché l'atto in questione non è affatto indebitamente registrato, esistendo all'epoca un atto di autoresponsabilità compiuto nelle forme previste e, quindi, produttivo di effetti, né è falsa la conseguente registrazione negli atti di stato civile. Il vizio, se di vizio si può tecnicamente parlare, non attiene agli atti del procedimento di registrazione in loro considerati, ma alla veridicità della dichiarazione effettuata dal genitore, con la conseguenza che per la rimozione dei predetti atti è sempre necessaria un'azione di stato, che è soggetta a proprie peculiari regole, concernenti soprattutto la legittimazione e i termini per l'esperienza, regole poste a tutela degli interessi fondamentali del figlio alla certezza e alla conservazione dello status, anche se non veridico, e all'affettività<sup>31</sup>. E il relativo provvedimento del giudice non dà luogo alla rettificazione di cui all'art. 95, d.p.r. ordinamento di stato civile, ma costituisce autonomo titolo per l'annotazione prevista nel precedente art. 49 [v., in particolare, 1° comma, lett. l), m) e o)]. Pertanto, il richiamato art. 95 non può mai riguardare l'accertamento della discendenza (art. 567 c.p. – Alterazione di stato), che può essere rimosso o costituito soltanto con un'azione di stato (accertamento di grado superiore), ma concerne altri aspetti della dichiarazione: così, ad esempio, se il figlio non è mai venuto ad esistenza e la falsità concerne l'evento nascita, ovvero, se nato, non è mai stato dichiarato (art. 566 c.p. – Supposizione o soppressione di stato), è palese che non si tratta di un problema di titolarità dello stato giuridico (che nell'un caso riguarderebbe persona inesistente e nell'altro non è mai sorto) e l'accertamento della falsità o dell'occultamento comporta l'applicazione del citato art. 95.

Né può obiettarsi che l'azione di stato sarebbe superflua e contraria a ragioni di economia processuale, poiché gli interessi del figlio appena richiamati sono fondamentali, costituzionalmente garantiti e, soprattutto, non formano oggetto di valutazione nel processo penale. Se si ritenesse diversamente, deriverebbero conseguenze abnormi, poiché sarebbe sufficiente la condanna in sede penale<sup>32</sup> per un delitto contro lo stato di famiglia per scardinare tutto il

sistema delle azioni di stato e dell'accertamento di grado maggiore che da esse deriva. In particolare: a) si darebbe ingresso alla rimozione dello status costituito indipendentemente dalla volontà dell'interessato, creando così una palese disparità di trattamento tra quelle situazioni in cui l'inveridicità sia stata accertata in sede penale e quelle in cui detto accertamento difetti per una qualsiasi ragione; b) verrebbero completamente disattese le condizioni previste dal sistema per l'esperienza dell'azione di disconoscimento (art. 244 c.c.) e per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), coincidendo l'imprescrittibilità e la legittimazione generale soltanto nell'azione di contestazione dello stato di figlio (artt. 240 e 248 c.c.); c) si attribuirebbe alla sentenza di condanna emessa in sede penale autorità di giudicato civile sullo status con efficacia erga omnes e, quindi, anche verso chi – compreso eventualmente il figlio – non si sia costituito parte civile e, quindi, non abbia partecipato al giudizio.

Certamente l'accertamento dei fatti materiali compiuto con la sentenza penale di condanna spiega i suoi effetti preclusivi in sede civile ai sensi dell'art. 654 c.p.p. nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo (ferma restando la possibilità di una loro autonoma valutazione qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere)<sup>33</sup>, ma il giudizio di stato è sempre necessario per l'accertamento di grado maggiore, finalizzato alla rimozione della situazione consolidata e alla costituzione di una nuova e con la prima incompatibile.

Il principio di verità biologica, oltre a trovare un limite negli altri posti a tutela dell'interesse del figlio appena richiamati, come si è accennato poco fa, potrebbe comunque risultare inidoneo ad attribuire la genitorialità nel caso di figli nati a seguito dell'introduzione di tecniche – allo stato ancora allo studio<sup>34</sup> – consistenti in manipolazioni genetiche sulla cellula uovo, anche effettuate al fine di evitare malformazioni del feto, con materiale proveniente da donna estranea alla coppia. In questo caso, i geni presenti nel nuovo soggetto sarebbero riconducibili a tre genitori (due madri e un padre), con la conseguenza che risulterebbe impossibile riferirne la discendenza biologica.

consegue necessariamente la cancellazione dai registri dello stato civile di tutti gli atti indebitamente registrati in conseguenza del riconoscimento non veridico, rientrando la fattispecie nella previsione di cui all'art. 95, d.p.r. n. 396/2000 e, precisamente, nella «cancellazione di un atto indebitamente registrato». Propone ricorso per cassazione il soccombente. La S.C. conferma il decreto, osservando che il procedimento di rettificazione di cui alla citata norma è diretto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso, in quanto la funzione degli atti di stato civile è proprio quella di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei relativi registri, ai sensi dell'art. 451 c.c.

31. Il problema, del resto, è risalente: sulle conseguenze dell'accertamento indiretto della discendenza biologica nella sentenza penale, v. Cicu A., La filiazione, op. cit., p. 239 s., il quale correttamente rilevava che la pregiudiziale civile è assoluta quando si ha controversia di stato.

32. O addirittura, secondo l'orientamento della S.C. italiana, l'accertamento dell'intervenuta prescrizione del reato, in quanto la declaratoria di falsità di un documento può essere legittimamente pronunciata anche in sede di sentenza di non luogo a procedere per prescrizione, quando essa sia stata motivatamente accertata in esito all'udienza preliminare: di recente, Cass., 23 ottobre 2012, A.N.N., in leggiditaliaprofessionale.it.

33. Sul punto, di recente, Cass., 17 novembre 2011, n. 24082, in leggiditaliaprofessionale.it, secondo cui la sentenza del giudice penale di estinzione del reato per prescrizione, emessa a seguito di dibattimento, spiega effetti nel giudizio civile, nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo penale, in ordine alla sussistenza dei fatti materiali in concreto accertati, anche se può essere operata in sede civile una loro rivalutazione in via autonoma, qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere in quella sede. Viceversa, in presenza di applicazione della pena su richiesta (c.d. patteggiamento; art. 444 c.p.p.), il giudice civile deve procedere in modo autonomo alla rivalutazione del fatto e del materiale probatorio: v. almeno Id., 18 aprile 2013, n. 9456, ivi; Id. (ord.), 6 dicembre 2011, n. 26263, ivi; Id., S.U., 31 luglio 2006, n. 17289, ivi.

34. Nel Regno Unito, dopo una serie di indagini, il 3 giugno 2014 l'Authority HFEA ha dichiarato, tra l'altro, che: a) «the evidence it has seen does not suggest that these techniques are unsafe»; b) «there are still experiments that need to be completed before clinical treatment should be offered». Nonostante la necessità di compiere ulteriori ricerche prima di passare alla sperimentazione e poi all'applicazione del metodo, la strada è tracciata e la questione ha già suscitato un acceso dibattito parlamentare, viste le implicazioni etiche e giuridiche che ne derivano: v. [www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk).

Più in particolare, in applicazione degli studi compiuti in tema di clonazione, un embrione che presenta anomalie mitocondriali, viene disgregato nelle sue cellule singole (i blastomeri), dai quali si estraggono i nuclei, che vengono a loro volta trapiantati negli ovociti di un'altra donna, precedentemente enucleati, che presentano mitocondri sani. Da questo metodo, qualora desse risultati clinicamente approvati e venisse applicato, deriverebbero, tuttavia, rilevanti problemi etici e giuridici di carattere generale, vista la formazione di più embrioni identici dalla clonazione di uno iniziale [attività potenzialmente in contrasto con il divieto di cui all'art. 3, lett. d), C.d.f.U.E.]<sup>35</sup>.

Analoghe difficoltà di individuazione della discendenza potrebbero verificarsi nell'uso di procedimento inverso, anch'esso in avanzata fase di sperimentazione, consistente nell'impianto di materiale mitocondriale di altra donna sull'ovocita originario, che, ovviamente, conserva il nucleo con il proprio Dna.

In entrambi i casi, ci si troverebbe di fronte a più donne fornitrici di materiale genetico. E, in proposito, non sarebbe sufficiente la previsione di divieti, poiché – come dimostrano in Italia i casi della fecondazione eterologa e della maternità surrogata – basta che il metodo sia legalmente o illegalmente praticato in qualunque paese del mondo perché il problema si presenti.

Sul piano giuridico, quindi, secondo le regole generali, il figlio avrebbe potenzialmente la possibilità di vedersi costituito il rapporto verso entrambe le donne, oltre che verso il padre: del resto, l'ordinamento già conosce situazioni di questo tipo nell'adozione in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983) e in quella di maggiori di età (artt. 291 ss. c.c.), nelle quali l'adottato conserva i rapporti con la famiglia di origine, trovandosi così con un doppio stato giuridico, l'uno verso i genitori biologici e l'altro verso quello adottivo.

Tuttavia, un criterio legale per l'individuazione della madre ci sembra potrebbe essere quello della prevalenza quantitativa del materiale, presente nella sua quasi totalità nel nucleo dell'ovocita e in minima parte nei mitocondri<sup>36</sup>, anche se qualitativamente il Dna mitocondriale assume importanza fondamentale, soprattutto ove venga utilizzata la

tecnica dell'estrazione nucleare, in cui è proprio il nucleo ad essere innestato su altro ovocita in precedenza enucleato.

In ogni caso, un tale criterio dovrebbe subire dei temperamenti. Infatti, i metodi di cui si tratta potrebbero essere utilmente impiegati anche nel caso il cui i nuclei provengano da donna in età non più fertile o difficilmente fertile (giusta anche la possibilità di crioconservazione, in relazione alla quale negli ultimi tempi sono stati risolti notevoli problemi tecnici), che risulterebbero «rivalizzati» dalla presenza di mitocondri sani ed attivi, pur mantenendo il Dna del nucleo e, quindi, le caratteristiche fenotipiche della donna cui appartiene. In questa ipotesi, visto che il nostro ordinamento pone dei limiti di età ai potenziali genitori sia nella fecondazione medicalmente assistita (art. 5, l. n. 40/2004, secondo cui la coppia dev'essere in età potenzialmente fertile) che nell'adozione (art. 6, l. n. 183/1984, che prevede il limite massimo dei quarantacinque anni nella differenza di età tra gli adottanti e l'adottato), si potrebbe a nostro avviso dare generalmente prevalenza al materiale genetico mitocondriale, nell'interesse del nato, il cui status verrebbe ad essere costituito verso una madre avente un'età pienamente compatibile con la delicata funzione da svolgere. Certamente, però, la questione va sempre guardata nella singola fattispecie, avendo riguardo al concreto interesse del figlio, che può utilmente ricavarsi, in particolare, dagli atteggiamenti della madre «mitocondriale» e di quella «nucleare», nonché dalla eventuale presenza di uno status già costituito, con conseguente applicazione delle stringenti regole previste per l'esercizio delle relative azioni, poste a tutela degli interessi fondamentali alla certezza delle situazioni giuridiche e all'affettività, cui poco fa s'è fatto cenno.

## 6. Famiglia, genitorialità e paidocentrismo nel diritto attuale.

Il sistema dell'accertamento della filiazione è il frutto del bilanciamento degli interessi dei singoli soggetti che partecipano ai rapporti familiari.

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

35. Preziose e più dettagliate informazioni, nonché spunti di riflessione si rinvengono in MORRESI, A., "Figli in provetta di tre genitori", in *Il foglio quotidiano*, 1° marzo 2013, p. 1 [nella versione in lingua spagnola "Hijos de probeta de tres progenitores", in *Prudentia iuris. Revista del Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, n. 75 (2013), p. 201 ss. (consultabile anche in [www.bibliotecadigital.uca.edu.ar](http://www.bibliotecadigital.uca.edu.ar))], che evidenzia il fatto che con il metodo menzionato si creano una serie di embrioni tutti eguali tra loro nel Dna, tanti quanti gli ovociti enucleati: non si tratta, quindi, di produrre una copia identica di un individuo (pecora Dolly), ma di formare più embrioni identici tra loro, clonando un embrione iniziale.

36. Un gamete femminile (ovocita) è una cellula che ha per il 99,9% del suo patrimonio genetico del Dna nel nucleo e lo 0,1% al di fuori di esso, nei mitocondri, che si ereditano solo per via materna (tramite appunto gli ovociti), in quanto quelli presenti negli spermatozoi si distruggono subito dopo la fecondazione e, quindi, non vengono trasmessi alle generazioni future. Per queste ragioni, le analisi comunemente praticate per stabilire la discendenza biologica sono in grado di individuare la compatibilità con il Dna nucleare, mentre riguardo a quello mitocondriale sono necessarie indagini più accurate.

La prospettiva, quindi, si è completamente rovesciata rispetto a quella che per secoli ha costituito il fondamento dei rapporti familiari, in cui era proprio l'appartenenza al gruppo ad attribuire legittimazione al singolo individuo<sup>37</sup>. Essa derivava dall'applicazione dei principi del diritto romano, che aveva conservato l'idea precivica di familia come microrganismo dotato di proprie regole e soggetto al potere assoluto del capostipite (paterfamilias): in quest'ottica la legittimazione avveniva proprio per la partecipazione alla familia, che poteva derivare da legami di sangue (cognatio) ovvero dall'accrescersi alla comunità di altri membri liberi (agnatio)<sup>38</sup>. E, certamente, anche il modello preso a riferimento dalla Costituzione italiana negli artt. 29 e 30 risente di questa impostazione, che si traduce nella legittimazione attribuita dall'appartenenza alla famiglia, quale società naturale (cioè costituita sull'unione affettivo-procreativa di persone di sesso diverso) fondata sul matrimonio: famiglia, appunto, legittima<sup>39</sup>.

Nell'evoluzione della nostra cultura l'elemento procreativo è preminente, consentendo la perpetuazione della specie, quindi, della comunità familiare e, in prospettiva più ampia, della società civile<sup>40</sup>. Del resto, il matrimonio cristiano, «che non senza difficoltà comincia ad entrare nell'uso del Duecento», è visto come il tentativo di porre rimedio alla concupiscenza e la copula tra uomo e donna è accettata

al fine della procreazione<sup>41</sup>. In effetti, sino al secolo XI la Chiesa si era adeguata all'assunto secondo cui «consensus fecit nuptias, non concubitus», ma in seguito – con la riforma gregoriana [operata da Papa Gregorio VII (1073–1083)] e della conseguente netta distinzione della comunità in chierici e laici, ribadita e approfondita nel I Concilio Lateranense del 1123, nonché del recepimento del modello di matrimonio in uso presso i popoli germanici (longobardi in primis), pervaso dall'idea di sottomissione della donna, il cui consenso non aveva valore – si fa strada una diversa concezione, secondo la quale, oltre alla manifestazione del consenso, è necessaria la copula carnalis<sup>42</sup>. Il principio, del resto, è affermato esplicitamente da Graziano nella quaresima II della Causa XXVII del Decreto, che distingue tra matrimonio iniziato (che sorge col consenso) e matrimonio rato (che si stabilisce, invece, col successivo intervento della copula, portando così a completamento la fattispecie sul piano giuridico)<sup>43</sup>.

La costruzione sopra richiamata è stata integralmente recepita dall'ordinamento canonico nel codex del 1917, che collocava il fine della procreazione al centro del sistema matrimoniale (can. 2013); costruzione in parte superata dal nuovo codex del 1983, che pone sullo stesso piano il bonum coniugum e la generatio atque educatio proles (can. 1055)<sup>44</sup>. E un tale modello di matrimonio è alla base della cultura giuridica europea, come si ricava anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e da quella della Corte di giustizia dell'Unione<sup>45</sup>.

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

38. Sul punto v. FRANCIOSI, G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6ª ed., Napoli, 1999, su cui la preziosa analisi di TRISCIUOGGIO, A., "Recensione a G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Jovene, Napoli, 1999 (6ª ed.)", in Arch. giur. Serafini, 120 (2000), p. 651 ss.; più di recente e in maniera specifica, AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C.F., *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid, 2009, p. 25 ss., spec. 36 ss. e 43 ss.; e, anche con riferimento alla posizione dell'uxor in manu, FAYER, C., *La familia romana. Aspecti giuridici e antiquari*, I, «L'Erma» di Bertschneider, Roma, 1994, pp. 201 ss. e 413 ss. La potestas del paterfamilias arrivava sino allo ius vitae ac necis e al potere di compravendita dei figli (tramite mancipatio), che, sebbene considerato a partire dal diritto classico inefficace (in quanto avente ad "oggetto" uomini liberi) continuava ad essere utilizzata nella prassi: LORENZI, C., *Si quis a sanguine infantem... comparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero*, Università di Perugia, Perugia, 2003, p. 13 ss.; sui contenuti della potestas, con una sintesi assai efficace, GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1963, p. 302 s.; più specificamente, NÉRAUDAU, J.P., "Il bambino nella cultura romana", in BECCHI, E., JULIA, D. (coord.), *Storia dell'infanzia*, I, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 30 ss. Un'approfondita analisi ricostruttiva si rinviene in PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 511 ss.; sui riflessi di detta impostazione sulla cultura successiva, pervasa dai principi del cristianesimo, DONATI, Alb., *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, Padova, 2004, p. 193 ss.

39. Per un ampio quadro del dibattito in seno alla costituente, visto in chiave critica con riferimento al pensiero storico-filosofico sulla comunità familiare, DONATI, Alb., *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, op. cit., pp. 210 ss. e 239 ss., spec. p. 242 ss.

40. È quanto si ricava dall'analisi del pensiero su cui fondano le radici della civiltà giuridica che ci appartiene, da Platone (nelle opere della maturità) a Kelsen: entrambi, infatti, considerano la relazione omosessuale come "asociale", e il secondo, studiando le teorie di Freud, giunge ad affermare che detta relazione, se recepita in una norma positiva, finirebbe con l'impedire la sopravvivenza della società (v., sul punto, le importanti analisi di PALAZZO, A., "Omoaffettività e diritto in Italia e in Europa", in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2014, p. 44 s. (consultabile anche in [www.rivistadirittoeprocesso.eu](http://www.rivistadirittoeprocesso.eu)).

41. Così LE GOFF, J., *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di Cataldi Villari, F., 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 27; preziosi spunti di riflessione si rinvencono negli studi di altri storici francesi, che si sono occupati della questione: DUBY, G., *I peccati delle donne nel Medioevo*, trad. italiana di Viano Marogna, G., 5ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 105 ss.; Id., *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, trad. italiana di Garin, M., Laterza, Roma-Bari, 1988; v. anche DUBY G., PERROT, M. (coord.), *Storia delle donne*, II, *Il Medioevo* a cura di Klapisch-Zuber, C., trad. italiana, 8ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2009, ove, in particolare, i contributi di CASAGRANDE, C., "La donna custodita", p. 98 ss.; L'HERMITE-LECLERCQ, P., "Le donne nell'ordine feudale", p. 265 ss.; FRUGONI, C., "La donna nelle immagini, la donna immaginata", p. 424 ss.

