

# DIÁLOGOS DE LA CULTURA JURÍDICA ÍTALO-ARGENTINA

DIRECTORES:

MARÍA INÉS R. BLANKENHORST  
DE TARELLI (CUIA)

MALENA ERRICO  
(CIRCOLO GIURIDICO DI ARGENTINA)

JORGE FEIJOO

THOMSON REUTERS

LA LEY



CIRCOLO GIURIDICO  
di Argentina



Errico, Malena

Diálogos de la cultura jurídica ítalo-argentina / Malena Errico ; María Inés Blankenhorst de Tarelli ; Jorge Feijoo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4302-8

I. Derecho. II. Blankenhorst de Tarelli, María Inés. III. Feijoo, Jorge. III. Título. CDD 341.09

Todos los derechos reservados

© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción

Tucumán 1471 (C1050AAC)

laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

## **DIRECCIÓN ACADÉMICA**

Mónica Pinto

## **COMITÉ HONORARIO**

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## **COMITÉ ACADÉMICO**

### **Administrativo**

Carlos F. Balbín  
Fernando R. García  
Pullés  
Ernesto A. Marcer  
Guido Santiago Tawil

### **Constitucional**

Alberto B. Bianchi  
Roberto Gargarella  
María Angélica Gelli  
Juan V. Sola

### **Internacional Privado**

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### **Internacional Público**

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### **Familia**

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### **Civil**

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### **Penal**

Mary Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### **Laboral**

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

### **Comercial**

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### **Filosofía**

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### **Derechos Humanos**

Laura Giosa  
Roberto Saba

### **Ambiental**

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **Penal**

Fernando Córdoba  
Fernando Díaz Cantón  
Ivana Bloch  
Marcelo Ferrante  
Marcos Salt  
Marcelo Sgro

### **Criminología**

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### **Familia**

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### **Civil**

Carlos Calvo Costa  
Luis Daniel Covi  
María Victoria Famá  
Adriana Krasnow  
Luis F. P. Leiva Fernández  
Carlos Parellada  
Máximo Gonzalo Sozzo

### **Laboral**

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### **Constitucional**

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esaín

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Florencia Candia  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery

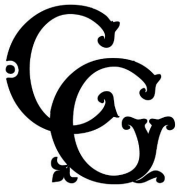
## **Autoridades**

### **Circolo Giuridico di Argentina**

Presidenta: Dra. Malena Errico  
Director Ejecutivo: Dr. Miguel Coluccio

### **Consorzio Universitario Italiano per L'Argentina (CUIA)**

Presidente: Prof. Flavio Corradini  
Directora: Prof. Carla Masi Doria



**CIRCOLO GIURIDICO**  
di Argentina



THOMSON REUTERS

**LA LEY**



# Proemio

Alejandro W. Slokar<sup>(\*)</sup>

Se trata de un muy subido honor presentar este volumen, distinción que aprecio y agradezco puntualmente —aunque haciéndolo extensivo a todos los referentes institucionales— en las personas de María Inés Tarelli del CUIA y Malena Errico del *Circolo Giuridico*, quienes me relacionaron tempranamente en esta labor.

Me enaltece participar prologando una obra cuyo título es por demás elocuente: “Diálogo”. Se trata de una singular forma de asumir el saber —lamentablemente no siempre predominante en este tiempo— en tanto exige la comprensión del otro/a en términos de horizontal paridad, con más el esfuerzo en favor de una síntesis superadora en el resultado intelectual.

Y creo no equivocarme si asevero que ello aparece mucho más que logrado en las líneas directrices que se propone este trabajo colectivo, como lo son el género y la tecnología, adecuadamente complementados con el de las transformaciones del poder y sus límites jurídicos en el curso de esta segunda década del siglo, signada por una pandemia que reestructuró nuestras sociedades y mucho nos revela acerca de un futuro no siempre promisorio para todos.

Claro que nada nuevo sumo si reafirmo el profuso intercambio jurídico e institucional entre la tradición italiana y nuestros desarrollos locales. Es que toda la civilidad de Occidente afirmada en el modelo continental abreva en la patria (o *matria*) peninsular. Sin embargo, desde esta latitud compartimos mucho más que esa universalidad: se trata del indisoluble sentir de la inmigración.

---

(\*) Profesor titular UBA/UNLP. Presidente de la Cámara Federal de Casación Penal.

Nuestra colectividad italiana constituye el aporte más masivo y significativo que haya recibido la República Argentina a partir de la convocatoria proclamada en el Preámbulo constitucional y fruto de la diáspora, friulana, tal mi caso, consecuencia de la Gran Depresión. Sabido es que Argentina es la mayor comunidad de italianos fuera de la península en razón del nutrido aporte de los descendientes de aquellos que arribaron en millares como correlato de causas bélicas, económicas, políticas y aun demográficas. Aunque sin anclarnos en tiempos pretéritos, la vitalidad de la presencia italiana es mucho mayor hoy que en el pasado (Fernando Devoto, *Historia de los italianos en la Argentina*, Biblos, Bs. As., 2008, p. 451).

Y prueba de ello es el resultado de este brillante texto, que a la vez de reafirmar la colaboración con la italianidad que tanto y eficazmente contribuyó al proceso de formación y desenvolvimiento de esta comunidad jurídica, reimagina un nuevo espejo donde puedan proyectarse otras imágenes de futuro, siempre ancladas en los valores centrales de la dignidad humana. Bien se mire, no se trata de un acometimiento sencillo en ninguna de ambas terminales. Empero, si se revisitan los fundamentos del *Risorgimento*, las alternativas garibaldinas actuales no serán otras que las de *la constancia y la creatividad* (Paul Ginsborg, *Salviamo l'Italia*, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2010, p. 131).

Bienvenida pues esta primera exposición de un extenso y laborioso plan de labores que comprenderá estudios que nunca deberán ser abandonados si de la reinvención de nuestro más amplio patriotismo se trata.





# ÍNDICE

---

Proemio	
<i>Alejandro W. Slokar</i> .....	VII

## CAPÍTULO I: AUTORES ARGENTINOS

### PRESENTACIÓN

Presentación de la obra <i>Diálogos de la cultura jurídica ítalo-argentina. Sociedad civil en el nuevo modelo global de desarrollo. La italianidad. La resiliencia para la reconstrucción</i>	
<i>Malena Errico</i> .....	5

### TELETRABAJO

Futuro con derechos	
<i>Vanesa Siley</i> .....	13
El teletrabajo como factor innovador en la administración de justicia	
<i>Karina Rosario Perilli - Fernanda Arancibia (colab.)</i> .....	15
Teletrabajo decente a la luz de la Agenda 2030. Desconexión digital. Conciliación entre la vida familiar y la laboral. Ciberacoso	
<i>Silvana Millán</i> .....	22
El futuro del trabajo en tiempos de transformaciones tecnológicas y productivas, crisis del capitalismo y pandemia	
<i>Abel N. de Manuele</i> .....	27

### PERSPECTIVA DE GÉNERO

Identidad de género y libertad de cultos	
<i>Rodolfo Barra</i> .....	39
Pandemia, cuidados y derechos humanos de las mujeres: El impacto diferenciado de las medidas estatales argentinas	
<i>Laura M. Giosa - Mariana Brocca</i> .....	51

Perspectiva de género en ámbitos públicos y privados. Ley Micaela. Muestra de un país anómico frente al desafío de cumplir <i>María Angélica Pivas</i> .....	57
Perspectiva de género y justicia. Breve reseña de la experiencia argentina <i>Paula Inés Judurcha - Lorena Raquel Sarquis</i> .....	65

## CONSTITUCIONAL

Imparcialidad judicial <i>Graciela Camaño</i> .....	73
Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad <i>Graciela Inés Anselmi Cabral</i> .....	75
Remoción de magistrados en Argentina y en Italia: el rol del Consejo de la Magistratura <i>Germán Marcelo Farina</i> .....	81
Breve aproximación al Consejo de la Magistratura: los casos argentino e italiano <i>Pablo Hunger</i> .....	86
Pospandemia: ¿hacia dónde se dirige el derecho constitucional? Características esenciales del poder constituyente con miras a una Constitución Planetaria <i>María Inés Ramírez</i> .....	88

## PENAL

Juzgamiento de la flagrancia: penas cortas <i>María Laura Garrigós</i> .....	99
La Corte Suprema de Justicia de la Nación y las reglas y los principios aplicables a los y las adolescentes penalmente responsables <i>Mary Beloff - Diego Freedman - Martiniano Terragni</i> .....	103
<i>Compliance</i> penal, una herramienta eficaz para entender y aplicar la ley 27.401 <i>Javier Alberto Ochoaizpuro</i> .....	132

## DIGITAL

<i>Big data</i> , inteligencia artificial y <i>smart contracts</i> . Desafíos temáticos del campo tecnológico aún en ciernes e implicancias dentro del ámbito del derecho <i>Eugenio Cozzi</i> .....	137
El papel de los progenitores en la presencia de sus hijos en internet <i>Mónica Graiewski</i> .....	141
Difusión no consentida de material íntimo: una nueva figura de la era digital <i>Flavia Goldscher</i> .....	144
El diseño convencional y los <i>smart contracts</i> <i>Carlos Alberto Reyna</i> .....	152

Administraciones públicas y <i>blockchain</i> <i>Piergiuseppe Otranto - Federico Lacava</i> .....	156
El Congreso sesionó por primera vez en forma remota. El Poder Legislativo en épocas de virtualidad. El impacto del COVID-19 en el ámbito parlamentario. Nuevas modalidades de funcionamiento legislativo en Argentina e Italia <i>Leandro López</i> .....	162
<i>Smart contracts</i> <i>Nicolás Jorge Negri</i> .....	166
Impacto de las nuevas tecnologías en el derecho: el caso de los <i>smart contracts</i> <i>Mauricio Boretto</i> .....	171

### ADULTOS MAYORES

Problemática de los adultos mayores durante la internación. Límite consentido. Tratamientos invasivos <i>Lucila Inés Córdoba - Adriana S. Morón - Marcos M. Córdoba</i> .....	179
--	-----

## CAPÍTULO II: AUTORES ITALIANOS

### PRESENTACIÓN

Il Consorzio Universitario Italiano per l'Argentina e la cooperazione accademica <i>Flavio Corradini - Carla Masi Doria</i> .....	189
Presentación de la obra <i>Diálogos de la cultura jurídica ítalo-argentina</i> <i>María Inés R. Blankenhorst de Tarelli</i> .....	190

### COSTITUZIONALE

Il controllo di costituzionalità in Italia. Una storia delle origini della giustizia costituzionale <i>Carlotta Latini</i> .....	197
L'interpretazione della Costituzione tra positivismo giuridico della modernità e stato di sicurezza <i>Francesco Petrillo</i> .....	201
Indipendenza e responsabilità del giudice nell'ordinamento costituzionale italiano <i>Giorgio Repetto</i> .....	219
Imparzialità del giudice: la tutela della sua indipendenza <i>Francesca Tizi</i> .....	223
La remoción de los magistrados en Italia <i>Giorgio Sobrino</i> .....	228

### PENALE

La posizione dell'Italia rispetto ai crimini contro l'umanità di competenza della corte penale internazionale <i>Alessandra Lanciotti</i> .....	237
--	-----

## IL DIRITTO AI TEMPI DELLA PANDEMIA

La guerra dei vaccini alla luce del diritto internazionale <i>Agostina Latino</i> .....	245
Terra e lavoro nell'emergenza sanitaria. Cronaca di un conflitto annunciato <i>Lorenza Paoloni - Marianita Gioia</i> .....	251
Il genere e la pandemia costituzionale <i>Laura Ronchetti</i> .....	260
La libertad de ejercicio del culto y el papel de las comunidades religiosas en la gestión de la emergencia pandémica por el COVID-19 <i>Maria d'Arienzo</i> .....	268
Le carceri italiane, il sovraffollamento e la pandemia <i>Stefania Sartarelli</i> .....	273

## IL DIRITTO NELL'ERA DIGITALE

Sulla motivazione delle decisioni giudiziarie in epoca digitale <i>Amedeo Santosuosso</i> .....	281
La disciplina del lavoro agile in italia: riproposizione del telelavoro o vera innovazione? <i>Antonio Preteroti - Stefano Cairolì</i> .....	292
Dispositivi medici intelligenti e consenso informato <i>Carlotta de Menech</i> .....	297
Contratos inteligentes: un desafío para el sistema legal italiano y la ciberseguridad <i>Vincenzo Pasquino</i> .....	303
L'intelligenza artificiale nel processo di famiglia <i>Stefania Stefanelli</i> .....	308
Gli agenti <i>softwares</i> e gli <i>smart contracts</i> <i>Paolo Gallo</i> .....	317
<i>Smart contracts</i> : moldeando los patrones futuros del consumo <i>Cristina Poncibò</i> .....	320
Breves notas para un uso virtuoso de los <i>smart contracts</i> <i>Riccardo de Caria</i> .....	327

## DIRITTO E MIGRAZIONE

Il diritto all'unità familiare nel contesto nazionale ed europeo <i>Anna Cattaruzzi - Elisa Chiaretto</i> .....	335
Accoglienza ed integrazione degli immigrati nell'ordinamento italiano <i>Serenella Pierioni</i> .....	351

QUESTIONI DI GENERE

L'equilibrio di genere negli organi di amministrazione e controllo in Italia <i>Eva R. Desana - Mia Callegari</i> .....	359
--	-----

AMMINISTRATIVO

Comparazione di interessi nel processo amministrativo dell'emergenza ed il ruolo della discussione in sede cautelare <i>Andrea Rallo</i> .....	369
---	-----

TRIBUTARIO

Sul divieto di cumulo tra sanzioni penali e tributarie nella prospettiva della riforma dell'ordinamento tributario italiano <i>Simone Francesco Cociani</i> .....	379
--	-----

CIVILE

Diligenza e responsabilità. Confronto fra l'art. 1786 del Codice civile italiano e l'art. 1358 del Codice civile argentino <i>Ulrico Agnati</i> .....	389
--	-----



# CAPÍTULO I: AUTORES ARGENTINOS

---





# PRESENTACIÓN



# Presentación de la obra *Diálogos de la cultura jurídica ítalo-argentina*

Sociedad civil en el nuevo modelo global de desarrollo. La italianidad. La resiliencia para la reconstrucción

Malena Errico (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Génesis y visión de la iniciativa del Circolo Giuridico di Argentina (ONG).— III. El legado de la italianidad.— IV. Preservando el pensamiento virtuoso.— V. La necesidad de alianzas y redes en un mundo globalizado.— VI. Construir el después, la agenda mundial, el nuevo paradigma de gobernanza, sostenibilidad y resiliencia para la reconstrucción.— VII. Los desafíos, perfilando nuestro futuro.

*Ius semper loquitur* (“El derecho siempre habla”),  
Bartolo de Sassoferrato (s. XIV).

*Preservar el pensamiento virtuoso.*  
*Perseguir la excelencia académica, educando el espíritu humano.*  
*Identificar nuestras raíces para perfilar nuestro futuro.*

## I. Introducción

Le damos la bienvenida, a través de esta presentación, a la obra *Diálogos de la cultura jurídica ítalo-argentina*. Esta publicación nace conducida bajo estas tres directrices con las que la asociación civil *Circolo Giuridico di Argentina*, perteneciente al denominado tercer sector, se propuso crear un espacio de encuentro, debate, deliberación y reflexión, amable, cordial, libre, donde además del aprendizaje y la difusión de

contenidos académicos y/o intelectuales se viera reflejado el respeto a la diversidad de ideas y de pensamientos y al pluralismo, con el objeto elemental de forjar hombres y mujeres cultos/as, no solo en el quehacer científico, sino también en el aspecto ético.

Como socio o *partner* estratégico y herramienta fundamental en esta iniciativa, tuvimos el gran honor de contar con el Consorcio Universitario Italiano para la Argentina (CUIA), avalado y financiado por el Ministerio de Educación, Universidad e Investigación de la República Italiana (MIUR), conformado por 29 universidades italianas, el que logra una sinergia constante entre las universidades argentinas y las de aquel país, en torno a los nuevos enfoques de la “innovación educativa”, buscando fortalecer los procesos de cooperación multinivel y multiactor, que intensifican el *feedback* y la retroalimentación con el tercer sector (sociedad civil/sector priva-

---

(\*) Directora del *Suplemento Circolo Giuridico*. Especialista en Regulación Económica de Servicios Públicos, Universidad Austral. Magíster en Derecho Público, Universidad Carlos III, Madrid. Diplomada en Políticas Públicas y Desarrollo Sustentable, Universidad Tecnológica Nacional —en curso—. Funcionaria del Poder Judicial de la Nación, Consejo de la Magistratura, Unidad de Derechos Humanos, Género, Trata de Personas y Narcotráfico. Socia de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina (AMJA). Socia fundadora y presidenta de la Asociación ítalo-Argentina *Circolo Giuridico di Argentina*.

do), para la actualización de los perfiles de los/as egresados/as, conectados con las nuevas demandas y necesidades y con la mejora continua de la calidad del intercambio universitario.

Por su parte, a este proyecto se suma, como pieza fundamental, la Editorial La Ley de la Argentina, perteneciente al grupo corporativo canadiense Thomson Reuters, que aporta su gran profesionalismo, colaborando en un todo a la hora de transferir los nuevos conceptos dinámicos de desarrollo global, sin perder de vista los parámetros y las dimensiones locales, logrando la expansión de contenidos y el intercambio cultural referido a los valores, estilos de vida, comportamientos, conocimientos y buenas prácticas, de un lugar a otro del planeta.

## II. Génesis y visión de la iniciativa del *Circolo Giuridico di Argentina* (ONG)

En el año 2020, y a pesar de la parálisis general provocada por la crisis sanitaria, el *Circolo Giuridico di Argentina* presentó esta iniciativa, que fue aprobada de manera unánime por la Comisión Directiva del *Consorzio Universitario Italiano per L'Argentina* (CUIA) y cuyo lanzamiento fue realizado por quien suscribe, en las últimas jornadas *Giornate CUIA in Italia (in streaming)*, desarrolladas entre los días 02 y 03 del pasado diciembre, y cuya apertura estuvo a cargo del presidente de tan distinguida entidad, Prof. Flavio Corradini, contando además con altas autoridades nacionales italianas y argentinas (Dr. Gaetano Manfredi, *ministro dell'Università e della Ricerca*; Marina Sereni, *viceministra degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale*; Giuseppe Manzo, *ambasciatore d'Italia in Argentina*; Roberto Carlés, *ambasciatore della Repubblica Argentina in Italia*, Jaime Perczyk, secretario de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Argentina; Rodolfo De Vincenzi, presidente del Consejo de Rectores de Universidades Privadas (CRUP); Donatella Cannova, *direttrice dell'Istituto Italiano di Cultura a Buenos Aires*, entre otros/as).

Convencidos del poder de lo colectivo sobre lo individual, y a pesar del escenario negativo de esta tragedia mundial, nos permitimos ser resilientes y adaptarnos a los nuevos tiempos, invirtiendo nuestro potencial intelectual y humano en proyectos globales para consolidar las bases

de una sociedad pacífica, promisoría, apacible e integradora.

En línea con este encuadre de valores solidarios e inclusivos, únicos garantes de equidad, el *Circolo Giuridico di Argentina* plantea a través de este programa didáctico el acceso irrestricto al intercambio de saberes entre países, Italia y Argentina, y entre regiones, América y Europa, mediante la interacción y la puesta en común de programas culturales, cuyo ejemplo es la presente obra jurídica (1).

## III. El legado de la italianidad

Con matriz ítalo-argentina, el *Circolo* posee, además, el aditamento de ahondar no solo en el saber científico, sino también en la búsqueda de la identidad cultural.

La variable antropológica demuestra en nuestro haber la maravillosa alquimia entre nuestras raíces europeas (la herencia de la cultura itálica, que llevamos impresa en nuestra sangre) y la fusión con las tradiciones del nuevo continente americano, tierra que también nos identifica, donde lo étnico constituye un añadido que siempre nos suma, convirtiéndose en un atrapante foco de estudio tanto en la Argentina como en Latinoamérica, y que Europa observa con respeto y profunda admiración.

El mayor andamiaje sobre el que se apoya nuestro *Circolo Giuridico* lo constituye transformarse en ateneo, en gimnasio de ideas, en campo real de experimentación para el análisis social, político y cultural, apoyado en otras disciplinas humanas y científicas, con el fin de aportar a las ciencias jurídicas el intercambio para perfeccionar el concepto universal de derechos humanos e incentivar el mayor ejercicio de estos derechos para todos los sectores de una sociedad a escala planetaria, evolucionada por procesos dinámicos de comunicación, tecnología y conectividad que influyen en sus aspectos económicos, innovadores, sociales y culturales.

La atenta mirada hacia los sectores vulnerables y la generación y/o participación en procesos de formulación de políticas públicas y buenas prácticas ciudadanas forman parte de nuestros pro-

---

(1) Véase [http://www.cuia.net/wp-content/uploads/2020/11/ProgrammaGiornateCUIAinItalia2020\\_1-12-2020\\_links.pdf](http://www.cuia.net/wp-content/uploads/2020/11/ProgrammaGiornateCUIAinItalia2020_1-12-2020_links.pdf).

pósitos, con miras a repensar un modelo de desarrollo sostenible y mejorar la calidad de ciudadanos/as responsables de la “cosa pública”, del bien común, de las instituciones republicanas y de la defensa de la democracia.

Forma parte de la pretensión del *Circolo Giuridico di Argentina* aferrarse, en su genética, a la labor de grandes hombres y mujeres de la historia del conocimiento, que, además de sus estudios jurídicos, sobresalieron en el campo de la literatura, la política, el periodismo y la filosofía. Pensadores con una contemplación “macro” sobre la complejidad social de su tiempo, jamás ceñida a una sola óptica, idea o rama del saber científico. Hombres y mujeres que vivieron su arte y/o ciencia sensibilizados/as por la realidad vivida.

#### IV. Preservando el pensamiento virtuoso

Por ello, como lo expresáramos en la introducción y volviendo la mirada a la Italia septentrional y al siglo culturalmente floreciente de Dante, de Petrarca y de Boccaccio, y solo a modo de ejemplo, pensamos de utilidad traer a colación la visión de un jurisconsulto cuya apertura mental fuera reconocida y admirada hasta nuestros tiempos, Bartolo Sassoferrato (2), quien, en el ocaso de la organización del mundo medieval, ante un verdadero cambio de cosmovisión, mirara hacia atrás, hacia las antiguas instituciones romanas (matriz de nuestra ciencia jurídica), y aportara una lógica *aggiornada*, dando lugar a nuevas concepciones sobre el derecho, la soberanía, la autoridad y la legitimidad del poder (3).

En aquel tiempo, Sassoferrato supo hacer converger la historia medieval y la moderna, inaugurando nuevos conceptos de política y de derecho, con ideas clásicas, pero acomodándolas con teorías nuevas a las necesidades prácticas de su época.

Estos matices y análisis conceptuales de la realidad circundante, osando alterar modelos hegemónicos hacia cambios en la visión global en una

(2) Véase <http://www.mcnbiografias.com/app-bio/do/show?key=sassoferrato-bartolo-da>. QUAGLIONI, D., “Per una edizione critica e un commento moderno del *Tractatus de regimine civitatis* di Bartolo da Sassoferrato”, *Pensiero Politico*, nro. 9, 1976.

(3) ROSSI, Giovanni, “Bartolo da Sassoferrato alle origini della moderna trattatistica giuridica: note di lettura sul *Liber Minoricarum*”, *Studi Umanistici Piceni*, nro. 32, 2012, ps. 15-44.

disciplina o ciencia, nos hicieron traerlo a colación, acuñando y plasmando como modelo en esta primera presentación la frase de este jurista toscano: “el derecho siempre habla”, porque el derecho es “diálogo”, es cambio, es fluidez; porque inclusive fue más allá y dinamizó el “aula universitaria” y la jerarquía de la *laurea*, del “título” y los “honores”, y esto es lo que mejor y más nos identifica, pues se trata de una labor innovadora: acercar la academia al campo de experimentación, al llano, a la realidad social, trabajando colectivamente, y donde el/la que enseña, transmite, pero el/la que aprende, aporta también. Donde lo académico no permanece en el pedestal del “claustro” (cerrado —*chiuso*—, oscuro), sino que la gestión académica *trasciende*, se ilumina, se abre y *baja al escenario para convertirse en acción*, poniendo a prueba los conocimientos en el terreno de lo empírico sin temor a las refutaciones.

Y, del mismo modo que este jurisconsulto, hubo otros/as grandes juristas que construyeron los cimientos sólidos para nuestra ciencia occidental, pues es innegable que toda formación del hombre y la mujer del derecho pasa, en gran medida, por las ideas y la producción intelectual concebida en esta pequeña gran península: Ulpiano, Justiniano, Irnerio, Baldo degli Ubaldi, Filangieri, Beccaria, Taruffo, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Bobbio, Ferrajoli y muchos/as más que nos han dejado huellas profundas en cada rama del saber jurídico.

Más aquí, en una línea de tiempo histórica, volviendo hacia el nuevo continente, encontramos otro ejemplo que ha contribuido en mucho al saber de nuestro ADN rioplatense: Pedro de Angelis (4), un jurista, periodista e historiador napolitano, cronista de Juan Manuel de Rosas y “patriarca de los historiadores rioplatenses” —como bien lo llama Bernardo Lozier Almazán (5)—, quien supo entender que por estas

(4) QUINZIANO, Franco, “Prensa periódica, política y campo cultural en el Río de la Plata: Pedro de Angelis, ‘escritor oficial’”, 2013. SCHELL, Deise C., “El archivero de Rosas: Pedro de Angelis y la producción del Archivo Americano”, *Estudios de Teoría Literaria. Revista Digital: Artes, Letras y Humanidades*, nro. 9.20, 2020, ps. 369-380. ANGELIS, Pedro de (1784-1859), Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [s.n.], Buenos Aires, (1852) 2002. Ver <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc3t9h1>.

(5) LOZIER ALMAZÁN, Bernardo, “Pedro de Angelis. Cronista de Juan Manuel de Rosas. Patriarca de los histo-

orillas australes comenzaba, en aquellos tiempos, un embrionario “proceso patrio”.

De Angelis —como dicen algunos autores—, “arrojado hasta aquí, por la ola de las revoluciones europeas,” ahondó en la tradición de nuestra naciente patria y supo realizar la meticulosa tarea de compilar y plasmar en archivos y documentos la génesis de la Nación Argentina, constituyendo un material vital para entender nuestra identidad y procedencia, quiénes somos y hacia dónde vamos.

### V. La necesidad de alianzas y redes en un mundo globalizado

Y en el presente, aquí y ahora, a lo largo de este *percorso*, reafirmando la vocación del *Circulo Giuridico* en la búsqueda y la formación de hombres y mujeres virtuosos/as, basada en el respeto de la libertad espiritual de culto y expresión, evocamos las palabras de Su Santidad el papa Francisco, quien estimula, en cada una de sus alocuciones, homilías y encíclicas, la necesidad del trabajo mancomunado: “Hacer red —señala en su discurso *Gravissimum Educationis* [dado en la sala del Consistorio en junio del año 2018 (6)]— (...) significa poner juntas a las instituciones educativas y universitarias para potenciar las iniciativas formativas y de investigación, enriqueciéndose con los puntos de fuerza de cada uno, para ser más eficaces a nivel intelectual y cultural”.

“Hacer red —agrega el pontífice— significa también poner juntos los saberes, las ciencias y las disciplinas...” Con palabras de la Constitución Apostólica *Veritatis Gaudium* (7), dice: “... Solo si se cambia la educación se puede cambiar el mundo. Para hacer esto, quisiera proponerles algunas sugerencias:

“1. En primer lugar, es importante ‘crear redes’. Crear redes significa reunir las instituciones es-

riadores rioplatenses”, 2018.

(6) PAPA FRANCISCO, “Discurso a los miembros de la Fundación *Gravissimum Educationis*”, dado en la sala del Consistorio en junio de 2018, [https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2018/june/documents/papa-francesco\\_20180625\\_gravissimum-educationis.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2018/june/documents/papa-francesco_20180625_gravissimum-educationis.html).

(7) “Constitución Apostólica *Veritatis Gaudium* sobre las universidades y facultades eclesíásticas”, [https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost\\_constitutions/documents/papa-francesco\\_costituzione-ap\\_20171208\\_veritatis-gaudium.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_constitutions/documents/papa-francesco_costituzione-ap_20171208_veritatis-gaudium.html).

colares y universitarias para potenciar la iniciativa educativa y de investigación, enriqueciéndose con los aspectos destacados de cada uno, para ser más eficaces a nivel intelectual y cultural.

“Crear redes quiere decir también juntar los saberes, las ciencias y las disciplinas para afrontar los complejos desafíos con la inter- y la transdisciplinariedad, como recuerda la *Veritatis Gaudium* (cf. n. 4c).

“Crear redes implica crear lugares de encuentro y de diálogo dentro de las instituciones educativas y promoverlos fuera, con ciudadanos procedentes de otras culturas, de otras tradiciones, de otras religiones, para que el humanismo cristiano contemple la condición universal de la humanidad actual.

“Crear redes significa también que la escuela sea una comunidad que eduque, en la que los docentes y los estudiantes no estén relacionados solo a través de un programa didáctico, sino por un programa de vida y de experiencia, que sepa educar en la reciprocidad entre las distintas generaciones. Y esto es muy importante para no perder las raíces.

“Además, los desafíos que interpelan al hombre de hoy son globales en un sentido más amplio de lo que se considera frecuentemente. La educación católica no se queda en formar mentes para que tengan una visión más amplia, capaz de aglutinar las realidades más lejanas.

“La educación católica se da cuenta de que, además de extenderse en el espacio, la responsabilidad moral del hombre de hoy se extiende también a través del tiempo y que las decisiones del presente tienen consecuencias en las generaciones futuras...”

El texto mencionado, junto con otros documentos papales, como las encíclicas *Laudato si'* (8) o *Fratelli tutti* (9), observado con mirada integradora y antropológica, supone un gran aporte hacia el nuevo modelo de desarrollo, don-

(8) Encíclica *Laudato si'*, [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html).

(9) Encíclica *Fratelli tutti*, [http://www.vatican.va/content/francesco/es/travels/2019/outside/documents/papa-francesco\\_20190204\\_documento-fratellanza-umana.html](http://www.vatican.va/content/francesco/es/travels/2019/outside/documents/papa-francesco_20190204_documento-fratellanza-umana.html). [https://www.vatican.va/content/francesco/es/travels/2019/outside/documents/papa-francesco\\_20190204\\_documento-fratellanza-umana.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/travels/2019/outside/documents/papa-francesco_20190204_documento-fratellanza-umana.html).

de la sostenibilidad sugiere la observancia ecuánime de tres aristas: la económica, pero de igual modo el aspecto social y el humano.

## **VI. Construir el después, la agenda mundial, el nuevo paradigma de gobernanza, sostenibilidad y resiliencia para la reconstrucción**

No podemos dejar de mencionar el hito histórico que nos tocó vivir con la pandemia de COVID-19, que puso en crisis el orden y la “normalidad” en su totalidad, con devastaciones globales que sellaron tristemente una verdadera catástrofe con secuelas a superar a largo plazo y millones y millones de personas fallecidas en todo el mundo.

En un principio, ni los Estados con mayor solvencia económica pudieron hacer frente al virus y a la defensa de sus ciudadanos/as, dejando morir o eligiendo a quién dejar vivir, ante la escasez de recursos sanitarios y vacunas.

Muchos países (casi todos) fueron vulnerados y paralizados en sus actividades económicas, financieras e industriales; el sistema imperante colapsó, y las variables en este caso tuvieron que ver con el factor vida o muerte de seres humanos.

Luego del pánico colectivo, este fenómeno exige acción y la urgente capacidad de adaptación y redefinición de los modelos organizacionales, poniendo en primer plano el uso de las nuevas tecnologías, lo cual nos demanda un rol activo para colaborar en repensar el mundo pospandemia y reconfigurar el esquema global en busca de estrategias creativas e innovadoras.

Esto no es otra cosa que este vocablo tan en boga en estos tiempos: “resiliencia”.

En este contexto complejo, se agudizaron aún más los índices de pobreza, inequidad de género, pérdida de empleo y exclusión. Por ello, entendemos que la resiliencia y los denominados Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas se constituyen como un gran desafío y como pilares esenciales en la reconstrucción del planeta post COVID-19.

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible **(10)** es-

(10) Agenda 2030 y los ODS: <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible/acerca-la->

tablecen una visión transformadora hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental de los Estados miembros de las Naciones Unidas que la suscribieron y es la guía de referencia para el trabajo de la comunidad internacional hasta el año 2030.

La base normativa de esta agenda multilateral parte desde la Carta de las Naciones Unidas de 1945 **(11)** hasta la actualidad, y tiene como eje a las personas y sus derechos, disponiendo un cambio estratégico en el desarrollo.

Se trata de un compromiso universal que toma en cuenta los medios de implementación para realizar el cambio y la prevención de desastres naturales, modelos económicos sostenibles y la adaptación al cambio climático para la supervivencia de las generaciones futuras.

Es importante destacar que esta Agenda transformadora se fundamenta en las denominadas “5 P”, que son la base donde se asientan los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible:

- Personas (*People*)
- Planeta (*Planet*)
- Prosperidad (*Prosperity*)
- Paz (*Peace*)
- Alianzas (*Partnership*)

La implementación de los ODS, traducidos en acciones concretas, se constituye en una hoja de ruta para llevar a cabo un cambio de paradigma que permita la construcción de los cimientos de una gobernanza multiactor y multinivel, donde surja el compromiso de una sociedad civil proactiva que, junto con la academia, las ONG, las comunidades religiosas y las empresas, fije alianzas comunes para el establecimiento de una gestión integradora que acompañe y mejore las políticas públicas globales, regionales y locales.

*agenda-2030-desarrollo-sostenible*. SANAHUJA, José A. — TEZANOS VÁZQUEZ, Sergio, “Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 2017.

(11) LINDENBERG, Hermann M., “Introducción a la Carta de las Naciones Unidas”, *Revista de la Universidad Nacional (1944-1992)*, nro. 3, 1945, ps. 147-168.

## VII. Los desafíos, perfilando nuestro futuro

En este punto de inflexión, y en vista del panorama descripto, el *Circolo Giuridico di Argentina*, como ONG perteneciente al tercer sector, adopta el desafío, con enseñanzas y buenas prácticas en el campo de las ciencias duras y blandas, tendientes a reconstruir un nuevo paradigma con conceptos impregnados de solidaridad social e interés común, pues es evidente que —parafraseando nuevamente al Santo Padre— “Nadie se salva solo”.

Esta obra jurídica que hoy presentamos pone en práctica las nociones esgrimidas, donde interactúan y fluyen tres actores diversos —academia, tercer sector y sector privado— como ejemplo del modelo sugerido, que propone observar y adecuar los grandes matices en las ciencias jurídicas y sus vinculadas como expresiones vivas, con innovación, valores, cultura y ética absolutamente dinámicas, cuyos ideales más virtuosos —como la justicia, el bienestar general, la paz social y la igualdad— deben elevarse a su máxima

expresión práctica, en cada época y en cada lugar.

Agradecemos una vez más al CUIA, en especial a su presidente, Sr. Flavio Corradini, la gran colaboración de la Dra. María Inés Tarelli y el inestimable apoyo del magistrado Ariel Fognini, los Dres. Adrián Fognini, Miguel Á. Coluccio y Jorge Feijóo, por acercarnos a la Editorial La Ley - Thomson Reuters. Brindamos al lector un material significativo y una importante herramienta de consulta que se encontrará a disposición en bibliotecas latinoamericanas y europeas, abordando temas de interés y su aplicación práctica, tanto en una región (Latinoamérica) como en otra (Unión Europea).

Por último, y no menos importante, nuestro agradecimiento a todos/as los/las profesores/as e investigadores/as de las diferentes escuelas académicas de Italia, Argentina y Paraguay, por su valioso aporte, sin cuya predisposición y ánimo de transmisión de conocimiento esta publicación no hubiera sido posible.



# TELETRABAJO



# Futuro con derechos

Vanesa Siley (\*)

El año 2020 será recordado como un punto de inflexión a nivel mundial. La aparición del COVID-19 transformó todos los órdenes sociales, y su impacto en el mundo del trabajo no fue la excepción. Cientos de miles de personas pasaron a trabajar desde sus casas de un día para el otro, sin preparación, equipamiento ni mobiliario adecuado. En el caso de nuestro país, vanguardia en la región en materia de derechos laborales, el rápido abordaje y tratamiento de esta problemática nos permitió sancionar una ley que lo regule.

Si bien el teletrabajo es un fenómeno que se considera de relativa reciente aparición en el mundo del trabajo, los estudios sobre la materia a nivel internacional, las propuestas para legislar sobre sus efectos y los acuerdos colectivos que lo contemplan llevan ya algunas décadas de historia. A partir de la reciente sanción de la ley 27.555 (1), votada justamente en forma remota por diputados y senadores de la Nación en el contexto de la pandemia originada por el COVID-19, los debates sobre la regulación del teletrabajo afloraron en nuestro país. La academia, las centrales sindicales, los sindicatos con experiencias recorridas, las cámaras empresarias, magistrados y magistradas, especialistas en la materia, medios de comunicación y la dirigencia política de todos los sectores opinaron sobre esta modalidad laboral, que actualmente se encuentra prevista por el nuevo art. 102 bis del Régimen de Contrato de Trabajo —ley 20.744 (t.o. dec. 390/1976)—.

Brevemente se describen algunos aspectos centrales de la ley 27.555 —Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo—:

---

(\*) Abogada. Secretaria General de la Federación de Sindicatos de Trabajadores Judiciales de la República Argentina. Diputada Nacional por el Frente de Todos. Presidenta de la Comisión de Legislación del Trabajo. Consejera de la Magistratura de la Nación.

(1) Véase <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/341093/norma.htm>.

*Definición:* La definición del contrato de teletrabajo tiene tres características particulares. En primer lugar, determina el ámbito personal: las personas en relación de dependencia del sector privado en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo. En segundo lugar, la ajenidad respecto del establecimiento del empleador: las tareas pueden ser realizadas en el domicilio de la persona que trabaja o en cualquier otro espacio físico que no sea de propiedad de la empresa. En tercer lugar, el medio idóneo de la prestación: las tecnologías de la información y comunicación.

*Jornada laboral y desconexión digital:* Se estableció la obligación de pactar previamente por escrito, respetando los límites legales y convencionales. Asimismo, las plataformas y el *software* de trabajo desarrollados por la empresa deben impedir la conexión fuera del horario pautado, dado que se establece el derecho de las personas trabajadoras a desconectarse y evitar ser contactadas fuera de su jornada laboral, y a que no se les remitan tareas o comunicaciones fuera de ese horario.

*Tareas de cuidado:* El reconocimiento de las tareas de cuidado, trabajo no remunerado desarrollado mayoritariamente por mujeres, es otra de las innovaciones que tiene la norma, siendo la primera norma laboral nacional que reconoce y brinda protección a quienes las llevan a cabo. Aquella establece, en primer término, el derecho a contar con horarios compatibles o interrumpir la jornada laboral para aquellas personas que de manera única o compartida tengan a su cargo el cuidado de personas menores de trece años (edad de finalización de la escuela primaria), personas con discapacidad o personas adultas mayores con las que convivan. De esta forma, la norma evita que las personas que tengan a su cargo estas tareas y puedan verse particularmente motivadas a adoptar la modalidad de teletrabajo deban superponer ambas actividades, siendo imposible desarrollarlas en simultáneo. A fin de hacer efectivo el cumplimiento de este derecho, la norma establece como sanción una remi-

sión a lo previsto por la ley 23.592 (ley que penaliza los actos discriminatorios). Esta ley es habitualmente utilizada en el derecho laboral frente a situaciones de discriminación por la claridad de su art. 1º, donde plantea que la respuesta legal a un acto discriminatorio debe ser “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”, es decir, devolver las cosas al estado anterior a que ocurra aquella.

*Reversibilidad:* Se estableció puntualmente el derecho a revocar el consentimiento que presta la persona que trabaja en una modalidad presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, pudiendo retomar la actividad en forma presencial.

*Equipamiento y herramientas:* La norma estipula que el empleador debe proporcionar el equipamiento, contemplando el *hardware* y el *software*, las herramientas de trabajo, así como el soporte necesario y los costos de instalación y de mantenimiento de aquellas. Asimismo, se establece que deberán compensarse los gastos de conectividad y/o consumo de servicios.

*Derechos sindicales:* La norma equipara sus derechos sindicales con los de las personas que trabajan en forma presencial y les otorga la posibilidad de elegir y ser elegidas como representantes sindicales, siendo consideradas como parte del conjunto de quienes prestan tareas en el establecimiento de la empresa.

*Derecho a la intimidad y registro:* Se estableció que los sistemas de control de los bienes e informaciones del empleador deben respetar la privacidad e intimidad de la persona que trabaja

bajo esta modalidad, no pudiendo usar *software* de vigilancia que viole la intimidad e informaciones de la persona. Asimismo, las empresas deberán registrar la nómina de personas y el *software* o plataforma utilizados bajo esta modalidad ante el Ministerio de Trabajo de la Nación.

A partir de estos aspectos centrales, y tras un intenso debate legislativo, se conformó el emergente de una figura legal novedosa para nuestra legislación laboral, constituida por tres pilares inescindibles para su funcionamiento: la ley especial recientemente votada, el régimen de contrato de trabajo con su nuevo artículo y la negociación colectiva a desarrollarse a partir de la sanción de la ley 27.555, con el objetivo de proteger a las personas que trabajan bajo esta modalidad.

Se adjunta al presente artículo la participación de quien suscribe, en calidad de presidenta de la Comisión de Trabajo de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, al exponer en el recinto en la 4ª reunión, 3ª sesión ordinaria (especial remota), del 25/06/2020, como miembro informante sobre el punto 7 —Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo—, donde se consideran los dictámenes de la Comisión de Legislación del Trabajo —orden del día nro. 57—, dándole tratamiento y posterior sanción (2).

---

(2) Acceda a la versión taquigráfica en [https://drive.google.com/file/d/17mj9x\\_N1ail2razgE4FRmFUW3bOZ9ULK/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/17mj9x_N1ail2razgE4FRmFUW3bOZ9ULK/view?usp=sharing).

# El teletrabajo como factor innovador en la administración de justicia

Karina Rosario Perilli (\*)

Fernanda Arancibia (colab.) (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Rediseño organizacional del Poder Judicial y, en particular, de la Justicia Penal Federal.— III. El trabajo telemático y la digitalización en la gestión de los procesos judiciales.— IV. Conclusión.

## I. Introducción

Desde hace unos años atrás, en el marco del Programa de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación, se ha iniciado un proceso de cambio y modernización en la prestación del servicio de justicia, con la implementación gradual del uso de herramientas tecnológicas y digitales, que ha permitido optimizar la práctica de las actividades administrativas de gestión desarrolladas por los juzgados y tribunales nacionales y federales.

La situación sanitaria producto de la pandemia de coronavirus (COVID-19) y las medidas de aislamiento social y de restricción a la circulación de personas que se adoptaron para prevenir y evitar los riesgos de contagio (1) llevaron a maximizar el uso de estas herramientas informá-

ticas, acelerando el referido proceso de transformación iniciado hacia el expediente digital. Ello trajo aparejado el desarrollo de nuevas habilidades, implementando para los operadores judiciales la novedosa modalidad de teletrabajo, como así también la creatividad dentro del marco del debido proceso legal y el establecimiento de nuevas formas de administrar justicia, cuestiones estas que han inspirado y serán tratadas en el presente trabajo.

## II. Rediseño organizacional del Poder Judicial y, en particular, de la Justicia Penal Federal

La Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante, CS— fue trazando el camino hacia la modernización y el rediseño organizacional del Poder Judicial, impulsando la incorporación de nuevas tecnologías informáticas y criterios de gestión en aras de un mejoramiento de la administración de justicia. En esa inteligencia, allá por diciembre de 2007, dispuso la creación de la Comisión Nacional de Gestión Judicial, presidida por un ministro e integrada por jueces federales, nacionales y provinciales, encargada de desarrollar programas normativos de gestión y de carácter formativo de recursos humanos, así como materiales para los Poderes Judiciales nacional y locales, y de facilitar su ejecución según las parti-

---

(\*) Jueza de Cámara Federal del Tribunal Oral en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires. Abogada (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Palermo). Expositora y docente universitaria de Derecho Procesal Penal en el Posgrado de Derecho Judicial (UCES). Autora de numerosos artículos en revistas jurídicas y obras colectivas de la especialidad. Dra. Fernanda Arancibia (colab.): Secretaria Federal del Tribunal Oral en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires. Abogada (UBA). Licenciada en Ciencias Políticas (UBA). Autora de numerosos artículos en revistas jurídicas y obras colectivas de la especialidad.

(\*\*) Secretaria Federal Tribunal Oral en lo Penal Económico de la Ciudad de Buenos Aires. Abogada (UBA). Lic. En Ciencias Políticas (UBA). Autora de numerosos artículos en revistas jurídicas y obras colectivas de la especialidad.

(1) Con motivo de la pandemia (COVID-19), declarada con fecha 11/03/2020 por la Organización Mundial de la Salud, el Poder Ejecutivo Nacional —en adelante, PEN— amplió la emergencia pública sanitaria establecida por la ley 27.541, por el plazo de un año, disponiendo medidas de aislamiento y de distanciamiento social preventivo y obligatorio —conf. DNU 260/2020, 297/2020 y 875/2020 y sus respectivas prórrogas—.

cularidades de cada sector **(2)**, cuyos principales objetivos tuvieron como eje, entre otros, las notificaciones electrónicas, la firma y el expediente digital, tendientes a una mejor y más eficiente gestión judicial.

Es oportuno recordar que con la sanción de la ley 26.685 **(3)** se autorizó la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales, correspondiendo a la CS y al Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, la reglamentación de su utilización y gradual implementación.

En consonancia con ello, la CS introdujo el sistema de notificaciones electrónicas y la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico para todos los que litiguen en causas judiciales que tramiten ante ella **(4)**, y dispuso la obligatoriedad del uso del sistema informático de gestión judicial en toda actuación vinculada con la tramitación de las causas **(5)**. Asimismo, estableció la publicación de sentencias, acordadas y resoluciones para las Cámaras Nacionales y Federales y los Tribunales Orales **(6)**, aprobando su protocolo **(7)**, con un alcance mayor al establecido por la ley 26.856 **(8)**; reglamentó el uso de la videoconferencia para casos en que un imputado, testigo o perito no pueda acudir personalmente a la sede del Tribunal **(9)**, y extendió el ámbito de aplicación del sistema electrónico de notificaciones para las causas que se promuevan en los juzgados y tribunales de las Cámaras nacionales y federales. De ese modo, las cédulas de notificación y los mandamientos se ejecutarían —en adelante— a través del sistema de gestión judicial,

incluyendo en el sistema de notificaciones electrónicas a peritos, defensores oficiales y fiscales, y habilitando perfiles como letrados y síndicos, entre otros **(10)**. Dispuso que todas las partes deben acompañar copia digital de sus presentaciones, extendió la obligatoriedad del soporte digital a todos los actos procesales de los expedientes en trámite y fijó el plazo de veinticuatro horas para la carga de la presentación en soporte digital **(11)**. Además, aprobó el reglamento para el ingreso por medios electrónicos, sorteo y asignación de expedientes para todos los fueros y las reglas para la interposición de demandas y presentaciones en general, estableciendo que la elevación de las causas a una instancia superior se realice a través del sistema de gestión judicial **(12)**, y su consecuente puesta en vigencia en forma gradual **(13)**.

Dentro del este fenómeno mundial de la pandemia declarada, la CS reaccionó rápidamente y adoptó distintas medidas en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, concordantes con las disposiciones del PEN y las recomendaciones de la autoridad sanitaria de la Nación, fijando pautas destinadas a desarrollar la actividad en medio de la crisis epidemiológica, a fin de no menoscabar la debida prestación del servicio de justicia **(14)**.

En ese orden, se estableció que todas las presentaciones se realicen completamente en formato digital y sean firmadas electrónicamente sin copia en soporte papel **(15)**. Se habilitó el teletrabajo a fin de que los magistrados, funcionarios y empleados no convocados a los tribunales de guardia puedan prestar servicios desde sus hogares **(16)**. Se estableció que las audiencias se lleven a cabo a través del sistema de videoconferencias en las jurisdicciones donde rige el nuevo ordenamiento procesal penal federal **(17)**,

(2) Ac. 37/2007.

(3) Publicada en el BO del 07/07/2011.

(4) Ac. 31/2011.

(5) Ac. 14/2013.

(6) Ac. 15/2013.

(7) Ac. 24/2013.

(8) Publicada en el BO del 23/05/2013, prevé la publicación íntegra de acordadas y resoluciones de la CS y de los tribunales de segunda instancia.

(9) Ac. 20/2013.

(10) Ac. 38/2013, 2/2014 y 11/2014.

(11) Ac. 3/2015.

(12) Ac. 16/2016.

(13) Ac. 5/2017 y 28/2017.

(14) Ac. 3/2020, 4/2020, 6/2020, 7/2020, 8/2020, 9/2020, 10/2020, 13/2020, 14/2020, 16/2020, 17/2020, 18/2020, 19/2020, 20/2020, 23/2020, 24/2020, 25/2020, 26/2020, 27/2020, 29/2020, 30/2020, 31/2020 y 38/2020.

(15) Ac. 4/2020, 11/2020, 12/2020, 31/2020 y 38/2020.

(16) Ac. 6/2020, pto. 7; 13/2020, pto. 5, y 25/2020, pto. 9.

(17) Ley 27.063, publicada en BO del 08/02/2019.

cuya implementación progresiva está a cargo de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación y se aplica desde junio de 2019 en Salta y Jujuy (18). Se aprobó la firma digital ante la CS, en acuerdos de ministros y para el resto de los magistrados de los tribunales inferiores (19), y se entendió necesario avanzar en las medidas que posibiliten el trabajo a distancia a través de procesos y trámites electrónicos con la debida validez legal, priorizándose el empleo de las herramientas digitales que permitan la tramitación remota de causas y el uso de la firma electrónica y digital (20). Se extendió la aplicación exclusiva del sistema informático de gestión judicial con prescindencia del soporte material para todas las funciones ya reglamentadas (21).

En lo atinente a la Justicia Penal Federal, la Cámara Federal de Casación Penal —CFed. Casación Penal—, que ejerce la superintendencia de los Tribunales Orales, a fin de hacer frente a la situación pandémica, ha dictado sucesivas acordadas (5 a 15), mediante las que otorgó plena validez a los actos procesales realizados de forma remota, y habilitó el trabajo de magistrados, funcionarios y empleados desde sus hogares. Así, en la Ac. 5/2020, exhortó a los tribunales a que reemplacen los actos procesales presenciales con la utilización de los medios digitales disponibles, evitando la concurrencia del público; en la Ac. 6/2020, estableció como regla general el trabajo remoto; en la Ac. 10/2020, dejó asentado que, en atención a la prolongación del aislamiento, los avances logrados en materia de firma electrónica, trabajo remoto y videoconferencia, y ante la necesidad de garantizar un servicio de

justicia eficaz con mayor cobertura de la conflictividad, se debe procurar la utilización y maximización de las herramientas digitales y electrónicas disponibles, habilitando el avance en las diversas etapas procesales, siempre que las partes puedan acceder digitalmente a la información del caso para realizar sus presentaciones, tanto en aquellas jurisdicciones donde rige el Código Procesal Penal de la Nación como donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal Federal (según leyes 27.063, 27.272 y 27.482), previa celebración virtual de las audiencias previstas por la normativa procesal y cuando no exista oposición fundada y razonable de parte; y en la Ac. 15/2020, postuló mantener como regla general de actuación el trabajo remoto, la digitalización y la videoconferencia.

### III. El trabajo telemático y la digitalización en la gestión de los procesos judiciales

La necesidad de continuar con la prestación del servicio esencial de justicia en el contexto de la pandemia llevó a un cambio de modalidad de trabajo para todos los operadores judiciales, que implicó cumplir las tareas y funciones que antes eran desarrolladas totalmente en forma presencial en la dependencia judicial, prioritariamente y en forma remota desde sus domicilios, mediante la utilización de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), con acceso al expediente digital y sin contar con el soporte papel de aquel.

El teletrabajo, que se diferencia de otras modalidades “por las características de la deslocalización y uso de tecnología como elemento central” (22), ya arraigado en otros países y utilizado minoritariamente en el nuestro por cierto sector privado, resultó novedoso para el Poder Judicial (23) y fue posible gracias a los avances tecnológicos y digitales que se venían gestando desde antes de la pandemia, con el objetivo de

(18) Ac. 6/2020.

(19) Ac. 11/2020 y 12/2020.

(20) En ese sentido, la CS ha dicho: “Para evitar que el aislamiento se convirtiera en imposibilidad de ejercer su misión constitucional, la Corte modificó su reglamento de funcionamiento y sancionó la reglamentación que permite trabajar a sus ministros de modo remoto. Como es sabido, por Ac. 11/2020 se habilitó la posibilidad de que los acuerdos de ministros se realicen por medios virtuales, remotos o de forma no presencial —aspecto de necesaria implementación ante la situación de salud pública actual que demanda los mayores esfuerzos de todos los actores sociales para promover el aislamiento—”, voto del ministro Dr. Rosatti, 24/04/2020, causa CSJ 353/2020/CS1, Fallos 343:195.

(21) Ac. 31/2020.

(22) FOGLIA, Ricardo A., “Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo”, LA LEY del 04/09/2020, 1; LL AR/DOC/2928/2020, cit. por SANTOS, Alejandra M., “Trabajo conectado remoto en la Administración Pública Nacional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Rubinzal Online RC D 3378/2020.

(23) Tampoco esta modalidad de trabajo estaba prevista en la Ley de Contrato de Trabajo —ley 20.744—, sino que fue recientemente incluida por el art. 2º de la ley 27.555.

consagrar el trámite del expediente digital exclusivamente.

Los avances previos en la informatización permitieron a los operadores judiciales estar ya capacitados y familiarizados con el uso de las tecnologías y con la gestión del expediente electrónico, debiendo contar en sus hogares con dispositivos electrónicos compatibles con el sistema informático de gestión judicial para cumplir las tareas bajo la nueva modalidad, y desarrollar nuevas habilidades, denominadas “blandas”, vinculadas al trabajo en equipo, al manejo en grupos intergeneracionales y a la facilidad de comunicación y de adaptación al cambio.

Las pautas para el desarrollo de esta modalidad de trabajo se fueron forjando durante esta coyuntura excepcional a través de las acordadas de la CS —y, en el caso de la Justicia Penal Federal, también de la CFed. Casación Penal—, mediante protocolos de actuación. Aquellas se refieren a la implementación del acceso al sistema de gestión judicial Lex 100 desde los domicilios de los magistrados, funcionarios y empleados, al derecho a la desconexión fuera del horario de trabajo, a la aplicación de la firma electrónica o digital respecto de los actos jurisdiccionales o administrativos, prescindiendo del formato papel, a la celebración de acuerdos por medios virtuales o remotos, a la utilización del sistema de videoconferencia, al diligenciamiento de oficios con entidades externas por medios electrónicos (24) y a los nuevos canales de comunicación con las distintas partes del proceso (25); todas ellas han permitido conformar esta nueva modalidad de prestación del servicio esencial y público de justicia.

Ahora bien, la digitalización de las actuaciones obrantes en el expediente material para tornar autosuficiente al expediente electrónico es una de las problemáticas que ha debido abordarse

---

(24) A través de los sistemas DEOX, DEO, sistema intranet de consultas a la Cámara Nacional Electoral y correos institucionales.

(25) Por medio de los correos institucionales y vía telefónica, y en función de lo dispuesto por la Ac. CS 31/2020, a través de un sistema de turnos para la atención del público, gestionado desde la página web del Poder Judicial, con la intervención de un usuario administrador asignado por la dependencia judicial.

con apremio en este inédito contexto sanitario, a los fines de llevar a cabo la tarea judicial de modo telemático y brindar a las partes un acceso total a la información del expediente, de modo que ellas también cumplan debidamente con las funciones que les corresponden y ejerzan sus derechos.

En el marco de la Justicia Penal Federal, las causas iniciadas con posterioridad a la implementación del sistema de gestión Lex 100 en general son las que cuentan con mayor grado de digitalización; las actuaciones no digitalizadas en estos casos corresponden a informes o actuaciones de organismos externos y documentación aportada por terceros, y ello obedece a que, respecto de las entidades requeridas, hasta las Ac. CS 15/2020 y 31/2020 —que exigen su incorporación en el sistema DEOX— no pesaba la obligación de transmitir la información vía digital. En el caso de las causas ingresadas con anterioridad a la implementación del sistema de gestión, la falta de digitalización abarca también los actos jurisdiccionales cumplidos antes de su puesta en marcha, y cobra importancia respecto de la documentación material que corresponde a las investigaciones de defraudaciones contra la Administración Pública, el lavado de activos, la Ley Penal Tributaria y el contrabando documentado, en función del valor probatorio que tiene este medio de prueba, generalmente de gran volumen (26).

En otro orden, corresponde también hacer alusión al sistema de videoconferencia como una de las herramientas técnicas que, en el contexto de pandemia que se afronta, se ha presentado como un medio apto para llevar a cabo diversos actos procesales.

En la experiencia de la Justicia Penal Federal, tratando de generar soluciones en este marco de excepcionalidad creado por la pandemia, a los fines de la continuación del trámite de los procesos y a fin de no dilatar la resolución de la situación procesal de los imputados, dadas las restricciones vigentes a la circulación y el traslado de detenidos, según el caso, el sistema de videoconferencia y las plataformas virtuales informáticas han resultado un medio idóneo y eficiente para

---

(26) Cuestión que ha quedado zanjada respecto de las causas que se inician a partir de la Ac. CS 31/2020, la cual prevé la presentación de la prueba documental en formato digital.



llevar a cabo audiencias *de visu* en el marco de la tramitación del proceso de juicios abreviados y audiencias de solicitud de suspensión del juicio a prueba, lográndose la misma fluidez en las comunicaciones con los distintos interlocutores que en las audiencias presenciales y generándose un nuevo espacio virtual que ha permitido la aproximación de las partes, la escucha de sus peticiones y posiciones y la resolución de planteos o situaciones procesales sin demoras. También se han celebrado debates orales y públicos bajo esta modalidad remota o en forma semipresencial con el acuerdo de partes, aun con las dificultades que se generan en los casos complejos, con multiplicidad de sujetos intervinientes, y en la producción de prueba, a fin de no incurrir en una situación de denegación de justicia por la extensión de la situación sanitaria y contemplando prioritariamente aquellos en los que estuvieran involucradas personas privadas de su libertad.

El empleo del referido sistema en el proceso no es una cuestión novedosa, aunque sí lo es su extensión a actos que, previo a la pandemia, eran llevados a cabo de modo presencial. En efecto, el uso de esta tecnología ya estaba previsto en el derecho internacional (27) y por la CS en la Ac. 20/2013 para el caso de quien no pudiera o resultare inoportuna su concurrencia a la sede del tribunal, y también —en lo que hace a la Justicia Penal Federal— en las reglas y pautas fijadas por la CFed. Casación Penal en la Ac. 1/2012, para casos en que los testigos o los imputados no puedan comparecer por motivos de salud o por cualquier otra razón que resultare atendible (28).

En el contexto de la pandemia, la CS, mediante la Ac. 14/2020, habilitó las audiencias en juicios orales con procedimientos a distancia, al disponer: “Los Tribunales Orales y, en su caso las Cámaras de Apelación y Primeras Cámaras de Casación, deberán informar a esta Corte Suprema la forma en que continuarán con los juicios ora-

(27) Ver Estatuto de la Corte Penal Internacional (arts. 63.2, 68.2 y 69.2); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 24); Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal (art. 10); y Convenio Iberoamericano sobre el Uso de Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, incorporado a nuestro ordenamiento a través de la ley 27.162.

(28) Ver Regla Quinta.

les que tengan en trámite con procedimientos a distancia” (29).

A su vez, la CFed. Casación Penal recomendó a los Tribunales Orales que tengan en trámite juicios por crímenes de lesa humanidad su realización por vía remota y/o sin gran desplazamiento de participantes, conforme a los protocolos vigentes y con observancia de las medidas emanadas de la autoridad sanitaria (30); aprobó protocolos para la realización de audiencias virtuales, remotas y presenciales durante la feria extraordinaria (31); elaboró una “Guía de actuación para la designación y desarrollo de audiencias orales remotas o virtuales” mientras dure la emergencia sanitaria, utilizando sistemas de video/teleconferencia que permitan a los jueces y a las partes llevar a cabo la audiencia desde sus domicilios; como así también aprobó la “Guía de actuación de uso de salas de audiencia en casos de estricta necesidad durante la emergencia sanitaria”.

No puede soslayarse que la celebración de debates orales y públicos a través de las plataformas virtuales ha generado planteos de las partes en torno a la posible afectación de los principios de inmediación y contradicción, consustanciales a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa en juicio. Al respecto, han tenido oportunidad de expedirse algunos Tribunales Orales Federales (32), considerando que las distintas plataformas virtuales permiten que las partes puedan expresarse y percibir lo que acontece en el transcurso del debate, como así también que el juez pueda tomar contacto y conocimiento directo de los órganos de prueba y de las partes, encontrándose también estas en condiciones de entablar una contradicción y un control constante respecto de aquellos. En ese sentido, se ha di-

(29) “Protocolo y pautas para la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria” —anexo I—, punto IV.4.

(30) Providencia dictada por la Presidencia de dicha Cámara el 05/05/2020.

(31) Resolución de la Superintendencia de la CFed. Casación Penal del 19/05/2020.

(32) Conf. resolución del TOral Crim. Fed. Nº 2, 23/06/2020, “E. C. E. y otros s/ inf. arts. 174, inc. 5º y 210 del Cód. Penal”, causa 2833; y resolución del TOral Fed. San Juan, 02/07/2020, “C/C. E. D. y otros s/ inf. art. 144 ter, párr. 2º - según ley 14.616”, causa FMZ 54004613/1976/TO2, publicadas en el CIJ, entre otras.

cho: “La vigencia del principio de intermediación de ningún modo supone —más no sea de manera excluyente— que la aproximación a la prueba por parte del tribunal y las partes sea de modo físico, sino, más bien, que aquella tenga lugar de manera directa —esto es, sin interferencias que, eventualmente, puedan distorsionar o tergiversar su contenido— y ante todos los asistentes; tal extremo, en nada se ve impedido por el empleo de un medio virtual para la realización del debate, pues el juicio sigue siendo —en esencia— oral y público y, al abrigo de ello, la prueba será rendida y discutida de manera verbal, con la concurrencia de todos los interesados de modo simultáneo, que podrán intervenir al respecto del modo que consideren oportuno, asegurándose la debida contradicción (arts. 363, 389 y 391 del Cód. Proc. Penal)” (33); y que “... resultando la videoconferencia un recurso tecnológico que posibilita la publicidad del juicio; a su vez, teniendo como característica esencial la exposición justamente la oralidad, este principio no resulta vulnerado sino que le es inherente; en tanto que, a propósito de la intermediación, la videoconferencia es solo un medio tecnológico que permite reproducir el acto procesal en cuestión inalterable...” (34).

#### IV. Conclusión

La pandemia arribó en medio de una coyuntura de modernización y transformación del Poder Judicial. Los cambios sustanciales que debieron atravesarse para hacer frente a esta situación inédita —priorizando el trabajo remoto con guardias mínimas en las sedes judiciales y el uso de herramientas digitales a los fines de cumplir con los protocolos de actuación y las medidas de prevención, higiene y seguridad, según las pautas estableci-

---

(33) Resolución del TOral Crim. Fed. N° 3, 23/07/2020, causa CFP 3002/2017/TO1/CFC5, por la cual se dispuso la reanudación del debate oral y público en modo virtual, y resolución de la CFed. Casación Penal, sala IV, 26/08/2020, expte. CFP 3002/2017/TO1/86/RH11, reg. 1511/20.4, por la cual se rechazó la queja interpuesta contra la denegatoria del recurso de casación.

(34) Resolución del TOral Crim. Fed. N° 4, 10/06/2020, causa CFP 3017/2013/TO2; y, en el mismo sentido, resolución de la CFed. Casación Penal, sala IV, 13/07/2020, reg. 103/20.4.

das por el gobierno nacional, la CS y la CFed. Casación Penal— implicaron un gran desafío para la Justicia Penal Federal en todas sus instancias, máxime teniendo en consideración la futura implementación del ordenamiento procesal penal adversarial con los principios que rigen el sistema acusatorio: igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplicidad, celeridad y desformalización, que ya rige en las jurisdicciones de Salta y Jujuy y, próximamente, en Mendoza y Rosario.

El teletrabajo judicial fue la novedad de la pandemia; implicó un cambio inevitable en la estructura laboral y en la cultura organizacional judicial, que pudo ser posible gracias a los avances previos tecnológicos y digitales y fue indudablemente el empuje que necesitaba el expediente digital para desplazar definitivamente al expediente material. Resultó así un evidente factor innovador en aras de una administración de justicia más eficiente, eficaz y ágil, como parte de un cambio de paradigma que se está abordando desde la tecnología para transformar e innovar los procesos judiciales.

La celeridad que las herramientas tecnológicas y digitales imprimieron a los procesos judiciales es innegable. La utilización de las comunicaciones electrónicas, la firma digital, la posibilidad de celebración de acuerdos en forma remota y de audiencias virtuales redundaron en agilidad. La simplificación y la automatización de los actos procedimentales, trámites y servicios que presta el Poder Judicial han venido a fortalecer la eficiencia administrativa y a cambiar la metodología tradicional en la toma de decisiones, coadyuvando al desarrollo de los procesos del modo más rápido posible, en aras de garantizar la seguridad jurídica y, en el caso del enjuiciamiento penal, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término dentro de un plazo razonable a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que este comporta.

Como uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial debe ser fortalecido, y ello está indudablemente relacionado con la independencia. Es artífice y asiste a un nuevo paradigma en la prestación del servicio de justicia, con nuevas moda-

lidades y reglas de trabajo que actualizan y modernizan sus estructuras organizacionales, haciéndolas más flexibles, dinámicas y operativas. Este desafío brinda la oportunidad de repensar las formas tradicionales de administrar justicia, pues no solo nos dirigimos hacia un cambio de prácticas, sino hacia una modificación cultural,

concibiendo y rediseñando el sistema de justicia como un servicio esencial pensado en función de los ciudadanos, accesible y dispuesto a dar respuestas sencillas, inmediatas y coherentes, como la situación extraordinaria actual amerita, convirtiéndose asimismo, el Poder Judicial, en un actor central de la pospandemia.

# Teletrabajo decente a la luz de la Agenda 2030

## Desconexión digital. Conciliación entre la vida familiar y la laboral. Ciberacoso

Silvana Millán (\*)

**Sumario:** I. Sumario.— II. Introducción.— III. Italia.— IV. Argentina.— V. Teletrabajo y derecho internacional privado.— VI. Cuestiones comunes a analizar.— VII. Teletrabajo. Trabajo decente. Agenda 2030.— VIII. Conclusiones.

### I. Sumario

En este trabajo se aborda el teletrabajo como modalidad contractual subordinada, propiciando el *trabajo decente* a fin de cumplir con los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) desde la perspectiva latino-italiana, considerando el derecho internacional privado, la negociación colectiva y los principios rectores.

### II. Introducción

En el año 2019, la OIT y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (Eurofound) elaboraron un informe denominado “Trabajar en cualquier momento y cualquier lugar” (1). La puesta en marcha de este acuerdo mantiene incólume la protección de los trabajadores incluidos en él, evitando los miembros de las organizaciones firmantes generar cargas inútiles a las pequeñas y medianas empresas

(pymes). La transformación digital ha revolucionado la forma de laborar y la vida cotidiana de las personas humanas. Producto del COVID-19, el cambio social y económico se acelera de manera exponencial a la luz de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC).

Durante 2020 y 2021 muchos países de América Latina (2) han implementado el teletrabajo a través de legislación especial o integrada a sus Códigos de Trabajo. En la Argentina, la ley 27.555 del 30/03/2020, reglamentada por dec. 27/2021 y res. 54/2021, entró en vigencia a partir del 01/04/2021 (3).

### III. Italia

En Italia, la ley 81, del 22/05/2017 (4), introdujo los conceptos de *lavoro agile* o *smart work*, optando el legislador por proponer soluciones más modernas, vislumbrando la conciliación entre el trabajo y la vida familiar en el contexto del em-

(\*) Delegada bonaerense del Foro Internacional de Mediadores Profesionales (FIMEP), Universidad Loyola. Experta de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU). Docente titular e investigadora de Universidad Atlántida Argentina. Docente titular en la Licenciatura en Resolución de Conflictos y Mediación, Universidad Nacional de Tres de Febrero.

(1) Véase [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_712531.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf).

(2) Chile (ley 21.220), Brasil (ley 13.467), Colombia (ley 2088/21), Panamá (126), Guatemala (dec. 5), Paraguay (ley 6738/21), Ecuador (Ley de Apoyo Humanitario), Bolivia (dec. supremo 4218), Costa Rica (ley 9738), Perú (ley 30.036), El Salvador (dec. 600), México (Ley Federal de Trabajo).

(3) Véase <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-27-2021-346325>.

(4) Véase <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg>.

pleo subordinado (5) —cap. II, arts. 18-24 del citado cuerpo legal (6)—. Esta nueva ley amplió la protección de los trabajadores autónomos e introdujo un nuevo esquema de trabajo flexible. “Trabajo inteligente” es un acuerdo entre el empleador y el empleado por el cual el empleado puede completar la labor para la que fue contratado sin la limitación de desempeñarse desde un lugar fijo, ni en un horario fijo.