42. Cfr. ancora LE GOFF, J., *Il corpo nel Medioevo*, op. cit., p. 28 ss.

43. V. MECONCELLI, M., "La posizione di Graziano sul matrimonio", in REALI, F. (coord.), *Graziano da Chiusi e la sua opera. Alle origini del diritto comune europeo*, Edizioni Lui, Chiusi, 2009, p. 223 ss., spec. p. 226 ss. Peraltro, il superamento in quel periodo storico della rigida concezione del peccato non è prerogativa esclusiva dell'ambito familiare: emblematico è il percorso compiuto per distinguere le usurae dal giusto profitto, su cui si rinvia a SASSI, A., "Usura pecuniaria e usura reale tra tradizione e rinnovamento del diritto civile italiano", in *Juripolis. Revista de derecho y política del Tecnológico de Monterrey*, 2/2010, p. 195 ss.

44. V. ancora PALAZZO, A., "Omoaffettività e diritto in Italia e in Europa", op. cit., p. 55 s.

45. In relazione alla prima, Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in Foro it., 2010, I, c. 1361, con note di ROMBOLI, R., "Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio", e ivi, c. 1701, con nota di COSTANTINO, M., "Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)"; in Riv. dir. internaz. priv. e proc., 2010, p. 979; in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 653, con nota di GATTUSO, M., "La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso"; in *Giur. it.*, 2011, p. 537, con nota di BIANCHI, P., "La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso"; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di FANTETTI, F.R., "Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso". Riguardo alla seconda cfr., in particolare, Corte giust., 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, 2001, I-04319,

## 7. Diritti fondamentali della persona, scelte essenziali e legittimazione intersoggettiva.

Ma l'evoluzione della normativa civilistica ha portato al superamento di un tale modello, volgendo sempre di più verso quello che potremmo definire come «individualismo dello status»<sup>46</sup>: da una legislazione volta quasi esclusiva-

nella quale si afferma che «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di "funzionario coniugato" persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio»; v. PALAZZO, A., "Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili", in PALAZZO A., PIERETTI A. (coord.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Iseg, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.

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

Preferiamo utilizzare l'espressione «individualismo dello status» in luogo di altre che pure risulterebbero appropriate, significando così sottolineare la tendenza a considerare prevalenti i diritti, i fini, le iniziative e le azioni del singolo individuo su quelli del gruppo, mutuando i fondamenti posti alla base della dicotomia, proposta su larga scala (nei rapporti tra cittadino e Stato), per distinguere l'individualismo dal socialismo o dallo statalismo, dicotomia che ha impegnato gli studiosi e gli intellettuali essenzialmente a cavallo tra i secoli XIX e XX e che, in campo giuridico, si è tradotta in particolare in quella tra homo e persona, e, in prospettiva più ampia, tra giusnaturalismo e giuspositivismo e, quindi, in definitiva nella possibilità per lo Stato di intervenire nello svolgimento delle relazioni interpersonali: cfr. specificamente, in tempi risalenti, BIONDI, U., *Individualismo o socialismo? Problemi di legislazione sociale*, S. Lapi, Città di Castello, 1887, spec. p. 6 ss.; tra i civilisti spiccano le pagine di GIANTURCO, E., *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale. Prolusione al corso di diritto civile letta nella R. Università di Napoli*, Luigi Pierro Ed., Napoli, 1891, spec. p. 12 ss.; e, in relazione all'importanza delle codificazioni, di CIMBALI, E., "Lo studio del diritto civile negli Stati Moderni. Prolusione letta nella R. Università di Roma", in *Id.*, *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, S. Carabba Ed., Lanciano, 1889, spec. p. 21 ss.; in tempi recenti tali questioni sono state approfondite su larga scala da DONATI, Alb., *Diritto naturale e globalizzazione*, Aracne, Roma, 2007, p. 225 ss.; *Id.*, "Homo e Persona. Inherent Dignity and Menschenwürde", in AA.VV., *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno internazionale in onore di Giuliano Crifò*, Aracne, Roma, 2009, I, p. 73 ss.; *Id.*, *Scienza della natura ed etica*, con prefazione di Perna, T. e postfazione di Cozzetto, F., Rubettino, Soveria Mannelli, 2014, p. 191 ss.; in chiave storica, ma con uno sguardo anche ai rapporti familiari, ALESSI, G., *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 31 ss. e 85 ss. Con ciò, ovviamente, non si intende riprendere il percorso compiuto dallo «status» al «contratto» e viceversa, che anzi, come si vedrà, risulta così superato, né affermare che i rapporti familiari interpersonali valgono per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione o formalizzazione (così, in termini generali, MESSINETTI, D., *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 149), poiché è proprio l'accertamento che costituisce lo status e, quindi, il rapporto di filiazione rilevante per il diritto civile, senza il quale il nato viene tutelato come «individuo», ma non come «figlio».

La dottrina più avveduta ha da ultimo evidenziato i rischi della tendenza ad individualizzare lo status e la necessità di uscire da una logica di contrapposizione degli interessi familiari per accedere ad un "equilibrio delle libertà", dove il concetto di status va inteso quale formula comprensiva di diritti e doveri reciproci e coesenziali (MAZZU, C., *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, op. cit., p. 248). Ma la strada è tracciata: reciprocità e coesenzialità sussistono nei rapporti interpersonali tra i componenti della famiglia e non verso il gruppo sociale di appartenenza; v. già PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 257, che parla di astrattezza del rapporto organico tra il membro e il gruppo, se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i membri; e PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., pp. 669 e 919 ss., secondo il quale è la famiglia ad essere funzionale alla realizzazione delle esigenze

mente alla salvaguardia dell'unità della famiglia legittima<sup>47</sup>, e orientata, in ultima analisi, alla tutela del patrimonio familiare, si è passati ad attribuire rilevanza allo stato di figlio in quanto tale, sia verso il genitore che verso i parenti<sup>48</sup>. In altri termini, il vincolo da uno stesso stipite di cui all'art. 74 c.c. italiano deriva soltanto dal compiuto accertamento della discendenza dei singoli individui, senza che assuma rilevanza l'esistenza del matrimonio e, quindi, la presenza di una famiglia legittima.

Pertanto, lo stato di filiazione si identifica non più tanto nel rapporto organico tra il membro e la famiglia di appartenenza, ma essenzialmente nel rapporto che lega il figlio al genitore e, conseguentemente, ai parenti.

Questo modello di filiazione ha trovato attuazione anche nelle fonti dell'Unione Europea, in cui, del resto, è ancora più sentita l'esigenza di non aderire ad una tipologia predefinita di famiglia, diversa nei vari Stati e nelle

individuali e non viceversa. Per una rimeditazione del concetto di status anche nell'ambito delle relazioni familiari, MAZZU, C., "Riflessioni sullo status tra passato e futuro", in *Riv. notariato*, 2009, p. 1135 ss.; STEFANELLI, S., "Status e modelli procreativi nel sistema attuale", in CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, op. cit., p. 51 ss.; in prospettiva europea, CIPPITANI, R., "Riforma dello status e fonti comunitarie", *ivi*, p. 119 ss.; COLCELLI, V., "Status di minore e status individuali nell'Unione Europea", *ivi*, p. 153 ss.; più in generale, sul concetto di status in chiave attuale, di recente, ALPA, G., "Status", in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 649 ss.

47. Su cui PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., p. 929 ss. La preminenza dell'interesse dei figli, anche se nati fuori del matrimonio, sulle esigenze della famiglia legittima era già sottolineata da Giocchino Scaduto ancor prima dell'emissione della Carta costituzionale: cfr. SCADUTO, G., "Note sul regolamento della filiazione naturale secondo il progetto del Libro I del cod. civ.", in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche e sociali della Regia Università di Messina*, V. Messina, a.a. 1930-31, p. 5 ss., ora in *Id.*, *Diritto civile a cura di Palazzo, A.*, Università di Perugia, Perugia, 2002, p. 759 ss.; e, successivamente, *Id.*, "Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione", in *Iustitia*, 1965, p. 43 ss., ora in *Id.*, *Diritto civile*, op. cit., p. 777 ss. La crisi dell'unità familiare è da tempo sottolineata dalla dottrina che si occupa di pedagogia dell'educazione, che parla di «famiglia frammentata» o di «famiglia segmentata», significando la tendenza ad armonizzare sempre meno ciò che rappresenta il bene personale di ciascun individuo con il bene comune: v. MOLLO, G., "L'etica nella famiglia", in *La famiglia. Bimestrale di problemi familiari*, n. 186 (1997), p. 7 ss.

48. V., di recente, SESTA, M., "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", op. cit., p. 7 ss., il quale avanza dubbi sulla compatibilità del modello unificato di filiazione con l'art. 29 Cost. italiana, dubbi che possono a nostro avviso essere superati soltanto in considerazione dei caratteri attuali dello stato di figlio, costruito come relazione intersoggettiva, che prescinde, quindi, dal modello di famiglia fondata sul matrimonio e, come tale, non la influenza, tanto più che la tutela della famiglia legittima va sempre vista in relazione alla rilevanza dell'affettività (PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 584) e che l'interesse del minore è sempre preminente (art. 24, 2° comma, C.d.f.U.E.). Infatti, l'esistenza del rapporto genitoriale (e parentale), costruito come del tutto svincolato dalla presenza di legami tra gli autori della procreazione, non incide in nessun caso sulla situazione familiare eventualmente presente, non ricevendo da essa alcuna legittimazione: è soltanto l'accertamento della genitorialità biologica (o sociale nei casi previsti dalla legge) a determinare la costituzione dello stato di filiazione. Le considerazioni che precedono valgono anche nel caso di filiazione parentale, ove la costituzione è subordinata all'autorizzazione del giudice (artt. 251 e 278 c.c.), dovendo esso valutare soltanto l'interesse del figlio, prescindendo dai valori di unità della famiglia legittima e di tutela dell'affettività dei suoi membri.

varie culture<sup>49</sup>. Così, ad esempio, il citato reg. n. 2201/2003, si occupa di disciplinare i rapporti interpersonali tra il figlio, i genitori e i parenti a prescindere dall'esistenza e dalle vicende della comunità familiare.

L'individualismo dello status ha come conseguenza la coesistenza reciproca di più situazioni giuridiche fondamentali<sup>50</sup>, aventi caratteristiche peculiari poiché inerenti alle qualità della persona e allo sviluppo di essa, sebbene con implicazioni anche di natura patrimoniale (diritti patrimonialmente neutri). Esse assumono rilevanza per il diritto in quanto inserite in un rapporto interpersonale, che prescinde dall'appartenenza ad un gruppo. È proprio detta coesistenza reciproca tra diritti fondamentali dell'individuo – che sono sempre prevalenti rispetto a quelli eventuali del gruppo in quanto tale, giuridicamente tutelati solo se coincidenti o conseguenti a quelli dei singoli – impone al sistema di operare un bilanciamento tra gli stessi, attribuendo preminenza all'uno o all'altro, e agli interpreti di orientare la propria attività in questo senso, avendo riguardo essenzialmente all'interesse del minore, soggetto debole.

Ma quali sono questi diritti fondamentali che vengono in rilievo e qualificano il rapporto di filiazione?

Le situazioni che assumono valenza sono essenzialmente tre: il diritto alla discendenza del genitore; il diritto alla genitorialità e alla parentela del figlio; il diritto alla cura e all'ascolto del minore.

## 8. Diritto alla discendenza.

Il diritto alla discendenza può configurarsi sotto un duplice profilo, positivo e negativo: A) quello ad avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; B) quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza o l'esercizio dell'anonimato.

A) Il diritto del genitore ad avere ed allevare la prole ha subito a partire dalla fine del secolo scorso un'importan-

49. V. PALAZZO, A., "Familia (en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea)", in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, op. cit., p. 259 ss.

50. In argomento risulta essenziale l'approfondimento compiuto dalla dottrina più autorevole sul diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive, ove si sottolinea che, rispetto allo schema del diritto soggettivo patrimoniale (es. diritto di proprietà), la protezione della qualità della persona (che si esplica nel diritto civile in quelli che abbiamo definito «diritti patrimonialmente neutri») segue uno schema affatto differente; ciò è dovuto al fatto che la legge non protegge solo le qualità di determinate persone, ma protegge tutte le qualità di tutti i soggetti giuridici; la tutela, pertanto, è condizionata ad una valutazione comparativa concernente la prevalenza, in una fattispecie data, di un determinato interesse, rispetto agli interessi di altri soggetti; detta valutazione, che si concreta nella soluzione di un conflitto di interessi, è immanente nella tematica della protezione della qualità della persona: RUSSO, E., Il concetto di diritto soggettivo, in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, op. cit., 1, p. 656 ss.

te implementazione, dovuta alla introduzione di tecniche biogenetiche sempre più sofisticate, che di qui a pochi anni – come si è accennato – consentiranno addirittura l'utilizzazione di gameti provenienti da più di due soggetti. Tuttavia, anche attualmente i problemi non mancano e non sono di pronta soluzione, esulando dal mero campo giuridico e coinvolgendo questioni etiche molto delicate.

In precedenza, il diritto alla genitorialità dell'adulto era assicurato, o dall'accertamento della discendenza biologica conseguente al concepimento naturale o dal ricorso alle procedure di adozione. Ma oggi, con l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, v'è la possibilità di produrre una discendenza, sia con materiale genetico proprio (fecondazione omologa), sia facendo ricorso a gameti di donatori (fecondazione eterologa). La regolamentazione giuridica ha, dunque, preso atto di queste nuove possibilità offerte dalla scienza biomedica, ed ampliato il diritto alla genitorialità dell'adulto, riconoscendolo (al di fuori dell'adozione) anche a quei soggetti affetti da sterilità e infertilità: detto riconoscimento, tra l'altro, è alla base della recente sentenza con cui la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, 1° comma, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili<sup>51</sup>.

Un caso molto delicato di esercizio del diritto alla genitorialità da parte dell'adulto si ha in presenza di malformazioni diagnosticate del feto, poiché la scelta consapevole dei proseguire nella gravidanza impone al nato un'esistenza limitata, comprimendo il suo interesse a condurre una vita piena. Come si vede, la questione delle qualità dei soggetti coinvolti comporta un difficile bilanciamento tra diritti fondamentali della persona. E detto bilanciamento ci sembra non possa mai portare ad una tutela risarcitoria, ma l'eventuale ristoro può al più essere pervaso dalla logica dell'indennizzo: nessuno può, infatti, imporre alla donna di interrompere la gravidanza, né la nascita di una persona, anche se malformata, può essere in sé qualificata come fatto illecito<sup>52</sup>; tuttavia, è indubbio che l'esercizio, ripetiamo lecito, del diritto dell'adulto comporta per il nato l'accesso ad un'esistenza decurtata e il sacrificio del suo interesse fondamentale non può restare privo di conseguenze giuridiche.

B) Il diritto alla genitorialità ha, come detto, anche un contenuto negativo. La donna, infatti, può (in Italia ai sensi della l. n. 194/1978) interrompere la gravidanza con propria decisione autonoma (o presa con il padre del concepito qualora ella consenta), facendo ricorso a tecniche

51. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in Guida dir., 27/2014, p. 16, con nota di PORRACCIOLLO, A., "Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità".

52. V. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 130 ss.

interventistiche o mediante uso di farmaci appositi (c.d. pillola del giorno dopo), ad opera o con il controllo di personale sanitario.

La legge, quindi, consente di sottrarsi alla genitorialità nei casi da essa previsti, evitando di incorrere nella responsabilità da atto lecito della procreazione.

Analogo risultato si ottiene, sul piano della responsabilità genitoriale, con il ricorso all’anonimato, ma va tenuto presente che esso non preclude l’accertamento successivo alla nascita quando siano note o vengano in qualche modo scoperte le origini biologiche. E detto accertamento può, nella legislazione italiana, essere diretto o indiretto.

Per potersi accedere al primo, non deve essere intervenuta sentenza di adozione, che, ex art. 27 della citata l. n. 184/1983, recide i rapporti con la famiglia di origine, rendendo impossibile il successivo accertamento diretto della discendenza biologica. Ma, se la pronuncia non c’è stata, si può agire in giudizio facendo valere lo stato di matrimonialità del figlio attraverso le azioni di reclamo o di contestazione (artt. 239 e 240 c.c.), o quello di non matrimonialità con la dichiarazione giudiziale della genitorialità (art. 269 c.c.).

Viceversa, l’accertamento indiretto è sempre possibile e il figlio può esercitare il diritto patrimoniale all’assegno per il mantenimento, l’istruzione e l’educazione verso il genitore biologico o i suoi successori, se questi premuore (artt. 279, 580 e 594 c.c.).

Come si vede, l’anonimato impedisce soltanto l’accertamento di stato contestuale alla nascita verso la partoriente (e nella quasi totalità dei casi nei confronti del padre biologico, che potenzialmente potrebbe procedere a riconoscimento ex art. 254 c.c., ma sconosce il verificarsi dell’evento), la quale non viene nominata né nel certificato di assistenza al parto, né nella dichiarazione, né, di conseguenza, nell’atto di nascita, e il segreto è assicurato nella legislazione italiana dagli artt. 28, l. adozione e 93, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196 sulla protezione dei dati personali<sup>53</sup>. Tuttavia, l’anonimato, sebbene inibisca l’accesso (legale) alle informazioni contenute nella cartella clinica e, quindi, anche all’identità della partoriente, non preclude, né può precludere giusta il tenore dell’art. 24 Cost., l’accertamento giudiziale della filiazione.

## 9. Diritto del figlio alla genitorialità e alla parentela.

Il diritto alla genitorialità può essere analizzato anche nella prospettiva filiale. Questo, per il suo pieno sviluppo, ha un interesse fondamentale ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o me-

glio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

Il nato, infatti, deve avere la possibilità di crescere con i genitori, preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della personalità e delle sue inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della legge italiana sulla adozione (l. n. 184/1983).

Tuttavia, il diritto alla genitorialità assume connotati differenti in presenza della minore età del figlio, poiché esso rileva non soltanto nella fase costitutiva del rapporto, ma soprattutto in quella esecutiva, con particolare riferimento all’esercizio della responsabilità genitoriale e all’affidamento, che può essere condiviso, o attribuito alternativamente all’uno o all’altro dei genitori se ciò risponde all’interesse del minore, e viene mantenuto anche in caso di affidamento ex art. 5, l. adozione. Ed è importante che il rapporto permanga verso entrambi i genitori, attuando così pienamente il diritto alla bigenitorialità<sup>54</sup>.

Ancora una volta è il diritto dell’Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 C.d.f.U.E., al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il citato reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari.