El acuerdo entre las partes debe introducir la remuneración considerando la igualdad con los trabajadores presenciales, la modalidad de trabajo fuera de las instalaciones de la empresa conforme a la normativa vigente, los convenios colectivos de trabajo y la jornada laboral. Específicamente, indicará el derecho de los trabajadores a la desconexión digital enunciando la forma en que el empleador hará uso de sus facultades de dirección y control. Incorpora un capítulo sobre la capacitación, respetando el derecho a la privacidad (7). No es necesaria la intervención de las entidades sindicales según esta ley.

Durante el año 2020, el gobierno italiano impuso el teletrabajo a sus funcionarios e instó a los empleadores privados a seguir su ejemplo. En cuestión de días, la cifra de los trabajadores a distancia en Italia pasó de 570.000 a 8 millones. Un año después, a pesar del relajamiento de las medidas anti-COVID, en Italia siguen trabajando a distancia unos 7,3 millones de italianos, casi un tercio del total de los ocupados, surgiendo modalidades mixtas, cuando el empleado trabaja unos días en la oficina y otros desde casa (8).

La definición de “trabajo inteligente” contenida en la norma 81 (22/05/2017) hace hincapié en la flexibilidad organizativa, el carácter voluntario de las partes que firman el convenio individual y el uso de herramientas que le permitan trabajar de forma remota (tales como portátiles, tabletas

y teléfonos inteligentes). A los trabajadores ágiles se les garantiza un trato igual —económico y normativo— con respecto a sus compañeros que realizan el servicio de forma habitual. Se prevé protección en caso de accidentes y enfermedades profesionales, según los procedimientos del Instituto Nacional de Seguros contra Accidentes del Trabajo (INAIL) en la circular 48/2017 (9).

#### IV. Argentina

En la Argentina, el art. 2º de la ley 27.555 incorporó al tít. III de la Ley de Contrato de Trabajo la modalidad de teletrabajo en el cap. VI, agregando el art. 102 bis, que brinda una definición de “teletrabajo” en sintonía con los arts. 21 y 22 de la ley 20.744 (10). Son inherentes a esta modalidad contractual: voluntariedad, reversibilidad, igualdad de derechos, igualdad de acceso a la información y oportunidades de desarrollo, jornada limitada, derecho a la desconexión digital, derecho a la intimidad y protección de datos, tareas de cuidado, seguridad e higiene, derechos sindicales, herramientas de trabajo, compensación de gastos y reparación de daños, capacitación y entrenamiento.

#### V. Teletrabajo y derecho internacional privado

Durante el año 2013 se produjo el “Lanzamiento del Programa Ítalo Argentino sobre Teletrabajo en el marco de los servicios públicos de empleo”, en Roma, Italia. Participaron el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Argentina, autoridades de la Embajada Argentina en Italia, el *Ministero de Lavoro* italiano y autoridades de la OIT en dicho país (11). El punto de partida fue reflexionar sobre las buenas prácticas en teletrabajo y las experiencias adquiridas tanto en Europa como en América Latina por los servicios públicos de empleo.

(5) Subordinación jurídica, económica y técnica.

(6) TIRABOSCHI, Michelle, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=M9EpB5Wkxrk&t=2s>.

(7) Dec. leg. italiano 196/2003. Recuperado el 25/06/2021, <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/Testi/03196dl.htm>.

(8) Véase <https://mundo.sputniknews.com/20210624/expansion-del-teletrabajo-opportunidad-o-amenza-1113509649.html>, recuperado el 26/06/2021.

(9) Véase <https://www.inail.it/cs/internet/atti-e-documenti/note-e-provvedimenti/circolari/circolare-n-48-del-2-novembre-2017.html>, recuperado el 25/06/2021.

(10) “.. Habrá contrato de teletrabajo cuando la ejecución de tareas y/o prestación de servicios sean realizados desde los domicilios de los trabajadores o desde un lugar distinto al del establecimiento, mediante la utilización de tecnologías de información y comunicación”.

(11) Véase <http://wwwwdata.unibg.it/dati/bachecca/955/62823.pdf>.

El tema central que debe abordarse desde el derecho internacional privado en los casos mixtos —aquellos que son celebrados en un país y ejecutados en otro— es el derecho aplicable, la determinación del magistrado competente y la posibilidad de recurrir a organismos internacionales que ofrezcan servicios de arbitraje laboral internacional. En la legislación argentina, el art. 17 de la ley 27.555 establece que, en principio, se aplica la ley del lugar de ejecución del contrato, pero podría ser la del lugar de celebración o del domicilio del empleador, según cuál resulte más favorable al trabajador. Cuando se trate de la contratación de extranjeros en nuestro país se estará a lo que dispongan las normas específicas. La proporción de teletrabajadores extranjeros deberá ser objetivo de la disponibilidad colectiva (12).

## VI. Cuestiones comunes a analizar

### VI.1. *Desconexión digital. Conciliación entre vida laboral y vida privada*

“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas” (13).

La OIT identifica la digitalización y las TIC como desafíos para la seguridad y la salud de los trabajadores, ya que se genera la necesidad de gestionar correctamente los riesgos psicosociales relacionados con el aislamiento laboral y el desdibujamiento de los límites entre la vida personal y la laboral (14). Sin embargo, no son las TIC las que provocan los riesgos, sino el uso que se haga de ellas.

(12) “*Prestaciones transnacionales*. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo, la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja. En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones”.

(13) Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 24).

(14) OIT, “Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia”, Ed. OIT, Ginebra, 2019.

La noción de desconexión digital fue introducida por primera vez en la legislación francesa como “Adaptación de la legislación laboral a la era digital”. Luego es incorporada al Código de Trabajo, entrando en vigor el 01/01/2017 en el apart. 7º de su art. L2242-8, que dispone: “el pleno derecho a la desconexión y puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales delegando a la disponibilidad colectiva de cada sector su implementación”.

Italia reconoce el derecho a la desconexión digital en forma genérica en el art. 19, y el derecho de descanso de los trabajadores que prestan servicios en la modalidad de *lavoro agile* (trabajo ágil) —actividad flexible en la que se alterna la presencia física en la empresa con el trabajo a distancia—. Se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos fundamentales de esta modalidad de “trabajo ágil”. También es regulado por España, India y Filipinas (15).

En la Argentina, se regula en el art. 5º de la ley (16), y la reglamentación dispone: “... Cuando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna razón objetiva, se admitirá la remisión de comunicaciones fuera de la jornada laboral. En todos los supuestos, la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada, salvo que concurren los supuestos contenidos en el art. 203 de la ley 20.744. No se podrán establecer incentivos condicionados al no ejercicio del derecho a la desconexión. Los incrementos vinculados a la retribución de las horas suplementarias no serán considerados incentivos”. Este derecho tiene su

(15) OBSERVATORIO PARLAMENTARIO, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “El derecho a la desconexión digital en India y Filipinas”, disponible en <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/derechodesconexion-digital-filipinas-india>.

(16) “*Desconexión digital*. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral”.

correlato con el tiempo de trabajo, la limitación de la jornada laboral y el tiempo de descanso entre jornada y jornada. En algunos países, las organizaciones están trabajando en protocolos de derecho a la desconexión digital, entre ellas, la empresa Repsol (17). Si bien los protocolos y los manuales de buenas prácticas laborales son importantes, no sustituyen a la negociación colectiva del trabajo (18).

### VI.2. Conciliación entre vida profesional y vida personal

La desconexión digital tiene su origen en un fundamento biológico, protegiendo la salud de los trabajadores, previniendo riesgos sociales específicos por el uso de las nuevas TIC: tecnoestrés (19), fatiga informática, sobrecarga informativa, aislamiento y el *burnout* digital (síndrome de estar quemado) (20).

En la práctica, resulta muy complejo a los teletrabajadores desconectarse y no atender a los requerimientos de empleadores y clientes más allá de la jornada laboral, confundiendo conectividad con disponibilidad. Para hacer efectivo este principio, resultará primordial promover la interrupción a través de formas automatizadas, incorporando por normativa específica —con la actuación de la autoridad de aplicación— dispositivos que garanticen su cumplimiento, imponiendo sanciones laborales cuando se viole

(17) Véase <https://campsared.ccoo.es/fda25c7bb2f350072157f98cb57f9e7d000060.pdf>.

(18) El diálogo social y la negociación colectiva han demostrado ser eficaces para el establecimiento de buenas prácticas en el trabajo y para diseñar estrategias que trasciendan los paradigmas tradicionales, promoviendo la apertura al cambio y respuestas flexibles ante los nuevos retos que nos plantea el trabajo del futuro, sin que esto implique que hipotéquemos el futuro del trabajo. Disponible en <http://www.faecys.org.ar/faecys/wp-content/uploads/2020/08/LA-DESCONEXION-DIGITAL-COMO-DERECHO.pdf>.

(19) Estado psicológico negativo relacionado con el uso de las TIC o amenaza de su uso en un futuro. Acuñado por Craig Brod en 1984.

(20) En mayo de 2019, la Organización Mundial de la Salud procedió a su reconocimiento oficial como enfermedad tras la ratificación de la revisión 11 de la Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos, cuya entrada en vigor se ha fijado para el 01/01/2022.

el orden público laboral. Por ejemplo, en el caso de los *e-mails*, puede incorporarse un sistema de envío retardado (de ese modo, el trabajador lo recibe a la primera hora laborable).

### VI.3. Convenio 190 (21) de la OIT. El “tecnoacoso”

Este Convenio sobre la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, hasta ahora ratificado por solo seis países —Argentina (22), Ecuador, Fiyi, Namibia, Somalia y Uruguay—, reconoce la incidencia negativa de la violencia laboral en la calidad de los servicios públicos y privados, a la vez que la considera incompatible con la promoción de empresas sostenibles, pues afecta a los trabajadores, a las empresas y a la productividad. Es imprescindible prevenir el acoso telemático (*online*), que incluye situaciones de violencia laboral en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluyendo las realizadas a través de las TIC. En el documento de trabajo de la OIT se define el ciberacoso en el mundo del trabajo como “cualquier comportamiento agresivo contra una víctima individual o un grupo individualizado de víctimas a través de las TIC en el contexto del trabajo”; agrega que “el resultado previsible de infligir estos actos es un daño físico o psicológico a una víctima, o a un grupo de víctimas, con lo que a menudo se degradan las condiciones de trabajo de la víctima o las víctimas, o del entorno de trabajo en general. Asimismo, el ciberacoso requiere que el comportamiento agresivo se produzca de forma regular durante un período razonable, o que la incidencia de dicho comportamiento agresivo tenga un efecto perjudicial duradero”.

La expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso dirigidos hacia las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de modo desproporcionado a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. A diferencia del tecnoestrés y el *burnout* laboral, el ciberacoso perdura

(21) La OIT solicita apoyar la campaña para su ratificación, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=dqbtPogEzX4&t=5s>.

(22) La ley 27.580 aprueba el Convenio sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, Convenio 190 de la OIT, celebrado en Ginebra el 21/06/2019.

en el tiempo, aunque cese la situación de hostigamiento.

### **VII. Teletrabajo. Trabajo decente. Agenda 2030**

El *trabajo decente* es una matriz que integra diferentes aspectos que hacen a la “calidad y cantidad de los empleos” y a las “relaciones sociales y al tipo de sociedad y de desarrollo humano-económico que se aspira” (23). En la memoria del director general de la OIT “Reducir el déficit de trabajo decente. Un desafío global” (SOMAVIA, 2000), la expresión es presentada como una noción que se estructura en las siguientes dimensiones: trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son respetados y cuentan con remuneración adecuada y protección social con igualdad de género. Siendo el trabajo decente un derecho humano, un derecho social incluido en el constitucionalismo social, debe incorporarse en el Objetivo Ocho de Desarrollo Sustentable, debiendo los Estados dar cuenta de las metas y he-

---

(23) ESPINOSA, “Trabajo decente: significados y alcances del concepto. Indicadores propuestos para su medición”, 2003, disponible en <http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/2006/11/trabajo-decente-oit.pdf>, recuperado el 25/06/2021.

rramientas que implementan para considerar el teletrabajo en la categoría de trabajo decente.

Propiciando el trabajo decente se van cumpliendo los otros objetivos (24): Uno (fin de la pobreza); Tres (salud y bienestar); Cuatro (educación de calidad); Cinco (igualdad de género); Siete (energía asequible y no contaminante); Nueve (industria, innovación e infraestructura); Once (ciudades y comunidades sostenibles); Doce (consumo responsable); Trece (acción por el clima); Diecisiete (alianzas para lograr los objetivos).

### **VIII. Conclusiones**

El teletrabajo es una modalidad laboral que genera de manera permanente cambios exponenciales en las relaciones laborales. Ante esta disrupción, ineludible producto de la transformación digital y la pandemia de COVID-19, la Argentina e Italia deben continuar avanzando juntas, conforme han iniciado en el año 2013, para potenciar las pequeñas y medianas empresas con buenas prácticas laborales, disminuyendo los riesgos psicosociales y el acoso telemático para estar presentes en la Agenda 2030.

---

(24) MILLÁN, Silvana, “Teletrabajo en la Agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, Ed. Bosch, Barcelona, 2020, ps. 171-184.



# El futuro del trabajo en tiempos de transformaciones tecnológicas y productivas, crisis del capitalismo y pandemia

Abel N. de Manuele (\*)

**Sumario:** I. A modo de introito.— II. Los tiempos actuales.— III. Consecuencias de la evolución capitalista. Concentración y crisis.— IV. La revolución tecnológica.— V. Algunas medidas en pandemia.— VI. Nuestra realidad.— VII. A modo de síntesis.

## I. A modo de introito

Cuando el mundo asistía a un acelerado y fenomenal proceso de transformación tecnológica, en el marco de un no menor período de concentración económica y financiera, emerge, en una remota ciudad de China (Wuhan), un virus que los científicos denominaron SARS-CoV-2 (COVID-19), que a la fecha de escribir este artículo, a pesar de la evolución de los procesos de vacunación y de las medidas que adoptaron los distintos países, aún tiene en vilo a gran parte de ellos.

Es que, sin lugar a dudas, los momentos vividos a partir de esta pandemia han sometido a la humanidad al desafío más trascendente, después de los distintos períodos bélicos que soportaron parte de las naciones durante las dos grandes guerras. Y como entonces, cuando finalizaron las Guerras Mundiales, superada que sea la amenaza

epidemiológica, se deberán soportar, además de las consecuencias sanitarias, económicas y sociales que surjan de esa tragedia, los cambios que se van produciendo en el campo del derecho del trabajo, producto de la aceleración que la pandemia provocó en los cambios productivos que ya emergían hacia el año 2020. Entre ellos, y por necesidades emergentes del impacto de la pandemia, esos cambios productivos, a los que aún el mundo no estaba en condiciones de adaptarse, por su aceleración, debieron ser asumidos de forma inmediata como mecanismos necesarios en la emergencia.

Es en ese contexto que las sociedades como la argentina, que han estado sumergidas en crisis estructurales, económicas, sociales y políticas, agudizadas, desde hace décadas, por los cambios tecnológicos, deben, además, soportar la aparición de una pandemia y sus graves consecuencias.

Por ello, desde nuestra materia, el derecho del trabajo, se propone analizar el contexto actual e intentar realizar aportes en busca de mitigar los efectos negativos que desde la aparición de la pandemia se continúan profundizando en nuestra sociedad. Veamos algunas ideas al respecto.

## II. Los tiempos actuales

Resulta indudable que estamos en presencia de un tiempo de transformación tecnológica y de

---

(\*) Abogado especialista en Derecho Laboral. Profesor ordinario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA) y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Exfuncionario del Ministerio de Trabajo. Abogado de sindicatos. Profesor invitado de cursos de posgrado. Profesor invitado de la Universidad Autónoma de Madrid. Actual jefe de Gabinete del Ministerio de Transporte de la Nación. Especialista en Derecho Privado. Docente de Derecho de las Obligaciones en la FCJS y de Instituciones de Derecho en la FCE, ambas de la UNL.

los paradigmas económicos, en una dimensión y una velocidad nunca vistas en la historia de la humanidad. Parecería que en estos tiempos aplica la frase del revolucionario francés Saint Just, cuando afirmaba que en época de innovación todo lo que no es nuevo es pernicioso.

En ese proceso, que para algunos es el ocaso de la era capitalista (en los términos tradicionales), en el que se propicia un camino hacia un sistema de mayor concentración dominado por los mercados financieros, es que se están produciendo otros cambios, no menores, por cierto, que emergen de la propia crisis que deriva de la concentración económica ya referida y de la modificación de los valores tradicionales que han guiado nuestras vidas y las de nuestros antepasados, como asimismo de las instituciones que así lo representan. Ejemplos de ello los constituyen la ecología, la educación, los valores religiosos y el medioambiente, por citar solo algunos de los más importantes.

Es en ese contexto que los mecanismos tradicionales de la producción se van alterando de forma vertiginosa, con consecuencias ventajosas y otras que, de no ser reparadas en tiempo y forma, provocarán, en especial en los países subdesarrollados o denominados periféricos, efectos irreparables.

### **III. Consecuencias de la evolución capitalista. Concentración y crisis**

Como primera cuestión para entender aquello por lo que estamos atravesando, bien vale hacer una mención de lo que el siglo XX —muchas veces con crueldad y menos piedad— nos marcó como rumbo, a veces plagado de avances y retrocesos. Savigny decía que no es posible comprender el presente de una situación orgánica si no es en conexión con su pasado.

En la anterior centuria se consolidaron los avances del proceso que se diera en llamar la “doble revolución”, el cual nos legó transformaciones tecnológicas que cambiaron el mundo y brindaron las bases sobre las cuales emergieron los procesos revolucionarios y democráticos que poblaron el planeta.

Pero también es cierto que una de las consecuencias económicas más severas, profundas y

duraderas de ese proceso fue la división entre los países avanzados y los subdesarrollados. Hobsbawm nos diría que ningún otro hecho determinará más firmemente que este la historia del siglo XX (1).

Sin dudas, el siglo XX, en especial sus primeros ochenta años, fue el período que determinó la consolidación y el crecimiento de aquel nuevo modelo productivo, a la vez que se lograron los mejores años con relación a la aplicación de políticas sociales. Fue en este contexto que el derecho laboral actuó como instrumento de superación e integración social. El derecho del trabajo no solo evitó un posible proceso de pauperización masiva, sino que lo invirtió, hacia una decisiva mejora del bienestar.

Los tiempos dorados de auge y esplendor del llamado “Estado de bienestar” se fueron opacando lentamente, a la luz de la emergencia de los mercados y las políticas de concentración económica en los países centrales; por lógica consecuencia de ello, les siguieron los países periféricos, que tiempo después darían en llamarse “mercados emergentes”, no siendo ajenas a ello las políticas de empleo y de regulación del trabajo, las cuestiones sociales y, en definitiva, las condiciones de vida de amplios sectores en la mayoría de los países.

Entonces, hasta el final de ese siglo, el mundo y la Argentina en particular buscaron evolucionar hacia Estados de pleno empleo, vigencia de los derechos sociales y de los convenios colectivos de trabajo (que garantizaban las mínimas condiciones), con una importante participación de los trabajadores en la distribución de la riqueza y una disminución en los índices de analfabetismo y desnutrición infantil.

Las sociedades eran —al menos, podríamos decir— regulares, seguras y con proyectos de vida, solo interrumpidas por gobiernos militares que, amén de las irrupciones a los procesos constitucionales, tenían por objeto —justamente— cercenar muchos de los derechos conseguidos en esos procesos sociales mencionados. No se puede ignorar —y la historia así lo demuestra— que esos procesos autoritarios tuvieron

---

(1) HOBBSAWM, Eric, “La era de la revolución”, Ed. Crítica, p. 166.

como única consigna garantizar los intereses de los sectores más poderosos y de las potencias mundiales.

Con el avance del llamado “neoliberalismo”, las distintas crisis —primero la del petróleo y luego las varias turbulencias por las que atravesaron los sistemas financieros, que hicieron lo suyo— fueron corriendo las imaginarias fronteras hacia una mayor pauperización de los sectores más vulnerables de las sociedades. A esto, que no es poco, se debe sumar el progresivo avance de las modificaciones tecnológicas, que en lo productivo se dará en llamar —por algunos— la “Tercera Revolución Industrial”.

Hace unos años, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) manifestaba que las desigualdades que se originaron con la globalización generaron mayor pobreza y exclusión para la mayoría de la población, y beneficios solo para un sector minoritario. El Consejo de Administración encomendó a un grupo de prestigiosos juristas de todo el mundo un análisis sobre la globalización, con el fin de buscar soluciones que permitieran una mayor equidad y consecuencias favorables para las mayorías. En este trabajo (2) se describió la situación reconociendo que en el funcionamiento actual de la economía global se observan desequilibrios persistentes y profundamente arraigados, que resultan inaceptables desde un punto de vista ético e indefendibles desde el punto de vista político. La economía se hace cada vez más global, mientras que las instituciones sociales y políticas siguen siendo de alcance local, nacional o regional. El desequilibrio entre la economía y la sociedad está trastornando la justicia social.

La actitud de los mercados se destinó a minar, mediante la desregulación y la competencia de las legislaciones sociales y medioambientales; como lógica consecuencia, después de provocar el menoscabo del bienestar social, y desde un simple punto de vista lógico-jurídico, era previsible que los mercados financieros fueran los primeros en desmoronarse. Supiot (3) explicaba que no es sorprendente que estas advertencias

(2) COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA GLOBALIZACIÓN, “Por una globalización justa”.

(3) SUPIOT, Alain, “El espíritu de Filadelfia”, p. 94.

no hayan sido atendidas y es de temer que suceda lo mismo en materia social y medioambiental.

En contraste con la dogmática jurídica, dogmática consciente de sí misma y abierta al recurso de la interpretación, las dogmáticas científicas no se admiten como tales y son perfectamente impermeables a cualquier tipo de crítica exterior. En eso estriba su fuerza, pero también su debilidad, cuando se ven atrapadas, como le sucede actualmente a la doctrina ultraliberal, por el principio de realidad. Las élites políticas o económicas que la encarnan son, entonces, incapaces de comprender por qué el mundo se hunde bajo sus pies. Como en su tiempo lo señaló Alexis de Tocqueville, no advertimos que estamos durmiendo sobre un volcán.

#### IV. La revolución tecnológica

A partir de la mera observación de nuestra realidad, podemos apreciar la velocidad y magnitud de los cambios producidos en las últimas décadas. Las simples prestaciones, que otrora eran desarrolladas por personas, hoy son reemplazadas por máquinas u otro tipo de prestación tecnificada, las que desisten de la tarea humana o —en el mejor de los casos— la han reducido a su mínima expresión.

Las actividades agrarias, comerciales, industriales, de comunicaciones, servicios y educativas, por citar solo algunas de ellas, son un fiel ejemplo de lo que pretendo explicar. En un estudio de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, “Trabajar para un futuro más prometedor” (2019), se señaló que el 56% de los puestos de trabajo corren riesgos de ser automatizados en los próximos veinte años.

Es indudable que desde los años setenta (del siglo pasado) se precipitó una importante gama de cambios de la mano del fenomenal desarrollo tecnológico, que cada vez se acelera más y más. Así fue, en el pasado, el caso de la imprenta, el tren y la industria, y, más tarde, del petróleo, el automóvil, las radios y la televisión; hacia los inicios de este siglo, lo configuraron internet, la robótica y la inteligencia artificial. Es indudable que el impacto de las denominadas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) comprende a las formas productivas, las relaciones laborales y, en especial, los comportamien-

tos culturales de las personas. Hoy somos gobernados por la llamada “industria 4.0”.

El desarrollo colectivo y la vinculación social de las personas ya no son el motor de la construcción de la realidad. Hoy la realidad parte de los correos, los sistemas de mensajes por celular, las redes sociales en todas sus variantes, la vinculación vía internet para participar de eventos, recitales, conferencias, clases, etc., o el propio almacenamiento en la “nube”, la inteligencia artificial o la cadena de bloques.

Esta nueva etapa (cuarta) de la Revolución Industrial (también llamada por algunos “industria 4.0”) ha generado importantes cambios estructurales en el comercio, la producción, el empleo y los propios hábitos de vida de las personas.

Rifkin (4) trae al análisis un razonamiento que en su tiempo formuló Keynes, al cual, tal vez, no se le otorgó la debida connotación. Afirmaba este gran economista que las nuevas tecnologías aumentaban la productividad y reducían los costes de los bienes y servicios a un ritmo sin precedentes. También reducían de una manera drástica la cantidad de trabajo humano necesario para producir esos bienes y servicios. De hecho, Keynes introdujo un nuevo concepto, asegurando a sus lectores que oírían hablar mucho de él en los próximos años: el “desempleo tecnológico”, expresión que —según él— designa el desempleo debido al descubrimiento de medios para reducir el uso de mano de obra y que crece a un ritmo que sobrepasa la capacidad de hallar nuevos usos para dicha mano de obra.

Asimismo, Keynes se apresuró a añadir que si bien el desempleo tecnológico es negativo a corto plazo, a largo plazo es positivo, porque significa “que la humanidad soluciona sus problemas económicos”. Keynes creía que “pronto se puede llegar a un punto, quizá mucho antes de lo que todos creemos, en el que estas necesidades [económicas] se satisfagan en el sentido de que prefiramos dedicar nuestra energía a fines no económicos”. Keynes esperaba la llegada de un futuro en el que las máquinas produjeran bienes y servicios abundantes y casi gratuitos, liberaran al ser humano del trabajo duro y de la adversidad, e hicieran que la mente humana dejara de preocu-

(4) Ob. cit., p. 275.

parse por intereses estrictamente pecuniarios y se centrara más en las “artes para la vida” y en la búsqueda de lo trascendente, lo que se podría llamar ocio aristotélico. Pero el efecto positivo keynesiano de la evolución tecnológica, evidentemente, no sucederá solo.

En materia laboral, la evolución tecnológica sumó nuevas “modalidades” a las que ya existían en tiempos no muy lejanos; empezaron a ser parte de la vida cotidiana de las personas, las que nos llevaron a prestaciones individuales, muchas de ellas en los propios domicilios de los trabajadores y otras en países ubicados en distintos continentes. Así surgieron el *working* (5), *crowdworking* (6), *peer to peer lending* (7), *smart working* (8), *networking* (9), “trabajo *freelance*”, “teletrabajo” o “trabajo conectado remoto”, “robótica”, algunos de ellos con el control de las llamadas plataformas, tales como las “empresas” dedicadas a servicios de cadetería o *delivery*. En todos ellos, o por lo menos en su mayoría, no existe, a ciencia cierta, conocimiento de quién/es es/son su/s titular/es (generalmente otros países), y solo se tiene referencia de ellos a través del conocimiento de la figura del trabajador.

No caben dudas de que estamos en presencia de nuevas formas de organización empresarial. Se trata de una nueva forma de organizar y coordinar el trabajo, como, asimismo, de una nueva forma de empresa, muchas veces oculta detrás de complejas figuras, muchas de las cuales aún carecen de regulación. Esto configura una nueva forma de reclutamiento laboral y de organización del trabajo.

Estas nuevas alternativas de organización empresarial incorporan modalidades, muchas de dudosas legalidades. En efecto, en aquellas que

(5) Se le da tal denominación inglesa a la multitud organizada a través de meras tecnologías digitales. En él, se dice que existe un espíritu de cooperación y colaboración.

(6) Se denomina así a la organización empresarial y al ordenamiento laboral a través de plataformas digitales y trabajadores en red. No existe sede fija y física.

(7) Son plataformas de bancos virtuales para préstamos entre personas.

(8) Es una alternativa por medio de la cual se pacta el trabajo a distancia, movilidad, libertad, horarios.

(9) Llamado trabajo inteligente.

se denominan “trabajo a demanda” o “vía *app*” se invoca la ausencia de relación de dependencia, haciendo referencia a la “economía colaborativa”, que consiste en el traslado de mercaderías; la consideran una forma que se realiza por medios que no constituyen el cumplimiento de un contrato de trabajo, sino que se trata de mercaderías entregadas “en comodato”, mientras que la interrupción de la relación por la contratante no es laboral, por cuanto simplemente “bloquea” al usuario de la plataforma (10). Esto configura, muchas veces, un aislamiento y reducción de la identidad de los trabajadores, estableciendo condiciones de flexibilización laboral, lo que nos conduce al establecimiento de bajos salarios, imposibilidad de aplicar derechos colectivos laborales (convenios colectivos y pertenencia sindical), jornadas laborales por sobre las reglamentarias, precarias condiciones de seguridad, entre otros perjuicios.

## V. Algunas medidas en pandemia

En tal contexto económico, productivo y tecnológico, al cual nos referíamos brevemente, los países deben enfrentar la pandemia que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el pasado el 11 de marzo de 2020, y que posteriormente, el 17 de mayo, se calificó como “endémica”, producto de la propagación del virus COVID-19. Este flagelo, a la fecha, afectó a más de 187.000.000 de personas, con más de 4.000.000 de víctimas fatales. En nuestro país, a la fecha y con el virus en plena expansión, ha significado, a la hora de escribir este artículo, más de 4.600.000 contagios y 98.000 muertos (11). Esta pandemia solo tiene como antecedente las llamadas “peste bubónica o negra” (12) y la “gripe española” (13).

(10) Ver JNTrab. N° 37, “Rojas, Luis R. y otros c. Rappi Arg. SAS s/ medida cautelar”, expte. 46618/2018.

(11) Nota de edición: datos brindados por el autor a la fecha de escritura del artículo.

(12) Con origen en Asia, llegó a Europa a mediados del siglo XIII, y que matara a millones de personas durante casi un siglo.

(13) Originada en los Estados Unidos en el año 1918, duró más de cuatro años y costó la vida de más de cincuenta millones de personas.

Más allá de esas desgraciadas cifras, la pandemia completa la tragedia con devastadoras consecuencias en lo personal, físicas, psicológicas y familiares, y ni hablar de aquellas de naturaleza económica, social y productiva. Nadie puede ignorar que el mundo de hoy no es igual al de los últimos días del año 2019. La tragedia parece no tener fin, y sus consecuencias aún son indescifrables.

Ni bien el mundo observó el avance devastador del virus, se empezó con la adopción de un rosario de medidas, que van desde lo estrictamente sanitario (entre ellas, las llamadas cuarentenas) a las de naturaleza política, económica, social y productivo-laboral.

Solo un grupo de países —por las matrices ideológicas de sus gobiernos— ha priorizado los intereses económicos en detrimento de la vida y la salud de sus habitantes. Esto también ha demostrado las miserias y la falta de apego a los más sagrados valores por algunos pocos mandatarios y políticos del mundo.

No puede ignorarse que la pandemia ha traído modificaciones a nuestro estilo de vida, costumbres, hábitos y forma de manejarnos en los actos cotidianos de la vida. Y, en este aspecto, también importa señalar que las formas y costumbres en materia del trabajo han sufrido cambios; algunos de ellos seguramente serán temporales y otros han venido para quedarse entre nosotros. Sus consecuencias son difíciles de aventurar.

En ese marco, los Estados debieron adoptar una batería de medidas, todas ellas de emergencia, de “máxima necesidad”, “extraordinarias” y de “excepción”. Es decir que, ante la inminencia de una peligrosa tempestad, se impuso el deber de atenderla y enfrentarla. En el caso de nuestro derecho, estas medidas encontraron sustento en nuestra Carta Magna, cuyo texto original de 1853 estableció la declaración de guerra (art. 25), el estado de sitio (art. 29) y la intervención federal (art. 31); la reforma de 1994 incorporó la delegación legislativa (art. 76) y el dictado de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3°).

El concepto de emergencia, a criterio de nuestro Máximo Tribunal de Justicia (14), “abarca un

(14) En el caso “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (ME - Banco Central)”, 27/12/1990. Ver COSSO, Julián,

hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según las circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata —siguió nuestra Corte— de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin (...). [Ello] autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional”.

En ese marco de excepcionalidad, el Poder Ejecutivo Nacional (15) procedió a legislar en esa dirección. Es así que se dispararon, desde el DNU 260/2020 (16), una serie de medidas tendientes a enfrentar esa tempestad. Ese cúmulo normativo comprendió no solo lo sanitario, sino también las diversas áreas y actividades de la vida nacional. El mundo y nuestro país en particular ingresaron en una realidad jamás imaginada.

Ahora bien, en particular en materia laboral o, más precisamente, para las actividades productivas de nuestra sociedad, se sancionó un marco normativo tendiente a que esas actividades estuvieran en línea con la emergencia. En tal sentido, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social sancionó la res. 178/2020, por la que estableció una “licencia excepcional” para todas las personas trabajadoras en relación de dependencia del sector público o privado que, habiendo ingresado del exterior, permanezcan voluntariamente en sus hogares. Por res. 184/2020 (del 10/03/2020), aquel extendió sus alcances a las personas que, con antecedentes de salud, debían permanecer aisladas o en cuarentena. Estas medidas, que incluyeron locaciones y pasantías, se establecieron sin afectación de los salarios, y su plazo se estableció a los fines del cómputo de servicios. La res. MTEySS 202/2020 derogó las anteriores y suspendió el deber de asistencia al lugar de trabajo, con percepción íntegra

---

*Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, Ed. Erreius, julio de 2020, p. 584.

(15) De igual forma, y en consonancia con el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fueron dictando normas con la finalidad de enfrentar la crisis.

(16) Extendió la emergencia sanitaria determinada por la ley 27.541 hasta el 13/03/2021.

de las remuneraciones, de los trabajadores comprendidos en las previsiones del art. 7º del dec. 260/2020 (cuarentena).

En consonancia con esa norma, la SRT dictó la res. 21/2020, por la que se impuso a los empleadores que habiliten la prestación de labores por parte de sus empleados desde sus domicilios particulares. De igual forma, se estableció una cuarentena a los trabajadores y trabajadoras de la Administración Pública que hubiesen viajado hacia Europa y los Estados Unidos, de 14 días, con percepción íntegra de haberes, según lo prevé la decisión administrativa 371/2020 (del 13/03/2020). Esta disposición se complementa con lo previsto en la res. 207/2020.

Pero es indudable que la primera determinación que indicó un verdadero cambio en nuestros hábitos fue el “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” (ASPO) establecido por el DNU 297/2020, que fuera renovado (con variantes) por una serie de decretos (17). A ello debemos agregar la prohibición de circular y la obligatoriedad de permanecer en los domicilios. A su vez, se establecieron las actividades y los servicios esenciales en la emergencia —que el propio decreto enumeró—, los que fueron exceptuados de las limitaciones del decreto; también se previó el deber de los empleadores de garantizar, según el art. 75, LCT, las condiciones de higiene y seguridad establecidas por la autoridad sanitaria.

Por su parte, el dec. 329/2020 estableció dos prohibiciones temporales: la de los despidos sin justa causa o los fundados en falta o disminución de trabajo o fuerza mayor; y la de las suspensiones en razón de falta o disminución de trabajo o por fuerza mayor, por el término de sesenta días. Esto fue prorrogado sucesivamente, hasta que en la actualidad, con la vigencia del dec. 413/2021, hasta el 31 de diciembre del corriente año, y de esta forma —con carácter temporal—, se establece en la emergencia una suerte de “estabilidad propia” a los fines de proteger las fuentes de trabajo.

Ya con el avance de la pandemia y las medidas de aislamiento dispuestas por el Poder Ejecutivo

---

(17) Cada uno de los DNU se fue adaptando según la gravedad y extensión que fue adquiriendo el desplazamiento de la pandemia en nuestro país.

Nacional, este, a través del dec. 376/2020, determinó una batería de medidas para atenuar el impacto económico emergente de la paralización de las actividades. En tal sentido, esa norma estableció una asignación o salario complementario para los trabajadores en relación de dependencia del sector privado (denominado “ATP”) (18); otra por medio de líneas de crédito a tasa cero para personas adheridas al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y para Trabajadores y Trabajadoras Autónomas, y el aumento de las prestaciones por desempleo. Aquellas fueron reglamentadas por medio de resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y de la AFIP, y por decisiones administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros. A estas medidas económicas debemos agregar la vigencia de distintos planes de asistencia al trabajo, como los denominados REPRO, y de otros de carácter social y asistencial para personas desocupadas o desplazadas socialmente.

De no menor importancia resultó el dec. 367/2020, que incluyó el COVID-19 como una enfermedad profesional no listada, previo cumplimiento de una serie de recaudos, y la determinación (19) de la Comisión Médica Central.

En tal contexto, no podemos ignorar lo que significa también la suspensión de la actividad gremial con relación a la realización de asambleas y elecciones resuelta por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (res. 238/2020); posteriormente, y ante la imposibilidad de las reuniones y actos electorales, se determinó la prórroga de los mandatos de los representantes sindicales (res. MTEySS 259/2020 y 489/2020), la realización de las audiencias del Sistema de Conciliación Laboral Obligatorio (SECCLO) en forma virtual (disp. 290/2020) y la suspensión (temporal) de los despidos y suspensiones sin justa causa (DNU 329/2020 y decs. 472/2020, 528/2020, 624/2020, 39/2021, 266/2021 y 413/2021), por ci-

(18) Programa de Asistencia al Trabajo y la Producción, establecido en el dec. 332/2020 (modificado mediante decs. 347/2020 y 376/2020), y su extensión y ampliación según decisión administrativa 1581/2020.

(19) Tales como suspensiones pactadas, percepción de salarios sin obligación de concurrencia, trabajo a distancia, suspensiones de actos electorales y asambleas sindicales, salarios (totales o en forma parcial) abonados por el Estado a través de planes de excepción, etc.

tar solo algunas de las medidas más trascendentes adoptadas desde el mes de marzo de 2020.

Desde el mismo inicio de las medidas determinadas en el DNU 270/2020, continuaron aquellas actividades que se consideran “esenciales” y otras necesarias a los fines de garantizar la continuidad productiva (en la medida en que fuere posible), para las que se optó por medios que posibilitaran el distanciamiento y/o aislamiento de los trabajadores y trabajadoras.

Esas formas o alternativas productivas, que desde hace un tiempo prudencial comenzaron a tener vigencia, se aceleraron de forma vertiginosa a partir de esta nueva realidad del mundo y de la Argentina en particular. Entre esas modalidades, poco habituales en la prepandemia, podemos mencionar al teletrabajo o trabajo remoto, el comercio por iguales medios, la logística de puerta a puerta, la gastronomía *take away*, la distribución por *delivery*, la atención bancaria a través del *homebanking*, la atención médica (no de urgencia), el dictado de clases y las reuniones y conferencias por vía remota, el servicio de justicia y la tramitación de expedientes en forma virtual, entre las formas más habituales en esta emergencia y que tenían poca o nula utilización.

Párrafo aparte merece el caso del teletrabajo, cuya implementación y práctica aceleraron, a raíz de la emergencia, su reglamentación, con tratamiento legislativo, para lo cual se dio aprobación a un proyecto oficial a través de la ley 27.555, reglamentada por medio del dec. 27/2021.

Este cúmulo de medidas, por citar las más importantes, tiene por objeto señalar situaciones que modificaron nuestro marco normativo, que resultaban difíciles de imaginar en tiempos previos a la pandemia. Después de más de quince meses de la emergencia sanitaria, también podríamos afirmar que muchas de esas formas de relacionarnos, trabajar, comunicarnos o comerciar difícilmente serán superadas. Muchas de ellas han venido para quedarse y, de tal forma, ser parte de nuestra realidad en el futuro.

## VI. Nuestra realidad

Es indudable que estamos viviendo tiempos de absoluta complejidad, en los que parecen confluir los impactos de la crisis del modelo capita-

lista, acelerada por los cambios tecnológicos, con las consecuencias de la pandemia. Parece una verdadera parábola diabólica que pone al mundo ante uno de los desafíos más importantes de los últimos siglos.

En especial en los países subdesarrollados, con economías dependientes e inmersos en crisis sociales y económicas, encontrar mecanismos que logren la adecuación de sus sistemas productivos a esos cambios, sin que ello signifique una mayor precarización del trabajo y de sus economías, resulta una cuestión vital para la subsistencia de la vida en sociedad.

Recordemos que la globalización ha convertido a la opinión pública en una vigorosa fuerza política que ejerce presiones insistentes sobre todas las instituciones políticas establecidas desde los Estados, partidos políticos y naciones, hasta las organizaciones internacionales, lo que origina una nueva tensión entre la democracia representativa y la democracia participativa. El actual proceso carece de medios para mantener el equilibrio entre los mercados y la democracia.

Se suele reconocer que las características fundamentales de la globalización han sido la liberalización del comercio internacional, la expansión de la IED y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos. Muchos opinan que ello se debe a las decisiones políticas de reducir las barreras nacionales a las transacciones económicas internacionales y al impacto de las nuevas tecnologías, especialmente en el ámbito de la información y las comunicaciones.

Así, a un país asolado por una estructural crisis económica y social le llega la pandemia. A lo dicho tampoco son ajenas las causas derivadas de los cambios tecnológicos y productivos de las últimas décadas, las que se precipitaron con la llegada del virus de referencia. Todo ese contexto no puede ser ignorado a la hora de evaluar, diseñar y planificar el trabajo y sus regulaciones para el futuro. Son estas transformaciones, la crisis del capitalismo dependiente y las consecuencias de la pandemia las que, seguramente, condicionarán nuestro desarrollo y las condiciones de vida de nuestra y varias generaciones.

No puede ignorarse que el futuro que tendremos que transitar estará signado por amenazas y por el aumento de la pobreza, la marginalidad y el desempleo. Tampoco serán ajenas las insolvencias empresarias y los problemas del empleo. Este horizonte nos obliga a una profunda reflexión.

Corresponde mencionar, en este orden de ideas, el reciente e histórico acuerdo de los ministros de Finanzas del G20 para la imposición de un impuesto a las multinacionales, con el objetivo de poner fin a los paraísos fiscales mediante una arquitectura tributaria internacional “más estable y más justa”, que establecerá un impuesto global de “al menos el 15%” sobre las ganancias de las multinacionales. Los países que representan el 85% del PIB mundial quieren gravar de forma justa a los gigantes digitales que evaden en gran medida los impuestos (20). Ello revela que el grado actual de “globalización” está afectando incluso a los países “centrales”, que paradójicamente fueron y son sus promotores.

Por otra parte, y particularmente en lo que se refiere al trabajo, no podemos obviar que algunos de los cambios llegaron para quedarse: teletrabajo, reuniones, conferencias y clases docentes a distancia, el trabajo por plataformas o las modalidades de *delivery*, operaciones remotas en las gestiones bancarias, trámites judiciales, administrativos, comerciales, por citar solo algunos de los que seguramente pasarán a formar parte de nuestra cotidianeidad.

Igualmente, y sin desconocer esa realidad, corresponde que hagamos los mayores esfuerzos para evitar que esas nuevas alternativas de organización empresarial se institucionalicen, a partir de la emergencia, en perjuicio de los trabajadores. En efecto, en los denominados “trabajo a demanda” o “vía *app*” se invoca la ausencia de relación de dependencia, haciendo referencia a la “economía colaborativa”, cuando en realidad no existe forma de disfrazar o de ocultar una verdadera relación de naturaleza laboral (21).

---

(20) Véase <https://www.telam.com.ar/notas/202107/560826-g20-impuesto-multinacionales.html>.

(21) Ver JNTrab. N° 37, “Rojas, Luis R. y otros c. Rappi Arg. SAS s/ medida cautelar”, expte. 46618/2018.



## VII. A modo de síntesis

Según lo dicho, es indudable que estamos en el centro de una profunda crisis, la cual requiere de decisiones complejas, ya que de lo contrario se profundizará la brecha social, con las consecuencias que ello acarrea. En este aspecto bien vale recordar los objetivos [17] consignados en la Agenda 2030. Este plan, impulsado por las Naciones Unidas, es de acción mundial a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, a través del compromiso de los países del mundo. Sus diecisiete puntos, que sintetizan sus objetivos, son:

- 1) Fin de la pobreza.
- 2) Hambre cero.
- 3) Salud y bienestar.
- 4) Educación de calidad.
- 5) Igualdad de género.
- 6) Agua limpia y saneamiento.
- 7) Energía accesible y no contaminante.
- 8) Trabajo decente y crecimiento económico.
- 9) Industria, innovación e infraestructura.
- 10) Reducción de las desigualdades.
- 11) Ciudades y comunidades sostenibles.
- 12) Producción y consumo responsables.
- 13) Acción por el clima.

- 14) Vida submarina.
- 15) Vida de ecosistemas terrestres.
- 16) Paz, justicia e instituciones sólidas.
- 17) Alianzas para lograr los objetivos.

Es, en definitiva, el derecho —y en especial nuestra disciplina— el que también deberá responder con la actualidad y contemporaneidad que la realidad nos reclama. No es simplemente un problema de actualización. Se trata de evitar una catástrofe de consecuencias inimaginables. Depende de la actitud y el compromiso de los actores sociales y del Estado, quien ha demostrado, mal que le pese a los liberales, ser el único en condiciones de garantizar la paz social y la contención de la sociedad.

En su momento, el autor alemán Ulrich Beck se refería a la “sociedad del riesgo”, lo que —de otra manera— quiere decir que vivimos en tiempos inciertos, pero ello no nos puede llevar a resignarnos a pensar en el progreso social y a apropiarnos de la utopía de que el mañana será mejor. Robert Castel nos decía que “el porvenir está abierto”, por lo que, con esas palabras, podríamos caracterizar los tiempos venideros. Como bien lo señalara, ya hace unos años, nuestro Máximo Tribunal de Justicia, “.. el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos estos, los cuales solo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquel y del bien común” (22).

(22) CS, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos c. AMSA SA s/ despedido”.



# PERSPECTIVA DE GÉNERO



# Identidad de género y libertad de cultos (\*)

Rodolfo Barra (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Ordenamiento jurídico nacional y ordenamiento jurídico de la Iglesia católica.— III. La relación ordenamiento eclesiástico-ordenamientos nacionales. Los caracteres del ordenamiento eclesiástico.— IV. Principios que gobiernan la relación entre ambos ordenamientos.— V. El caso argentino.— VI. El deslinde entre ordenamientos.— VII. El Concordato de 1966 y la jurisdicción de la Iglesia.— VIII. La potestad de orden.— IX. La potestad magisterial.— X. La potestad de “régimen, jurisdicción o gobierno”.— XI. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— XII. El caso “R. A.”— XIII. La aplicabilidad de la ley 26.743 al caso.— XIV. Conclusión.

## I. Introducción

Las disposiciones de la ley 26.743, llamada de “Identidad de Género”, no dejan de plantear dificultades de aplicación. Una de las más serias, aunque probablemente poco frecuente (dentro de la —supongo— poca frecuencia del “cambio de género”), es la que expresa el caso que ahora comento, resuelto por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos “R., A. c. A. D. S. s/ hábeas data”, C 061637, sentencia del 13/11/2019 (1), donde se resolvió desfavorablemente para el actor una acción de hábeas data del art. 14, ley 25.326, acción por la que se perseguía la modificación del registro bautismal (católico) y de confirmación, a los efectos de que en estos quedase solo constancia de su nuevo nombre y, con él, su nuevo “género” de elección.

(\*) Publicado en “Identidad de género y libertad de cultos”, *Revista Jurídica Austral*, nro. 1, vol. 2, junio de 2021.

(\*\*) Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas. Máster en Derecho Administrativo Profundizado. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Argentina. Catedrático de Derecho Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Exjefe de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente Nacional en 1994. Exministro de Justicia de la Nación. Expresidente de la Auditoría General de la Nación.

(1) Véase [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar).

Considero conveniente, antes de analizar las singularidades del caso, abordarlo desde la perspectiva de las vinculaciones entre el ordenamiento jurídico de la Iglesia católica y el de los Estados nacionales, como veremos seguidamente.

## II. Ordenamiento jurídico nacional y ordenamiento jurídico de la Iglesia católica

Ya tuve ocasión de estudiar la relación entre el ordenamiento jurídico estatal y el ordenamiento jurídico de la Iglesia (2). Resumiendo en mucho aquel estudio anterior, sostengo, apoyado en Romano (3), que los Estados nacionales son “ordenamiento jurídico”, esto es, organizaciones dotadas de juridicidad compleja: sujetos, subordinamientos jurídicos, relaciones jurídicas entre todos ellos (intersubjetivas, comprendiendo a los subordinamientos dotados de personalidad), centros de poder o gobierno, normas jurídicas creadas por el centro de poder (heterónomas) y otras creadas por las relaciones jurídicas intersubjetivas (autónomas y siempre particulares), y una idea directriz, que es la realización del *bien común* conforme a una determinada concepción nacional (cultural) de aquel. Así, el ordenamien-

(2) Ver “Derecho público canónico. La organización de la Iglesia católica”, Ed. Marcial Pons, 2011, t. 1, caps. I a III.

(3) ROMANO, Santi, “L’ordinamento giuridico”, 2ª ed., Ed. Sansoni, Firenze, 1945.

to jurídico se confunde con la misma *polis* o comunidad políticamente organizada, considerada desde una perspectiva predominantemente jurídica (*ubi societas, ibi ius*).

También la Iglesia católica es “ordenamiento jurídico”, por su propia definición [así, se otorga a sí misma la “potestad de régimen, jurisdicción o gobierno”, cfr. c. 129, Código de Derecho Canónico, CIC (4)] y por el mismo derecho internacional, que reconoce en la *Santa Sede* a un sujeto del derecho internacional. La Santa Sede es cabeza de la Iglesia universal y de las iglesias particulares (c. 333, § 1). El concepto de “Iglesia particular” alcanza principalmente (en lo que aquí interesa) a la “diócesis” (c. 368), que es una “porción del pueblo de Dios” (es decir, de la Iglesia universal) de base territorial gobernada por el “obispo diocesano” (cc. 369 y 381 § 1). Por ser de base territorial, las diócesis coexisten con los Estados nacionales.

Ahora bien, el ordenamiento nacional (el que coincide con el Estado-nación) se integra con una pluralidad de subordenamientos jurídicos, dotados de autonomía parcial, nunca absoluta, sino relativa, con respecto al ordenamiento nacional. No ocurre lo mismo en el caso de los ordenamientos jurídicos de subjetividad internacional, que actúan en paridad recíproca (son mayormente Estados-nación). La Iglesia católica, a través de su cabeza (el cuerpo sigue a la cabeza), es ordenamiento jurídico con subjetividad internacional (para simplicidad, “ordenamiento internacional” o “sujeto internacional”), con la característica agregada de actuar también dentro de los ordenamientos nacionales. Es decir, la mayor parte del “cuerpo” que corresponde a la “cabeza” pontificia (ordenamiento internacional) actúa dentro de los ordenamientos nacionales.

La calidad de “ordenamiento internacional” es reconocida a la Iglesia por el art. 75.22 de la CN, cuando encomienda al Congreso “[A]probar o desechar (...) los concordatos con la Santa Sede...”, reconociendo en ellos “jerarquía superior a las leyes”. De la misma manera, el art. 146 del Cód. Civ. y Com. reconoce personalidad jurídica pública a la Iglesia católica, en paridad tanto con los Estados extranjeros y otros sujetos

del derecho internacional público, como con las personas públicas nacionales. Es importante la diferenciación hecha por el legislador civil con otros sujetos de base religiosa, a los que se les reconoce “personalidad jurídica *privada*” [art. 148, inc. e), Cód. Civ. y Com., destacado agrgado].

### III. La relación ordenamiento eclesiástico-ordenamientos nacionales. Los caracteres del ordenamiento eclesiástico

La teoría de las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos ocupa un lugar central en la ciencia del derecho, por lo menos para los que entendemos que el ordenamiento jurídico no es un fenómeno exclusivamente estatal, si bien en el Estado y por el Estado alcanza su plenitud y su dimensión unitaria dentro de la pluralidad admitida por la comunidad organizada.

La relación entre los distintos Estados nacionales importa, entonces, el fenómeno de la relación entre ordenamientos que son soberanos e independientes entre sí. Esta realidad jurídica requiere de un “derecho de coordinación” (5) para el ámbito tanto interno como internacional, que Boggiano denomina “derecho de las relaciones exteriores de los ordenamientos o *ius inter iura*”, al que puede llegarse por inducción a través de “los casos” y su “realista localización”.

En el caso de la relación del ordenamiento eclesiástico con los ordenamientos estatales nacionales, la situación es de una especial singularidad, sin por ello dejar de estar comprendido en el supuesto del *ius inter iura*.

Como ocurre con los ordenamientos integrantes del sistema internacional, el eclesiástico se encuentra frente al ordenamiento estatal en la misma condición de soberanía e independencia. Pero, a diferencia de lo que sucede en la relación entre ordenamientos estatales, el eclesiástico es, a la vez, un ordenamiento que *actúa en el interior* del estatal sin sometimiento al ordenamiento general, o sin el mismo tipo de sometimiento al que

(5) Este derecho es fruto de la que Norberto Bobbio denomina “relación de coordinación”, en “Teoria generale del diritto”, Ed. Giappichelli, Torino, 1993, p. 279; sobre las otras categorías que este autor identifica, ver ps. 279-282. También BOGGIANO, Antonio, “Derecho internacional público y privado y derecho del Mercosur”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998, ps. 8 y ss.

(4) “Código de Derecho Canónico (CIC)”, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 1989.

se encuentran obligados los ordenamientos menores o subordenamientos (6).

Para comprender la especialidad de la relación ordenamiento estatal-ordenamiento eclesiástico, debemos partir de afirmar la originalidad —en cuanto *originario* o *primario*— del ordenamiento eclesiástico, es decir, su nacimiento fuera y de manera independiente del estatal (lo que no ocurre, naturalmente, con los subordenamientos insertos en el estatal). Esto es así sin dejar de considerar —por el contrario, afirmar— al eclesiástico como ordenamiento verdaderamente jurídico, pero cuyos caracteres de tal naturaleza —es decir, caracteres jurídicos— no derivan de ningún ordenamiento estatal, sino que son originariamente propios. Por eso destaca Romano (7) que la juridicidad del ordenamiento eclesiástico no precisa de ningún tipo de atribución de tal cualidad por el ordenamiento estatal. El derecho matrimonial, el derecho penal, el derecho sacramental, etc., siempre como institutos del ordenamiento eclesiástico, guardan la calidad de verdaderas instituciones jurídicas, aunque no sean receptadas, o aun sean irrelevantes, para el Estado. Es derecho para los fieles, para quienes también son jurídicas, por ejemplo, las sanciones que el ordenamiento eclesiástico pue-

de imponer en determinados casos. Lo que el Estado —por lo menos en un régimen pluralista y democrático— no puede hacer es desconocer su existencia, y mucho menos prohibirlo, ya que aun así seguiría existiendo, como lo demuestra la experiencia histórica, incluso la más reciente.

El ordenamiento eclesiástico es: 1) *autónomo*, porque se da sus propias normas sin depender ni someterse —salvo voluntariamente, conforme, normalmente, a los términos *concordados* (cfr. c. 3, CIC), o por propia remisión (p. ej., c. 1290, en materia de contratos)— a las normas estatales; 2) *autojudiciable*, ya que resuelve los conflictos entre o con sujetos sometidos a su ordenamiento con sus propios tribunales judiciales (cfr. c. 1401); 3) *autosustentable*, es decir, se sustenta en sí mismo y no en el ordenamiento estatal; 4) *autosuficiente*, ya que no requiere de ningún auxilio estatal para obtener y mantener su juridicidad. Por ello, no basta, para el eclesiástico, con hablar de autonomía. Esta puede ser atribuida o reconocida por el ordenamiento estatal a determinados sujetos que actúan dentro de él. Así, la reconoce a los sujetos físicos al consagrar el principio de la autonomía de la voluntad —aplicable, analógicamente, también a las personas jurídicas—, pero este no es autosuficiente —requiere del marco jurídico estatal—, aunque debemos afirmar sin lugar a dudas que es autosustentable, ya que se funda en la dignidad de la persona humana. El ordenamiento estatal atribuye la calidad autónoma también a ciertas organizaciones de su propia creación y para servir a los fines de su propia organización estatal. Pero en este caso, entonces, la autonomía no es ni autosuficiente ni autosustentable. En estas condiciones, entre el ordenamiento eclesiástico y el estatal no existe relación de subsidiariedad en sentido propio, ya que entre ellos no se da una “relación de mayor a menor”, y sus áreas de competencia son cualitativamente diversas y no comunicables. Esto no obsta, naturalmente, a que entre los dos ordenamientos exista, o deba existir, una verdadera relación de cooperación, como veremos más adelante.

En consecuencia, el ordenamiento eclesiástico es más que “autónomo”, o bien podemos decir que posee una autonomía fortificada —pero como un verdadero salto cualitativo—, con aquellas dos notas de la suficiencia y la sustentabilidad.

(6) BOBBIO, Norberto, “Teoria generale del diritto”, ob. cit., ps. 285-292, distingue tres categorías de relaciones entre ordenamientos, según su confluencia o coincidencia sobre los ámbitos temporal, espacial y material. Si dos ordenamientos no coinciden en ninguno de estos ámbitos, no existe interferencia entre ellos y, por tanto, no hay problema de coordinación. Si coinciden en los tres, hay confusión de ordenamientos, de manera que uno desaparecería ante el otro. La cuestión de la coordinación nace cuando coinciden en dos de los tres ámbitos. Así, pueden tener en común los ámbitos espacial y material, pero no el temporal: tal es el caso de dos ordenamientos estatales que se suceden, con distinción prácticamente absoluta, en el tiempo, por ejemplo, como consecuencia de una revolución. Otro supuesto es cuando los dos ordenamientos tienen en común el ámbito temporal y el material, pero no el espacial, como ocurre con dos Estados contemporáneos que, naturalmente, tienen poder sobre las mismas materias, pero no en el mismo territorio. El tercero es cuando los dos ordenamientos coinciden en el tiempo y en el espacio, pero no en las materias. Así sería el caso de los Estados y la Iglesia, cuyas materias son diferentes: en lo temporal y en lo espiritual, respectivamente. De todas formas, existen muchas materias en particular en las que los dos ordenamientos coinciden, lo que torna a la coordinación en especialmente delicada.

(7) Ob. cit., § 29, p. 95.

#### IV. Principios que gobiernan la relación entre ambos ordenamientos

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, podemos comprender mejor el juego de relaciones que se producen entre los dos ordenamientos jurídicos: el estatal y el eclesiástico, tomando como “tipo” a un modelo de Estado no confesional ni tampoco “prohibicionista” (como era, p. ej., el soviético).

Lo primero que debemos tener en cuenta, entonces, es que ambos —los ordenamientos estatales y el de la Iglesia— son igualmente originarios, autónomos, autosuficientes y autosustentables. Se encuentran, así, en una *relación de igualdad*, con la particularidad de que el ordenamiento eclesiástico exige ser respetado, en tal condición de igualdad, por los ordenamientos estatales, *incluso dentro del propio ámbito de “soberanía” de estos últimos*, es decir, *en el mismo interior de la comunidad estatal*. La igualdad debe ser predicada, entonces, con una validez tanto externa —como si fuesen ordenamientos de dos Estados— como interna, aunque en este punto no existen otras situaciones exactamente comparables.

Pero la relación de igualdad no basta. Esta debe ser complementada por el *mutuo reconocimiento de la juridicidad* de cada uno de los ordenamientos, reconocimiento que, al mismo tiempo, es una exigencia destinada a hacer posible la relación de igualdad. Esta no existiría de no tener ambos ordenamientos la cualidad de jurídicos.

Tal reconocimiento mutuo se refleja en la *relación de relevancia jurídica*, por la cual un ordenamiento se obliga a sí mismo a admitir la *juridicidad* —siempre originaria, autosuficiente y autosustentable— del otro, sin otro título para ello que el de su mera existencia y posibilidad de comprobación de su contenido (8).

(8) ROMANO, Santi, “L’ordinamento giuridico”, ob. cit., § 32, ps. 118 y ss., destaca que la “relevancia jurídica” no debe confundirse con el otorgamiento de una “importancia de hecho”, lo que sería solo una relevancia de conveniencia o de oportunidad, podemos decir, política. Para Romano, para que se presente tal “relevancia jurídica” es necesario que la existencia, el contenido o la eficacia de un ordenamiento se encuentren condicionados con respecto a otro, sobre la base de un “título jurídico”. Dejando de lado las distintas especies de título que el autor enumera

Así, la Iglesia no puede sino reconocer que sus fieles son, a la vez, súbditos de Estados concretos. No existe, ni es posible que exista, un fiel que no sea, a la vez, súbdito estatal, es decir, entonces, sometido al ordenamiento jurídico de un Estado (incluso los ciudadanos del Estado del Vaticano, que es un ordenamiento jurídico vinculado, pero diverso de la Iglesia). A la vez, el Estado —siempre nos referimos al pluralista y democrático— no puede sino reconocer, no solo sus obligaciones con relación a la Iglesia, impuestas por el derecho internacional, sino la realidad de que súbditos suyos —no importa si muchos o pocos— se sienten y actúan como sujetos de otro ordenamiento, el que jurídicamente también los obliga en plenitud, sin depender, siquiera supletoriamente (como ocurre con los restantes ordenamientos internos al estatal), del ordenamiento estatal. Tampoco esto es solo una realidad fáctica, sino especialmente jurídica, normalmente reconocida por los tratados o concordatos celebrados por la Iglesia y el Estado (9), sin perjuicio de resultar también del mismo “derecho de gentes”.

#### V. El caso argentino

A pesar de la extrema parquedad del acuerdo celebrado el 10 de octubre de 1966 entre la Santa

y que son inaplicables a nuestro caso —supremacía, presupuesto, compenetración— para el caso de la relación entre Estados, Romano indica que el título reside en la existencia de un ordenamiento superior, como el derecho internacional, que se sobrepone a —y justifica— la relación de relevancia entre los dos ordenamientos estatales. Aunque también este principio sea aplicable a la relación Iglesia-Estados, pensamos que no es suficiente. El título de la “relevancia jurídica” en la relación ordenamiento eclesiástico-ordenamientos estatales debe encontrarse en un lugar diverso, en definitiva, en la existencia misma de la Iglesia como institución supranacional, con fines diversos a los de los Estados. Es decir, la Iglesia —a través de la Santa Sede— es un sujeto no estatal del derecho internacional, con una actuación supraestatal y supranacional, cuyo ordenamiento es jurídicamente relevante, originario e igualitario al de los Estados, tanto, y a la vez, en el ámbito interno o nacional —donde, por aquellas notas, no puede ser equiparado a los ordenamientos menores que existen dentro del ordenamiento inclusivo general— de cada uno de ellos como en el campo de sus relaciones jurídicas de ordenamiento general a ordenamiento general.

(9) Sobre los orígenes históricos y su evolución hasta la actualidad de la práctica concordataria, y sobre el tema en general, ver BUSSO, Ariel D., “La Iglesia y la comunidad política”, Ed. Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Católica Argentina — EDUCA, Buenos Aires, 2000, cap. VI.



Sede y la República Argentina, el ordenamiento argentino contiene normas de la máxima jerarquía (en este caso, unilaterales) que garantizan la correcta relación entre ambos ordenamientos. Así, en el régimen constitucional federal argentino, las normas fundamentales se encuentran en el juego armónico de los arts. 2º, 14 y 16 de la CN. El primero de ellos afirma: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”, mientras que el segundo, en lo que nos interesa, garantiza el derecho de “todos los habitantes de la Nación” —con lo cual la norma es vinculante para las provincias y municipios (cfr. art. 5º, CN)— a “profesar libremente su culto”, además de “asociarse con fines útiles”. El art. 16 complementa estas garantías al consagrar la absoluta igualdad ante la ley de todos los habitantes de la Nación.

Así, dentro de un régimen de *plena libertad de culto*, que supone la actuación asociada institucional para profesarlo y difundirlo (10), la Iglesia recibe una situación particularizada (que no es lo mismo que “privilegiada”), en la medida en que ella profesa y difunde el culto *sostenido* por el gobierno federal, aunque esta declaración constitucional debe interpretarse de manera armónica con los derechos a la libertad de culto y al trato igualitario y no discriminatorio de los arts. 14, 16 y 18 (debido proceso sustantivo), respectivamente, de la Constitución. También esto puede expresarse de otra manera complementaria: el gobierno federal “sostiene” (11) el culto católico sin afectar la libertad religiosa de los habitantes de la Nación, de forma que tal sostenimiento o apoyo

(10) Esto último tiene como complementos necesarios los derechos de publicar las ideas “por la prensa” (se entiende que a través de cualquier medio apto para la difusión de las ideas) sin censura previa, y de “enseñar y aprender”. Obviamente, todos estos derechos deben ejercerse “conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio”, como dispone el art. 14 de la CN, reglamentación que debe atender a la protección del “orden y a la moral pública” y de los derechos de terceros (art. 19, CN), aunque sin alterar la sustancia del derecho (cfr. art. 28, CN).

(11) “Sostener”, como “sustentar”, indica tanto la acción de defender o “mantener firme” una proposición o idea, como también “auxiliar”, de cualquier forma, o asistir a la manutención de alguien. Aun cuando en el debate constituyente se concluyó en que la expresión se refería al sustento económico, el texto constitucional no precisa el sentido de la palabra, con lo cual cabe entender que la utiliza en forma amplia.

encuentra su límite en la libertad de los demás. Desde otro punto de vista, el juego armónico de aquellas normas constitucionales establece que el sostenimiento del culto católico por parte del gobierno federal no puede afectar la libertad de la Iglesia ni la libertad de los católicos, lo que prohíbe cualquier actitud de carácter “regalista”.

El culto “católico apostólico romano”, al que se refiere el art. 2º de la Constitución argentina, no es otro que el que le otorga sentido y fundamento a la Iglesia como institución; es su “idea rectora”.

No se puede sostener la “idea rectora” sin sustentar, a la vez, los restantes elementos organizativos que la misma idea rectora ha desarrollado. El mismo “culto católico” exige la existencia de la Iglesia, de su constitución jerárquica, de su organización y de su conformación como ordenamiento. No puede “sostenerse” el culto católico sin reconocer las notas de la juridicidad, originalidad, autosuficiencia y autosustentabilidad del ordenamiento jurídico eclesiástico. Tampoco puede darse tal sostenimiento si no se reconoce al mismo tiempo el estatus jurídico de “fiel” y, por tanto, el estatuto jurídico de la Iglesia-institución y de los fieles dentro del mismo ordenamiento eclesiástico, estatuto jurídico que no puede sino ser, asimismo, calificado por las mismas notas que califican al ordenamiento de procedencia.

Se enuncian así, constitucionalmente, los principios de “relevancia jurídica” —en un sentido muy especialmente subrayado, en nuestro caso, ya que el Estado declara que el ordenamiento eclesiástico es por él sostenido, o defendido, apoyado y auxiliado, lo que sería imposible o al menos absurdo sin mediar el reconocimiento de tal relevancia— y de “colaboración”, el que también se encuentra contenido en el término “sostiene”.

En congruencia con tal principio constitucional, ya el art. 33 del antiguo Cód. Civil había calificado a la Iglesia católica como “persona jurídica pública”, junto con el Estado Nacional, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas, criterio que, como hemos mencionado, se encuentra reiterado en art. 146, inc. c), del nuevo Cód. Civ. y Com.

Así, la Iglesia es reconocida por el legislador civil como *persona pública*, junto con aquellas que

son “estatales”, a pesar de no tener esta última cualidad, también, y precisamente, porque tiene su propio ordenamiento, independiente y autónomo. Es decir, nuestra legislación reconoce la existencia y valor, con todos sus efectos jurídicos, de la Iglesia-ordenamiento. Pero, en este caso, porque posee, para el ordenamiento nacional, *la misma razón de bien común*, aunque sobre materias en general distintas, que las personas jurídicas también calificadas como públicas.

## VI. El deslinde entre ordenamientos

También en el ordenamiento eclesiástico se encuentran normas de “reenvío” a favor de la legislación civil, como el caso del c. 1286 para los contratos de trabajo, y el c. 1290 para los contratos en general, sin perjuicio de la vigencia de los concordatos y otros acuerdos con sociedades políticas por encima de las mismas normas canónicas, como lo establece el c. 3, CIC.

El ya citado principio de “colaboración”, por su parte, posee igualmente naturaleza “constitucional” para la Iglesia (12). La colaboración o cooperación entre los ordenamientos eclesiástico y laico tiene su conveniente, aunque no excluyente, expresión en los “concordatos” o convenios, sin tener una distinción sustancial con los “tratos” del derecho internacional.

Conforme a los principios que rápidamente hemos mencionado en los párrafos anteriores, se efectiviza la adecuada relación entre los ordenamientos civiles y el eclesiástico, mediando siempre el reconocimiento de la relevancia jurídica, reiteremos, originaria, autosuficiente y autosustentable, del ordenamiento canónico. Ahora bien, ¿cómo se produce el *deslinde*, es decir, la decisión acerca de la aplicación de la norma pertinente, en un caso concreto?

---

(12) Constitución pastoral *Gaudium et spes*, Concilio Vaticano II: “La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanta mayor eficacia, para bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas, habida cuenta de las circunstancias de lugar y tiempo”. Ver también, nro. 42.

Boggiano (13) cita, entre otros, tres criterios que se encuentran, en nuestro caso, conectados. El primero de ellos es el de “las normas de primacía”, cuando el propio ordenamiento, al reconocer la primacía de las normas de coordinación y colaboración contenidas en los convenios entre ordenamientos “soberanos”, también *reconoce la primacía de las normas a las que tales convenios reenvían*. Estas normas, dice Boggiano, “*eligen el ordenamiento aplicable en caso de colisión por lo que bien pueden ser llamadas normas de colisión o de conflicto a semejanza de las normas de colisión del derecho privado*” (destacado en el original). En este supuesto, para posibilitar el reenvío, debería estar expresamente identificada o elegida la norma a aplicar (la reenviada), o bien resultar de la integración del texto de la norma de reenvío, de la reenviada y de las circunstancias del caso.

Lo anterior nos puede también conducir al segundo criterio expuesto por Boggiano, el de “la conexión más próxima o el *genuine link*”. Este consiste en la elección de las normas pertenecientes al ordenamiento “más próximo o con lazos más estrechos con el asunto o la causa o la relación jurídica”. El autor lo denomina también método de “inmanentización del caso transordenamiento”, ya que, si “el caso trasciende a un ordenamiento y se conecta con varios, habrá que elegir el ordenamiento que guarde los vínculos o contactos más estrechos con el asunto”.

Aunque en sí mismo independiente, el tercer criterio, el de las “diversas esferas de competencias” —de aplicación habitual en la relación entre los ordenamientos de integración y los integrados, v.gr., el caso del derecho comunitario europeo en su vinculación con los respectivos derechos nacionales— también puede ser un complemento del anterior. Se debe aplicar la norma perteneciente al ordenamiento con competencia específica para el caso, la que, si no está determinada expresa o implícitamente, o no resulta de un principio de atracción también expresamente establecido, será identificable —en definitiva, será una forma de descubrir la competencia implícita— por la conexión del caso con la norma.

---

(13) BOGGIANO, Antonio, “Derecho internacional. Derecho de las relaciones entre ordenamientos jurídicos y derechos humanos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 64-66.

## VII. El Concordato de 1966 y la jurisdicción de la Iglesia

Volviendo al caso argentino, recordemos el texto del art. I del Concordato entre la Santa Sede y la República Argentina, del 10 de octubre de 1966 (ley 17.032): “El Estado argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos”.

El Concordato enumera así tres “garantías” u obligaciones del Estado argentino con relación a la Iglesia, que identifica como “poder espiritual”, culto público y libre, y jurisdicción. Esta enumeración no ha sido, seguramente, ocasional, ya que sustancialmente coincide con las tres *potestades* que el ordenamiento eclesiástico otorga a su “centro de poder” o “gobierno”, en el caso, la Santa Sede (el papa y, en ocasiones, la curia vaticana), los obispos con el Papa, y los obispos en sus propias diócesis (14).

Tales tres potestades son: la de orden o de santificar, la de magisterio y la de régimen. Cada una de estas, desde el punto de vista jurídico, habilita para el ejercicio, aunque no de manera igual en cada caso, de un conjunto de competencias confiadas a oficios eclesiásticos determinados, conforme a lo regulado por el CIC (cfr. cc. 129 y 145, para la “potestad de régimen”).

En el ordenamiento eclesiástico, la “potestad” tiene naturaleza especial. El fin del ordenamiento eclesiástico es la salvación de las almas, esto es, un fin sobrenatural, aunque deba comenzar a ser transitado ya en el tiempo, todo lo cual es voluntariamente aceptado por los fieles como, precisamente, materia de fe. Así, mientras en el ordenamiento estatal el poder y su atributo propio, la potestad, son políticos, es decir, para el gobierno de la *polis* o comunidad política, en el ordenamiento eclesiástico, en cambio, el poder

(14) Es también así en los ordenamientos estatales. El Estado —en nuestro caso, en realidad, el gobierno, ya que el Estado Nacional es la personificación jurídica del “gobierno federal”— ejerce la “autoridad” a través de tres órganos superiores dotados de potestad (poder) para cumplir con determinadas competencias. En el caso de la Iglesia, donde no existe la “división de poderes”, el poder o potestad de santificar (salud de las almas) se ejerce mediante tres actividades sustanciales (las “potestades sacras”).

y la potestad que le es inherente son *sagrados*, en cuanto dedicados a unir a las criaturas con el Creador. La potestad en la Iglesia es *sacra*, porque la misma Iglesia es sacramento que expresa sensible y eficazmente la gracia de Dios para la salud de las almas (*salus animarum*), siempre, cabe insistir, para quien voluntariamente acepta someterse a tal ordenamiento.

La potestad en la Iglesia es esencialmente una —la de santificar—, aunque también se exprese en tres distinguibles por su fin inmediato (el fin mediato es siempre la *salus animarum*): como vimos, la potestad de orden, la de magisterio y la de jurisdicción o gobierno. Estas tres potestades son, cabe reiterar, *sacras*, pues han sido establecidas por el Fundador, Jesús, para “apacentar el Pueblo de Dios”. Las “tres potestades” se encuentran, sin confundirse, íntimamente ligadas. Así, aunque conceptual y materialmente deban distinguirse, todas emanan del propio *sacro orden* instituido por Cristo.

Por consiguiente, existe una correlación necesaria entre el “orden” y el “régimen”, como también el “magisterio”, sin perjuicio de la distinción que las tres admiten como potencias que se especifican por sus actos y los objetos propios de tales actos.

Así, entonces, “la gestión gubernamental” propiamente dicha en la Iglesia es ejercida mediante la *potestad de régimen*, sin perjuicio de que el *magisterio* es, a la vez que transmisión de la verdad, también conducción (se “apacienta” el Pueblo conduciéndolo hacia el Reino). El gobierno y el magisterio, por su parte, son actuaciones propias, en sentido pleno, de la potestad de *orden*. Precisamente, solo los dotados de potestad de orden, los “ordenados”, pueden ejercer plenamente, aunque según el oficio y órgano de que se trate, la potestad de régimen (cfr. c. 129) y la potestad magisterial.

El Concordato garantiza, antes que nada, el ejercicio, por la Iglesia, de una potestad central para su autonomía, que reside en el ejercicio de la potestad ministerial sacerdotal por quienes han recibido el denominado “orden sagrado”.

## VIII. La potestad de orden

El acceso al orden clerical, al sacerdocio ministerial, se realiza a través del *sacramento del or-*

*den*, tal como lo declara y, “por institución divina”, establece el c. 1008. Esta es una definición de gran importancia para el ordenamiento, ya que este, como sabemos, tiene una finalidad salvífica, que se expresa fundamentalmente a través de la palabra, la liturgia y los sacramentos, es decir, una *potestad espiritual* ejercida, en sentido amplio, a través del *culto*, ambos aspectos de una misma realidad garantizados por el Concordato.

En derredor de la potestad de *orden o sacra* gira la totalidad del ordenamiento de la Iglesia, esto es, en torno de los sacramentos: por el del *bautismo*, que introduce al sujeto en la Iglesia; por la *confirmación*, que lo ratifica en la fe adulta; por el *matrimonio*, que consagra el amor entre el hombre y la mujer y los hace continuadores de la obra de la Creación; por el de la *eucaristía*, que realiza la participación de los fieles en el misterio salvífico de la pasión, muerte y resurrección de Cristo; por el de la *penitencia y reconciliación*, que reintegra en la comunidad; por la *unción de los enfermos*, que nos ayuda a sobrellevar los dolores de la enfermedad y nos prepara para la vida eterna; y, finalmente, por el *orden sagrado*, que continúa, ministerialmente, el sacerdocio sagrado de Cristo (15).

Las condiciones de acceso a los sacramentos, subjetivas y objetivas, se encuentran reguladas por el derecho propio de la Iglesia. Teniendo en cuenta que la vida sacramental es la esencia del culto y del ordenamiento eclesiástico, la libertad de regular y administrar los sacramentos es central tanto para el ejercicio del culto como para la autonomía “ordinamental”, garantizados, cabe reiterar, por el Concordato y por el mismo art. 2º de la CN.

(15) De estos siete sacramentos, cinco son calificados como “sacramentos al servicio de la comunidad” por el “Capítulo Tercero del Catecismo de la Iglesia católica”, Ed. Conferencia Episcopal Argentina, 1998, nro. 1533: “El bautismo, la confirmación y la eucaristía son los sacramentos de la iniciación cristiana. Fundamentan la vocación común de todos los discípulos de Cristo, que es vocación a la santidad y a la misión de evangelizar el mundo. Confiere las gracias necesarias para vivir según el espíritu en esta vida de peregrinos en marcha hacia la patria”; nro. 1534: “Otros dos sacramentos, el orden y el matrimonio, están ordenados a la salvación de los demás. Contribuyen ciertamente a la propia salvación, pero esto lo hacen mediante el servicio que prestan a los demás. Confiere una misión particular en la Iglesia y sirven a la edificación del Pueblo de Dios”.

## IX. La potestad magisterial

La Iglesia, depositaria de la fe por expresa encomienda de su Fundador, “... tiene el deber y el derecho originario, independiente de cualquier poder humano, de predicar el Evangelio a todas las gentes...” (c. 747). Enseñar y difundir el Evangelio es una misión connatural de la Iglesia —es el fin propio de la organización, que incluye la definición de su doctrina, el que se encuentra directamente enderezado a la santificación o salud de las almas—, de manera que sin ella no existiría como organización, como ordenamiento propio e independiente de los ordenamientos civiles. Esta independencia es exigida como *condición misma de libertad* para la Iglesia, como lo plantea la norma arriba citada.

Pero aquella misión de la Iglesia no es lo mismo que la “potestad de magisterio”, aunque esta última se encuentre sustentada en aquella. La misión evangelizadora de la Iglesia —que supone la difusión y enseñanza de la palabra de Dios y la administración de los medios salvíficos— se ejerce con relación a “todas las gentes”, dice el c. 747. Aquella es una obligación de todos los fieles (cfr. c. 211), incluyendo, naturalmente, a los laicos (cfr. c. 225.1).

En cambio, *la potestad de magisterio, en sentido estricto, se ejerce con relación a los fieles*, ya que supone una situación jurídica de derecho-deber (cfr. cc. 212.1 y 213) que solo puede predicarse en la relación autoridad-súbdito, entre los dotados por el ordenamiento de tal autoridad y quienes se encuentran obligados a recibir la enseñanza, a acatarla y, también, el derecho a exigirla en las condiciones fijadas por el mismo ordenamiento.

La “magisterial” es potestad en tanto que es un acto propio del ejercicio de la autoridad, del poder de conducción de la organización, y por tanto de acatamiento obligatorio por parte de todos los miembros —clérigos y laicos, es decir, todos los fieles— de aquella.

En un sentido propio, la potestad magisterial se encuentra confiada al Papa y al Colegio Episcopal en comunión con el pontífice (16), en lo que respecta tanto al *magisterio extraordinario o in-*

(16) Constitución *Lumen Gentium*, nro. 25, Concilio Vaticano II.

*falible* (ver nota anterior) como al *magisterio ordinario*, que también obliga a los fieles a "... prestar un asentimiento religioso del entendimiento y de la voluntad, sin que llegue a ser de fe...", como lo dispone el c. 752. Siempre dentro del magisterio ordinario, también cabe el mismo tipo de "asentimiento religioso" a las enseñanzas de los obispos "en comunión con la cabeza y los miembros del Colegio", aunque actúen individualmente, o en conjunto en Conferencias Episcopales o Concilios particulares, es decir, fuera del Colegio Episcopal (c. 753). También el libre ejercicio de la potestad magisterial es, entonces, requisito del libre ejercicio de la autoridad en la Iglesia.

### X. La potestad de "régimen, jurisdicción o gobierno"

Sin perjuicio de la íntima unidad de las tres "potestades sacras", la denominada "potestad de régimen" es la que expresa más específicamente el fenómeno del gobierno en la Iglesia, en una dimensión funcional semejante a la de los ordenamientos civiles, y donde se actualiza la conducción del conjunto a través de las tres actividades de creación jurídica: legislar, administrar y juzgar.

En el ordenamiento eclesiástico, la potestad de régimen compete siempre al "orden", a los "sellados con el orden sagrado" (cfr., c. 129, § 1), es decir, al conjunto de personas de la organización que, salvo excepciones, dedican la totalidad de su actividad al servicio de aquella y cuya principal misión es ayudar a la salud de las almas, mediante la enseñanza de la verdad revelada, la administración de los sacramentos y la liturgia —es decir, las otras dos potestades sacras—, para lo cual la jurisdicción o gobierno es siempre instrumental pero, a la vez, indispensable.

Esta potestad se encuentra en el núcleo de la consideración de la Iglesia como ordenamiento, el que no puede existir sin un "centro de poder". Este, mediante la acción de gobierno —que supone la *concepción doctrinaria previa*, que en la Iglesia es el denominado "depósito de la revelación" y el *magisterio*, y la *conducción posterior*—, emite órdenes de cumplimiento obligatorio y, por tanto, de naturaleza normativa, con fuerza vinculante, por principio general en el fuero externo, y por excepción en el fuero interno. Se trata siempre de una potestad plena de gobierno, por

lo que encierra en sí misma las tres competencias materiales con relación a la norma jurídica: legislativa, ejecutiva y judicial. Es decir, la libertad de *jurisdicción* garantizada a la Iglesia por el Concordato y por el art. 2º de la CN (sin ella no hay culto católico) supone el propio y exclusivo ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, con los medios aportados por el mismo ordenamiento.

A diferencia de lo que ocurre en las sociedades civiles, la potestad de régimen o gobierno en la Iglesia se encuentra divinamente fundada y conferida al sumo pontífice y no al pueblo o conjunto de fieles. Es al papa a quien compete distribuirla, coordinarla, delimitarla y revocarla. Así lo prescribe el c. 331: "El obispo de la Iglesia romana, en quien permanece la función que el Señor encomendó singularmente a Pedro, primero entre los apóstoles, y que había de transmitirse a sus sucesores, es cabeza del Colegio de los Obispos, vicario de Cristo y pastor de la Iglesia universal en la tierra; el cual, por tanto, tiene, en virtud de su función, potestad ordinaria, que es suprema, plena, inmediata y universal en la Iglesia y que puede siempre ejercer libremente".

La potestad pontificia de régimen es *ordinaria*, es decir, aneja al oficio (c. 131); *suprema*, pues no reconoce sobre sí ninguna otra autoridad superior y así, por ejemplo, no puede someterse al juzgamiento de tribunal alguno (c. 1404), y sus decisiones son irrecurribles, incluso ante el Concilio Ecuménico, ante cualquier otra forma de actuación del Colegio Episcopal (cc. 1372 y 333, § 3), ante cualquier otra autoridad eclesiástica o, naturalmente, civil; *pleno*, pues colma en sí mismo toda la autoridad posible, tanto, y en cada caso, judicial y ejecutiva como legislativa; *inmediato*, de manera que ninguna otra autoridad puede interponerse —no existen intermedios— entre el papa y los fieles, ordenados o no, y entre los primeros, cualquiera sea el orden. Así, el pontífice no solo tiene potestad ordinaria sobre la Iglesia universal, sino primacía de aquella potestad "sobre todas las Iglesias particulares y sobre sus agrupaciones" (c. 333, § 1) y sobre todos los institutos religiosos. Es también *libre en su ejercicio*, tanto en el interior de la Iglesia como, naturalmente también, frente a cualquier poder o autoridad externa, por lo cual el poder pontificio es de una naturaleza discrecional absolutamente libre.

La potestad de régimen se asienta también y con los mismos caracteres en el Colegio Episcopal, siempre que se encuentre en comunión con el papa (“en unión con su cabeza y nunca sin esa cabeza”, reza el c. 336), que, así, es “sujeto de la potestad suprema y plena sobre toda la Iglesia” (c. 336, cit.), y, luego, en los obispos individualmente en cada una de las respectivas Iglesias particulares confiadas a su cuidado. Pero aun la autoridad colegial se encuentra condicionada a la voluntad del pontífice, a quien corresponde exclusivamente convocar al Colegio, presidirlo (aunque puede delegar esta función), trasladarlo, suspenderlo o disolverlo, aprobar sus decretos, determinar las cuestiones de competencia conciliar y aprobar otras que sean agregadas por los padres conciliares (c. 338, §§ 1 y 2).

La potestad de régimen posee el contenido que de manera propia corresponde al oficio eclesiástico de que se trate, lo que exige la existencia previa de la “misión apostólica o canónica”, o, en su caso, para los párrocos, en la medida de su competencia, de la previa “incardinación” (ambas, misión e incardinación, instituciones propias del derecho canónico).

### **XI. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de aplicar el ya citado acuerdo de 1966, con evidente empleo de los principios mencionados.

En “Juan Lastra c. Obispo de Venado Tuerto” (CS, 22/10/1991, Fallos 314:1324), el tribunal se enfrentó con un caso de embargo, con orden de subasta, de un inmueble de propiedad de la diócesis demandada, donde funcionaba la sede y vivienda del obispo diocesano. La Corte advirtió que se trataba de un bien encuadrado en la definición de “bienes temporales” instrumentales para alcanzar la satisfacción de los fines propios de la Iglesia, que resulta del c. 1254, § 2, y ccds., CIC (cfr. consid. 5º), entre ellos la caracterización de “bienes eclesiásticos” establecida por el c. 1257, § 1. Esta es la conexión más próxima entre la norma y el caso, de posible aplicación en virtud de la relevancia jurídica reconocida al ordenamiento eclesiástico por el art. I del Concordato. “Tal reconocimiento de jurisdicción —sostuvo la Corte— implica la más plena referencia

al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines...” (consid. 4º), sin perjuicio de la aplicación del entonces art. 2345 del Cód. Civil. Y así concluye el tribunal que “en tales condiciones, perteneciendo el bien embargado a la diócesis demandada, toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad solo puede decretarse o reconocerse en la República de conformidad con el ordenamiento canónico en virtud de sus disposiciones aplicables, a las que reenvía el derecho argentino (cc. 1291 a 1293 y 1295, en relación con los cc. 124.1, 127.1 y 127.2 del Código antes citado)” (consid. 6º), en una clara aplicación del principio o criterio de “la esfera de competencia”, en este caso, la correspondiente al ordenamiento eclesiástico.

En la causa “Antonio Rybar c. Rómulo García” (CS, 16/06/1992, Fallos 315:1294), se llevó a conocimiento de la Corte una impugnación de constitucionalidad contra el celibato sacerdotal. Si bien la mayoría del tribunal consideró que se trataba de una cuestión “no justiciable”, por tratarse de una materia propia de la Iglesia católica en el ámbito de su competencia, es decir, una reafirmación de la doctrina “Lastra”, los votos concurrentes de Boggiano y Barra, aun coincidiendo en la no justiciabilidad de las sanciones que habían sido impuestas por la autoridad eclesiástica al sacerdote que había contrariado la regla del celibato, ampliaron las consideraciones de “Lastra”, indicando que el “reconocimiento de jurisdicción” (relevancia jurídica) hecho por el Concordato de 1966 “implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir las faltas y sanciones disciplinarias previstas en el mismo...” (consid. 3º). En los consid. 4º y 5º, los jueces citados desestimaron la alegación del impugnante en el sentido de que la regla del celibato era contraria a garantías constitucionales y legales, ya que las normas invocadas en tal sentido no representaban la “conexión más próxima al caso”, habida cuenta del sometimiento voluntario que el impugnante había efectuado con relación al ordenamiento eclesiástico al consentir su ordenación sacerdotal (competencia), y considerando también que el celibato sacerdotal de ninguna manera es contrario al orden público argentino, lo que por lo demás sería imposible de invocar ante la clara y enfática disposición del art. 2º de la CN.

## XII. El caso “R. A.”

En “R. A.”, la parte actora había sido bautizada como varón, conforme con su sexo biológico. Con el tiempo, la actora cambió de género y nombre, mutando al femenino. Con deseo de ser madrina (femenino) de la hija de una amiga, solicitó la modificación de los registros de bautismo y confirmación, que son llevados en jurisdicción de la Iglesia conforme con los cc. 877 y 895, respectivamente, CIC. La petición fue denegada, lo que llevó a la actora a demandar por vía de la acción de “hábeas data” (art. 14, ley 25.326).

La sentencia de la sala C de la Cámara Civil, confirmatoria de la decisión de primera instancia hace una correcta aplicación de los principios arriba desarrollados, especialmente de la jurisprudencia de la Corte Suprema que también hemos ya citado. Así concluye resolviendo la no “justicialidad”, en sede civil, de la cuestión, la que, podemos precisar, por tratarse de una materia sacramental de la Iglesia católica, debe resolverse por las normas de ese ordenamiento y, en su caso, por los propios tribunales eclesiásticos, lo que —por encontrarse en juego el libre ejercicio de la potestad de orden y la potestad de jurisdicción— fue garantizado por el Concordato de 1966.

La anotación de la administración de los sacramentos del bautismo y de la confirmación en los registros mandados por el CIC es importante, porque ambos habilitan a la recepción de otros sacramentos, sin perjuicio de otras hipótesis previstas por el mismo CIC. Obviamente, la anotación indica el sexo biológico del receptor del sacramento (el derecho de la Iglesia se guía por el principio de la identidad de sexo, no de “género”, sin perjuicio del respeto y amor por todos los seres humanos), teniendo en cuenta que aquel es el único admitido en la Iglesia con valor de verdad revelada, es decir, de *contenido de la misma fe*, cuya libre profesión garantiza el Concordato: “Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó” (Génesis 1.27).

El sexo del fiel —es decir, la *identidad de sexo*— es uno de los requisitos que el ordenamiento eclesiástico considera para la recepción de importantes sacramentos: el del “orden sagrado” y el del “matrimonio”.

Con respecto al primero de ellos, el c. 1024 prescribe: “Solo el varón bautizado recibe válidamente la sagrada ordenación”, esto es, el “varón” conforme fue creado por Dios y en las condiciones en que fue bautizado, en el caso, como varón. El matrimonio, por su parte, también exige la “identidad de sexo” (es decir, la identificación del sexo biológico, sin consideración del denominado “género”): “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí...”, reza el c. 1055, § 1, principio reiterado en el c. 1057, § 2. El sacramento del matrimonio no puede celebrarse entre personas del mismo sexo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, haya sido este vicio conocido o no por los contrayentes y/o el ministro celebrante.

Si se modificasen los registros de bautismo y confirmación, se estaría modificando también la *identidad sexual* de la persona y, por tanto, alterando los requisitos para la válida administración de otros sacramentos, por ejemplo, admitir la ordenación sacerdotal de una persona sexualmente mujer devenida en, según el género adoptado, varón, condición que ni siquiera sería definitiva conforme con la ley 26.743 (art. 8º), la que admite renovadas opciones. Nótese que de esta manera una persona sexualmente mujer, pero varón según su género (en los términos de la ley 26.743), podría ser ordenada sacerdote, para, incluso, después retornar a la condición original de mujer, continuando en su calidad de sacerdote, de manera que en virtud de una ley del Estado y de la decisión de un magistrado del mismo Estado se estaría alterando el ejercicio del poder espiritual, el libre ejercicio del culto y la jurisdicción de la Iglesia, en contradicción con la garantía *pactada* en el Concordato de 1966. También se conduciría así a la modificación de los requisitos de validez del sacramento matrimonial con efectos importantes, entre otros, sobre su régimen de nulidades, también teniendo en cuenta la mutabilidad legal de la opción por género. También se estaría alterando las condiciones para la admisibilidad de los institutos de vida consagrada (p. ej., las denominadas órdenes religiosas, masculinas y femeninas), reguladas por sus propios estatutos aprobados por las autoridades eclesiásticas.

## XIII. La aplicabilidad de la ley 26.743 al caso

La pretensión de la actora en “R. A.” no podía ser sino rechazada, en tanto que la aplicación

de la ley 26.743 al caso hubiese sido manifiestamente inconstitucional. Se presentó en “R. A.”, como en el legendario “Marbury”, la cuestión de la aplicación de dos normas contradictorias: las del Concordato, con su necesaria remisión al ordenamiento de la Iglesia, en especial el CIC, y el régimen de la ley citada, en cuanto obliga a tomar en consideración la última opción de género hecha por el interesado. El art. 75, inc. 22, de la CN prescribe expresamente la supremacía jerárquica del Concordato sobre cualquier norma, incluso legal, del ordenamiento nacional.

No podría sostenerse una suerte de “inconstitucionalidad sobreviniente” del Concordato de cara a la ley 26.743. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por ley 19.865 y, por tanto, también de jerarquía superior a la ley 26.743, establece en su art. 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46”. Es decir, ninguna norma, ni siquiera constitucional, puede impedir o justificar la no aplicación de un tratado, salvo el supuesto del citado art. 46: cuando el Estado se obliga, en el tratado, en *manifiesta* violación de “una norma de importancia fundamental de su derecho interno”. Discutir si la ley 26.743 es de importancia fundamental para nuestro derecho, aun sin ser de jerarquía constitucional, sería ocioso, en tanto no existía a la fecha de celebración del Concordato y, fundamentalmente, no ha conducido a que el Estado argentino pretendiese la modificación o denuncia del mismo Concordato. Es decir, el Estado argentino ha interpretado que ambas normas pueden coexistir, en tanto no se pretenda la aplicación de la ley en contradicción con las obligaciones asumidas por la República en el citado Concordato.

Por otra parte, el texto mismo de la Ley de Identidad de Género indica que ella impone obligaciones a las autoridades nacionales (gobierno federal y provinciales). La “oponibilidad a terceros” que predica el art. 7º, sin perjuicio de no ser invocable al caso por las razones expuestas hasta el presente, se encuentra limitada por la misma

ley, que expresamente dispone: “La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral...”, es decir, el cambio registral no puede alterar los términos de la relación jurídica preexistente al cambio, en el caso, la relación jurídica que hace que la actora en “R. A.” sea “persona en la Iglesia” (cc. 96 y 849) en las condiciones en que recibió su bautismo, sacramento *indeleble* de iniciación y condicionante de los posteriores sacramentos.

#### XIV. Conclusión

Quizás el caso “R. A.”, en su trasfondo, no importe tanto una disputa jurídica, sino un claro intento de imponer, aun en el seno de la Iglesia y desde fuera de ella, una determinada agenda ideológica, la denominada “agenda de género”, o *imposición en todos los ámbitos de la vida social de la prohibición de diferenciación e identificación personal en razón del sexo natural*, para ser suplantada por una postura individual de elección del “género”, que puede ser masculino, femenino u otros (??) diversos del sexo biológico. Es parte —una batalla— de la denominada por el fallecido juez de la Corte Suprema de Justicia estadounidense Antonin Scalia “guerra cultural”, mediante la cual el “progresismo” intenta imponer autoritariamente sus valores con vocación totalizadora.

Claro que tampoco quiere esto decir que sea “justa” la guerra contraria, de persecución y condena de quienes piensen distinto o se sientan distintos. Lo importante, por lo que sin duda vale la pena “hacer la guerra” (siempre pacífica), es la defensa de la propia esfera de libertad de individuos y sectores, de la libertad de elegir, que también implica la libertad de elegir una determinada confesión religiosa (para los católicos, en razón de la fe, ayudada por la gracia de Dios), y así someterse voluntariamente a sus reglas.

Es de esperar que los sostenedores de la ideología de género acepten respetar la libertad de cultos consagrada por el art. 14 de la CN.



# Pandemia, cuidados y derechos humanos de las mujeres

## El impacto diferenciado de las medidas estatales argentinas

Laura M. Giosa (\*)

Mariana Brocca (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El trabajo no remunerado en tiempos de COVID-19.— III. Políticas impulsadas por la Argentina.— IV. Conclusiones.

### I. Introducción

Con el advenimiento de la pandemia de COVID-19, la mayoría de los Estados adoptaron medidas que restringieron derechos de la población, con el objetivo de poner un freno a los contagios ante la ausencia de una vacuna o medicamento efectivo (1). No obstante, en muchos casos estas limitaciones generaron consecuencias des-

proporcionadas en los derechos humanos de las personas. En el marco de las Américas, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) realizaron declaraciones para delimitar los elementos que los Estados deben tener en cuenta a la hora de adoptar medidas restrictivas de derechos. Entre dichos pronunciamientos se destacan la declaración 1/20 de la Corte IDH, emitida el 09 de abril de 2020, y la res. 1/2020, publicada al día siguiente de aquella.

---

(\*) Abogada (UBA). Doctoranda en Derecho (UNR). Profesora asociada de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UNICEN). Profesora adjunta interina de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Vicedirectora de la Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (UNICEN). Codirectora del Centro de Estudios en Derechos Humanos (UNICEN). Decana de la Facultad de Derecho (UNICEN).

(\*\*) Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y doctoranda en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos con honores *summa cum laude* (University of Notre Dame, beca Fulbright — MINED). Abogada por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Docente de las asignaturas Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público de la misma casa de altos estudios.

(1) RICO, María Nieves — PAUTASSI, Laura, “El derecho al cuidado en tensión: la emergencia de la sindemia en América Latina” (“The right to care at stake: the syndemic emergency in Latin America”), en DUFFY, M. *et al.* (eds.), *Confronting the Global Care Crisis during COVID-19: Past Problems, New Issues, and Pathways to Change*, Ed. Rutgers University Press, New Brunswick, 2021 (en prensa).

Entre los distintos puntos abordados, los documentos subrayan la necesidad de que las medidas que pretendan contener la propagación del virus consideren los impactos diferenciados sobre ciertos grupos, para que dicho efecto “no sea especialmente desproporcionado” (2). Particularmente, ambos órganos han hecho hincapié en la importancia de que estas limitaciones a los derechos sean adoptadas a la luz de un enfoque de género, para evitar impactos diferenciados sobre las mujeres. Así, la CIDH manifestó que los Estados deben “[i]ncorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia, teniendo en cuenta los distintos contex-

---

(2) CIDH, res. 1/2020, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> (15/06/2021), párr. 27.

tos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad” (3). Los Estados tienen el deber, entonces, de “asegura[r] la incorporación de la perspectiva de género en el diseño, implementación, ejecución y monitoreo de las medidas y políticas adoptadas en respuesta a dicha crisis sanitaria” (4).

En la Argentina, el 19/03/2020, el gobierno argentino adoptó el DNU 297/2020, que estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) para toda la población (con ciertas excepciones, v.gr., las labores consideradas esenciales). El fundamento de este fue la declaración realizada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo del mismo año, en la cual se afirmó la gravedad de la propagación del COVID-19 a nivel mundial. En este sentido, el DNU 297/2020 consideró que “nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y para ello es necesario tomar medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario”.

Ahora bien, distintas investigaciones han demostrado que el ASPO tuvo un efecto desproporcionado sobre las mujeres. Debido a ello, el Estado argentino fue adoptando, con el tiempo, acciones que procuraron paliar tales efectos diferenciados. Sobre la base de lo expuesto, el presente trabajo se dividirá en tres partes. La primera abordará uno de los impactos diferenciados más evidentes generados a partir del ASPO: la sobrecarga de las mujeres con relación a las tareas de cuidado no remunerado dentro de los hogares. La segunda sección introducirá cuáles fueron las principales políticas impulsadas por el Estado argentino con el propósito de subsanar dicha situación. Por último, se presentarán las conclusiones.

## II. El trabajo no remunerado en tiempos de COVID-19

La falta de distribución del trabajo reproductivo ya era, con anterioridad a la pandemia, una de las problemáticas expuestas dentro de las líneas

(3) CIDH, res. 1/2020, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, ob. cit., párr. 49.

(4) CIDH, res. 1/2020, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, ob. cit., párr. 50.

de investigación feministas más asentadas en la Argentina (5). Así lo deja en claro una de sus expositoras, Corina Rodríguez Enríquez, al resaltar que “[u]no de los aspectos más impactantes de la pandemia del COVID-19, es su capacidad para visibilizar algunas cuestiones estructurales que desde perspectivas feministas se venían planteando hace tiempo” (6). En efecto, numerosos son los estudios que dan cuenta de cómo las mujeres son, en su mayoría, quienes realizan el trabajo no remunerado dentro de los hogares argentinos, a causa de los roles sociales de género (7). Estos roles responden al fenómeno conocido como división sexual del trabajo, por el cual las labores reproductivas y productivas se encuentran asignadas a mujeres y varones, respectivamente, siendo la última la que posee mayor valor social agregado (8). Esto se traduce, entonces, en el control de los varones del espacio pú-

(5) PAUTASSI, Laura, “Del boom del cuidado al ejercicio de derechos”, *Revista Sur*, nro. 24, vol. 13, Ed. Conectas Direitos Humanos, São Paulo, 2016, ps. 35-42; RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina — MARZONETTO, Gabriela, “Organización social del cuidado y desigualdad: el déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina”, *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, nro. 8, año 4, Ed. UNLa, Lanús, 2015, ps. 103-134; PAUTASSI, Laura, “Perspectivas actuales en torno al enfoque de derechos y cuidado: la autonomía en tensión”, en PAUTASSI, Laura — ZIBECCHI, Carla (coords.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2013, ps. 99-132; PAUTASSI, Laura, “¡Cuánto trabajo mujer! El género y las relaciones laborales”, Ed. Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007; RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, “Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad”, *Revista Nueva Sociedad*, nro. 256, Ed. FES, Buenos Aires, disponible en <https://nuso.org/articulo/economia-feminista-y-economia-del-cuidado-aportes-conceptuales-para-el-estudio-de-la-desigualdad/> (13/06/2021).

(6) RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, “Perspectiva feminista en pandemia y más allá”, en BOHOSLAVSKY, Juan P. (ed.), *COVID-19 y derechos humanos. La pandemia de la desigualdad*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2020, p. 2.

(7) PAUTASSI, Laura, “¡Cuánto trabajo mujer!...”, ob. cit.; ELA, “De eso no se habla: el cuidado en la agenda pública. Estudio de opinión sobre la organización de cuidado”, Ed. ELA, Buenos Aires, 2012.

(8) KERGOAT, Danièle, “De la relación social de sexo al sujeto sexuado”, *Revista Mexicana de Sociología*, nro. 4, año 65, Ed. UNAM, México, 2003, ps. 841-861; MAFFÍA, Diana, “Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica”, en KOROL, Claudia (comp.), *Feminismos populares, pedagogías y políticas*, Ed. Chirimbote — América Libre, Buenos Aires, 2016.

blico y, consecuentemente, del privado (que es considerado inferior jerárquicamente a aquel), y en el confinamiento de las mujeres dentro de los hogares (9).

Así, si bien las mujeres comenzaron a incorporarse en el mercado laboral de forma exponencial en la década de los 90, no fue como consecuencia de políticas de igualdad; por el contrario, este hecho respondió a las crisis económicas en la Argentina, que generaron la necesidad de un segundo salario en el hogar para la supervivencia (10). Esto dio lugar al concepto conocido como “revolución estancada”: si bien las mujeres empezaron a tener mayor participación en el espacio público, ello no significó una distribución del trabajo de cuidado en la esfera privada (11). En consecuencia, las mujeres terminaron con una doble jornada de trabajo, conformada por labores remuneradas y no remuneradas (12).

Esta situación se agravó con el ASPO, que expuso aún más los roles sociales de género en torno al trabajo reproductivo. En palabras de Catalina de la Cruz Pincetti y Lucía Scuro Somma, “[e]n términos de las relaciones de género, el distanciamiento físico ha evidenciado las desigualdades entre sexos debido a la persistencia de la división sexual del trabajo” (13). Debe recordarse que el ASPO implicó, entre otras cuestiones, la suspensión de las actividades presenciales —incluyendo las escolares—. Entonces, las familias pasaron a ser el núcleo central del cuidado de niñas, niños y adolescentes, al no poder aquellas contar con los establecimientos educativos ni tercerizar el cuidado. Así lo exponen las autoras, al explicar que “[l]os

hogares —y en su mayoría, las mujeres— no solo han tenido que responder a la carga de trabajo de cuidado cotidiano, sino que también han tenido que solventar los requerimientos educacionales y de atención de la salud y generar alternativas de esparcimiento” (14).

En este marco, resulta importante resaltar la Encuesta Nacional de Niñas, Niños y Adolescentes, realizada por UNICEF en el año 2020; en ella se muestra cómo la desigualdad ya existente se vio profundizada por el ASPO (15). Asimismo, GROW - Género y Trabajo realizó una “Encuesta de uso de tiempo en contexto COVID-19” en mayo de 2020. Como conclusión general, se advirtió que “[e]n promedio, las mujeres les dedican a las tareas de cuidado y domésticas no remuneradas, 10 h 24’ por día, mientras que los varones les destinan 6 h 48’. En hogares con hijos/as menores de 12 años, las horas de cuidado alcanzan las 13 h en el caso de las mujeres y 9 h 24’ para los varones” (16). Se observa, entonces, que —como lo ha indicado la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM)—, “[e]sta mayor carga de trabajo impacta negativamente el trabajo remunerado y la salud de las mujeres” (17).

### III. Políticas impulsadas por la Argentina

En palabras de la CIM, “[e]n esta crisis, se ha puesto en evidencia la importancia del trabajo de cuidados de las personas en los hogares [...] y la necesidad de adoptar medidas para redistribuir esta carga entre el Estado, el mercado y dentro de las familias” (18). En la Argentina, esta situación

(9) PAUTASSI, Laura, “¿Cuánto trabajo mujer!..”, ob. cit.

(10) PAUTASSI, Laura C., “El impacto de las reformas estructurales y la nueva legislación laboral sobre la mujer en la Argentina”, en BIRGIN, Haydée (ed.), *Ley, mercado, y discriminación. El género del trabajo*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

(11) PAUTASSI, Laura C., “El impacto de las reformas estructurales..”, ob. cit.

(12) CIPPEC, “La primera infancia en Argentina: desafíos desde los derechos, la equidad y la eficiencia”, Ed. CIPPEC, Buenos Aires, 2015, p. 8.

(13) DE LA CRUZ PINCETTI, Catalina — SCURO SOMMA, Lucía, “Impacto de la pandemia en las políticas de cuidado. Experiencias en América Latina”, en CEPAL, *Cuidados y mujeres en tiempos de COVID-19. La experiencia argentina*, Ed. CEPAL, Santiago, 2020, ps. 29-44.

(14) DE LA CRUZ PINCETTI, Catalina — SCURO SOMMA, Lucía, “Impacto de la pandemia en las políticas de cuidado..”, ob. cit., ps. 29-44.

(15) UNICEF, “Encuesta COVID. Percepciones y actitudes de la población. Impacto de la pandemia y las medidas adoptadas sobre la vida cotidiana”, 2020. Ver también ELA — UNICEF, “Los desafíos del cuidado en el regreso gradual a los espacios laborales”, Ed. ELA, Buenos Aires, 2020, p. 2.

(16) GROW - GÉNERO Y TRABAJO, “Encuesta de uso de tiempo en contexto COVID-19”, 2020, disponible en <http://www.generoytrabajo.com/covid19/encuesta/tiempo.html> (13/06/2021).

(17) CIM, “COVID-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados”, Ed. OEA, Washington, 2020, p. 13.

(18) CIM, “COVID-19 en la vida de las mujeres..”, ob. cit., p. 13.

quedó en evidencia con ciertos protocolos y modificaciones que debieron ser realizadas a partir del ASPO (19). Cobra particular relevancia la res. 3/2020, en la que la Jefatura de Gabinete de Ministros, a través de la Secretaría de Gestión y Empleo Público, fijó licencias preventivas con goce de haberes para ciertas/os trabajadoras/es del sector público nacional, incluyendo —en el art. 8º— a progenitores/as ante el cierre de los establecimientos educativos (20).

A su vez, ante la entrada en vigencia del DNU 297/2020, el Ministerio de Desarrollo Social adoptó la res. 132/2020, estableciendo un protocolo relativo a la implementación del ASPO. Dicho protocolo determinaba que la/el niña, niño y adolescente (NNA) que se encontrare —al momento de entrar en vigor el ASPO— en un “domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior”, podía ser trasladada/o por *única vez*. A esa excepción se le sumaba que existieran razones de salud o relativas al trabajo de una/o de las/os progenitoras/es (cuando se relacionara con asistencia a terceros o fuerza mayor).

No obstante, esta medida fue declarada inconstitucional por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 23, en un caso sobre régimen de comunicación parental (21). De acuerdo con lo dispuesto en la sentencia, “resulta in-

admisible que el Ministerio de Desarrollo Social mediante la citada resolución restrinja los derechos de locomoción de los niños, niñas y adolescentes —como lo hace— desnaturalizando los alcances del DNU, lo que resulta irrazonable” (22). Esto último se debe a que el propio DNU establece, en su art. 6º, inc. 5º, que —entre las excepciones al ASPO— se encontraban “[p]ersonas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes”. Así, el Juzgado tomó en cuenta la res. CIDH 1/2020 en lo que se refiere a la importancia de que las medidas sean adoptadas con el debido respeto del interés superior de las/os NNA (23).

Si bien el análisis sobre la inconstitucionalidad no giró en torno a la sobrecarga de las tareas de cuidado en una sola persona [contraria a la regla de coparentalidad establecida en el Código Civil y Comercial (24)], lo cierto es que la sentencia tuvo efectos claros sobre el asunto. Particularmente, la Jefatura de Gabinete de Ministros, a instancia de los Ministerios de Desa-

---

(22) JNCiv. Nº 23, disponible en <http://www.diariojudicial.com/nota/86291> (15/06/2021).

(23) JNCiv. Nº 23, disponible en <http://www.diariojudicial.com/nota/86291> (15/06/2021), p. 14; CIDH, res. 1/2020, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, ob. cit., párr. 49.

CIDH, res. 1/2020, “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, ob. cit., párr. 66.

(24) Art. 641, Cód. Civ. y Com.: “Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a estos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645, o que medie expresa oposición; b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades; c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro; d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor; e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades”.

---

(19) Para más información sobre las distintas medidas adoptadas por la Argentina, ver el documento ya citado: DE LA CRUZ PINCETTI, Catalina — SCURO SOMMA, Lucía, “Impacto de la pandemia en las políticas de cuidado...”, ob. cit., ps. 29-44; ARE, “Los derechos de las mujeres de la región en épocas de COVID-19. Estado de situación y recomendaciones para promover políticas con justicia de género”, Ed. ARE, Buenos Aires, 2020, p. 61.

(20) Art. 7º, res. (JGM) 3/2020: “El titular de cada jurisdicción, entidad u organismo deberá determinar las áreas esenciales o críticas de prestación de servicios indispensables para la comunidad, a efectos de asegurar su cobertura permanente en el supuesto del avance de la pandemia. A tales fines, podrá disponer la interrupción de la licencia anual ordinaria, o extraordinarias, denegar licencias (excepto las de violencia de género) del personal a su cargo que resulte indispensable para asegurar lo dispuesto en el presente artículo, por razones de servicio de conformidad con el inc. k) del art. 9º del dec. 3413/1979 y sus modificatorios o normas equivalentes de otros ordenamientos que regulen las licencias, justificaciones y franquicias del personal”.

(21) JNCiv. Nº 23, disponible en <http://www.diariojudicial.com/nota/86291> (15/06/2021).

rollo Social y de Mujeres, Géneros y Diversidad, adoptó la decisión administrativa 703/2020 (25), que vino a adecuar el protocolo establecido en la res. 132/2020. Aquel instrumento establece lo siguiente:

Art. 1º: “A fin de garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con progenitores o referentes afectivos en los términos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación, incorpórase al listado de excepciones al cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ y a la prohibición de circular, a las personas involucradas en los siguientes supuestos:

”a) Traslado de niños, niñas y adolescentes, al domicilio del otro progenitor o progenitora, o referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente.

”b) Si se trata de una familia monoparental, el progenitor o la progenitora podrá trasladar al niño, niña o adolescente al domicilio de un referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente”.

Además de abordar la situación de progenitoras/es en hogares diferentes, esta nueva norma también contempla a las familias monoparentales. Al respecto, debe recordarse que —en los últimos años— hubo un incremento de las familias monoparentales, sobre todo encabezadas por mujeres (26). Deviene entonces de gran importancia mencionar, sobre esta cuestión, la res. 262/2020 del Ministerio de Desarrollo Social, que se sancionó para resolver uno de los problemas generados en el marco de la pandemia: la imposibilidad de acceder a comercios habilitados (como los supermercados) con hijas/os a cargo por las limitaciones impuestas (27). Sobre la

base de ello, la res. 262/2020 determina, en su art. 1º, que las/os progenitoras/es o persona a cargo del NNA, quedan habilitadas/os para ingresar con ellas/os a los comercios (28). Ello siempre que las/os NNA sean menores de doce años de edad y no hubiera otra persona adulta que pudiera cuidarlas/os en su hogar.

Por último, resulta oportuno resaltar que, si bien estas medidas procuran equilibrar el cuidado entre progenitores/as en viviendas diferentes y de las familias monoparentales, su propósito no era el de modificar la reproducción de la división sexual del trabajo dentro de los hogares. Debido a ello, el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad impulsó la Campaña Nacional “Cuidar en igualdad: necesidad, derecho y trabajo”. Entre sus objetivos, se establece que “promoverá la recuperación, reflexión y resignificación de sentidos, prácticas, hábitos y costumbres, paradigmas sobre la temática, de manera tal de contribuir a un abordaje de los cuidados desde una mirada federal e integral, con enfoque de derechos e igualdad de género” (29). La Campaña Nacional toma como base la situación generada a partir de la pandemia de COVID-19 “respecto a la centralidad de los cuidados, y su distribución desigual, en la organización de la vida” (30), reconociendo que “[l]a pandemia ha puesto en crisis los modelos y rutinas de vida, dando mayor evidencia a los cuidados como uno de los eslabones centrales de la vida en sociedad” (31).

#### IV. Conclusiones

Conforme a lo observado en estas páginas, la adopción de medidas desde un enfoque de de-

ra/228837/20200508 (15/06/2021).

(28) Res. (MDS) 262/2020, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/228837/20200508> (15/06/2021).

(29) MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, “Resumen ejecutivo de la Campaña Nacional ‘Cuidar en igualdad: necesidad, derecho y trabajo’”, p. 6, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/campananacionalcuidarenigualdad.pdf> (15/06/2021).

(30) MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, “Resumen ejecutivo de la Campaña Nacional...”, ob. cit., p. 6.

(31) MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, “Resumen ejecutivo de la Campaña Nacional...”, ob. cit., p. 6.

(25) Véase [https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decisi%C3%B3n\\_administrativa-703-2020-336980](https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decisi%C3%B3n_administrativa-703-2020-336980).

(26) MARCO NAVARRO, Flavia — RICO, María Nieves, “Cuidado y políticas públicas: debates y estado de situación a nivel regional”, en PAUTASSI, Laura — ZIBECCHI, Carla (coords.), *Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura*, ob. cit., ps. 27-58.

(27) Res. (MDS) 262/2020, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/prime->

rechos humanos y género resulta indispensable, máxime en tiempos de crisis. Así fue entendido por los órganos referentes en derechos humanos en las Américas en el contexto de la pandemia de COVID-19; tanto la CIDH como la Corte IDH advirtieron los posibles efectos desproporcionados que las restricciones de derechos podían tener sobre las mujeres e indicaron que los Estados debían adecuar tales medidas para que este impacto diferenciado se viera menguado.

A la luz de dichos estándares, y vistas las consecuencias desproporcionadas del ASPO sobre

las mujeres, el Estado argentino adoptó ciertas acciones con el propósito frenar estos efectos. No obstante, la pandemia dejó en claro que la falta de distribución de las tareas de cuidado no es un problema pasajero, sino que se encuentra realmente enraizado en la sociedad. Entonces, tal y como lo venían advirtiendo hace décadas los estudios feministas, para lograr una igualdad sustancial entre varones y mujeres, el Estado argentino debe comprender al cuidado como un elemento esencial para el bienestar de su población, deviniendo urgente que ocupe un rol central en la agenda pública, aun superada la pandemia.

# Perspectiva de género en ámbitos públicos y privados

## Ley Micaela. Muestra de un país anómico frente al desafío de cumplir

María Angélica Pivas (\*)

*Una invitación que aún nos interpela: “¡Argentinos, a las cosas, a las cosas! Déjense de cuestiones previas personales, de suspicacias, de narcisismos. No presumen ustedes el brinco magnífico que dará este país el día que sus hombres se resuelvan de una vez, bravamente, a abrirse el pecho a las cosas, a ocuparse y preocuparse de ellas, directamente y sin más, en vez de vivir a la defensiva”*

José Ortega y Gasset, La Plata - Buenos Aires, 1939.

La ley 27.499, a diferencia de otras, es la única que, oficialmente, lleva en su título un nombre propio: Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que Integran los Tres Poderes del Estado (1), en homenaje a Micaela García, víctima de las violencias más extremas que puede sufrir una mujer, por solo serlo. En lo personal, es un desafío realizar un análisis crítico de la ley, ya que está precedida por hechos que confronté por haber conformado como vocal el Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Gualeguay, provincia de Entre Ríos, concurriendo a dictar sentencia el 06/10/2017, en el caso del que fuera víctima.

---

(\*) Abogada. Magíster en Derecho y Magistratura Judicial. Especialista en Derecho Penal. Trabajó en el Poder Judicial de Entre Ríos desde 1987 a 2019. Último cargo al que accedió por concurso: vocal del Tribunal de Juicio y Apelaciones con asiento en la ciudad de Gualeguay, provincia de Entre Ríos. Actualmente es docente en la Universidad de Concepción del Uruguay (UCU), siendo titular de la Cátedra de Derechos Humanos. Investigadora y evaluadora externa.

(1) Así fue promulgada. El 10/01/2019 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.499. Es la primera norma que oficialmente lleva un nombre propio: Micaela. A diferencia de otras, como la Ley Brisa (27.452, Régimen de Reparación Económica para las Niñas, Niños y Adolescentes) o la Ley Justina (27.447, de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células), por mencionar las más recientes, sus proyectos eran conocidos por sus nombres, pero estos no fueron consignados en el texto legal.

No fueron pocos los que consideraron que la rápida aprobación del Proyecto de Ley de Capacitación Obligatoria lo fue por su ultraje sexual y femicidio, pero la realidad indica que estuvo a punto de perder estado parlamentario —con su consecuente caducidad—, por falta de sanción, en el período anual de sesiones ordinarias, por parte de Diputados, como Cámara de origen. Sí tuvo pronta incidencia en la redacción de una primera propuesta de ley elaborada por un grupo de docentes, académicas, investigadoras y funcionarias comprometidas con cuestiones y problemáticas de género, que ingresara a la Cámara de Diputados de la Nación (2).

Si la propuesta de ley no perdió estado parlamentario fue por el dictado del dec. 1135/2018 del titular del Poder Ejecutivo Nacional, que el 14/12/2018, en uso de las facultades que le concede la Constitución Nacional (arts. 63 y 99, inc. 9º), incluyó en el temario a tratar por el Honorable Congreso de la Nación, durante el período de sesiones extraordinarias, la consideración del Proyecto de Ley.

El motivo de la rápida intervención del Poder Ejecutivo Nacional no lo encuentro, lamentable-

---

(2) Expte. 1776-D-2017, el 19/04/2017, comenzándose a conformar la voluntad parlamentaria. Al mes siguiente, más precisamente el 18 de mayo, fue presentado con igual propósito un nuevo proyecto —expte. 2610-D-2017—. Ambos, a la postre, fueron unificados.

mente, en el ejercicio de una convicción transformadora en cuestiones de género, en pos de prevenir, evitar o mitigar las violencias hacia las mujeres, a través de la capacitación obligatoria de los integrantes de los tres poderes del Estado; por el contrario, lo percibo nítido del juego armónico de los artículos de la Constitución Nacional citados, en cuanto posibilita que aquel actúe y ejerza sus atribuciones y convoque a sesiones extraordinarias cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera. La ampliación del temario encontró pábulo en el grave interés de orden o de progreso que la sociedad demandaba.

En efecto, días antes de la fecha del decreto, el 11/12/2018, el colectivo de Actrices Argentinas, en conferencia de prensa, hizo pública la denuncia de la actriz Thelma Fardin, por abuso sexual contra el actor Juan Darthés, cometido en Nicaragua, durante una gira, cuando ella tenía 16 años y él, 45. Desde la rueda de prensa, la campaña *#mirácomonosponemos* inundó las redes sociales en la Argentina, y los medios de comunicación se hicieron eco con igual fuerza.

Otra circunstancia para contextualizar fue el malestar social contra el Poder Judicial, a resultas de la sentencia dictada, el 26 de noviembre, por el Tribunal Oral Criminal N° 1 de Mar del Plata, que absolviera a los imputados por la violación y el femicidio de la menor de 16 años de edad “L. P.” (3). En prieta síntesis, en un sentencia con rasgos androcéntricos, huérfana de perspectiva de género, arropada de seudoneutralidad y objetividad tanto en el análisis de los hechos como en la aplicación del derecho, los jueces entendieron que no hubo abuso, violación agravada por su muerte y favorecimiento por el suministro de estupefacientes, ni femicidio por parte de los dos adultos acusados, sino *relaciones consensuadas con uno de ellos*, el más joven, que a la vez le vendía cocaína. Y que la causa de su muerte (“su triste muerte”, como se la calificó en un pasaje) fue por sobredosis (“incidente de

salud”). Copiosos pasajes de la sentencia dejan al descubierto la carencia de perspectiva de género en el ejercicio argumentativo y, por el contrario, una clara cultura arraigada en estereotipos por parte de los jueces que integraron el tribunal. Baste como ejemplos citar: “En definitiva, no existen elementos probatorios que permitan señalar que ‘L.’ se encontraba en una situación de subordinación o vulnerabilidad que le imposibilitaran consentir libre y voluntariamente una relación sexual, no habiéndose visto forzada ni física, ni moralmente a concurrir a la vivienda de ‘F.’ el día en que ocurrió su deceso”; “la escasa lesionología que presentó ‘L.’ en sus zonas pudendas obedecen a una relación sexual brusca o impetuosa que se pueden dar en el ámbito de relaciones sexuales consentidas”; “Todo fue en un marco de normalidad y naturalidad, todo fue perfectamente querido y consentido por L. P.”; “Entonces, esa desigualdad entre hombre y mujer, esa asimetría en la relación de poder, no se hallan presentes en este caso. Acá no ha existido ni violencia física, psicológica, subordinación ni humillación, ni mucho menos cosificación”.

La reacción de los especialistas no se hizo esperar. El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) consideró que “la sentencia exhibe una indiferencia total a las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos plantea desde hace décadas en relación con la incorporación de perspectiva de género en el juzgamiento de delitos sexuales”.

El contexto social del momento, marcado por una fuerte reivindicación social de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia y de toda discriminación, imprimió la agenda política, que se tradujo en incluir un proyecto en sesiones extraordinarias, cuando lo que debiera haber ocurrido es que su discusión, debate y aprobación lo fuera en el período ordinario.

La Cámara de Diputados despertó, así, de su letargo, y en sesión extraordinaria —especial—, del 18/12/2018, comenzó el debate. Desde su inicio, se puso de manifiesto el análisis de dos proyectos y un dictamen de consenso. La miembro informante (4) expresó —y cito textualmen-

(3) TOral Crim. N° 1 Mar del Plata, “F., M. G. - M., A. A. - O., J. P. s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad - abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio - encubrimiento agravado por la gravedad del hecho precedente”, expte. 4974. El fallo fue anulado en cuanto a la absolución de los imputados (uno de ellos falleció) y se espera una nueva conformación de tribunal, lo que, a la fecha, no ha acontecido.

(4) Diputada Silvia A. Martínez, integrante de las Comisiones de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Presupuesto y Hacienda. Miembro informante del dictamen de



te—: “Esta propuesta legislativa tiene por objetivo capacitar y sensibilizar a quienes integran los diferentes estamentos del Estado, entendido no como una mera elección de preferencia personal, sino a los fines de dar cumplimiento a un deber que asumió nuestro país al firmar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará)”. Se revela, además, como si fuera primicia: “Esta Convención establece en su art. 8.c) (5) que los Estados partes fomentarán ‘la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer’”.

Aquí encontramos una alerta: dictar una ley para dar cumplimiento a una obligación asumida por la Argentina más de dos décadas atrás, por otra ley, ya que la ley 24.632, en el año 1996, aprobó la Convención citada (6). Es decir, Belém do Pará, si bien aún no tiene la misma jerarquía que el resto de los tratados (v.gr., CEDAW), es una norma supralegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la CN).

Estamos consintiendo que la Argentina, habiendo incorporado hace ya un cuarto de siglo a su derecho interno este Tratado Interamericano de Derechos Humanos, no lo haya cumplido cabalmente. Es decir, la convocatoria como Estado parte a “fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida

consenso, elaborado previo análisis de los exptes. 1776-D-2017 y 2610-D-2017. Sala de Comisiones, 20/11/2018.

(5) Omitió que este artículo habla a las claras de lo que los Estados parte (Argentina lo es) convinieron adoptar en forma progresiva: medidas específicas, inclusive programas, para —en el caso del inc. c)— fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.

(6) Cabe aquí precisar que, al tiempo de la reforma constitucional de 1994, la Convención no había sido ratificada; estaba recientemente aprobada por la Organización de los Estados Americanos (OEA). Por lo tanto, no formó parte de la nómina de instrumentos de derechos humanos incluidos en el art. 75, inc. 22 (con jerarquía constitucional).

libre de violencia”, así como a “fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley” y al personal vinculado a la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra las mujeres, necesitó de una *nueva ley* para cumplir una supralegal. Cabe destacar la existencia de un Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará [MESECVI (7)].

Se refirió en el debate a las diversas recomendaciones que se han realizado al Estado argentino para que avanzara en políticas públicas eficientes respecto a la capacitación de sus agentes y funcionarios técnicos y políticos, tales las realizadas en los años 2010 (CEDAW), 2012 y 2014 (MESECVI).

Empero, no mereció referencia alguna el Informe MESECVI 2008, no obstante la estrecha relación que guardaba con el tema propuesto, ya que, entonces, la Argentina había informado que no contaba con capacitación de carácter obligatorio para funcionaria/os. El Comité de Expertas llamó la atención sobre la importancia de avanzar en planes estructurales de formación, con vocación de permanencia y con presupuesto proveniente de partidas regulares, con el fin de garantizarlos estructuralmente, tal y como establece el art. 8.c) de la Convención. Ya entonces encomendaba implementar y mantener un programa de capacitación permanente, integral y a nivel nacional, tanto para juezas y jueces como para las y los fiscales y las y los operadores de justicia encargados de atender el problema de la violencia contra las mujeres. Asimismo, “incluir este tema en los planes de estudio profesionales de estos servidores” y “Destinar partidas presupuestarias para la *capacitación y formación de funcionarios y funcionarias públicas, operadores de justicia, de la salud, profesores y profesoras y demás personal que trabaja en el ámbito de la atención, apoyo, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres*”.

(7) Se trata de un sistema de evaluación entre pares consensuado e independiente para examinar los avances realizados por los Estados parte en el cumplimiento de los objetivos de la Convención.

Tampoco obtuvo consideración alguna, ya que fueron femicidios los que movilizaron el pronto tratamiento del Proyecto, la redacción del ME-SECVI de la Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres Femicidio/Feminicidio, que, bajo la rúbrica “Medidas de política pública de prevención”, en su art. 26, incs. f) y g), dispusiera *realizar capacitaciones obligatorias en derechos humanos desde una perspectiva de género para los fiscales y otros funcionarios que intervienen directa o indirectamente en la investigación de los femicidios*, y “Desarrollar campañas de concientización e información para prevenir la violencia contra las mujeres y los femicidios/feminicidios, sus causas y consecuencias, haciendo énfasis en la modificación de los patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación de las mujeres en las esferas privada y pública”.

Reparo que, ante la sanción de Ley Micaela, el Comité de Expertas observó con beneplácito que el Estado argentino busque capacitar y sensibilizar a quienes integran diferentes estamentos del Estado *a los fines de dar cumplimiento al deber que asumió al suscribir y ratificar la Convención de Belém do Pará*. Si nos quedamos con una primera mirada de lo dicho por la OEA, es de beneplácito a la nueva norma (Micaela), pero una segunda lectura nos pone frente a otra: ¡Al fin, van a dar cumplimiento a Belém do Pará, a la que adhirieron hace más de 25 años!

Por si no bastara, continuamos evidenciando nuestras faltas, ya que la miembro informante añade: “En igual sentido, la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señala que ‘es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención’”. Está refiriéndose a la adoptada por el Comité de la CEDAW (8) en el año

(8) La Argentina, mediante la ley 23.179, ratificó en 1985 la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) —que suscribiéramos en 1980—. Con la reforma de 1994, conforme al art. 75, inc. 22, de la CN, tiene jerarquía constitucional. En tanto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer es creado en el seno de la Convención, integrado por 23 expertas o expertos. Entre sus funciones se encuentran: recibir el informe periódico; emitir observa-

ciones o recomendaciones generales; recibir comunicaciones particulares; realizar investigaciones. Un dato no menor es que nuestro país, en el año 2006, mediante ley 26.171, aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW, que se erige como un mecanismo jurídico adjunto a la Convención que introduce aspectos relativos a su exigibilidad. De modo tal que la Argentina, como Estado aparte, al aprobar el Protocolo, reconoce —y así lo expresa la norma citada— la competencia del Comité para recibir y considerar denuncias individuales o colectivas de violaciones —particulares o sistemáticas— a cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW.

1992, bajo la rúbrica “La violencia contra la mujer” (9). Es decir, aunque no lo consigne, 26 años antes ya se había recomendado a nuestro país, como Estado miembro, que era indispensable que capacitara. En esta Recomendación General se llegó a la conclusión de que los informes de los Estados parte no siempre reflejaban de manera apropiada la estrecha relación entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra ellas y las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Y que la aplicación cabal de la Convención exige que los Estados parte adopten medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer. Realiza recomendaciones concretas, entre las que aquí destacamos: “... Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención” y “Se adopten medidas eficaces para superar estas actitudes y prácticas. Los Estados deben introducir programas de educación y de información que ayuden a suprimir prejuicios que obstaculizan el logro de la igualdad de la mujer (Recomendación N° 3, 1987)”. Es decir que por la Recomendación N° 3 se “Insta a todos los Estados partes a que adopten efectivamente programas de educación e información pública que contribuyan a eliminar los prejuicios y prácticas actuales que obstaculizan el pleno funcionamiento del principio de igualdad social de la mujer”. Estamos afirmando que, tres décadas después, encontramos este fundamento para advertir que tenemos que capacitar.

(9) De conformidad con lo dispuesto en art. 21, párr. 1º, de la CEDAW, el Comité puede hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados parte.

“Resulta, al menos llamativo, que en el debate solo se mencionara una Recomendación del año 1992, y que no ocurriera lo mismo con la más reciente, la N° 35 de 2017. Dicho esto, tomando en cuenta que es el Comité de la CEDAW, quien en conmemoración del 25° aniversario de la aprobación de la Recomendación General N° 19, ofrece a los Estados partes orientación adicional, que la complementa y actualiza para acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer” (10). Sin hesitar, la N° 19 ya resultaba insuficiente y debió ser reforzada, pero la Argentina, a la hora de dictar una ley en un tema tan sensible, no indagó en fundamentos actuales y se quedó con viejas recetas, que, por otra parte, nunca había utilizado, al menos como ellas auspiciaban y la problemática requería.

Esta última Recomendación General pone particular énfasis en la responsabilidad de los Estados parte de prevenir los actos u omisiones de sus propios órganos y de sus agentes que constituyan violencia por razón de género contra la mujer, encomendando, entre otras medidas, la capacitación.

Rescato como de capital importancia que el Comité postule la adopción y aplicación, por los Estados parte, de medidas de prevención, legislativas u otras adecuadas para abordar las causas subyacentes de la violencia por razón de género contra la mujer, en particular las actitudes patriarcales, los estereotipos y prejuicios, prácticas consuetudinarias, basadas en la inferioridad o superioridad; sobre los que la Convención — art. 5°— pone particular énfasis en modificar y, así, exige a sus Estados miembro que tomen las medidas necesarias a tal fin. Con ese norte y en esta oportunidad, el Comité postula que tales medidas sean eficaces para enfrentar y erradicar prácticas que consienten o promueven la violencia por razón de género contra la mujer y sustentan la desigualdad estructural entre la mujer y el hombre. Y que incluyan la integración de contenidos sobre la igualdad de género en los planes de estudios de todos los niveles de la enseñanza,

(10) Aclara que, aunque la violencia hacia la mujer se abordó por primera vez mediante su Recomendación General N° 12 (1989), fue en la Recomendación General N° 19 (1992) en la que el Comité ofreció un examen detallado y amplio de la violencia contra la mujer y una base para su labor ulterior sobre el tema.

tanto públicos como privados, desde la primera infancia, y en los programas de educación con un enfoque basado en los derechos humanos. Que el contenido se centre en los papeles estereotipados asignados a cada género y promueva los valores de la igualdad de género y la no discriminación, en particular la masculinidad no violenta, y en garantizar una educación sexual integral para niñas y niños, apropiada en función de la edad. Programas de concienciación que promuevan una comprensión de la violencia por razón de género contra la mujer como algo inaceptable y perjudicial, proporcionen información sobre los recursos jurídicos disponibles contra ella y fomenten la denuncia de ese tipo de violencia. *Los programas deberían estar dirigidos a las mujeres y los hombres en todos los niveles de la sociedad; el personal docente, sanitario, de servicios sociales y el encargado de hacer cumplir la ley y otros profesionales y organismos, en particular a nivel local, que participan en la adopción de medidas de prevención y protección; líderes tradicionales y religiosos; y autores de cualquier forma de violencia por razón de género, a fin de prevenir la reincidencia.*

La CEDAW es parte, so riesgo de ser redundante, de nuestro bloque convencional de derechos humanos, y también nos está recomendando como medida preventiva que la Argentina ofrezca capacitación, educación y formación obligatorias, periódicas y efectivas a los miembros del Poder Judicial, abogados y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos el personal médico forense, los legisladores y los profesionales de la salud, personal educativo, social y de bienestar, a fin de equiparlos para prevenir y combatir debidamente la violencia por razón de género contra la mujer. En el debate se afirmó: “Lamentablemente, nuestro país no cumplió con ninguna de estas recomendaciones...” (11).

En este contexto vio la luz la ley 27.499 Micaela, una ley que nace sin presupuesto asignado para su implementación. No empece a lo expuesto la vaga preceptiva de su art. 9°, en cuanto “genéricamente” sostiene que los gastos (nótese el término y su implicancia, a diferencia de inversión) que demande la presente ley se tomarán de los créditos que correspondan a las partidas presupuestarias de los organismos públicos de que se

(11) Diputada Analía Rach Quiroga.

trate. Cuando la política, a través de sus legisladores, quiere, no deja al azar los recursos necesarios para su implementación; v.gr., cuando prescribe: “las partidas que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente ley serán previstas anualmente en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional”.

En el debate, el entonces diputado nacional (actual ministro de Desarrollo) Daniel F. Arroyo, preocupado por que se dote de presupuesto a la ley, en uso de la palabra, espetó: “He aprendido hace ya mucho tiempo que la diferencia entre palabra y hecho es el presupuesto”.

A esta altura, ninguna duda me cabe acerca de la corrección de los discursos, como tampoco que estos suenan solo como una declaración de principios.

La Ley Micaela se erige, entonces, en un esfuerzo por imponer, a los tres poderes del Estado argentino, por igual, la capacitación en perspectiva de género. La duda que se me presenta es, aun consciente de su necesidad, si esta enseñanza se traducirá en capacidad transformadora de conciencia que opere un cambio cultural en las personas que se desempeñan en la función pública, en una sociedad marcada por el machismo y el patriarcado. Dicho esto por cuanto, desde el dictado de la ley y las proclamadas capacitaciones, los femicidios, en un alto porcentaje, han sido precedidos por reiteradas denuncias previas de violencia de género que no fueron atendidas, lo que habla de muertes evitables y de denegación de derechos humanos básicos: derecho a la vida, a una vida sin violencia y al acceso a la justicia. Lo que equivale a decir que la prevención ha fallado; la justicia no actuó en tiempo y forma o llegó tarde. Como corolario de lo expuesto, las cifras de femicidio se acrecientan, y lo único que se reduce, en forma alarmante, es el intervalo —en horas— entre muerte y muerte (12).

(12) La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación publicó la edición 2020 del Informe de Femicidios de la Justicia Argentina. Se identificaron 251 víctimas directas de femicidio en la República Argentina entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de 2020. Esta cifra incluye 6 víctimas de travestimiento/transfemicidio. Lo anterior implica que hubo una víctima directa de femicidio cada 35 horas. También se identificaron 36 víctimas de femicidio vinculado. Al sumar ambas categorías, la cifra de víctimas letales de la violencia de género en la Argentina

Abro un paréntesis en cuanto a capacitación sobre género y violencia respecta, para rescatar el denodado esfuerzo desde su creación —hace ya más de una década— de la Oficina de la Mujer (OM) por parte de la entonces ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Carmen M. Argibay, brindando cursos y talleres de capacitación en perspectiva de género, considerados pioneros en el mundo, validados por el sistema de Naciones Unidas y declarados como buena práctica por la OEA. Como así que estableció vínculos de cooperación con el resto de las jurisdicciones del país para llevar adelante las políticas públicas de género, de manera articulada y conforme con los estándares internacionales en la materia.

Ante tal cuadro situacional, un tema que no es menor es la existencia de otra norma que podría, con mayor amplitud, capacitar y que no se cumple debidamente —nuevamente, por la anomia—, y me refiero a la ley 26.150, promulgada en octubre de 2006, por la que se creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral (ESI). Su falta de debida implementación es inaceptable, ante una realidad actual: la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes es una de las violaciones de los derechos humanos más extendidas, persistentes y devastadoras del mundo. Con ella se busca garantizar el derecho de todos los educandos a recibir ESI en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de todo el país. Lo afirmo, una vez más, en el convencimiento de que la educación desde temprana edad, con contenidos adaptados, como ya lo están, es de cardinal injerencia en la prevención no solo de situaciones como las que nos convoca. ¿Por qué digo esto? Porque un curso o un taller destinado a personas ya adultas difícilmente desentierre años y años de cultura machista y patriarcal. Empero, si comenzamos desde la infancia con abordajes específicos —en particular

durante 2020 asciende a 287. Cabe advertir que la cantidad de víctimas informadas de travestimiento/transfemicidio y de femicidio vinculado puede estar subregistrada, ya que para ser una estadística exhaustiva se deberían relevar todas las causas judiciales del país en que se investigan homicidios y averiguaciones de causales de muerte. Fuente: Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA), Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaborado a partir de datos aportados por cada organismo del sistema de justicia argentino, <https://www.csjn.gov.ar/om/>.

para el nivel secundario— y transversales, es decir, que atraviesan todas las asignaturas de los niveles inicial, primario y primer ciclo del secundario, otro será el resultado, porque se habrá acompañado en su proceso de crecimiento, desarrollo y aprendizaje a niños, niñas, adolescentes y jóvenes. Muchos de ellos mañana integrarán, posiblemente, alguno de los tres poderes del Estado y ya contarán con saberes, habilidades para tomar decisiones responsables y críticas respecto a los derechos de sus conciudadanos, trátese de niños, niñas, adolescentes o mujeres. Porque estarán atravesados por la perspectiva de género en el ejercicio de su quehacer diario, revistan en el poder que sea (Legislativo, Ejecutivo o Judicial), con su consecuente impacto en las personas, en sus proyectos de vida y, en definitiva, en la caracterización de nuestro Estado como garante de dichos proyectos.