L’ordinamento italiano tende ad assicurare il diritto alla bigenitorialità sia nella fase fisiologica di attuazione del rapporto filiale, attribuendo la responsabilità ad entrambi i genitori (artt. 316 ss. c.c.), sia in quella patologica dei rapporti tra gli stessi, con la regola dell’affidamento condiviso (artt. 337 bis ss. c.c.).

Il limite alla bigenitorialità è dato soltanto dall’interesse preminente del figlio, che può portare ad una pro-

54. Gli studi di psicologia infantile hanno dimostrato l’importanza di quello che i ricercatori del c.d. «Gruppo di Losanna», a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, definiscono «triangolo primario». Secondo questa concezione, la funzione paterna trova piena espressione ed attuazione soltanto se la cornice di riferimento è triadica, con la conseguenza che essa non è meramente secondaria e di supporto alla relazione tra madre e bambino, ma è significativa in quanto tale, essenziale e preziosa, pregna di valore in quanto partecipa direttamente alla determinazione di un campo relazionale unico, che sussiste anche grazie alla sua presenza; in altri termini, una figura materna con date caratteristiche non può esistere verso il bambino senza una specifica figura paterna e, allo stesso modo, la relazione tra madre e bambino, non solo risulta influenzata dalla figura del padre, ma è da questa fortemente arricchita: ciò è espressione di quella che viene definita «Gestalt relazionale complessa», cui partecipano padre, madre e bambino: cfr., in particolare, SALONIA, G., "Dal noi all’io-tu. Contributo per una teoria evolutiva del contatto", in *Quaderni Gestalt*, 8-9/1989, p. 45 ss.; Id., "Tempo e relazione. L’intenzionalità relazionale come orizzonte ermeneutica della Gestalt Terapia", ivi, 14/1992, p. 7 ss.; STERN, D.N., "One way to build a clinically relevant baby", in *Infant mental health journal*, 1/1994, pp. 9-25; FIVAZ DEPEURSINGE, E., CORBOZ WARNERY A., Il triangolo primario. Le prime relazioni triadiche tra padre, madre e bambino, ed. italiana con prefazione di Stern, D.N. e introduzione di Zavattini, G.C. Raffaello Cortina Ed., Milano, 2000; SPAGNOLLO LOBB, M. (coord.), *Psicoterapia della Gestalt*, 2ª ed., Franco Angeli, Milano, rist. 2010.

53. Sulla questione, come accennato, è intervenuta di recente la Corte costituzionale italiana, sanzionando il sistema nella parte in cui non prevede la possibilità di ripensamento della partoriente, ma sostanzialmente confermando la legittimità della previsione del diritto all’anonimato della stessa: Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit.

nuncia di decadenza dalla responsabilità nei confronti di colui che abbia gravemente mancato ai propri doveri (art. 330 c.c.), ovvero all'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori (art. 337 quater c.c.), affidamento, tuttavia, inidoneo a recidere i legami con l'altro, che mantiene il diritto a partecipare allo sviluppo del minore, ivi compreso anche il c.d. diritto di visita<sup>55</sup>.

Il diritto alla genitorialità va in ogni caso guardato anche in relazione a quello degli altri figli, dovendosi contemporaneamente le esigenze e dare protezione agli interessi di quei soggetti che abbiano la titolarità del rapporto verso il medesimo o i medesimi genitori. In questo senso, il rapporto di parentela, che si instaura per la discendenza da uno stesso stipite, costituisce un limite al diritto alla genitorialità del singolo e realizza nei rapporti interpersonali quel bilanciamento delle situazioni giuridiche fondamentali relative alla qualità delle persone.

L'interesse del figlio a stabilire relazioni interpersonali giuridicamente rilevanti con i consanguinei non si esaurisce con la piena attuazione del diritto alla genitorialità, ma trova il suo naturale completamento nel diritto ad intrattenere rapporti con gli altri parenti, anch'esso fondamentale.

Quest'ultimo è stato oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore italiano dell'ultima riforma, che ha sancito legalmente, in particolare attraverso le modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., la rilevanza del rapporto a prescindere dall'esistenza o meno di una famiglia legittima, ad ulteriore conferma di quel processo di individualizzazione dello status cui in precedenza s'è fatto cenno. Il compilatore attuale, infatti, ha recepito integralmente le osservazioni compiute in dottrina<sup>56</sup>, così definitivamente superando l'orientamento teso a distinguere la parentela dalla consanguineità, che riteneva la prima legata esclusivamente alla costituzione dello status di figlio matrimoniale<sup>57</sup>.

Oltre alle modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., con cui si è opportunamente precisato l'ambito della parentela e gli effetti del riconoscimento, si è eliminato ogni riferimento alla natura matrimoniale della filiazione contenuto nei precedenti artt. 565 ss. c.c., riconoscendo così espressamente il reciproco diritto del figlio e dei parenti del genitore, che ha effettuato il riconoscimento o che è stato dichiarato come tale, a partecipare ab intestato alle rispettive successioni.

Si tratta di orientamento che privilegia la persona rispetto alla famiglia e che si giustifica nei limiti in cui la tu-

tela di quest'ultima non è strumento di tutela della prima: di conseguenza, si è interpretato restrittivamente il limite dei diritti dei membri della famiglia legittima, posto dall'art. 30 Cost., in relazione alla parificazione dei figli non matrimoniali<sup>58</sup>, tanto più che, come correttamente sottolineato, la tutela costituzionale della famiglia legittima ha un senso soltanto se riferita all'unità affettiva tra i membri che la compongono<sup>59</sup>.

Le considerazioni che precedono valgono anche nell'adozione legittimante, poiché, in base agli artt. 6 ss. l. adozione, il minore acquista lo stato di figlio matrimoniale degli adottanti, e la rilevanza dello status si estende, oltre che ai parenti in linea retta dei genitori adottivi, anche a quelli in linea collaterale.

## 10. Il diritto del minore all'ascolto e alla condivisione delle decisioni che lo riguardano.

Il mutamento di maggiore rilievo che si è perpetrato in questi ultimi decenni riguarda il pieno riconoscimento del diritto del minore alla cura e all'ascolto.

Si tratta di una rivoluzione culturale, prima ancora che giuridica, con riferimento alla posizione della prole: questa, da sempre considerata nella storia del diritto civile come «oggetto» del potere paterno, diviene la figura centrale del nuovo diritto di famiglia, che per tale ragione è stato qualificato dalla migliore dottrina come «diritto paidocentrico»<sup>60</sup>.

Anche nel diritto delle persone e della famiglia le attenzioni maggiori da parte del sistema si sono sempre indirizzate verso situazioni giuridiche a carattere patrimoniale: attraverso la previsione dell'incapacità di agire e della potestà (prima patria, poi genitoriale), e del relativo potere di rappresentanza, ci si preoccupava essenzialmente di tutelare il patrimonio del minore e di assicurare la sua crescita nel contesto dell'unità familiare. Soltanto negli ultimi tempi si è assistito ad una maggiore attenzione per tutte quelle attività legate all'infanzia, prima considerate marginali, attività al cui indirizzo il minore deve partecipare attivamente dovendosi tenere conto della sua opinione in relazione alla capacità di discernimento e al grado di maturità raggiunto.

Una forte spinta in questo senso è stata fornita dal

55. V. il più volte richiamato reg. n. 2201/2003, che, all'art. 2, n. 10, lo definisce come «il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza per un limitato periodo di tempo».

56. Per tutti, PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 578 ss.

57. Orientamento che era stato di recente ribadito da Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 591, con nota di BIANCA, C.M., "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua"; in *Famiglia e dir.*, 2001, p. 361, con nota di FERRANDO, G., "Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione"; in *Corriere giur.*, 2001, p. 1034, con nota di GUERINONI, E., "La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali"; in *Famiglia*, 2001, p. 498, con nota di DELLA CASA, M., "La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica".

58. In questi termini, PALAZZO, A., SASSI, A., *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, op. cit., p. 454 s.; e v. prima DEL PRATO, E., "Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo", in DONATI, Alb., GARILLI, A., MAZZARESE, S., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato*. Studi in onore di Antonio Palazzo, op. cit., 2, spec. p. 235, che prospetta l'astratta possibilità di una parentela senza legami familiari, superando il sistema in cui essa è un riflesso del matrimonio e, appunto, della famiglia.

59. V. ancora PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 584.

60. PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., spec. p. 547 ss.; CIAN, G., "Recensione ad Antonio Palazzo, *La Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007 (1ª ed.)", in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, spec. pp. 482 e 485. Sull'evoluzione della posizione del figlio nella cultura europea, v. ancora PALAZZO, A., *La filiazione*, op. cit., p. 509 ss.; e lo., "Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili", op. cit., p. 77 s.; lo., "Famiglia", op. cit., p. 262 s.

diritto dell'Unione Europea. È il caso dell'istruzione e della formazione, considerate cruciali nel processo di integrazione, un tempo esclusivamente deputate alla preparazione al lavoro e alla vita sociale e totalmente estranee al diritto civile, e oggi contemplate in Europa nelle fonti comunitarie, con particolare riferimento a quelle riconducibili alla Strategia di Lisbona, al Processo di Bologna e al Processo di Copenaghen. Nel diritto attuale si abbandona l'idea che l'educazione e l'istruzione debbano concernere essenzialmente una fase della vita individuale o un aspetto limitato della collettività, per affermare l'esistenza di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive patrimonialmente neutre, immediatamente tutelabili sul piano individuale, ma rilevanti anche per la comunità: istruzione e formazione, unitamente alla ricerca, sono i principali strumenti su cui si fonda la «Società della conoscenza»<sup>61</sup>.

Ciò posto, il diritto del minore ad essere ascoltato nelle situazioni della vita che lo riguardano e che incidono sulla sua esistenza possiede un contenuto complesso. Esso non comprende soltanto il diritto all'ascolto propriamente inteso, ma anche quello alla manifestazione di volontà consapevole, con effetti preclusivi sulla costituzione dello stato di filiazione: ciò, riguardo al riconoscimento, si traduce nella necessità di acquisire il necessario consenso del figlio ultra quattordicenne, la cui mancanza ha, appunto, effetti impeditivi (art. 250, 2° comma, c.c.)<sup>62</sup>.

61. Cfr. CIPPITANI, R., "Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza", in PALAZZO, A., SASSI, A. (coord.), *Diritto privato del mercato*, Iseg, Roma-Perugia, 2007, p. 165 ss. L'importanza dell'ascolto è fondamentale anche sul piano pedagogico, costituendo il fondamento del dialogo, situazione imprescindibile per il funzionamento delle relazioni familiari: cfr. MOLLO, G., "Comunicare in famiglia", in *Il nodo. Scuole in rete*, anno 12° (2009), p. 38 s. (consultabile anche in [www.basilicata.istruzione.it](http://www.basilicata.istruzione.it)).

62. Peraltro, il giudice può desumere argomenti contrari all'ammissibilità del riconoscimento posteriore anche dall'ascolto del minore ancora non legittimato all'assenso: cfr. Trib. min. Bologna, 23 aprile 2005, in [leggiditalia-professionale.it](http://leggiditalia-professionale.it), secondo cui, sebbene il riconoscimento del figlio sia diritto soggettivo primario del genitore e si presuma lo specifico interesse del minore al riconoscimento, nel giudizio di opposizione, qualora il minore adolescente – non ancora legittimato all'assenso ex art. 250, 2° comma, c.c. – manifesti consapevolmente e in piena autonomia contrarietà al riconoscimento del secondo genitore, il diritto soggettivo di quest'ultimo non può prevalere al punto di recare pregiudizio psicofisico alla prole; concetti che si rinvengono anche nella giurisprudenza della S.C., espressi essenzialmente in merito all'autorizzazione prevista dall'art. 274 c.c., dichiarato incostituzionale (da Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Famiglia e dir.*, 2006, p. 237, con nota di SESTA, M., "L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore"; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di BASINI, G.F., "La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c."; in *Corriere giur.*, 2006, p. 497, con nota di CARBONE, V., "Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio"; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di D'ALESSIO, A., "Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?"; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di ASTONE, A., "La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica"; secondo Cass., 11 settembre 2012, n. 15158, in *Famiglia e dir.*, 3013, p. 306, in tema di dichiarazione giudiziale di paternità, la contrarietà all'interesse del minore sussiste solo in caso di accertamento di una condotta del preteso padre tale da giustificare una dichiarazione di decadenza dalla potestà genitoriale, ovvero di prova dell'esistenza di gravi rischi per l'equilibrio affettivo e psicologico del minore e per la sua collocazione sociale; conf., ad esempio, *Id.*, 19 aprile

Il diritto all'ascolto propriamente inteso si esplica: a) nella libertà di pensiero; b) nel dialogo; c) e, soprattutto, nell'ascolto da parte dei genitori e delle autorità e nella conseguente partecipazione alle decisioni<sup>63</sup>.

Anche se le Costituzioni europee del secolo scorso non contemplano disposizioni specifiche riguardanti il minore, la dottrina europea ha sottolineato che l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, anche in applicazione del fondamentale principio di eguaglianza sostanziale tra i soggetti di diritto, deve essere ricondotto nell'alveo della capacità di intendere e di volere, cioè a dire – con espressione più moderna e meno orientata a logiche di diritto patrimoniale – di discernimento, ritenendosi irrilevante la capacità di agire e quindi la maggiore età dell'interessato<sup>64</sup>. Ma è con

2010, n. 9300, cit.; *Id.*, 11 marzo 2003, n. 3548, in *Arch. civ.*, 2004, p. 382; *Id.*, 26 luglio 2002, n. 11041, in *Giur. it.*, 2003, p. 1138, con nota di BELLOMIA, V., "Ancora sulla fase di ammissibilità ex art. 274 c.c. e interesse del minore"; in *Arch. civ.*, 2003, p. 810.

63. Il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste e il mancato ascolto costituisce una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo (Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, c. 903; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di DANOVÌ, F., "L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale"; in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 364, con nota di GRAZIOSI, A., "Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo"; di recente, *Id.*, 5 marzo 2014, n. 5237, in [leggiditalia-professionale.it](http://leggiditalia-professionale.it); *Id.*, 5 marzo 2014, n. 5098, in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 389; *Id.*, 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1839; in *Giur. it.*, 2014, p. 294, con nota di AIROLA TAVAN, L., "L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi da dovere del giudice a diritto del figlio"; *App. Catania*, 12 dicembre 2013, in [leggiditalia-professionale.it](http://leggiditalia-professionale.it)). Inoltre, sulle sue determinazioni consapevoli ben può fondarsi la decisione del giudice sulla collocazione presso l'uno o l'altro dei genitori [l'assunto è correttamente esplicitato da Trib. Perugia (ord.), 26 marzo 2014, in *Rass. giur. umbra*, 2014, p. 73, con note di SASSI, A., "Accertamento di stato e diritti fondamentali nella riforma della filiazione", e di SCAGLIONE, F., "Capacità di discernimento e legittimazione processuale del minore"; nel senso che degli esiti dell'ascolto del minore si deve necessariamente tenere conto, a meno di diversa valutazione del giudice doverosamente orientata a realizzare l'interesse del minore, imponendosi, tuttavia, un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al figlio, Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in [leggiditalia-professionale.it](http://leggiditalia-professionale.it)). Un ampio quadro delle tutele del minore è offerto da SCAGLIONE, F., "Ascolto, capacità e legittimazione del minore", in CIPPITANI, R., STEFANELLI, S. (coord.), *La parificazione degli status di filiazione*, op. cit., p. 271 ss.; sulla sua posizione nell'ambito del processo v. SAVI, G., *Il ruolo processuale del minore*, *ivi*, p. 295 ss.

64. Osserva PIZZORUSSO, A., *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca, Zanichelli-II Foro italiano*, Bologna-Roma, 1988, p. 149 s., come l'esercizio dei diritti assoluti e quindi, di regola, l'esercizio dei diritti fondamentali della persona, non comporti alcun problema di capacità di agire; ciò consente al minore e all'infermo di mente di avvalersi delle libertà civili e politiche per il cui esercizio non siano stabiliti limiti specifici; il limite all'esercizio di tali diritti deve essere individuato soltanto nella regola generale della capacità naturale. Nel medesimo senso, v. almeno BARILE, P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, p. 36; ABBAMONTE, C., "Età (diritto pubblico)", in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 94 ss.; STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Napoli, 1975, p. 307 ss.; PANUNZIO, S.P., "Capacità. II) Diritto pubblico", in *Enc. giur.*, V, Ist. Treccani, Roma, 1988, p. 3; e, più di recente, PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit., p. 949. Il principio, del resto, è alla base della formulazione degli artt. 12 e 13 della citata l. italiana n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, che mostrano la rilevanza della volontà della donna minorenni o interdetta in una

il citato art. 24 C.d.f.U.E. che i diritti dei fanciulli trovano solenne enunciazione: al 1° comma si prevede in loro favore il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la loro opinione che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

Per quanto concerne le legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, molte di esse prevedono in capo al minore un diritto all'ascolto e la rilevanza delle sue opinioni in ambito familiare o dinanzi alle pubbliche autorità: così, ad esempio, i Children Acts del 1989 e del 1991 e il Family Act del 1996 nel diritto inglese o la novella al Code civil introdotta con l. 2002-305 in Francia, l'art. 154 Código civil spagnolo, l'art. 1878 del codice portoghese e l'art. 301 di quello svizzero, ma soprattutto il § 1626, 2° comma, BGB, secondo cui i genitori devono tenere conto della crescita del figlio e della sua aspirazione all'indipendenza, in merito al quale dottrina e giurisprudenza hanno affermato l'esistenza di un dovere in capo ai genitori di «educazione collegiale»; ma oltre alle modalità, si ritiene che la norma contempra anche una finalità, in quanto i genitori sono tenuti a promuovere nel processo educativo l'autonomia e la responsabilità del figlio: è quello che viene qualificato come diritto al dialogo (besprechen mit dem Kind)<sup>65</sup>.

Nell'attuale legislazione italiana, il diritto all'ascolto è previsto in via generale per quei minori che abbiano compiuto i dodici anni di età e anche di età inferiore se capaci di discernimento (cfr. artt. 315 bis, 336, 336 bis e 337 oc-ties c.c.). Ciò significa che si è inteso fissare il limite della capacità di discernimento al dodicesimo anno di età, salvo l'accertamento del giudice nella specifica situazione.

I sistemi attuali prevedono, quindi, strumenti volti al dialogo e alla condivisione da parte del figlio delle scelte compiute nel suo interesse. ■

---

materia così delicata e importante, in cui l'intervento del giudice è volto, attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, ad appurare l'esistenza in capo all'incapace di agire della consapevolezza e ponderazione della scelta compiuta.