*Como corolario de lo expuesto, concluyo:*

La sanción de la Ley Micaela ha dejado al descubierto el país anómico del que hablaba Carlos S. Nino.

La Ley Micaela nace venciendo todos y cada uno de los contratiempos ya expuestos. Uno de los más acuciantes —a mi criterio— es que no fuera merecedora de un debido tratamiento en el período legislativo ordinario, por lo que estuvo a punto de caducar por pérdida de estado legislativo. Y que, si tuvo tratamiento, no lo fue por su importancia, sino por la urgencia social del momento.

Micaela fue ley, una ley que se erigió (tal fue su tratamiento) para dar cumplimiento a un instrumento superior: la Convención de Belém do Pará. También para obedecer a viejas y reiteradas recomendaciones que la Argentina recibiera tanto del aludido Comité (MESECVI) como de la CEDAW.

Advertimos que no deja de ser una flagrante contradicción que se estén incumpliendo convenios internacionales de derechos humanos, de cara a la ley 25.391, que obliga al Congreso de la Nación, desde el año 2000, a elaborar **(13)** un

(13) Se trata de una ley sancionada el 30/11/2000, por la que ordena a las Comisiones de Derechos Humanos y Garantías de la Honorable Cámara de Diputados y a la Comi-

informe anual sobre la situación de los derechos humanos en la República Argentina. Uno de los puntos que debe abordar es el correspondiente a los derechos y protección de sectores especiales, entre los que se especifica a la mujer y, en lo atinente a política exterior de derechos humanos, al cumplimiento de convenios internacionales de derechos humanos **(14)**.

No debemos perder de vista que el ámbito de capacitación al que obliga se acota a los tres poderes del Estado, es decir, al ámbito público; debiera extenderse al sector privado, y en ambos casos la capacitación debiera ser continua.

Sería conveniente establecer un vínculo dialógico entre la Ley Micaela, con su contenido, y el ESI. Si queremos operar un real cambio cultural, este solo vendrá de la mano de la educación.

Finalmente, a nuestro juicio, sería conveniente que la Ley Micaela fuera reglamentada, evitando —obvio es decirlo— su desnaturalización. Ante una ley que nace para responder determinadas reivindicaciones y demandas sociales, corre el riesgo de quedar entrapada por la ausencia de reglamento y no cumplir con operatividad su ya antes reiterado objetivo principal.

Obsérvese que el 10 de enero del año en curso se dio a conocer el Informe de Implementación de la Ley 27.499 Micaela, para dar cuenta de los avances realizados en el espacio de tiempo comprendido desde el 10/12/2019 hasta el 10/12/2020, coincidente con el inicio de la asunción del actual gobierno. En sincronía, con el inicio de su mandato, el Poder Ejecutivo Nacional, por dec. 7/2019, *sustituye el art. 1º de la Ley de Ministerios* (ley 22.520), creando el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, suprimiendo el Instituto Nacional de las Mujeres. Sería de buena técnica legislativa que una futura reforma modifique, para su mejor claridad, que es el citado

sión de Derechos y Garantías del Honorable Senado de la Nación la redacción del Informe que será aprobado por la mayoría simple de ambas Cámaras, en sesiones especiales convocadas al efecto por las respectivas Presidencias.

(14) Art. 5º, ley 25.391 (2000): “El Informe debe abarcar los contenidos especificados a continuación: (...) 4) Derechos y protección de sectores especiales: (...) a) Mujer; (...) 6) Política exterior de derechos humanos; (...) convenios internacionales de derechos humanos, su cumplimiento”.

Ministerio quien es autoridad de aplicación de la ley en los términos del art. 3º, como su autoridad máxima; que a su cargo estará la capacitación de las máximas autoridades de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (art. 6º); como también (art. 7º) que sea en su página web donde deberá brindar acceso público y difundir el grado de cumplimiento de las disposiciones de la norma en cada uno de los organismos referidos en el art. 1º.

Pero la adecuación debería posibilitar que lo que el Ministerio diseña —tal el Programa de Contenidos Mínimos de la Ley Micaela, como marco teórico y orientaciones pedagógicas a las que deben adecuarse los programas de capacitación impulsados desde los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo para garantizar la implementación de la ley— quede en el marco de la propia ley. Esto posibilitará que un próximo gobierno, por ejemplo, suprima tal INAM al MMDG y que-

demos sin lo que pueden llegar a ser excelentes herramientas en clave de cambio. La simple lectura del informe nos muestra, además del Programa, la producción de documentos: “Lineamientos para la Certificación Ley Micaela” y “Claves para el traslado de contenidos a la práctica”.

Estamos ante la posibilidad de terminar con décadas de anomia, en cuanto respecta a la capacitación en la temática de género y violencia contra las mujeres. La llave, hoy, es la Ley Micaela, que puso sobre el tapete los flagrantes incumplimientos aludidos y, con igual fuerza, la necesidad de la transversalidad de la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) como mecanismo necesario que otorgue directrices para hacer cumplir los derechos humanos de las mujeres. Así, debe movilizarse un conjunto de acciones y políticas generales que, de forma activa y visible, tengan en cuenta el impacto sobre las situaciones diferenciadas de mujeres y hombres.

# Perspectiva de género y justicia

## Breve reseña de la experiencia argentina

Paula Inés Judurcha (\*)

Lorena Raquel Sarquis (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Breve reseña de los avances alcanzados en el ordenamiento legal argentino en materia de igualdad de géneros.— III. Capacitación en géneros: una herramienta estratégica de transformación.— IV. A modo de reflexión final.

### I. Introducción

La convocatoria invita a trabajar, entre otros temas, sobre la incorporación de la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales.

El tema es sumamente vasto y puede ser abordado desde múltiples aristas; no obstante, por una cuestión de espacio, solo nos proponemos señalar los avances legislativos que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se han materializado en el Estado argentino, dado que vienen a desarticular un orden jurídico androcéntrico que ha servido de base para sustentar decisiones judiciales que convalidaron e incluso profundizaron la opresión, desigualdad y dis-

criminación que, histórica y estructuralmente, han sufrido tanto las mujeres como las personas LGTBI (1) (2).

### II. Breve reseña de los avances alcanzados en el ordenamiento legal argentino en materia de igualdad de géneros

El Estado argentino, en el año 1994, concretó una reforma de la Constitución Nacional, y entre los puntos más importantes se anota el reconocimiento, con máxima jerarquía en el orden legal, de diversos tratados de derechos humanos nacidos en el ámbito tanto de la Organización de Estados Americanos (OEA) como de la Organización de Naciones Unidas (ONU) (3).

---

(\*) Abogada (UNLP). Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Diploma superior en Ciencias Sociales con mención en Género y Políticas Públicas (FLACSO). Profesora adjunta del Área Derecho Social y profesora del seminario Perspectiva de Género y Derecho para la carrera de Abogacía de la Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA).

(\*\*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UNR). Diploma superior en Ciencias Sociales con mención en Género y Políticas Públicas (FLACSO). Profesora adjunta del Área de Derecho Privado y profesora del seminario Perspectiva de Género y Derecho para la carrera de Abogacía de la Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA).

---

(1) En el presente trabajo se utilizan las siglas LGTBI, siguiendo lo expuesto por la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-24, del año 2017.

(2) No obstante el criterio seguido en el presente trabajo, se deja aclarado que las siglas LGBTIQ —lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual y *queer*— al final suelen llevar añadido el símbolo “+”, para incluir todos los colectivos que no están representados en las siglas anteriores.

(3) Conforme al art. 75, inc. 22, de la CN, “tienen jerarquía constitucional” los siguientes tratados: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención para la Prevención y Sanción del Delito

Entre ellos, específicos a las mujeres, el Estado reconoce jerarquía constitucional a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) (4) y jerarquía supralegal a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994). Por su parte, y dado el rango constitucional que también reviste la Convención Americana de Derechos Humanos —más conocida como Pacto de San José de Costa Rica—, se deben agregar al bloque constitucional-convencional los aportes de la jurisdicción interamericana, que ha incorporado la perspectiva de género en su jurisprudencia (5) y, además, ha entregado un importante mensaje respecto de la identidad de

de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; y, por último, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(4) Aprobada mediante ley 23.179 (1985). Con la sanción de la ley 26.171, aprobó el Protocolo Facultativo.

(5) La Corte IDH se expide sobre la violencia que en razón de género sufren las mujeres en los siguientes casos: “Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú”, sentencia de 25/11/2006; “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia de 16/11/2009; “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 15/05/2011; “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31/08/2010; “Caso J. vs. Perú”, sentencia de 27/11/2013; “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia de 19/05/2014; “Caso Espinosa Gonzáles vs. Perú”, sentencia de 20/11/2014; “Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, sentencia de 19/11/2015; “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, sentencia de 01/09/2015; “Caso I. V. vs. Bolivia”, sentencia de 30/11/2016; “Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala”, sentencia de 24/08/2017; “Caso López Soto y otros vs. Venezuela”, sentencia de 26/09/2018; “Caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia de 08/03/2018; “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”, sentencia de 08/11/2018; “Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, sentencia de 24/06/2020. Respecto a los derechos de personas LGTBI+, hace lo propio en los siguientes casos: “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24/02/2012; “Caso Flor Freire vs. Ecuador”, sentencia de 31/08/2016; “Caso Duque vs. Colombia”, sentencia de 26/02/2016; “Caso Ramírez Escobar y otros vs.

género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo en la Opinión Consultiva OC-24, de fecha 24/11/2017.

Alda Facio, jurista feminista costarricense, expuso que el derecho es androcéntrico siempre que responde a las necesidades del hombre occidental, blanco, de clase media, adulto y sin discapacidad; y que cuando, además, contribuye a invisibilizar a la mujer, el derecho es también patriarcal (6). Con igual perspectiva, Nancy Fraser agrega que resulta necesario “descentrar el androcentrismo y reevaluar el género menospreciado” (7).

En esa línea claramente se enrola el Estado argentino cuando, en cumplimiento del mandato de efectividad del derecho a la igualdad que establecen los instrumentos de derechos humanos que ha ratificado, sanciona una sucesión de leyes cuya aplicación alcanza a todo el territorio nacional. A saber: protección contra la violencia familiar (ley 24.417, 1996); licencia para madres trabajadoras a consecuencia del nacimiento de un/a hijo/a con síndrome de Down (ley 24.716, 1996); igualdad de trato entre los agentes de la Administración Pública Nacional (dec. 1363/1997); delitos contra la integridad sexual, reforma al Código Penal (ley 25.087, 1999); inclusión educativa de las estudiantes embarazadas o estudiantes madres (leyes 25.273, 2000; 25.584, 2002, y 26.206, 2006); cupo sindical femenino (ley 25.674, 2002); salud sexual y procreación responsable (ley 25.673, 2002); parto humanizado (ley 25.919, 2004); incorporación de las amas de casa al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (leyes 24.476, 2005, y 26.970, 2014); educación sexual integral (ley 26.150, 2006); promoción integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (ley 26.061, 2006); régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica (ley 26.130, 2006); Programa Nacional de Educación Sexual Integral (ley 26.150, 2006); aprobación del Protocolo

Guatemala”, sentencia de 09/03/2018; “Caso Azul Rojas Martín y otra vs. Perú”, sentencia de 12/03/2020.

(6) FACIO, A. — FRÍES, L., “Feminismo, género y patriarcado”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 6, año 3, primavera de 2005.

(7) FRASER, N., “Escalas de justicia”, Ed. Herder, 2008, p. 34.



Facultativo de la CEDAW (ley 26.171, 2006); prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas (ley 26.364, 2008); prisión domiciliaria para mujeres embarazadas y madres de niñas/os menores o personas con discapacidad a cargo (ley 26.472, 2008); protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (ley 26.485, 2009); matrimonio igualitario (ley 26.618, 2010); erradicación de la difusión de mensajes e imágenes que estimulen o fomenten la explotación sexual (dec. PEN 936/2011); instituye la figura de femicidio en el Código Penal (ley 26.791, 2012); identidad de género (ley 26.743, 2012); régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares (ley 26.844, 2013); acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (ley 26.862, 2013); se incorpora al Código Penal el delito de *grooming* (ley 26.904, 2013); se sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, 2014) (8); se crea un fondo especial para la difusión de la lucha contra la violencia de género, línea 144 (ley 27.039, 2014); educar en igualdad: prevención y erradicación de la violencia de género (ley 27.234, 2015); creación de un Cuerpo de Abogados para prestar asistencia letrada a las víctimas de violencia por razón de género (ley 27.210, 2015); se dispone la privación automática de la responsabilidad parental ante el supuesto de femicidio o en casos de lesiones gravísimas (ley 27.363, 2017); paridad de género en ámbitos de representación política (ley 27.412, 2017); sistema de reparación económica para hijas e hijos de víctimas de femicidios (ley 27.452, 2018); cupo femenino y acceso de artistas mujeres a eventos musicales (ley 27.539, 2019); incorpora como modalidad de violencia contra la mujer al acoso callejero (ley 26.485, 2019); incorpora como modalidad de violencia contra la mujer la violencia política (ley 27.533, 2019); conocida como Ley Micaela, de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (ley 27.499, 2019); interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610, 2020); atención y cuida-

do integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia (ley 27.611, 2020), y la recientemente sancionada Ley de Cupo Laboral Transvesti-Trans en el Sector Público Nacional (ley 27.636, 2021).

En la lista de avances en la trama institucional estatal, se anota la creación del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (dec. 7/2019), en tanto implica el reconocimiento de parte del Estado de las desigualdades e injusticias que sufren las personas en razón del género y evidencia la voluntad política de contribuir a desmantelar el orden patriarcal.

### III. Capacitación en géneros: una herramienta estratégica de transformación

Más allá del andamiaje legal internacional, regional y nacional que acompaña y sostiene la incorporación de la perspectiva de género en el sistema de administración de justicia argentino para que las/os operadoras/es judiciales aborden los hechos discriminatorios y la violencia por razón de género que sufren las mujeres y las personas LGBTI, no como actos aislados, sino como manifestaciones sistémicas y estructurales, resulta necesario su inclusión en un proceso de capacitación continua. En este sentido se ha expedido reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varias de sus sentencias, en oportunidad de establecer las “garantías de no repetición” (9).

Es, entonces, a partir de la centralidad que ocupa la capacitación desde una perspectiva transformadora de las desigualdades que, en este apartado, se pretende destacar la importancia que reviste la sanción de la ley 27.499, conocida como Ley Micaela (2019) (10), que, en su articulado, determina con carácter obligatorio que “todas las personas que se desempe-

(9) “Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19/11/2015, párr. 248; “Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, sentencia de 20/11/2014, párr. 326; “Caso Atala Riffo vs. Chile”, sentencia del 24/02/2002, párr. 271.

(10) En los Fundamentos del Proyecto de Ley se expresa: “... lleva el nombre de Micaela García, víctima de un brutal femicidio; en reconocimiento por su lucha militante por los derechos de las mujeres y de los más vulnerables” (1776-D-2017).

(8) El Código Civil y Comercial reforma temas claves con perspectiva de género. HERRERA, M., “El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género”, LA LEY del 19/02/2015.

ñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación” se capaciten en la temática de género y violencia contra las mujeres **(11) (12)**.

El Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, en su calidad de autoridad de aplicación, entre otras acciones **(13)**, debe brindar acceso público y difundir el grado de cumplimiento de las disposiciones de la ley **(14)**. De los datos aportados por ese organismo, en el año 2020, resulta que la Presidencia de la Nación, la Jefatura de Gabinete de Ministros, los Ministerios nacionales, los organismos descentralizados, desconcentrados, las sociedades con participación estatal y otros entes del Poder Ejecutivo han participado de las capacitaciones efectuadas, que ascienden a un total de cincuenta y cuatro. Con relación al Poder Legislativo Nacional, se han organizado un total de seis capacitaciones, y ciento ochenta máximas autoridades ya han participado **(15)**.

---

(11) El Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (MMGyD) ha elaborado un Programa de Contenidos Mínimos de la Ley Micaela con el objeto de dar uniformidad a los contenidos que deben brindarse en el marco del proceso de capacitación.

(12) La ley establece que quienes no realicen capacitaciones sin justa causa serán intimada/os en forma fehaciente por la autoridad y el incumplimiento será considerado falta grave dando lugar a la sanción disciplinaria.

(13) El MMGyD ha avanzado en el diseño y publicación de un Programa de Contenidos Mínimos de la Ley Micaela, que establece un marco teórico y orientaciones pedagógicas a las que deben adecuarse los programas de capacitación impulsados desde los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo para garantizar la implementación de esta normativa por los/as agentes estatales. En tal sentido, los documentos “Lineamientos para la Certificación Ley Micaela” y “Claves para el traslado de contenidos a la práctica” destacan que tales programas deben tener en cuenta ejes que son centrales en la forma en que se piensa su implementación.

(14) “Informe ejecutivo. Capacitación en Ley Micaela. Máximas autoridades. Art. 7º, ley 27.499”, 10/12/2020, recuperado de [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe\\_ley\\_micaela.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ley_micaela.pdf).

(15) Información disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe\\_ley\\_micaela.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ley_micaela.pdf).

Pese al fuerte compromiso estatal en impulsar la aplicación efectiva de esta ley, a la fecha, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha concretado la instancia de capacitación, pese a haber recibido la invitación cursada por la autoridad de aplicación. Entre los argumentos para fundamentar su posición refractaria, el Máximo Tribunal de la Nación expuso: “En el ámbito de la Corte Suprema de Justicia y del Poder Judicial de la Nación, las actividades de sensibilización y capacitación con relación a la ley 27.499 se llevan a cabo por la Oficina de la Mujer a través del Taller de Perspectiva de Género y de los otros talleres y actividades diseñadas por dicha dependencia”. Su rechazo devela un nuevo cruce entre la Corte y el gobierno **(16)**. Sin embargo, cabe destacar que la posición de la Corte de Justicia Nacional no es seguida por otros Superiores Tribunales de Justicia provinciales, que han implementado capacitaciones tanto para empleadas/os como para funcionarias/os con distintos niveles y jerarquías **(17)**.

Sin lugar a dudas, que el Poder Judicial esté comprometido en incorporar la perspectiva de género, en todas las etapas que se deben atravesar para llegar a una decisión judicial, no solo resulta necesario, sino que constituye un deber legal cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino. El enfoque de género en los procesos judiciales permitirá visibilizar la presencia de estereotipos de género que generalmente se encuentran entrelazados, conforme a una perspectiva interseccional, con otras relaciones sociales de poder, como son la clase social, edad, etnia, orientación sexual, entre otros. En este punto, resulta atinado recordar las palabras de Cook y Cusack, cuando alertan que los estereotipos de género “cercenan excesivamente la

---

(16) Información disponible en <http://tiempojudicial.com/2020/10/15/la-corte-suprema-rechazo-la-capacitacion-del-ministerio-de-las-mujeres-en-ley-micaela/>.

(17) Conforme se establece en nuestra Constitución Nacional, por la organización federal de nuestro país, el Poder Judicial de la Nación es ejercido por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que se dividen en las 24 jurisdicciones, que se conforman por 23 provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; cada una de ellas tiene facultades propias de jurisdicción, y la autoridad máxima del Poder Judicial es el Tribunal Superior de Justicia o denominación análoga.

capacidad de las personas para construir y tomar decisiones sobre sus propios proyectos de vida” (18). Será por eso, entonces, que el Máximo Tribunal Interamericano tiene dicho respecto de aquellos que “son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos” (19).

Por último, queremos evidenciar que la Ley Micaela ha tenido un efecto expansivo en otras instituciones estatales; en este sentido, se destaca la resolución emitida por el Consejo Interuniversitario Nacional —acuerdo plenario 1076/2019—, en la cual decide adherir a la mentada normativa en tanto reconoce que el sistema universitario público tiene una labor fundamental al momento de construir políticas universitarias que contribuyan a “minimizar las desigualdades e inequidades históricas dentro de las instituciones de educación superior” (20).

#### IV. A modo de reflexión final

Señala Marta Lamas que la transversalización de la perspectiva de género implica “revisar todo”, desde cómo organizamos los tiempos y los espacios, hasta las creencias más enraizadas, porque impacta en todas las personas humanas y beneficia al conjunto de la sociedad, incluidos los hombres, al relevarlos de muchos

(18) COOK, R. — CUSACK, S., “Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales”, trad. al español por Andrea Parra, Ed. Profamilia, 2010. Título original: “Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives”, Ed. University.

(19) “Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, sentencia de 28/11/2012, párr. 302.

(20) CIN, acuerdo plenario 1076/2019.

supuestos de género que son también un peso y una injusticia (21).

Si analizamos la actuación del Estado argentino, conforme al punto de vista que ofrece la citada autora mexicana, es posible afirmar que, fundamentalmente luego de la reforma constitucional del año 1994, se inició un progresivo y continuo proceso de adecuación de la normativa nacional conforme a los estándares que entrega el sistema internacional y regional interamericano de derechos humanos. De esa forma, se provoca el desplazamiento —al menos, en una gran medida— del androcentrismo jurídico, en tanto se consolidó un corpus normativo con una perspectiva de género, plural, diversa e interseccional. La segunda etapa se inaugura con la Ley Micaela, que busca a través de la capacitación obligatoria de los agentes estatales levantar obstáculos debidos a posicionamientos subjetivos; visibilizar los estereotipos; modificar los patrones socioculturales de conducta discriminatorios, y eliminar prácticas discriminatorias. Es decir, apunta a generar buenas prácticas institucionales.

En definitiva, es posible afirmar que la Argentina continúa dando pasos firmes y concretos para que quienes tienen el deber de impartir justicia estén comprometidas/os con el derecho a la igualdad y, por tanto, lleven adelante investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas a la Constitución Nacional, a los derechos humanos y a los tratados internacionales que los consagran.

(21) LAMAS, M., “La perspectiva de género”, *La Tarea. Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE*, nro. 8, enero-marzo de 1996, recuperado de [https://www.academia.edu/20808959/LA\\_PERSPECTIVA\\_DE\\_G%C3%89NERO\\_Revista\\_de\\_Educaci%C3%B3n\\_y\\_Cultura\\_de\\_la\\_secci%C3%B3n\\_47\\_del\\_SNT](https://www.academia.edu/20808959/LA_PERSPECTIVA_DE_G%C3%89NERO_Revista_de_Educaci%C3%B3n_y_Cultura_de_la_secci%C3%B3n_47_del_SNT).



**C**ONSTITUCIONAL



# Imparcialidad judicial

Graciela Camaño (\*)

Hablar de la imparcialidad judicial en la Argentina nos remite a pensar en determinadas críticas que se les hace a jueces, fiscales y políticos como protagonistas, incluyendo la asiduidad del trato de jueces con políticos, el *forum shopping*, los direccionamientos de las causas, la presunta digitación de nombramientos y/o traslados de jueces y fiscales y los demás desvíos que darían cuenta de cierta politización, entendida como un modo de manejo político sobre las causas, especialmente las que atañen a la corrupción de los funcionarios públicos.

Se formula la crítica siempre a partir de las consecuencias, pero no se está operando sobre las causas o motivos que conducen a que las decisiones judiciales puedan estar teñidas de politización.

A ese efecto, he presentado un proyecto de ley en la búsqueda de un camino adecuado (si bien es una solución rigurosa que a todos interpela). Entiendo que es necesario prever la inhibición del juez/fiscal, frente a la presencia de elementos que claramente pudieran poner en tela de juicio la imparcialidad y transparencia en la actuación judicial, en asuntos estrechamente ligados a lo político.

Por lo tanto, a la hora de entender y decidir sobre posibles delitos cometidos por funcionarios o exfuncionarios públicos durante la función, postulo incorporar en los artículos del Código Procesal Penal y del Código Procesal Federal Penal, respectivamente, un inciso que prevé causales específicas de inhibición (que el interesado podrá hacer valer para la recusación, en su caso) y que, yendo más allá del parentesco o de la amistad o enemistad manifies-

ta, eliminen la posibilidad de que el proceso y la decisión se vean desnaturalizados o contaminados por consideraciones de orden político.

De ahí que prescriba que *el magistrado debe inhibirse tratándose de una causa que tiene por imputado a un ex o actual funcionario público al que se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo*, en dos hipótesis, a saber:

a. Cuando en forma ostensible e inequívoca hubiere demostrado mediante sus dichos, expresiones, posturas, militancia o actividad públicamente conocidos, cualquiera de estas circunstancias:

- estrecha cercanía, asiduidad o familiaridad en el trato;

- un grado de identificación, favoritismo, simpatía, adhesión, adscripción, compromiso o afinidad política para con aquel, para con su pensamiento político o el partido que integra o integra, o bien otro de antipatía, animosidad, rechazo, repulsión o animadversión tales para con aquel, su pensamiento e identidad política, que, por su incompatibilidad con la función, seriamente comprometan o pongan en duda su imparcialidad para intervenir en el caso.

b. Asimismo, cuando el magistrado hubiese prestado para con el ex o actual funcionario público imputado al que se atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo tareas o servicios bajo su dependencia o subordinación directa en circunstancias y de un modo tales que permitan suponer que existe alguna razón por la que pudiera estar determinado o predispuerto a favorecerlo o perjudicarlo.

Naturalmente, a partir de esos parámetros, es dable esperar que entre jueces y políticos no habrán de mediar relaciones promiscuas ni un

---

(\*) Abogada. Diputada nacional. Consejera por el estamento legislativo en el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Promotora y fundadora del Instituto para la Igualdad de Oportunidades (IPLIDO) de la UTHGRA. Docente universitaria de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Morón.

peligro de colusión, y que se cuidarán públicamente unos de hacer política y otros de buscar condicionarla, favorecerla o intentar interferir en ella.

Y, de paso, se relativizarían el valor y el sentido de pretender nombrar jueces adictos a alguna figura o partido político.

Cabe aclarar que no se incluye allí como causal específica la identificación con el adversario, en el entendimiento de que hacerlo sí comportaría aceptar que el juez se convierta en un instrumento para la persecución judicial del otro dispuesta desde la política, lo que supondría dar crédito a la existencia del *lawfare*. En ese sentido, la causal prevista se detiene solo —desde la identificación o la repulsa política—

en la *antipatía, animosidad, rechazo, repulsión o animadversión ostensible e inequívoca*.

Sin llegar a las prohibiciones que pesaban sobre los oidores de la Real Audiencia, que tenían que estar alejados de toda la vida mundanal y política para administrar justicia en tiempos de la Colonia, entiendo que operar preventivamente evita llegar al punto en el que estamos.

Otro aspecto álgido en el debate actual —advierto— es el de las fuentes de información periodística, que —estimo— está bastante bien abordado y resuelto (en favor de la “reserva de la fuente” (art. 43, CN) en un proyecto presentado el año pasado.



# Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad

Graciela Inés Anselmi Cabral (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Control de constitucionalidad.— III. Control de convencionalidad.

## I. Introducción

Tanto el control constitucional como el control convencional se encuentran íntimamente relacionados entre sí. Son mecanismos mediante los cuales se realiza un previo análisis interno respecto del cumplimiento de la Ley Suprema de una nación y los tratados de derechos humanos incorporados a ella o no, más con jerarquía constitucional, para luego realizar una comparación con los diferentes instrumentos internacionales o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## II. Control de constitucionalidad

Se realiza un breve análisis sobre el control constitucional; los distintos sistemas; cuál es el tipo de control utilizado en la Argentina; cuáles son los efectos del control constitucional y la acción declarativa de inconstitucionalidad, y se tomaron dos casos de evolución jurisprudencial.

*II.1. ¿Qué es el control constitucional? ¿Cuántos sistemas de control constitucional existen?*

El control de constitucionalidad se realiza mediante la comparación entre la Constitución y las demás normas de jerarquía inferior, de tal forma que estas últimas no pueden contrariar la Constitución Nacional.

Encontramos tres sistemas de control constitucional: 1) *sistema político*: en este sistema, no es requisito necesario que la función de control

sea llevada a cabo solo por juristas, sino que también personas ajenas al Poder Judicial pueden realizarlo; 2) *sistema jurisdiccional concentrado*: se realiza por miembros del Poder Judicial. Para ello, en el sistema concentrado se designa un órgano específico encargado de revisar la constitucionalidad de las normas; 3) *sistema jurisdiccional difuso*: el encargado de la revisión y control constitucional es cualquier magistrado del Poder Judicial.

La Argentina se rige por un sistema difuso de control de constitucionalidad, en el que los jueces, sean nacionales o provinciales, son los encargados de realizarlo.

Su función específica es seleccionar la norma aplicable, juzgar si ella concuerda con el texto constitucional y si se trata de un caso justiciable o no. La decisión judicial solo puede ser cuestionada si se encuentra comprometida una cuestión federal suficiente, por medio del recurso extraordinario (art. 14, ley 48) y siempre que se trate de una sentencia definitiva.

Encontramos ya el control de constitucionalidad difuso adoptado por la Argentina en el fallo de doña Isabel Elortondo, donde se debate —entre otras— la interpretación de “utilidad pública”. Aquel se refiere a la expropiación de un terreno y las fincas aledañas para la construcción de la Avenida de Mayo. La Sra. Elortondo se opuso, dado que se vulneraría su derecho de propiedad, amparado por la Constitución Nacional. La Corte sostuvo que el art. 17 de la CN contiene el principio general de la inviolabilidad de la propiedad y también la limitación como garantía de que la expropiación se da únicamente por causa de utilidad pública calificada por ley y previamente indemnizada.

---

(\*) Abogada, UBA. Profesora adjunta del seminario Tópicos de la Facultad de Ciencias Sociales, UNLAM. Doctoranda en UNLAM.

Cabe preguntarse cuáles son los requisitos intrínsecos del control constitucional, a saber: 1) *Supremacía constitucional*: dado el sistema rígido que caracteriza la Constitución Nacional, encontramos que esta es considerada como Ley Fundamental. 2) *Un órgano vinculante independiente y diferente a los demás poderes de la Nación*: el gobierno federal de la Argentina está compuesto por tres poderes independientes (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Cuando dice “órgano vinculante”, se refiere tanto al Ejecutivo como al Legislativo. En cuanto a la fuerza vinculante, las decisiones del Poder Judicial tienen poder como para hacer cumplir sus decisiones. 3) *El alcance del control constitucional* debe extenderse a todo acto o actividad emanado tanto por el Poder Ejecutivo como del Legislativo, alcanzando también al Judicial cuando sus preceptos son contrarios a la Carta Magna (su consecuencia es la nulidad).

## II.2. ¿Cuáles son los efectos del control constitucional?

El control de constitucionalidad no puede ser ejercido por los jueces de oficio, posibilidad esta que se encuentra vedada. Sus efectos solo rigen para un caso concreto, es decir, para el caso en que se ha pedido la declaración de inconstitucionalidad o arbitrariedad. En otras palabras, cuando una norma es atacada como contraria al orden constitucional, y se la declara inconstitucional en la resolución de la controversia, solo es efectiva para el caso concreto, salvo que vuelva a presentarse en aparente conflicto en un nuevo caso, el cual ameritará un nuevo pronunciamiento ante el juez interviniente.

La norma es inconstitucional en un caso preciso y concreto.

El fallo “Fernández, Viviana” (1) dice: “Dado que el régimen jurídico provincial carece de reglas que atribuyan efectos generales, *erga omnes*, o derogatorios a la sentencia que acoja una pretensión de declaración de inconstitucionalidad, la Corte provincial desempeña el papel tradicional, donde prevalece la eficacia *inter partes* de la sentencia, y se limita a decidir la invalidez del precepto contrario a la Constitución para el caso, sin adjudicar a sus declaraciones de inconstitu-

cionalidad la inexorable pérdida de vigencia general de las normas invalidadas”.

## II.3. ¿A partir de cuándo tiene efecto la declaración de inconstitucionalidad?

La determinación de la inconstitucionalidad de una norma comienza a producir su efecto dependiendo de si la sentencia es declarativa o constitutiva.

Si la *sentencia es declarativa*, los efectos son *retroactivos* al momento en que los hechos se produjeron y que motivaron luego la certeza judicial; mientras que si la *sentencia es constitutiva*, produce su efecto *desde el momento mismo del pronunciamiento hacia el futuro*.

Si se trata de una sentencia declarativa que contenga una declaración de inconstitucionalidad, la norma será considerada inválida desde su sanción y siempre que sea desde el nacimiento propio de la norma y no fuese adquirida con posterioridad.

## II.4. La acción declarativa de inconstitucionalidad

El control de constitucionalidad judicial puede estar motivado sobre la base de una acción o una excepción. En una controversia, la parte actora puede estimar que sus derechos se hallan consagrados en determinada parte del plexo normativo, mientras que la parte demandada puede oponer una excepción si considera que dicha norma invocada para fundamentar aquellos derechos es inconstitucional.

Este planteo indirecto ha sido el que tradicionalmente se ha seguido a través de la historia constitucional de nuestro país, mientras que la introducción del planteo por vía de acción es relativamente de reciente consagración. La excepción opuesta en el proceso ordinario constituye un medio indirecto de plantear e introducir la cuestión de constitucionalidad.

En cuanto a las acciones que motivan el control constitucional, encontramos: la acción declarativa de inconstitucionalidad, el amparo, el hábeas corpus, el recurso extraordinario federal y los distintos recursos de inconstitucionalidad ante los Superiores Tribunales de Justicia provinciales.

(1) SCBA, 23/12/2003, “Fernández, Viviana B. y otro c. Provincia de Buenos Aires”, AP 70017037.

Señalo dos fallos en los cuales se muestra la apertura de la Corte Suprema respecto de que la constitucionalidad o inconstitucionalidad fuera declarada mediante una acción declarativa de inconstitucionalidad.

El primero es el fallo “Provincia de Mendoza c. Nación” (2). El fiscal general de la provincia de Mendoza dedujo una demanda en representación de aquella contra la Nación, por la cual se pretendió que se declare la invalidez de diversas disposiciones de la ley 14.773 de Nacionalización de Hidrocarburos Sólidos, Líquidos y Gaseosos, por vulnerar, a juicio de la accionante, los arts. 104, 107, 4º, 5º, 67, incs. 4º, 14, 11 y 27 de la CN, y en forma incidental el art. 1º, las respectivas declaraciones del Preámbulo y el art. 108, CN. El procurador, en su dictamen, expuso: “Esta Corte ha resuelto invariable y reiteradamente, conforme con lo establecido por el art. 2º, ley 27 que no corresponde al Poder Judicial de la Nación, hacer declaraciones generales o en abstracto sobre la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el Honorable Congreso, sino únicamente con relación a la aplicación de estas al hecho o caso contencioso producido (Fallos 12:372; 24:248; 95:290; 107:179; 115:163; 156:318; entre otros). De acuerdo con esa doctrina y no habiendo sido presentada ante V.E. en forma de contienda o caso judicial producido la pretensión de inconstitucionalidad sostenida por la provincia de Mendoza, opino que esa Corte es incompetente para conocer en la presente causa y así debe declararlo, disponiendo el archivo de estas actuaciones”. La Corte ratificó el dictamen del procurador y sostuvo: “que como esta Corte ha tenido oportunidad de declararlo en ocasión reciente el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que el requisito de la existencia de ‘un caso’ o ‘controversia judicial’ sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes —conf. causa ‘Hogg, D. y Cía. SA Com.’, sent. del 01/12/1958—. Que tales casos o causas en los términos de los arts. 100 y 101, CN, son aquellos que contempla el art. 2º, ley 27 con la exigencia de que los tribunales federales solo ejerzan jurisdicción en los ‘casos contenciosos’, lo que excluye como lo señala la jurisprudencia que menciona

(2) CS, 13/03/1959, “Provincia de Mendoza c. Nación”, Fallos 243:176; JA 1959-III-524; AP 60003119.

el dictamen del procurador general las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes, en tanto su aplicación no haya dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se requiera la revisión del punto constitucional propuesto. En tales condiciones la declaración de incompetencia del tribunal corresponde en los términos de lo solicitado en el dictamen que antecede. Por ello, y habiendo dictaminado el procurador general se declara que la presente causa no es de la competencia de la Corte Suprema”.

El segundo fallo es el caso “Hidronor” (3), donde se produjo un reconocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad como una acción idónea a este fin cuando no se estuviese frente a un caso judicial, luego de la opinión que en el caso vertiera el procurador de la Nación (4).

Hidronor SA es intimada por la provincia de Neuquén al pago de una suma de pesos en concepto de impuesto de sellos por el contrato celebrado entre dicha sociedad y la empresa constructora de El Chocón, Impregilo Sollazo SA. Hidronor se niega a realizar este pago, porque considera que, según el art. 12 de la ley 15.336, la ley 17.574 y el contrato de concesión aprobado por el dec. 8053/1968, la provincia carece de facultades para exigir dicho tributo. La empresa inicia una acción declarativa conforme al art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación con el objeto de que sea declarada la constitucionalidad o inconstitucionalidad de aquel impuesto exigido.

El procurador, Dr. Marquardt, expuso: “el análisis de la cuestión planteada exige no solo referirse a la procedencia de la acción declarativa como tal sino también a su pertinencia como medio para obtener el ejercicio del control de constitucionalidad confiado a los tribunales de justicia (...) estimo, por el contrario, que con la introducción del instituto en el derecho público federal, contará este con una vía apta para que los derechos y obligaciones de los particulares, el Estado o las corporaciones públicas, afectadas por normas inconstitucionales puedan dilu-

(3) CS, 28/02/1973, “Hidronor SA c. Provincia de Neuquén”, [https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/2104/MDT\\_2015\\_Herrero.pdf](https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/2104/MDT_2015_Herrero.pdf).

(4) Véase [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/control\\_constitucionalidad.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/control_constitucionalidad.htm).

cidarse apenas medie un interés suficientemente real y concreto, con la consiguiente economía del tiempo y la posibilidad de evitar la lesión material del derecho invocado. Además, la admisión de la acción declarativa en orden a los litigios de derecho privado significará para las actividades ordinarias civiles y comerciales las comprobadas ventajas resultantes de dicha acción en los ordenamientos que la incluyen”.

### II.5. Conclusión

En conclusión, en este muy breve análisis se intentó marcar la conveniencia de la existencia y el mantenimiento del sistema de control constitucional. Los jueces, mediante el control constitucional de leyes, decretos, actos administrativos y ordenanzas, dan la garantía y aseguran a las personas físicas y jurídicas el cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución Nacional.

## III. Control de convencionalidad

Las preguntas que nos hacemos son las que siguen: ¿qué es el control de convencionalidad?, ¿cuándo y cómo se aplica?, ¿cuáles son los órganos que intervienen a nivel nacional e internacional?, y ¿sus sentencias supranacionales tienen carácter vinculante? Se explican brevemente estos interrogantes.

### III.1. ¿Qué es el control de convencionalidad?

El control de convencionalidad analiza si una norma del derecho interno se adecua o respeta los pactos de derechos humanos que fueron ratificados por la Argentina.

Por lo tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano indicado para analizar si una norma de derecho interno transgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados de derechos humanos. Si hubiere alguna violación a los derechos referidos, la notifica con el fin de que modifique el o los actos violatorios de alguno de los tres poderes, con el apercibimiento de incurrir en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2º de la CADH).

Cabe hacer una valoración del control constitucional y del convencional. En el control constitucional, los jueces son los encargados de analizar si una norma es contraria a la Constitución

Nacional (a pedido de parte); en el control convencional, es el órgano internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos) quien examina si una norma interna de alguno de los países signatarios violenta alguna de las normas de las convenciones de derechos humanos.

“En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana...” (5).

En el caso “Almonacid Arellano” (6), la Corte sostuvo “que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende, a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un tratado, como el Pacto de San José, ‘sus jueces’ como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella” (7), lo que les obliga a velar por que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin.

Pensando en esta hipótesis, ¿cuál es el modelo que tutela el Pacto de San José de Costa Rica? Este considera la necesidad de apreciar los caracteres de racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos.

---

(5) HITTERS, Juan C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005).

(6) Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces presidente Salvador Allende, en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis A. Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16/09/1973 fue detenido por carabineros, quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el dec. ley 2191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hubieran incurrido en hechos delictivos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano, ni se sancionó a los autores del hecho.

(7) “Almonacid, Arellano”, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

El 20/09/2007, en el caso “Boyce”, la Corte observó que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis constitucional de la cuestión litigiosa, no teniendo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. De conformidad con el acuerdo realizado en la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, “... y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales...” (8).

La Corte Interamericana explicó que la Corte de Justicia del Caribe no solo debió evaluar la jurisdicción interna respecto de si la norma local era constitucional o no, sino también si violó o no la Convención.

Asimismo, la Corte ha interpretado que la “adecuación” de los preceptos locales “... implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías” (9).

Cabe la pregunta: ¿Quiénes ejercen este control?

En el caso “Almonacid Arellano”, la Corte Interamericana dejó claro que previamente los jueces locales deben evaluar, como paso previo a la instancia internacional, si se violentó algún derecho o garantía previsto en la Convención Interamericana [art. 46.1.a)].

En resumen, se trata de aplicar primero el “control de constitucionalidad” a través del juez local, quien debe también llevar a cabo la inspección de “convencionalidad”. Sucede algo similar a lo que acaece en el orden interno con la cuestión federal, ya que, según la clásica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la nor-

ma debe ser analizada primero por los cuerpos judiciales provinciales y luego, si subsiste el agravio, por el más alto cuerpo de justicia del país.

¿Cuáles serían las normas supranacionales en las que se tendría que aplicar el control de convencionalidad, sin que esto signifique una intromisión directa en las leyes locales? Tanto los jueces locales como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben encontrar la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, vale decir, la Convención y los tratados de derechos humanos.

Por lo tanto, la comparación que se realizará entre las normas supranacionales y las nacionales llevará a que las normas locales deben adecuarse a las disposiciones de los tratados y convenios internacionales.

Esto implica que, si los preceptos domésticos —sean legislativos o de cualquier otro carácter— y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema o crear las que corresponda. Es el deber general del Estado de “adecuación” de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2º de la Convención) (10).

*III.2. ¿Qué consecuencias derivan del control de convencionalidad hecho por la Corte IDH?*

Las consecuencias que derivan del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana son vinculantes (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado tiene la obligación de adaptar y, en su caso, modificar el derecho interno.

Desde esta vertiente, la decisión interamericana no implica una abrogación automática del precepto local, pues es el país quien debe cumplir con el pronunciamiento regional. El Dr. Néstor P. Sagüés hace referencia a la eventual anulación de las normas nacionales en los casos de Perú; sostiene que “... una cosa es que la Corte Interamericana repunte jurídicamente inválidos esos preceptos y resuelva inaplicados por infringir

(8) Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, sentencia de 20/11/2007.

(9) Corte IDH, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12/08/2008.

(10) “Caso Instituto de Reeduación del Menor”, sentencia de 02/09/2004, Serie C, nro. 112, nota 135; HITTERS, Juan C., “Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales”.

el Pacto y otra es que esté habilitada para abolirlos...” (11). “Consideramos que desde el punto de vista estrictamente técnico la crítica es acertada porque en verdad no se produce una verdadera ‘anulación’ sino que la Corte le veda a Perú aplicar normas de impunidad en la totalidad de su territorio. Se ha dicho que los considerandos de tales pronunciamientos *son vinculantes para todo el poder público peruano, incluso en aquellos en los que el Estado no haya sido parte* (véase Trib. Const. en el caso ‘Arturo Castillo Chirinos’, expte. 2730-06-PA/TC, del 21/07/2006, párrs. 12 y 13). Rescatamos la opinión del citado publicista ya que en verdad no ha habido ‘abolición’ sino una declaración de inaplicabilidad de las leyes de impunidad, con efecto *erga omnes*, que produce un efecto similar” (12).

### III.3. Conclusiones

Los organismos judiciales internos deben cumplir previamente con una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la Ley Suprema de la Nación; y, en paralelo, ver si sus decisiones están acordes con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina (arts. 1.1 y 2º, CADH).

Respecto al contralor, la Corte del Pacto de San José hace referencia a las reglas legislativas, ad-

---

(11) SAGÜÉS, Néstor, “El control de convencionalidad”.

(12) HITTERS, Juan C., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, LA LEY 2008-E, 1169.

ministrativas y de cualquier otro carácter. Esto significa que la inspección de compatibilidad con la Convención se va a realizar sobre todo el material normativo del país. En ese aspecto, ha sostenido que los jueces y tribunales domésticos están sujetos al imperio de la ley y obligados a aplicarla, pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San José, los jueces del ese país están sometidos a él porque son parte del Poder Judicial, lo que les obliga a velar por que sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias al objeto y fin de la Convención y los tratados de derechos humanos.

Esta compatibilidad es entre las normas y las reglas de los demás instrumentos internacionales a los que el país ha adherido: tratados, convenciones, resoluciones, declaraciones, informes, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, entre otros que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos.

Por lo tanto, no solo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, en el orden tanto nacional como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2º de la CADH).

# Remoción de magistrados en Argentina y en Italia: el rol del Consejo de la Magistratura

Germán Marcelo Farina (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Consejo Superior de la Magistratura. El caso italiano.— III. El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento en la Argentina.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción

En un sistema de separación de poderes, los controles son esenciales, ya que de esa manera se logra un equilibrio en el ejercicio de sus funciones, evitando que uno pueda avanzar sobre la esfera de actuación de los otros, aunque tanto el sistema argentino como el sistema italiano son producto de un desarrollo histórico diferente en cuanto a la concepción de la división de poderes (1).

Es así que en la Argentina y en Italia existen mecanismos de control entre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, teniendo una relevancia preponderante lo relacionado a los controles que se efectúan sobre el último de ellos, ya que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno (2) la existencia de un Poder Judicial independiente, evitando así condicionamientos en la labor de los magistrados.

La independencia del Poder Judicial debe ser considerada tanto como una protección para los integrantes de él, como una garantía para toda la sociedad, ya que, en su actuación, los jueces de-

ben, en palabras de Loewenstein (3), “estar libre de influencias e intervenciones extrañas, tanto si provienen del gobierno, del Parlamento, del electorado o de la opinión pública”.

Pero esta independencia no debe ser garantizada únicamente en el desenvolvimiento de sus funciones, sino que también debe ser protegida en los mecanismos de selección y de remoción, ya que de poco serviría si los magistrados pudieran ser destituidos de una manera simple, sin darles la posibilidad de defenderse, lo que se agrava si la remoción está a cargo de los órganos políticos del Estado (Ejecutivo y Legislativo).

Así aparece el Consejo de la Magistratura como órgano encargado de las mencionadas funciones, teniendo su origen en Italia y que luego se extendió a diferentes ordenamientos jurídicos, siendo constitucionalizado en la Argentina en la reforma constitucional de 1994 (4), por lo que corresponde ahora analizar ambas experiencias.

(3) LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”, p. 295.

(4) Art. 114, CN: “El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos

(\*) Abogado (Universidad Nacional de Cuyo). Profesor de Derecho Constitucional TT (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo). Asesor letrado de la Universidad Nacional de Cuyo.

(1) Ver, en general, el análisis realizado en AMAYA, Jorge A., “Control de constitucionalidad”, Ed. Astrea, ps. 41 y ss.

(2) Art. 1º, CN: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

## II. Consejo Superior de la Magistratura. El caso italiano

El Consejo Superior de la Magistratura (en adelante, CSM) surge en Italia luego de la experiencia fascista, por lo que el constituyente en 1947 se preocupó especialmente en crear un mecanismo que pudiera garantizar la independencia del Poder Judicial, evitando la injerencia de otros poderes (5), intención que puede verse materializada en el hecho de que la Presidencia del Consejo es reservada para uno de los miembros elegidos por el Parlamento.

Vale en este punto recordar que la Constitución de Italia, en su art. 104, establece: “La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder”, por lo que el funcionamiento y diseño del Consejo italiano busca garantizar esta independencia contenida en el texto constitucional, lo que también puede observarse en su integración, al existir una preponderancia del sector judicial, mientras que en el caso argentino es el sector político el que cuenta con una mayor representación.

los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”. Art. 115, CN: “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el art. 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el art. 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado”.

(5) PIZZORUSSO, Alessandro, “L’organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale”, Ed. Einaudi.

### II.1. Composición, organización y funciones

La Constitución italiana ha delegado en una ley reglamentaria la integración del CSM, estableciendo los sectores que deben estar representados en el art. 104.

Su composición es de 27 miembros; duran 4 años en sus funciones y no pueden ser reelectos de manera inmediata: el presidente de la República, quien es miembro de derecho, que lo debe presidir; el primer presidente del Tribunal de Casación, miembro de derecho; el fiscal general del Tribunal de Casación, miembro de derecho; 16 magistrados: 2 ejercen funciones de legitimidad, 10 ejercen funciones judiciales por mérito, 4 ejercen funciones fiscales por mérito; y 8 profesores titulares de Derecho o abogados con al menos 15 años de práctica.

Las funciones del CSM se encuentran en el art. 105, entre las que se cuentan las sanciones para los magistrados.

La facultad disciplinaria es ejercida contra los magistrados ordinarios, por las causales establecidas en el dec. leg. 109/2006, para lo cual se prevé una comisión disciplinaria integrada por 6 miembros: el vicepresidente del Consejo Superior, que, en general, lo preside, y cinco miembros elegidos por el mismo Consejo de entre sus miembros, de los cuales uno es elegido por las Cortes, un magistrado de Casación con funciones efectivas de legitimidad y tres jueces de mérito. El pleno elige a 14 miembros suplentes.

Para el avance del procedimiento disciplinario, el caso debe ser planteado por el procurador general ante la Corte de Casación o por el ministro de Justicia por hechos tipificados en el mencionado decreto, en el cual se regulan los hechos ilícitos, el procedimiento y las sanciones aplicables. Las sanciones previstas son: a) la advertencia; b) la censura; c) la pérdida de antigüedad; d) la incapacidad temporal para ejercer un puesto directivo o semidireccional; e) la suspensión del cargo de tres meses a dos años y f) la remoción.

Las etapas son: la denuncia; la vista al acusado, quien podrá ser asistido por un magistrado, aun jubilado, o por un letrado; la discusión en el seno de la Comisión de Disciplina, la cual debe dictar su sentencia, pudiendo ser recurrida ante las *sezioni unite civili della Corte di Cassazione*,



según lo disponen la ley 195 de 1958 y el mencionado decreto.

### *II.2. Causales que motivan las sanciones*

El decreto establece dos tipos de delitos: los cometidos en el ejercicio de funciones judiciales y los cometidos fuera del ejercicio de las funciones.

Para la configuración de la primera categoría, es necesario que el magistrado haya violado algunos de los deberes que se le imponen en el ejercicio de su magistratura (buena fe, imparcialidad, diligencia).

El art. 2º, párr. 1º, del dec. leg. 109/2006 identifica 27 hipótesis de posibles delitos en el ejercicio de sus funciones, lo que se traduce en un gran abanico de situaciones en las que puede verse comprometido un magistrado.

Respecto a la segunda categoría de delitos, los llamados extrafuncionales, el art. 3º contempla 8 situaciones, entre las que podemos nombrar la participación en actividades partidarias y la realización de tareas comerciales o industriales que resultan incompatibles con la labor judicial.

Vemos, entonces, que las causales que pueden motivar la remoción de un magistrado en Italia surgen de una norma infraconstitucional, pero con un alto grado de detalle, lo que reduce las posibilidades de interpretaciones por parte del órgano encargado de su juzgamiento.

### **III. El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento en la Argentina**

El Consejo de la Magistratura (en adelante, CM) surgió en la Argentina luego de un arduo debate respecto a la independencia del Poder Judicial, toda vez que, hasta su incorporación en la reforma constitucional de 1994, la selección de los magistrados estaba a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, mientras que la remoción de todos los magistrados federales debía realizarse a través del mecanismo denominado “juicio político”.

Es frente a esta situación que se dispuso la creación de dos órganos encargados de participar en la selección, por un lado (Consejo de la Magistratura), y en la remoción, por el otro, de los jueces inferiores (Jurado de Enjuiciamiento),

para así sustraer tales funciones de los poderes políticos.

Respecto de la remoción de los magistrados inferiores, existe una relación entre el CM y el Jurado de Enjuiciamiento, ya que, para que este último pueda actuar, es necesario que el primero realice la acusación.

### *III.1. Composición, organización y funciones*

Tal como ocurre en Italia, la Constitución de la Nación Argentina no ha previsto en su texto la cantidad de miembros que debe tener el CM, limitándose en su art. 114 a detallar los sectores que deben integrarlos (representantes del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, jueces federales, abogados de la matrícula federal y del ámbito académico y científico).

Producto de esta situación, desde la sanción de la primera ley del CM en 1997, su integración ha ido variando con los años (6), para llegar a la actual composición de 13 miembros: tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D’Hondt. Debe garantizarse la representación igualitaria de jueces de Cámara y de primera instancia; seis legisladores: tres por el Senado, tres por Diputados; dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país; un representante del Poder Ejecutivo y un representante del ámbito académico y científico, elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional.

Los integrantes duran 4 años en sus funciones, pudiendo ser reelectos con intervalo de un período, y sus funciones están consagradas en el art. 114 de la CN y en su ley reglamentaria, siendo las principales la selección de los candidatos a cubrir las vacantes del Poder Judicial Federal a tra-

(6) La primera ley 24.937 (con la aclaración de la ley 24.939) estableció una integración de 20 miembros, para luego verse reducido su número a 13 miembros, por ley 26.080 de 2006, que es su composición actual. Se aclara que en el año 2013 fue sancionada la ley 26.855, que aumentaba a 19 sus integrantes, pero cuya aplicación quedó trunca luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara inconstitucionales algunos artículos en el célebre caso “Rizzo” (Fallos 336:760).

vés de los concursos públicos, elaborar las ternas que son enviadas al Poder Ejecutivo para que elija a uno y enviarlo al Senado de la Nación para su acuerdo.

Juntamente con la mencionada función, el CM tiene a su cargo acusar ante el Jurado de Enjuiciamiento a los magistrados inferiores para su destitución.

El Jurado de Enjuiciamiento está integrado por 7 miembros, número previsto en la ley 26.080: a) dos jueces que serán: de Cámara, debiendo uno pertenecer al fuero federal del interior de la República y otro a la Capital Federal; b) cuatro legisladores, dos por la Cámara de Senadores y dos por la Cámara de Diputados de la Nación; y c) un abogado de la matrícula federal.

Las etapas del procedimiento de remoción en la Argentina son: acusación por parte del plenario del CM; vista al acusado, con un período de 30 días para la producción de prueba; informe elaborado por el representante del Jurado designado y el magistrado acusado, el que se deberá presentar en un plazo a determinar. Luego de presentado dicho informe, el Jurado de Enjuiciamiento emitirá su fallo, pudiendo destituir al juez.

Dicha decisión, conforme al art. 115 de la CN, es irrecurrible, por lo que el magistrado destituido no podría cuestionar en sede judicial lo resuelto en el procedimiento disciplinario.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina tiene dicho que siempre existe la posibilidad de que pueda ser revisada la actuación del Jurado de Enjuiciamiento en aquellos casos en que pudieran verse afectados el debido proceso y la defensa en juicio (7).

Existen sanciones menores (advertencia, apercibimiento y multa de hasta un 50% de sus haberes), que pueden ser dispuestas por el plenario del CM a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación, sin la intervención del Jurado de Enjuiciamiento.

---

(7) Consid. 9º del voto de Petracchi y Zaffaroni en el fallo "Brusa, Víctor H.", Fallos 326:4816.

### *III.2. Causales que motivan las sanciones*

Las causales de remoción se encuentran establecidas en el art. 25 de la Ley del CM, el que remite al art. 53 de la CN.

Dichas causales son el mal desempeño y los delitos en el ejercicio de sus funciones o la comisión de crímenes comunes, para luego enumerar, tal como ocurre con el caso italiano, algunas situaciones que pueden considerarse mal desempeño, tales como desconocimiento del derecho, desórdenes de conducta, negligencia grave en el ejercicio, entre otras.

El mal desempeño es un concepto jurídico indeterminado, que podemos definir como aquella o aquellas conductas contrarias al correcto desenvolvimiento en una función pública que, sin llegar a configurar un delito, dañan de manera grave la honorabilidad del cargo que se está ejerciendo.

Para la configuración de las otras dos causales, delitos en el ejercicio de las funciones y crímenes comunes, resulta necesario que la conducta imputada esté tipificada como delito con anterioridad (8) en la ley penal, debiendo dividir entre aquellos delitos que solo pueden ser cometidos por la persona que ostenta el cargo y aquellos que no exigen reunir la condición de magistrado (p. ej., en un homicidio: cualquier persona puede cometer un homicidio, pero el prevaricato solo lo puede cometer un juez).

Resumiendo este apartado, la legislación argentina no realiza una enumeración de las causales establecidas similar al sistema italiano, ya que remite a una causal de tipo abierto, como es el mal desempeño, aunque contenga a modo enunciativo algunas situaciones que pueden configurarlo, lo que se puede traducir en una afectación a la labor de los magistrados, ya que una mayoría circunstancial en el Jurado de Enjuiciamiento puede llegar a considerar un sinnúmero de situaciones como razones para remover a un magistrado.

### **IV. Conclusiones**

Luego del repaso de los sistemas de la Argentina y de Italia en torno a la remoción de magis-

---

(8) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, t. II, p. 35.

trados y el rol de los Consejos de la Magistratura, surge con claridad que su incorporación implica una garantía para la independencia del Poder Judicial, ya que de esta manera se sustrae el control del poder político, dejándolo a cargo de un órgano con una integración plural, en el que están representados diversos sectores.

Así, sobre todo en Italia, es bueno destacar que la mayoría de los integrantes son jueces y académicos propuestos por el Parlamento, lo que se traduce en una menor injerencia del sector político, algo que en la Argentina no ocurre, ya que en la actualidad son los representantes del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo los que tienen la representación mayoritaria, con lo que se debilita la intención del constituyente al momento de incluir el Consejo de la Magistratura en el sistema.

Lo indicado obedece —creemos— al hecho de que, en los dos casos analizados, las Constitucio-

nes no establecieron la integración de los consejos, limitándose a mencionar los sectores que debían estar representados, dejando a una ley reglamentaria la composición, lo que en el caso argentino se tradujo efectivamente en una preponderancia del sector político por sobre el resto de los estamentos, por lo que la declamada independencia judicial se sigue viendo condicionada.

Es solo a través de una modificación de la ley reglamentaria, quizás tomando el modelo italiano, que se puede lograr un verdadero equilibrio que garantice la independencia buscada, que aleje las presiones de la política sobre la actuación de los magistrados, haciendo que su remoción responda verdaderamente a situaciones que hagan intolerable la continuidad del funcionario que actúa indebidamente, y no que responda a los aires políticos imperantes en un determinado momento.

# Breve aproximación al Consejo de la Magistratura: los casos argentino e italiano

Pablo Hunger<sup>(\*)</sup>

El *Consiglio Superiore della Magistratura* italiano ha sido referencia significativa en la discusión que antecedió la creación del Consejo de la Magistratura de la República Argentina. La gran desconfianza social (1) que posaba sobre la justicia fue tenida en cuenta en la reforma constitucional. La introducción del mencionado organismo en el seno del Poder Judicial tuvo como objeto “despolitizar” los procedimientos de selección y remoción de magistrados de instancias inferiores. Sin embargo, las escasas garantías constitucionales con las que el Consejo de la Magistratura argentino fuera dotado propiciaron sucesivas reformas que obstaculizaron la satisfacción del derecho a la justicia que el Estado debió y debe garantizar. La independencia judicial no sería alcanzada; languidecía el cumplimiento de tal principio republicano. A pesar de que la reforma constitucional se fechó en el año 1994, cuatro años más tarde nacía, finalmente, el Consejo de la Magistratura, gracias a la sanción de la ley 24.937. La negativa del Poder Ejecutivo a ceder poder e influencia en los procesos vinculados a la selección y remoción de jueces fue doblegada por el resultado electoral, que incidió en la pérdida de la mayoría parlamentaria del, en aquel entonces, gobierno del Dr. Menem.

La introducción del *Consiglio Superiore della Magistratura* en el seno del gobierno judicial italiano causó un efecto similar. La Constitución de

1947 lo instituyó, mas su reglamentación tuvo lugar 11 años después, mediante la ley 195/1958. Los preceptos constitucionales defensores de la separación de poderes encontraron, del mismo modo, la negativa del poder político de turno a limitar su influencia en el ejercicio de la administración judicial: las prerrogativas concedidas al ministro de Justicia así lo confirmaban (2). Cinco años después, la Corte Constitucional declaró la extralimitación de las facultades del representante de la mencionada cartera, poniendo fin a una concepción que amenazaba el propicio equilibrio republicano que obra como contralor de los abusos de poder. En la República Argentina, tal conclusión se hace esperar: la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha resuelto la cuestión de fondo, toda vez que la sanción de la ley 26.080 ha impartido un nuevo equilibrio en la representación de los estamentos integrantes, sumamente beneficioso para los gobiernos de turno; la sobre-representación hegemónica del poder político partidario incide negativamente en la independencia judicial y, por consiguiente, en la gestión de una Administración Pública eficiente.

Con relación a los procesos disciplinarios existen ciertas diferencias: el inicio del procedimiento de remoción de magistrados debe necesariamente ser peticionado por el ministro de Justicia o por el fiscal general del Tribunal de Casación; requisito ausente para el caso argentino, anclado en un sistema presidencialista. Una Comisión, compuesta por 6 miembros, de los cuales 4 son magistrados, es responsable de dar el veredicto por mayoría simple. La Comisión de Acusación

---

(\*) Licenciado en Ciencia Política (UBA). Maestrando en Administración Pública (UBA) (tesis entregada). Especialista en Administración Judicial (UBA). Durante los últimos años se ha dedicado a estudiar en profundidad el funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la República Argentina.

(1) “Centro de Estudios para la Nueva Mayoría. Evolución de la imagen del Poder Judicial”, *Revista Noticias*, 25/04/1993.

---

(2) LOUSADA ANCHORENA, J. F. — RON LATAS, R. P., “Los Consejos de la Magistratura y otros modelos de gobierno judicial”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, 2017, ps. 300-313, DOI: <https://doi.org/10.17979/afjudc.2017.21.0.3293>.

y Disciplina del organismo argentino se integra por 9 miembros, exhibiendo una mayoría de integrantes representantes del estrato político partidario. He aquí una diferencia relevante: el caso europeo pondera la prevalencia judicial, a diferencia del caso local, en el que la política domina la escena. Mientras el *Consiglio Superiore della Magistratura* sanciona o remueve gracias a la única decisión de la Comisión Disciplinaria, el órgano argentino requiere el despacho de la mencionada Comisión, al que se suma el veredicto del plenario; en este último también prevalece la política, pues su composición actual otorga un poder hegemónico beneficioso al oficialismo de turno, a través del cual se encuentra en condiciones de bloquear cualquier procedimiento de remoción. La imposibilidad fáctica de los estamentos restantes para alcanzar la mayoría especial necesaria —de dos tercios de los presentes— a efectos de proceder con la remoción deviene en un desequilibrio nocivo que interfiere en la órbita judicial. Asimismo, en la República Argentina existe una doble instancia para apartar a un magistrado inferior de su cargo: luego de la aproba-

ción del procedimiento de remoción toma intervención el Jurado de Enjuiciamiento. Este esquema ralentiza y complejiza sobremanera la efectiva remoción de magistrados que no imparten justicia como es debido.

Un mecanismo interesante, beneficioso para resguardar y fomentar la idoneidad en el ejercicio del cargo, se aprecia en la obligatoriedad de la rendición de exámenes. Esta herramienta, ausente en el Consejo de la Magistratura argentino, expulsa a aquellos jueces que no alcanzan los resultados esperados. Resulta conveniente analizar su incorporación, toda vez que la “buena conducta”, de carácter constitucional, difícilmente pueda oponerse a instancias evaluadoras que garanticen un Poder Judicial moderno, sujeto a las nuevas interpretaciones y a la evolución social. La consagración de un modelo republicano de gobierno en la Argentina dependerá del establecimiento de un genuino equilibrio al interior del Consejo de la Magistratura; hasta tanto, la independencia judicial y la satisfacción del derecho a la justicia no serán plenos.

# Pospandemia: ¿hacia dónde se dirige el derecho constitucional?

## Características esenciales del poder constituyente con miras a una Constitución Planetaria (\*)

María Inés Ramírez (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Poder constituyente.— III. Conclusión.

### I. Introducción

La magnitud de los problemas a los que nos enfrentamos en estos días pone de manifiesto la vulnerabilidad que nos une como seres humanos y trasciende las fronteras definidas por los poderes constituidos, que van perdiendo credibilidad, en mayor o menor medida, en la mayoría de los países. Ante esta situación, de la mano del Prof. Luigi Ferrajoli, surge la idea del constitucionalismo planetario como respuesta. El presente trabajo es un breve análisis de factibilidad y requisitos para el poder constituyente al que se le encomendaría tamaña labor.

Muchos coinciden, en estos días, en que estamos ante un problema global, que requiere una solución global, y que esto podría brindarnos una oportunidad única en la historia, que sería no limitar la solución a nivel global a la cura del COVID-19, sino abordar muchos otros problemas que aquejan a toda la *humanidad*, como por ejemplo el cambio climático, que aglutina a mi-

les de jóvenes alrededor del mundo con una misma bandera.

Los niños que hoy no pueden salir a jugar afuera porque estamos en una pandemia comprenderán perfectamente la manera en que un problema global los afecta directamente en su día a día, igual en Londres que en Asunción.

Entonces, ¿qué podríamos hacer para planificar un mejor futuro para todos, como humanidad? ¿Cuál sería nuestro instrumento primero? Hoy, en todos los países, con una economía semiparada, volvemos a comprender el rol esencial de los Estados para mantener el orden y la salud de los ciudadanos. Estados que, en muchos casos, a pesar de ser democráticos, desarrollados, industrializados y ricos, no pueden responder con el nivel necesario, ni de forma aislada, ni conjuntamente.

Recientemente, el Prof. Luigi Ferrajoli, en varios artículos periodísticos (1), ha expuesto sus reflexiones con respecto a la idea de una Constitución Planetaria, como una alternativa al *status quo*, del que resulta casi impensable salir. En principio, parece una simple utopía, pero en el presente trabajo exploraremos algunas posi-

---

(\*) Artículo originalmente publicado en el *Anuario Paraguayo de Derecho Constitucional*, Ed. La Ley Paraguaya, 2020, p. 123.

(\*\*) Abogada. Magíster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos por la Universidad Complutense de Madrid. Su experiencia es en derecho constitucional, elecciones, técnica legislativa y participación ciudadana. Fue gerente de Proyectos de Transversalización de Género en América Latina para ParlAmericas; trabajó durante más de 10 años en el Congreso de Paraguay y es miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional.

(1) Véase <https://palestraextramuros.blogspot.com/2020/03/lo-que-nos-ensea-el-coronavirus.html?sref=tw&m=1>; [https://tn.com.ar/internacional/coronavirus-el-filosofo-luigi-ferrajoli-y-la-necesidad-de-una-constitucion-de-la-tierra\\_1054825](https://tn.com.ar/internacional/coronavirus-el-filosofo-luigi-ferrajoli-y-la-necesidad-de-una-constitucion-de-la-tierra_1054825); <https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>.

bilidades en cuanto a la formación de un poder constituyente mundial: ¿Qué tipo de órgano sería? ¿Sería un poder constituyente originario o derivado? ¿Sería esta Constitución otorgada o pactada?

Son estas preguntas las que nos llevan al análisis abordado en el presente trabajo.

Comencemos por recordar qué es el poder constituyente, la forma en la que se presentó en la historia, para luego hacer un paralelismo con las coyunturas actuales.

## II. Poder constituyente

### II.1. ¿Qué es poder constituyente?

Expresa Sagüés que “.. la expresión poder constituyente refiere tanto a la facultad o potencia para establecer y alterar la Constitución (poder-función), como a quién lo hace (poder-persona)” (2).

Partiendo del principio de que la soberanía es atributo del pueblo, a él y únicamente a él está atribuido el poder constituyente (3). Esto implica que el poder constituyente reside en la voluntad de autodeterminación de un pueblo (poder-persona).

¿Se podría decir, entonces, que podría conformarse un “poder constituyente” en cualquier conjunto de personas dispuestas a cooperar para autodeterminarse? (poder-función).

Teóricamente, sí. De esa manera han nacido muchas naciones, convertidas en países, organizados para dar respuestas a las necesidades de los ciudadanos que lo conforman. Unos países se han independizado de la hegemonía ejercida por otros países, y otros se han unido en Estados federales, estableciendo pactos para su constitución, como los Estados Unidos de América, por poner un ejemplo.

Pero no es la única manera en que se ha manifestado el poder constituyente a lo largo de

la historia. Mayoritariamente converge el concepto de poder constituyente como atribución del “pueblo”, contrario al poder hegemónico, ejercido por una persona o un grupo de personas, que no permite la participación de los ciudadanos en las decisiones que les afectan y tampoco permite cuestionar el régimen, ni mucho menos reemplazarlo. Esto se aplica en las Constituciones *pactadas*. Pero en algunas ocasiones en la historia ha existido otro tipo de Constituciones, las *otorgadas*; “.. estas pueden arrancar de una autolimitación de sus atribuciones que quieran hacer el monarca o el autócrata, obedeciendo a un impulso propio —lo que es sumamente improbable, porque su tendencia es la inversa, ampliar sus facultades—. Dado su origen, tiene un carácter muy dudoso de verdadera Constitución, porque si su nacimiento hubiera derivado de la voluntad del monarca o dictador, estos, al menos teóricamente, podrían modificarlas a su antojo, con lo cual los derechos individuales y sus garantías no serían sino mera ficción. Por eso las Constituciones pactadas contienen una mejor garantía, porque su índole contractual impediría también teóricamente, que una de las partes rompiese lo pactado por su sola voluntad. Tienen en cambio el inconveniente de que esa forma supone el reconocimiento de dos voluntades igualmente soberanas: la del pueblo y la del monarca o autócrata, que son las dos partes contratantes, cuando lo cierto es que en una democracia verdadera el único soberano es el pueblo, a pesar de lo cual no podría modificar una Constitución que ya no lo satisficiera o que no llenase las necesidades de su época, sin recurrir a una revolución. De ahí que, en un concepto moderno, únicamente sean admisibles las Constituciones sancionadas por el pueblo en uso de un poder constituyente que no puede ser compartido” (4).