65. Per la dottrina, DIEDERICHSEN, U., "sub § 1626-1626a", in AA.VV., Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 65ª ed., München, 2005, spec. nt. a margine 23; PESCHEL-GUTZEIT, L.M., "sub § 1626", in AA.VV., Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13ª ed., t. IV, Familienrecht §§ 1626-1631; Anhang zu § 1631: RKEG; §§ 1631a-1633, Berlin, 2002, nt. a margine 113 ss.; HUBER, P., "sub § 1626", in AA.VV., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4ª ed., t. VIII, Familienrecht II. §§ 1589-1921. SGB VIII, München, 2002, nt. a margine 63 e 65; in giurisprudenza, OLG Karlsruhe, in NJW 1989, p. 1298; in FamRZ, 1989, p. 1322; in DAVorm, p. 1989, 700; OLG Köln, in FamRZ, 2001, p. 1087; un quadro approfondito è offerto da PALAZZO, A., La filiazione, op. cit., p. 553 s.

# “ Libre circulación de los miembros de la familia en la interpretación del Tribunal de Justicia ”

*Por Roberto Cippitani*

Catedrático Jean Monnet, Investigador de Derecho privado, Università degli Studi di Perugia



## 1. Libre circulación de los familiares e integración europea.

El proceso de integración comunitaria empezó formalmente con los Tratados de las Comunidades Europeas, suscritos por seis Países europeos en los años 50 del siglo pasado: al Tratado de París de 1951, con el que se instituía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), se juntaron en 1957 los dos Tratados de Roma, el de la llamada Comunidad Económica Europea (CEE) y el de la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM).

Las tres «Comunidades» constituían tres tratados internacionales diferentes, con el objetivo de constituir una colaboración de tipo económico y aduanero.

De hecho, los Tratados comunitarios originarios fomentaban principalmente una cooperación económica, a través de la realización de una unión aduanal y de la creación de un mercado único.

El «mercado» comunitario constituye un espacio de libre circulación de mercancías, servicios, capitales, y sobre todo de personas.

En coherencia con el contexto normativo originario, la libre circulación de las personas era reconocida exclusivamente a los sujetos que desempeñaban una actividad económica:<sup>1</sup> los trabajadores asalariados y no asalariados, y los sujetos diferentes de las personas físicas que llevan a cabo una actividad económica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento para que tengan una repercusión y para que trasciendan las relaciones económicas.

Esta situación se produjo al aplicarse las libertades comunitarias de manera muy extendida, es decir, a un conjunto de sujetos todavía más amplia.<sup>2</sup>

En particular, según el juez europeo, la noción de «trabajador asalariado», incluía a cada persona física que desarrollaba actividades «reales y efectivas» a favor y bajo la dirección de otra persona, recibiendo un pago.<sup>3</sup>

1. Véase Tribunal de Justicia, 8 de abril de 1976, 48/75, *Royer*, Rec. 1976, pág.497.

2. Véase Tribunal de Justicia, 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin*, Rec., 1985, 1035.

3. Entre otras, Tribunal de Justicia, sentencia del 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, Rec. 2121, 16 y 17; Id. 26 de febrero de 1992, *Bernini*, C-3/90, Rec. 1992, I-1071; Id. 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, C-456/02, Rec. 2004, p.I-7573, 15.

La definición jurisprudencial se refería de esta forma no sólo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estricto, sino también al trabajo autónomo para subordinado y a otras relaciones de trabajo «atípicos». Por lo tanto, se ha considerado trabajador incluso a quien efectuaba una pasantía;<sup>4</sup> a quien era voluntario en una institución con finalidades sociales y asistenciales;<sup>5</sup> al titular de una pensión,<sup>6</sup> etc.

Además, las libertades fundamentales han sido extendidas progresivamente a sujetos diferentes de los trabajadores.

Esto se ha concretizado especialmente con referencia a los familiares del trabajador.

El Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su preámbulo afirmaba que la circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia y dedicaba su Título III (artículos de 10 a 12) a la condiciones de ejercicio del derecho por parte de los familiares.

El Tribunal de Justicia ha aplicado los derechos que surgían de esa disciplina de manera más inclusiva posible.

Por ejemplo, se ha aplicado el artículo 10 del reglamento, que considera miembro de la familia (además del cónyuge y del los descendientes menores de 21 años) un familiar que sea a cargo o viva con el trabajador en el País comunitario de acogida, a todo familiar que encontraba de hecho a cargo, sin que fuera necesario «determinar las razones del recurso a ese mantenimiento ni preguntarse si el interesado está en condiciones de subvenir a sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad remunerada»<sup>7</sup>.

Además, el juez comunitario ha interpretado de manera amplia los derechos de los familiares. Por lo tanto, el artículo 12 del Reglamento citado que establecía que las admisión de los hijos del trabajador a cursos de educación y capacitación fue interpretado en el sentido « de que comprende cualquier forma de enseñanza, incluidos los cursos (...) en la universidad y los estudios profesionales postsecundarios cursados en una escuela técnica superior »<sup>8</sup> o los cursos y otras medidas para los hijos discapacitados <sup>9</sup>.

La jurisprudencia comunitaria ha aclarado que el dere-

cho a la libre circulación pertenece incluso a los familiares de un trabajador jubilado y fallecido<sup>10</sup>. Derechos como lo de acceso a la enseñanza son reconocidos también cuando el trabajador regresa al País comunitario de origen<sup>11</sup>.

El reconocimiento de la libre circulación en el mercado fue la base para la introducción de la noción jurídica de «ciudadanía de la Unión europea», formalizada después por el Tratado de Maastricht y hoy prevista en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (en particular véase artículo 39 y siguientes) y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante «Tratado FUE», véase en particular el artículo 20).

Todas las personas físicas, por lo tanto, por el sólo hecho de ser «ciudadanos» de la Unión disfrutan de la más amplia capacidad para el ordenamiento comunitario, e independientemente de la cualificación de «trabajadores» o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos.<sup>12</sup>

La noción de ciudadanía formaliza lo que es propio del ordenamiento jurídico comunitario desde la jurisprudencia Van Gen en Loos, es decir el efecto directo: «Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados» (artículo 20, párrafo 2, TFUE).

Como «status» individual<sup>13</sup> incluso la ciudadanía de la Unión es un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas, protegidas a nivel constitucional.

En particular los Tratados y la Carta de los derechos fundamentales prevén el derecho de todo ciudadano de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (véase artículo 45 de la Carta de los derechos fundamentales).

Dicha libertad está prevista « con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación» (artículo 21, párrafo 1, TFUE).

En particular, hoy en día la libre circulación de los ciudadanos comunitarios está regulada por la directiva 2004/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2004 «relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», que recopila y adecua las diversas fuentes jurídicas comunitarias (como el ya citado Reglamento 1612/1968) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La directiva revisa la legislación previa desde la pers-

4. Véase las sentencias citadas *Lawrie-Blum*, 19 y *Bernini*, 15; también Tribunal de Justicia, 17 de marzo de 2005, *Kranemann*, C-109/04, Rec. 2005,p.I-2421, 15 e 16.

5. Véase la sentencia *Trojani*, cit., 20 y siguientes.

6. Véase Tribunal de Justicia, 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Rec., 2001, I-2189.

7. Tribunal de Justicia, sent. 18 de junio de 1987, 316/85, *CPAS de Courcelles / Lebon*, Rec. 1987 p. 2811, apartado 22.

8. Véase Tribunal de Justicia, sent. 5 de marzo de 1989, 389/87 y 390/87, *Echternach e.a. / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, Rec. 1989 p. 723, apartado 30

9. Tribunal de Justicia, sent. 11 abril 1973, 76/72, *Michel S./Fonds national de reclassement social des handicapés*, Rec. 1973 p. 457, apartado 16,

10. Tribunal de Justicia, 30 de septiembre de 1975, 32/75, *Cristini / S.N.C.F.*, Rec. 1975 p. 1085; Tribunal de Justicia, 9 de enero de 2003, C-257/2000, *Nani Givane y otros /Secretary od State for the Home Department*, Rec. 2003,p.I-345.

11. V. la ya citada sentencia en el asunto *Echternach e.a. / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, apartado 21.

12. Véase la sentencia *Trojani*, cit..

13. Véase el artículo por Valentina Colcelli en esta Revista.

pectiva de que «La ciudadanía de la Unión debe ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia» (tercer «considerando»).

## 2. La circulación de los familiares procedentes de Países terceros.

Después la época, en que se ha conformado la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha ido ocupando siempre con mayor frecuencia de la circulación y residencia de los nacionales procedentes de Países Terceros, quienes sean familiares de los ciudadanos comunitarios.

La interpretación del Tribunal de Justicia era que el derecho a la libre circulación de las personas no se aplica a miembro de la familia, quien no es ciudadano comunitario, cuando el nacional de un País miembro nunca ha ejercitado su derecho a la circulación transnacional (véase el asunto *Morson y Jhanjan / Staat der Nederlanden* de 1982)<sup>14</sup>. Lo mismo se firmaba con respecto a la aplicación de la disciplina de protección social en base del Reglamento nº 1408/71<sup>15</sup>.

Incluso en el periodo de entrada en vigor del Tratado de Maastricht se afirma que «la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 8 del Tratado CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario.»<sup>16</sup>

Esa perspectiva aparece confirmada por la Directiva 2004/38/CE que considera como «beneficiario» de los derechos que derivan de la libre circulación el ciudadano que se «traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia», que le acompañen o se reúnan con él (véase el artículo 3).

En este ámbito la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Ruiz Zambrano* de marzo de 2011<sup>17</sup> ha venido constituyendo la jurisprudencia de referencia para las decisiones siguientes, específicamente cuando el ciudadano comunitario no había ejercitado el derecho del desplazamiento desde

un Estado comunitario a otro.

La Abogada General Eleanor Sharpston en sus conclusiones en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>18</sup> muestra como la libre circulación de los mismos ciudadanos comunitarios, en algunas situaciones, pueda prescindir de la circulación transfronterizo (véase principalmente los asuntos *García Avello*<sup>19</sup>, *Zhu y Chen*<sup>20</sup> y *Rottmann*<sup>21</sup>).

En el asunto *Ruiz Zambrano*, el Tribunal trata la cuestión si se deba conceder el permiso de residencia a un progenitor no comunitario de un niño ciudadano de un Estado miembro, en el caso no se pueda aplicar la Directiva 2004/38/CE en cuanto por una lado el niño no tiene que desplazarse de un Estado comunitario a otro; por otro lado la definición de miembro de la familia no incluye el caso del familiar que cuida al ciudadano del Unión (véase el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE)<sup>22</sup>.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, pese que no se aplique la Directiva citada, observa que la protección del derecho a la libre circulación, reconocido por los artículos 20 y 21 TFUE.

En el caso específico, el hecho de denegar el permiso de residencia a los ascendentes de los menores ciudadanos comunitarios los privaría del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión» (*Ruiz Zambrano*, apartado 44), obligándolos de hecho a abandonar el territorio de la Unión para seguir las personas quienes los cuidan.

La «doctrina *Zambrano*» constituye el «mayor punto de apertura» sobre este tema<sup>23</sup>. Pero, sucesivamente el Tribunal comunitario ha parecido tener un acercamiento menos abierto.

En la sentencia del asunto *MacCarthy*<sup>24</sup>, de un par de meses sucesivos al asunto *Ruiz Zambrano*, el Tribunal de Justicia afirmó que la Señora *McCarthy*, ciudadana del Reino Unido y de Irlanda, que nunca había ejercitado su derecho a la libre circulación, no tenía el derecho de invo-

14. Véase Tribunal de Justicia, sent. 27 de octubre de 1982, asuntos resumidos 35 y 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson/Staat der Nederlanden et Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet ; Sewradjje Jhanjan/ Staat der Nederlanden*, Rec. 1982, p. 3723.

15. Véase Tribunal de Justicia, sent. 22 de septiembre de 1992, C-153/91, *Petit / Office national des pensions*, Rec. 1992 p. I-4973; véase también Tribunal de Justicia, sent. 16 de diciembre 1992, C-206/91, *Koua Poirrez / Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis*, Rec. 1992 p. I-6685.

16. Tribunal de Justicia, sent. 5 de junio de 1997, C-64/96 y C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen / Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1997 p. I-3171, apartado 23.

17. Tribunal de Justicia, sent. de 8 de marzo de 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Rec. 2011 p. I-1177.

18. Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, párrafo 77.

19. Tribunal de Justicia, sent. de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *García Avello*, Rec. 2003 p. I-11613.

20. Tribunal de Justicia, sent. de 19 de octubre de 2004, C-200/02, *Zhu y Chen*, Rec. 2004 p. I-9925.

21. Tribunal de Justicia, sent. de 2 de marzo de 2010, C-135/08, *Rottmann*, Rec. 2010 p. I-1449.

22. Por lo que se refiere al concepto de «miembro de la familia» relevante para la aplicación de la Directiva, el artículo 2 establece que es a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; d) los ascendientes directos a cargo y de los del cónyuge o de la pareja.

23. PIZZOLO, C., *The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU*, en ARNOLD, R. y COLCELLI, V., *Private law instruments as way of EU regional integration*, Universitaetsverlag Regensburg, Regensburg, 2015, en curso de publicación.

24. Tribunal de Justicia, sent. de 5 de mayo de 2011, C-434/09, *McCarthy*, Rec. 2011 p. I-3375.

car la aplicación de la Directiva 2004/38/CE para atribuir a su esposo jamaicano un permiso de residencia permanente.

Además la falta de concesión del permiso de residencia al cónyuge no afectaría el disfrute del derecho reconocido por los Tratados comunitarios. Por lo tanto « la medida nacional de que se trata en el presente asunto principal no tiene como efecto que la Sra. McCarthy se verá obligada a salir del territorio de la Unión» (McCarthy, apartado 50).

Las sentencias siguientes confirman que están prohibidas medidas nacionales que podrían afectar el contenido esencial del disfrute efectivo de los derechos que derivan de la ciudadanía de la Unión.

En el asunto Dereci<sup>25</sup> el Tribunal de Justicia opina que el criterio relativo a la privación del contenido esencial tiene que ser considerado en caso de situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión «se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto» (Dereci, para. 66).

En cambio, no basta para que se realice ese criterio, que el ciudadano comunitario considere deseable, por razones económicas o de unidad familiar, que el familiar no comunitario permanezca en el territorio de la Unión Europea. De hecho, en este caso, el ciudadano de la Unión no « se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido» (Dereci, párrafo 68; véase también la sentencia del asunto Ymerga del 8 de mayo de 2013)<sup>26</sup>.

Con la sentencia lida<sup>27</sup> el Tribunal de Justicia recuerda que el nacional de un tercer País no tiene un derecho autónomo, sino derivado por el ciudadano del cual es familiar (lida, apartado 67)<sup>28</sup>; eso para evitar obstáculos a la libre circulación del ciudadano comunitario disuadiéndole de ejercer sus derechos (lida, apartado 68).

Otra cuestión es si el principio establecido por la jurisprudencia Ruiz Zambrano pueda aplicarse de manera «transitiva», es decir en el caso el nacional no comunitario, que solicita el permiso de residencia, sea de otro ciudadano extra-UE, quien es progenitor de un ciudadano comunitario.

La cuestión se ha resuelto negativamente en la sentencia O. y S.<sup>29</sup>, que se ocupa de dos nacionales de Países terceros (O. de la Costa de Marfil y M. nacional argelino), quienes pedían el permiso de residencia para reagruparse con sus esposas (señora S. y L., respectivamente nacional de Ghana y de Argelia), madres de ciudadanos comunitario

(de Finlandia).

Otra cuestión vinculada al tema de la libre circulación de los familiares extra-europeos es cuando se cumpla el requisito de la permanencia de cinco años en el Estado de acogida, previsto por el artículo 16 apartado 2 la Directiva 2004/38/CE, para adquirir el permiso de residencia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia afirma que los miembros de la familia del ciudadano comunitario cumplen con la antemencionada disposición si hayan residido con él durante el período de que se trate<sup>30</sup>, incluso en el caso en que los cónyuges estaban separados de hecho (véase el asunto Ogieriakhi)<sup>31</sup>.

Además, En la sentencia O. y B.<sup>32</sup> el Tribunal de Justicia afirma que en el periodo valido para adquirir el permiso de residencia está incluso lo en que el ciudadano de la Unión regresa a su País de origen (O. y B., apartado 61; véase también el asunto Singh<sup>33</sup>, especialmente el apartado 13).

### 3. La interpretación finalista del Tribunal de Justicia.

El tema de la circulación de los familiares, además que tener una relevancia por sí misma, constituye una perspectiva interesante para observar como el Tribunal de Justicia desempeña su actividad interpretativa.

En los últimos años la doctrina que se ocupa de la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia ha hecho referencia a la sentencia Ruiz Zambrano y la jurisprudencia que ha surgido de esa<sup>34</sup>. Pero, obviamente, es muy interesante también la jurisprudencia anterior, especialmente la que se refiere a la libre circulación del los nacionales de los Países miembros.

La integración jurídica europea debe muchísimo a la labor interpretativa del Tribunal de Justicia, que a lo largo de más de sesenta años vino desarrollando un particular enfoque en la atribución del sentido al Derecho comunitario.

En un primer momento, analizando la jurisprudencia mencionada en los párrafos precedentes, la particularidad de la interpretación del Tribunal de Justicia no aparece así

25. Tribunal de Justicia, sent. de 15 de noviembre de 2011, C-256-11, *Dereci y otr.*, todavía no publicada.

26. Tribunal de Justicia, sent. de 8 de mayo de 2013, C-244/13, *Ymerga*, todavía no publicada, apartado 39.

27. Tribunal de Justicia, sent. de 8 de noviembre de 2012, C 40-11, *lida*, todavía no publicada.

28. En el mismo sentido asuntos *McCarthy*, apartado 42, y *Dereci y otros*, apartado 55 ya citadas.

29. Tribunal de Justicia, sent. de 6 de diciembre de 2012, C-356/11 y C-357/11, *O. y S.*, todavía no publicada.

30. Tribunal del Justicia, sent. de 8 de mayo de 2013, C-529/11, *Alarape y Tijani*, todavía no publicada, apartado 34

31. Tribunal de Justicia, sent. de 10 de julio de 2014, C-244/13, *Ogieriakhi*, todavía no publicada.

32. Tribunal de Justicia, sent. de 12 de marzo de 2014, C-456/12, *O. y B.*, todavía no publicada.

33. Tribunal de Justicia, sent. del 7 de julio de 1992, C-370/90, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh ex parte Secretary of State for the Home Department*, Rec. 1992 p. I-4265

34. Entre los demás: DAWSON, M., *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, en *European Law Journal*, Vol. 20, No. 3, mayo 2014, pp. 423-435; BECK, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012; CONWAY, G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

evidente.

De hecho, como la mayoría de los jueces nacionales de la tradición jurídica de la Europa continental, el juez comunitario afirma utilizar los métodos interpretativos usuales para la tradición positivista de la Europa continental<sup>35</sup>.

Desde esa perspectiva, los jueces deberían exclusivamente derivar las normas de un sistema jurídico cerrado y completo, establecido por el legislador nacional. Las disposiciones de los códigos civiles (véase, por ejemplo, el artículo 12 de las disposiciones preliminar al Codice civile italiano) representan la interpretación como un proceso lineal y casi algorítmico, que parte y se basa en la interpretación literal del texto<sup>36</sup>.

El juez podría tomar en consideración argumentos ulteriores (como la finalidad de la ley o los principios generales) sólo si la interpretación literal no es suficiente para reglar un caso.

En el tema que se está estudiando, el homenaje a la tradición hermenéutica se puede observar especialmente en la sentencia McCarthy en que se afirma el uso de una « interpretación literal, teleológica y sistemática » para excluir la aplicación de la Directiva 2004/38/CE al esposo de la ciudadana comunitaria que nunca ha hecho uso de su derecho a la libre circulación, habiendo siempre residido en el Estado miembro cuya nacionalidad posee.

Como se ha mencionado anteriormente, el acercamiento expresado en McCarthy es conforme a la jurisprudencia del pasado como la del asunto Morson y Jhanjan del 1982, según el cual (apartado 15) no se podía reconocer la libre circulación del familiar de un País tercero, cuando el nacional de un Estado comunitario no había realizado la movilidad transeuropea, en base a la letra del Reglamento y a la finalidad del 1612/1968.

Sin embargo, lo que aparece claro en esas sentencias es una coexistencia de argumentos interpretativos distintos (literal, teleológico y sistemático), que apoyan el mismo resultado de la interpretación. El Tribunal de Justicia, pese de referirse a argumentos interpretativos distintos (la letra, la finalidad de la ley, la interpretación sistemática), los utiliza de manera cumulativa y no lineal como al contrario sucedería en la tradición de la hermenéutica legal<sup>37</sup>.

Además, en la jurisprudencia que trata del tema de la libre circulación de los familiares, los argumentos interpretativos no se consideran iguales.

En la jurisprudencia del Tribunal comunitario la in-

terpretación siempre se desarrolla para alcanzar una finalidad<sup>38</sup>.

El fulcro del discurso del Tribunal de Justicia en el asunto McCarthy es que el objetivo de la Directiva 2004/38/CE es « facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros » (McCarthy, apartado 28), aunque esa Directiva tenga que establecer las condiciones por el ejercicio de la libre circulación (McCarthy, apartado 33).

De toda manera, es opinión del juez comunitario que no sería suficiente una interpretación exclusivamente literal.

Por ejemplo, la sentencia Ogierakhi afirma que « el artículo 16, apartado 2, de dicha Directiva fuera objeto de una interpretación literal, el nacional de un tercer País podría encontrarse en una situación de vulnerabilidad a causa de medidas unilaterales adoptadas por su cónyuge, lo que iría en contra del espíritu de esta Directiva » (Ogierakhi, apartado 40).

En otro ejemplo, para ir más allá de la estricta interpretación del texto de las fuentes jurídicas, se opina que « sería contrario al espíritu y al fin de la norma comunitaria relativa a la libre circulación de trabajadores, privar a los supervivientes de tal beneficio como consecuencia del fallecimiento del trabajador, ya que este beneficio se concede a los supervivientes de un nacional » (Cristini, apartado 16)

Entonces, la interpretación del Tribunal de Justicia no puede basarse solamente en la letra de la ley. De hecho esa está siempre vinculada a un fin, que es principalmente la aplicación de los objetivos del ordenamiento comunitario. Entre aquellos objetivos la jurisprudencia que se está tratando considera « la libre circulación de trabajadores »<sup>39</sup>, así como la integración del trabajador y de su familiares en el País de acogida (Echternach e.a. / Minister van Onderwijs en Wetenschappen, apartado 21)

En particular la finalidad del reconocimiento de la libre circulación de los familiares procedentes de un País tercero se basa « en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación de dicho ciudadano, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida » (Alokpa<sup>40</sup>, apartado 22; véase también Ymeraga, apartado 35; lida, apartados 67 y 68).

Por lo tanto, al contrario de lo que pasa en los códigos civiles nacionales, la interpretación teleológica no es un momento posible, sino necesario, en el proceso de atribución del sentido jurídico. La finalidad es el punto de partida

35. Por ejemplo v. Tribunal de Justicia sent. del 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland et The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame y otr.*, C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996 p. I-1029.

36. SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 1980, p. 224; ANGELASCO, G. y DEMOGUE, R., *La technique législative en matière de codification Civil. Étude de droit comparé*, Boccard, Paris, 1930.

37. BECK, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, cit., véase el capítulo 9.

38. Tribunal de Justicia (Trib. Prim. Instancia), sent. de 11 de diciembre del 2003, *Conserve Italia / Comisión*, T-305/00, Rec. II-5663.

39. Véase la jurisprudencia CPAS de Courcelles / Lebon, apartado 23; véase también Tribunal de Justicia, sent. de 3 de junio de 1986, 139/85, Kempf, Rec. 1986, pp. 1741; Id., sent. 7 de mayo de 1986, 131/85, Gül / Regierungspräsident Düsseldorf, Rec. 1986 p. 1573, apartado 14

40. Tribunal de Justicia, sent. de 10 de octubre de 2013, C 86/12, Alokpa, todavía no publicada.

del proceso interpretativo y afecta toda la comprensión de los textos jurídicos<sup>41</sup>.

#### 4. Interpretación y efecto útil

El enfoque finalista de la jurisprudencia comunitaria se expresa a través de una herramienta característica del Tribunal de Luxemburgo y que se encuentra incluso en las decisiones de otros órganos jurisprudenciales transnacionales<sup>42</sup>: la búsqueda del efecto útil del derecho comunitario, que se considera como un «corolario» de la interpretación finalista<sup>43</sup>.

Como se ha comentado, el Tribunal de Justicia ha puesto el método teleológico, junto con el principio del efecto útil, en la base de la «infraestructura del método hermenéutico comunitario»<sup>44</sup>.

Para la doctrina, el efecto útil significa «escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin»<sup>45</sup>.

En la opinión del Tribunal de Justicia comunitario, el principio del efecto útil sirve para alcanzar los objetivos de los Tratados comunitarios y, por lo tanto, para asegurar el funcionamiento de la Unión<sup>46</sup>.

El efecto útil comporta la aplicación extensiva de las reglas de Derecho comunitario, como por ejemplo la disciplina de la libre circulación de las personas<sup>47</sup>; por otro lado para alcanzar los objetivos del ordenamiento comunitario, se deben interpretar de manera restrictiva las normas que derogan a los derechos establecidos por los Tratados<sup>48</sup>.

Toda la jurisprudencia que se está analizando utiliza argumentos vinculados al efecto útil.

En el asunto Echernach e.a. del 1989 (apartados 34 y 35) se afirma que la expresión «ventaja social» de los trabajadores debe incluir el acceso a toda forma de enseñanza en el País de acogida de sus hijos, interpretando así el artículo 12 del reglamento 1612/1968 «disposición que con cualquier otra interpretación quedaría frecuentemente privada de efecto». De hecho al contrario no se promovería la integración de los hijos y por lo tanto del trabajador.

La jurisprudencia Zambrano para llegar a sus conclusiones se refiere a otras sentencias en las cuales se trata del caso de progenitor de un ciudadano comunitario de corta edad. En particular el asunto Baumbast<sup>49</sup> « En circunstancias como las de los litigios principales, en las que los hijos gozan (...) del derecho a continuar su escolaridad en el Estado miembro de acogida mientras los progenitores responsables de su custodia pueden perder sus derechos de estancia (...) resulta claro que la denegación a dichos progenitores de la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos de un derecho que el legislador comunitario les ha reconocido.» (Baumbast, apartado 71)

El Tribunal subraya que « habida cuenta del contexto y de las finalidades [en este caso del Reglamento n. 1612/68] (...) no puede interpretarse de manera restrictiva y no debe, en cualquier caso, verse privado de su efecto útil.» (Baumbast, apartado 74)

La incompatibilidad entre efecto útil y una interpretación restrictiva se puede observar también en Ogiierakhi en que el efecto útil se contrapone a la pura interpretación literal, la cual tendría como consecuencia una aplicación restrictiva de la Directiva 2004/38.

El enfoque extensivo comporta el uso cumulativo, y no eventual como en la interpretación tradicional, de la analogía.

En la sentencia O. y B., cuando el Tribunal tiene que establecer como tratar los periodos de residencia del familiar nacional de un tercer País, se afirma que « en una situación en la que un ciudadano de la Unión ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado con ocasión de una residencia efectiva, en virtud de, y con observancia de, los requisitos establecidos en los artículos 7, apartados 1 y 2, o 16, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38, en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, las disposiciones de esta Directiva se aplican por analogía cuando dicho ciudadano de la Unión regresa, con el miembro de su familia de que se trate, a su Estado miembro de origen. » (O. y B., apartado 61)

La necesidad de no privar del efecto útil la interpretación del Derecho comunitario y, especialmente, del derecho a la libre circulación de un ciudadano comunitario que sea

41. Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del Tribunal de Justicia, v., por ejemplo, JOUSSEN, C., *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, p. 499 y sigs.

42. CIPPITANI, R., *Interpretación de las Cortes regionales*, en ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., CIPPITANI, R., *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, p. 312-325; Id., *El «Derecho de la integración» en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica*, en PAMPILLO BALIÑO, J.P. (ed.) *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica*, Editorial Porrúa, México, p. 523-548; Id., *La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integración regional*, en *Diritto e Processo*, 2013, p. 67-99;

43. QUADROS, F., *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Almedina, Lisboa, 1984, p. 427.

44. PAMPILLO BALIÑO, J.P., *Historia general del derecho*, Oxford University Press, Oxford-Ciudad de México, 2008, p. 353..

45. REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional Público*, Tecnos, Madrid, vol. 2, p. 313.

46. V. por ejemplo Tribunal de Justicia, sent. del 4 de octubre del 2001, *Italia/ Comisión*, C-403/99, Rec. 2001, p. I-6883; id. sent. del 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm y otr./ Bubdeskartellamt*, 14/68, Rec. 1969, p. 1.

47. Tribunal de Justicia, sent. de 20 de febrero de 1997, C-344/95, *Comisión/ Bélgica*, Rec. p. I-1035, apartados 14-18, 34.

48. Tribunal de Justicia (Tribunal de primera instancia), sent. 8 de octubre de 1996, T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, *Compagnie maritime belge transports y otr. / Comisión*, Rec. p. II-1201, apartados 48-49.

49. Tribunal de Justicia, sent. de 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumbast y R.*, Rec. 2002 p. I-7091.

menor de edad, conduce a ampliar el conjunto de los familiares que benefician de la libertad de circulación.

Las sentencias Zambrano y Zhu-Chen no limitan la libre circulación al familiar quien está a cargo del ciudadano comunitario, sino al caso inverso en el cual sea el nacional del tercer País que mantiene el ciudadano de la Unión.

En efecto « la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño... resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último». Según el Tribunal «es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste» (Zhu y Chen, apartado 45).

En este contexto la sentencia Ruiz Zambrano puede afirmar que el artículo 20 TFUE «se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión» y que «la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo, tienen tal efecto.» (Ruiz Zambrano, apartado 43)

Las sentencias sucesivas a Zambrano fijan este principio, pero tal vez de una perspectiva negativa, en el sentido que la necesidad de alcanzar el efecto útil, se afirma, no ocurre en la situación específica.

La sentencia MacCarthy recuerda (apartado 52 y 53) que las decisiones sobre el tema del apellido (Avello antes mencionada y Grukin y Paul<sup>50</sup>) invocan la aplicación del derecho a la libre circulación en presencia de medidas estatutales (como las concernientes las reglas de atribución del apellido) que constituyen un obstáculo de hecho a la libre circulación.

En consecuencia, afirma la sentencia MacCarthy, «el artículo 21 TFUE no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.» (MacCarthy, apartado 56)

En cambio, la situación en el asunto Ruiz Zambrano

presentaba «un carácter muy específico» (Dereci, apartado 67), o «excepcional» (O. y S., apartado 48).

En esas situaciones, como se afirma en Alokpa, « pese a no ser aplicable el Derecho secundario en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros Países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trata no ha ejercido su libertad de circulación», (Alokpa, apartado 32; la sentencia se refiere también a *lida*, apartado 71, e *Ymeraga*, apartado 36), no se puede denegar el permiso de residencia al nacional de un Estado miembro, por que « de hacerlo se privaría de efecto útil a la ciudadanía de la Unión» (O. y S., apartado 48; véase Dereci, apartado 68), en cuanto « la consecuencia de esa denegación, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, siendo privado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto de ciudadano de la Unión» (Alokpa, apartado 32).

Como se especifica en O. y B., la denegación del permiso de residencia derivado al nacional de un País tercero podría disuadir al ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del cual es nacional para ejercer su derecho de residencia, ante la incertidumbre de si podrá continuar, en su Estado miembro de origen, una convivencia familiar con sus parientes próximos desarrollada o consolidada en el Estado miembro de acogida (O. y B., apartado 54)<sup>51</sup>. Además «el efecto útil del artículo 21 TFUE, apartado 1, requiere que el ciudadano de la Unión, a su regreso al Estado miembro de su nacionalidad, pueda continuar la convivencia familiar que mantenía en el Estado miembro de acogida, si este ciudadano y el miembro de su familia de que se trate, nacional de un tercer Estado, adquirieron en este último Estado miembro un derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartados 1 y 2, respectivamente, de la Directiva 2004/38.» (O. y B., apartado 55)

## 5. La referencia a los principios constitucionales del ordenamiento comunitario.

Como se ha mencionado en el párrafo precedente, el Tribunal comunitario trata establecer el efecto útil no solo de las disposiciones que se aplican de manera específica al asunto, como las directivas o reglamentos sobre el tema de la libre circulación, sino también del ordenamiento jurídico en su globalidad.

Otra característica de la jurisprudencia comunitaria es que aplica directamente las normas constitucionales establecidas en los Tratados comunitario, especialmente las reglas que reconocen las libertades comunitarias como la libre circulación o el principio de la igualdad de trato.

En base a este principio, por ejemplo se considera contrario al principio de igualdad una disposición que en establezca una discriminación de hecho, a pesar que no sea formal. Por ejemplo se ha establecido que es discriminante

50. Tribunal de Justicia, sent. 14 de octubre de 2009, C-353/06, *Grukin y Paul*, Rec. p. I-7639.

51. Véanse, en este sentido, también las sentencias antes citadas, *Eind*, apartados 35 y 36, e *lida*, apartado 70.

la concesión de los subsidios de espera pagados a jóvenes trabajadores en busca de su primer empleo, en el caso se pida como requisito lo de que los interesados hayan terminado sus estudios secundarios en un centro docente subvencionado o reconocido por un Estado miembro, a pesar de que ese subsidio se aplique también a los nacionales de otro Estado miembro. En este caso la norma se ha considerado discriminadora porque se aplica de manera más amplia a los nacionales del Estado y excluye muchos ciudadanos de otros Países europeos <sup>52</sup>.

Además, en la jurisprudencia que se está analizando, algunas sentencias toman en consideración otras normas generales del ordenamiento jurídico comunitarios, es decir los derechos fundamentales previstos en la Carta de los Derechos Fundamentales y por en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Este último instrumento jurídico regional hoy día forma parte del ordenamiento de la Unión, en base al artículo 6 TUE en consecuencia de los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa.

En particular, una parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se refiere a la necesidad de proteger el derecho fundamental al respeto de la «vida privada y familiar».

De hecho, el efecto útil debe satisfacer « la exigencia de respeto de la vida familiar previsto en el artículo 8 del CEDH, respeto que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia, están reconocidos en el Derecho comunitario » (Baumbast, apartado 72)

El Abogado General del asunto Ruiz Zambrano en sus conclusiones recuerda que la jurisprudencia del Tribunal lo reconoce como derecho fundamental del ordenamiento comunitario, citando especialmente la sentencia Carpenter <sup>53</sup>.

El derecho a la vida familiar se entiende también incluso como referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En la sentencia Boultif <sup>54</sup> el Tribunal de Estrasburgo declaró que «la expulsión de una persona de un País en el que viven miembros de su familia cercana puede equivaler a una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el artículo 8, apartado 1, del [CEDH]»

En la sentencia Carpenter se subraya que « la separación de los esposos Carpenter causaría un daño a su vida familiar y, por tanto, a las condiciones de ejercicio de una libertad fundamental por el Sr. Carpenter. En efecto, esta libertad no puede producir un efecto pleno si los obstáculos que se ponen, en su País de origen, a la entrada y residencia de su cónyuge impiden al Sr. Carpenter su ejercicio » (Carpenter, apartado 39)

De hecho la decisión de expulsar la señora Carpenter constituiría una injerencia en el ejercicio por el marido de su derecho al respeto de su vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Carpenter, apartado 41)

La sentencia O. y S. también afirma que la Directiva 2003/38/CE sobre la reagrupación familiar, tiene que implementarse « a la luz de los artículos 7 y 24, apartados 2 y 3, de la Carta, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando también favorecer la vida familiar, así como evitando menoscabar tanto el objetivo de la citada Directiva, como su efecto útil » (O. y S., apartado 82).

Por lo tanto «El artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 no puede interpretarse y aplicarse de forma que dicha aplicación viole los derechos fundamentales establecidos en las citadas disposiciones de la Carta» (O. y S., apartado 77).

Por lo tanto, los Estados miembros deben «no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, sino también procurar no basarse en una interpretación de un texto de Derecho derivado que entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión» (O. y S., apartado 78)<sup>55</sup>.

En Chakroun <sup>56</sup> el Tribunal de Justicia opina que « Dado que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, la facultad prevista en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva debe interpretarse de manera estricta. Por otro lado, el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil.» (Chakroun , apartado 43).

## 6. Contexto de la interpretación judicial

La doctrina que estudia el tema de la libre circulación observa que la sentencia Ruiz Zambrano representa como una fractura con respecto a la jurisprudencia siguiente <sup>57</sup>.

En efecto, parece que sentencias como Carpenter o Zambrano afirmen un tendencia a una interpretación expansiva de la libre circulación, en particular de los nacionales de Países terceros, mientras algunas decisiones siguientes muestran un enfoque muy restrictivo.

Las explicaciones de esas diferencias pueden ser varias.

52. Véase Tribunal de Justicia, sent. 2 de septiembre de 1996, Comisión/Reino de Bélgica, C-278/94, Rec. 1996 p. I-04307.