De este modo, se hace patente que el “poder constituyente” es necesariamente consecuencia del poder real que tiene un grupo de personas de enfrentarse a sus opresores, de manera más o menos civilizada, respetando las diferencias, estableciendo acuerdos y pactos de convivencia, de modo de mejorar la calidad de vida del mayor

(2) SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, t. 1, p. 115.

(3) OSSORIO, Manuel, “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 227: “Constituyente”.

(4) OSSORIO, Manuel, “Diccionario de ciencias jurídicas...”, ob. cit., p. 224: “Constitución”.

número de personas. Así nace el poder constituyente, como veremos a continuación.

## II.2. Origen histórico de la teoría del poder constituyente

La teoría del poder Constituyente fue elaborada durante la Revolución Francesa por el abate Emmanuel Sieyès, cuando la golpeada monarquía francesa se vio compelida a convocar a los Estados Generales (5), compuestos por la nobleza, el clero y el tercer estado. Este último correspondía a los estratos sociales comunes, no privilegiados, donde existía una notoria predominancia de la burguesía. En los Estados Generales se votaba por orden, y el tercer estado o estado llano estaba en desventaja numérica frente a la unión que había a la hora de votar entre la nobleza y el clero. Era imperiosa una reforma para lograr el control de la asamblea. En ese contexto, Sieyès escribe su célebre panfleto, titulado “¿Qué es el tercer estado?” (6), con el objeto de exponer los pasos a seguir para que se produzca un cambio que se volvía indefectible. Sieyès manifestaba que, para que existiera una Constitución, la nación debía adoptar la determinación mediante representantes designados especialmente para expresar la voluntad nacional, en los siguientes términos: “... Habría que convocar a la nación para que ella envíe a la metrópoli representantes extraordinarios, con una procuración especial para regular la constitución de la asamblea nacional ordinaria. Yo no querría que estos representantes dispusieran de poderes para convertirse prontamente en asamblea ordinaria, conforme a la Constitución que hubieran establecido ellos mismos, ya que deberían trabajar únicamente por el interés nacional, y no estuviesen centrados en los intereses

(5) Los Estados Generales eran la asamblea colegiada y deliberativa originada en Francia a partir del siglo XIV, durante el reinado de Felipe el Hermoso. Tuvieron su momento culminante en el año 1789, en los principios de la Revolución Francesa. Estaban integrados por las tres clases que en aquellos tiempos de la monarquía formaban la organización social francesa, a saber: clero, nobleza y burguesía, representada por la clase media; las dos primeras privilegiadas; la otra fue llamada “estado llano” o “tercer estado”. OSSORIO, Manuel, “Diccionario de ciencias jurídicas...”, ob. cit., “Estados Generales”.

(6) SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “¿Qué es el Tercer Estado?”, <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/que-es-el-tercer-estado.pdf>.

del cuerpo que conforman” (7). De este modo, tal vez casi inadvertidamente, Sieyès elabora la teoría del “poder constituyente”, de modo de definir sobre quién recaería y cuáles serían las condiciones para su ejercicio, ya que, a su entender, “... la Constitución, es el verdadero modo de poner fin a la discordia actual y las posibles desavenencias de la nación...”

Nación, entendida como personificación del pueblo, de modo de despojar al rey de su soberanía, ya que la soberanía no existía sin una persona que la ejerza. Al decir de García-Pelayo, “... con esto queda claro lo que sociológicamente significa soberanía nacional, y como, al igual que los derechos del hombre, no representa un mero concepto racional, sino la expresión ideológica de una situación histórica concreta...” (8).

De esta forma se fueron definiendo las primeras características del poder constituyente, un poder originario, emanado directamente “del pueblo”; extraordinario, que solo se concibe para la Constitución; supremo, ya que no reconoce ninguna autoridad por encima: el mismo poder constituyente establece sus autoridades y fija sus límites.

El modelo, es sabido, fue replicado en la mayoría de los países con democracias liberales, con variaciones en las respectivas características a lo largo de los siglos XIX y XX, a medida que se fueron formando las diversas naciones que conocemos hoy y fueron madurando sus propios procesos democráticos.

El poder constituyente, podemos ver, fue creado como una herramienta del “pueblo” para mejorar sus condiciones de vida. Cuando este “pueblo” es mayor en número que los privilegiados en un régimen y, además, lo consideran injusto, es preciso llegar a nuevos acuerdos y renunciadas de ciertos sectores para establecer unas nuevas reglas de convivencia en paz. Pero esa creación, a su vez, fue el fruto del pensamiento ilustrado compartido por la generación, donde las ideas de Voltaire, Rousseau, Montesquieu y los Enciclopedistas fueron permeando lentamente a través de

(7) SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “¿Qué es el Tercer Estado?”, ob. cit., p. 72.

(8) GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, 2ª ed., Ed. Alianza, p. 465.



miles de personas que compartían un descontento ante la injusticia a la que consideraban se encontraban sometidos.

Fue un cúmulo de circunstancias sociales e históricas muy específicas el que dio pie al proceso de creación del concepto moderno de Constitución. Al decir del maestro Nino: “El constitucionalismo en su sentido más pleno es un fruto exótico, que florece solo en escasos lugares y en condiciones verdaderamente excepcionales” (9).

### II.3. Panorama actual con miras a un proceso constituyente global

Cabe preguntarse: ¿Serán las condiciones del 2020 suficientes para que comience a germinar la semilla de la flor de un nuevo fruto exótico que aglutine a una generación descontenta con los sistemas representativos propios, independientemente del país en el que se encuentren? (10).

De todos modos, como dice el historiador Yuval N. Harari, “para cambiar un orden imaginado existente, hemos de creer primero en un orden imaginado alternativo” (11).

Y de la misma manera en que, en su momento, la Ilustración ha cimentado los conceptos de libertad, igualdad y fraternidad, en la burguesía francesa, es sabido que hoy los *millennials* y *centennials* tienen una ventaja enorme en comparación con toda generación anterior respecto del acceso a la información y una crisis mundial

(9) NINO, Carlos S., “Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico u politológico de la práctica constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 1.

(10) Véase BARBET, Berta, “La crisis de legitimidad del Poder Legislativo. Alcance y causas de la crisis del sistema de representación parlamentaria”, en GONZÁLEZ, Felipe — DAMIANI, Gerson — FERNÁNDEZ-ALBERTOS, José, *¿Quién manda aquí? La crisis global de la democracia representativa*, Ed. Penguin Random House, Barcelona, 2017, ps. 47-49: “El Parlamento es generalmente, junto con los políticos y los partidos políticos (dos instituciones bastante ligadas al Poder Legislativo), la institución con peores niveles de confianza”.

(11) HARARI, Yuval N., “*Sapiens*. De animales a dioses”, Ed. Penguin Random House — Kindle, España, posición 2115-2116.

común que parece afectarles más que a las otras generaciones (12).

Mientras tanto, en Italia, el Prof. Luigi Ferrajoli inició un movimiento con miras a comenzar a discutir la posibilidad de una Constitución Planetaria, planteando “... la necesidad y la urgencia de un constitucionalismo más allá del Estado. Es a partir de esta conciencia primaria y banal que nació la idea de dar vida a un movimiento de opinión dirigido a promover un constitucionalismo supranacional, capaz de llenar el vacío del derecho público, producido por la asimetría entre el carácter global de los poderes salvajes de hoy y el carácter predominantemente local de la política y la ley” (13).

Esto se dio apenas unos días antes de que comenzara la cuarentena mundial por el COVID-19, para agregar el ingrediente de crisis de magnitud histórica. A raíz del coronavirus, se habla constantemente en los medios de que se requiere una solución global coordinada para erradicarlo (14). Pero la acción global coordinada, más allá de las acciones de la Organización Mundial de la Salud y de los diferentes mecanismos que tengan los países para enfrentar la pandemia, le toca a cada ciudadano confinado al encierro en su casa, en el mejor de los casos, o forzado a salir a trabajar en condiciones de alto riesgo.

(12) Véase <https://fortuna.perfil.com/2020-04-28-211499-millennials-y-centennials-los-mas-afectados-por-elcovid-19/>; <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20200419/48571932026/millennial-impacto-crisis-economica-covid-19.html>.

(13) Texto extraído de la página web del movimiento *Costituente Terra*, trad. de Google, original en italiano, <http://www.costituenteterra.it/perche-una-costituzione-della-terra/>.

(14) Una pandemia no se arregla con soluciones locales. Recuperar la verdadera función de las Naciones Unidas, darle más autoridad a la OMS y potenciar las instituciones de la Unión Europea son algunas de las cuestiones imprescindibles ante el COVID-19, [https://elpais.com/economia/2020/04/13/alternativas/158677214\\_770913.html](https://elpais.com/economia/2020/04/13/alternativas/158677214_770913.html). ¡A problemas globales, soluciones globales! Parece tan sencillo como categórico. Es lo que ha venido pregonando, con buenas razones, el *expremier* británico Gordon Brown, <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/eduardo-posada-carbo/un-mundo-sin-lideres-columna-de-eduardo-posada-carbo-487968>.

En alguna medida, estamos observando una cooperación mundial de los ciudadanos para enfrentar una crisis común, y esto es un comienzo, porque la única forma de que una Constitución tenga verdadera legitimidad de origen es que en su concepción se permita la participación de la mayor cantidad posible de las personas a las que algún día regirá, y para que esto suceda se requiere gran capacidad de cooperación y coordinación de esfuerzos.

Esto antes era completamente impensable: ¿cómo podrían ponerse de acuerdo millones de personas?, ¿cómo podríamos computar esa cantidad inmensa de información? Hoy en día, la tecnología nos permite soñar y comenzar a trabajar hacia esa dirección. En las próximas páginas analizaremos algunas características del poder constituyente y un paralelismo con la posibilidad de llevar el proceso a nivel mundial.

#### II.4. Poder constituyente originario o derivado

Una de las principales distinciones que se encuentran en la doctrina del poder constituyente deviene de su propio origen, y vemos, entonces, que puede ser *originario*, “no en el sentido cronológico, sino en cuanto a su cuota de poder, no está sometido a normas jurídicas preexistentes de derecho positivo. Se lo puede considerar, pues, revolucionario e ilimitado (respecto del derecho positivo)”. Este, a su vez, puede ser *fundacional*, “cuando dicta la primera Constitución del Estado, al crearse este, y siempre que actúe sin topes normativos, o posfundacional, si opera después de haberse creado el Estado, pero también libre de reglas jurídicas preexistentes (p. ej., el ejercicio como consecuencia de una revolución)” (15).

El poder constituyente también puede ser *derivado* (o *constituido*). “Es el sometido a reglas jurídicas preexistentes de derecho positivo. Casi siempre importa un poder de reforma o enmienda de una Constitución previa; pero en otros casos posee también poder de reemplazo, ya que puede estar facultado para sustituir una Constitución por otra” (16).

(15) SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, ob. cit., p. 116.

(16) *Ibidem*, p. 117.

Esta distinción resulta de especial importancia, teniendo en cuenta que un poder constituyente planetario comprendería una situación *sui generis*. Por un lado, podemos afirmar que hablamos de un poder constituyente originario, ya que nunca existió una Constitución Planetaria en la historia, pero hemos visto, como lo señala Sagüés, que no hablamos en sentido cronológico, sino de la existencia de normas jurídicas que lo rijan. Desde esta perspectiva, tenemos un planeta constituido por entre 193 y 206 países, dependiendo de qué características consideramos exactamente que debe tener un país (17). La Organización de las Naciones Unidas es la principal referencia para conocer el número de Estados. La adición de un nuevo país tiene que ser aprobada por al menos nueve de los 15 miembros del Consejo de Seguridad, sin que ninguno de los cinco miembros permanentes (China, Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Rusia) utilice su poder de veto. De acuerdo con la Carta, todos los miembros de la ONU convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad. Este es el único órgano de la ONU cuyas decisiones, conforme a la Carta, están obligados a cumplir los Estados miembros (18).

Desde el punto de vista del concepto material de Constitución, entendida en el sentido opuesto a Constitución formal, vemos aquí un orden de tipo constitucional mundial, más allá de lo que podamos opinar acerca de su legitimidad de origen.

“Hoy en día, casi todos los humanos comparten el mismo sistema geopolítico (todo el planeta está dividido en Estados reconocidos internacionalmente); el mismo sistema económico (las fuerzas capitalistas del mercado modelan incluso los rincones más remotos del planeta)” (19).

Por otro lado, tenemos multinacionales que operan en tantos países a la vez que tienen un poder económico a veces mayor al de pequeñas naciones.

(17) COSTA, Camila, “¿Cuántos países existen y por qué es tan difícil responder a esa pregunta?”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48153621>.

(18) Véase <https://www.un.org/securitycouncil/es>.

(19) HARARI, Yuval N., “*Sapiens*. De animales a dioses”, ob. cit., posición 2971-2973.

¿Y qué hay del ciberespacio, que trasciende fronteras? Cada vez somos más quienes accedemos a navegar virtualmente a través de él. Internet, como lo concebían sus creadores, sería una red libre de regulación por parte de los Estados. “Gobiernos del mundo industrializado, gigantes de carne y acero, vengo del ciberespacio, el nuevo hogar de la mente. En representación del futuro, les pido a ustedes, que vienen del pasado, que nos dejen solos. No son bienvenidos entre nosotros. Ustedes no tienen soberanía en el lugar que nos reunimos” (20). Así reza una parte de la Declaración de Independencia del Ciberespacio, a estas alturas todo un clásico en lo que respecta a manifiestos ideológicos vinculados con las nuevas tecnologías. “El ciberespacio cuestiona toda experiencia histórica. Es ubicuo, pero no amenazante en sí mismo; su amenaza depende de cómo se lo use” (21). Aproximadamente, 2.9 billones de personas, casi un 40% de la población mundial, están conectadas a internet (22). Este dato es relevante para reforzar el argumento de que ya existe una Constitución material mundial. El punto específico sobre si un poder constituyente planetario sería originario o derivado dependerá en última instancia del proceso que se lleve a cabo para su formación e implementación. El hecho de tener un orden constituido en funcionamiento nos permite diseñar el poder constituyente desde cero, estableciendo incluso las normas que lo regirían, y desde ese momento se podría decir tal vez que estaríamos ante un poder constituyente derivado.

Pero no podemos ignorar el hecho de que en ningún ordenamiento jurídico se prevé que la Constitución sea reemplazada por una de mayor jerarquía, aunque prácticamente todos los países reconocen a los tratados internacionales por encima de sus leyes, y a veces hasta en el mismo nivel que la propia Constitución. Sin embargo, en la Constitución vigente en Paraguay, de 1992, se

(20) PERRY BARLOW, John, “Declaración de Independencia del Ciberespacio”, Suiza, 1996, [https://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n\\_de\\_independencia\\_del\\_ciberespacio](https://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_independencia_del_ciberespacio).

(21) KISSINGER, Henry, “Orden mundial”, Ed. Penguin Random House — Kindle, España.

(22) “International Telecommunication Union, Statistics”, <http://www.itu.int/en/itud/statistics/pages/stat/default.aspx>.

admite la posibilidad de un orden jurídico supranacional en su art. 145. Como condiciones, establece que este sea “en condiciones de igualdad con otros Estados” y “que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”. Y se prevé que “estas decisiones podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”. Este mecanismo pareciera abrir una ventana hacia una Constitución mundial, siempre y cuando esta no se contradiga con la Constitución Nacional, que según el art. 137 es “la ley suprema de la República”.

En el 2004, Europa hizo su propio intento de Constitución Europea, aunque en su momento fueron los propios ciudadanos de algunos países quienes no la aprobaron, y la unanimidad era un requisito indispensable (23).

Por otro lado, los nacionalismos buscan constituirse de manera independiente de sus respectivos órdenes constitucionales, a veces con importantes conflictos dentro de sus Estados; estos, a su vez, no reconocen la independencia de otros Estados, para no exacerbar el espíritu revolucionario dentro de sus propias fronteras, como el caso de España con Kosovo (24).

Sin pretender ahondar, en el presente trabajo, en todos los conflictos internacionales que hoy sacuden al mundo con respecto a la soberanía de cada país, vale la pena señalar —como nos recuerda Ferrajoli— que “con la Carta de la ONU y luego con las numerosas Cartas sobre Derechos Humanos, también se restableció el derecho internacional, transformado de un sistema de pacto de relaciones entre Estados soberanos basa-

(23) Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, [https://europa.eu/european-union/sites/europaefiles/docs/body/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_es.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaefiles/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf).

(24) “España, por ejemplo, no reconoce a Kosovo porque eso puede dar fuerza a los movimientos separatistas en su propio país, como en Cataluña. Países como Rusia, China, Irán y Pakistán tampoco quieren reconocer nuevos Estados por miedo a fortalecer sus propios grupos separatistas. Entonces, Kosovo difícilmente va a ser miembro de la ONU”, dice a *BBC News Mundo* Fiona McConnell, doctora en Geografía Humana y profesora de la Universidad de Oxford, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48153621>.

do en tratados bilaterales o multilaterales en un sistema legal dentro del cual todos los Estados miembros están sujetos a la misma ley. Es decir, la prohibición de la guerra y el respeto y la implementación de los derechos humanos. Ya tenemos, por lo tanto, un embrión de la Constitución mundial, compuesto por la Carta de las Naciones Unidas y las numerosas Cartas, declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos. En otras palabras, el paradigma constitucional ya se ha incorporado al sistema legal internacional” (25).

### *II.5. Legitimidad del poder constituyente originario*

Si algo hemos aprendido a lo largo de la historia de la democracia es que la legitimidad de las instituciones es proporcional a la participación y al sentido de pertenencia de los ciudadanos. “Un poder constituyente originario, como cualquier poder del Estado, debe satisfacer una doble justificación: de origen y de ejercicio.

“La legitimidad de origen nace de métodos legítimos de designación de quien ejerza el poder constituyente: elecciones limpias, cuando se trata de un poder constituyente de base democrática” (26).

Para lograr la legitimidad de origen en una Constitución para el planeta, cada país tendría que adoptar la nueva Constitución de acuerdo con los mecanismos propios previstos para sus respectivas reformas constitucionales. Con todas las dificultades que esto implica, para plantear la posibilidad tendría que haber existido un gran trabajo previo de diálogo transparente y abierto entre ciudadanos y Estados, que en efecto es difícil imaginar. Pero, por otro lado, las tecnologías modernas podrían simplificarlo bastante, con herramientas de participación y visualización de datos; podríamos tener una plataforma en internet donde sean fácilmente visibles las diversas áreas del debate, así como las ideas principales en torno a los ejes. Esto no es un hecho menor:

---

(25) FERRAJOLI, Luigi, “¿Por qué una Constitución de la Tierra?”, trad. de Google, original en italiano, <http://www.costituenteterra.it/perche-una-costituzione-della-terra/>.

(26) SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, ob. cit., p. 120.

en la era de la información, tenemos por lo menos la responsabilidad histórica de la facilidad para coordinar esfuerzos. Y se puede decir que el debate se ha iniciado, de alguna manera, en la escuela *Constituente Terra*, ya que entre sus objetivos se propone “demostrar que la improbabilidad política de la perspectiva de una Constitución de la Tierra provista de garantías adecuadas no equivale en absoluto a su imposibilidad teórica. Y que, por lo tanto, no debemos confundir entre conservación y realismo, definiendo como ‘poco realista’ o ‘utópico’ lo que simplemente contrasta con los intereses y la voluntad de los más fuertes” (27).

Dentro de la legitimidad de origen de una posible Constitución Planetaria, queda por responder una pregunta: ¿los grupos que la defiendan en los diversos países no estarán contrariando el régimen constitucional en el que se encuentran?; ¿se consideraría acaso un delito o crimen contra el orden establecido pretender la aprobación de una Constitución de jerarquía superior a las Constituciones Nacionales? Quiero pensar que, en los países democráticos, donde se garantiza la libertad ideológica y la libertad de expresión, no.

Finalmente, la legitimidad de origen del poder constituyente dependerá, entonces, de la cantidad de personas que se adhieran a la idea y participen en la construcción del nuevo orden constitucional. Esto brindaría pluralidad al debate y permitiría la suma de diversas disciplinas para su creación, de modo que la nueva Constitución no sea una declaración de derechos más, sino una verdadera solución planificada y cuantificable, utilizando lo mejor que brinde la ciencia actual al efecto. Y es que una Constitución Planetaria permitiría rediseñar el sistema por completo, replantearnos las ficciones que hoy aceptamos como regentes y hacer frente a ciertos intereses de minorías que detentan gran poder. En la medida en que más y más personas se sientan amenazadas por factores que son más grandes que sus respectivos Estados, estará más presente la idea de una Constitución global; tal vez sea una cuestión de tiempo. Ante la eventualidad, es importante comenzar a trabajar en mecanismos de cooperación ciudadana global y en incentivar espacios de participación y debate.

---

(27) FERRAJOLI, Luigi, “¿Por qué una Constitución...?”, ob. cit.

## II.6. Poder preconstituyente

Nos encontramos, entonces, en una etapa anterior: muchas Constituciones distinguen un poder *preconstituyente*, previo al constituyente, y que opera como órgano de convocatoria de este. Ese poder preconstituyente es diverso: algunas veces es cumplido por el Congreso ordinario; otras, por un grupo de ciudadanos que puede demandar el funcionamiento del poder constituyente. En nuestro país están previstos ambos mecanismos para convocar a una reforma constitucional (28). La importancia jurídico-política del poder preconstituyente deriva no solo de lo indispensable que es su decisión para que se ponga en marcha el proceso de reforma constitucional, sino también porque, en algunos casos, encuadra la tarea del poder constituyente constituido (29). Este poder preconstituyente no está previsto en una escala mundial; la ONU no tiene esa atribución, y tal vez tampoco goce del respaldo mayoritario ciudadano que se requiere para tamaño menester. Corresponderá nuevamente a los sistemas previstos en cada país lograr este llamado. En Paraguay, la Constitución permite que treinta mil electores puedan hacer la solicitud, pero establece la Constitución en su art. 289: "... la declaración de la necesidad de la reforma solo será aprobada por mayoría absoluta de dos tercios de miembros de cada Cámara del Congreso. Y solo una vez decidida la necesidad de la reforma, el Tribunal Superior de Justicia Electoral llamará a elecciones para la formación de la Convención Nacional Constituyente, cuyo número de miembros no podrá exceder del total de los integrantes del Congreso..."

Esto implica que, en el Paraguay, si quisiéramos sumarnos a una iniciativa mundial constituyente, en primer lugar deberíamos establecer la necesidad y lograr la aprobación en ambas Cámaras del Congreso, para finalmente llamar a una Asamblea Nacional, que es la que trabajará el texto. Y se prevé un mecanismo similar, con mayor o menor dificultad, en la mayoría de los países. Entonces, ¿cómo lograr un texto común para todos los países del mundo? Evidentemente, no es tarea fácil.

(28) Art. 289, CN: "... Podrán solicitar la reforma, el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, el presidente de la República o treinta mil electores en petición firmada"

(29) SAGÜÉS, Néstor P., "Elementos de derecho constitucional", ob. cit., p. 123.

Se requerirían años de trabajo previo de concientización mundial, de modo que los ciudadanos de la mayor cantidad de países tengan la capacidad de presionar a sus respectivos gobiernos para la adopción de un nuevo sistema. Sin embargo, por algún lugar habría que comenzar; por lo menos, el espacio para la magnitud del debate existe y está a disposición de la mayoría de los países desde sus celulares o computadoras.

## III. Conclusión

A lo largo de la historia moderna, las Constituciones han sido pactos entre intereses diversos para la convivencia, el orden y el progreso. El poder constituyente originario es un fenómeno latente que en determinadas condiciones se despierta en cierto número de personas y se esparce entre la población; en términos modernos, se vuelve viral. Dependerá de los líderes de nuestros tiempos señalar el camino para constituirnos como planeta.

Como bien dijo el Prof. Harari en abril de 2020 en una entrevista: "Si esta epidemia eventualmente resulta en una cooperación global más estrecha, será una victoria no solo contra el COVID-19, sino contra todos los demás peligros que amenazan a la humanidad, del cambio climático a la guerra nuclear. Pero hasta el momento, la principal lección es que la falta de solidaridad global y liderazgo representa un peligro inmenso para la humanidad" (30).

En la medida en que los ciudadanos de los diversos Estados se sientan más identificados con la idea de ser ciudadanos del mundo, necesariamente se irán abriendo los canales para la cooperación. La vulnerabilidad en la que nos encontramos todos, ante amenazas que superan la capacidad de los Estados, nos empuja en dirección a nuevos mecanismos de gestión de recursos, de manera de lograr un aprovechamiento más eficiente y sostenible. Y es importante que existan espacios que nos permitan ser partícipes en ese nivel de discusión, aunque aún no sea una prioridad clara de los gobiernos locales, ya que la urgencia de los asuntos cotidianos no les permite

(30) Véase <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/yuval-noah-harari-la-falta-de-solidaridad-global-y-de-liderazgo-representa-un-peligro-inmenso-para-la-humanidad-nid2350906>.

el lujo de rediseñar el sistema; además, quienes detentan el poder, en algún modo, son beneficiados por ese mismo sistema.

Nos resta entonces recordar que, finalmente, somos todos y cada uno de nosotros los que sostenemos al poder constituido, y el poder constituyente yace silencioso, pero latente, en todas las personas que ya no sientan que el régimen imperante representa sus intereses. Del tamaño de las crisis dependerá si un mayor o menor número de personas se siente amenazado, y con esta pandemia que hoy nos toca atravesar vemos que estas crisis pueden tener escala mundial.

Por último, cabe señalar que para que el poder constituyente sea legítimo desde su origen debe ser producto de un proceso amplio y transparente de debate y participación, estableciendo un plan de acción que puede llevar muchos años de ejecución, que debe prever la transición paulatina y moderada para evitar, en la medida de lo posible, un quiebre institucional de consecuencias nefastas. Sin olvidar que el poder *de facto*, concentrado en una persona o grupo de personas, tendrá siempre la oscura tentación de “otorgar” una nueva Constitución; ante este peligro, lo que resta a los no privilegiados es la unión y cooperación.

**PENAL**





# Juzgamiento de la flagrancia: penas cortas

María Laura Garrigós (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Contexto.— III. Los problemas.— IV. Las penas cortas.— V. Conclusión.

## I. Introducción

Este comentario pretende abarcar los efectos de la aplicación de la llamada Ley de Flagrancia en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA), jurisdicción que es útil a los efectos de control, dado su volumen poblacional y la extensión de la composición del fuero Penal, integrado por cuatro diferentes ramas jurisdiccionales (Juzgados Federales Penales, Juzgados Federales en lo Penal Económico, Juzgados Nacionales Penales ordinarios y Juzgados Penales de la CABA), en las que rige la reforma de la ley 27.272 (que se aplica en los Juzgados Federales y Nacionales) o un sistema similar en los Juzgados de la CABA.

Corresponde aclarar que, dado el régimen federal de la República, en el resto de las provincias no necesariamente se aplican sistemas como el que se pretende abordar en este trabajo.

## II. Contexto

La experiencia ha puesto en evidencia que en el curso de las campañas electorales anteriores a las elecciones, los partidarios de las fueros políticos que adhieren al neoliberalismo frecuentemente apelan al sentimiento de inseguridad para promover campañas de ley y orden.

Una vez que estas fuerzas políticas acceden al poder, para demostrar a sus seguidores que cum-

plen con lo prometido en las campañas electorales, endurecen las leyes penales y procesales penales, provocando un aumento de la población seleccionada por el sistema penal. Coincidentemente, los sistemas económicos propios de estas fuerzas políticas, al tiempo que favorecen negocios financieros, suelen reducir la actividad económica productiva; como lógica consecuencia, se profundiza la diferencia entre los beneficiados y los perjudicados por esos lineamientos económicos. Estas crisis económicas también favorecen un aumento del índice delictivo, porque proliferan los delitos contra la propiedad, en general torpes, callejeros y poco significantes. Así puede verificarse a partir del importante incremento del índice de delitos que muestran las estadísticas del Registro Nacional de Reincidencia en relación con los años 1985/6-2001/2.

En este sentido se expresa el Dr. Daniel Erbetta, juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santa Fe y profesor de Derecho Penal, al detallar las últimas modificaciones legislativas que han favorecido la superpoblación carcelaria: "... 3. (...) No escapa a esta realidad la parábola involutiva de la política legislativa penal en nuestro país (una verdadera regresión político-criminal a contramano de los postulados constitucionales que condicionan la política criminal argentina), que, a través de sucesivas reformas parciales, inconsistentes y hasta autocontradictorias —y siempre apelando a alguna emergencia o situación excepcional— han ampliado material y procedimentalmente el poder punitivo. Esta expansión punitivista se ha traducido en sucesivas modificaciones directas o indirectas al régimen de ejecución penal ya aumentando las escalas penales, aumentando los mínimos para evitar excarcelaciones, multiplicando irracionalmente

---

(\*) Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Interventora del Servicio Penitenciario Federal. Exmiembro de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

agravantes genéricas y específicas, excluyendo determinados delitos de la posibilidad de libertad condicional hasta llegar precisamente en el ámbito penitenciario a la prácticamente neutralización del régimen de progresividad de la pena con la sanción de la ley 27.375 en julio de 2017. De esta forma, se ha abandonado el principio de resocialización previsto constitucionalmente y se ha institucionalizado a escala infraconstitucional un verdadero criterio de prevención especial negativa...” (1).

En ese marco se dictó la ley 27.272 —del 01/12/2016—, que modifica el procedimiento para casos de flagrancia previsto en el Código Procesal Penal de la Nación. Esta ley significó, en principio, un gran avance en lo que es el procedimiento penal, porque encarnaba un gran avance en materia de celeridad procesal, dando una respuesta jurisdiccional en el acotado término de un mes.

También implicó una importante innovación procesal el diseño de una audiencia oral multipropósito, en la que las partes ventilan sus peticiones y el tribunal, en forma oral, fija el objeto procesal, la situación de sujeción al proceso del imputado, o aun el fin del proceso o su continuidad a la etapa de resolución definitiva.

Una opinión inadvertida podría haber saludado la sanción de esta ley como un adelanto en el camino de solucionar el problema que constituye la consabida lentitud de los procesos judiciales.

### III. Los problemas

Sin embargo, a poco de andar comenzaron a presentarse los problemas.

Una de las cuestiones más evidentes se vincula con el hecho de que el aceleramiento de los tiempos judiciales para las cuestiones que podían ventilarse con la modalidad que marcaba la reforma fue afrontado por la estructura judicial que ya existía, al tiempo que estos tribunales también se hacían cargo de los procesos que continuaron diligenciándose por la

modalidad procesal anterior. De resultados de ello, de la mano de las audiencias orales que concluyen en el dictado de resoluciones también orales para todo el tratamiento de la flagrancia, se congestionaron las agendas de los tribunales, ya que se limitó la posibilidad de la delegación, de forma que un titular de órgano judicial no puede atender la misma cantidad de asuntos que en el sistema escrito se ventilaban simultáneamente, gracias a que los funcionarios judiciales se ocupaban de todo el trámite judicial y, sobre la base de indicaciones previas, respetaban el criterio del titular de la dependencia, multiplicando de este modo la cantidad de asuntos ventilados en el mismo lapso en que el juez atiende un solo asunto. Conviene destacar que esta circunstancia no puede menos que ser bien recibida por quienes han propugnado la vigencia de la oralidad como una mejor forma de llevar a cabo el juzgamiento, por la inmediatez tanto física como temporal y porque facilita la comprensión y el conocimiento, fundamentalmente para las partes que de este modo asisten a la exposición de su conflicto.

Sin embargo, corresponde advertir que estas agendas tan pobladas no permiten sino atender lo urgente, por lo que los tribunales deben desarrollar estrategias y doblegar esfuerzos para atender el resto de los asuntos sometidos a su juzgamiento. Solo a modo de ejemplo, baste tener en cuenta que en los últimos ocho días del mes de febrero del corriente, uno de los once tribunales de la CABA en turno en ese período atendió asuntos que involucraban un poco más de cien personas detenidas. La proyección de este volumen de ingreso de causas pone de relieve un amplio despliegue de la labor policial en prevención del delito de baja significación, mientras que no se percibe el mismo trabajo en cuanto a la pesquisa respecto de otras modalidades delictivas más elaboradas, que seguramente no quedarían abarcadas por la calificación de flagrancia ni arrojarían pareja cifra de detenciones.

Otro aspecto a destacar finca en la multiplicación del trabajo de los tribunales revisores. Esto sobre la base de que la norma en análisis prevé el dictado de sentencias unipersonales, por lo que los tribunales orales, integrados por tres miembros, triplicaron su producción,

---

(1) ERBETTA, Daniel, “Prisión y responsabilidad judicial en la pandemia”, en AANV., *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, ps. 43-54.

y naturalmente esta circunstancia produjo una triplicación equivalente de los trámites recurridos, con el esperable congestionamiento de estos tribunales de recurso.

Finalmente, me interesa destacar una consecuencia inevitable, cual es la proliferación de condenas cortas de efectivo cumplimiento. Es que, dada la rapidez impresa a los trámites de los casos de flagrancia, en el escueto lapso de un mes (aproximadamente), un gran porcentaje de los procesos iniciados bajo este sistema produjo sentencias condenatorias. Poco tiempo después, buena parte de los involucrados en aquellos procesos volvieron a verse constreñidos por nuevas causas en su contra, con igual resultado procesal, pero esta vez, en virtud de las previsiones del Código Penal (1921), la decisión condenatoria ya no pudo ser suspendida, y la ejecución de las penas implicó el cumplimiento efectivo.

Esta consecuencia, fácilmente previsible, no fue presentada ante los legisladores al momento de someter el proyecto a su conocimiento y, por lo tanto, no se advirtieron estos resultados.

#### IV. Las penas cortas

Estas nuevas penas, que oscilan entre 15 días y dos años de prisión, en todo caso de efectivo cumplimiento, se han convertido en un verdadero desafío para el sistema de ejecución penal.

Es que la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad (2) prevé un tratamiento progresivo, el que, cumplido satisfactoriamente, se encamina hacia la obtención de beneficios, tales como las salidas transitorias, la libertad condicional y, en su caso, la libertad asistida. El tratamiento en cuestión se diseña para cada persona de acuerdo con sus propias características, y avanza a medida que se obtienen logros y no surgen aspectos negativos, como, por ejemplo, sanciones disciplinarias.

La identificación de las características personales que llevan al diseño de un tratamiento factible para cada persona privada de libertad requiere un análisis del individuo. Esta tarea

(2) Ley 24.660.

no llega en muchos casos a completarse en el exiguo período en que permanecen privados de libertad (p. ej., 15 días, dos meses, cuatro meses). De resultas de ello, su paso por el sistema carcelario no redundaba en la posibilidad de acceder a alguna herramienta que les sea útil luego de esta sanción; consecuentemente, la privación de libertad no supera el objetivo de ser una mera quita de derechos y, de suyo, un castigo. Así, de la mano de la pretendida eficiencia judicial, hemos dejado de lado la manda constitucional y la cárcel sirve para castigo (3).

Fuerza es decir que la “diligencia” judicial también es un concepto cuestionable, en tanto, de la mano del cumplimiento de los tiempos acotados que fijó la reforma, los tribunales y también el sistema policial abocan sus escasos recursos temporales (y en general) al tratamiento de asuntos de fácil resolución y escasa significancia penal, que redundan naturalmente en sanciones que, si bien son de efectivo cumplimiento, tampoco se extienden temporalmente, porque los agravios que las provocan no lo justificarían.

A lo expresado previamente habría que agregar que el aumento de la función punitiva que generó esta mayor actividad policial y judicial produjo también un notable incremento de la población carcelaria, lo que llevó a que, en 2019 (4), las mismas autoridades que propugnaron esta reforma se vieran en la obligación de reconocer la emergencia carcelaria.

#### V. Conclusión

En definitiva, una reforma que auguraba convertirse en un avance para el sistema judicial y una solución para paliar la “inseguridad” que se había asumido como compromiso superador de desajustes sociales malversó sus objetivos, profundizando los problemas hartamente conocidos del sistema penal, de la mano de la selectividad que lo rige, y extendiendo el número de personas afectadas por la estigmatización que se deriva de la ostentación de antece-

(3) Art. 18, CN: “... Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”

(4) Res. APN - MJ 184/2019, 25/03/2019.

dentes penales, en una sociedad en la que esa condición, sumada a la falta de oferta, importa casi ineludiblemente la imposibilidad de incorporarse al empleo formal.

Este último resultado debió haberse afrontado con un tratamiento específico para penas cortas, que no pueden ser abordadas por la legislación vigente, que permitiera, en el corto tiempo de intervención estatal en la vida de las personas afectadas, abordar los problemas más urgentes y ofrecer los recursos que el Estado puede brindar para afianzar algún proyecto

de vida diferente. Es que, en buena parte de los casos, las personas vinculadas de este modo al sistema penal recién encuentran la actividad estatal cuando ingresan en dependencias penitenciarias.

Estas consecuencias disfuncionales podrían haber sido previstas si la reforma se hubiera acompañado de un estudio de impacto que tuviera en consideración los recursos humanos y técnicos necesarios para afrontar el cambio. La falta de este análisis, a la luz de las consecuencias, es inexcusable.

# La Corte Suprema de Justicia de la Nación y las reglas y los principios aplicables a los y las adolescentes penalmente responsables (\*)

Mary Beloff (\*\*)

Diego Freedman (\*\*\*)

Martiniano Terragni (\*\*\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La necesidad y la determinación de la pena juvenil.— III. El fallo “M.”— IV. El caso “Recurso de hecho deducido por la defensa de A. A. M. en la causa M., A. A. s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas”.— V. El caso “A., D. A.; C., E. G. s/ homicidio doblemente calificado”.— VI. El caso “A., D. D. s/ homicidio agravado”.— VII. El caso “B., J. s/ causa 114.810”.— VIII. La aplicación de otros principios relacionados con la necesidad y la determinación de la pena.— IX. La revisión periódica de la sanción penal juvenil: el caso “A., C. J.”— X. Los alcances de las garantías procesales en la justicia juvenil.— XI. La prohibición de comunicar al Registro Nacional de Reincidencia y de Estadísticas Criminal: el caso “R., B. S.”— XII. El control de la privación de la libertad: el caso “C. M., A. s/ hábeas corpus”.— XIII. A modo de conclusión.

## I. Introducción

El presente trabajo tiene como propósito analizar los principales fallos en los que la Corte Su-

prema de Justicia de la Nación resolvió procesos penales en los cuales se aplicó el Régimen Penal

---

(\*) Publicado originalmente en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), “Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2021, ps. 835 y ss.

(\*\*) Estudió en el Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA) e ingresó luego a la Facultad de Derecho de la misma Universidad, donde obtuvo los títulos de abogada con Diploma de Honor y de doctora en Derecho Penal *summa cum laude*. Es, además, *magister in Legibus* (LLM) por la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard (EE.UU.). Es catedrática de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Integra, asimismo, los cuerpos docentes de posgrado en varias universidades nacionales de la Argentina y del extranjero.

(\*\*\*) Abogado (UBA). Docente de la Facultad de Derecho de la UBA y de la UP. Integrante del equipo de docencia e investigación de la Dra. Mary Beloff.

(\*\*\*\*) Abogado. Especialista y magíster en Derecho Penal (UBA). Profesor adjunto regular del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la UBA. Docente de grado y de posgrado en diferentes universidades nacionales. Autor de libros, artículos de doctrina y comentarios a fallo sobre justicia juvenil y derechos humanos. Fue consultor externo del Área de Protección Especial de Derechos (UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), Oficina de Argentina.

de la Minoridad (1) (ley 22.278, reformada por la ley 22.803) (2) en relación con los delitos cometidos por adolescentes penalmente responsables —de 16 y 17 años de edad— (3) y demostrar la manera en la que el Máximo Tribunal del país introdujo, con matices, las reglas y los principios del derecho internacional en la justicia juvenil.

El examen de esta jurisprudencia reflejará el proceso de transformación de la respuesta estatal al delito atribuido a un adolescente en la Argentina y, en especial, su impacto en los últimos veinte años.

## II. La necesidad y la determinación de la pena juvenil

Uno de los temas centrales que consideró la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la justicia juvenil fue determinar el criterio judicial para valorar la necesidad de imponer y, en su caso, individualizar la pena juvenil. A continuación se analizarán las decisiones que trataron el tema con sus diferentes implicancias y matices.

### III. El fallo “M.” (4)

El Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal condenó al joven M. a la pena de cator-

(1) Se han dejado de lado precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que intervino solo por controversias respecto de la competencia, más allá de que se realizan algunas consideraciones relevantes sobre el alcance de la justicia especializada.

(2) Ley 22.278 —Régimen Penal de la Minoridad—, promulgada de hecho el 25/08/1980 y publicada en el BO del 28/08/1980. Esta ley fue modificada por la ley 22.803, que aumentó la edad mínima de responsabilidad penal de 14 a 16 años, publicada en el BO del 09/05/1983; por la ley 23.264, publicada en el BO del 23/10/1985; y por la ley 23.742, publicada en el BO del 25/10/1989.

(3) Las reglas y los principios vinculados a la actuación de la justicia juvenil en relación con los adolescentes penalmente irresponsables —menores de 16 años de edad— son analizados en BELOFF, Mary — TERRAGNI, Martiniano — FREEDMAN, Diego, “La respuesta estatal frente a los niños y niñas penalmente irresponsables”, en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, ob. cit., ps. 821 y ss.

(4) CS, 07/12/2005, “M., D. E. y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa 1174”, Fallos 328:4343. En adelante, caso “M.”.

ce años de prisión como autor del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad (5).

Si bien la pena prevista para el delito de homicidio calificado era la privación de la libertad perpetua (6), el tribunal decidió atenuarla mediante la aplicación de la escala penal prevista para el delito tentado en función del art. 4° de la ley 22.278 (7) (de quince a veinte años para los

(5) M. nació el 14/04/1981 y fue juzgado por los delitos de robo con armas y homicidio calificado, cometidos el 28/02/1998, cuando contaba con 16 años y 10 meses de edad. El 05/05/2000 fue declarado coautor penalmente responsable cuando tenía 19 años de edad y se hallaba bajo “disposición tutelar”. El Tribunal Oral de Menores, el 05/11/2002, resolvió aplicarle la pena al joven cuando ya había cumplido los 21 años de edad.

(6) Art. 80, Cód. Penal, conforme a su redacción vigente al momento de los hechos.

(7) La defensora pública de menores e incapaces sostuvo: “[N]o cabe duda que lo relatado anteriormente se torna inconsistente y sin ningún valor desde el punto de vista tutelar, ante el hecho de que, una vez advertido severamente por el tribunal, al responsabilizarlo penalmente por la comisión de un delito de extrema gravedad, M. vuelve a registrar una nueva causa por un hecho también de extrema gravedad y de similares características, poniendo en peligro no solo su propia vida sino también la de terceros (...). Por lo expuesto y ante este sorpresivo fracaso en el que indudablemente se ha visto inmerso M., entiendo que deviene inevitable sancionar[lo], sin perjuicio del cual, en virtud de los logros reseñados más arriba, del buen comportamiento observado dentro del ámbito institucional, sumado a que la nueva causa que registra aún está en trámite, gozando así de la presunción de inocencia, considero aplicable una reducción de la pena en los términos del art. 4° de la ley 22.278...”. El fiscal del fuero especializado, al solicitar la aplicación de la pena privativa de la libertad perpetua, consideró: “[M]ás de cuatro años de tratamiento tutelar no han servido para que el mismo superara su desaprensión respecto de los bienes jurídicos que el cuerpo legal punitivo protege. Ha resultado en vano el gran esfuerzo puesto de manifiesto por los profesionales que intervinieron en el caso, demostrando que su desprecio por la vida ajena es tal vez el pilar de su propia vida (...). Es evidente a esta altura que el tratamiento tutelar ha sido un perfecto fracaso...”. Por su parte, la defensora pública oficial se opuso a la solicitud de prisión perpetua del fiscal, al argumentar que tal sanción implicaba la imposición de una pena cruel, inhumana y degradante, vedada por las convenciones internacionales con rango constitucional [en especial, la CDN, arts. 37.a) y 37.b)]. El Tribunal Oral de Menores resolvió: “[A]nte el no esperado fracaso que ha implicado para el suscripto la exposición del joven a la situación de riesgo antes señalada, defraudando

delitos con penas de reclusión perpetua y de diez a quince años para los delitos con penas de prisión perpetua) (8). El Ministerio Público Fiscal interpuso un recurso de casación para cuestionar la atenuación de la pena.

La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal revisó esta sentencia condenatoria y consideró necesario aplicar a M. una pena privativa de la libertad perpetua en los términos del entonces vigente art. 80 del Cód. Penal. Para fundamentar esa decisión, la Cámara de Casación consideró que la minoría de edad del joven al momento de los hechos no era una razón suficiente para atenuar la escala penal. Por otro lado, valoró que la buena conducta en el ámbito institucional e intramuros no se tradujo en un éxito en su tratamiento tutelar, ya que, cuando el joven M. egresó del centro de régimen cerrado en el cual se hallaba alojado, incurrió en nuevos y violentos delitos (9).

la confianza del tribunal y dando por tierra las múltiples oportunidades que se le brindaron durante todo el período de observación, a través de todos los profesionales que intervinieron en su caso, aunando a todo lo expresado la gravedad de los hechos por los que fuera advertido y responsabilizado penalmente en autos, estimo que no resulta posible beneficiarlo con la absolución de pena prevista en el art. 4º, *in fine*, de la ley 22.278...". Para fundamentar por qué se optaba por la imposición de una pena conforme a la escala penal prevista para la tentativa, el Tribunal Oral de Menores consideró: "[t]eniendo en consideración que los ilícitos comprendidos en esta causa fueron cometidos por el joven siendo menor de edad para la ley penal, como el buen comportamiento que observó y todas las positivas actividades que realizó hallándose privado de su libertad en el Instituto de Menores 'Dr. Luis Agote', considero justo aplicar en su favor el restante beneficio contenido en la Ley Penal Juvenil, cual es la reducción de la pena...".

(8) Art. 44, Cód. Penal.

(9) Sostuvo la Cámara Nacional de Casación Penal que "[e]sa buena conducta intramuros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocialización o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por M. al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo, como el propio tribunal de instancia anterior lo reconoció, ese tratamiento fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquella y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio...". Se aclaró también en esa instancia que la inves-

La condena fue recurrida por la defensa del imputado, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso planteado, dejó sin efecto la condena establecida por la Cámara Nacional de Casación Penal y ordenó que se dictara una nueva sentencia de acuerdo con las consideraciones establecidas en su resolución (10).

### *III.1. La regla de la protección especial a los adolescentes penalmente responsables*

La Corte Suprema señaló que no había realizado interpretaciones previas del Régimen Penal de la Minoridad en cuanto a la aplicación de una pena a un adolescente penalmente responsable.

El Máximo Tribunal precisó que la aplicación de las garantías constitucionales a los adolescentes imputados de cometer un delito no debía significar que fueran tratados de igual forma que las personas adultas, sino que este colectivo goza de los derechos especiales derivados de su condición de niños, reconocidos por las normas internacionales de derechos humanos (11).

tigación por estos nuevos hechos se encontraba aún en trámite y no obsta al juicio de peligrosidad aplicable por el art. 41 del Cód. Penal.

(10) El procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación había postulado que debía hacerse lugar al recurso de queja y confirmar la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal, al sostener, en cuanto a los agravios referidos a la incompatibilidad entre la imposición de prisión perpetua y las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño: "[E]l régimen vigente en la República Argentina atiende a los aludidos principios de aplicación de la pena privativa de libertad como último recurso y del interés superior del niño, pues el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de 16 años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los 18 años. A la vez, se ha privilegiado el tratamiento tutelar en todos los casos y ningún menor puede ser penado antes de cumplir 18 años, lo que va más allá del marco de aquella Convención, bajo cuyo régimen podría pensarse incluso antes de esa edad...".

(11) "[P]artiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, *no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos*. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado —como aquel elaborado por la doctrina de la 'situación irregular'— de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios

### *III.2. La fijación de la pena en razón de la menor culpabilidad del adolescente*

En relación con la aplicación de una pena, la Corte Suprema analizó si era compatible con el régimen constitucional la aplicación de una sanción de prisión perpetua a un adolescente, según lo regulado por el Código Penal vigente en ese momento (y que habilitaba la posibilidad de acceder a la libertad condicional a los veinte años de cumplimiento de la pena) **(12)**.

Para el Máximo Tribunal, debían tenerse en cuenta la edad de la persona condenada, el principio de culpabilidad y el art. 41 del Cód. Penal **(13)**. A continuación, precisó que las personas menores de edad se veían afectadas por ciertos factores (situación emocional, posibilidad real de dominar el curso de los acontecimientos y actuación impulsiva), que debían ser examinados al momento de determinar la pena **(14)**.

que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte IDH, 'Condición jurídica y derechos humanos de los niños,' párr. 54) (...); estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen solo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica...'; CS, Fallos 328:4343, de los consids. 32 y 33 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti, destacado agregado.

(12) Art. 13, Cód. Penal, conforme a su redacción vigente al momento de los hechos.

(13) "[N]o obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el Tribunal Oral haya expresado que computaba, en favor de M., 'su minoridad al momento del hecho'. Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la 'edad' es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Cód. Penal, esto es, la norma que el *a quo* consideró que el tribunal había aplicado erróneamente...'; CS, Fallos 328:4343, del consid. 7º del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(14) CS, Fallos 328:4343, del consid. 16 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco

En consecuencia, el reproche de la culpabilidad del adolescente debía ser siempre inferior que el efectuado a una persona adulta por el mismo delito.

### *III.3. Peligrosidad y minoría de edad penal*

La Corte Suprema también analizó la conducta posterior del adolescente M., de acuerdo con la ley 22.278, lo que respondería al "resultado del tratamiento tutelar", con especial énfasis en su ámbito social. Al respecto, consideró que, si bien en una de las salidas transitorias se habría visto involucrado en actividades delictivas, ello no podía serle reprochado si no se relevaban en forma paralela las concretas condiciones de contención social en las que desarrollaba su vida (en especial su medio social) **(15)**.

Acerca de la relevancia de otros procesos en trámite para determinar la sanción al adolescente, el Máximo Tribunal determinó que "[l]a valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia..." **(16)**.

y Lorenzetti.

(15) "[L]a liberalización del régimen de internación a través de 'egresos periódicos' aparece como un intento efectivo para reintegrar al menor a la sociedad libre, objetivo que en manera alguna podría lograrse intramuros. A nadie puede escapar —en particular a aquellos funcionarios cuya actividad específica es el trato con menores— que existen posibilidades de que durante esas salidas el menor pueda cometer un nuevo delito, con el consecuente fracaso del tratamiento resocializador, mas ello aparece como un riesgo ordinario, habida cuenta de que el objetivo perseguido no es sencillo de lograr. Por otra parte, tampoco puede atribuirse el fracaso en exclusividad al destinatario de la medida. Pero aun cuando se aceptara esta posibilidad, no es admisible que en la sentencia apelada se omita toda referencia fáctica a las concretas condiciones de contención social en que se produjo la liberación. Desde ese punto de vista, resultan sumamente reveladoras las constancias del expediente tutelar en cuanto hacen referencia reiteradamente al medio social de M. como de 'alto riesgo...'; CS, Fallos 328:4343, del consid. 9º del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(16) CS, Fallos 328:4343, del consid. 11 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.



Por otro lado, la Corte consideró la compatibilidad con la Constitución Nacional de la valoración de la peligrosidad del adolescente al momento de determinar la necesidad de imposición de una pena. Con una abundante y sólida argumentación, el tribunal estableció que no era admisible constitucionalmente la valoración de la peligrosidad del adolescente por afectar los principios de inocencia, de *ne bis in idem* y de derecho penal de acto. Por ende, no resultaba relevante considerar la conducta del joven posterior al hecho por el que resultara condenado, por más que evidenciara cierta “peligrosidad” (17).

#### III.4. La necesidad de una pena y la prevención especial positiva

Respecto de los criterios que debían utilizarse para determinar la necesidad de la aplicación de una pena a un adolescente penalmente responsable, el Máximo Tribunal descartó que esta se justificara solo sobre la base de la gravedad del hecho cometido (18), con lo que renunció a uti-

(17) “[N]o corresponde a la competencia de esta Corte interpretar el alcance específico de la expresión ‘peligrosidad’ contenida en el art. 41 del Cód. Penal. Sin embargo, lo que no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al *non bis in idem*. En efecto, la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la ‘peligrosidad’, pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal (...); la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad...” CS, Fallos 328:4343, de los consids. 11, 38 y 39 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(18) “[Necesidad] de la pena’ a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ como parece entenderlo el *a quo*. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una

lizar consideraciones exclusivamente retributivas al momento de la individualización judicial de la pena.

La Corte Suprema decidió que la pena en la justicia juvenil era necesaria cuando cumplía preponderantemente con el fin de resocialización previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (19).

Por esta razón, el Máximo Tribunal cuestionó a la instancia anterior al señalar que no había esgrimido ningún argumento válido para concluir que una pena de catorce años de prisión fuera insuficiente y tampoco explicó cómo se podía promover la reintegración social con una pena que “se define *ex ante* por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad” (20).

#### III.5. El derecho a ser oído

La Corte Suprema resolvió que la escucha del adolescente “se trata de una regla” destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación (21).

función constructiva en la sociedad’ (art. 40, inc. 1º)...”, CS, Fallos 328:4343, del consid. 22 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(19) CS, Fallos 328:4343, de los consids. 22 y 35 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Cabe remarcar que el juez Fayt adoptó una postura más estricta, al dejar al margen las consideraciones retributivas: “[S]u carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiológicas. Antes bien, supone atender a los efectos de la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho como punto de referencia superior que resulte necesario imponer...”, del consid. 21 de su voto.

(20) CS, Fallos 328:4343, del consid. 41 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(21) “Si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria (...). En este sentido, cabe recordar que tam-

### III.6. Síntesis del caso

Es posible advertir que el Máximo Tribunal, más allá de reconocer los estándares de preponderancia de los fines de prevención especial positiva y la menor culpabilidad, no fue en “M.” lo suficientemente claro respecto de la escala penal aplicable a un adolescente penalmente responsable.

Del fallo puede desprenderse que solo ha prohibido que se aplique la misma pena a un adolescente que a un adulto por un hecho de igual gravedad, pero nada evitaría que se emplee idéntica escala penal y se considere como circunstancia atenuante a la edad por el menor reproche de culpabilidad.

En una lectura compatible con el *corpus juris* de protección de derechos del niño, podría interpretarse que “M.” fija un principio, que es la aplicación de la escala del delito tentado (22). Pero, y por tratarse de un principio, puede argumentarse en el caso concreto la procedencia de la escala penal del delito consumado (23). Concluye

---

bién el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que ‘se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.’ CS, Fallos 328:4343, de los consid. 18, 19 y 20 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(22) Alexy define a los principios como mandatos de optimización, es decir, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”, ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, ps. 67 y 68 (destacado en el original).

(23) En el voto del juez Fayt se esbozó con más claridad la aplicación de la escala penal atenuada en forma imperativa: “el denominado principio de benignidad en conexión con la culpabilidad disminuida de aquella persona que ha cometido un delito siendo menor de 18 años de edad, operaría —en todo caso— en cuanto a sostener que, por regla, corresponde aplicar la escala reducida de mención” (consid. 14), y “resulta carente de toda fundamentación en cuanto a la determinación de la pena aplicable, toda vez que en modo alguno el *a quo* pudo válidamente sustentar la severidad de una sanción que no se advierte razonable,

este razonamiento que cuando la Corte Suprema describe al régimen penal de la minoridad refiere que “en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa” (24).

### IV. El caso “Recurso de hecho deducido por la defensa de A. A. M. en la causa M., A. A. s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas” (25)

La Corte Suprema volvió a analizar la cuestión de la determinación de la pena aplicable a un adolescente penalmente responsable de cometer los delitos de homicidio y lesiones culposas por la conducción de un vehículo automotor. En este caso, el Tribunal Oral de Menores N° 3 de la Capital Federal había resuelto declarar penalmente responsable al joven imputado y absolverlo en los términos del art. 4° de la ley 22.278, al considerar que la imposición de una pena privativa de la libertad de cumplimiento condicional o efectiva era innecesaria (26).

Frente a esta resolución del Tribunal Oral, la parte querellante presentó un recurso de casación contra la absolución del joven, al cuestionar que no se había tenido en cuenta su peligrosidad, ni se habían evaluado de forma adecuada los perjuicios ocasionados, además de criticar que se le permitiera volver a conducir automóviles. La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia y condenar al joven a la pena de seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso y a ocho años de inhabilitación es-

---

al descalificar —producto del pretendido reforzamiento de la identidad de un único dato— la opción que, como regla, establece la reducción de la escala punitiva” (consid. 25).

(24) CS, Fallos 328:4343, del consid. 14 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(25) CS, Fallos 332:512.

(26) Para esta decisión se tuvo en cuenta el desarrollo del tratamiento tutelar y su impacto en la vida del adolescente durante un período de siete años, ya que el hecho fue cometido cuando tenía 17 años de edad y la resolución sobre la pena se dictó cuando el joven contaba ya con 24 años de edad. El largo seguimiento judicial de la vida del imputado les permitió a los jueces advertir que contó con apoyo de su familia.

pecial para conducir cualquier tipo de vehículos. Si bien destacaron los jueces de esta instancia el progreso intelectual y la atención terapéutica del joven, pusieron énfasis en que no había subsanado su grave conducta, que manifestaba una gran peligrosidad, la cual no había sido superada por la prohibición de manejar vehículos en su contra. Centrándose en la responsabilidad del joven por la conducción del vehículo, consideraron que resultaba necesaria la imposición de una pena privativa de la libertad condicional sumada a la inhabilitación especial.

Esta resolución fue impugnada por un recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa, y su rechazo motivó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (27). El Máximo Tribunal admitió el recurso de queja presentado por la defensa del joven, al valorar que existía una cuestión federal al debatirse el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) como pauta interpretativa en la determinación de las sanciones penales aplicables a los adolescentes penalmente responsables (28).

#### *IV.1. La necesidad y el monto de una pena*

Al analizar el fondo del asunto, la Corte Suprema reiteró lo sostenido en el precedente "M." respecto de que la necesidad de la pena del adolescente penalmente responsable no dependía de la gravedad del hecho ni de la peligrosidad demostrada por el autor. Por el contrario, reiteró que la sanción penal juvenil debe atender en forma preponderante al fin resocializador, definido en términos de la CDN como "promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad" (29).

(27) Para la defensa, no podía justificarse la aplicación de una pena por las circunstancias del hecho, sino que debían tenerse en cuenta y valorarse los antecedentes del joven, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión recogida por el juez. También señaló que el adolescente, quien contaba a esa fecha con más de 18 años de edad, no tenía la posibilidad de demostrar su falta de peligrosidad en el manejo de vehículos, debido a que tenía prohibida su conducción por la vigencia de una medida cautelar impuesta por el magistrado interviniente en el primer momento de la investigación penal.

(28) CS, Fallos 332:512, del consid. 4º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

Además, sostuvo el Máximo Tribunal que en este caso no se había justificado la necesidad de la aplicación de la sanción penal en los criterios de los antecedentes del joven, el resultado de su tratamiento tutelar y la impresión directa considerados a partir del principio de prevención especial positiva (30).

Respecto de la peligrosidad del joven, la Cámara Nacional de Casación Penal había justificado la aplicación de la pena porque el acusado no había logrado demostrar, en su seguimiento tutelar, que hubiera superado los indicadores demostrados de peligrosidad en la conducción de automotores. El Máximo Tribunal invirtió ese razonamiento: el joven no había podido demostrar su falta de peligrosidad porque estaba impedido de manejar a causa de una medida cautelar ordenada por la propia justicia (31).

Finalmente, la Corte Suprema puso también especial énfasis en la necesidad de intermediación al momento de resolver la aplicación de una pena. En ese sentido, sostuvo que el art. 4º del Régimen Penal de la Minoridad resultaba más "categórico" que el art. 41 del Cód. Penal, al exigir una audiencia del imputado con los jueces, la que le permitiría ejercer su derecho a ser oído (32).

#### *IV.2. Síntesis del caso*

Es posible realizar tres señalamientos en relación con este precedente.

(29) Ver art. 40, CDN.

(30) CS, Fallos 332:512, del consid. 11 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(31) "[C]abe precisar que resulta arbitraria la referencia a que la peligrosidad en el manejo no había podido ser superada por el impedimento para conducir vehículos, pues fue el propio juez de instrucción quien, en el año 2000, y por aplicación de la norma del art. 310 del Cód. Proc. Penal de la Nación, le había impuesto al joven la abstención de conducir vehículos automotores..." CS, Fallos 332:512, del consid. 10 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(32) CS, Fallos 332:512, del consid. 4º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

En primer lugar, el valor otorgado a la finalidad preventiva especial determinó que el Máximo Tribunal entendiera que en este caso no se había justificado la necesidad en la aplicación de la pena, pese a encontrarse frente a un hecho de homicidio culposo. En consecuencia, se advierte en este caso que la preponderancia del fin preventivo especial puede implicar que no sea necesaria la aplicación de la sanción penal juvenil frente a hechos de cierta gravedad.

En segundo lugar, y a diferencia del precedente “M. no se consideró inconstitucional la valoración respecto de la peligrosidad del joven. Esto abre un interrogante: ¿La demostración de la falta de peligrosidad de un joven puede ser un elemento a valorar para determinar la falta de necesidad de aplicación de la sanción penal juvenil?

Finalmente, el Máximo Tribunal no efectuó consideraciones respecto a la escala penal aplicada en el caso concreto, ni siquiera a modo de *obiter dictum*.

#### V. El caso “A., D. A.; C., E. G. s/ homicidio dolosamente calificado” (33)

La Cámara Primera en lo Criminal de la Capital de la provincia de Formosa condenó a dos personas a la pena de dieciséis y quince años de prisión como autores del delito de homicidio, al utilizar en ambos casos la escala penal prevista para el delito consumado (ocho a veinticinco años de prisión) (34), y fijó una pena menor para uno de los condenados porque era un adolescente penalmente responsable al momento del hecho. El tribunal solo realizó una ligera atenuación de la pena aplicable al joven condenado sobre la base de su edad.

La defensa de los condenados interpuso un recurso de casación en el que cuestionó la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de juicio. Este planteo fue rechazado por el Superior Tribunal local. Con posterioridad, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal que fue concedido, en el cual criticó, entre otras cuestiones, que no se hubiera aplicado la escala penal

(33) A.1331.XLIII, del 24/08/2010, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay.

(34) Art. 79, Cód. Penal.

atenuada, pese a que el joven condenado tenía 17 años de edad al momento de la comisión del hecho delictivo.

#### V.I. La determinación de la sanción y la edad como circunstancia atenuante

La Corte Suprema consideró que el recurso extraordinario era inadmisibles en los términos del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y, por esa razón, de conformidad con lo dictaminado por el procurador fiscal, lo declaró improcedente.

El procurador fiscal sostuvo en su dictamen que no había en el caso un agravio federal, ya que se habían respetado los principios constitucionales, al aplicarse una pena reducida a un adolescente penalmente responsable, en comparación con la impuesta a una persona adulta por ese mismo delito (35). En esa inteligencia, expli-

(35) “Tampoco ha dado cumplimiento a los requisitos del art. 15 de la ley 48 en lo que se refiere al restante agravio, pues la recurrente se ha ceñido a sostener que la aplicación de la disminución de la escala penal en el caso de menores resultaba obligatoria, a partir de su propia interpretación del precedente ‘M.’ Igualmente, no aprecio que lo haya vinculado al caso concreto en tanto que, más allá del carácter que se le quiera asignar, lo cierto es que en el *sub iudice*, al momento de determinar la pena, el tribunal tuvo en cuenta que C. era menor y le aplicó una pena que se encuentra dentro de los límites legales admitidos para la tentativa del delito por el que fue condenado e, incluso lo diferencié del otro imputado, quien apenas era unos meses mayor, al imponerle un año menos en atención a la edad que registraba al momento del hecho —17 años— (...). Es más, el fallo destaca justamente la conveniencia de no dictar una condena más elevada ‘... pese a la gravedad del hecho en atención a la juventud de sus autores.’ (...). Más allá de ello, y sin perjuicio de la mejor inteligencia que la Corte pueda hacer de sus propios precedentes, no puedo dejar de mencionar que a mi entender no surge de las citas del caso publicado en CS, Fallos 328:4343 que realiza la defensa y que se corresponden con los parágs. 32, 33 y 40 del voto mayoritario, la obligatoriedad de la reducción de la pena, sino que ella debe ser inferior a la impuesta a un adulto en igualdad de circunstancias (*vid.* especialmente consid. 40, *in fine*) extremo que, reitero, fue cumplido en el *sub iudice*, donde había superado los 18 años y el otro —a quien se impuso pena menor— se encontraba próximo a cumplirlos al momento del suceso. A mayor abundamiento, resulta para mí esclarecedor el voto que, precisamente, en aquel caso emitió la Dra. Argibay al diferenciar la privación de libertad más leve que sea posible y la que sea procedente conforme a derecho (consid. 17). Que la sanción impuesta al menor se halle próxima al máximo permitido por la escala reducida, no implica por

có que se había respetado el principio de que la sanción penal juvenil debe ser menor que la que corresponde a una persona adulta.

Agregó el procurador que tampoco podía agraviarse la defensa, porque, aun cuando se hubiera aplicado la escala penal atenuada del homicidio simple (cuatro años a dieciséis años y ocho meses de prisión), la pena individualizada respecto del adolescente penalmente responsable se encontraba en ese rango (quince años de prisión).

### V.2. Síntesis del caso

Como nota saliente de este caso, puede apuntarse que en otros precedentes en materia criminal la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando consideró que correspondía modificar la escala penal aplicable en beneficio de la persona condenada, ordenó siempre una nueva individualización de la pena (36). En este caso concreto no implicaba la misma valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes haber establecido una pena de prisión de quince años si se toma la escala penal prevista para el homicidio simple (ocho a veinticinco años de prisión), que si hubiera adoptado la aplicable para ese delito reducida de la misma forma que la tentativa

si su impertinencia (...). Con base en lo hasta aquí expuesto, entiendo que no se encuentra en discusión el alcance de la Convención de los Derechos del Niño como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores, sino simplemente el distinto criterio que, con base en las mismas circunstancias de la causa y dentro de los principios que han inspirado ese instrumento, ha motivado una solución diferente de la pretendida por la parte, sin que se haya demostrado arbitrariedad, más allá de su acierto o error”.

(36) “[S]i bien es cierto que la determinación de la existencia de circunstancias agravantes del tipo básico, y la incidencia que esta pudiera tener al momento de fijarse la pena en concreto, en principio remite al análisis de cuestiones de derecho común; asiste razón al recurrente en cuanto que al modificarse la subsunción legal del hecho y ser tomado este como un injusto menos gravoso que el determinado por el tribunal de juicio, ya que se suprimió uno los calificantes, en principio, correspondería reducir proporcionalmente la pena impuesta por aquel. En este sentido, tomando en cuenta que fue la defensa la que planteó la revisión del fallo condenatorio en la instancia casatoria, y que el tribunal homónimo hizo lugar a uno de los agravios esgrimidos, podría considerarse que al mantener idéntica la pena, pese a aplicarle una calificación menor, se daría un supuesto de *reformatio in pejus*”, Fallos 330:1478, “Escudero”.

(cuatro a dieciséis años y ocho meses de prisión). El monto de quince años de prisión está más cerca del mínimo que del máximo en el primer supuesto; en cambio, si se adopta la escala atenuada, el monto de quince años de prisión es casi el máximo aplicable.

### VI. El caso “A., D. D. s/ homicidio agravado” (37)

El Tribunal en lo Penal de Menores de la Primera Circunscripción de Mendoza condenó a “A.” a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio agravado cometido el 26/09/1997, cuando tenía 16 años de edad.

El 29/03/2011, la defensa del joven interpuso un recurso de revisión contra esa sentencia firme al alegar como hecho sobreviniente el informe 172/2010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitido en el marco del caso 12.651 (Argentina), “César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas de adolescentes)”, que había concluido, entre otras cuestiones, que la pena privativa de la libertad perpetua aplicada a personas condenadas por cometer delitos cuando eran menores de edad resultaba incompatible con los arts. 19, 5º y 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos (38).

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza rechazó el recurso de la defensa al sostener que la revisión de las sentencias penales firmes constituía una vía recursiva excepcional, solo reservada para los casos especiales enumerados taxativamente en la ley procesal. Consideró también que un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no constituía *per se* un motivo de revisión, ya que no poseía carácter vinculante. Sin perjuicio de ello, ordenó que el juez de ejecución penal, a cuya disposición se encontraba el joven condenado, previera un régimen

(37) A.1008.XLVII, del 05/08/2014, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda. En un caso posterior, “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa P., D. E. s/ causa 114.823”, resuelta el 06/03/2018, la Corte Suprema mantuvo estos criterios al remitir a lo aquí resuelto (voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda).

(38) CIDH, informe 172/2010, caso 12.651 (Argentina), “César Alberto Mendoza y otros (prisión y reclusión perpetuas de adolescentes)”, párr. 181.

de revisión periódica de su conducta con el objetivo de verificar su evolución.

Contra esa decisión, la defensa presentó un recurso extraordinario federal, que fue concedido, en el cual cuestionó la caracterización del valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y postuló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación respaldaba la tesis del carácter imperativo de los informes de aquel órgano para el Estado argentino.

#### *VI.1. La incompatibilidad de una pena de prisión perpetua con las reglas y los principios del sistema interamericano*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario y revocó la sentencia de la Suprema Corte provincial y devolvió la causa para que se modificara la pena impuesta al joven. Sin embargo, no se expresaron fundamentos propios, ya que el Máximo Tribunal manifestó que “comparte y hace suyos los términos y conclusiones del dictamen de la Sra. procuradora general a los que corresponde remitirse en razón de brevedad”.

En el dictamen de la procuradora general se tuvo en consideración que, para ese entonces, la Argentina ya había sido condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza” (39) por la aplicación de penas privativas de la libertad perpetuas a adolescentes penalmente responsables. También tuvo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había exigido expresamente la revisión de los casos en los cuales otros integrantes de ese colectivo estuvieran cumpliendo penas privativas de la libertad perpetuas (40).

---

(39) Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14/05/2013, Serie C, nro. 260.

(40) “Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta sentencia...”, Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14/05/2013, Serie C, nro. 260, párr. 327.

Se agregó que en otro fallo de la provincia de Mendoza (41) la Suprema Corte de Justicia había considerado procedente un recurso de revisión de una pena privativa de la libertad perpetua impuesta a un adolescente penalmente responsable y la modificó por una pena de prisión de quince años, al valorar las consideraciones efectuadas respecto a ese mismo caso en el informe 172/2010 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

#### *VI.2. Síntesis del caso*

En el caso “A.” deben apuntarse dos diferencias significativas con el caso “M.” que permiten señalar una modificación en la doctrina del Máximo Tribunal.

Por un lado, se resolvió que correspondía modificar la pena aplicable al joven, pero solo sobre la base de la incompatibilidad de la pena privativa de la libertad perpetua con los principios del derecho internacional, sin efectuar mención alguna respecto de que el reproche de la culpabilidad del adolescente debe ser siempre inferior al efectuado a una persona adulta. Este análisis no se realizó bajo ninguna consideración sobre el hecho y las circunstancias personales concretas del adolescente. Es posible así establecer que existe una prohibición de imponer una pena privativa de la libertad perpetua a los adolescentes penalmente responsables, aun cuando se previera normativamente la posibilidad de excarcelación (42). Esta regla ocasiona indefectiblemente que, frente a un hecho de tales características, el intérprete deba recurrir necesariamente a la escala penal atenuada de acuerdo con las normas que regulan la escala penal de la tentativa, al no existir otra opción en el ordenamiento jurídico argentino para determinar la pena.

---

(41) Se lo referencia como la causa 102.319, resuelta el 09/03/2012 por la sala II.

(42) La libertad condicional podía resultar procedente a los veinte años de cumplimiento de la condena privativa de la libertad. Mediante la ley 25.892 (publicada en el BO del 26/05/2004), el plazo se estableció en treinta y cinco años. En la actualidad rige la ley 27.375 (publicada en el BO del 28/07/2017), que dispone que no procede la libertad condicional para determinados delitos, entre ellos, los homicidios agravados previstos en el art. 80 del Cód. Penal.

Por otro lado, en el dictamen de la Procuración General no se hizo ninguna consideración adicional, ni a título de *obiter dictum*, sobre la determinación de la pena y la aplicación imperativa de la escala penal atenuada. Si bien no era necesario para resolver el presente caso, nada se expresó al respecto, ni fue objeto de consideración por el Máximo Tribunal.

## VII. El caso “B., J. s/ causa 114.810” (43)

El joven “B.” fue condenado, por el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil de Zárate-Campana, provincia de Buenos Aires, a una pena de diez años de prisión por el delito de homicidio en ocasión de robo, cuya escala penal era de diez a veinticinco años, prevista en el Código Penal (44).

La defensa planteó un recurso contra la condena por considerar aplicable, entre otros aspectos, la escala penal atenuada (cinco a dieciséis años y ocho meses de prisión), que fue aceptado por la instancia revisora (Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Nicolás). Sin embargo, la aplicación de una escala penal atenuada devino en la individualización de una pena de nueve años y seis meses, es decir, una reducción de seis meses de prisión.

Frente a esta decisión, la defensa del joven interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue rechazado por la Suprema Corte provincial por considerarlo infundado. Tal decisión motivó que la defensa interpusiera un recurso extraordinario federal, que, tras ser rechazado por la máxima autoridad judicial provincial, provocó que la defensa presentara un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### VII.1. La fundamentación al momento de imponer una pena

La Corte Suprema de Justicia decidió dejar sin efecto la sentencia del Superior Tribunal provincial y ordenó el dictado de una nueva resolución, al expresar que compartía “los fundamentos y

(43) CS, 29/08/2017, CSJ 56/2014 (50-B)/CS1, recurso de hecho, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz.

(44) Art. 165, Cód. Penal.

conclusiones del dictamen del Sr. procurador fiscal, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad”.

En su dictamen, el procurador fiscal realizó dos señalamientos. En primer lugar, criticó el fallo de la Cámara de Apelaciones y Garantías local por la falta de fundamentación al momento de determinar la escala penal aplicable e individualizar la sanción penal aplicable al joven (45). En particular, refirió que no se expuso una evaluación de la impresión obtenida en la audiencia de conocimiento directo y personal con el joven condenado, ni de la evolución del tratamiento tutelar (46).

En segundo lugar, remarcó que la individualización de la sanción penal juvenil, al requerir la consideración de la CDN y los demás instrumentos internacionales reguladores del derecho penal juvenil, generaba un agravio federal que habilitaba la instancia extraordinaria ante el Máximo Tribunal (47).

(45) “Aun cuando la Cámara de Apelación y Garantías haya compartido el criterio de los jueces de mérito en cuanto a la necesidad de aplicar pena de prisión y también respecto de las atenuantes descartadas y las agravantes valoradas, al admitir la procedencia del agravio referido a la aplicación de la escala prevista para la tentativa (art. 4º de la ley 22.278), ese tribunal revisor se limitó a transcribir los consids. 37 y 40 del precedente ‘M.’ en lo referido a la inferior reacción punitiva estatal que cabe aplicar respecto de los menores imputados y, sin más, fijó la pena en nueve años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento. Los términos de esa individualización de la sanción, aspecto sobre el que específicamente aquí se agravia la defensa, impiden considerarla —más allá de su parquedad— debidamente fundada desde que carece de razones que indiquen, al menos mínimamente, qué inteligencia efectuó del art. 44 del Cód. Penal para determinar la escala reducida aplicable y sobre qué base fijó su *quantum*...”

(46) “Esa deficiencia resulta más llamativa ante la falta de toda referencia a la impresión obtenida en la audiencia de conocimiento directo y personal que los jueces de esa Cámara mantuvieron con el menor (...) máxime si se tiene presente que la ley local 13.634 la exige bajo pena de nulidad (art. 60), como así también respecto de la evolución en su tratamiento tutelar”.

(47) “La circunstancia de haberse omitido considerar tanto la CDN y demás instrumentos que regulan el derecho penal juvenil, como la interpretación de la materia federal involucrada que el Alto Tribunal ha efectuado en los precedentes expresamente invocados por la defensa, concurren a su descalificación como acto jurisdiccional válido...”

## VII.2. Síntesis del caso

La doctrina emanada de este precedente se vincula a una cuestión formal: la exigencia de fundamentar la individualización de la sanción penal juvenil. Ello no solo resulta exigible luego de un abordaje tutelar y una audiencia de conocimiento personal y directo del joven condenado, sino que se requiere su evaluación pormenorizada para justificar el monto de la pena, en caso de considerarla necesaria. Sin embargo, en este fallo no se hizo ninguna consideración sobre el monto de la pena determinada, pese a que el uso de la escala penal atenuada por la Cámara de Apelaciones y Garantías local no implicó una reducción significativa.

## VIII. La aplicación de otros principios relacionados con la necesidad y la determinación de la pena

La Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó en otros precedentes diversas consideraciones acerca de qué principios debían aplicarse cuando ya se había individualizado la sanción penal.

### VIII.1. El principio acusatorio y el principio de especialidad: el caso “B. R.” (48)

El Tribunal Oral N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia de Corrientes —no especializado en razón de la materia— condenó a un adolescente penalmente responsable a la pena de seis años y ocho meses de prisión como autor de homicidio en ocasión de robo (49). Durante la audiencia de juicio, el fiscal solo solicitó la declaración de responsabilidad penal del adolescente, sin formular un pedido expreso respecto de la necesidad y el monto de una eventual pena.

Esta sentencia condenatoria fue recurrida, tanto por la defensa como por el representante del Ministerio Público Fiscal, al cuestionar que el Tribunal Oral haya determinado la sanción penal juvenil sin la intervención de un juez de menores

(48) CS, Fallos 339:1208, del 23/08/2016. La CS compartió los fundamentos y conclusiones de la procuradora fiscal con los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

(49) Art. 165, Cód. Penal.

y a pesar de que el fiscal de juicio no la hubiera solicitado en sus alegatos durante el juicio oral.

El Superior Tribunal de Justicia provincial confirmó la decisión condenatoria al considerar que sí existió acusación por parte del fiscal, la que no requería un pedido expreso de pena. En relación con la afectación al principio de especialidad, sostuvo que el imputado ya era mayor de edad al momento de dictarse la sentencia condenatoria, al haber cumplido 20 años de edad, conforme a la ley 26.579 (50).

Este pronunciamiento fue cuestionado mediante el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa del joven condenado, que, tras ser rechazado por el Superior Tribunal local, motivó el planteo de queja ante el Máximo Tribunal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario federal planteado, revocó la sentencia apelada y ordenó que se dictara un nuevo procedimiento acorde a derecho, al compartir —en lo pertinente— los fundamentos y conclusiones de la procuradora fiscal.

El dictamen de la procuradora fiscal consideró que el Tribunal Oral no estaba habilitado para imponer una pena al joven condenado, ya que la acusación solo había solicitado la declaración de responsabilidad penal sin formular un pedido expreso respecto de la necesidad y el monto de la sanción penal juvenil. Esta decisión del tribunal de imponer una pena sin pedido expreso del fiscal de juicio vulneraba el principio acusatorio (51).

La postura del Ministerio Público Fiscal también consideró vulnerado el principio de especialidad, ya que el Tribunal Oral, luego de declarada la responsabilidad penal del joven, no le dio intervención al fuero de menores para que determinara la necesidad y el monto de la san-

(50) Ley 26.579, promulgada el 21/12/2009 y publicada en el BO del 22/12/2009.

(51) “[C]ualquiera que fuera el motivo por el cual no se requiriera la imposición de pena, lo cierto es que, por el principio acusatorio, los jueces no están habilitados a suplir la voluntad del Ministerio Público, a actuar más allá de su petición, sobre todo en algo tan trascendente como es el requerimiento de sanción penal...”, del dictamen de la procuradora fiscal al que remitiera la Corte Suprema.



ción penal juvenil en los términos del art. 4º de la ley 22.278. En este sentido, remarcó que el fallo “Mendoza y otros vs. Argentina” (52) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas y sanciones (53).

La ley 22.278 (art. 4º), al establecer los requisitos necesarios para poder aplicar la sanción penal juvenil (que el imputado haya sido declarado penalmente responsable, que haya cumplido los 18 años de edad y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año), supone que el joven siempre va a ser mayor de edad al momento de determinar la necesidad y el monto de la pena (54). Pero esta disposición normativa no debía impedir la intervención de la justicia especializada, única competente para determinar la sanción penal.

El pronunciamiento consideró que la duración del proceso penal tampoco debía impedir la intervención de la justicia especializada al momento de determinar la sanción penal juvenil, aunque el imputado hubiera alcanzado la mayoría de edad en cualquiera de sus fases.

### VIII.2. Síntesis del caso

Este precedente del Máximo Tribunal reconoció el alcance del principio de especialidad en la organización judicial, al decidir, respecto de un adolescente penalmente responsable (aunque por el transcurso del proceso se transformara en un “joven”), que la determinación de la necesidad y del monto de la pena debe ser realizada por la justicia especializada.

(52) Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14/05/2013, Serie C, nro. 260.

(53) Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 147.

(54) “[T]al criterio, sin embargo, contradice el espíritu y el texto de la citada ley 22.278, que resulta ser más específica para el caso, a la que desvirtúa pues, en la medida en que en su art. 4º establece que la imposición de pena estará supeditada a que el niño, niña o adolescente haya cumplido 18 años de edad, quedarían entonces, inoperantes las especiales pautas que prevé en relación con una cuestión de evidente relevancia como es la decisión acerca de la imposición o no de pena...”, del dictamen de la procuradora fiscal.

También es posible observar cómo la Corte Suprema aclaró los requisitos formales para determinar la necesidad y el monto de la pena: un pedido expreso del fiscal —no hace referencia a su especialidad— e intervención de la justicia especializada.

### IX. La revisión periódica de la sanción penal juvenil: el caso “A., C. J.” (55)

El adolescente fue condenado por la justicia de la provincia de Río Negro por la comisión del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con su portación, acontecido el 29/05/2011. Al momento de determinar la sanción penal juvenil, la sala A de la Cámara Criminal de Viedma resolvió no aplicar la escala penal reducida del mismo modo que la tentativa, pese a que el joven era menor de 18 años al momento del hecho. Es decir, utilizó la escala penal aplicable al homicidio agravado por el uso de arma de fuego (56), de diez años y ocho meses a treinta y tres años y cuatro meses, disponiendo en definitiva una pena de doce años de prisión.

La defensa interpuso un recurso de casación contra tal decisorio, porque, a su criterio, debió haberse adoptado la escala penal reducida en el mismo grado que para el delito tentado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4º de la ley 22.278. De modo que esa parte solicitó que se adoptara como escala penal para determinar la sanción penal juvenil la correspondiente al delito tentado, es decir, de cinco años y cuatro meses a veintidós años, dos meses y veinte días. Este planteo fue rechazado por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, tras haber efectuado una revisión integral de la resolución impugnada.

La defensa del joven planteó un recurso extraordinario federal sustentado, en primer lugar, en la afectación de la garantía del doble conforme, ya que la decisión del Superior Tribunal provincial no había realizado una revisión amplia respecto de la determinación de la sanción penal juvenil, apartándose del estándar establecido por la Convención Americana de Derechos

(55) CS, Fallos 340:1450, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

(56) Cfr. arts. 41 bis y 79, Cód. Penal.

Humanos [art. 8.2.h)] (57) y su interpretación en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (58) y “Mohamed vs. Argentina” (59). Este planteo recursivo fue concedido por el tribunal local.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al analizar la procedencia del planteo recursivo, entendió que existía una cuestión federal, por estar en juego el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria [de acuerdo con el art. 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (60)] y el alcance de la CDN [en particular, de los arts. 3º y 37, inc. b)] (61).

En relación con el fondo de la cuestión, el Máximo Tribunal resolvió confirmar la sentencia recurrida, al compartir y hacer suyos los fundamentos expresados en el dictamen del procurador fiscal para descartar la afectación de la garantía de la doble instancia y la inobservancia alegada de la aplicación de los principios y reglas del derecho penal juvenil al momento de determinar la sanción (62).

El procurador fiscal sostuvo en su dictamen que el joven había sido condenado a una pena de privación de la libertad temporal cuya duración se encontraba determinada (doce años de

---

(57) Art. 8º, inc. 2º, apart. h), Convención Americana de Derechos Humanos: “... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

(58) Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 02/07/2004, Serie C, nro. 107.

(59) Corte IDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23/11/2012, Serie C, nro. 255.

(60) Art. 14, inc. 5º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

(61) CS, Fallos 340:1450, del consid. 3º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

(62) CS, Fallos 340:1450, del consid. 4º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

prisión). Ello marcaba una diferencia con los casos “Mendoza y otros vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y “M.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los cuales se analizó la validez constitucional de la aplicación de la pena privativa de la libertad perpetua. De modo que, a su criterio, no era posible discernir, dada la pena temporal indicada, si la individualización realizada por la justicia local había resultado irrazonable (63).

En relación con la individualización de la sanción penal juvenil, argumentó que la regla de la aplicación de una pena reducida a un adolescente no se puede derivar del principio del interés superior del niño, ni de la finalidad de prevención especial positiva de la sanción penal juvenil. Por el contrario, expresó que los instrumentos internacionales [en particular, las Reglas de Beijing (64)] y la interpretación desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “M.” permitirían concluir que la proporcionalidad de la sanción penal juvenil debe fundarse en las constancias obtenidas en el proceso penal y la razonable aplicación de la ley por parte de la justicia (65).

Aclaró el procurador fiscal que su interpretación de los votos del fallo “M.” coincidía con el criterio de la justicia local y, por ello, la aplicación de la escala penal atenuada a un adolescente declarado penalmente responsable no era una regla, sino que quedaba sujeta a la discreción ju-

---

(63) “Estimo que al no tratarse en el *sub judice* de la aplicación de la prisión o reclusión perpetuas de niños, consideradas ‘incompatibles con el art. 7.3 de la Convención Americana’ sino de una pena temporal cuyo plazo sí se encuentra determinado desde el momento de su imposición, lo cual se adecua al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (párr. 163 del citado caso ‘Mendoza’), no es posible discernir en esta instancia a partir de la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos específicamente aplicables y de las condiciones de su vigencia, si la individualización efectuada por la justicia de la provincia de Río Negro resulta irrazonable, aun ponderando —en la medida habilitada por el *a quo*— las singulares características del hecho y la situación concreta del menor imputado”.

(64) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”). Adoptadas por la Asamblea General en su res. 40/33, de 28/11/1985.

(65) En referencia a las Reglas 6 y 17.

dicial (66). Al respecto, expresó: “[E]n atención a que la brevedad contemplada en el art. 37.b) de la Convención, que armoniza con el art. 4º de la ley 22.278 en cuanto faculta al juez a reducir la sanción ‘en la forma prevista para la tentativa,’ no puede interpretarse como una pauta que suprima la escala penal prevista en la norma ni la discrecionalidad judicial para determinar —como en el caso— la sanción sobre la base de un fundado análisis de las circunstancias objetivas y subjetivas del proceso...”

En este sentido, consideró que la Cámara en lo Criminal de Viedma, al momento de determinar la sanción y descartar la aplicación de la escala de la tentativa y del mínimo legal, actuó con ra-

(66) “Las consideraciones así desarrolladas por el *a quo* sobre la base de las constancias del proceso, encuadran en la amplitud de la normativa y en los precedentes ya referidos que rigen esta materia, por lo cual no es posible sostener que en el fallo recurrido se los transgreda. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que en el *sub examine* se encuentra fuera de discusión la decisión de necesidad de sanción y lo único que se cuestiona es el *quantum* de la pena y que no se la haya reducido de acuerdo con la escala prevista para la tentativa (...). En particular sobre esto último, estimo relevante señalar que más allá de que la aplicación del art. 44 del Cód. Penal constituya la regla o que solo se trate como lo entendieron el *a quo* y la Cámara, e incluso la mayoría de V.E. *in re* ‘M.’ de la segunda etapa de análisis al decidir en un proceso seguido a menores, lo cierto es, por un lado, que en el *sub iudice* se la descartó por las extensas razones por las que también se concluyó en la necesidad de la sanción’. Posteriormente, agregó: “Al abordar ese limitado análisis y sin perjuicio de lo expuesto en el apart. VIII, aprecio, en cuanto a lo primero, que no es posible afirmar que en el estado de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño resulte imperativa la aplicación de la pena más breve, pues solo se trata de un postulado que —si bien preponderante con miras a la resocialización, como ya se dijo— debe aplicarse cuando las características del caso concreto lo permiten. Estimo relevantes en tal sentido: (i) los votos de la mayoría de V.E. y de la Dra. Argibay *in re* ‘M.’ en tanto juzgaron —como el *a quo*— que ello constituye una etapa en el análisis de la resolución de la causa y no una ‘regla’ como sostuvo el Dr. Fayt y propone la defensa; (ii) el comentario a las Reglas 6 y 17.l.b) de las Reglas de Beijing, que reconocen para esta clase de procesos ‘que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso en particular’ y la vigencia de ‘la idea de justo merecido y de sanciones retributivas’ en casos de delitos graves; y (iii) lo considerado por la Corte Interamericana en el párr. 163 del precedente ‘Mendoza’ en donde admitió la posibilidad de aplicar sanciones que —como en el *sub examine*— cuentan con ‘un plazo determinado desde el momento de su imposición’”.

zonabilidad al valorar la modalidad y gravedad del hecho, los antecedentes e informes psicológicos del adolescente, el resultado adverso del tratamiento desarrollado y la mala impresión personal (67). Agregó que la valoración negativa causada por el adolescente a los jueces en la audiencia de juicio no podía reeditarse en la instancia revisora en razón de los principios de oralidad e inmediatez (68).

Además, señaló que la pena aplicable a una persona adulta, en similares circunstancias, hubiera sido mayor (69). Sin perjuicio de ello, ad-

(67) Estas pautas se encuentran previstas en el art. 4º de la ley 22.278. En relación con el abordaje tutelar, se refirió: “Es oportuno señalar en este último sentido, que esa valoración adversa del *a quo* se ajusta a lo que surge de otras constancias del expediente que indican: (i) que aun cuando el 06/09/2011 el juez de instrucción había prorrogado por noventa días su internación ante la evolución positiva que el menor exhibía merced al tratamiento que recibía en aquella institución, el 22 de ese mes se fugó de allí, su padre lo entregó al día siguiente y a los tres días ocurrió el incendio aludido (...); (ii) que el informe psicológico fechado el 21 de septiembre de ese año, que fue valorado por la Cámara, da cuenta de que —poco antes de esa fuga— A. había decidido que no era necesario seguir con las entrevistas (...); (iii) que ya al resolver la internación del menor en el auto de procesamiento, el juez había indicado que ‘... se vislumbra que A. presenta un desprecio por la autoridad estatal, lo que dificulta diagramar una estrategia de abordaje...’ (...); y (iv) que el homicidio por el que se lo condenó en este proceso fue cometido el 29/05/2011, que el nombrado se hallaba ‘externado’ desde el 20 de abril anterior con relación a análoga medida ordenada en otro proceso judicial y que esa condición fue mantenida el 26 de mayo de ese año en un segundo proceso que se le seguía...” Incluso, se valoró negativamente que el joven no se arrepintiera, no aprovechara el tratamiento tutelar para su rehabilitación y se haya incendiado a sí mismo y al instituto en cual se encontraba alojado como un “acto de resistencia”.

(68) Ver el consid. 34 del voto de la mayoría, el consid. 12 del voto del juez Fayt y el consid. 12 del voto de la jueza Argibay en el fallo “Casal” (CS, Fallos 328:3399, del 20/09/2005).

(69) El procurador fiscal advierte que este caso se diferencia del precedente “A., D. A.; C., E. G. s/ homicidio doblemente calificado” de la CS, en el cual un adolescente había sido condenado junto con una persona adulta por la comisión de un homicidio, y la pena aplicable al primero fue sensiblemente menor. Sin embargo, tiene en cuenta que el fiscal general provincial al momento de oponerse a la procedencia del recurso extraordinario federal dio ejemplos de penas graves aplicadas a adolescentes en esa jurisdicción local.

virtió que la pena aplicada (doce años de prisión) aún se encontraba dentro del ámbito de la escala penal atenuada (cinco años y cuatro meses a veintidós años, dos meses y veinte días).

La Corte Suprema de Justicia utilizó el agravio del recurrente relacionado con la brevedad de la sanción privativa de la libertad para señalar que ello se encuentra “íntimamente vinculado” con el deber de revisar periódicamente las medidas de privación de libertad de los menores infractores, conforme al art. 25 de la CDN (70). Al respecto, sostuvo que el principio de revisión periódica “[c]onstituye el mecanismo para asegurar efectivamente, ya durante la ejecución de esta pena, el principio rector que emana del primero [art. 37, inc. b) de la CDN] por el que las restricciones a la libertad personal del menor se reducirán a lo estrictamente necesario para promover su reintegración social y que este asuma una función constructiva en la sociedad...” (71). Agregó el Máximo Tribunal que este principio fue expresamente reconocido en el fallo “Mendoza y otros vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (72).

En función de ello, la Corte Suprema de Justicia entendió que el régimen penal de la minoridad, al no prever la revisión judicial periódica durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, no responde a los principios del derecho internacional. En consecuencia, consideró que debe establecerse la posibilidad de que el magistrado, al supervisar la ejecución de la pena privativa de la libertad aplicada a un adolescente, pueda disponer su libertad anticipada cuando considere que la sanción penal ya no resulta necesaria. Sin embargo, afirmó que este estándar de revisión periódica, para ser aplicado, requería necesaria-

(70) Art. 25, CDN: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

(71) Ver consid. 5º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

(72) Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 162.

mente de una reforma legislativa (73). En virtud de esta argumentación, la Corte Suprema comunicó la decisión adoptada al Congreso Nacional a sus efectos.

### IX.1. Síntesis del caso

La decisión de la Corte Suprema de Justicia se alejó de lo dictaminado por el procurador fiscal, quien postuló la necesidad de realizar un control de convencionalidad de oficio a fin de darle operatividad al fin de reintegración social de la sanción penal (74).

Se advierte en este precedente que la Corte Suprema, al compartir en lo pertinente el dictamen del procurador, entendió que la aplicación de la

(73) Explicitó que “ante el dato objetivo de que el sistema previsto en la ley 22.278 no ha sido modificado en este punto, al no haberse establecido legislativamente los presupuestos para que el juez decida sobre ‘la posibilidad de la puesta en libertad’ en el caso que llegara a considerarse que la privación de libertad no continuara siendo necesaria, cabe concluir que el contralor judicial de la sanción privativa de la libertad impuesta a C. J. A., a cargo del magistrado correspondiente, no podrá tener este alcance”, del consid. 7º del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

(74) “Es pertinente señalar que a fin de adecuar el caso a la reintegración social que debe perseguir toda pena (arts. 18 de la CN y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en especial la aplicada a los menores (art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), de conformidad con el criterio señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re* ‘Mendoza’ —donde con invocación de lo observado por el Comité de los Derechos del Niño puntualizó como principio respecto de las medidas de privación de la libertad de los niños, que ‘la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico’— la autoridad provincial competente deberá proceder al cumplimiento de esa revisión pues ‘si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto’ (párrs. 162 y su cita, y 163). Este temperamento, que es el que mejor se ajusta a la cláusula federal del art. 28.2 del Pacto de San José de Costa Rica, se asimila al adoptado por V.E. el 05/08/2014 *in re* ‘A., D. D. s/ homicidio agravado’ (expte. A.1008.XLVII), donde en aplicación extensiva del fallo ‘Mendoza’ y con remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Sra. procuradora general, dispuso —en lo que aquí interesa— que por la vía procesal correspondiente la justicia mendocina examinara periódicamente la conducta de un menor condenado inicialmente a la pena de prisión perpetua, para verificar su evolución en el proceso de reintegración social”.

escala penal atenuada no es imperativa al momento de individualizar la sanción penal juvenil. Por el contrario, la valoración del hecho y de las circunstancias personales, incluyendo una evaluación del tratamiento tutelar y de la impresión personal en la audiencia *de visu*, permite justificar la aplicación de la misma escala penal que a las personas adultas —no atenuada—. En estos casos, la edad sería una circunstancia atenuante de la pena.

Finalmente, si bien el Máximo Tribunal reconoció en este fallo la vigencia del principio de revisión periódica, no lo consideró operativo. Por lo tanto, su aplicación queda sujeta a una reglamentación por parte del Poder Legislativo.

## X. Los alcances de las garantías procesales en la justicia juvenil

### X.1. El plazo razonable de la prisión preventiva: el caso "L. L. A." (75)

Al analizar la aplicación de la ley 24.390 (76), reguladora del plazo razonable de duración de la prisión preventiva, la Corte Suprema consideró que toda privación de la libertad de una persona menor de edad debía ser sometida, por lo menos, a los mismos principios y reglas que la de las personas adultas.

El Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal condenó, en los términos del art. 4° de la ley 22.278, a un joven a la pena de cinco años y seis meses de prisión, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por su comisión mediante el uso de armas, en grado de tentativa, en concurso real con el robo agravado por su comisión mediante el

(75) CS, 18/12/2007, Fallos 330:5294, voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

(76) Promulgada de hecho el 21/11/1994, publicada en el BO del 22/11/1994. Modificada por la ley 25.430, promulgada parcialmente el 30/05/2001 y publicada en el BO del 01/06/2001. El art. 1°, en su redacción actual, dispone: "La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, este podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor".

uso de armas, también en carácter de coautor. El mismo tribunal unificó esta pena con otra dictada por un Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal (tres años de prisión en suspenso), y decidió la imposición de una pena única de siete años y seis meses de prisión.

El cómputo de la pena fue observado por la defensa del joven condenado, ya que había permanecido privado de la libertad sin sentencia firme por un período mayor a los dos años y entendía que el caso encuadraba en las previsiones del art. 7° de la ley 24.390 (77). De ese modo, parte del tiempo de privación de la libertad del joven condenado debía contabilizarse de manera privilegiada, aunque se hubiera adoptado en el marco de la disposición tutelar prevista en el Régimen Penal de la Minoridad y las normas procesales (78), y no a través de una medida cautelar (prisión preventiva) (79).

(77) Art. 7°, ley 24.390: "Transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 1°, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión" (de acuerdo con la redacción vigente al momento de los hechos cometidos por el joven). Por dicho motivo, esta ley era conocida como "2 x 1".

(78) Art. 2°, ley 22.278: "Es punible el menor de dieciséis [16] años a dieciocho [18] años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el art. 1°. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el art. 4°. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador". Art. 412, Cód. Proc. Penal de la Nación: "El tribunal evitará, en lo posible, la presencia del menor en los actos de la instrucción y observará lo dispuesto a su respecto en el art. 76. Podrá disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona o institución que, por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información sumaria, audiencia de los interesados y dictamen del asesor de menores. En tales casos, el tribunal podrá designar un delegado para que ejerza la protección y vigilancia directa del menor y periódicamente le informe sobre la conducta y condiciones de vida de aquel".

(79) La defensa argumentó que en orden a lo establecido en la Regla 11.b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (adoptadas por la Asamblea General en su res. 45/113, de

Esta petición fue rechazada por la mayoría del tribunal, que consideró que la ley 24.390 no resultaba de aplicación a las personas menores de edad (80). Contra esa decisión, la defensa dedujo un recurso de casación, que fue concedido. La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el planteo, al retomar el criterio sentado en el caso “O., M. de los A. s/ recurso de casación” (81).

La defensa planteó un recurso extraordinario federal que fue rechazado, por lo que pudo acceder finalmente a la máxima instancia por medio de un recurso de queja que fue declarado procedente.

La Corte Suprema sostuvo, en el voto mayoritario, que resultaba aplicable el cómputo privi-

14/12/1990), no correspondía hacer diferenciación alguna entre la restricción de libertad operada por la imposición de la prisión preventiva y la impuesta como consecuencia del tratamiento tutelar por el régimen penal de la minoridad.

(80) Las normas procesales aplicables expresamente refieren que la prisión preventiva no es aplicable a las personas menores de edad. Al respecto, el Código Procesal Penal de la Nación, en el art. 315, dispone: “Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho [18] años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica”.

(81) Allí se había sostenido: “[L]a inaplicabilidad de las disposiciones de la ley 24.390 a la situación de los menores de 16 a 18 años que han cometido delito sancionado con más de dos años de pena privativa de la libertad reposa en las siguientes razones: a) El legislador de dicha norma, por inadvertencia o por decisión deliberada, solo reguló el instituto de la duración máxima del encarcelamiento preventivo con miras a la problemática carcelaria de internos alojados en unidades penitenciarias; b) Dicha ley se refiere expresamente a la prisión preventiva (art. 1º) mientras que el art. 315 del Cód. Proc. Penal de la Nación establece que dicha medida cautelar no regirá con respecto a los menores de 18 años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica; c) Si se entendiera que prisión preventiva es sinónimo de privación de la libertad podría superarse la interpretación restrictiva, pero en la aplicación de la ley se presentarían variadas dificultades que hallarían, en algunos casos, soluciones puramente analógicas y d) Evaluados en su conjunto, ‘el régimen general del menor frente al sistema penal de mayores’ resulta el más benigno, por lo que tampoco se advierte violación al principio constitucional de igualdad ante la ley...”, CFed. Casación Penal, sala I, 17/07/2001, “O., M. de los A. s/ rec. de casación”, causa 3544, del voto del juez Bisordi al que adhirió con fundamentos adicionales la jueza Catucci.

legiado de la privación de la libertad durante el proceso penal juvenil dado que la ley 24.390 no excluía de manera expresa a las personas menores de edad, como sí lo hacía respecto de ciertos delitos en su art. 10 (82). En este sentido, entendió que el concepto de prisión preventiva utilizado en la ley 24.390 incluía toda privación de la libertad durante el proceso penal en los términos del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (83). Agregó que la falta de aplicación de esa ley constituía un trato desigual entre personas adultas y personas menores de edad, que resultaba contrario a diversas normas del derecho internacional de protección de los derechos humanos (84).

Consideró el Máximo Tribunal que en la práctica no existía diferencia en la privación de libertad de una persona adulta respecto de la cumplida por una persona menor de edad, la que incluso podía deteriorar más al joven, al interrumpir su normal desarrollo (85). De allí surge la regla

(82) CS, Fallos 330:5294, del consid. 6º del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda.

(83) “[L]a contradicción principal se encuentra en el alcance dado al término ‘prisión preventiva’ que aparece en el art. 1º de la misma ley, ya que, en opinión del *a quo*, la referencia lo es de manera específica al instituto procesal regulado en el cap. VI del Código Procesal Penal de la Nación. En sentido contrario a ese razonamiento, la misma ley en su art. 9º afirma que ella es ‘reglamentaria del art. 7º, punto 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’. Esta Convención, en ese punto declara que ‘toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez...’. De la propia redacción puede inferirse, que el alcance que la ley da al término ‘prisión preventiva’ es más amplio que el interpretado por el *a quo* y se aproxima más a su uso como sinónimo de ‘privación de libertad’. Abona ello el hecho de que ante la privación de la libertad de un adulto, el tiempo transcurrido en detención previo a la imposición de la ‘prisión preventiva’, también se toma en cuenta para el cómputo de la pena...”, CS, Fallos 330:5294, del consid. 6º del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda.

(84) CDN, arts. 37.b) y 40.2.III; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su res. 40/33, de 29/11/1985), Reglas 19.1 y 28.1; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su res. 45/113, de 14/12/1990), Reglas 1 y 11.b).

(85) “[E]n lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denomina-

más relevante del caso: la privación de la libertad del adolescente durante el proceso penal merece, por lo menos, los mismos estándares de protección que los aplicados a las personas adultas.

El mayor deterioro que sufren los y las adolescentes privados cautelarmente de su libertad exige una protección adicional, que debe traducirse, por ejemplo, en un lapso más breve de duración de la prisión preventiva, una regulación específica de la ejecución penal, la posibilidad de una revisión periódica y un mayor control judicial en el ámbito de ejecución de la sanción, cuestiones que no fueron consideradas en la decisión en análisis. Por otro lado, esta asimilación en la privación de la libertad hace inmediatamente operativa toda modificación de las reglas y los principios relacionados con la prisión preventiva, cuando redunde en beneficio de las y los adolescentes.

### *X.2. La garantía de la doble instancia en la justicia juvenil*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también definió el alcance de la garantía de la doble instancia en el proceso penal juvenil en tres precedentes. De manera paralela a los fallos que ampliaron los alcances de esta garantía respecto a las personas imputadas de delitos penales [el caso más emblemático fue “Casal” (86)], el Máximo Tribunal también abordó el derecho al recurso de los y las adolescentes penalmente responsables.

Al respecto, reconoció la posibilidad de que la instancia revisora analice todos los factores que se valoraron para determinar la necesidad y la determinación de la sanción penal juvenil. En una segunda decisión admitió la posibilidad de que el joven declarado penalmente responsable cuestionara tal sentencia, aunque todavía no se

ción, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución...; CS, Fallos 330:5294, de los consids. 9º y 10 del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda.

(86) CS, Fallos 328:3399, voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Highton de Nolasco.

hubiera determinado una sanción penal (87). Finalmente, en un tercer precedente, el Máximo Tribunal habilitó el recurso de casación *oblicuo*, por el cual se habilita a que la Cámara de Casación revise en forma integral una sentencia condenatoria dictada en esa misma instancia a través de otra sala.

En el caso “R., L. A.” (88), el Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal declaró, el 02/04/2002, al joven coautor penalmente responsable de los delitos de robo calificado agravado por el uso de armas, homicidio calificado en grado de tentativa y portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, en concurso real entre sí, y suspendió el trámite de la causa a su respecto, en los términos del art. 4º de la ley 22.278, hasta el 01/08/2002. Posteriormente, el mismo tribunal declaró al joven coautor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa y de igual manera suspendió el trámite de la causa a su respecto. El 05/09/2002, al contar el joven con 18 años de edad, se reanudó el trámite del proceso penal y el Tribunal Oral de Menores les dio vista a las partes (89), para decidir finalmente imponer al joven la pena de diez años de prisión.

Frente a esta decisión, la defensa interpuso un recurso de casación al argumentar que el tribunal no había valorado los argumentos para fundar la propuesta de absolución en los términos del art. 4º de la ley 22.278 o de reducción de la pena sobre la base de la evolución del tratamien-

(87) Esta resolución era considerada inapelable, porque se definía como una “sentencia incompleta”, ya que solo reconoce la existencia y la participación en el hecho delictivo, pero no determina todavía la necesidad y la individualización de la pena.

(88) CS, Fallos 329:518, voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

(89) En primer lugar, la defensora pública de menores expresó su opinión contraria a la absolución del joven en los términos del art. 4º de la ley 22.278, pero postuló la máxima reducción posible de la sanción. A su turno, el fiscal general se opuso tanto a la absolución como a la aplicación de la escala penal reducida y solicitó la imposición de una pena de quince años y tres meses de prisión. Finalmente, la defensora pública oficial solicitó la aplicación del beneficio de la absolución previsto en el art. 4º de la ley 22.278.

to tutelar del joven (90). Agregó la parte que, en virtud de la legislación penal juvenil y de los estándares internacionales de derechos humanos, debía optarse por la solución que posibilita el menor tiempo posible de encierro, que en el caso concreto era la pena de cinco años de prisión.

El Tribunal Oral de Menores rechazó el planteo recursivo al argumentar que el juicio de valoración de las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal (91) solo podía ser objeto de revisión cuando la sanción impuesta fuera el resultado de una decisión arbitraria, y que la defensa solo había manifestado una mera disconformidad con los argumentos esbozados.

Frente a esta resolución, la defensa interpuso un recurso de queja por afectación del derecho al recurso en los términos del art. 8º, inc. 2º, apart. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (92) y el art. 14, inc. 5º, del Pacto Inter-

---

(90) Señaló que el Régimen Penal de la Minoridad establecía la absolución como regla y la condena como *ultima ratio* o excepcional, y que los informes agregados en el expediente tutelar del joven con posterioridad al mes de agosto del 2001 diferían notablemente de las constancias anteriores.

(91) Art. 40, Cód. Penal: "En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente." Art. 41, Cód. Penal: "A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

(92) Art. 8º, inc. 2º, apart. h), Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

nacional sobre Derechos Civiles y Políticos (93). La Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el planteo al considerar que la individualización de la pena era una materia propia de los jueces del Tribunal Oral y que solo podía ser examinada por la vía del recurso de casación cuando se incurriera en una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de la defensa en juicio. Esta negativa motivó un recurso *in pauperis* del joven y el posterior recurso de queja ante la Corte Suprema.

El Máximo Tribunal hizo lugar al planteo recursivo, revocó la resolución que denegó el acceso a la Cámara Nacional de Casación Penal y ordenó una revisión de la decisión de aplicar la pena de diez años de prisión al joven, al adherir a los fundamentos esgrimidos por el procurador fiscal, basados principalmente en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" (94), donde se definió que la garantía de la doble instancia comprende un "examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior (parágs. 165 y 167) entre ellas, de la pena impuesta (parág. 166)" (95).

En consecuencia, la Corte Suprema replicó la regla de la doble instancia, fijada en otros precedentes referentes a la justicia de adultos, al reconocer el derecho a una revisión amplia, que incluya la necesidad y la mensuración de la sanción penal juvenil.

---

(93) Art. 14, inc. 5º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

(94) Corte IDH, Serie C, nro. 107, "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 02/07/2004.

(95) Parág. IV del procurador fiscal, compartido por los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. La jueza Argibay, en su voto concurrente, estableció que resultaba de aplicación el mismo estándar fijado por la Corte Suprema en el 2005 en el precedente "Casal" (Fallos 328:3399) para la revisión en el proceso penal de personas adultas.



En un caso posterior (“G., J. L. s/ causa 2182/06”) (96), la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó la procedencia del recurso a favor de un joven frente a una “sentencia incompleta”, esto es, la sentencia que solo declaró su responsabilidad penal sin haber determinado todavía si correspondía aplicar una pena y, en su caso, su monto.

La defensa recurrió la condena y la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar mal concedido el recurso de casación por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a ella. Argumentó que, en tanto no se decidiera sobre la necesidad de la pena y, en su caso, el monto, el pronunciamiento era irrecurrible, pues se trataba de una sentencia incompleta y cabía la posibilidad de que el agravio quedara disipado si al finalizar el tratamiento tutelar se resolvía no imponer una pena al joven por la absolución prevista en el art. 4º de la ley 22.278.

Contra esa decisión judicial, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal que fue denegado y justificó el planteo del recurso de queja. La defensa argumentó que se trataba de una sentencia equiparable a definitiva por sus efectos y que el agravio no era susceptible de reparación ulterior, toda vez que el juicio posterior sería sobre la necesidad de pena, pero no se podría revisar cómo los jueces habían arribado al convencimiento acerca de la autoría de los hechos.

La Corte Suprema de Justicia hizo lugar al planteo recursivo al tomar los fundamentos del procurador general de la Nación y ordenó que la resolución que declara la responsabilidad penal del joven sea revisada por la Cámara Nacional de Casación Penal.

En este sentido, el Máximo Tribunal argumentó que la decisión que declara penalmente responsable a un joven no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, pero sí debe ser equiparada por sus efectos, ya que justifica la imposición de una *medida de*

*seguridad* restrictiva de derechos (que puede incluir el derecho a la libertad personal) (97).

La Corte Suprema agregó que la CDN y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (98) reconocen al niño el derecho al recurso y a la revisión de la sentencia de declaración de responsabilidad penal con el mismo alcance que a un acusado adulto (99). Ese control judicial debe ser inmediato

(97) “[S]i bien es cierto que la sentencia que declara penalmente responsable al menor no constituye sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48, también lo es que dicha resolución merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues, en tanto impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y, a veces, hasta de la libertad, el pronunciamiento ocasiona un perjuicio de insusceptible reparación ulterior (...); en cuanto aquí interesa, que es lo relativo al joven imputado de un delito, la ley desdobra el momento decisivo, pues el tribunal, en caso de hallarlo responsable, primero debe declarar su responsabilidad y someterlo a una medida de seguridad, y solo después, en un segundo momento, puede imponerle una pena, siempre que haya cumplido los 18 años de edad y haya sido sometido a una medida de seguridad no inferior a un año, que puede prorrogarse hasta la mayoría de edad (...). De ello se sigue que la decisión de la Cámara *a quo*, en cuanto consideró que el agravio puede disiparse si, llegado el caso, no se impone una pena, desatiende la realidad de que la decisión impugnada conlleva *per se* una consecuencia jurídica que —aunque con distinto *nomen iuris*— genera al destinatario consecuencias similares a la imposición de una pena que, como tal, no resulta susceptible de reparación ulterior...”, CS, Fallos 333:1053, del dictamen del procurador general al cual remitiera el más Alto Tribunal, con el voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(98) Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005, promulgada de hecho el 21/10/2005 y publicada en el BO del 26/10/2005.

(99) “[L]a Convención sobre los Derechos del Niño prevé, específicamente, que los Estados partes garantizaran: ‘si se considerare que [el niño] ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley’ [art. 40.2.v] de la Convención]. Norma que, por otro lado, internaliza y reglamenta la ley 26.061, estableciendo, entre las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos el derecho de todo niño, niña o adolescente ‘a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte’ [art. 27, inc. e)]. Parece claro que la interpretación literal del mandato convencional y la correlativa disposición interna (ley 26.061) exigen la posibilidad de control de la sentencia que declara la responsabilidad del menor en un delito, tal como vie-

(96) “G., J. L.”, 15/06/2010, Fallos 333:1053, voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

en el tiempo, a fin de no provocar un trato desigual entre las personas acusadas mayores y menores de edad, además de resultar un medio más eficaz para asegurar el principio de economía procesal **(100)**.

Entendemos acertado el criterio fijado por la Corte Suprema en este caso al admitir la revisión de una sentencia de declaración de responsabilidad penal a través de una vía recursiva amplia. Tal decisión siempre genera agravio para el joven, por dos motivos concretos. El primero, la posibilidad de que se decida con posterioridad la aplicación de una pena, cuando se estime necesaria de acuerdo con las pautas establecidas en el

ne reclamando la recurrente y de allí que, a mi manera de ver, la interpretación de las reglas que gobiernan el recurso de casación penal no puede erigirse en impedimento para dar eficacia a la cláusula convencional y legal. Por el contrario, ha de procurarse aquella que, en este caso, concilie esas disposiciones y las deje a todas con valor y efecto. En ese sentido, no me parece ocioso recordar que ‘los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición’ (Corte IDH, Opinión 17-2002 de 28/08/2002, párr. 54). De esta premisa elemental, aunque no redundante, tal como tiene dicho V.E., no puede derivarse, bajo el ropaje de una especial tutela, que el menor sea sometido a un régimen procesal que, en igualdad de circunstancias a su respecto resulta más riguroso que para el adulto...’, CS, Fallos 333:1053, del dictamen del procurador general al cual remitiera el Máximo Tribunal, con el voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(100) “[T]al inequidad se patentiza en este caso al advertirse que al hermano y coimputado mayor —H. M. G.— sí le fue admitida la revisión de su situación frente a la ley y los hechos, mientras que al menor, por esa especial condición, se lo obliga a continuar sometido a las restricciones del proceso penal hasta que el juez de menores defina su situación frente a la pena, decisión que, aunque adversa, para el adulto fue inmediata. Y toda dilación sin fundamento de la definición del pleito, más allá de que sea un mandato legal, y cualquiera sea su resultado, inflige un agravio al imputado. Además, no puede obviarse que la revisión amplia de una sentencia de responsabilidad penal (en los términos del precedente ‘Casal’) parece ser más eficaz cuanto mejor asegure la inmediatez del juicio casatorio. Al margen de la celeridad y la inmediatez ya aludidas. Tampoco pueden pasarse por alto las razones de economía procesal, que indican que este es el momento más adecuado para el estudio de la cuestión planteada, tal como viene alegando la recurrente, pues evita el dispendio de recursos del Estado si fuera a prosperar el reclamo...’, Fallos 333:1053, del dictamen del procurador general al cual remitiera el más Alto Tribunal, con el voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

art. 4º de la ley 22.278; y el segundo, la posibilidad de aplicar o, en su caso, mantener la vigencia de medidas restrictivas de la libertad del joven a través del tratamiento tutelar o de las medidas cautelares (entre ellas, la prisión preventiva). Ambas medidas restrictivas de la libertad cesarían si el joven resultara absuelto, porque el hecho delictivo no se verificó o no se acredita su participación.

En el caso “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa P., S. M. y otro s/ homicidio simple” **(101)**, el joven fue absuelto por un Tribunal Oral de Menores. Frente a un recurso de la parte acusadora, la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal revocó tal decisión y lo condenó a la pena de nueve años de prisión por el delito de homicidio simple. Esta decisión fue recurrida por la defensa del joven mediante un recurso de casación que procuraba que otra sala de la misma instancia revisara en forma amplia e integral la sentencia condenatoria dictada. La Cámara Federal de Casación Penal rechazó el planteo recursivo, ya que, más allá de lo resuelto por la Corte Suprema **(102)**, no estaba prevista legal-

(101) 26/12/2019, CSJ 5207/2014/RH1; en especial, voto de los jueces Rosatti, Lorenzetti y Maqueda.

(102) “Duarte”, 05/08/2014, Fallos 337:901, voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. En este caso, la persona imputada fue absuelta por el Tribunal Oral, pero resultó condenada por una sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal, que hizo lugar a un planteo recursivo del fiscal. Frente a un recurso extraordinario federal de la defensa, que cuestionó la afectación de la garantía del doble conforme al no estar regulado un recurso amplio contra la sentencia condenatoria, la Corte Suprema resolvió que se remitieran a la Cámara Federal de Casación Penal y se designe una nueva sala para que revise la sentencia condenatoria ampliamente. En este sentido, sostuvo el Máximo Tribunal: “El escaso margen revisor que tiene esta Corte mediante el recurso extraordinario federal, dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del Máximo Tribunal constitucional, por el contrario el nuevo examen del caso —primera condena mediante— en la mecánica de funcionamiento de la Cámara de Casación —máxime luego de la adecuación al recurso a partir del citado precedente ‘Casal’— no haría mella en su cotidianeidad desde lo eminentemente práctico (...); la concreta afectación a la garantía del doble conforme [arts. 18 de la CN y 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] que impidió la revisión de la condena dictada contra Felisa Duarte mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz, impone —conforme los antecedentes y lo puesto de manifiesto en este fallo— que se designe a otra sala de la

mente esta vía de casación. Frente a esta resolución, la defensa planteó un recurso extraordinario federal sobre la base de la afectación del derecho al recurso, y ante su denegación interpuso el recurso de queja.

El Máximo Tribunal, al entender en el fondo del asunto (“casación oblicua”) (103), reiteró lo expuesto en el fallo “Duarte”, por lo cual, a fin de garantizar la doble instancia, se debía dar intervención a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que realice una revisión integral de la sentencia condenatoria, sin necesidad de que intervenga la Corte Suprema a través de un recurso extraordinario federal (104). Sobre la

Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor.”

(103) Esta situación se presenta cuando por medio de un recurso de casación de la parte acusadora resulta revocada una absolución dictada en un juicio oral o se agrava una sentencia condenatoria. Frente a ello, la persona imputada y su defensa tienen el derecho de recurrir la nueva sentencia, por medio de un recurso de casación. En el caso de declararlo procedente, vuelve a intervenir la Cámara de Casación Penal, debiendo revisar en forma integral dicha sentencia condenatoria a través de otra sala a fin de preservar la garantía de imparcialidad judicial. Así, se asegura la garantía de la doble conformidad judicial, es decir, que la sentencia condenatoria haya tenido una revisión integral por otros magistrados y haya sido confirmada en todas sus disposiciones. Este mecanismo de control se ha denominado “casación oblicua” y hace posible que una decisión condenatoria dictada en la instancia revisora sea revisada ampliamente, en una estructura judicial vertical, que no prevé una instancia superior del control ordinario de las decisiones adoptadas por la Cámara de Casación Penal.

(104) “Que en el citado precedente ‘Duarte’ el tribunal sostuvo que el derecho ‘que prioriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h) es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aun con la primera sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior —cuando no existe otro en el organigrama de competencias— aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (cfr. parág. 90 del caso —de competencia originaria local— ‘Barreto Leiva vs. Venezuela’, Corte IDH). Que en ese orden de ideas, el escaso margen revisor que tiene esta Corte mediante el recurso extraordinario federal, dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del Máximo Tribunal constitucional; por el contrario, el nuevo examen del caso —primera condena mediante en la mecánica de funcionamiento de la Cámara

base de lo resuelto en el fallo “Di Nunzio” (105), la Corte Suprema recordó que la admisión del recurso de casación no debe sujetarse a formalismos (106).

En función de este razonamiento, criticó que la defensa se haya visto obligada a plantear la cuestión ante el Máximo Tribunal para acceder al doble conforme en desmedro de la garantía de duración razonable del proceso penal (107),

de Casación, máxime luego de la adecuación al recurso a partir del citado precedente “Casal”— no haría mella en su cotidianeidad desde lo eminentemente práctico. Por tal motivo, en dicho precedente se resolvió que, a fin de garantizar el acceso a la doble instancia de la recurrente, se debía dar intervención a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actuara como tribunal revisor de la condena dictada en sede casatoria (...); por las razones antedichas, esta Corte entiende que, ante el dictado de una sentencia condenatoria en sede casatoria, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente y sin mayores dilaciones en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir a esta Corte para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión”, 26/12/2019, CSJ 5207/2014/RH1, de los consids. 6º y 12 del voto de los jueces Rosatti, Lorenzetti y Maqueda.

(105) 03/05/2005, Fallos 328:1108; en especial, voto de los jueces Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

(106) “Resulta pertinente recordar las consideraciones vertidas en CS, Fallos 328:1108 (‘Di Nunzio’) en donde se enfatizó la importancia de evitar una interpretación del Código Procesal Penal en lo relativo a la admisibilidad del recurso de casación que conlleve un ‘excesivo formalismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso’ y que ‘en supuestos como el presente en los que se encuentra en juego la interpretación de una norma procesal, es aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, de la manera que mejor se compatibilicen y armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (CS, Fallos 256:24; 261:36; 307:843; 310:933 y sus citas) (...); incluso, que en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas’ (consid. 12)”, 26/12/2019, CSJ 5207/2014/RH1, del consid. 7º del voto de los jueces Rosatti, Lorenzetti y Maqueda.

(107) “Con base en una posición meramente formal y ritualista, obligó al imputado condenado en sede casato-

sin que la falta de regulación legal de la casación oblicua pudiera resultar un óbice **(108)**.

En definitiva, y si bien la Corte Suprema no formuló ninguna mención de las reglas y los princi-

ria a incoar la vía extraordinaria que habilita la jurisdicción de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación al solo efecto de procurar el dictado de una decisión que ordene que tenga lugar la revisión que precisamente propugnó obtener mediante el remedio procesal diseñado específicamente para obtener el doble conforme. De este modo, se impidió, sin fundamento válido, hacer inmediatamente operativo el acceso a la etapa revisora de la sentencia condenatoria dictada en instancia casatoria, en desmedro del derecho del imputado a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (CS, Fallos 272:188), 26/12/2019, CSJ 5207/2014/RH1, del consid. 8º del voto de los jueces Rosatti, Lorenzetti y Maqueda.

(108) “Este tribunal se ha pronunciado con anterioridad en el sentido de que la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para operativizar mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Norma Fundamental (CS, ‘Ekmekdjian, Miguel Ángel’, Fallos 315:1492; CS, ‘Badaro, Adolfo Valentín’, Fallos 329:3089). Específicamente, se ha sostenido que la violación de un derecho ‘puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento’ (CS, Fallos 315:1492 cit., consid. 16). Ello encuentra su fundamento en que, como ha enfatizado este tribunal, la Constitución Nacional ‘asume el carácter de una norma jurídica que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando (...) se encuentra en debate un derecho humano’ (CS, Fallos 327:3677, consid. 8º) (...). En ese entendimiento, la omisión en la adopción de disposiciones legislativas necesarias para operativizar mandatos constitucionales concretos constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto (...); a la luz de los principios reseñados en los considerandos anteriores, cabe concluir que la ausencia en la previsión legislativa de normas procesales que permitan garantizar la revisión horizontal intentada conllevaría la negación de brindar una tutela oportuna, eficaz y sin dilaciones indebidas [arts. 7.5 y 8.1, CADH; art. 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] de un derecho de jerarquía constitucional como el debido proceso penal y, específicamente, el derecho al doble conforme [arts. 18, CN; 8.2.h), CADH, y 14.5, PIDCP, ambos cfr. art. 75, inc. 22, de la CN] de los que cabe predicar operatividad”, 26/12/2019, CSJ 5207/2014/RH1, de los consid. 9º y 11 del voto de los jueces Rosatti, Lorenzetti y Maqueda.

pios de la justicia juvenil, en este caso aplicó con el mismo alcance el derecho a la doble instancia de las personas adultas y declaró la procedencia de la “casación oblicua”, pese a su falta de regulación legal.

### **XI. La prohibición de comunicar al Registro Nacional de Reincidencia y de Estadísticas Criminal: el caso “R., B. S.” (109)**

Los principios del derecho internacional **(110)** y la legislación nacional establecen límites a la aplicación de las reglas de la reincidencia a los jóvenes condenados **(111)**, con el objetivo de fortalecer la finalidad de reinserción social de la justicia juvenil.

El alcance de este principio estuvo bajo análisis de la Corte Suprema en el caso “R., B. S.” **(112)**, cuando un tribunal resolvió comunicar la decla-

(109) 22/12/2015, “Recurso de hecho deducido por la procuradora general ante la Suprema Corte Justicia de la provincia de Buenos Aires en la causa R., B. S. y otros s/ incidente tutelar”, R.551.XLVIII, RHE, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

(110) Regla 21 de las Reglas de Beijing: “Registros: 21.1. Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Solo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas. 21.2. Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”.

(111) Art. 5º, ley 22.278: “Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho [18] años de edad. Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente”. Art. 50, Cód. Penal: “Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena (...). No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de 18 años de edad...”.

(112) 22/12/2015, “Recurso de hecho deducido por la procuradora general ante la Suprema Corte Justicia de la provincia de Buenos Aires en la causa R., B. S. y otros s/ incidente tutelar”, R.551.XLVIII, RHE, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

ración de responsabilidad penal de un joven al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, pese a que había resultado absuelto en los términos del art. 4º de la ley 22.278, al considerarse innecesaria la aplicación de una pena. Esta decisión fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Quilmes, lo que motivó un recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. La máxima instancia local rechazó este planteo recursivo, al considerar que no se trataba de una sentencia definitiva, ni generaba agravios irreparables. Frente a ello, la procuradora general interpuso un recurso extraordinario federal, que también fue denegado.

En razón de ello, la procuradora general presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundado en que la comunicación al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal afectaba el carácter reservado que deben poseer los procesos penales seguidos contra los y las adolescentes, que incluye el principio de reserva de datos y la necesidad de establecer registros especiales (113).

La Corte Suprema de Justicia hizo lugar al planteo de queja y ordenó que se declarase procedente el recurso extraordinario federal, dejando sin efecto la sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires que denegó el recurso de inaplicabilidad de ley, y le remitió la causa para que dictara un nuevo pronunciamiento con arreglo a la doctrina expuesta.

Para el Máximo Tribunal, todas las medidas que podían implicar en forma inmediata una restricción de los derechos tutelados en la CDN revisten el carácter de sentencias equiparables a definitivas, por ocasionar perjuicios insusceptibles de reparación ulterior. Asimismo, recordó que el principio del “interés superior del niño” obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de los niños puedan verse afectados por las decisiones y las medidas que se adopten.

En virtud de este razonamiento, revocó la decisión de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, especialmente por dos motivos.

(113) Arts. 3º y 40, CDN.

El primero, la decisión de comunicar la declaración de responsabilidad de un joven al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal causaba agravio y es asimilable a una sentencia definitiva, porque los perjuicios resultan irreparables. Por lo tanto, resulta procedente el recurso de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, de acuerdo con los criterios fijados en los fallos “Strada” (114) y “Di Mascio” (115) del Máximo Tribunal nacional. Recuérdese que en estos precedentes la Corte Suprema consideró que la superior autoridad judicial local competente debe expedirse sobre materias susceptibles de un recurso extraordinario federal.

El segundo motivo fue que no se había ponderado la procedencia del recurso a fin de asegurar la mejor operatividad dentro de las previsiones de la CDN.

De modo que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por razones formales, no se pronunció sobre el fondo del asunto, reconoció que la comunicación de la declaración de responsabilidad de un joven al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal constituía un agravio a los estándares internacionales de protección de los derechos de la infancia. Debe resaltarse que el Máximo Tribunal concluye que esta comunicación de los antecedentes penales es por sí misma una situación generadora de un agravio insusceptible de reparación ulterior.

## **XII. El control de la privación de la libertad: el caso “C. M., A. s/ hábeas corpus” (116)**

El *corpus juris* de la infancia exige que funcionarios independientes, con la participación de profesionales médicos especializados, puedan realizar visitas periódicas y sorpresivas a los centros de régimen cerrado en los cuales se encuentren adolescentes privados de la libertad. En estas visitas, los funcionarios deben estar facultados para efectuar entrevistas confidenciales con

(114) 08/04/1986, Fallos 308:490.

(115) 01/12/1988, Fallos 311:2478.

(116) 05/04/2016, “Recurso de hecho deducido por el fiscal general ante la CFed. Casación Penal en la causa C. M., A. s/ hábeas corpus”, Fallos 339:381, del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, al comparar y hacer suyos los argumentos de la procuradora fiscal.

los adolescentes privados de la libertad y deben tener acceso al personal penitenciario, a todas las instalaciones carcelarias y a la documentación existente **(117)**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó un planteo de la Procuración Penitenciaria de la Nación **(118)** cuyo objetivo era realizar visitas sorpresivas a los centros de régimen cerrado

---

(117) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Regla 14: "La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad competente, mientras que los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo, de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención"; Regla 72: "Los inspectores calificados o una autoridad debidamente constituida de nivel equivalente que no pertenezca a la administración del centro deberán estar facultados para efectuar visitas periódicas, y a hacerlas sin previo aviso, por iniciativa propia, y para gozar de plenas garantías de independencia en el ejercicio de esta función. Los inspectores deberán tener acceso sin restricciones a todas las personas empleadas o que trabajen en los establecimientos o instalaciones donde haya o pueda haber menores privados de libertad, a todos los menores y a toda la documentación de los establecimientos"; y Regla 73: "En las inspecciones deberán participar funcionarios médicos especializados adscritos a la entidad inspectora o al servicio de salud pública, quienes evaluarán el cumplimiento de las reglas relativas al ambiente físico, la higiene, el alojamiento, la comida, el ejercicio y los servicios médicos, así como cualesquiera otros aspectos o condiciones de la vida del centro que afecten a la salud física y mental de los menores. Todos los menores tendrán derecho a hablar confidencialmente con los inspectores".

(118) La Procuración Penitenciaria de la Nación fue creada por la ley 25.875 (sancionada el 17/12/2003, promulgada el 20/01/2004, publicada en el BO del 22/01/2004). Su art. 1º dispone: "Se crea en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación la Procuración Penitenciaria, la cual ejerce las funciones que establece la presente ley, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. El objetivo fundamental de esta institución es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal, de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, comprendidos comisarías, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se encuentren internados en establecimientos provinciales".

do ubicados en la ciudad de Buenos Aires **(119)** y dependientes en ese momento de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante, SENNAF).

El 08/04/2014, la Procuración Penitenciaria de la Nación intentó realizar una visita sorpresiva al establecimiento "Manuel Belgrano", pero la SENNAF se lo impidió, basándose en una resolución administrativa previa (res. 2237/2009). Esta limitación se mantuvo vigente frente a otros intentos posteriores de realizar visitas sorpresivas a los establecimientos de régimen cerrado, en los cuales se encontraban alojados adolescentes y jóvenes en la ciudad de Buenos Aires. Frente a esta situación, la Procuración Penitenciaria de la Nación interpuso un hábeas corpus correctivo y colectivo a favor de los adolescentes y jóvenes privados de la libertad, dado que se le impedía realizar visitas sorpresivas conforme a las facultades otorgadas por las leyes 25.875 y 26.827 **(120)**.

En primera instancia, la jueza de grado hizo lugar a la acción interpuesta e intimó a la SENNAF a habilitar el ingreso de la Procuración Penitenciaria de la Nación a los establecimientos bajo su órbita. Frente a un planteo recursivo por parte de la autoridad administrativa, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó lo resuelto, pero condicionó las inspecciones a la previa aprobación de la jueza de un plan de trabajo que debería ser presentado por la Procuración Penitenciaria de la Nación y a la acreditación de la especialidad en minoridad de sus funcionarios.

Esta última decisión fue recurrida por las partes mediante un recurso de casación, y en virtud de ello la Cámara Federal de Casación Penal decidió rechazar la acción de hábeas corpus. El voto mayoritario se basó en

---

(119) En la actualidad, los centros de régimen cerrado dependen del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que fueron transferidos en 2016 mediante el dec. PEN 873/2016.

(120) La ley 26.827 (sancionada el 28/11/2012, promulgada el 07/01/2013 y publicada en el BO del 11/01/2013) creó el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos Cruces, Inhumanos o Degradantes.

que la obstrucción no generaba peligro para los y las adolescentes privados de la libertad, ya que el riesgo se encontraba suficientemente conjurado por la confluencia de las instituciones que conformaban el sistema de protección creado por las leyes 22.278, 24.946 y 26.061. Frente a esta decisión, el fiscal general interpuso un recurso extraordinario federal, que fue rechazado por la Cámara Federal de Casación Penal y derivó en un planteo directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(121)**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al planteo recursivo, declaró procedente el recurso extraordinario federal y dejó sin efecto lo resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal, remitiéndose al dictamen de la Procuración General de la Nación.

El Máximo Tribunal destacó, en su remisión al dictamen fiscal, que el caso exigía un deber de especial diligencia por parte de la justicia, ya que estaba en juego la responsabilidad internacional del Estado argentino porque se cuestionaba la interpretación y aplicación de la CDN y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, entre otros instrumentos mencionados por el recurrente.

En relación con los estándares de protección de la infancia, recordó que en el fallo "M." **(122)** la Corte Suprema reconoció como dato óptico que los niños y las niñas no tienen el mismo grado de madurez que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo cual los coloca

(121) El representante del Ministerio Público Fiscal argumentó que existía en el caso una cuestión federal compleja, ya que la aplicación de las leyes 25.875 y 26.827 debía hacerse en función de la Constitución Nacional y las normas internacionales incorporadas en el art. 75, inc. 22 (CDN y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes con su Protocolo Facultativo). Destacó que a los jóvenes deben reconocerse los mismos derechos que a las personas adultas y que el Estado Nacional se encontraba en una especial posición de garante, de modo que la obstrucción de la actividad de control afectaba el derecho a la protección de la integridad física y mental de los niños y de las niñas privados de la libertad.

(122) 07/12/2005, Fallos 328:4343.

en una situación de vulnerabilidad que merece especiales obligaciones de tutela. A su vez, remarcó que el interés superior del niño exige ciertas medidas positivas por parte del Estado, lo que incluye garantizar la protección contra malos tratos por parte de las autoridades públicas.

Paralelamente, la Procuración Penitenciaria Nacional es un órgano independiente situado en el ámbito del Poder Legislativo, cuyo objeto es proteger los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. Explicó que la ley 25.875 **(123)** y la ley 26.827 facultan a este órgano a realizar inspecciones y acceder a todos los lugares de detención, instalaciones y servicios para entrevistarse sin previo aviso con las personas privadas de su libertad en los establecimientos de los Estados nacional, provincial o municipal, así como en cualquier otra entidad pública, privada o mixta a fin de cumplir con deberes establecidos en los instrumentos internacionales (en particular, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). Asimismo, le reconocen competencia para supervisar la privación de la libertad de los niños y de las niñas **(124)**, más allá de la posible intervención de otros organismos especializados. Por el contrario, la

(123) Art. 18, ley 25.875: "*Obligación de colaboración*. Todos los organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, están obligadas a prestar colaboración con carácter preferente al procurador penitenciario en sus investigaciones o inspecciones. A tales fines, el procurador penitenciario y el adjunto, por orden del primero o en caso de reemplazo provisorio, están facultados para: (...) b) Realizar inspecciones, verificaciones, auditorías o cualquier otra medida conducente al esclarecimiento de los hechos objeto de investigación. En particular podrán entrevistar sin aviso previo y sin la presencia de testigos a toda persona privada de libertad por cualquier motivo comprendida en los límites de su mandato".

(124) "Igual suerte debe correr la objeción de que la PPN carece de atribuciones respecto de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, pues, encontrándose aquella facultada legalmente a proteger a todo individuo sometido a esa condición, tal interpretación implica negar a los integrantes del colectivo su condición de persona", Fallos 339:381, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, al compartir y hacer suyos los argumentos de la procuradora fiscal.

intervención de este órgano le da un “plus de protección” compatible con el estándar de protección especial de la infancia (125).

### XIII. A modo de conclusión

En un proceso histórico de quince años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo, en el proceso penal juvenil nacional y federal, las garantías sustantivas y procesales que permitieron compatibilizarlo con las reglas y los principios derivados del *corpus juris* de protección a la infancia.

El conjunto de estas decisiones judiciales expresa una serie de reglas y principios aplicables al sistema de justicia juvenil, entre otros: (i) la pena aplicada por un delito cometido como menor de edad debe ser inferior a la que corresponde a un adulto, encontrándose vedada la aplicación de una pena privativa de la libertad perpetua; (ii) la imposición de una sanción penal juvenil exige la inmediatez; (iii) la sanción penal juvenil debe cumplir preponderantemente con la finalidad de prevención especial positiva, no pudiendo justificarse exclusivamente en la gravedad del hecho; (iv) la determinación de la necesidad y el monto de la sanción penal juvenil están a cargo de la justicia juvenil; (v) el monitoreo independiente de las condiciones de privación de la libertad de las y los adolescentes.

Sin perjuicio de la relevancia de estos avances en términos generales, puede formularse una serie de observaciones específicas, a modo de claroscuros.

---

(125) Se explica: “La naturaleza del dispositivo de prevención relativiza además el argumento de que las instituciones especializadas en niños, niñas y adolescentes —en ejercicio de las facultades conferidas por las leyes 22.278, 24.946 y 26.061— resultaban suficientes para conjurar los riesgos supuestos por el accionante. En este sentido, fue la propia ley 26.827 la que anticipó los graves riesgos a conjurar lo que, de hecho, luego ocurriría como motivo para reforzar la prevención mediante una estrategia acumulativa, agregando así un plus de protección de los derechos de aquel colectivo”, Fallos 339:381, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, al compartir y hacer suyos los argumentos de la procuradora fiscal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema con posterioridad al fallo “M.” no terminó de sentar un criterio claro y contundente respecto de la escala penal aplicable cuando los adolescentes son declarados penalmente responsables y se justifica la imposición de una pena. En este sentido, la regla de la protección especial no se tradujo en la aplicación imperativa de una escala penal atenuada.