53. Tribunal de Justicia, sent. de 11 de julio de 2002, C-60/00, *Carpenter*, Rec. p. I-6279

54. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sent. de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, §§ 39, 41 y 46, ECHR 2001-IX

55. Véase Tribunal de Justicia, sent. 23 de diciembre 2009, C-403/09 PP, *Definiek*, Rec. 2009 p. I-12193, apartado 34.

56. Tribunal de Justicia, sent. 4 de marzo de 2010, C-578/08, *Chakroun*, Rec. 2010, p. I-1839.

57. Entre los demás Pizzolo, C., *The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU*, ob. cit.

En primer lugar hay razones, digamos organizativas, que pueden estar en la base de decisiones diferentes. Incluso en la jurisprudencia de los mismos órganos judiciales nacionales se pueden observar soluciones diferentes del mismo problema, debido en particular a la organización en secciones o colegios judicantes. A propósito del grupo de sentencias que se está estudiando, por ejemplo, se puede observar que Ruiz Zabranó es una decisión tomada por la Gran Sala del Tribunal, mientras muchas otras sentencias se aprobaron por las otras salas (por ejemplo McCarthy por la tercera). La Gran Sala, incluyendo un número mayor de jueces, normalmente no es el lugar para profundizar los conceptos, sino para afirmar principios más generales.

En segundo lugar, se puede afirmar que los dos grupos de sentencias son la expresión, efectivamente, de dos visiones «políticas» distintas, que consiguen de una evolución del mismo Tribunal. Por lo tanto Ruiz Zambrano se puede considerar como ejemplo de una línea de política judicial más abierta, mientras McCarthy apoya una visión conservativa que intenta limitar los efectos de la «doctrina Zambrano».

En tercer lugar, una parte de la literatura jurídica da una razón científica del cambio observado en la jurisprudencia comunitaria: el Tribunal de Justicia, que está compuesto por magistrados y juristas de alto nivel, no cesa de estar en relación osmótica con el ambiente académico, que debate activamente sobre sus sentencias. De cualquier manera, este debate académico influye sobre (y está retroalimentado por) la jurisprudencia comunitaria.

Probablemente las explicaciones «organizativa», «política» y «científica» pueden contribuir a entender mejor el contexto en que indubitablemente el Tribunal de Justicia se encuentra a juzgar. Lo que es útil para una descripción del fenómeno de la judicatura comunitaria, aunque en muchos casos los argumentos antemencionados no sean decisivos para establecer el sentido jurídico de las sentencias.

Por ejemplo, el hecho que la sentencia Ruiz Zambrano ha sido adoptada por la Gran Sala explica la diferencia con la tendencia de la decisión McCarthy, pero no permite de enmarcar la sentencia Dereci que sigue McCarthy, y que pero se ha decidida por la Gran Sala. Se podría entonces afirmar que todo esto se explica por un cambio en la visión política de los jueces, pero no tiene en cuenta que sentencias sucesivas, como O. y S., parecen expresar una visión abiertamente a favor del derecho a la libre circulación de los nacionales de terceros Países.

Finalmente el argumento «científico», si describe bien una realidad importante, la del debate cultural y jurídico sobre las sentencias del Tribunal, no permite de hablar de una relación de causa-efecto y no tiene en cuenta que ese debate es tan largo que involucra a autores que afirman opiniones diferentes incluso sobre la sentencia Ruiz Zambrano o las demás.

## 7. Diferencias en el mismo acercamiento interpretativo.

Si se permanece en un plan jurídico e interno a las sentencias analizadas, las cuestiones tendrían que ser distintas, como, por ejemplo, la metodología utilizada.

En realidad, lo que puede sorprender es que, aunque decisiones aparezcan diferentes con respecto a las soluciones adoptadas, la metodología interpretativa es exactamente la misma.

Como se ha mencionado, todas las sentencias citadas comparten el modelo interpretativo finalista<sup>58</sup>, que tiene como herramienta fundamental la búsqueda del efecto útil de las Directivas, así como de los Tratados comunitarios.

De hecho, el modelo finalista no consiste en la elaboración de la finalidad de una disposición particular, sino en la construcción de un «constitucional telos» de la finalidad del ordenamiento jurídico comunitario, que está en la base del proceso interpretativo del Tribunal de Justicia<sup>59</sup>.

La misma fractura entre bloques de sentencias (por ejemplo las sentencias antes y después Ruiz Zambrano por lo que se refiere a los familiares nacionales de Países terceros) pertenece a la lógica de elaborar una coherencia del ordenamiento jurídico comunitario.

De hecho, como opina Jacobs «McCarthy seeks to maintain systematic coherence by, rather than despite, distinguishing Ruiz Zambrano»<sup>60</sup>.

Esa fractura se expresa a través de una herramienta ya experimentada por el Tribunal de Justicia, que la doctrina llama «sufficient dissimilarity».

Como explica Gunnar Beck en base a esa técnica argumentativa, el Tribunal distingue un asunto de otro precedente, definiendo los hechos del nuevo asunto en contraposición con los del otro (especialmente: si el ciudadano UE haya o no haya ejercitado su derecho a la libre circulación; si el ciudadano sea sustentado por un familiar no comunitario; si el nacional del País tercero tenga un derecho de residencia en otro País comunitario; si el ciudadano de la Unión sea un menor o sea un adulto autosuficiente).

Según Jacobs la técnica de la «disimilarity» es propiamente lo que permite distinguir la jurisprudencia McCarthy de Ruiz Zambrano. En el segundo asunto la diferencia relevante es representada por el hecho que los hijos menores de Zambrano no podrían, en la opinión del Tribunal, ejercer sus derechos de ciudadanía en cuanto deberían abandonar el

58 Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del Tribunal de Justicia, v., por ejemplo, Jousset, C., *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, p. 499 y sigs.

59. POIARES MADURO, M. *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, en *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, p. 1 sigs.

60. JACOBS, M.A., *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 147 sigs.

territorio de la Unión Europea. Lo que no ocurre en el caso de la Señora McCarthy en cuanto adulto no dependiente de su esposo.

Incluso la diferente calificación de los hechos se realiza siempre como variaciones del mismo marco conceptual y no como diferencias entre la jurisprudencia antes o después Ruiz Zambrano.

Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, hay una continuidad entre las sentencias antemencionadas, reforzada por técnicas como la «disimilaridad suficiente» o la repetición en una sentencia de «building block» es decir de frases ya utilizadas en otras sentencias<sup>61</sup>.

Ejemplo de esta técnica es la frase «La finalidad y la justificación de esos derechos derivados (...) se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación de dicho ciudadano, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida» que se puede leer en las sentencias Alokpa (apartado 22), Ymerga (apartado 35) e Iida (apartado 68).

Entonces, la pregunta es por qué sentencias diferentes, no obstante la misma metodología, llegan a resultados que la doctrina percibe como distintos.

Una primera diferencia entre Ruiz Zambrano y McCarthy se encuentra en un peso diferente en la referencia al nivel de los principios constitucionales.

De hecho, mientras Ruiz Zambrano (como Carpenter u O. y S.) se basan en la protección de los derechos fundamentales, especialmente del derecho al respeto de la vida familiar, McCarthy y las sentencias sucesivas no dan la misma relevancia a los principios establecidos por la Carta del los Derechos Fundamentales y el Convenio de Roma.

Además, la jurisprudencia McCarthy se ha confirmado también en la sentencia Dereci (apartado 54 sigs.; véase también O. y B., apartado 37 sigs.), que, como opina el Abogado General en sus conclusiones en el asunto O. y S. «realizó una interpretación particularmente estricta de los criterios establecidos en la sentencia Ruiz Zambrano».

No dar el mismo peso, no significa que aquellos principios no sean considerados, sino que en la argumentación asumen un papel más importante los objetivos previstos a nivel del derecho derivado.

Probablemente sentencias como Ruiz Zambrano, Carpenter o Avello siguen mejor el círculo hermenéutico llegando a los principios fundamentales.

De toda manera, incluso en sentencias como McCarthy, el Tribunal no parece renunciar a su enfoque interpretativo característico.

Además lo que aumenta la sensación de una diferencia entre sentencias es el uso de un expediente técnico y argumentativo en algunas sentencias que se inscriben en la línea de la jurisprudencia McCarthy.

En aquellas sentencias el juez comunitario establece que las diferencias, entre los hechos de los asuntos examinados y los en la base de la sentencia Zambrano, tienen que ser identificados por el órgano jurisdiccional remitente la interpretación prejudicial.

En la sentencia Alokpa, por ejemplo, el juez comunitario reenvía al órgano jurisdiccional nacional la tarea de verificar si los hijos de la Sra. Alokpa cumplen los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE y, en consecuencia, si gozan del derecho a residir en el Estado miembro de acogida en virtud del artículo 21 TFUE. En particular, «dicho órgano jurisdiccional debe verificar si los menores en cuestión disponen, por sí mismos o gracias a su madre, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38» (Alokpa, apartado 30). Si no concurren los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE, el artículo 21 (TFUE) «debe interpretarse en el sentido de que [el Derecho comunitario] no se opone a que se deniegue a la Sra. Alokpa el derecho a residir en el territorio luxemburgués» (Alokpa, apartado 31).

Mientras en el asunto Ruiz Zambrano el Tribunal de Justicia aplica directamente el TFUE, aquí reconoce un margen de apreciación al juez nacional, estableciendo que, si las autoridades luxemburguesas denegaran a la Sra. Alokpa el derecho de residencia, sus hijos no se verían obligados por este hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, por el hecho que ellos podrían residir en el territorio del País de ciudadanía (Francia) junto con su madre.

En Dereci la decisión de la Gran Sala es que «El Derecho de la Unión, y en particular sus disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro – cuya nacionalidad posee – y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación». Sin embargo este principio se aplica «siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión», pero esta situación tiene que ser comprobada por el tribunal remitente.

Aplicando este enfoque, en realidad, el Tribunal de Justicia parece mantenerse en coherencia con la jurisprudencia precedente y en particular la sentencia Ruiz Zambrano, degradando las diferencias a una cuestión más de hecho que de derecho.

61. Sobre el particular uso del juez comunitario de vincularse a su precedente jurisprudencia, véase Beck, G., *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, especialmente los capítulos 4 y 8.

## 8. Interpretación del Tribunal de Justicia y elaboración Derecho comunitario

La jurisprudencia comunitaria que trata de la circulación de los familiares (especialmente los no comunitarios) a menudo se considera como ejemplo del «activismo» del juez comunitario.

En general, según algunos juristas la jurisprudencia comunitaria, integrando y completando las «lagunas»<sup>62</sup> de un ordenamiento incompleto y poco profundo, desarrollaría una función «pretoria», colocándose en el punto de conjunción entre la interpretación y la creación del derecho<sup>63</sup>. Por lo tanto, se supone que el juez comunitario desempeñe un *law-making power*<sup>64</sup>, que sustituye a aquel de las Instituciones legislativas<sup>65</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia que se está estudiando no se puede considerar totalmente «activista»: si, por ejemplo, Ruiz Zambrano fuera un ejemplo de activismo judicial, McCarthy tendría que considerarse, como afirma la doctrina, como un ejemplo de una tendencia conservadora y restrictiva.

Teniendo en consideración el sistema institucional comunitario, es difícil afirmar que el Tribunal de Justicia actúa más allá de sus poderes. Como se destaca, de hecho, la polémica contra el activismo del Tribunal de Justicia comunitario, presupone que bien se haya establecido una «propia» función del Tribunal y que el juez de Luxemburgo no haya respetado sus límites<sup>66</sup>.

El Tribunal realiza varias tareas, normalmente pertenecientes a varios tipos de jueces<sup>67</sup>, pero esencialmente, el Tribunal de Justicia garantiza la interpretación uniforme del Derecho supranacional, especialmente a través de un instrumento poderoso que es la «interpretación prejudicial»

(artículo 267 del TFUE), que puede ser requerida por todos los jueces nacionales, cuando tienen una duda sobre la correcta interpretación de una norma de la Unión.

Sin embargo, fundamentalmente, el Tribunal de Justicia desempeña una función judicial<sup>68</sup>, es decir la de interpretar el Derecho comunitario, dándole el sentido jurídico necesario para aplicarlo a las relaciones jurídicas<sup>69</sup>.

Así haciendo el Tribunal de Justicia actúa como un cualquier juez, en particular como un juez constitucional y como juez de legitimidad de último grado.

Como sucede para los tribunales constitucionales nacionales, el juez comunitario no crea derecho *ex novo*, sino ellos tienen el objetivo elaborar una «concreción» aplicable para solucionar casos concretos<sup>70</sup>. Las fuentes legales de Derecho comunitario, como las fuentes de derecho transnacional regional, especialmente los tratados y los textos relativos a los derechos humanos, utilizan expresiones abiertas, que se tiene que rellenar de un sentido técnico en consonancia con la finalidad del sistema jurídico transnacional<sup>71</sup>.

Como explicado en la sentencia Michel S. de 1973, citada anteriormente, el hecho que una disposición (en ese caso el artículo 12 del Reglamento 1612/1968) no regula explícitamente un caso (el acceso a la formación para discapacitados) depende de «la dificultad de mencionar de manera exhaustiva todos los supuestos, especialmente los que tienen un carácter excepcional, respecto a los cuales es preciso garantizar la igualdad de los nacionales de todos los Estados miembros, con objeto de asegurar el pleno ejercicio del derecho de libre circulación» (Michel S., apartado 15)

El tema de las «lagunas» no es una característica del sólo Derecho de la Unión, al cual correspondería una interpretación creativa del juez comunitario.

Como argumentó Nberto Bobbio el problema de la

62. Véase, MENGOLZI, P., *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2003, p. 248; ADINOLFI, A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, en *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 1994, 531.

63. CAPOTORTI, F., *Il diritto comunitario non scritto*, en *Dir. com. scambi int.*, 1983, 409; ADINOLFI, A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit.; AKEHURST, M., *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, en *British Year Book International Law*, 1981, 41.

64. BETATI, M., *Le "law-making power" de la Cour*, en *Pouvoir*, 1989, p. 57 y sigs.

65. Las opiniones contrarias al respecto son aisladas. Cfr. EVERLING, U., *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, en *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 sigs., recuerda que el poder de elaborar principios se encuentra dentro de la competencia judicial.

66. DAWSON, M., *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, cit., espec. p. 423 sigs.

67. Como la función de control de la legitimidad de los actos de las demás instituciones (artículo 263 del TFUE), las decisiones relativas a la responsabilidad contractual (artículo 272 del TFUE) y a la responsabilidad extracontractual de la Unión (artículos 268 y 340 del TFUE); las controversias laborales entre la Unión y sus agentes (artículo 270 del TFUE) y otras competencias (artículo 271 y sigs. TFUE).

68. Ésta es la opinión, entre otros, de EVERLING, U., *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., p. 1309 sigs. Al respecto de la diferencia entre «creatividad» de los jueces y funciones legislativas cfr. CAPPELLETTI, M., *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 774 y sigs.

69. Véase, por ejemplo, el Tribunal de Justicia, sent. del 27 de marzo de 1980, 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denavit italiana*, Rec. 1980 p. 1205, apartado 16, afirma que «*The interpretation which, in the exercise of the jurisdiction conferred upon it by article 177, the Court of Justice gives to a rule of Community law clarifies and defines where necessary the meaning and scope of that rule as it must be or ought to have been understood and applied from the time of its coming into force*».

70. Sobre el papel de los jueces constitucionales en la interpretación del derecho, véase CASTILLO CORDOVA, L., "La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos", en ÁLVAREZ LEDESMA, M. I. y CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ISEG, Roma-Perugia, México, 2013, p. 293 sigs.

71. ZAGREBELSKY, G., *El juez constitucional en el siglo XXI*, en FERRER MACGREGOR, E. y de J. MOLINA SUÁREZ, C. (coord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 4 ss.

lagunas es de naturaleza ideológica: siempre el lenguaje de las fuentes jurídicas está «incompleto», en cuanto que «el legislador no extrae de las proposiciones normativas expresas todas las consecuencias normativas que de estas pueden obtenerse»<sup>72</sup> y siempre el intérprete (en particular el juez) tiene que «completar» el lenguaje legislativo<sup>73</sup>.

De cualquier manera ésta es una característica de la jurisdicción moderna ya que cuenta con mayor espacio discrecional de los jueces necesario para atribuir coherencia a un ordenamiento jurídico siempre más complejo y multínivel<sup>74</sup>.

Correctamente, muchos autores (como Beck) destacan los caracteres complejos y abiertos del Derecho comunitario que, en consecuencia, influyen en la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia, haciéndola menos previsible (aunque no arbitraria).

Sin embargo el Derecho comunitario, e in general el derecho de los procesos de integración regional, lleva a consecuencias extremas tendencias pero ya presentes en el derecho hodierno.

Por lo tanto, la cuestión no es la existencia de un arbitrario poder legislativo del Tribunal de Justicia, ni tampoco se puede pedir una reducción del poder discrecional del juez comunitario, lo que sería en contraste con las previsiones de los Tratados de la Unión.

Según algunos juristas, como Conway, para solucionar lo que se ve como una afectación de la separación de los poderes, el Tribunal de Justicia tendría que cambiar su enfoque interpretativo, limitando el recurso a los principios generales como al contrario ocurre en algunas sentencias<sup>75</sup>.

Todavía, como se ha antemencionado, incluso la jurisprudencia comunitaria que parece mas restrictiva es expresión del mismo enfoque interpretativo. ■

---

72. BOBBIO, N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 360 y sigs.

73. Véase, entre los demás, BETTI, E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, p. 212. Véase también René David, quien habla de una especie de «colaboración» entre intérprete y legislador. Este último, a través de los principios generales, demanda a los intérpretes integrar la legislación (DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1995, p. 125 y sigs.).

74. BISOGNI, G., *Jurisdicción moderna, Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010, Tomo II, p. 937 sigs.

75. CONWAY, G., *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, cit., p. 94.

# “ Status de ciudadanos como *status* fundametal de la persona en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea ”

Por *Valentina Colcelli*

Investigadora del Consiglio Nazionale delle  
Ricerca – Isafom



## 1. Posición inicial del asunto

La presente intervención querría indagar como en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se esté delineando (o de cualquier manera se haya ya elaborado) un concepto de status personal con características autónomas o de cualquier modo ulteriores respecto a los diferentes ordenamientos internos de los Estados miembros<sup>1</sup>.

El legislador de la Unión Europea promulga actos legislativos ordenándolos según el tipo de sujetos destinatarios, individuando conjuntos de acontecimientos económicos en los que se pueda agrupar la disciplina de cada actividad<sup>2</sup>.

Por lo tanto, se analizará porque en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se puede afirmar que con el derecho de circular libremente al interior de la Unión circula también el estatus de la persona. O sea circulan todas las precondiciones que son supuestas por la normativa UE por su misma operatividad y por la realización de los fines del sistema<sup>3</sup>.

La reflexión sobre los status personales - respecto a la libre circulación de las mercancías y de los trabajadores - oscila entre la aplicación del principio del reconocimiento mutuo y del principio de «no discriminación en base a la ciudadanía». Las situaciones jurídicas de los ciudadanos europeos hoy en día se ven profundamente influenciados por el Derecho comunitario.

Este Derecho ha cambiado los status individuales con respecto a como los consideraba el derecho civil tradicional (el status de trabajador, el status de familiar, el de ciudadano, etc.).