El principio de especialidad, cuando ha sido analizado por el Máximo Tribunal en asuntos contenciosos (y no contiendas de competencia), ha quedado limitado en la organización judicial al momento de determinación de la sanción penal juvenil, habilitándose en consecuencia el juzgamiento de adolescentes por un tribunal de adultos.

Luego de la imposición de una pena a un adolescente, el Máximo Tribunal no ha reconocido la operatividad del principio de revisión periódica de la sanción penal juvenil, quedando su aplicación sujeta a una reforma legal.

En los últimos quince años, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aseguró la aplicación de las garantías sustantivas y procesales en materia penal a la justicia juvenil, lo que ha representado un importante avance. Sin embargo, la regla de la protección especial a la infancia y la preponderancia de la finalidad preventivo-especial exigen la vigencia de otras reglas derivadas de principios específicos y el reconocimiento de las garantías procesales con una mayor intensidad. Sobre estos aspectos, la jurisprudencia del Máximo Tribunal recién ha iniciado un camino del cual queda mucho por recorrer en los próximos años.

En definitiva, el reconocimiento de garantías sustantivas y procesales por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no estuvo acompañado del reconocimiento de reglas y principios específicos o de mayor intensidad. Por esas razones, el análisis y estudio de la justicia juvenil en la Argentina debe plantearse dentro de parámetros superadores de los utilizados cuando se introdujo décadas atrás en el derecho argentino la CDN, que permitan tener el debido cuidado al momento de analizar y aplicar reformas de gran alcance (como es la



reciente reforma del proceso penal en el ámbito federal y nacional), para asegurar que no solo los niños y las niñas tengan los mismos derechos y garantías que los adultos, sino que conserven la protección especial derivada del derecho internacional.

# Compliance penal, una herramienta eficaz para entender y aplicar la ley 27.401

Javier Alberto Ochoaizpuro (\*)

La sanción de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas resulta la conclusión de la evolución hacia la persecución y responsabilización de las personas jurídicas en materia penal, cuyo proceso, hasta no hace mucho tiempo, resultaba de negación, por considerarse un resabio de responsabilidad penal objetiva, en plena confrontación con los principios de responsabilidad individual y subjetiva, opinión sostenida por muchos autores en la materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, el camino que llevó a la sanción de la norma citada ha utilizado como antecedentes lo receptado en las leyes 19.359, 25.246 y 27.430, vinculado a los planes inspirados en la ética como base para las estrategias de integridad, en contraposición con las estrategias de cumplimiento, y cuyo objeto resulta ser la idea fundamental de lucha contra los actos de corrupción. Los antecedentes del derecho comparado han servido de inicio a este nuevo paradigma, que tiene como estandarte la transparencia como herramienta necesaria para generar nuevos modelos en el ámbito tanto privado como público, como lo vienen sosteniendo, desde hace tiempo, la Oficina Anticorrupción y la Oficina de Transparencia Institucional (OTI).

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos actualiza periódicamente las Guías para

---

(\*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. *Leadership Professional in Ethics & Compliance Certification* (Universidad Austral). Docente adjunto del Área de Derecho Penal: Derecho Penal I, Derecho Penal II, Procedimiento Penal y Prácticas Profesionales, del Depto. de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA). Agente fiscal, Departamento Judicial Junín.

la Evaluación de los Programas de Integridad, siendo la última dictada en junio de 2020, y que resultan de trascendental interés para los fiscales para poder determinar si los planes previstos en la legislación sancionada en 1977 y conocida como Ley contra Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*) son aplicados sobre la base de los lineamientos detallados por las *Guidelines (US Sentencing Guidelines)*.

Nuestra ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas, publicada en el Boletín Oficial el 01/12/2017, ha venido a establecer los principios, objetos, alcances (art. 1º), bases de responsabilidad (art. 2º), responsabilidad sucesiva (art. 3º), mecanismos de exención de pena (art. 9º), acuerdo de colaboración eficaz, procedimiento, razonabilidad, contenido y control de cumplimiento de aquel (arts. 16 a 21) y lo inherente al programa de integridad y su contenido (arts. 22 y 23) de las personas jurídicas privadas, vinculado a los tipos penales que consagra la ley en su primer artículo.

Cabe destacar que la descripción del art. 1º no obsta, según algunos autores, a la aplicación de la citada norma cuando se comprueben los extremos objetivos que ella contiene pero resulten otros tipos penales involucrados.

Los arts. 303 y 304 del Cód. Penal, en su Título 13, "Delitos contra el orden económico y financiero", incorporados en el año 2011, para el delito de lavado de activos cuando participara una sociedad, ya establecían una responsabilidad para ella y un régimen de atenuación para el caso de que existiera un plan de integridad, reglas y procedimientos internos y omisión de vigilancia, entre otras consideraciones. Otras leyes también regulan dicha materia, entre ellas, el Régimen

Penal Cambiario —ley 19.359— y la ley 27.430 Penal Tributaria.

Resulta menester destacar que, por la importancia de la integridad y el cumplimiento —o Ética y *Compliance* (E&C), como se conoce a esta corriente en el mundo—, y a raíz de escándalos por corrupción e irregularidades de masivo conocimiento y pérdida reputacional a gran escala —entre ellos, Enron, IBM, Nike, Ford, Volkswagen, etc.—, se está llevando adelante un cambio de paradigma desde lo estructural, con fuerte repercusión en la convicción ética de todos los operadores, que en sus funciones encuentran permanentes situaciones de riesgo que resultan difíciles de identificar y ponen en constante peligro la responsabilidad personal y funcional.

La Oficina Anticorrupción y actualmente la OTI se encuentran desarrollando un programa de integridad orientado al sector público en general, a nivel tanto nacional como provincial y municipal, como mecanismo para delinear políticas que tiendan a convencer a los operadores de la necesidad de formar una convicción basada en la ética como elemento indispensable para llevar adelante una función y luchar contra la corrupción.

No solo resulta de vital importancia un programa dentro del ámbito del Poder Judicial para entender y profundizar en los procesos de integridad y cumplimiento, sino que el mismo Poder Judicial, independientemente de sus órganos de control interno o disciplinarios, debería encabezar la tarea de implementar un programa de integridad basado en la internalización y convicción del desarrollo de funciones inspiradas en el principio de ética e integridad como premisa fundamental para combatir la corrupción endémica y sistémica que suele presentarse, y así generar esa conciencia moral como estandarte y objetivo de la importante función que representa la actividad judicial.

Esta nueva perspectiva permite encarar esta temática desde una doble visión: la primera guarda relación con el fortalecimiento y convicción en el desempeño de las funciones respetando los más

altos estándares de integridad amparados en la moral que debe perseguir como guía cualquier funcionario público, especialmente los del ámbito del Poder Judicial, cuya impronta debería ser infranqueable. Esto no se contrapone con los sistemas de control interno y/o disciplinarios, que actúan *ex post* de ocurrida la irregularidad, sino que esta corriente persigue la idea de la cultura de integridad como forma de manifestación de la vocación y el convencimiento de ejercer las funciones sobre la base de los criterios de integridad citados, facilitando la erradicación de las prácticas corruptas por medio del impulso ético que resulta de las capacitaciones permanentes como herramienta de concientización.

El segundo aspecto a desarrollar sobre este tema guarda estrecha vinculación con la propia función y obligación judicial y la necesidad de comprender las políticas empresariales para desarrollar técnicas y herramientas para la correcta interpretación de los códigos de conducta y/o ética de las personas jurídicas, lo que permitiría la correcta aplicación de la ley 27.401 al momento de evaluar los planes de integridad de cada una de ellas, toda vez que del pormenorizado y profundo análisis que se formule de dichos planes dependerá la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, de conformidad a lo previsto por los arts. 22 y 23 de la citada norma.

Conocer, analizar, comprender y evaluar los planes de integridad que cualquier empresa involucrada en algunos de los delitos previstos por el art. 1º de la ley 27.401 debe presentar requiere de una capacitación de los funcionarios que permita llevar a cabo esa relevante actividad procesal tendiente a comprobar que dichos códigos de conducta sean el resultado genuino y verdadero de la conciencia societaria, y no solo una mera declaración vacía de inspiración moral de la alta gerencia. Que no sea un código para la foto y que realmente trasunte el verdadero espíritu de integridad que la ley exige requiere de una profunda y coherente capacidad para evaluar dichas circunstancias, lo cual facilitará la actividad jurisdiccional en pos del cumplimiento de los objetivos trazados por la norma en cuestión.



**DIGITAL**



# Big data, inteligencia artificial y smart contracts

Desafíos temáticos del campo tecnológico aún en ciernes e implicancias dentro del ámbito del derecho (\*)

Eugenio Cozzi (\*\*)

La evolución tecnológica se ha acelerado en forma casi inimaginable, en gran medida por la aparición mundial de una declarada pandemia, cuya aparición era fortuita e imprevisible. La situación llevó a los gobiernos a determinar aislamientos forzados (cuarentenas) como primera medida, de modo tal que no había otra forma de continuar con nuestras vidas —con sus más o menos— más que mediante la tecnología informática, que potenció su desarrollo con herramientas que se venían utilizando, pero cuyo uso fue disparado por la situación, tendiendo puentes entre actividades sociales, comerciales, económicas, educativas, laborales, etc., alterando las formas de las relaciones entre los particulares y de estos con el Estado. No había demasiadas opciones: era sumarse al cambio y transitar una adecuación —forzosa, en algunos casos—, o quedarse en el oscurantismo de la nueva realidad. Un aspecto que nos caracteriza como especie (típico de los seres vivos) es la capacidad de adaptación y la imaginación para encontrarle la vuelta a las peores situaciones para salir adelante; es el instinto de superación y subsistencia.

---

(\*) El título es meramente una ocurrencia aleatoria que no tiene estrictamente que ver con el contenido del texto. Asimismo, la idea de estas líneas es potenciar el interés por el debate jurídico en torno a la tecnología, cuyo uso es —a esta altura— casi una imposición, si es que se pretende mantenerse activo y relacionado, aunque en un universo virtual, inmaterial, cada vez menos físico. Desde esa perspectiva, deberíamos tener el derecho inalienable a rechazar su uso, si es que consideramos que algunos de los derechos civiles y humanos básicos están afectados.

Hace tiempo que temas como la *big data*, la inteligencia artificial (IA), la automatización, las plataformas de compra y venta de productos y servicios, los servicios mediante *apps* instaladas en los celulares, los pagos en línea, la privacidad de datos, la internet de las cosas (IoT), entre otras cuestiones, han puesto a prueba a los juristas con el fin de encontrarles su lugar en el mundo del derecho y, a su vez, generar determinados anticuerpos normativos o regulatorios que permitan utilizarlos con un cierto grado de seguridad para evitar o combatir desvíos o consecuencias indeseables, como puede ser el cibercrimen, que utiliza esos mismos desarrollos para causar daños muchas veces graves y de difícil reparación. La deshumanización de esta evolución —en el sentido de poner toda decisión y solución en manos de programas informáticos autoejecutables— debe ser un aspecto a estudiar desde distintas ciencias, por sus implicancias e imprevisibles consecuencias. El conocido físico y matemático Stephen Hawking advirtió “... que los esfuerzos por crear máquinas inteligentes representan una amenaza para la humanidad, el desarrollo de una completa inteligencia artificial (IA) podría traducirse en el fin de la

---

(\*\*) Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Alta Tecnología (UCA). Diplomado en Derecho Procesal Administrativo y Constitucional, Local y Federal, Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, res. PG 2016-460. Presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, período 2010-2012. Consejero del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (por el estamento de los abogados, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, período 2006-2010).

raza humana” (1). Por eso, su autoridad, como uno de los científicos más brillantes de la época, nos lleva a estar atentos hacia dónde vamos y que-remos llegar con estos desarrollos, para no convertir en realidad su advertencia.

Por ejemplo, creo que la *big data* parece haber adquirido vida propia gracias a la aplicación de la llamada inteligencia artificial, en la medida en que el desarrollo de algoritmos (2) específicos permite entrecruzar enorme cantidad de datos, analizarlos, clasificarlos, reunirlos, combinarlos, etc., e incluso predecir (una de las características que también adquirió enorme evolución) resultados con alto grado de exactitud, de acuerdo con las “instrucciones” o “programación” del *software* para el que fueron diseñados los algoritmos utilizados. No debemos perder de vista que los algoritmos son pensados y desarrollados por “inteligencia humana”, de modo que es posible que contengan ciertos sesgos propios de sus diseñadores, que podrían llevar a determinar probables resultados no deseados —o quizá sí—, que el sentido, la sensibilidad, el buen criterio y la razón del ser humano consideren inapropiados o negativos. La administración de toda esta compleja tecnología es un enorme desafío, entre otras cosas, porque tiende a la deshumanización, ya que las máquinas programadas serían capaces por sí de resolver situaciones, incluso predecir resultados y actuar en consecuencia conforme fueron programadas. Sin embargo, no son capaces aún de enfrentar situaciones en la forma en que sí lo hacen los humanos, carecen de sentimientos (p. ej., el “sentido” de justicia) y de emociones, pues, más allá de las culturas que adoptan distintos valores y principios, aún no ha sido posible replicar artificialmente la subjetividad propia

(1) Véase [https://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2014/12/141202\\_ultno\\_hawking\\_inteligencia\\_artificial\\_riesgo\\_humanidad\\_egn](https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ultno_hawking_inteligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn).

(2) “Un *algoritmo informático* es un conjunto de instrucciones definidas, ordenadas y acotadas para resolver un problema o realizar una tarea. En programación, supone el paso previo a ponerse a escribir el código. Primero debemos encontrar la solución al problema (definir el algoritmo informático), para luego, a través del código, poder indicarle a la máquina qué acciones queremos que lleve a cabo. De este modo, un programa informático no sería más que un conjunto de algoritmos ordenados y codificados en un lenguaje de programación para poder ser ejecutados en un ordenador...” Recuperado de <https://profile.es/blog/que-es-un-algoritmo-informatico/>.

del ser humano. Es imposible prever o anticipar todas las variantes o alternativas que presentan las relaciones humanas en la mera convivencia, por cierto altamente compleja. La espontaneidad y la improvisación para resolver situaciones a las que se enfrentan las personas aún no han podido ser replicadas artificialmente. Es evidente que la interoperabilidad entre informática y derecho es inevitable, y el trabajo conjunto entre ambas ciencias, imprescindible para poder ir desentrañando los desafíos que surgen.

Dentro de ese universo tecnológico, han venido cobrando protagonismo el contrato inteligente o *smart contract* (3) y la tecnología sobre la cual se asienta, conocida como cadenas de bloques de información o *blockchain* (4). Ambos conceptos han ido instalándose muy firmemente en el ámbito de las discusiones jurídicas a partir de la aparición de las “criptomonedas” [siendo el bitcoin el que tomó la punta en la tecnología informática que la desarrolló y, más cerca en el tiempo, Ethereum, cuya innovación “consistió en que en su cadena de bloques se pudiera crear, plasmar y utilizar contratos inteligentes, como así también, aplicaciones descentralizadas (*Dapps*)...”] (5). La tecnología de cadenas de bloques o *blockchain* es casi invulnerable, lo cual generó una altísima seguridad y confianza, necesarias para que las “criptomonedas” sean utilizadas como inversión o medio de pago. Digo “casi invulnerable”, pues no puede perderse de vista

(3) Que no hay que confundir con los contratos electrónicos, que son aquellos celebrados digitalmente o cualquier mecanismo tecnológico y ejecutado total o parcialmente sobre la misma plataforma o mediante ciertas acciones materiales, caso típico de la compra celebrada en alguna de las plataformas o sitios web destinados a la compraventa de productos.

(4) “En términos generales, se puede afirmar que la *blockchain* es un grupo de bloques enlazados entre sí en forma consecutiva, que se van incrementando progresivamente en la medida en que aumenta la cantidad de transacciones efectuadas (...); constituye un mecanismo que permite organizar una base de datos electrónica, a través de una serie de bloques consecutivos con información, vinculados entre sí, los cuales incluyen en forma resumida a través de un *hash* criptográfico, los datos contenidos en el bloque previo...” BIELLI, Gastón — ORDOÑEZ, Carlos, “Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales”, Ed. Thomson Reuters — La Ley, 2020, t. II, ps. 368-9.

(5) BIELLI, Gastón — ORDOÑEZ, Carlos, “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 380.



que la evolución tecnológica que permitió su desarrollo podría a su vez exponer alguna vulnerabilidad, aunque aún sea extremadamente difícil y costosa de alcanzar. En materia de informática nada es 100% seguro en términos absolutos; la cuestión no ha pasado desapercibida para los estudiosos.

Pese a ello, entiendo que en esta embrionaria etapa de discusión y más aún de formalización, en el sentido de procurar la regulación legal de lo que se entiende por contrato inteligente y la tecnología de bloques de información subyacente, sobre la cual se asientan, deberíamos poner el foco en determinar si realmente lo que se llama “contrato inteligente” es técnicamente un contrato, en el sentido conocido mundialmente como “libre acuerdo de voluntades entre personas humanas o jurídicas con consentimiento y voluntad que crean derechos y obligaciones”, o no. Si concluyéramos en esto último, deberíamos encontrarle un espacio en el ámbito jurídico por fuera del contractual, determinando para ello su naturaleza jurídica.

Precisar su naturaleza jurídica implica analizar los elementos que componen la idea de “contrato inteligente”. En mi opinión, se puede decir que se trata de una figura compleja, ya que, sin la base subyacente de la tecnología de bloques de información sobre la cual se asienta, no podremos hablar de “contrato” inteligente. La falta de la cadena de bloques de información quita al emergente “contrato” inteligente la característica innata en la que los investigadores han caracterizado la figura, pues perdería la autoejecutabilidad, la inmutabilidad, la desintermediación, la seguridad y su ventaja en ahorro de costos, cualidades en las que todos parecen coincidir. Algunos importantes autores (6) están de acuerdo en que, para que se pueda considerar como “contrato” inteligente o *smart contract* en el sentido técnico del concepto, debería agregarse el término “legal”; de lo contrario, solo estaríamos ante un programa informático. Siguiendo esa línea, el término “legal” importaría conservar una de las características esenciales, como es la autoejecutabilidad del “contrato”, pues determinados los derechos y las obligaciones como resultado del acuerdo de voluntades convergentes de las partes, la tecno-

logía de bloques permitiría su automática ejecución.

Sin embargo, como también se ha dicho con acierto, esta forma de contratar trae ventajas, pero también “... presenta grandes desafíos respecto de su adaptación a la regulación aplicable, particularmente en Argentina en donde no existen normas que los regulen específicamente. A su vez, plantea enormes interrogantes, como a) si reúne los requisitos esenciales de los contratos; b) si cumple con los requisitos de formación del consentimiento; c) si elimina totalmente la intervención de terceros y/o tribunales, o d) si es posible su modificación de común acuerdo de las partes, entre otras” (7).

Si el contrato es un acuerdo de voluntades, cabe preguntarse cómo podría el diseño y programación de un algoritmo (programa) establecer todas las posibles variantes que implica su redacción, el grado de cumplimiento, sus condicionantes, los factores endógenos y exógenos de los que dependen las contraprestaciones de las partes y otras tantas variables que suelen ser expresadas en el lenguaje natural, pero que deben ser llevadas a lenguaje informático. Ello con la seguridad de que quien migra de un lenguaje a otro esté reflejando literalmente lo que las partes quieren y han acordado. En mi opinión, eso es muy difícil de determinar, sin perjuicio de la predictibilidad que podría facilitar la inteligencia artificial. Inevitablemente, se requerirá la intervención e intermediación de un experto para esa tarea de “traducción”, lo cual le quita una de las supuestas ventajas: la desintermediación entre las partes. No todos podrán “traducir” o “comprender” un lenguaje informático ni convertirlo al natural para verificar que refleje literal y fielmente lo que se acordó sin la intervención de un experto informático. Máxime teniendo en consideración el tipo de estructura que los caracteriza: “... si se cumple tal circunstancia (*if*), entonces se ejecuta tal acción (*then*); de no cumplirse, se ejecuta otra acción también prevista (*else*)...” (8). Hablo del aspecto jurídico-legal de la cuestión, no sobre la tecnología utilizada. De allí que la intervención

(7) VILLANUEVA, Noemí L. — MENTORA BERICUA, Marina V., “*Smart contracts*: desafíos para su adopción”, Ed. Universidad de San Andrés, Departamento de Derecho — Abogacía, 2019, p. 5.

(8) “*Smart contracts*: desafíos...”, ob. cit., p. 15.

(6) BIELLI, Gastón — ORDOÑEZ, Carlos, “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 385 y cita allí mencionada.

de terceros —incluso los que verifiquen el cumplimiento de las prestaciones— importa complejizar la relación, aunque sea simplemente para cursar determinada información que permita advertir sobre el cumplimiento o incumplimiento de alguna de las prestaciones convenidas.

Si se trata de una relación paritaria o de consumo, la mayor o menor complejidad de sus cláusulas y condiciones importará que el desafío sea mayor. No es un tema menor determinar si podrá ser aplicado a todas las relaciones y a todas las materias, situaciones y circunstancias que pudiesen configurar el objeto de un contrato, pues —reitero— los derechos y obligaciones que se convengan pueden ser altamente complejos, así como los términos y condiciones de su ejecución; o si solo resultará aplicable al universo de determinadas operaciones, como las de criptomonedas u otras que solo se circunscriban al pago y contra entrega como única prestación de las partes. También habrá que analizar si es posible su aplicación a todas las relaciones con terceros o en las internas, ya no bajo el formato de contrato, sino como compromiso de transmitir información o ejecutar determinadas órdenes (9).

---

(9) BIELLI, Gastón — ORDOÑEZ, Carlos, “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 371.

Si comparamos las notas y características, tanto en sus formas como en su contenido, del concepto clásico de contrato con el llamado “inteligente”, veremos que las que identifican a estos últimos no difieren en líneas generales de las de aquellos; nuestro sistema legal admite la libertad de formas. Por ende, las notas típicas atribuidas a los “inteligentes” no parecen serles propias, sino más bien surgir de la tecnología algorítmica de bloques, de las que parecen desprenderse con más propiedad.

Tal como señala la autora citada Dra. Villanueva en el párrafo transcrito de su trabajo —con el que también coinciden otros autores—, tenemos por delante desafíos que, como operadores del derecho —sea desde el lado del ejercicio de la abogacía o desde el lado de la magistratura—, nos pondrán a prueba, puesto que de las conclusiones a las que pudiera irse arribando dependerá el ubicar a los “contratos” inteligentes en el universo contractual —sea incluso que les agreguemos el término “legales”—, o si deberemos encontrarles otro espacio en el amplio campo del derecho, dependiendo de la naturaleza jurídica que se defina. De ello también dependerá su legislación y regulación, aspectos en los que también —todos coinciden— hay que trabajar. ¡Manos a la obra y bienvenido el debate!

# El papel de los progenitores en la presencia de sus hijos en internet

Mónica Graiewski (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Derecho a la identidad.— III. Progenitores y sobreexposición de niños en la web.— IV. Herramientas legales.

## I. Introducción

Con el advenimiento de la sociedad de la información se ha dado un nuevo cambio de paradigma en los derechos de los niños, derivado del desplazamiento del mundo físico —la casa, el colegio, la calle— al mundo virtual en que los chicos viven en forma simultánea.

Y aunque la tecnología no cambia el derecho, cambia la realidad que el derecho viene a regular. Los operadores del derecho de las familias no lo podemos ignorar.

El mundo virtual es fascinante y necesario, pero presenta el riesgo de que los derechos de los niños resulten vulnerados, tanto por su propia acción como por la de terceros.

En este artículo nos vamos a enfocar en las acciones de los progenitores que pueden perjudicar a sus hijos.

## II. Derecho a la identidad

La acepción tradicional de *identidad* (1) ya no alcanza para connotar los componentes dinámicos de la *identidad digital*, a la que podemos definir como “todo lo que manifestamos en el ciberespacio e incluye tanto nuestras actuaciones como la forma en

---

(\*) Abogada. Doctora en Derecho Privado. Docente de grado y de posgrado. Miembro de la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEFA).

(1) “Identidad”: “datos básicos que permiten identificar a una persona por su nombre, filiación, lugar de nacimiento y número de documento de identidad”. Definición del *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, <https://dpej.rae.es/lema/identidad>.

la que nos perciben los demás en la red” (2). El *historial* de actividad de un niño puede ser captado, almacenado y utilizado de manera de encasillarlo, ponerle una etiqueta que lo defina y determine su futuro. Ese historial, la identidad digital, se va construyendo a partir de la propia actividad en internet y de la actividad de los demás (3).

Entre las demás personas están incluidos los progenitores, que a través de las tecnologías de la información y comunicación también son capaces de producir daño en la identidad digital y en la reputación de sus propios hijos.

## III. Progenitores y sobreexposición de niños en la web

### III.1. Progenitores que intervienen por omisión

Por un lado, tenemos el caso de quienes no ponen límites a la actividad de sus hijos en la web y por desentendimiento o ignorancia permiten que se expongan en demasía.

Los nativos digitales (4) no han conocido la vida sin internet. Su vida transcurre en dos dimensiones paralelas con igual nivel

---

(2) APARICI, R. — OSUNA ACEDO, S., “La cultura de la participación”, *Revista Mediterránea de Comunicación*, nro. 2, vol. 4, 2013, p. 144, <https://www.mediterranea-comunicacion.org/article/view/2013-v4-n2-la-cultura-de-la-participacion>.

(3) “La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital”, <http://eduteka.icesi.edu.co/gp/upload/giones2.pdf>.

(4) Expresión acuñada por Marc Prensky en 2004. Ver [https://marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20\(SEK\).pdf](https://marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf).

de realidad, y están inmersos en una cultura que se ha dado en llamar “el *show* del yo”: “En Estados Unidos se calcula que más de la mitad de los jóvenes publican sus datos biográficos e imágenes en la web, sin ninguna inquietud con respecto a la defensa de su propia privacidad, ni tampoco la de sus amigos, enemigos, parientes y colegas...” (5).

### III.2. Progenitores que intervienen por acción

En esta categoría entran dos tipos de progenitores: los que quieren compartir el orgullo que sienten por sus hijos y muestran fotos o videos de ellos solo para pavonearse, y los que encuentran en sus hijos una fuente de ingresos, y su afán de lucro los lleva a mostrarlos como vehículos de venta de productos comerciales (6).

En los dos casos estamos ante *sharenting* —contracción de las palabras inglesas *share* (compartir) y *parenting* (paternidad)—, que es una figura que no tiene regulación legal en la Argentina (7), aunque está empezando a ser descripta en derecho.

Facebook, Instagram y YouTube están llenos de ejemplos de padres que incurren en *sharenting*, y al exhibir a sus hijos en la web crean un riesgo enorme, creyendo que la exposición pública no tiene consecuencias adversas.

Mostrar abiertamente su aspecto y su vida puede influir en la identidad digital de los niños y dejar huellas en su historia; al crecer, les puede disgustar e inclusive perjudicar, además de exponerlos a sufrir delitos por parte de terceros, como ciberacoso sexual (*grooming*), uso de sus imágenes para pornografía u hostigamiento en

(5) SIBILIA, P., “La intimidad como espectáculo”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 88.

(6) “La *youtuber* rusoestadounidense Anastasia Rzdinskaya (‘Like Nastya’), de 7 años, fue, según la revista *Forbes*, la tercer *influencer* mejor pagada en 2019”, <https://www.youtube.com/watch?v=vduMHZ7IBdY>. En la Argentina hay personas conocidas que crearon cuentas de Instagram a sus hijos, y los hacen participar frecuentemente en publicidades, [https://www.instagram.com/mirko\\_ok/](https://www.instagram.com/mirko_ok/).

(7) Aunque aún no hay normativa legal al respecto, los Ministerios de Justicia y de Salud han publicado advertencias en contra de esta práctica, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/internet-en-la-cuarentena-sharenting>.

línea (*ciberbullying*), por ejemplo (8). Los dos primeros están tipificados en el Código Penal (9).

## IV. Herramientas legales

La conducta de padres desaprensivos no tiene todavía legislación que la describa. Sin embargo, hay normas que se pueden aplicar —y de hecho se hace— para frenarla.

En principio, la Convención sobre los Derechos del Niño (10) es un instrumento que protege a los niños incluso de la acción de sus propios padres. Es decir que aun en ausencia de leyes específicas tenemos en la Convención un arma indispensable para proteger a nuestros niños, niñas y adolescentes de la exposición temeraria que de sus imágenes y sus historias hagan sus padres en internet, cuando afecten su derecho a la identidad, al honor o de alguna otra manera vayan contra su interés superior. La ley 26.061 (11) replica en buena medida la Convención, por lo que es otra herramienta a usar.

El Código Civil y Comercial (12) protege el *derecho a la imagen*, por lo que se puede invocar si una publicación no cuenta con la autorización del protagonista o sus representantes.

Además, ha ido ganando terreno en doctrina (13) la aplicación a este tipo de casos de la tutela preventiva de daños (14), un verdadero nuevo principio de derecho que fue aplicado en una sentencia reciente en que se prohibió a la madre subir a redes sociales contenidos

(8) SUEIRO, C., “Tratado de responsabilidad por daños en materia de familia”, Ed. Thomson Reuters — La Ley, Buenos Aires, 2020, t. II, ps. 125-157.

(9) Arts. 128 y 131, Cód. Penal, ley 11.179.

(10) Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/11/1989, aprobada por ley 23.849.

(11) Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 28/09/2005.

(12) Art. 53, Cód. Civ. y Com., ley 26.994.

(13) GALDÓS, J. M., “La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales”, LA LEY del 21/01/2021, 126; LL AR/DOC/3462/2020.

(14) Art. 1711, Cód. Civ. y Com., ley 26.994.

relacionados con su hija **(15)**, en protección de su intimidad. En este caso, también se invocó la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, la casuística demuestra que las alarmas solo suenan cuando se plantea ante un

---

(15) CNCiv., sala C, 06/04/2021, "O. R. J. C. c. A. E. M. s/ art. 250, CPC - inc. de familia", nro. 55.265/13, inc. 2.

juez un conflicto, sea entre progenitores o sea entre el niño que ha llegado a la adultez y sus padres.

El paso siguiente es que el Estado asuma la responsabilidad que le impone la Convención de los Derechos del Niño y tome cartas en el asunto, estableciendo el límite preciso en que el amor y el orgullo por el hijo se transforman en *sharenting*.

# Difusión no consentida de material íntimo: una nueva figura de la era digital

Flavia Goldscher (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Concepto. Violencia de género digital: definiciones y alcances.— III. Antecedentes de la “difusión no consentida de imágenes íntimas” en la legislación extranjera.— IV. El tipo contravencional: “difusión no consentida de imágenes o grabaciones íntimas”.— V. Proyecto de Reforma del Código Penal de la Nación: “Difusión de imágenes o grabaciones con contenido sexual”.— VI. Primer juicio en la Argentina por difusión no consentida de imágenes íntimas.— VII. Conclusiones.

## I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto analizar la figura delictiva de la difusión no consentida de imágenes íntimas como una modalidad de ejercer *violencia de género digital*.

La importancia de abordar en profundidad esta problemática reside principalmente en que se encuentra en alarmante crecimiento en nuestra sociedad, registrándose numerosas denuncias de mujeres que han padecido esta reprochable conducta, que en muchas oportunidades no encuentran en la justicia un ámbito adecuado para dar curso a esta conflictiva.

Cabe adelantar que la figura de difusión no autorizada de material con connotación sexual ha sido incorporada recientemente como una contravención en el Código Penal Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los delitos penales van mutando en sus posibilidades de comisión, de la mano de los avances tecnológicos. Desconocer esta situación y carecer de herramientas penales que nos protejan contra la trasgresión de los derechos personalísimos significa permitir su contrario, es decir, dar lugar a la humillación. El desmedro de la honra de una persona trae consecuencias catastróficas en su vida; ya los relatos cruentos de quienes han vivido la difusión no consentida de imágenes íntimas en primera persona nos lo hacen saber. El deterioro de la vida social, la necesidad de asistencia psiquiátrica-psicológica, el miedo recurrente, la dificultad para llevar adelante una vida con normalidad, formar una nueva pareja, entre otras, se plasman como dificultades crónicas en los padecientes. Asimismo, los diagnósticos médicos revelan: estrés postraumático, ansiedad, depresión y hasta intentos de suicidio. En este sentido, la afectación de la dignidad e intimidad acarrea una profunda perturbación que comprende todos los ámbitos de desarrollo de la persona.

Así, el advenimiento de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) nos obliga a un replanteamiento de los conceptos de intimidad y privacidad. En esta línea, Feldstein de Cárdenas y Scotti señalan: “Vivir en una sociedad en que la información ha evolucionado hasta el punto de erigirse en una suerte de herramienta básica para optimizar la producción de bienes y

---

(\*) Abogada. Mediadora prejudicial. Máster en Sistemas de Resolución Conflictos, UNLZ. Posgrado de Derecho del Consumidor, UBA. Especialista en Cibercrimen y Evidencia Digital, UBA. Diplomada Internacional en Ciberseguridad y Cibercrimen de la Universidad de Hartmann de México. Docente universitaria. Abogada del Centro de Protección de Datos Personales de la Defensoría del Pueblo, CABA.

servicios, impone la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de las personas” (1).

## II. Concepto. Violencia de género digital: definiciones y alcances

La “violencia de género digital” se define como aquella que afecta la reputación en línea de las mujeres, al lesionar alguno o varios de sus bienes y/o derechos digitales, como la reputación, la libertad, la existencia, el domicilio, la privacidad y la inclusión digitales, o vulnerar cualquier otro aspecto de su acceso y desenvolvimiento en el ámbito virtual.

Si bien las TIC son recursos de gran impacto favorable en el ejercicio de los derechos de las mujeres, también lo son para su desvalorización y deslegitimación, pues el entorno virtual es un espejo de las relaciones de poder en la sociedad y de los comportamientos y ejercicios discriminatorios y violentos en sus diversas manifestaciones. La multiplicación de la violencia en entornos digitales está promovida por la protección que el anonimato ofrece al agresor, la facilidad de viralización y el inconmensurable daño consecutivo que padecen las víctimas.

Observamos que, con el avance de las diferentes tecnologías y su incidencia en la vida actual de las personas, se han desatado ciertas conductas delictivas utilizando a las TIC como medio para vulnerar el derecho a la privacidad y exponiendo a las víctimas de tales prácticas a situaciones de completa indefensión frente a la justicia y el reproche social. Estas conductas tienen un efecto devastador sobre las personas, ya que lesionan su identidad digital y real, con terribles efectos nocivos sobre su intimidad y privacidad.

Sin duda, la aparición de internet ha supuesto el mayor desarrollo de la historia de la humanidad de uno de los elementos que configuran al ser humano como tal: la comunicación. Las nuevas TIC están cambiando los comportamientos sociales con una rapidez totalmente desconocida para las ciencias jurídicas. Se producen nuevos hábitos y disfunciones en los individuos,

creándose una relación imposible de separar entre lo identitario, lo digital y lo corpóreo.

Frente a este nuevo paradigma, los usuarios de internet comenzaron a reproducir su identidad “real” en el medio digital, naciendo una nueva identidad: la digital, donde se comienzan a producir diferentes fenómenos sociales, siendo esta identidad digital pasible de afectaciones y graves vulneraciones.

En este sentido, los dispositivos móviles forman parte central de nuestra vida. Gracias a ellos accedemos a una multitud de servicios, en ellos almacenamos una gran variedad de información y a través de ellos es posible obtener una gran cantidad de datos, como nuestra geolocalización, nuestros contactos, con quién hablamos por teléfono o nos escribimos, nuestro correo electrónico, a través del cual podemos intercambiar documentación personal y/o profesional, y un largo etcétera. Son como un cuaderno de bitácora que registra nuestra actividad y en el que guardamos mucha información de nuestro interés. Si para todos nosotros es fundamental poder proteger y comprobar el nivel de privacidad y seguridad de nuestros dispositivos informáticos, en el caso de las víctimas de violencia de género es una cuestión de vital importancia.

Cabe destacar que la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer elaboró en el año 2018 un informe con relación a las causas y consecuencias de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos, a través del cual recomienda que “los Estados deben prohibir claramente y tipificar como delito la violencia en línea contra la mujer, en particular la distribución no consentida de imágenes íntimas, el acoso y el hostigamiento criminal en internet. La penalización de la violencia en línea contra la mujer debe abarcar todos los elementos de este tipo de abusos, incluidos los contenidos perjudiciales compartidos posteriormente. Debe establecerse la ilegalidad de la amenaza de divulgación no consentida de imágenes, de modo que puedan intervenir defensores y fiscales y prevenir el abuso antes de que sea perpetrado” (2).

(1) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. — SCOTTI, Luciana B., “Internet, comercio electrónico y derecho a la intimidad: un avance de los tribunales argentinos”, *elDial.com, Supl. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, octubre de 2007, sección Doctrina.

(2) VANINETTI, Hugo, “E-violencia de género. Importante y valioso precedente jurisprudencial”, LL AR/DOC/3915/2020.

Desde esta mirada, la también denominada “ciberviolencia de género” se manifiesta en el mundo virtual a través del histórico esquema de desequilibrio de relaciones de poder ejercido contra las mujeres en el mundo físico.

La dominación a través de la descalificación o humillación a fin de lograr el control machista es de suma profundidad, pues sus efectos tienden a lesionar derechos humanos individuales y de incidencia colectiva. Es decir, no solo afecta a la víctima en todos sus ámbitos de desarrollo, sino también a su entorno y su dignidad en términos macrosociales.

Pues el anonimato y la viralización algorítmica actúan como agravantes de esta violencia de control digital, generando en muchas oportunidades autocensura y hasta la exclusión de las mujeres del ejercicio de sus derechos digitales, que —vale reiterar— constituyen derechos humanos. En este estado de situación, no podemos aceptar que las mujeres resignemos espacio de expresión y el desarrollo de nuestras actividades en los entornos virtuales por ser blanco de violencia telemática.

En consecuencia, debemos trabajar fuertemente a fin de legislar adecuadamente estas conductas con el objeto de desalentar el ejercicio de la violencia de género digital en cualquiera de sus manifestaciones.

### **III. Antecedentes de la “difusión no consentida de imágenes íntimas” en la legislación extranjera**

#### *III.1. España*

En España, entre los años 2011 y 2015 se produjeron innumerables casos de publicación no autorizada de imágenes íntimas y de datos personales en redes sociales, *blogs* y otros sitios de internet. A raíz de la gran cantidad de denuncias, la jurisprudencia española tuvo que abordar estos casos en los cuales la imagen o un dato personal eran difundidos sin permiso de sus titulares. Así, los tribunales españoles fueron encontrando soluciones legales a esta casuística a través de diversas figuras penales, como ser: revelación y violación de secretos, injurias, entre los más utili-

zados (3). Es decir, en España se sucedieron numerosos casos, aplicándose desde los tribunales condenas con penas de prisión y aplicación de multas dinerarias a aquellas personas que hubieran difundido material íntimo sin autorización.

Atento a lo expuesto, comenzó a debatirse si era necesario reformar la legislación entonces vigente. Y justamente a raíz del caso “Olvido Hormigos”, que provocó mucha repercusión mediática, en el cual una concejal pasó a la fama tras difundirse por internet un video íntimo que había grabado y enviado a su pareja, comenzaron a tratarse diversas propuestas de reforma legislativa en la materia, inspiradas en la necesidad de eliminar el consentimiento de la víctima como causal de exclusión de responsabilidad penal de la figura de publicación no autorizada de la imagen personal. Se buscaba castigar la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas, incluso si se han obtenido con consentimiento de la víctima, presentándose esta nueva figura criminal como una forma especial de protección a la mujer.

Así, el legislador español ubicó este nuevo delito dentro de la figura de descubrimiento y revelación de secretos prevista en el art. 197 del Cód. Penal, entrando en vigencia en julio de 2015. El proyecto aprobado incorpora al art. 197 un nuevo inc. 7º, que establece lo siguiente: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

”La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.”

---

(3) PALAZZI, Pablo A., “Difusión no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*)”, ED 2016-266.



### III.2. Reino Unido

En el Reino Unido también se legisló esta conducta, debido a la gran cantidad de casos que se suscitaron, con una amplia repercusión mediática, por tratarse de celebridades.

La incorporación de esta figura significó un avance legislativo, ya que anteriormente los fiscales requerían que se probara algún tipo de acoso a través de las fotografías o que se invocara el derecho de autor respecto de aquellas.

El nuevo tipo penal se denomina *disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress*, y requiere para su configuración la intención de provocar daño psicológico en la víctima, requisito que no exige la legislación española.

### III.3. Chile

La incorporación al Código Penal chileno de este delito el pasado 11/01/2019 pretende hacerse cargo del vacío legal que existe en internet y sancionar la divulgación de imágenes, audios o videos íntimos que fueron obtenidos con el consentimiento de la víctima y posteriormente difundidos sin él.

En Chile, hasta ese momento solo existía un tipo penal de difusión de imágenes, pero que fueron obtenidas sin consentimiento; el problema surge ante las imágenes que fueron obtenidas con consentimiento, ya que la difusión de aquellas quedaba completamente impune.

También contempla la sanción de presidio menor en su grado medio para quienes administren un sitio de internet y, luego de haber sido notificados de una resolución judicial de cese de las imágenes, no cumplan dentro del plazo conferido con la respectiva resolución.

### IV. El tipo contravencional: “difusión no consentida de imágenes o grabaciones íntimas”

La difusión no consentida de material íntimo, mal llamada “porno venganza”, se refiere a la utilización de fotografías o videos privados tomados en la intimidad para publicarlos o viralizarlos, sin el consentimiento de los protagonistas, a través de cualquier tipo de comunicación electrónica, aun habiendo existido acuerdo entre las partes

involucradas para la creación de esas imágenes o videos.

La alocución “porno venganza” es la traducción al español de *revenge porn*, expresión acuñada en los Estados Unidos tras el auge de páginas web que promovían la publicación de desnudos como forma de humillar a exparejas y así vengarse de ellas, y que muchas veces incluía la publicación de datos personales de las víctimas como nombre, dirección y teléfono. Todo ello desencadenaba en hostigamiento, acoso, desprestigio, chantajes, etcétera.

La doctrina ha considerado que la expresión adecuada para definir estas conductas es *difusión no consentida de imágenes íntimas*, lo que amplía la figura, pues de esta forma no se consideran únicamente aquellas situaciones donde el sujeto actúa por venganza o los casos en que las partes tenían una relación previa, sino que se la expande a terceros no relacionados con el hecho en sí de la captación original de la imagen y con cualquier motivación. En todos los casos, lo característico de ella es que existe por parte de la víctima consentimiento para la captación de las imágenes, audios o videos, pero no para su difusión posterior.

La denominación “porno venganza” genera impacto, pero encierra una terminología machista en la que grabarse o generar material audiógráfico o audiovisual en la intimidad estaría vinculándose con producir “pornografía” (representaciones de contenido sexual), cuando en realidad sabemos que la pornografía está destinada a que otras personas se estimulen sexualmente con ese material, y lo que hacemos en la intimidad no es para terceras personas, sino para las que intervienen en esa situación específica y siempre y cuando ellos estén de acuerdo.

Si bien denominar “porno venganza” permite visibilizar la problemática real, al mismo tiempo la ha encasillado y de cierta manera limitado, puesto que existen otras prácticas que igualmente implican la difusión no consentida de imágenes en internet y las TIC, todas ellas con afectación a derechos esenciales, como lo son la imagen e intimidad personal.

Señala Hugo Vaninetti (4), en “Difusión no consentida de imágenes íntimas en internet y las TIC. Acerca del *revenge porn*”, que la difusión de imágenes no consentidas no siempre es producto de una relación amorosa trunca o circunstancial, sino que también puede ser realizada por terceros no relacionados con el hecho en sí de la captación original, pero que se apropian de las imágenes de contenido íntimo para posteriormente difundirlas. Esto acontece cuando los *hackers* vulneran los sistemas de seguridad, descifrando las contraseñas de las víctimas, o a través de los técnicos en reparación de dispositivos (computadoras, teléfonos inteligentes, *tablets*, etc.) o cualquier otra persona que accede fortuitamente a contenidos de ese tenor, por ejemplo, quien encuentra un móvil extraviado, etcétera.

Las conductas descritas claramente configuran violencia de género en el entorno digital, y la justicia debe perseguir a sus perpetradores a fin de aplicarles las sanciones correspondientes.

Lo cierto es que la divulgación no consentida de imágenes, videos y audios, como estrategia de la violencia de género para someter a otra persona, se encuentra actualmente en franco y preocupante incremento. Es necesario destacar que la erradicación de la violencia de género, como eje de políticas públicas, se efectiviza desde la educación y prevención, como así también investigando activamente este tipo de conductas disvaliosas, a fin de lograr condenar a sus autores con sanciones ejemplificadoras.

En esta línea, la ley nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales conceptualiza la “violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por

afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las *parejas o noviazgos*. Incluye las relaciones violentas o *finalizadas*, no siendo requisito la convivencia”.

Así, ante el contexto descripto y en concordancia con la legislación internacional, con buen tino, el 13/12/2018, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó con fuerza de ley la incorporación, entre otras contravenciones, de la figura de “difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas”:

Art. 6º: “Incorpórase como: ‘Capítulo V: Identidad digital de las personas’ al Libro II Título I del Anexo A de la ley 1472 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (texto consolidado ley 6017), el siguiente texto:

”Art. 71 bis: *Difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas*. Quien difunda, publique, distribuya, facilite, ceda y/o entregue a terceros imágenes, grabaciones y/o filmaciones de carácter íntimo sin el consentimiento de la persona y a través de cualquier tipo de comunicación electrónica, de transmisión de datos, páginas web y/o a través de cualquier otro medio de comunicación, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con una multa de cuatrocientas [400] a mil novecientas cincuenta [1950] unidades fijas o cinco [5] a quince [15] días de trabajo de utilidad pública o con tres [3] a diez [10] días de arresto. El consentimiento de la víctima para la difusión, siendo menor de 18 años, no será considerado válido.

”Tampoco podrá alegarse el consentimiento de la víctima en la generación del contenido como defensa a la realización de la presente conducta.

”Acción dependiente de instancia privada con excepción de los casos donde la víctima sea menor de 18 años de edad. No configura contravención el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

En los Fundamentos del Proyecto de Ley de Modificación del Código Contravencional (exp- te. MGEYA - SJSUS 15.628.932/2018, 05/06/2018) se argumenta: “El ciberacoso y la violencia de género digital tienen como característica la permanencia, ya que las imágenes difundidas no pue-

---

(4) VANINETTI, Hugo, “Difusión no consentida de imágenes íntimas en internet y las TIC. Acerca del *revenge porn*”, LA LEY del 29/03/2019.

den ser eliminadas por terceros y la viralización magnifica el daño que no es solamente moral o emocional sino que puede generar problemas laborales, con los hijos, familiares, entre otros”. Esto refuerza la idea de que el material íntimo difundido, aunque no se encuentre disponible al momento de denunciar esta conducta, continúa produciendo consecuencias perjudiciales para la víctima.

Se advierte un noble y acertado avance a nivel normativo local, a través de la incorporación de este tipo contravencional, así como de las figuras de suplantación digital de la identidad y hostigamiento digital, de manera tal de proporcionar una respuesta adecuada desde el ámbito judicial a quienes padecen estas nuevas formas de delincuencia, que hasta ahora no hallaban un ámbito propicio para ser canalizadas.

#### **V. Proyecto de Reforma del Código Penal de la Nación: “Difusión de imágenes o grabaciones con contenido sexual”**

En el Proyecto de Reforma del Código Penal presentado ante el Congreso Nacional, se introdujo la figura sobre la difusión de material sexual privado, que contempla como sanción hasta tres años de prisión.

Cabe resaltar entre los puntos más relevantes de esta iniciativa que *la intimidad sexual de la pareja se va a proteger por primera vez*. El artículo establece que se sanciona con *pena de prisión de seis meses a dos años o multa equivalente a \$ 5000 por día al que, sin autorización de la persona interesada, difundiere imágenes o grabaciones con contenido sexual*, que hubieran sido producidas en un marco de intimidad.

Asimismo, se establece *un agravante* —con pena de 1 a 3 años de prisión— si el autor de este delito hubiera tenido una relación afectiva con la persona afectada, *si se trata de un menor de edad* —en cuyo caso podría también configurarse el delito de pornografía infantil (5)— y si el autor hubiera actuado con fin de lucro.

(5) Nota aclaratoria: no se denomina más “pornografía infantil”, sino “material de representación sexual de niñas, niños y adolescentes”.

Se propone la penalización de la difusión no consentida de contenidos de desnudez total o parcial o contenido sexual o erótico de una o más personas, obtenidos como fruto de una relación íntima.

Art. 1º: “Incorpórese el art. 155 bis al Capítulo III del Título V del Código Penal Argentino, que quedará redactado de la siguiente manera:

”Art. 155 bis: *Difusión no consentida de contenidos de desnudez total o parcial o contenido sexual o erótico obtenidos fruto de una relación íntima*. Será reprimido con la pena de prisión de seis [6] meses a cuatro [4] años, el que fruto de una relación íntima o de confianza se hallase en posesión de contenidos de desnudez total o parcial o contenido sexual o erótico de una o más personas las difundiera por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos, sin el expreso consentimiento de quienes aparezcan en esos contenidos para tal fin.

”No será punible quien, siendo ajeno a una relación íntima o de confianza con quienes aparecen en dicho material, lo difunda.

”La difusión no consentida de los contenidos referidos en el párrafo anterior será reprimida con pena de nueve [9] meses a cinco [5] años cuando la obtención de dichos contenidos se diera a través de alguna de las conductas penadas en el art. 153 del Código Penal de la Nación, ley 11.179.

”El juez que dicte sentencia, en la instancia procesal que determine, arbitrará los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a costa del condenado y en el menor plazo posible.

”Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

”Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”.

#### **VI. Primer juicio en la Argentina por difusión no consentida de imágenes íntimas**

Una denuncia que terminó convirtiéndose en el primer juicio por difusión no autorizada de fo-

tos y videos íntimos puso sobre la mesa un debate que hasta el momento parecía estar escindido de las problemáticas de género de las que habitualmente se habla: la violencia de género digital.

Tal como suele suceder en los círculos violentos, cuando Paula decidió terminar con la relación, el que era su pareja amenazó con una cruel venganza. En el caso de Pioli, se trató de la extorsión con la difusión de imágenes de ellos filmados en la intimidad. Finalmente, y pese a la negativa de Paula, Pioli decidió viralizar por WhatsApp fotos y videos íntimos. Patricio Pioli fue detenido, con prisión domiciliaria, y acusado, en principio, de coacción y lesiones leves calificadas, delitos que figuran en el Código Penal.

El sujeto denunciado no aceptaba la ruptura y amenazaba con difundir el video, cosa que terminó haciendo. Por lo que se convirtió en el primer condenado por difundir material íntimo sin autorización, a pesar de que no está tipificada como tal en el Código Penal.

Este proceso convirtió a Paula en la primera mujer en acceder a la justicia denunciando este tipo de conductas, pues, en rigor, el delito que denuncia no existe para la legislación argentina, por lo que también generó debate sobre la necesidad de su incorporación. El juez interviniente consideró como un elemento más para ejercer violencia el uso de la tecnología, es decir, la utilización de las imágenes (fotos y videos) para violentar la intimidad y privacidad por razones de género.

Se introdujo la figura de la coacción, que es un delito que consiste en obligar a una persona mediante amenazas a hacer algo que no quiere, porque Pioli le decía a Paula que, si no volvía con él, iba a difundir ese material íntimo. A ello se sumaron las lesiones leves calificadas, las agresiones físicas que sufrió la víctima y, por supuesto, el daño psicológico ocasionado por su expareja. Patricio Pioli fue procesado con prisión preventiva (pero con beneficio de excarcelación) y embargado por treinta mil pesos.

El reciente fallo emitido por el Tribunal de la Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de La Rioja condenó, en medio de una situación de violencia de género, a cinco años de prisión por el delito de "coacción y lesiones leves calificadas" a

*Pioli, la expareja de la víctima, por la difusión de imágenes de ambos teniendo sexo a través de sus redes sociales.*

## VII. Conclusiones

### VII.1. Postura personal

Considero acertada la reciente incorporación en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires de la figura de difusión no autorizada de imágenes y grabaciones íntimas.

Resulta de gran relevancia la introducción de esta conducta, que viene a cubrir el vacío legal existente en materia de difusión de material íntimo sin autorización de sus protagonistas.

Lo cierto es que incluir la difusión de material sin autorización como una contravención a nivel local constituye un primer paso para comenzar a sancionar estas prácticas; sin embargo, resulta necesario legislar en el Código Penal un delito especial en esta materia.

En atención a las particularidades y los alcances desarrollados que definen a esta conducta, es recomendable legislar un tipo penal específico que la contenga acabadamente en su configuración.

Si bien se ha intentado recurrir a otras figuras para abordar la difusión de material íntimo sin consentimiento, como el intrusismo informático, la violación de correspondencia y papeles privados, la publicación de correspondencia y papeles privados, la extorsión, injurias y hasta la más reciente, como es la inserción ilegítima de información en una base de datos personales, estos tipos penales no resultan ajustados para su adecuado tratamiento.

Así, detectado el vacío legal existente y ante el alarmante incremento de casos que se vienen suscitando en los últimos años en nuestro país, deviene imperioso y urgente legislar rápidamente un tipo penal especial, siguiendo la tendencia normativa extranjera y la propia a nivel local.

Debe entenderse que la violencia de género *offline* se sedimenta en una distribución desigual de poder entre los varones y las mujeres, generando innumerables consecuencias en nuestras pautas de socialización y el modo en que nos vin-

culamos. De hecho, si nos detenemos solamente a observar el modo en que se han incorporado estas formas de violencia en la era digital, fácilmente podemos comprobar esta economía desigual de poder. Atento a ello, resulta necesario considerar a la violencia *online* hacia las mujeres como lisa y llanamente violencia hacia las mujeres. Así, muchos casos de acoso virtual y/o difusión no consentida de imágenes sexuales se generan en un contexto de violencia doméstica (6).

### VII.2. *Algunas propuestas reparatorias para proteger el derecho a la intimidad*

Dado que no existen previsiones atinentes a esta faceta de la violencia hacia las mujeres en el entorno digital, sería necesario dotar a los programas actuales de lucha contra la violencia de género con una perspectiva que incluya el fenómeno digital. En el supuesto de que se decidiera la creación de políticas públicas focalizadas en el entorno *online*, debería contemplarse lo siguiente: la incorporación de programas con eje central en la seguridad digital de las mujeres debe ser propuesta en un marco de estrategias de seguridad integral basadas en las personas. Por otro lado, es necesaria la formulación de políticas públicas en sentido positivo que promuevan el empoderamiento de la libertad de expresión, el ejercicio de la sexualidad y la autonomía de los cuerpos, considerando la trascendencia del uso y apropiación de herramientas de seguridad integral y entendiendo que internet, como cualquier otra tecnología, no es neutral: se produce con determinados valores y no otros.

Se advierte que hoy la única respuesta del Estado sobre la violencia hacia las mujeres en el entorno *online* está orientada solamente a la generación de soluciones legislativas punitivas. La mera creación de penas solas no resuelve la complejidad de las problemáticas. Mayores penas por sí solas difícilmente pueden disuadir a los

varones de ejercer violencia en el entorno *online*, ya que la violencia de género en nuestra sociedad se encuentra arraigada hace siglos, definiendo roles, estereotipos y mandatos. No debe desestimarse el debate respecto de la criminalización de la violencia hacia las mujeres, sino poner el foco en la consideración de políticas públicas que persigan objetivos adicionales a la penalización. Es decir, si los programas diseñados para erradicar la violencia *offline* hacia la mujer no se aplican con la suficiente profundidad y enmarcados en acciones de carácter preventivo y de concientización —como, por ejemplo, campañas publicitarias, cursos de formación sobre violencia de género en colegios, comunidades, empresas y Administraciones Públicas, tal como lo establece la Ley Micaela—, resultarán insuficientes y no lograrán poner un coto a este tipo de conductas.

En consecuencia, considero que debe criminalizarse la difusión de material íntimo sin autorización, que a su vez debe ir de la mano con el diseño y aplicación de políticas públicas idóneas que contemplen la concientización de la sociedad respecto al daño irreparable que provocan en las víctimas estas conductas humillantes que se cometen a través de canales informáticos. Por otra parte, debe brindarse un ámbito seguro de contención y acompañamiento adecuado a aquellos que decidan denunciar la difusión de material de carácter sexual, evitando la revictimización, que en muchas oportunidades provoca que desistan de seguir adelante con burocráticos procesos judiciales.

Finalmente, cabe aclarar que lo dicho no obsta al derecho de los individuos de gozar y ejercer libremente la sexualidad, sino que deben tomarse los recaudos necesarios o seguir ciertas recomendaciones al momento de enviar material de contenido sexual, utilizando servicios de mensajería instantánea seguros (Signal, Telegram, Threema, etc.) y no enviando imágenes que identifiquen a los participantes (rostro, tatuajes, piercing, etc.), todo ello a fin de proteger la identidad ante posibles conductas dañosas.

(6) PALAZZI, Pablo A., “Difusión no autorizada...”, ob. cit.

# El diseño convencional y los *smart contracts*

Carlos Alberto Reyna (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Los smart contracts.— III. La promesa central de la tecnología y la deshumanización del contrato.— IV. El diseño convencional.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

Los contratos inteligentes aparecen como una disrupción en la forma de contratación que promete su renovación, pretendiendo la uniformidad sustentada ciertas promesas que en última instancia se relacionan con la aparente necesidad de eliminar subjetividades en la ejecución de los contratos. Bajo este paradigma se intenta limitar la intervención humana en el proceso de ejecución de las prestaciones; esta es la idea que se encuentra ínsita en la misma definición de los *smart contracts*, que marca como objetivo extirpar al máximo el actuar humano (1).

Este es el centro de análisis del presente comentario: estudiar si tal deshumanización del contrato resulta posible, en qué medida y de qué factores depende. Por otra parte, analizaré la promesa central que contienen estos contratos, y adelanto aventurar que aquella contiene una paradoja que, a mi criterio, desarticula en parte la pretendida deshumanización del contrato, por lo menos dado el estado del arte de la informática específicamente con relación a la inteligencia artificial.

---

(\*) Egresado de la FCJS, UNL. Docente e investigador. Ejerce activamente la profesión liberal como abogado en su *buffet*.

(1) Ver la definición de los contratos inteligentes dada por CLACK, Christopher D. *et al.*, "Smart Contract Templates: Foundations, Design Landscape and Research Directions 2", 04/08/2016, <http://arxiv.org/pdf/1608.00771v2.pdf> [<https://perma.cc/8Z5P-QRM9>], quien dice que son acuerdos "... cuya ejecución es automatizable y exigible. Automatizable por computadora, aunque algunas partes pueden requerir participación y control humanos. Ejecutable mediante la aplicación legal de derechos y obligaciones o ejecución a prueba de manipulaciones".

Para arribar a esta conclusión desarrollaré el concepto de los contratos inteligentes identificando su problemática, y expondré los requisitos de diseño convencional que su uso requiere.

Finalmente, debo destacar que el análisis que aquí se intenta no será más que el trazado de líneas generales de la problemática, en función de las limitaciones propias de la presente publicación.

## II. Los *smart contracts*

El gran problema al que se enfrentaron las relaciones digitales no fue otro que el de asegurar a las partes de una relación la inmutabilidad de los datos que se ingresen, es decir, cómo garantizar la fiabilidad de las relaciones frente a la mutabilidad esencial de los códigos binarios de programación, que, en definitiva, pueden ser modificados a voluntad del programador.

Las respuestas aparecían siempre bajo la idea de centralización de los datos, de la instauración de entes centrales que brindarían cierta certeza sobre los registros que tuvieran en custodia, fueran estos Estados, un conjunto de ellos o incluso entidades financieras, que por más confianza que inspiren no están exentos de errores. Basta para demostrar esto con mencionar que el Citibank transfirió erróneamente la suma de 900 millones de dólares a su contraparte contractual (2).

---

(2) Ver United States District Court, Southern District of New York, *in re* "Citibank August 11, 2020 Wire Transfers", caso 1:20-cv-06539-JME, <https://www.nysd.uscourts.gov/sites/default/files/2021-02/20cv6539%20Citibank%20Opinion.pdf>.

Estos entes centralizados no son capaces de dar certeza sobre la información que contienen, sobre las relaciones que ejecutan, más allá de la confianza que pueden inspirar y el respeto que genera el microsistema legal que regule la actividad. Se puede pensar en las entidades financieras como paradigmáticas en este sentido, en tanto controlan toda la información financiera de sus clientes y únicamente prometen la fidelidad a partir del sostenimiento de sus registros y las auditorías que de ellos haga la autoridad de control, el Estado.

Es aquí donde se encuentra la solución que proponen los contratos inteligentes que centran su funcionamiento en la criptografía aplicada mediante la tecnología *blockchain*.

Tal como dice Heredia Querro, la *blockchain* es “... un mecanismo digital para crear un libro de registros digital y distribuido, en el cual dos o más participantes integrantes de una red *peer-to-peer* pueden intercambiar información y activos de manera directa, sin intermediarios. La *blockchain* autentica a los participantes, valida que estos tengan los activos sobre los que quieren tranzar, y registra los intercambios en dicho libro de registros digital, del cual todos los partícipes tienen una copia actualizada y cuyos asientos o registros, que no son modificables, son cronológicamente organizados y empaquetados en bloques, encriptados, y vinculados unos a otros. Sus elementos esenciales son: i) distribución: los participantes están físicamente separados, pero conectados a través de una red de la cual son nodos, con acceso al registro; ii) encriptación asimétrica y pseudonimia; iii) inmutabilidad, salvo que se acuerde lo contrario; iv) *tokenización*: las transacciones en una *blockchain* involucran la transferencia segura de valor, en forma de *tokens*, que es la representación digital de algún activo, o una forma de retribuir a los participantes, o incluso datos agrupados; y v) descentralización: la red y sus protocolos son operados y están mantenidos en múltiples computadoras de la red distribuida, lo que significa que no hay una sola computadora que corra la *blockchain*” (3).

(3) HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Smart contracts*”, Ed. II, 2021.

Como afirma Pilkington (4), la inmutabilidad, o su posibilidad, es crucial para la viabilidad de la tecnología, dado que es la solución central que trae a la mesa, pudiendo otros caracteres relativizarse, pero no este.

Los contratos inteligentes aprovechan esa base tecnológica focalizada en la mencionada inmutabilidad y se constituyen como “... acuerdos cuya ejecución se encuentra automatizada. Esta ejecución automática a menudo se efectúa a través de una computadora que ejecuta un código que ha traducido la prosa legal en un programa ejecutable. Este programa tiene control sobre objetos físicos o digitales que son necesarios para materializar la ejecución...” (5).

Estos contratos automatizados no modifican la necesidad de la estipulación contractual en sí, sino que se refieren esencialmente a su etapa de ejecución y determinan: a) un intento de eliminar en el mayor grado posible la intervención del Estado como garante del *enforcement*; b) una limitación de la intervención humana en la ejecución prestacional; c) la persistencia de la necesidad del diseño convencional; y d) un evidente acto de traducción de las condiciones contractuales a lenguaje programable.

Se determinan, se programan y luego se ejecutan.

Una vez puestos en marcha, la intervención humana se pretende mínima: no más que la capacidad de intervenir en la trayectoria de la bala ya disparada.

### III. La promesa central de la tecnología y la deshumanización del contrato

La caracterización de estos contratos marca que su promesa nodal se encuentra asentada en la reducción de costos que implica la eliminación del Estado en la etapa de ejecución del contrato. Esto se refiere específicamente a la búsqueda de asegurar a las partes del vínculo el evitar asistir a

(4) PILKINGTON, Marc — OLLEROS, Xavier — ZHEGU, Majlinda (eds.), “Blockchain Technology: Principles and Applications”, 30/09/2016, p. 15.

(5) RASKIN, Max, “The Law and Legality of Smart Contracts”, 1 *Geo. L. Tech. Rev.* 305, 2017, <https://perma.cc.673G-3ANE>.

los estrados de los Poderes Judiciales, de abolir la necesidad de asumir los costos de procesos adversariales con suerte desconocida.

Para ello, bajo esta idea, es necesario deshumanizar el contrato, eliminar sus subjetividades y sustentar su realización en parámetros objetivos, que permitan regular la ejecución del plan prescricional de manera automatizada y computable.

En términos de Raskin, “... la automatización garantiza el rendimiento, para bien o para mal, eliminando la discreción humana de la ejecución del contrato” (6).

El problema de este intento de deshumanización del contrato asienta en la incapacidad de la ciencia de proveer herramientas suficientes para sortear los inconvenientes derivados de la interpretación del contrato, su adaptación y la aplicación de los principios que sirven como fusibles frente a acontecimientos cuya previsión resulta dificultosa para las partes al momento de la celebración.

Los contratos inteligentes no se expresan en el leguaje natural, sino que representan una serie de instrucciones preestablecidas y autoejecutables [ya sean *data-oriented contracts*, *computable contracts* o *autonomous computable contracts* (7)]. Esto supone un problema inicial, presentado por la poca flexibilidad que el leguaje programable permite. Tal como sostiene Surden, “... las partes a menudo redactan contratos con términos especificados deliberadamente en distintos niveles de discrecionalidad, carácter abierto o abstracción para permitir la flexibilidad dada la incertidumbre futura. La evaluación por computadora en tales escenarios parece problemática...” (8), y —agrego— lo hacen porque en la experiencia la incertidumbre es parte usual de las relaciones.

El estado de desarrollo de la inteligencia artificial al momento no permite sortear exitosamente dichos inconvenientes, no provee herramientas

suficientes para sustentar el nivel de análisis abstracto que requieren ciertas situaciones sobrevinientes a la contratación.

La evolución del contrato inteligente depende, para su aplicación universal, de la capacidad de las computadoras de procesar acabadamente el leguaje natural (*natural language processing*) como desarrollo propio de la inteligencia artificial y que complementa de manera prometedora a los *smart contracts*.

Entiendo que el camino se encuentra endeerezado hacia ese destino, aunque mientras ello ocurre aparecen soluciones de la mano de la reintroducción de la discrecionalidad humana en la ecuación.

Este es el caso de Kleros (9), un protocolo de código abierto destinado al arbitraje de conflictos, aplicable a los *smart contracts*, que funciona básicamente seleccionando aleatoriamente personas humanas que actúan como jurados, utilizando la tecnología del *Ethereum blockchain*. El sistema prevé premios y recompensas para los jurados que resuelvan los casos de manera coincidente con la mayoría, e incluso estipula un sistema de revisión de las decisiones.

Esto supone insertar una nota de subjetividad en los contratos, permitiendo la flexibilidad que se reclama para enfrentar la incertidumbre que se señaló, y que sirve de complemento interesante para resolver las deficiencias que, para combinarse con los contratos inteligentes, presenta a la fecha la inteligencia artificial (10), sin dejar de reconocer los grandes avances que sobre esa tecnología se han logrado.

#### IV. El diseño convencional

La humanidad que se arroja por una ventana entra, sin embargo, por otra, y lo hace en función de la exigencia de diseñar adecuadamente

---

(6) RASKIN, Max, “The Law and Legality...”, ob. cit.

(7) Ver al respecto la evolución de los contratos inteligentes propuesta por SURDEN, Harry, “Computable Contracts”, *U. C. Davis L. Rev.*, vol. 46, 2012.

(8) SURDEN, Harry, “Computable Contracts”, ob. cit., p. 633.

(9) Véase <https://kleros.io/es/>.

(10) Ver al respecto MONTEIRO, Emiliano — RIGHI, Rodrigo — KUNST, Rafael — ANDRÉ DA COSTA, Cristiano — SINGH, Dhananjay, “Combining Natural Language Processing and Blockchain for Smart Contract Generation in the Accounting and Legal Field”, 2021, *10.1007/978-3-030-68449-5\_31*.



la convención; más que nunca, resulta necesario determinar con precisión los límites del contrato.

Si no es posible modificar la trayectoria del proyectil, resulta imperioso apuntar con precisión. Los *smart contracts* no se encuentran exentos de errores en su programación, de la presencia de *bugs*, que implican que las prestaciones no se ejecuten como las partes lo han previsto o querido.

Es en este ámbito en el que el actuar humano se reintroduce con fuerza, en tanto todo contrato inteligente requiere, sin excepción, una traducción de las condiciones estipuladas por las partes en lenguaje programable. Esta tarea, además de necesaria, resultará tan exigente como la intervención que se pretenda en la ejecución: a mayor automatización de las prestaciones, más completa y acabada deberá ser esa traducción.

Realizar la traducción no es otra cosa que desarrollar el diseño convencional; es la traducción de la voluntad de las partes a las instrucciones programadas autoejecutables del contrato inteligente.

La tarea de los profesionales del derecho para estructurar las condiciones contractuales nodales se presenta como evidente y necesaria, un quehacer que deberá adaptarse a las necesidades de un lenguaje no natural y que requerirá la intervención interdisciplinaria.

Sin embargo, no puedo dejar de señalar que la promesa de reducción de costos transaccionales que traen los contratos inteligentes esconde el desplazamiento de la ciencia del derecho en la tarea de diseño mencionada, y que pretende ser

monopolizada por la informática (11). No pretende esto ser un ataque a la aplicación o avance de los *smart contracts*, mas sí una advertencia a los profesionales del derecho para que no abduquen esa función, atendiendo a que un correcto desempeño requerirá una fuerte adaptación a los fines de poder cumplir con la demanda social.

También es importante indicar que cualquier defecto de diseño, por la inexistencia de cláusulas razonables de escape o su inflexibilidad, redundará en el fracaso rotundo de la promesa tecnológica, en la generación de un conflicto complejo que será absorbido por el sistema tradicional de resolución de contiendas que se pretende evitar.

## V. Conclusiones

La tecnología es prometedora, es auspiciosa, en cuanto intenta brindar seguridad, objetividad, uniformidad, acceso, inmutabilidad y transparencia a las relaciones contractuales globales.