El Derecho de la Unión también ha atribuido nueva dignidad a los status definidos como «ocultos»<sup>4</sup> o indirectos que fueron creados para perpetuar las discriminaciones y remarcar diversidades, como la del conviviente de uniones registradas también entre homosexuales (la Directiva n. 2004/38)<sup>5</sup>. Por lo tanto, la jurisprudencia y el legislador europeo han contri-

1 NAISMITH S., *Private and family life, home and correspondence*, en *The birth of European human rights law* Liber amicorum Carl Aage Norgaard, 1998, de Salvia, Villiger (eds.), Baden-Baden, p. 141-164.

2 LVI M. A., MACARIO F., *Profili generali, I soggetti*, en *Diritto privato europeo*, (Coord.) LIPARI N., Ed. Cedam, Padova, 1996, p. 113.

3 WARD I., *A critical introduction to European law*, Ed. Cambridge University Press, London, 2003, *passim*.

4 ALPA G., *Status e capacità*, Ed. La Terza, Roma-Bari, 1993, p. 37.

5 SANZ CABALLERO S., *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *La ley valenciana de uniones de hecho. Estudios*, MartínezSospedra, (ed.), RGD, Valencia, 2003, p. 37-67, y SANZ CABALLERO S., *El TEDH y las uniones de hecho*, en *Repertorio Aranzadi*,

buido a eliminarlos, o sea, le han atribuido una dignidad e identidad nuevas, al mismo tiempo dilatando las características de status familiar<sup>6</sup> respecto a las nociones de algunos Estados miembros, como por ejemplo el italiano.

Además, el derecho comunitario ha creado y sigue creando nuevos status, desconocidos por la teoría tradicional, como aquellos de carácter económico directamente relacionados con la creación del mercado interno, o los que vienen del mundo de la ética.

De hecho, aunque se podría pensar que la legislación de la Unión Europea está caracterizada por la atención centrada en la economía y en el derecho relacionado con su regulación, en realidad coloca a la persona en el centro del sistema legal comunitario y, sobre todo, es el destinatario de la legislación.

Además, a través de la función desempeñada por el Tribunal de Justicia y su actividad interpretativa, la Unión Europea está basada más en los derechos individuales que en la política o en la economía.

El reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de los derechos individuales es el momento constitutivo del ordenamiento jurídico de la entonces Comunidad y hoy en día de la Unión (Tribunal de Justicia, sentencia Van Gend en Loos).

En una primera fase las situaciones jurídicas subjetivas se referían a los individuos como actores económicos. Sucesivamente los derechos reconocidos por el derecho comunitario se extendieron hacia áreas aún más amplias de la vida de los ciudadanos europeos, conectadas directamente o indirectamente con la creación del mercado interior y sobre todo con la aplicación de la libertad de movimiento.

Por lo tanto, la historia de la integración europea y del ordenamiento de la Unión se puede considerar como un proceso de identificación de derechos individuales y de los status, es decir de las condiciones previas para la atribución de derechos individuales.

## 2. Status status de trabajador, de estudiante, de profesional y creación del mercado interior.

En verdad es evidente que el ordenamiento examinado presupone la noción de status personal funcionalizando esta noción a la realización de sus propios objetivos y su propio mercado.

El ordenamiento jurídico de la Unión Europea en realidad hace uso de una noción de status personal, ciertamente pero no desarrollando ninguna reflexión específica sobre el concepto.

En realidad la natura jurídica y la misma definición de status no es incontestable tampoco en los derechos internos. El debate, sobre todo el italiano, se refiere a dos lecturas principales que la doctrina ha desarrollado en el tiempo sobre este concepto, y que se pueden reconducir una a la teoría organicista, y otra a la subjetivista<sup>7</sup>.

Sin embargo en el sistema jurídico UE el concepto es identificable de una primera lectura en la idea de condición personal que es destinada a durar, pero que sobre todo es capaz de originar prerrogativas y deberes que representan el presupuesto así como la justificación de múltiples acontecimientos que se refieren a la persona, su vida, sus actividades<sup>8</sup>.

El reconocimiento por el Tribunal de Justicia de los derechos individuales es para el ordenamiento de la Comunidad - hoy Unión - un momento de estructuración. Primera de hablar de lo status de lo ciudadano como paradigma se debe tener en máximo conto la figura del trabajador<sup>9</sup>, porque su libre circulación significaba también el derecho de quedarse en el territorio de un Estado después de haber empezado un empleo<sup>10</sup>.

Ser un trabajador, o mejor gozar del status de trabajador como precondition para la aplicación de la norma europea, significa permitir a una persona ejercer todos los derechos relativos a esta atribución en terreno del derecho interno; y gozar de todas las situaciones subjetivas reconocidas en las normas UE.

Todos estos derechos pertenecen a los sujetos que pueden ser calificados según la jurisprudencia de la Unión Europea como trabajadores. Son trabajadores los que - excepto los dependientes públicos<sup>11</sup> - las personas físicas que desempeñan realmente y efectivamente una actividad para y bajo la dirección de otra persona, y que cobran una retribución<sup>12</sup>. Estas condiciones son comprobadas por el juez

7 COLCELLI V., *Vos "Status y la Circulación en La Unión Europea"*, en *Diccionario Jurico de los Derechos Humanos*, Ed. Iseg, Roma-Perugia-Mexico, 2013.

8 ALPA G., *Status e capacità*, Ed. La Terza, Roma-Bari, 1993.

9 MAINE H. S., *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas* (1861 reprint), Ed: Dorset, New York 1986.

10 REGLAMENTO (CEE) No 1612/68 DEL CONSEJO de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; Reglamento (CEE) n. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo y hoy Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.

11 Sentencia de 2 julio de 1996, Commissione/Lussemburgo, C-473/93, Rec.p. I-3207.

12 Sentencia de 7 septiembre de 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p. I-7573, apartado 15. Sentencia de 3 julio de 1986, Lawrie-Blum,

2003, n. 8, p. 14-3.

6 SANZ CABALLERO S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanc, 2006, p. 29.

según las circunstancias concretas<sup>13</sup>.

Este último dato ha permitido también la ampliación del significado de trabajador en el derecho UE. Se han incluido en esta noción situaciones del derecho interno que no son históricamente relacionadas a esta condición subjetiva, rectius al status de trabajador.

También el status de estudiante y de profesional para el ordenamiento UE tiene asume una función de precondition central para ejercer las libertades fundamentales reconocidas por la UE<sup>14</sup>, incluido la libertad de circulación (se puede pensar a los proyectos Erasmus o al sistema del reconocimiento de créditos).

Además, el problema del reconocimiento del valor de los títulos de estudio y de los títulos profesionales de cada Estado miembro siempre ha sido relacionado al derecho de establecimiento y de libertad de circulación, luego al libre ejercicio de la actividad profesional o económica. En este sector hubo muchas directivas de armonización para render este derecho concreto y efectivo. El principio de reconocimiento mutuo del título de estudio ha sido el objeto de intervención por parte de las EU instituciones<sup>15</sup>. Para facilitar el reconocimiento de los títulos de estudio el Estado miembro que examina los títulos y las experiencias del profesional tendrá que considerar también su formación en su propio país, aunque su Estado no extiende ninguna certificación. Igualmente, para asegurar la certitud del reconocimiento de los títulos de la formación profesional, se ha establecido que cuando un País miembro reconozca a un ciudadano europeo la formación profesional que el ha conseguido en un País fuera de la Comunidad. Este reconocimiento tendrá que se valido para cada Estado miembro. En todo caso, conforme a la Directiva 89/48/CEE, se reconocen títulos de la formación profesional que permiten el ejercicio de una profesión por lo menos de tres años<sup>16</sup>. También en este caso, como el precedente de status de trabajador, el derecho UE - para el reconocimiento y atribución de derechos subjetivos relacionados a este status - considera como condición autónoma la «presupuesta condición» de estudiante

y de profesional.

### 3. Subjetividad jurídica en el sistema UE.

Después del Tratado de Maastricht, la libertad de circulación y de residencia en el territorio de un Estado miembro, ha sido extendida a cada ciudadano europeo - no solo al trabajador autónomo o dependiente - prescindiendo del ejercicio de cada actividad de trabajo<sup>17</sup>.

Muchas son las disposiciones del tratado y de su derecho sobre la realización de una libre circulación de los trabajadores; hoy se refieren a cada persona con la ciudadanía de un Estado miembro y son consolidadas por la previsión de la ciudadanía europea, teniendo en cuenta que la situación jurídica de una persona no puede entrar en conflicto con la condición de ciudadano comunitario.

Todo esto indica la posibilidad para cada individuo que posee es status de ciudadano de un Estado miembro - y en consecuencia de ciudadano europeo - de estipular contratos y actuar cada situación jurídica relativa a su status en todos los Estados de la Unión, sin limitaciones de nacionalidad ni de principio de reciprocidad.

Por lo tanto, el reconocimiento de la subjetividad jurídica en el sistema UE implica la superación - por lo menos a nivel de derechos patrimoniales<sup>18</sup> - de algunas reglas de derecho privado internacional o de derecho interno<sup>19</sup> que a veces limitan la misma subjetividad jurídica en relación a la nación de origen. Un ejemplo es el caso italiano de la reciprocidad descrita en el art. 16 de las leyes de base: según el ordenamiento UE no es aplicable a quien posee el status de ciudadano europeo<sup>20</sup>. Aunque en la lectura orientada constitucionalmente fuera limitado a la estipulación de los contratos, a la asunción de obligaciones, a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, al derecho de actuar y resistir en juicio, excluido cada referencia a los derechos fundamentales de la persona<sup>21</sup>.

A nivel de posibles relaciones jurídicas, a quien posee el status de ciudadano europeo no se puede oponer más ninguna limitación, en relación a su propia nacionalidad de origen.

C-66/85, Rec. p. 2121, apartados 16 y 17; Sentencia de 26 septiembre de 1992, Bernini, C-3/90, Rec. 1992, p. I-1071.

13 Cfr. Sentencia de 6 noviembre de 2003, Ninni-Orasche, C-413/01, Rec. 2003, p. I-13187, apartado 27.

14 FERRAJOLI L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001, p. 78; ALEX Y R., *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

15 Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2001 relativas a las profesiones de enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, matrona, arquitecto, farmacéutico y médico.

16 Dada la falta de uniformidad entre los Estados miembros para el ejercicio de aprobación profesional puede estar sujeto a ciertas condiciones, como la superación de una prueba de aptitud o un internado, cuando hay diferencias significativas entre las materias que se imparten en un estado que otro.

17 Art. 21 T.F.U.E.

18 Cfr. SASSI A., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, en (Coord.) Palazzo A., Sassi A., Scaglione F., *Permanenze nell'interpretazione civile*, Ed. Iseg, Roma\_ Perugia\_Mexico, 2008, p. 117.

19 Es el caso de la compra de las propiedades de un ciudadano italiano en Suiza antes de que la corriente de convección que regula las compras de bienes raíces.

20 CIPPITANI R., *I soggetti del mercato interno*, en (Coord.) Palazzo A., Sassi A., *Diritto privato del mercato*, Ed. Iseg, Roma\_ Perugia\_Mexico, 2006, p. 57.

21 Si veda RESCIGNO P., *Capacità di diritto provato e discriminazione dei soggetti*, AA.vv., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t.2., *Diritto Privato (M-z)*, Ed. Giuffrè, Milano, 1991, p. 819.

#### 4. Status de ciudadano UE como status fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros.

Para el Tribunal de Justicia, el status de ciudadano Europeo es destinado a ser el status fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros<sup>22</sup>, así que ninguna norma de derecho interno puede contrastar el status de ciudadano europeo<sup>23</sup>.

En la sentencia del 21 de julio de 2011 *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*<sup>24</sup>, el Tribunal de Justicia especifica que un ciudadano de la Unión Europea tiene el derecho de que se le reconozca en todos los Estados miembros el mismo tratamiento jurídico acordado a sus propios ciudadanos que viven en la misma situación.

En verdad, sería incompatible con el derecho a la libre circulación la posibilidad de aplicar a un ciudadano un tratamiento menos favorable en el Estado miembro destinatario del tratamiento que tendría si no hubiera nunca ejercido su derecho a la libertad de circulación. Esta facilitación relativa a la libertad de circulación no podría extender plenamente sus efectos si un ciudadano de un Estado miembro pudiera ser disuadido de usar la libertad de circulación a causa de los obstáculos puestos para una normativa nacional que lo penalice precisamente por el hecho de que él haya usufructuado de este. Este presupuesto se encuentra también en la sentencia del 15 de noviembre de 2011, *C-256/11, Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic v. Bundesministerium für Inneres*<sup>25</sup>. Él no obsta que un Estado miembro niegue al ciudadano de otro Estado la residencia en su propio territorio cuando dicho ciudadano quiere residir con un familiar ciudadano de la Unión y residente en este Estado miembro del cual posee la ciudadanía, que nunca ha gozado de su derecho a la libertad de circulación. Esto siempre que esta negación no constituya para el ciudadano de la Unión la privación del usufructo efectivo y sustancial de los derechos atribuidos por el status de ciudadano de la Unión. Esta circunstancia debe ser comprobada por el juez de cognición.

Siempre la sentencia Sentencia de 21 de julio de 2011

22 Sentencia de 20 de septiembre de 2011, *C-184/99, Grzelczk, Rec.*, p. I-6193; Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *C-413/99, Baumbast e R, Rec.*, I-7091, apartado 82.

23 Sentencia de 11 de julio 2002, *C-224/98, D'Hoop, Rec.* 2002, p. I-6191, apartado 28; Sentencia de 23 de abril de 2009, *C-544/07, Rüffler, Rec.* 2009, p.I -3389, apartado 62; Sentencia de 21 de julio de 2011, *C-503/09, Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions, Rec.* 2011, p. I-000.

24 Sentencia de 21 de julio de 2011 *Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions, C-503/09, Rec.* 2011, p. I-000, apartados 83 y 84.

25 Sentencia del 15 de noviembre de 2011, *C-256/11, Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic/ Bundesministerium für Inneres, Rec.* 2011, p. I\_000.

*Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions*, explica que: "Un ciudadano de la Unión tiene derecho a que se le reconozca en todos los Estados miembros el mismo tratamiento jurídico otorgado a los ciudadanos de tal Estado miembro que se encuentran en la misma situación, sería incompatible con el derecho a la libre circulación que se le pudiera aplicar, en el Estado miembro del que es ciudadano, un tratamiento menos favorable del que sería adjudicatario si no hubiera beneficiado de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación".

En caso de que la norma interna tenga el efecto de privar al ciudadano del usufructo efectivo de los derechos esenciales relativos al status de ciudadanía, o sea obstaculizar el ejercicio del derecho de circular y residir libremente en el territorio de un estado miembro<sup>26</sup>, esta norma no sería aplicable<sup>27</sup>. De hecho, cada ciudadano de un Estado miembro goza del status de ciudadano de la Unión conforme al art. 20, n. 1, T.F.U.E. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la cual se deriva de la aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. Está constituida por un conjunto de derechos y deberes. Está también vinculados a la ciudadanía de un Estado miembro.

El art. 21 T.F.U.E. es una norma que tiene aplicabilidad directa<sup>28</sup>.

#### 5. Persona y derecho a la libertad de circulación.

Para construir y arreglar su mercado interno y sobre todo para seleccionar las situaciones jurídicas funcionales en el sentido especificado arriba, el legislador de la Unión Europea por un lado ha presupuesto y modificado los status que vienen de la tradición (el status de trabajador, el status de ciudadano), por el otro lado ha dado dignidad a algunos status. En verdad, es evidente que la UE está interesada a los status de la persona y del miembro de la familia también en función de la realización de la libertad de circulación como uno de los fines - y al mismo tiempo - de los modos de realización del mercado interno, al fin de eliminar los obstáculos para su misma realización.

Para que se pueda comprender cual es la noción de status de familiar aceptada hoy por la Unión Europea, es necesario hacer referencia a los principios gracias a los cuales las normas del país de origen sean competentes para establecer los criterios de cualificación de un status. Es sabido que, en tema de circulación de mercancías, con la senten-

26 Sentencia de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy/ Secretary of State for the Home Department, C-434/09, Rec.* 2011, p. 5; Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avello, C-148/02, Rec.*, p. I-11613.

27 Siempre la sentencia Sentencia de 21 de julio de 2011 *Lucy Stewart/ Secretary of State for Work and Pensions, C-503/09, cit*

28 Sentencia de 10 de julio de 2008, *C-33/07, Jipa, Rec.* p. I-5157, apartado 17.

cia Dassonville<sup>29</sup> e Cassis de Dijon<sup>30</sup> el Tribunal de Justicia europeo ha extendido a las leyes nacionales directamente discriminatorias, luego a las leyes nacionales indirectamente discriminatorias – en vigor en el Estado miembro destinatario – el sindicado de compatibilidad con la disciplina de las libertades de la Comunidad económica.

Estas sentencias históricas establecen el recurso del sistema al reconocimiento mutuo introduciendo el posible sindicado sobre las leyes nacionales que – también indirectamente aplicables – constituyen un obstáculo a la libre circulación de las mercancías.

La jurisprudencia ha extendido el mismo principio a la libertad de establecimiento<sup>31</sup>, a la libertad de circulación de los trabajadores<sup>32</sup>, en tema de cualificaciones profesionales, actividades bancarias y del seguro y servicios financieros.

Luego, existe una extensión del principio del reconocimiento mutuo a la libertad de circulación y del derecho de establecimiento de las personas.

Con referencia al individuo y sus cualidades, el principio es más extendido con respecto de las posiciones jurisprudenciales relativas a las mercancías y las profesiones. En tema de personas y status familiares el Tribunal de Justicia<sup>33</sup> no opone ninguna limitación. Se puede poner limitación entonces en tema de libertad de circulación de las mercancías<sup>34</sup>. En este último caso, de hecho, existe una obligación de conformación a las normativas europeas sobre la producción y la comercialización con respecto del estado de origen y de destino.

El status de la persona, así como el del profesional o de la mercancía se forma en el país de origen. Por lo tanto el Estado de origen tiene la competencia para disciplinar el estatuto de la persona, del profesional o de la mercancía así como el Estado de destino tendrá que aceptar esta reglamentación en cuanto la equivalencia entre las normativas es presunta. El Estado de destino que quiera oponerse al reconocimiento del status del profesional o de la mercancía debería probar que la normativa del Estado de origen no es adecuada a su propia orden público, la seguridad pública<sup>35</sup>. Pero, lo que se puede decir non ocurre en general por el

estatuto de la persona.

## 6. Status de familiar: «modelo paradigmático de libertad de circulación a título derivativo».

Se puede hacer referencia a la noción de status de familia porque el derecho de la Unión Europea y la elaboración jurisprudencial por parte del Tribunal de justicia evidencia las relaciones familiares y las exalta a la luz de la efectividad en la libertad de circulación de los ciudadanos.

De manera indirecta y para satisfacer objetivos de tipo principalmente económico, la injerencia en el derecho de familia por el legislador comunitario ha sido desarrollada con el fin de garantizar la libertad de circulación de las personas específicamente al comienzo de los trabajos, favoreciendo la familia a través del sistema de la reunión familiar, definida también como «modelo paradigmático de libertad de circulación a título derivativo»<sup>36</sup>.

El Tribunal de Justicia en la sentencia *Commissione v. Spagna* del 14 de abril de 2005 n. 157/03 recuerda que el legislador comunitario ha reconocido la importancia de garantizar la tutela de la vida familiar de los ciudadanos de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el tratado (sentencias de 11 de julio de 2002, C-60/00, *Carpenter*<sup>37</sup>, y de 25 de julio de 2002, C-459/99, *ASBL (MRAX) v. Stato belga*<sup>38</sup>).

Hoy el derecho europeo de circulación y residencia del familiar del ciudadano europeo es arreglado por la Dir. 2004/38/CE.

En este contexto y al fin de la aplicación de la citada directiva, la noción familiar debería incluir (además de los sujetos indicados al art. 2 Dir. 2004/38/CE) también el partner<sup>39</sup> que ha contraído una unión registrada, en el caso de que la legislación interna del Estado miembro equipare la unión registrada al matrimonio. La noción de «unión registrada» puede incluir, además de las uniones de las así llamadas parejas de hecho constituidas por personas heterosexuales, también las uniones entre homosexuales si la unión registrada – en el ordenamiento nacional de referencia – posee esta característica (por ejemplo España, Portugal, Bélgica, Holanda y hoy también Francia).

En Italia la aplicación de esta hipótesis es reciente. La referencia es a una sentencia del Tribunal de Reggio Emilia, del 13 de febrero de 2012. El caso se refiere a un ciudadano

29 Sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, C-8/74, Rec. 1974, p. I-837.

30 Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78, Rec. 1979, p. I-649.

31 Sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec., p. I-4165.

32 Sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec., p. I-4921.

33 Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck and Mithouard*, C-67/91 e C-268/91, Rec. 1991, p. I-6097.

34 SNELL J., *Who's got the power? Free Movement an allocation of competence in EC law*, en *Year-book Eu. Law*, 2003, pp. 323-335.

35 ROSSILLO G., *Muto riconoscimento e tecniche conflittuali*, Ed. Cedam, Padova, 2002 y también SCAGLIONE F., *Correttezza economica e autonomia privata*, Ed. Iseg, Roma-Perugia, 2007.

36 CODINANZI M., AMALFITANO C., *La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario*, en CARBONE S. M., QUEIROLO I. (Coord.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Ed. Utet, Torino, 2008, p. 33.

37 Ver. Rec, p. I-6279, apartado 38.

38 Ver Rec, p. I, p. 6591, apartado 53.

39 DOMÍNGUEZ LOZANO, *Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio*, en *REEI*, 2006, n. 12, p. 1-24 y p. 3.

del Uruguay casado con un ciudadano italiano del mismo sexo en Palma de Mallorca, España. En Italia la "Prefettura" (oficina local de policía) le negó la disposición que le permitía su reunión familiar. La negación era fundada sobre el hecho de que se trataba de una pareja homosexual.

Pero, la noción de «familiar del ciudadano» o de «cónyuge del ciudadano italiano» usada para la aplicación normativa nacional con referencia al Decreto Legislativo del 6 de febrero de 2007, es necesariamente la que es prevista en la Directiva Comunitaria del 38/2004.

En tema de reuniones familiares y de libertad de circulación en el territorio UE, en verdad es la normativa europea que se aplica exclusivamente<sup>40</sup>.

La línea demarcadora se origina por la diferencia entre libertad de circulación en la UE, arreglada completamente por la normativa europea, y el derecho de familia arreglado por la normativa interna.

La tutela de la familia y de sus componentes - en las materias que no son de incumbencia UE - es asegurada por la normativa nacional<sup>41</sup>.

Pero cuando, la tutela de la familia y de sus componentes se transforman en instrumentos para el ejercicio de un principio fundamental asegurado por la legislación supranacional, como el derecho de circular libremente, la normativa de referencia es solo la comunitaria.

No se pone en tela de juicio la noción de matrimonio a nivel del derecho interno. Aquí se subraya el dado que en la pre-condición de «familiar» que goza de la libertad fundamental de circular libremente como el ciudadano UE con el cual es unido. El derecho de la Unión incluye en la condición previa (status de familiar) para la realización del

derecho a la libre circulación, el que es unido al ciudadano UE por una unión registrada, en el caso de que la legislación interna del estado miembro equipare la unión registrada al matrimonio.

En el caso examinado del Tribunal de Reggio Emilia, el derecho de familiar homosexual de vivir su propia condición de pareja - que deriva de una unión registrada - sería totalmente frustrado por el hecho de que uno de los cónyuges se haya trasladado en Italia. La disposición de negación del permiso de residencia constituiría una negación del derecho de continuar su propia relación afectiva.

Aquí solo se menciona como el derecho UE, así como también el ordenamiento nacional, es integrado por la Convención europea de derechos humanos, cuyo art. 12 ha eliminado la importancia de la diversidad de sexo entre los componentes de la pareja<sup>42</sup>. Además se nota que por el derecho UE, la relevancia de la situación de familiar de unión registrada prescinde de su transcribibilidad en los registros del Estado civil: no se puede circunscribir a la transcribibilidad la relevancia y la oponibilidad de una condición jurídicamente relevante. Al fin de la aplicación del derecho fundamental a la libre circulación, el status de familiar es relevante en sí mismo<sup>43</sup>.

Además, este es sufragado in Italia por la reciente sentencia del Tribunal de Casación, afirmando que - respecto al valor jurídico en ordenamiento italiano del art. 12 C.E.D.U.<sup>44</sup> - la intranscribibilidad en el Registro del Estado civil de las uniones homosexuales no depende más de su inexistencia o de su invalidez, sino - y solamente - del hecho de que ellas son idóneas a producir en Italia efectos jurídicos como actos de matrimonio<sup>45</sup>. Pero ellas son reconocidas como válidas y existentes, y - con referencia a lo asunto - son suficientes para realizar el ejercicio del derecho a la libertad de circulación intra UE.

Sin embargo, se debe subrayar que para el ordenamiento UE la noción de familiar relevante según la directiva del 2004, no se puede referir al ciudadano de la Unión que nunca haya gozado de su derecho de libre circulación, en cuanto ha siempre residido en un Estado miembro del que posee la ciudadanía. En verdad, esta persona no pertenece a la noción de «habiente derecho» según el art. 3, n.1, de la directiva 2004/38, con la consecuencia que ésta no se le

40 Corte Cassazione, Sentencia de 1 de marzo de 2010, n. 4868, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 4, p. 1629 ss., en esta Sentencia, la Corte Cassazione italiana ha dictaminado que no es aplicable al Decreto Legislativo italiano n. 286 de 1998 para la parte sobre el derecho a la unidad familiar, ya que está diseñado para funcionar exclusivamente para las solicitudes de reunificación familiar de los ciudadanos no comunitarios. Se sentía, sin embargo, aplicable decreto legislativo n. 30 de 2007, se aplica la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la UE e de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros libremente, considerando también la regulación de la entrada de la "familia" con respecto a la ita extranjero - ian o comunitaria. Sin embargo, sobre la base de un argumento articulado, dictaminó que el término "familia" se puede deducir de este nuevo sistema de regulación abarca el niño confiado "kafala", como, en cambio, se había encontrado que es posible igual que el artículo. 29, párrafo segundo, del Decreto Legislativo n. 386 de 1998, a las peticiones formuladas por los ciudadanos no comunitarios.

41 CALAIS-AULOY, *Pour une définition claire de l'institution familiale*, en *Petites Affiches. La Loi*, 2000, n. 60, p. 4-5, p. 5 y HERLIHY, *Avances recientes de la demografía histórica y de la historia de la familia*, Pamplona, 1985, passim.

42 Ves Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de junio de 2010, *Schalk and Kopf/Austria*, *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, XXVI, 11, I, 2010, pp. 1137-1148.

43 LAFFERRIÈRE JORGE N., BASSET URSULA C., *Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la Jurisprudencia de la Corte Europea*, en *Persona y derecho*, 63, 2010, págs.9-44; COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et CEDH*, en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, 2000, Verlag, p. 281-307

44 LEVINET M., *La Revendication Transsexuelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, en *39 Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme*, 1999, pp. 637-672 y p. 648.

45 Corte di Cassazione, sez. I, Sentencia de 15 de marzo de 2012, n. 4184, [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

puede aplicar<sup>46</sup>.

Es cierto que a través de la aplicación del principio de libertad de circulación, el status de conviviente con unión registrada y de conviviente homosexual con unión registrada se elevan a status familiar.

## 7. El proceso de construcción de la noción de familia. La referencia del Tribunal de Justicia UE a la Carta de Derechos Fundamentales (Roma 1950).

En tema de status y relaciones familiares y personales, en verdad, existe en la misma Directiva n. 2004/38 la negación de continuidades transaccionales de algunas relaciones familiares (los que son incluidos expresamente en el art. 2 Dir. cit.), aunque la tendencia jurisprudencial y normativa del mismo sistema adopta un principio de conservación del status a través de las fronteras. La referencia es al Reg. 2201/2003 y a los principios de efectividad de tutela de los derechos.

En el proceso de construcción de la noción de familia y de familiar en este último sentido es muy importante la referencia del Tribunal de Justicia a la Carta de Derechos Fundamentales Roma 1950 y a la jurisprudencia como base jurídica común del ordenamiento UE<sup>47</sup>. La realidad interpretativa originada por la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos es similar - con algunos elementos de diversidad - a la definición de la noción autónoma de «familia» del Tribunal de Justicia UE. Todo esto en razón de la referencia que la segunda hace históricamente hacia la primera. Se recuerda, de hecho, que ya desde el 12 de noviembre de 1969 con la sentencia Stauder<sup>48</sup>, el Tribunal de Justicia europeo intervino sobre la tutela del individuo, afirmando que entre los principios generales del derecho comunitario debían incluirse los derechos fundamentales de la persona, así como eran presentes en la Convención de Derechos Humanos de Roma<sup>49</sup>.

Hoy el artículo 6 T.U.E. no sólo se refiere expresamente a la C.E.D.U, sino también prevé la adhesión de la Unión a la misma Convención de Roma.

La protección de la familia, el respecto de la vida familiar y el derecho a casarse se consideran valores fundamentales de la construcción de la Unión, y hacia éstos se debe orientar la interpretación del derecho derivado UE y del derecho nacional<sup>50</sup>.

La noción de vida familiar asume importancia en aspectos particulares del derecho UE: como el derecho al asilo, la admisión y expulsión de los extranjeros, la reunión familiar de las libertades de los tratados, o sea los aspectos de la vida de la persona relativos a las competencias UE, que son funcionales para la realización de su mandato.

El Tribunal<sup>51</sup> ha también subrayado como la normativa aplicable en la directiva n. 68/360 y en la directiva del Consejo del 21 de mayo de 1973 n. 73/148/CEE (art. 3) relativas a los traslados y a las residencias en tema de establecimiento a la prestación de servicios, así como la normativa del reglamento (CE) del Consejo del 25 de septiembre de 1995, n.2317 (que indica los Países terceros cuyos ciudadanos deben tener el visado para atravesar la fronteras externas a los Estados miembros) se deban leer a la luz del principio de proporcionalidad.

«Un Estado miembro no puede rechazar a la frontera el ciudadano de un país tercero, casado con un ciudadano de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin tener un documento de identidad o un pasaporte validos, o un visado, cuando dicho cónyuge puede probar su identidad y también la relación conyugal», o sea cuando «no existen elementos que puedan establecer que él representa un peligro para el orden público, la seguridad pública o la sanidad civil conforme a los art. 10 de la directiva 68/3760 y 8 de la directiva 73/148».

Por lo tanto, en el caso de que estas pruebas existan, no se puede negar el permiso de residencia y hasta expulsar.

La Carta de Niza (desde el 2009, con valor jurídico de tratado), se refiere a las normas de los ordenamientos civiles de los Estados y aquí explica la referencia y la explicación de los derechos y deberes que derivan de los status familiares. Estos últimos son aspectos que faltaban en las normas fundamentales y de derecho derivado UE<sup>52</sup>.

46 Sentencia de 5 de mayo de 2011, Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department, C434/09, Rec. 2011.

47 Sobre la noción de familia en jurisprudencia de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de octubre de 1994, Kroon /Olanda, Riv. int. dir. uom., 1995, p. 384; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de junio 1988, Berrehab/Olanda, Riv. int. dir. uom., 1988, III, p. 146; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de agosto de 1996, Johansen/Norvegia, Riv. int. dir. uom., 1996, p. 675; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de septiembre de 1997, El Boujaúdi/Francia, Riv. int. dir. uom., 1998, p. 221; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de febrero de 2002, Mikulic/Croatie, CEDH 2002, p. 1; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 11 de julio 2002, C. Goodwin/Regno Unito, Reports of Judgments and Decisions, 2002, p. IV.

48 Sentencia de 12 de noviembre de 1969, Stauder, C-29/69, Rec. 1969, p. 419.

49 Entre los primeros sentencias que hacen referimiento sobre la Carta

50 De los Derechos Humano ves: Tribunal de Primera Instancia, Sentencia de 20 de febrero de 2001, T-112/98, Mannesmannrohren werke AG/Commissionein, Rec. 2001, p. II-729, apartados 76, 77; Tribunal de Primera Instancia, Sentencia de 3 de mayo de 2002, T-177/01, Jégo Quéré/Commissione, Rec. 2002, p. I-2365, apartado47.

51 Sentencia de 4 de marzo de 2010, C-578/08, Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken, Rec., 2010, p. I-01839.

52 Sentencia de 25 de julio de 2002, Mrax/Belgio, C-459/99, Rec., 2002, p. I-6591.

52 GIAMO G., *Brevi riflessioni su diritti fondamentali e diritti soggettivi*, CERAMI P., SERIO M. (Coord.), *Scritti di comparazione giuridica*,

La referencia de la Carta de Niza a las normas del derecho de los ordenamientos civiles de los Estados miembros marca la aceptación en el ordenamiento UE de una idea de familia y de comunidad familiar diferente de la tradicional mono-nuclear y fundada solamente sobre el matrimonio. Si las fuentes a las que se refieren los jueces de Luxemburgo son no sólo las de derecho positivo comunitario y/o de los Estados, sino también las tradiciones culturales de cada ordenamiento<sup>53</sup>. Estos pueden ofrecer una lectura no siempre uniforme.

## 8. Status y su unicidad en la UE.

En realidad la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia UE muestra su presencia siempre más fuerte en tema de libertad de circulación de las personas económicamente activas. Muestra, también, una consiguiente voluntad de favorecer la circulación de sujetos no económicamente activos, cuyo derecho deriva directamente de la ciudadanía UE. Donde además que, el Tribunal de Justicia dé menor importancia al objetivo de realización del mercado respecto al objetivo de dar más protección al individuo<sup>54</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, haciendo un creciente recurso a una definición unitaria de status de ciudadano UE, realiza una aplicación del principio de reconocimiento mutuo precisamente a los status familiares, mucho más vasta de la recurrente en la Directiva n. 2004/38.

Si el status de la persona se configura como presupuesto para el usufructo de un derecho de un individuo al interno de la Unión y establecido por esta, es esencial recurrir a un principio de unicidad del status en la UE.

Todo esto porque las «pre-condiciones» del usufructo de los derechos UE (status) no puede mudar según la posición geográfica del sujeto o sujetos diferentes que viven las mismas condiciones. Esto defraudaría el principio de igualdad de los ciudadanos europeos. Por otra parte esta noción es ya operativa en normas de derecho derivado directamente atribuibles a funcionarios UE<sup>55</sup>. En este ámbito es nota, por ejemplo, la aplicación de la noción autónoma de familia

y sobretodo de relación de filiación<sup>56</sup>.

Luego, el principio de unicidad de lo status se aplicaría a los actos del estado civil, así como a los status de la persona como es definida en el país miembro de origen. Esto porque de la existencia del status y de las pre-condiciones destinadas a determinarlo, depende la existencia y el usufructo de los beneficios; y derechos establecidos por el ordenamiento de la Unión Europea, y pueden ser de admisión y residencia o otros beneficios también - y no solamente - de tipo retributivo y de seguridad social.

De hecho, en la sentencia Dafeki, el objeto del juicio de equivalencia es un acto del estado civil. Igualmente, también en la notoria sentencia Garcíá Avello, el objeto de la obligación de reconocimiento parece ser precisamente el status de la persona (relativo al derecho al nombre) adquirido en su propio país de origen (puntos 31 y 45)<sup>57</sup>. «Las sentencias Dafeki y Garcíá Avello y las conclusiones Niebuß delimitan una obligación para el Estado destinatario de respetar en el caso concreto el status cristalizado en el Estado de origen, sin verificar si la ley aplicada a la constitución del status sea la competente según las normas del conflicto del Estado destinatario»<sup>58</sup>.

Se debe recordar como precisamente el Tribunal de Justicia haya establecido en la citada sentencia Dafeki, que sin una normativa que armonice la materia, con referencia al valor extraterritorial de la testificación del estado civil de un país, las administraciones y jurisdicciones del Estado miembro destinatario o residencia del ciudadano tengan la obligación de respetar el contenido de los documentos de estado civil extendidos por el país de origen, también con respecto al simple reconocimiento del valor probatorio de aquel documento, como ha sido afirmado<sup>59</sup>, o sea como reconocimiento de la validez del acto<sup>60</sup>.

Además, la referencia no se puede limitar al Estado de origen de la persona, sino al de formación de aquella condición que se debe respetar en el Estado miembro donde la persona es destinada, por el hecho de que la posibilidad de adquirir status personales y familiares en estados miembros diferentes del Estado de su propia origen es connatural al concepto mismo de ciudadanía europea y su estrecha conexión con el principio de libertad de circulación. ■

Giappicheli, Torino, 2011, p. 337-360.

53 Ves also art. 6, 35. TUE.

54 Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, cit.; Sentencia de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec., 2002, p. I-6279 y Sentencia de 21 de agosto de 2003, Akrich, C-109/01, Rec., 2003, p. I-9607. VER STRAETMANS G., *Non-Economic free Movement of European Union Citizens and family matters. Does the internal Market have any limit?*, MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F. (Coord.), *International family law for the European Union*, Oxford Press, Antwerpen Oxford 2006, p. 183-238.

55 Ver Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

56 SÁNCHEZ MARTÍNEZ M. O., *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?*, Alcala De Henares, Madrid, 2010.

57 TOMASI L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2007, p. 107.

58 TOMASI L., *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, cit. p. 111.

59 FALLON M., *Constraints of internal market law on Family Law*, en MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F. (Coord.), *International family law for the European Union*, Oxford Press, Antwerpen Oxford, 2006, pp. 149-233.

60 NICCOLINI S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato e sussidiarietà*, Ed. Cedam, Padova, 2005, p. 212-213.