El trabajo del sistema jurídico será más arduo que solo absorber la problemática, y deberá acompañar el fenómeno de forma de evitar que las propuestas fracasen. La ciencia jurídica debe ponerse al frente de esta tarea para garantizar el cumplimiento acabado de aquellas promesas.

---

(11) Ver, por ejemplo, la tesis doctoral de Hvitved, que trabaja la traducción de los contratos a lenguaje de programación desde la ciencia informática (HVITVED, Tom, "Contract Formalization and Modular Implementation of Domain-Specific Languages", PhD thesis, Department of Computer Science, University of Copenhagen —DIKU—, noviembre de 2011).

# Administraciones públicas y *blockchain*

Piergiuseppe Otranto (\*)

Federico Lacava (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El rol de los poderes públicos y la *blockchain*.— III. De los procedimientos administrativos y otros efectos.— IV. *Blockchain* y decisión administrativa.— V. La idea de una *blockchain governance*.— VI. Reflexiones finales.

## I. Introducción

Entre otros efectos y consecuencias, el fenómeno de la *blockchain* somete dos polos conceptuales a una fuerte tensión, presentando no pocos desafíos.

El primero de ellos atañe a su relevancia global. En realidad, no solo la globalidad del fenómeno en sí, sino también de sus respectivas reglas jurídicas.

El segundo polo conceptual concierne a la “descentralización”, entendida como el trazo

característico de la era que estamos viviendo y, por consiguiente, se refiere a los impulsos centrífugos a los que nuestros ordenamientos están constantemente sometidos.

Sin duda, la temática que nos convoca es valiosa, porque permite afrontar los múltiples perfiles de interés desde una perspectiva supranacional, ámbito en el cual son los principios los que iluminan el objeto del análisis, escapando así, como ángulo visual, de aquellos más estrechos propuestos por los ordenamientos nacionales.

La temática también es valiosa en orden a su tempestividad, porque afronta un fenómeno, como es el de la tecnología *blockchain*, que se caracteriza por su fluidez, encontrándose en pleno desarrollo.

En el caso, la doctrina (1) ha reflejado frente al fenómeno una reacción inmediata, podría de-

---

(\*) Laureado en Giurisprudenza en la Università degli Studi di Bari, Aldo Moro. Investigador docente de la citada institución. Accedió por concurso público nacional al cargo de profesor asociado de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Bari, el que actualmente desempeña. En el año 2018 fue premiado por la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Es autor de dos obras bibliográficas y de numerosas colaboraciones en revistas jurídicas italianas y argentinas. Desarrolla también funciones como asesor de empresas públicas nacionales y de comunas.

(\*\*) Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Especialista en Derecho de la Unión Europea por la Universidad de Castilla-La Mancha y especialista en Magistratura Judicial por la Universidad Nacional de San Martín. Se desempeña como profesor de Derecho Administrativo y Derecho Comunitario en la Universidad de Concepción del Uruguay, y de Ética Profesional en la Universidad Nacional de Entre Ríos. Es coautor de obras bibliográficas y de numerosas colaboraciones en revistas jurídicas argentinas e italianas. Es actualmente juez, por concurso, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 2 de Entre Ríos.

---

(1) Sin que las referencias se agoten en ellas, podemos remitir a los exquisitos trabajos de POLLICINO, O. — DE GREGORIO, G., “Blockchain and Public Law. Global Challenges in the Era of Decentralisation”, Ed. Edward Elgar, Cheltenham (UK) — Northampton (USA), 2021; CALDARELLI, S., “L’uso della tecnologia *blockchain* nel settore delle Pubbliche Amministrazioni: tra ‘mito’ e realtà giuridica”, *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, nro. 4, 2020, p. 857; FAINI, F., “*Blockchain* e diritto: la ‘catena del valore’ tra documenti informatici, *smart contracts* e *data protection*”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, nro. 1, 2020, p. 297; GALLONE, G., “*Blockchain*, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione”, *Il Diritto dell’Economia*, nro. 100, vol. 3, 2019, p. 187. También el volumen monográfico de *Federalismi.it*, nro. 2, 2021, particularmente los trabajos de MACCHIA, M., “*Blockchain* e Pubblica Amministrazione”, ps. 117-129; VERZARO, M.,

cirse que poco común, aprendiendo quizás de la historia reciente, tal lo ocurrido con las reflexiones sobre redes de internet o sobre inteligencia artificial que se desarrollaron tímidamente, al menos en el debate nacional, luego de algunos años de la emersión de esas tecnologías.

## II. El rol de los poderes públicos y la *blockchain*

Es conocido que, en la lógica de la *blockchain*, la confianza sobre la fiabilidad del dato no se forma a través del reconocimiento de una posición cualificada a uno de los actores, sino más bien mediante el involucramiento directo de los interesados, los cuales desenvuelven un rol activo de validación y aprobación resumible en la expresión *don't trust, verify* (2).

En este sentido, la *blockchain* representa una forma avanzada de desintermediación. Mediante un mecanismo basado en la criptografía, pero también, y por sobre todas las cosas, en el *consenso* de todos aquellos que participan del registro distribuido, se suministra certeza a un conjunto de datos.

En un escenario así, resultaría fuertemente mitigado el rol de la autoridad pública, que en los ordenamientos complejos esté llamada a absolver la función de reducir la complejidad generando certidumbre, según la formulación de Romano Tassone (3).

Por tanto, bien podría imaginarse —siguiendo un pensamiento cripto-anárquico— que la difusión de la tecnología *blockchain* podría conducir a un mundo sin autoridad, donde el poder deja su espacio a la fragmentación.

Naturalmente, un escenario de este tipo se presta como objeto privilegiado de estudio para

“La *blockchain* e il fabbisogno di personale nella Pubblica Amministrazione”, ps. 195-201; MARCHESI, M., “*Blockchain* pubbliche e *permissioned*: una questione di fiducia”, ps. 140-151, y GHEZZI, P., “La *blockchain* per le politiche pubbliche”, ps. 103-105.

(2) Cfr. GALLONE, G., “*Blockchain*, procedimenti amministrativi...”, ob. cit., p. 200.

(3) Remitimos a ROMANO TASSONE, A., “Amministrazione Pubblica e produzione di certezza”, *Diritto Amministrativo*, 2005.

el “derecho administrativo global” (4) —y para aquellas reflexiones que prefiguran la innecesariedad de los Estados nacionales (5)— desde una perspectiva del gobierno de los intereses y de las funciones de bienestar que vaya “más allá del Estado” [evocando el título del conocido estudio del Prof. Cassese del 2006 (6)].

Ya en la época de la difusión de internet, la idea de que pudiesen ser los mismos usuarios de la web quienes dotasen de reglas válidas en ese ambiente, ámbito privado —solo teóricamente— de territorio, ha mostrado toda su inadecuación para describir un fenómeno mucho más complejo.

Como enseña autorizada doctrina (7), internet no estuvo en condiciones de realizar aquel sueño de libertad y autogobierno en el cual muchos habían creído. Por el contrario, como demuestra el conocido caso de ICANN (8), las redes nos han colocado frente a poderes públicos ejercitados mediante organismos formalmente privados y, por ende, tendencialmente excluidos de los mecanismos de contrapeso que, a partir de la garantía de tutela jurisdiccional, los ordenamientos han elaborado para tutelar al ciudadano del ejercicio ilegítimo de la autoridad.

Al mismo tiempo, ha sido la misma estructura y naturaleza de la web la que ha permitido la consolidación en cabeza de particulares de incisivos poderes en grado de incidir sobre el mismísimo derecho de acceso a la red por parte de los usuarios.

(4) Cfr. CASSESE, S., “Il diritto amministrativo globale: una introduzione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nro. 2, 2005, p. 331. También, en español, MERCÉ DARNACULLETA GARDELLA, M., “El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, nro. 199, Madrid, enero-abril de 2016, ps. 11-50.

(5) Cfr. HABERMAS, J., “Más allá del Estado nacional”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

(6) Se alude a la monografía de CASSESE, S., “Oltre lo Stato”, Ed. Laterza, Roma — Bari, 2006.

(7) Véase POLLICINO, O. — DE GREGORIO, G., “Blockchain and Public Law...”, ob. cit., p. 5.

(8) Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), organización supranacional encargada de coordinar el sistema de nombres de dominio de internet. Ampliar en <https://www.icann.org/>.

rios e, incluso, sobre la respectiva libertad de manifestación del pensamiento.

Entonces, el enfoque cripto-anárquico respecto de la tecnología *blockchain* debe ser remediado a través de una profunda reflexión sobre aquello que podrá y deberá ser el rol de los poderes públicos en el gobernar una innovación tecnológica que, según algunos (9), tendría efectos mucho más disruptivos que el advenimiento de la web.

De hecho, estamos de modo innegable en el medio de una profunda transición que embiste con rigurosidad sobre las propias categorías y conceptos de soberanía, ciudadanía, territorio. Sobre el punto, basta recordar la relación disruptiva que existe entre las criptomonedas y el monopolio estadual en la emisión y en la función de gobierno de la moneda.

### III. De los procedimientos administrativos y otros efectos

La *blockchain* ofrece a la Administración Pública enormes potencialidades, sobre todo en el ámbito de las funciones de certificaciones y de control (10).

Es evidente que una tecnología que tiende a suministrar confianza a través de mecanismos de control claramente reticulares y parcelados incide sobre el rol que los poderes públicos desenvuelven en el contralor de padrones, elencos, registros públicos, en la emanación de certificados, certificaciones o testimonios. Se trata de actividades mediante las cuales las diversas Administraciones tradicionalmente introducen, en el circuito de las relaciones y de los intereses, informaciones, en el ejercicio de una función pública productora de certeza jurídica y estabilidad de las relaciones sociales.

Y, de hecho, son numerosísimos los casos de uso de la *blockchain* en materia de registros inmobiliarios o en los registros públicos automotores, como recuerda el ensayo de Hermstrüwer (11).

(9) Cfr., entre otros, FAINI, F., “*Blockchain e diritto...*”, ob. cit., p. 197.

(10) Cfr. GALLONE, G., “*Blockchain, procedimenti amministrativi...*”, ob. cit., p. 193.

(11) Cfr. HERMSTRÜWER, Y., “*Blockchain and Public Administration*”, en POLLICINO, O. — DE GREGORIO, G.,

También en ámbitos procedimentales la nueva tecnología podría ser empleada, sea durante la sustanciación del procedimiento, como por ejemplo en la adquisición de las posiciones en el seno de la conferencia de servicios (12), sea en los concursos públicos o en los procedimientos de selección del contratista.

Desde esta perspectiva, el rol de la Administración podría ser el de ejercitar sus propias funciones y erogar sus propios servicios mediante el empleo eficaz de la nueva tecnología; ergo, el rol de afirmar el *government by blockchain*.

Los linderos organizativos nos impiden en esta sede recordar todas las aplicaciones —incluso aquellas de carácter experimental— de la *blockchain* en la actividad administrativa.

No obstante, ha de recordarse que están en curso, para implementar soluciones basadas en el modelo del *no double spending*, experimentaciones vinculadas: 1) a la gestión del padrón electoral y del derecho de voto; 2) al sistema para el trazado de los residuos; y 3) a la gestión de las pólizas de garantía en los contratos públicos.

También es útil recordar que en el PNRR (13), el recurso a la *blockchain* adquiere relevancia en el ámbito de la *recovery procurement platform* (14). Con esta línea de acción, el gobierno italiano entiende innovar el sistema nacional de *e-procurement* a través del *smart procurement*, vale decir, mediante la digitalización completa del procedimiento de compras (desde la evaluación de las exigencias hasta la ejecución del

*Blockchain and Public Law...*, ob. cit., ps. 109-110.

(12) Instituto que rige con todo vigor en el procedimiento administrativo italiano y en las provincias argentinas que lo receptan, como, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos de Santa Fe.

(13) Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) se refiere a ciertas líneas guía que reflejan la voluntad del gobierno italiano de realizar infraestructuras necesarias en sectores estratégicos para relanzar la economía y crear valor sostenible a largo plazo. En esa dirección, las licitaciones públicas y el *e-procurement* se erigen en los ejes fundamentales del desarrollo. La reforma moderniza el sistema nacional de contratación pública. Ampliar en [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR\\_0.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf).

(14) Con esta expresión se identifica a la digitalización y el reforzamiento de la capacidad administrativa de las Administraciones adjudicantes.

contrato, la declaración y la verificación de los requisitos para la participación en las licitaciones públicas y las sesiones de subasta digitales). En el PNRR se prefigura el recurso a un *status chain* para la actividad de verificación y *audit* de los procesos de *e-procurement* mediante el uso de la tecnología *blockchain*.

Como emerge de un informe publicado días previos a la redacción del presente por parte del Banco Europeo de Inversiones y la Comisión, entre el año 2009 y el 2019 fueron invertidos casi 85 mil millones de euros en tecnología *blockchain* e inteligencia artificial, con un crecimiento anual de los relativos mercados del 38%.

No obstante que la Unión Europea se encuentre a la vanguardia en la investigación aplicada al campo de la *blockchain*, en comparación con los Estados Unidos y China, el sistema presenta un *gap* de inversión de entre 5 y 10 mil millones anuales, que deberá ser cubierto mediante consistentes inversiones, incluso públicas.

Pero dejemos por un instante los números y volvamos al discurso jurídico.

Las consecuencias de consolidar el *government by blockchain* podrían ser disruptivas sobre los ejes institucionales en la medida en que la nueva tecnología, con su paradigma de participación directa y fragmentación, mina desde los cimientos el rol mismo de las organizaciones estatales como instituciones capaces de gobernar la complejidad.

#### IV. *Blockchain* y decisión administrativa

Como es sabido, históricamente el cambio de la *forma* de la relación entre el ciudadano y la Administración (y entre Administraciones) viene acompañado de una mutación de la *sustancia* del actuar público y de la estructura de la decisión.

Si a través de los nuevos (y, a la fecha, imprevisibles) empleos de la tecnología *blockchain* se debiese acentuar el carácter multipolar del procedimiento administrativo, será la decisión administrativa misma la que en cierto modo cambiará su naturaleza.

Pero tal mutación no puede —ni debe— tener lugar a expensas de los derechos fundamenta-

les en torno a los cuales nuestras democracias se han estructurado y fortalecido (15), y, entre ellos, el derecho a una buena administración.

Por otro lado, al proceso de mutación de la decisión administrativa no le resulta extraño el advenimiento de los sistemas de inteligencia artificial que, como es bien conocido, con sus propias e inescrutables “cajas negras” de las que surge la decisión administrativa, han generado no pocas dudas (también en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado) sobre su empleo por parte de una Administración que aspire a ser realmente transparente en sus propias decisiones (16).

Y aquí la contraposición entre “Administración como casa de vidrio” e inteligencia artificial como “caja negra” evoca en imágenes la complejidad de las mutaciones sistémicas que estamos atravesando.

El discurso sobre el empleo de sistemas de inteligencia artificial por parte de los poderes públicos no debe aparecer excéntrico respecto de nuestro análisis. Inteligencia artificial y *blockchain* son tecnologías estrechamente correlacionadas y potencialmente sinérgicas, como recuerda el ya citado informe del Banco Europeo de Inversiones y la Comisión.

El advenimiento de modelos procedimentales estructurados a través de *blockchain* y la adquisición de datos digitalizados y “ciertos” podrían naturalmente empujar a la Administración a utilizarlos como combustible (particularmente valioso, porque es puro) para los potentísimos “motores” de la inteligencia artificial.

Tal decisión ordinamental produciría el efecto no deseado de reducir la flexibilidad de la decisión administrativa. De ello derivarían numerosas consecuencias. Por ejemplo: 1) la Administración se tornaría mayormente rígida, perdiendo los beneficios que los “comportamientos adaptativos” de los dependientes públicos producen en el funcionamiento de las organizaciones com-

(15) LACAVA, F., “Actos administrativos automáticos en el marco del Estado constitucional de derecho”, *ED Administrativo* del 03/12/2019, ps. 5-14.

(16) OTRANTO, P., “Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità”, *Federalismi.it*, nro. 7, 2021, p. 187.

plejas; 2) los institutos de la anulación de oficio y de la revocación resultarían profundamente modificados; 3) se agudizaría el problema de la llamada Administración “defensiva”, en consideración al probable allanamiento de la decisión administrativa a lo sugerido por la máquina.

Por cierto, con estas consideraciones no se entiende preconizar la marginación de los actores públicos del ejercicio de la autoridad en la adopción del acto administrativo.

### V. La idea de una *blockchain governance*

No obstante, nos parece útil señalar que el rol de la Administración se enriquece de una ulterior tarea, servicial respecto al ejercicio del poder: construir el mismo sistema *blockchain*, estableciendo los requisitos técnicos y el régimen de operatividad siguiendo las tradicionales reglas sustanciales propias de cada procedimiento y de modo que sean garantizados los principios del debido procedimiento administrativo y, con él, el principio de legalidad. Por consiguiente, podemos hablar de tareas de *blockchain governance* (17).

Se hace necesario reflexionar sobre la necesidad de que el progresivo involucramiento de los particulares garantizado por la nueva tecnología (que puede latamente considerarse expresión del principio de subsidiariedad horizontal) no conduzca a la afirmación de la centralidad de reglas técnicas o de matriz privatista como parámetros a los cuales ligar la legitimidad de la acción administrativa. El riesgo estaría en un peligroso debilitamiento del principio de legalidad en el ordenamiento democrático y de una desresponsabilización de los poderes públicos en la definición de las reglas de funcionamiento de los sistemas a través de los cuales la Administración incide sobre el orden de las relaciones y de los intereses.

Dichas reglas culminarían por ser delineadas por sujetos particulares carentes de legitimación democrática alguna y cuyo obrar podría incluso escapar al control de los jueces nacionales, también por problemas ligados a perfiles de jurisdicción.

---

(17) Utilizamos el sintagma tal como lo usa GALLONE, G., “*Blockchain, procedimenti amministrativi...*”, ob. cit., p. 196.

Además, los protocolos (aun compartidos y aplicados por todos los usuarios de un determinada *blockchain*) son concretamente predispuestos por un núcleo restringido de “expertos” de la materia, por lo que la idea misma de descentralización resulta fuertemente redimensionada si se refiere a la función de producción de las reglas del ecosistema.

Corresponde también preguntarse si la concentración de la potencia de cálculo del sistema en servidores colocados en determinadas áreas geográficas (como, por ejemplo, en China, tal como acontece con el registro distribuido del *bitcoin*) resulta compatible con la predicada “descentralización” del sistema.

Por otra parte, no podemos dejar de remarcar que mientras la tecnología empuja hacia modelos descentralizados de disciplina de las relaciones y de los intereses, el ordenamiento administrativo desde hace ya un tiempo se mueve hacia un modelo que vuelve a atribuir al Estado central poderes siempre más amplios para la solución de los conflictos interinstitucionales. Basta pensar en la nueva disciplina del silencio entre Administraciones o sobre la superación de los disensos en el seno de la conferencia de servicios, o en la renovada centralidad del ordenamiento nacional y de la organización estadual en las acciones para enfrentar la pandemia (18), el poder sustitutivo del Consejo de Ministros delineado por el dec.-ley de simplificación 77/2021, en el caso de retardos de los entes territoriales en la actuación de los proyectos del PNRR.

Las sindicadas tareas de *blockchain governance* nos inducen a algunas consideraciones conclusivas sobre el conocido vínculo que existe entre acción administrativa y organización de la Administración.

Bajo el perfil de la organización, se hace necesario dotar a los organismos públicos, por sobre todas las cosas, de infraestructura, de *software* y *hardware* idóneos para soportar el uso eficiente de las nuevas tecnologías. Pero también es indispensable dar curso a un programa de reclutamiento de funcionarios públicos que, por edad y

---

(18) Se remite a las observaciones de BALBÍN, C., “Crisis del derecho administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 269.

por formación cultural, estén en grado de gobernar un proceso en evolución que amenaza con arrollar a la Administración.

Se trata entonces de asumir la función de guiar la *blockchain governance* a través de una coordinación técnica y jurídica que garantice el funcionamiento del sistema. También acá la historia reciente nos enseña que, con el advenimiento de la web, los poderes públicos se han debido ocupar no solo de gobernar *a través* de internet, sino, además, de gobernar el funcionamiento mismo de internet.

## VI. Reflexiones finales

Mientras nos interrogamos sobre las reglas más idóneas para gobernar el impacto de la nueva tecnología, debemos poner de resalto que, en la praxis, ya se encuentran ampliamente difundidas las aplicaciones de *blockchain* y, por carácter transitivo, los inevitables conflictos que ellas generan, los que ya han recalado en nuestros tribunales.

En esa dirección, en tiempo reciente algunas asociaciones constituidas para la promoción de la tecnología *blockchain* impugnaron el acto administrativo del ente tributario por medio del cual se había establecido para el contribuyente italiano la obligación de incluir en su declaración de ganancias a las monedas virtuales.

Los recurrentes, entre otras cosas, sostuvieron que “la aptitud de las monedas virtuales para ser cambiadas por monedas de curso legal o bien para ser transferidas a cambio de bienes o servicios representa la voluntad de quien se sirve de participar en una *network* de la que comparte el subyacente fundamento ideológico-cultural —basado en la desintermediación respecto a las instituciones centrales— que extrae la característica esencial de forma de comunicación y manifestación del pensamiento”, y “que una característica esencial de tal instrumento sería su ‘ausencia de territorialidad’”.

Mediante sentencia 1077/2020, el Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) Lazio rechazó el recurso considerando no admisible la tesis de los recurrentes y, en lo que aquí interesa, no compartible “la afirmación de una suerte de extraterritorialidad absoluta, entendida como exclusión de (toda) jurisdicción nacional”.

Podemos decir, entonces, que es este el tiempo en el cual el jurista está llamado a reflexionar desde una doble perspectiva: por un lado, mirando al presente y, por consiguiente, al estudio de las reglas vigentes y al análisis de los actuales empleos y potencialidades de las tecnologías; por el otro, proyectándose hacia el futuro de ellas en el campo de la Administración, circunstancia que, si bien podría catalogarse de prematura, no debería sorprendernos, ni menos encontrarnos no preparados.

# El Congreso sesionó por primera vez en forma remota

El Poder Legislativo en épocas de virtualidad. El impacto del COVID-19 en el ámbito parlamentario. Nuevas modalidades de funcionamiento legislativo en Argentina e Italia

Leandro López (\*)

Las implicancias que ha tenido el COVID-19 son múltiples; generalmente, los análisis se ubican en torno a las consecuencias sanitarias, epidemiológicas y económicas producto de la pandemia (1). Más allá de reconocer la necesidad de profundizar los efectos de la pandemia en términos sanitarios, creo importante y oportuno analizar cómo, desde el fenómeno sanitario, los diferentes Estados han tenido que reformular sus prácticas institucionales tradicionales.

En este sentido, la lógica de la política tuvo que adaptarse a los cambios presentes y modificar el tradicional desarrollo de la tarea legislativa, desde la forma presencial a una virtual. Si bien en un comienzo existieron dudas sobre el funcionamiento remoto y la legitimidad del proceso legislativo, la magnitud de la pandemia y la política de confinamiento vivida posibilitaron la obtención de los consensos necesarios para el cambio de la modalidad presencial a una virtual. La crisis sanitaria a escala global hizo que la política y el

sistema democrático adoptaran nuevas formas y modalidades de funcionamiento, ya que las instituciones democráticas y particularmente las representativas no pueden clausurarse bajo ningún aspecto, y más teniendo en cuenta que todo sistema constitucional, si bien no predice una pandemia específica, si tiene previstos mecanismos institucionales, legales y legítimos para actuar en situaciones de excepcionalidad como es la presente, sin poner en riesgo el desarrollo del propio sistema ni su naturaleza.

Estos cambios producto del COVID-19 son menos dificultosos en términos del ejercicio del poder en el ámbito del Poder Ejecutivo, ya que el proceso de toma de decisiones es unilateral, posee una lógica directa y direccionada diferente al ámbito parlamentario, donde —al ser un órgano colegiado, con representación de diferentes intereses y con una lógica de debate y búsqueda de consenso— hizo que esa adaptación fuera mucho más radical que en el Poder Ejecutivo.

En definitiva, la pandemia obligó al sistema legislativo a reformularse necesariamente, no solo para preservar la salud y la vida de los representantes, sino la del personal legislativo, que es un pilar en la tarea parlamentaria. Por ese motivo, y más allá de las particularidades de los diferentes modelos que se aplicaron, los diferentes Parlamentos del mundo se vieron obligados a consensuar diferentes protocolos que incluyeran modalidades nuevas que permitieran su funcionamiento, garantizando la continuidad institu-

---

(\*) Licenciado en Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Posgrado en Ciencia Política y Sociología de FLACSO. Investigador categoría V de la Secretaría de Políticas Universitarias. Docente de Derecho Político de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales e investigador del Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de la Plata.

(1) La Organización Mundial de la Salud (OMS) la reconoció como una pandemia el 11/03/2020.



cional sin riesgos de delegación de facultades al Poder Ejecutivo.

Esta adopción de protocolos frente al COVID-19 obviamente supuso la admisión de la modalidad virtual, remota o semipresencial, que combinaba un reducido número de miembros del Parlamento en el espacio físico del recinto tradicional, y el resto de los integrantes del cuerpo desde sus hogares o desde otros ámbitos, sin la necesidad de estar presentes, pero garantizando la participación plena en el debate y en las votaciones. Este último modelo, que supone una semipresencialidad combinada con participación remota, es el que han adoptado la mayoría de los Parlamentos; tal es el caso de la Argentina e Italia. Debemos destacar que ambos Parlamentos son sistemas bicamerales, compuestos ambos por senadores y diputados, por lo cual fue necesario que estas Cámaras, en forma independiente, pero coordinadamente, reformaran sus respectivos reglamentos. Asimismo, tampoco es un tema menor la circunstancia de que estos países tengan un Poder Legislativo numeroso en términos de miembros (2), lo cual hacía más imperiosa la continuidad del proceso legislativo con una modalidad remota.

Es importante mencionar que la inclusión de mecanismos remotos, virtuales, con semipresencialidad es una reforma al sistema legislativo tanto en regímenes presidenciales —como es el caso argentino— como en regímenes parlamentarios —que es el caso de Italia—. Si bien en los regímenes parlamentarios, por la propia lógica de su división de poderes flexible, el accionar del Parlamento es más necesario y frecuente, los regímenes presidenciales, a pesar de su división rígida (3) de poderes, necesitan también una participación plena del órgano legislativo, si no quieren incurrir en la delegación de facultades o en la discrecionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, que si bien son mecanismos constitucionales terminan desdibujando el rol del Poder Legislativo en detrimento del Ejecutivo. Es im-

(2) En el caso argentino, el Poder Legislativo está integrado por 257 diputados y 72 senadores, totalizando 329 representantes. En el caso italiano, el Parlamento está compuesto por 630 diputados y 320 senadores.

(3) DEL ÁGUILA, Rafael, “Manual de ciencia política”.

portante recordar que tanto la Constitución argentina como la italiana son claras con respecto a la delegación de facultades y a los períodos de excepcionalidad (4).

No es un dato menor expresar que en el caso italiano y argentino la instrumentación de esta nueva modalidad que podemos llamar virtual se hizo más dificultosa, debido a que ambos tienen sistemas bicamerales (5), razón por la cual fue necesario que diputados y senadores consensua-

(4) En el caso argentino, el art. 29 expresa: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”. Del mismo modo, el art. 76: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”. En el caso de Italia, el art. 76 agrega: “No se podrá delegar al gobierno el ejercicio de la función legislativa sino especificando los principios y criterios directivos y únicamente por plazo limitado y para objetos determinados”. En el mismo sentido, el art. 77: “No podrá el gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”.

(5) La Constitución argentina establece la bicameralidad en el art. 44: “Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación”. Del mismo modo lo hace la Constitución italiana en su art. 55: “El Parlamento se compone de la Cámara de Diputados y del Senado de la República. El Parlamento se reunirá en sesión común de los miembros de las dos Cámaras únicamente en los casos previstos por la Constitución”.

ran protocolos de funcionamiento para cada uno de ellos.

En un comienzo del debate sobre la introducción de la virtualidad en el proceso legislativo, se plantearon serias dudas con respecto no solo a la constitucionalidad de la modalidad, sino a la legitimidad de la legislación resultante bajo esta modalidad absolutamente innovadora. Con relación a ello, anteriormente dije que los ordenamientos jurídicos reconocen la excepcionalidad en determinadas circunstancias o momentos históricos; generalmente lo hicieron en casos de conmoción interior; invasión exterior; etapas de guerra, donde se garantiza por sobre la coyuntura específica el pleno ejercicio del Parlamento; este no era el caso puntual, pero sí una excepcionalidad no prevista.

Esta introducción de nuevos protocolos tiene un peso significativo en la configuración del rol del Parlamento como institución, ya que establece que, por sobre la modalidad presencial (que todos apoyamos cuando las condiciones son óptimas), vinculada al tradicional recinto de sesiones o casa de leyes, existe un derecho superior, que es la representación popular conferida en elecciones libres, que no puede ser negada ni suspendida por cuestiones excepcionales. En este caso, el uso de la tecnología, con los debidos protocolos y sistemas de seguridad recomendables, permitió que los Parlamentos siguieran cumpliendo su rol fundamental, garantizándose la naturaleza jurídica y política que por otro lado reconocen los sistemas constitucionales.

El reconocimiento del COVID-19 como una pandemia de carácter global hizo que los Parlamentos —en este caso, de la Argentina e Italia— tomaran y concibieran a la pandemia dentro de las excepciones que las propias Constituciones contemplan. Por ejemplo, la Constitución italiana prevé en su art. 64 la autonomía expresa que tienen ambas Cámaras del Parlamento para dictar sus propios reglamentos internos (6), del

---

(6) Art. 64, Constitución italiana: “Cada Cámara adoptará su propio reglamento por mayoría absoluta de sus miembros. Las sesiones serán públicas por cada una de las dos Cámaras y el Parlamento en sesión conjunta de ambas podrá acordar reunirse en sesión secreta. No serán válidos los acuerdos de cada una de las Cámaras y del Parlamento si estuviere presente la mayoría de sus respectivos componentes y, si no se adoptan, por mayoría de los presentes a menos que la Constitución exija una mayoría especial. Los

mismo modo sucede en el ordenamiento constitucional argentino, en el art. 66, CN (7). Es decir, tanto la Constitución italiana como la argentina, en sus respectivos arts. 64 y 66, parten de la premisa de que el Poder Legislativo, con los consensos necesarios, tiene la plena autonomía para dictar mediante sus respectivos reglamentos las modalidades de funcionamiento, contemplando lo que ha sucedido en el 2020 y 2021, y así funcionar sin poner en riesgo el sistema republicano de gobierno.

Como una primera conclusión, se puede apreciar que el funcionamiento remoto ha garantizado no solo la tarea legislativa, sino el acompañamiento desde lo legislativo de las diferentes iniciativas que se requerían en el marco de la pandemia; asimismo, que, más allá de las críticas que puede acarrear esta modalidad —que solo debe ser analizada y tenida en cuenta en el marco de una situación excepcional—, ha posibilitado un fortalecimiento del sistema institucional, en el sentido de que no fue necesaria una interrupción o suspensión de la labor legislativa, sino que, por el contrario, el número de sesiones parlamentarias o reuniones plenarias fue superior en muchos casos al de las etapas que podríamos considerar normales, por lo menos desde el punto de vista sanitario.

Como segunda conclusión, es imposible no argumentar sobre la autonomía que tiene el Poder Legislativo en materia de organización de su tarea parlamentaria, garantizada por ambas Constituciones mencionadas más arriba. El establecimiento de una modalidad remota solamente fue posible por la creación de los consensos necesarios que permitieron un sólido entendimiento entre los principales partidos políticos con representación parlamentaria, que entendieron que era necesario readaptarse y redefinir una

---

miembros del gobierno tendrán derecho, aun en caso de que no formen parte de las Cámaras, y la obligación si se les requiere, de asistir a las sesiones. Deberán ser escuchados cuantas veces lo pidan”.

(7) Art. 66, CN: “Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos”.

modalidad acorde al momento histórico, garantizando no solo el funcionamiento del Congreso, sino también el sistema de controles tan necesarios por parte del Legislativo con relación al Ejecutivo, sin caer en la delegación de facultades o en el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia. Esta lógica pragmática es la que posibilitó un fortalecimiento de nuestros sistemas institucionales, y marcará un antes y un después en materia de funcionamiento parlamentario.

Por último, es necesario destacar la seguridad del sistema remoto. En este sentido, ambos países tienen casos de corrupción —extremadamente conocidos— por el manejo del Parlamento durante la votación de leyes clave, donde se ha cuestionado la legalidad del quórum, prácticas que han producido una crisis de legitimidad y de representación muy notoria en ambos países en los años 90. Sin embargo, por su seguridad, el sistema remoto aplicado en estos

Parlamentos ha estado alejado de sospechas de fraude o de inseguridad informática, ya que se han establecido también estándares de seguridad en materia de funcionamiento en contextos de virtualidad que anteriormente desconocíamos, despejando dudas y dotando al sistema de una seguridad hasta ahora incuestionable, superando la confiabilidad que tienen los procedimientos de voto electrónico, por ejemplo, en el ámbito democrático. La inclusión del procedimiento remoto y la lógica virtual deben ser tenidas en cuenta para esta etapa de excepcionalidad, pero no deben ser descartadas totalmente, ya que esta crisis, además de las terribles consecuencias que ha dejado, presentó una oportunidad para discutir y aplicar procedimientos modernos mediante el uso de tecnología informática, que en los casos analizados contribuyó a la permanencia y continuidad del orden institucional.

# Smart contracts

Nicolás Jorge Negri (\*)

**Sumario:** I. Orígenes.— II. Concepto y naturaleza.— III. Clasificación.— IV. Conclusión. Necesidad de su regulación.

## I. Orígenes

Los llamados “contratos electrónicos” son una realidad en desarrollo desde hace un tiempo (1). Sin embargo, en los últimos años se ha originado una nueva especie o modalidad: los denominados *smart contracts* o “contratos inteligentes” (2), los que se han puesto en boga a partir

---

(\*) Juez, Argentina. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional de La Plata, Universidad Católica de La Plata, Universidad Austral Argentina. Magíster en Derecho y Magistratura Judicial. Doctor en Ciencias Jurídicas.

(1) MORENO NAVARRETE, Miguel A., “Contratos electrónicos”, Ed. Derecho Civil Hoy, Granada, 2017. LEGE-RÉN-MOLINA, Antonio, “Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los *smart contracts*”, *Revista de Derecho Civil*, nro. 2, vol. V, abril-junio de 2018, “Estudios”, ps. 193-241, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. BIELLI, Gastón E. — ORDÓÑEZ, Carlos J., “Contratos electrónicos”, Ed. Thomson Reuters — La Ley, Buenos Aires, 2020. MÁRQUEZ, José F., “Contratos en tiempos de aislamiento. Los contratos electrónicos”, en PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G. (dirs.), *Efectos de la pandemia COVID-19*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, t. I, ps. 533-571.

(2) Se sostiene que es necesario hacer una distinción entre los contratos electrónicos y los contratos inteligentes. En los contratos electrónicos, el perfeccionamiento se logra por cualquier mecanismo tecnológico, pero su cumplimiento requiere de la participación de una de las partes desempeñando alguna actividad material, como, por ejemplo, cuando se compra un bien a través de un sitio web y este es enviado en físico a la persona que lo adquirió por la compañía vendedora. Es decir, no hay una ejecución automática por medios digitales. En cambio, los contratos legales inteligentes se ejecutan por sí mismos y no requieren la participación física de alguna de las partes. Otro aspecto distintivo de los contratos legales inteligentes consiste en que no son escritos en un idioma tradicional, sino que son elaborados mediante un lenguaje de programación y un código informático, lo cual constituye un gran avance con relación a los contratos electrónicos tradicionales. (BRANCIFORTE, Fernando O., “Las nuevas tecnologías y el derecho”, LA LEY del 22/07/2019; LL AR/

del descubrimiento y generalización de la tecnología de la “cadena de bloques” o *blockchain*, al beneficiarse con las ventajas de la autonomía, seguridad, confianza, menores costos, etc., que tal tecnología nos brinda (3).

Su ámbito de aplicación se halla en plena expansión: automatización de pagos; transferencia de activos (Ujo Music, OpenBazaar, Safe Market); registro y cambio de propiedad de bienes; transacciones energéticas; registración de derechos de propiedad intelectual; seguros; apuestas, ley aplicable, etcétera (4).

Los antecedentes de los *smart contracts* se remontan a un ensayo de Nick Szabo del año

---

DOC/2232/2019. TUR FAÚNDEZ, Carlos, “*Smart contracts*. Análisis jurídico”, Ed. Reus, Madrid, 2018, ps. 51-59. BIELLI, Gastón E. — ORDÓÑEZ, Carlos J., “Contratos electrónicos”, ob. cit., t. II, cap. XXIII).

(3) DABAH, Alejandro D., “Derecho y tecnología: Los ‘contratos inteligentes’ y su legalidad en el derecho argentino”, JA del 11/03/2020; LL AR/DOC/404/2020. SANTARELLI, Fulvio G., “Contratos autoejecutables. *Smart contracts*. Apenas una descripción para proponer su uso virtuoso”, LA LEY del 03/06/2020, ps. 84-97; LL AR/DOC/1615/2020. MARZORATI, Osvaldo J., “Las nuevas tecnologías el impacto de la venta *online* en los contratos frente al *blockchain* y los contratos inteligentes”, RDCO 297-859. ACCIARRI, Hugo, “*Smart contracts*, criptomonedas y el derecho”, LA LEY 2019-B, 1082; LL AR/DOC/1017/2019. MORELL RAMOS, J., “Cómo crear un *smart contract* mediante términos y condiciones”, *Términos y condiciones: derecho tecnológico y legaltech*, 21/09/2016, disponible en <https://terminosycondiciones.es/2016/09/21/como-crear-smart-contract-mediante-terminos-condiciones/>.

(4) MARTÍNEZ, Dora, “¿Qué son los contratos inteligentes? CriptoNoticias, Bitcoin, Blockchain, criptomonedas”, disponible en <https://dortamartinez.com/que-son-los-contratos-inteligentes-criptonoticias-bitcoin-blockchain-criptomonedas/>. HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Smart contracts*: qué son, para qué sirven y para qué no servirán”, Ed. IJ, Buenos Aires, 2020.

1997 (5), aunque —como bien señala Heredia Querro— solo adquirieron relevancia práctica cuando surgieron la *blockchain* y el bitcoin (6).

Originariamente fueron concebidos como una evolución sofisticada de las antiguas máquinas expendedoras de productos, como una bebida, una golosina, etc. (*vending machine*), al pretender proporcionar aquellos elementos jurídicos que puede necesitar la otra parte (garantías, delimitación de los derechos, etc.). *Vending* es un término económico para designar la “venta automática”. La doctrina señala que la utilización de medios automáticos para contratar no constituye una suerte de “contratación”. Estos medios suponen únicamente la interposición de un elemento (la máquina expendedora) que, sin alterar la configuración clásica del contrato como un acuerdo de voluntades, facilita la celebración y ejecución del contrato (7).

## II. Concepto y naturaleza

Los *smart contracts* eran definidos por Szabo como aquellos protocolos de transacciones computarizadas (o informáticas) que ejecutan los términos de un contrato. Constituían un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, dentro de las cuales las partes realizan el programa prestacional sobre estas promesas.

En suma, para esa primera concepción, los *smart contracts* eran una combinación de protocolos, interfaces de usuario y promesas expresadas a través de esas interfaces, para formalizar y asegurar relaciones a través de la red pública (*networks*).

Dicha concepción fue cuestionada por profesores tales como Eliza Mik, al indicar que muchos de los *smart contracts* no son, en realidad,

(5) SZABO, Nick, “The idea of Smart Contracts”, disponible en <https://perma.cc/YED2-ACVP>, ampliado más tarde en “Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”, disponible en <https://perma.cc/U2L2-B34P>.

(6) HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Smart contracts...*”, ob. cit.

(7) MARCO ALCALÁ, Luis A., “La contratación al consumo desarrollada mediante la técnica de *vending*”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto — CALZADA CONDE, María Á. (dirs.), *Contratos mercantiles*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 172. LLAMAS POMBO, Eugenio, “La compraventa”, Ed. La Ley — Wolters Kluwer, Madrid, 2014, ps. 990-991.

contratos en un sentido jurídico, sino más bien programas que se ejecutan en la *blockchain* (8). Mik critica incluso el ejemplo de Szabo de la *vending machine* como antecedente de los *smart contracts*, porque en verdad son solo una oferta para contratar, dirigida a un público indeterminado [o, como dice la doctrina alemana, “relaciones contractuales fácticas” —*faktische Vertragsverhältnisse*— (9)], con tipicidad social, ya que la máquina en sí automatiza la formación y el cumplimiento del contrato cuando el cocontratante inserta una moneda. Lo mismo puede decirse hoy —sostiene Heredia Querro— con relación al *e-commerce* (p. ej., Amazon) o cualquier caso de venta o servicio digital (p. ej., Spotify, Netflix).

Se indica que el solo hecho de que la “lógica de negocio” se programe dentro de un *software* o *hardware* determinado no convierte *ipso facto* a dicho *hardware* o *software* en un contrato (cfr. art. 957, Cód. Civ. y Com. argentino). En otras palabras, “automatizar una transacción, o ciertas partes de la misma, no implica que exista un contrato, ni vuelve a la transacción *per se* inteligente” (10).

Sin embargo, desde una visión menos crítica, se ha definido a los contratos inteligentes como

(8) MIK, Eliza, “Smart contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity”, *Law, Innovation and Technology*, nro. 2, vol. 9, ps. 269-300, disponible en [https://ink.library.smu.edu.sg/sof\\_research/2341/](https://ink.library.smu.edu.sg/sof_research/2341/).

(9) HAUPT, Günter, “Ueber faktische Vertragsverhältnisse”, conferencia inaugural de 1941 en la Universidad de Leipzig, publicada en *Festschrift für Heinrich Siber*, Leipzig, 1943, ps. 1-37. Cfr. BUCHER, Eugen, “La diversidad de significados de *Schuldverhältnis* (relación obligatoria) en el Código Civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones”, p. 29, disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/383\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/383_es.pdf). MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Las relaciones contractuales fácticas, obligaciones que nacen del mero comportamiento, contrato de adhesión, peaje, locación nacida de la ocupación”, LA LEY del 06/05/1993.

(10) HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Smart contracts...*”, ob. cit. En igual sentido, LEVY, Karen, “Book-Smart, not Street-Smart: Blockchain-Based Smart Contracts and the Social Workings of Law”, disponible en <https://estsjournal.org/article/view/107>, p. 3. BLACK, David, “Blockchain Smart Contracts aren’t Smart and aren’t Contracts”, disponible en <https://www.forbes.com/sites/davidblack/2019/02/04/blockchain-smart-contracts-arent-smart-and-arent-contracts/#1e224ffb1e6a>. BIELLI, Gastón E. — ORDÓÑEZ, Carlos J., “Contratos electrónicos”, ob. cit., t. II, cap. XXIII.

el código de un programa de computación que automatiza la verificación, la ejecución y el cumplimiento de ciertos términos y condiciones de un contrato (11). Para Arcari, los contratos inteligentes son acuerdos automatizados, que hacen depender el cumplimiento del contrato del acaecimiento o no de ciertas condiciones objetivas, predeterminadas en el código de programación de aquellos, de acuerdo con lo pactado en un contrato (12).

De esta manera, se delimitan los alcances, funcionalidades y modalidades de lo que ha dado en denominarse *smart contracts*, que se refieren —principalmente— a la previsión de la ejecución de las obligaciones contractuales y a la previsión de los riesgos y costos derivados de su cumplimiento (o incumplimiento).

De ahí que Raskin defina a los contratos inteligentes como aquellos cuya ejecución se ha automatizado mediante una o más computadoras, con la intención de asegurar su cumplimiento sin tener que recurrir a los tribunales ante el incumplimiento y, por ende, eliminando la discrecionalidad humana respecto a su (in)cumplimiento. Estos contratos “controlan” el activo físico o digital que constituye su objeto y sobre el cual se predica el cumplimiento contractual. Raskin propone diferenciar entre contratos inteligentes fuertes y débiles: 1) en los fuertes, el costo de revocar o modificar el *smart contract* es prohibitivo; y 2) en los segundos —débiles— sucede lo contrario (13).

Actualmente, con el desarrollo de la *blockchain*, se afirma que los *smart contracts* no son generalmente contratos en un sentido jurídico,

(11) YEUNG, Karen, “Regulation by Blockchain: The Emerging Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law”, *Modern Law Review*, 24/07/2018, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3206546](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3206546).

(12) ARCARI, Jared, “Decoding Smart Contracts: Technology, Legitimacy, & Legislative Uniformity”, 05/09/2019, vol. XXIV, nro. 2, ps. 364-396, disponible en <https://news.law.fordham.edu/jcfl/2019/09/05/decoding-smart-contracts-technology-legitimacy-legislative-uniformity/>.

(13) RASKIN, Max, “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, vol. 304, 2017, 25/09/2016, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2959166](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959166). HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Smart contracts...”, ob. cit.

más allá de que se puedan usar para cosas interesantes, como *tokenizaciones*; para codificar y automatizar procesos de negocio que puedan ser compartidos entre múltiples partes, generando reducción de costos y ganancias de eficiencia; o para codificar contratos entre partes con relación a la transferencia de valor o determinados activos —tales como *escrow agreements* o contratos con cláusula de pago contra entrega—, de un modo transparente y con ejecución automática basada en determinadas condiciones, dificultando o imposibilitando el incumplimiento de la contraparte (14).

Sobre la base de estas consideraciones, más recientemente se ha brindado una conceptualización más amplia de los contratos inteligentes. Se considera que un contrato inteligente es un programa de *software* automatizado construido sobre un protocolo *blockchain*; básicamente, se hacen posibles los contratos inteligentes mediante el cálculo del propósito general que tiene lugar en la cadena de bloques. Se pueden utilizar para asignar moneda digital entre las partes, cuando se cumplen los requisitos establecidos en el programa-contrato. En resumen, los contratos inteligentes son herramientas contractuales programables, son contratos incrustados en el código del *software*. Por lo tanto, un contrato inteligente puede incluir el acuerdo contractual en sí, la gobernanza de las condiciones previas necesarias para que las obligaciones contractuales adopten un lugar y la ejecución real del contrato. Por eso, los contratos inteligentes son autoejecutables (15).

(14) EUROPEAN UNION BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, “Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts”, disponible en <https://www.eublockchainforum.eu/reports>.

(15) KOULU, Riikka, “Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement”, *ScriptEd*, vol. 13, nro. 1, mayo de 2016, ps. 40-69, disponible en <https://script-ed.org/article/blockchains-and-online-dispute-resolution-smart-contracts-as-an-alternative-to-enforcement/>. FINCK, Michèle — MOSCON, Valentina, “Copyright Law on Blockchain: Between new Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, 2019, ps. 77-108, disponible en <https://www.cambridge.org/core/books/blockchain-regulation-and-governance-in-europe/A722E0522BC6C5300AA0813340BD6C04>. FINCK, Michèle, “Blockchains as a Regulatory Technology. In Bloc-

A partir de todo lo expuesto, pensamos que la definición de los contratos inteligentes más aproximada a la realidad, considerando la dogmática jurídica, es la que nos brinda Tur Fernández: “aquellos contratos celebrados a través de una página web accesible para las partes cuya forma está constituida por la interfaz de usuario de la aplicación externa y uno o varios programas autoejecutables (*smart contracts*) residentes en la cadena de bloques con capacidad para interactuar recíprocamente y con dicha interfaz” (16).

### III. Clasificación

Los pensadores actuales brindan distintas categorías de contratos inteligentes. Un panorama amplio de la problemática es destacada por Heredia Querro (17).

El Observatorio y Foro de *Blockchain* de la Unión Europea propone dividir los contratos inteligentes en dos especies. Por un lado, los *smart legal contracts*, que se presentan en una cadena de bloques que representan o emulan un contrato en el sentido legal del término; y, por otro, los “*smart contracts* con implicancias legales”, que son aquellas construcciones o artefactos basados en nuevas tecnologías que tienen implicancias legales (18).

En la primera categoría de contratos inteligentes (*smart legal contracts*), se presupone una re-

gulation Regulation and Governance in Europe”, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2018, ps. 66-87, DOI: 10.1017/9781108609708.003. MORA, Santiago, “La tecnología *blockchain*. Contratos inteligentes, ofertas iniciales de monedas y demás casos de uso”, LLAR/DOC/537/2019. MIRASSOU CANSECO, Carlos — HADAD, Andrés, “Nuevo paradigma contractual: los *smart contracts*”, LA LEY, *Suplemento Especial LegalTech II*, noviembre de 2019, p. 49; LLAR/DOC/3578/2019.

(16) TUR FAÜNDEZ, Carlos, “*Smart contracts*. Análisis jurídico”, Ed. Reus, Madrid, 2018, ps. 51-59. BIELLI, Gastón E. — ORDÓÑEZ, Carlos J., “Contratos electrónicos”, ob. cit., t. II, cap. XXIII.

(17) HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Smart contracts...*”, ob. cit.

(18) EUROPEAN UNION BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, “Legal and Regulatory Framework...”, ob. cit. TUR FAÜNDEZ, Carlos, “*Smart contracts*. Análisis jurídico”, ob. cit., ps. 51-59. BIELLI, Gastón E. — ORDÓÑEZ, Carlos J., “Contratos electrónicos”, ob. cit., t. II, cap. XXIII. HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Smart contracts...*”, ob. cit.

gulación expresa y se consideran válidos aquellos contratos que observen los requisitos establecidos por la ley. En la segunda categoría (*smart contracts* con implicancias legales), son aquellas convenciones que han sido programadas para representar activos de forma digital; crear DAO (19) y/o actuar como agentes descentralizados.

Otra clasificación propuesta en la materia es aquella que los divide entre contratos inteligentes “suaves” o “puros”, dependiendo del nivel de automatización de la ejecución contractual; o bien del “grado de separación” que exista entre los términos acordados en el contrato convencional subyacente y los términos codificados en algún lenguaje computable; y —en fin— aquellos que ponderan en dónde reside el código del contrato inteligente y su grado de “discreción” para ejecutar la instrucción, sin interferencia de las partes (20).

En los *smart contracts* “puros”, el propio código programado es el contrato, y esto solo ha sido posible con el surgimiento del bitcoin y la *blockchain*, ya que el contrato ahora efectivamente puede controlar criptomonedas.

### IV. Conclusión. Necesidad de su regulación

Para una mayor confianza y seguridad de las personas en el tráfico jurídico, en el contexto actual del mercado global, resulta conveniente y hasta útil regular legalmente los contratos inteligentes, a través de una convención o tratado in-

(19) Heredia Querro aclara que la naturaleza jurídica de una DAO y de sus miembros es un tópico abierto a la discusión: puede ser un contrato multilateral de organización no personificado, una sociedad simple, un contrato de colaboración, una sociedad con responsabilidad ilimitada, o una sociedad con responsabilidad limitada. La cuestión es si debiera reconocérseles a las DAO personalidad jurídica diferenciada, o no, más allá de la dificultad práctica de determinar qué jurisdicción territorial es competente para asignarle un determinado estatus legal (HEREDIA QUERRO, Sebastián, “*Smart contracts...*”, ob. cit.).

(20) BOURQUE, Samuel — FUNG LING TSUI, Sara, “A Lawyer’s Introduction to Smart Contracts”, *Scientia Nihilat*, nro. 4, Lask, 2014, ps. 4-23. LAUSLAHTI, Kristian — MATTILA, Juri — SEPPÄLÄ, Timo, “Smart Contracts. How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?”, *ETLA Reports*, nro. 68, 09/01/2017, disponible en <https://pub.etla.fi/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf>. LEGERÉN-MOLINA, Antonio, “Los contratos inteligentes en España...”, ob. cit., ps. 193-241.

ternacional, de forma tal que las fronteras de los países y los distintos derechos nacionales no se erijan en un obstáculo para su entendimiento y uso. Para ello, será menester invitar a todos los países interesados en adherir a esta convención y generar un foro de diálogo para su aplicación homogénea.

Mientras tanto, los *smart contracts* podrán regirse por las reglas de los contratos celebrados a distancia y por las normas existentes en materia de contratos electrónicos (p. ej., en la Argentina, los arts. 957 y 1104 a 1109, ley 25.506; en Italia, el dec. del 10/11/1997, nro. 513; en la Unión Europea, las Directivas 1999/93/CE y 2000/31/CE).

Además, deberán tenerse en cuenta los principios fundamentales que gobiernan los actos o negocios jurídicos en general y, especialmente, los que rigen los contratos en particular: la autonomía privada, la buena fe, la equivalencia de las prestaciones (sinalagma contractual), *rebus sic stantibus*, entre otros (21), más aún en momen-

---

(21) REZZÓNICO, Juan C., "Principios fundamentales de los contratos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 159-

tos extraordinarios [como en la actual pandemia ocasionada por el COVID-19 (22)].

En síntesis, parafraseando a Guido Alpa, la disciplina del contrato sigue siendo emblemática para quienes consideran que el derecho no solo debe traducir en términos formales la operación económica-social, sino también conducir y promover los intereses individuales y colectivos que promuevan los diferentes ámbitos de las personas, especialmente aquellos en que la tecnología informática y la innovación permiten alcanzar sus aspiraciones más altas (23).

---

569. PIZARRO, Wilson, "Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Presentación, finalidad y ámbito de aplicación", *Opinio Juris in Comparatione. Principles of Latin American Contract Law: General Harmonization Rehearsals*, ed. especial, Ed. Pacini Giuridica, 2018, ps. 5-13.

(22) MÁRQUEZ, José F., "Contratos en tiempos de aislamiento...", ob. cit., t. I, ps. 541 y ss.

(23) ALPA, Guido, "El contrato en general. Principios y problemas", trad. de J. Retamazo Escobar, Ed. Instituto Pacífico, Lima, 2015, ps. 368-372 ("Il contratto in generale. Principi e problema", Ed. Giuffrè, Milano, 2014).



# Impacto de las nuevas tecnologías en el derecho: el caso de los *smart contracts*

Mauricio Boretto (\*)

**Sumario:** I. Punto de partida.— II. Blockchain y derecho.— III. Conclusión.

*“Los juristas deben vivir según la época, para evitar que la época viva sin ellos;”*  
Louis Jossierand.

## I. Punto de partida

La confluencia de las tecnologías digitales de generación, almacenamiento y transmisión de datos (informática), con la existencia de redes de comunicaciones —abiertas y cerradas—, ha concretado la utopía de McLuhan de los años sesenta: un mundo interconectado y comunicado en tiempo real, con acceso a toda clase de información por un universo indiscriminado de personas (sociedad de la información) (1).

Ante este fenómeno, el derecho, indudablemente, se ha visto conmovido. Por ello, el abogado —en tanto operador del derecho— ha debido afrontar nuevos desafíos y *aggiornarse* a las nuevas circunstancias.

El derecho de la contratación tampoco es ajeno a la problemática. En efecto, el contrato, instrumento del intercambio de bienes y servicios, se vehiculiza a través de las redes en forma exponencial.

En este escenario, son muchas las cuestiones que el abogado no puede ignorar: 1) el concepto mismo de contrato electrónico, que aparece como una manifestación más del intercambio de datos a través de las redes, 2) los principios que rigen al comercio electrónico, 3) los elementos objetivos y subjetivos intervinientes, 4) el momento y lugar de perfección del contrato, 5) el cumplimiento electrónico de las obligaciones contractuales, entre otras.

Es que no ha existido espacio jurídico que no haya debido abocarse a problemas o interrogan-

garantía y descuento bancario” (Ed. Ad-Hoc), “Manual de derecho privado”, en coautoría con Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (Ed. Eudeba — Rubinzal-Culzoni, 4 ts., 2017/2019). Profesor invitado de la Universidad de Salerno (Italia). Evaluador experto CONEAU.

(1) MÁRQUEZ, José F., “Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje”, *Anuario de Derecho Civil*, Universidad Católica de Córdoba, t. VII (año académico 2002), p. 63.

---

(\*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de Derecho Concursal y de Títulos Valores, y profesor JTP de Contratos Civiles y Comerciales I y II, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Profesor JTP de Introducción al Derecho Privado, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo. Director del curso “Aprendiendo el derecho concursal en italiano y en inglés”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. XI Premio de Derecho Privado Castán Tobeñas, edición 2008, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, España. Premio Joven Jurista, edición 2007, Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba. Premio Joven Mendocino Destacado, edición 2006, Consejo Empresario de Mendoza. Publicaciones internacionales: Chile (Ed. Jurídica de Chile), México (revista *LexNegotii*), España (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* y *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*), Francia (revista *Juris*, Union Internationale des Huissiers de Justice), Rusia (*IIPAKTNKA NCHIOJHNTETJIBHOTO IIPON3BOIICTBA* y Lomonosov Moscow State University), Brasil (*civilistica.com* y *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*) e Italia (*Comparazione e Diritto Civile*). Autor de trece libros, entre otros: “Las garantías autoliquidables” (Ed. Rubinzal-Culzoni), “Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de crédito en

tes originados por la *sociedad de la información*: 1) teletrabajo, manipulación y venta de datos sensibles almacenados digitalmente, 2) tributación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos, 3) nuevos delitos penales (*hacking, cracking, sniffers, ciberpunk*, “estafas virtuales”), 4) gobierno electrónico (*e-government*), y 5) *blockchain*.

## II. *Blockchain* y derecho (2)

### II.1. *Introducción al tema*

La cadena de bloques o *blockchain* es un concepto que ha provocado una gran revolución en diferentes ámbitos, tales como el económico, el tecnológico, el informativo y, por supuesto, el jurídico.

Partamos de un dato de la realidad: en casi todas las transacciones económicas, jurídicas, etc., interviene un *intermediario*; por ejemplo:

- un importador necesita pagar una mercadería que ha comprado en otro país; normalmente interviene un banco que “intermedia” en la operación;

- de igual modo, celebramos un contrato de sociedad a fin de crear una persona jurídica para encarar una determinada actividad empresarial; si necesitamos que aquel se inscriba a fin de que adquiriera publicidad y oponibilidad a terceros, “intermedia” un organismo —generalmente administrativo— que controla la legitimidad del contrato, lo conforma y ordena la inscripción registral;

- asimismo, si una persona desea enviarle dinero a otra que se encuentra en otro país, también necesita de un banco, quien actúa de “inter-

mediario”, centralizando de forma efectiva el movimiento de capital de un lado a otro.

En nuestros ejemplos, los sujetos interesados (el importador, los socios fundadores, etc.) no tienen control alguno sobre el proceso, del que solo esos “intermediarios” (banco, ente estatal administrativo, etc.) tienen toda la información. Dependen de esos “intermediarios” y de su forma de hacer las cosas para completar esa transacción. Están sujetos a sus condiciones.

En este contexto, aparece la “cadena de bloques” como una tecnología disruptiva que permite transacciones que no se pueden manipular, porque se registran en bloques que se van encadenando de modo descentralizado; reúne diferentes aspectos conectados entre sí: a) *almacenamiento de datos*: se logra mediante la replicación de la información de la cadena de bloques, b) *transmisión de datos*: se logra mediante redes de pares, y c) *confirmación de datos*: se logra mediante un proceso de consenso entre los nodos participantes.

¿Qué importancia tiene, entonces, la *blockchain*? La relevancia es que la cadena de bloques elimina a los intermediarios, descentralizando toda la gestión.

El control del proceso es de los usuarios, no de los “intermediarios” (en nuestro ejemplo, el banco, el ente estatal, etc.), y son los propios usuarios de la *blockchain* los que forman parte integrante de una gran base de datos, consistente en millones de nodos, cada uno de los cuales se convierte en partícipe y gestor de los datos y de la información que antes manejaba el “intermediario” (en nuestro ejemplo, la institución bancaria, el ente administrativo, etc.).

La primera consecuencia de esta dinámica en el ámbito del derecho es la aparente “desaparición” —dicho esto en sentido metafórico— de la fuerza de coacción del Estado para obligar al cumplimiento de lo pactado. Suena muy fuerte, pero el efecto práctico es en principio así.

Un ejemplo que permite conocer el funcionamiento de la *blockchain* en el ámbito del derecho privado es la figura de lo que se ha dado en llamar *smart contracts* o contratos inteligentes, es decir, autoejecutables.

---

(2) ARROYO GUARDEÑO, David — DÍAZ VICO, Jesús — HERNÁNDEZ ENCINAS, Luis, “¿Qué sabemos del *blockchain*?”, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas — Los Libros de la Catarata, nro. 103, Madrid, 2019; DE PAZ, Edgar, <https://www.ibertronica.es/blog/actualidad/que-es-blockchain-para-que-sirve>; GATES, Mark, “Cadena de bloques: La guía para entender todo lo referente a la cadena de bloques, *bitcoin*, criptomonedas, contratos inteligentes y el futuro del dinero”, Ed. Kindle; BUSTOS, Gerardo, <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-el-derecho-patas-arriba>.

## II.2. Smart contracts

Una de las cuestiones actuales más polémicas es si los contratos inteligentes pueden tener la misma validez que los tradicionales, celebrados por escrito entre las partes (3).

Los expertos en el sector de las *criptomonedas* consideran que esos contratos inteligentes colisionan con los tradicionales, ya que pretenden cumplir las mismas funciones, pero al margen de la legalidad.

Sin embargo, otros juristas consideran que los *smart contracts* sí pueden adaptarse al derecho vigente sin problemas. Es más, les son aplicables las normas de derecho internacional privado. A través de este sector del derecho, pueden estudiarse los elementos de conexión del contrato para poder establecer cuál es la jurisdicción nacional aplicable para interpretarlo.

Los contratos inteligentes necesitan también el consentimiento de las partes intervinientes, aunque su identificación no es igual que en los contratos tradicionales. Al ser un programa informático escrito en un código, las partes se deben identificar a través de un algoritmo, según lo que pretenda el contrato. Para ratificar ese consentimiento es necesario que las partes realicen un “doble depósito” en la dirección establecida por el contrato. Esto significa que los participantes deben realizar un depósito de fondos como garantía de que cumplirán con sus obligaciones.

Por otro lado, existe también una herramienta llamada “función multifirma”. Este programa exige que las partes del contrato confirmen las transacciones internas de ese negocio. De esta forma, se evita que alguna de las partes utilice o retire los fondos depositados para la ejecución del contrato sin cumplir las normas establecidas.

El objeto del contrato en los negocios tradicionales es la operación jurídica considerada, de la cual nacen las obligaciones, que pueden consistir en: 1) prestaciones de hacer, de dar o

de no hacer, 2) la transmisión de un derecho, etcétera.

En los *smart contracts* el objeto está referido a una obligación que tenga un apoyo digital; esa obligación debe poder cumplirse en el entorno digital. Por ejemplo, un contrato con un albañil para construir una casa no puede realizarse como contrato inteligente, ya que esa obligación no puede cumplirse en un entorno digital ni es posible controlarla digitalmente.

Estos impedimentos del mundo real intentan solucionarse a través de la internet de las cosas. Mientras más objetos comunes estén conectados a internet, más sencillo será tener un apoyo digital de las obligaciones para establecerlas en un contrato inteligente. En la actualidad, por muy raro que parezca, una gran parte de las empresas están preparándose para esos cambios. Por ejemplo, los seguros, las farmacias o el sector de la construcción.

Otra de las diferencias entre los contratos tradicionales y los inteligentes es que los primeros se celebran por escrito y se formalizan ante un notario o ante un juez. Los *smart contracts*, al ser programas informáticos, se escriben mediante códigos y no necesitan que un juez o notario los revise para darles validez. Esos contratos se cumplen por sí solos. Estos negocios tienen la capacidad de cumplirse automáticamente después de que las partes han acordado sus términos. Se trata de programas informáticos. No se escriben en un lenguaje natural, sino en un código virtual.

Por ello, es necesario tener conocimientos de programación. Son un tipo de *software* que se programa, como cualquier otro *software*, con el objetivo de llevar a cabo una tarea o una serie de ellas de acuerdo con las instrucciones previamente introducidas. El cumplimiento de dicho contrato no está sujeto a la interpretación de ninguna de las partes.

Los contratos inteligentes se autoejecutan: en caso de que la condición A se cumpla, entonces la consecuencia B se pondrá en marcha de manera automática. Para que esta clase de contratos sea algo factible, han sido necesarias la *blockchain* y la internet de las cosas.

(3) Véase <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2019/07/25/smart-contracts-ejemplos/>.

Veamos un ejemplo: un contrato de apuestas. Supongamos que apostamos 200 pesos a que nuestro equipo de fútbol favorito va a ganar. Lo propio hacen nuestros amigos con respecto a otro equipo de fútbol. El primer paso es colocar los *ethers* en una cuenta neutral. Esta es controlada por un contrato inteligente. Los *ethers* tienen un valor económico: lo que puede hacer un *smart contract* es enviar dinero a distintas cuentas de destino, dependiendo de lo que diga su código. Dicho de otra forma, un “contrato inteligente” es una forma de automatizar el funcionamiento de una billetera de *ethers*. Cuando el partido termine, el contrato inteligente es el que se encargará de verificar quién ha sido el ganador y depositar el dinero apostado en la cuenta del acertante de la apuesta.

Como vemos, desaparece así la intervención humana en el cumplimiento del compromiso contraído. Gracias a la programación del contrato, las órdenes de transferencia y pago electrónico se producen automáticamente mediante interconexiones de los entes que tienen que cumplir las condiciones de ese contrato (4).

La capacidad de la *blockchain* de registrar transacciones que no pueden manipularse ni alterarse —particularmente en el caso de los *smart contracts*, dada la confianza de las partes en la programación del contrato— pone en cuestionamiento la necesaria presencia de terceros que aseguren su cumplimiento, tales como jueces, escribanos, etcétera.

Es decir, existe la posibilidad de ejecutar las obligaciones contractuales sin participación de la vía jurisdiccional para obligar al contratante moroso.

La *blockchain* o “cadena de bloques” constituye, de este modo, un enorme desafío tecnológico en la era de la economía digital.

Es que, por un lado, muchos sectores pueden beneficiarse de esta tecnología si saben aplicarla correctamente, como por ejemplo el

---

(4) BUSTOS, Gerardo, <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-el-derecho-patas-arriba>.

transporte, la Administración pública, los bancos, etc. Una de sus grandes ventajas es la seguridad que proporciona, ya que la cadena de bloques solo puede ser actualizada con el consenso de los participantes y el sistema; una vez grabados los datos, estos no pueden ser borrados. Esto convierte a este sistema en una fuente fiable y fidedigna de todas y cada una de las transacciones hechas en él, lo que brinda, incluso, seguridad jurídica (5).

Sin embargo, por otro lado, también genera algunos inconvenientes. En efecto, recuérdese que una de las características de la *blockchain* es la inmutabilidad de los datos y, por tanto, la imposibilidad de borrarlos. Cualquier intento de alteración es detectado y evitado automáticamente por la propia red de ordenadores.

Nos preguntamos, entonces, qué pasará con el “derecho al olvido” en materia de protección de datos personales, esto es, la facultad que tiene una persona —a través del hábeas data, art. 43, CN— de solicitar a las empresas o a los motores de búsqueda que eliminen o bloqueen un dato personal suyo por considerar que afecta alguno de sus derechos fundamentales (honor, privacidad, etc.). Dejamos planteado el interrogante.

### III. Conclusión

En las últimas décadas, la tecnología se ha impuesto y ha invadido diferentes disciplinas, desde la medicina y la ingeniería hasta la ciencia jurídica.

Se convirtió en algo necesario y hasta indispensable en nuestra vida diaria. Sin duda, ha mejorado nuestra calidad de vida. Un ejemplo de ello es, entre muchos, el avance de las comunicaciones, que permite conectarnos con diferentes partes del mundo.

En este contexto, la contratación electrónica —repotenciada por el COVID-19 y la obligatoriedad del encierro para evitar la propagación del contagio— ha adquirido un protagonismo inusual. Aun durante el confinamiento, podía

---

(5) DE PAZ, Edgar, <https://www.ibertronica.es/blog/actualidad/que-es-blockchain-para-que-sirve>.

ejecutarse y permitió miles de transacciones de bienes y servicios.

Ante esta nueva realidad, los profesionales de las distintas ramas de la ciencia hemos debido *aggiornarnos* a los nuevos vientos que soplan y actualizarnos a fin de poder conocer las

claves del nuevo mundo que se avecina, y así cumplir con un mejor asesoramiento.

Los abogados no hemos sido exceptuados de este mandato. Debemos estar a la altura de las circunstancias. Este modesto trabajo es, sin duda, prueba de ello.



# ADULTOS MAYORES





# Problemática de los adultos mayores durante la internación

## Límite consentido y tratamientos invasivos

Lucila Inés Córdoba (\*)

Adriana S. Morón (\*\*)

Marcos M. Córdoba (\*\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Diferentes etapas etarias.— III. Protección de la vivienda de los adultos mayores. La cuestión en el derecho de la Argentina. Su problemática.— IV. Propuesta legislativa.— V. Conclusión.

### I. Introducción

Es necesario tener en consideración que, en la actualidad, un número elevado de personas de edad avanzada, poseyendo los medios necesarios para permanecer en su hogar, son trasladadas a sitios de internación, sin que ello sea la consecuencia de su propia voluntad. Al encontrarse el sujeto en un lugar que le es ajeno, no solo se acrecienta el estado de confusión que caracteriza esta etapa de la vida, sino que, además, se obstaculiza la capacidad de expresión de su auténtica voluntad, ya que, como es sabido, el medio condiciona. La persona que se desempeña en la intimidad encuentra menos limitaciones a su expresión espontánea que aquella que lo hace bajo la influencia de terceros. Es por ello que los límites que la persona de edad avanzada manifieste respecto de los tratamientos invasivos no deben ser sometidos a las mismas reglas de interpretación si los expresa en lugares de inter-

nación o en ámbitos privados, tal el caso de su hogar. Las facultades que otorga la ley requieren de voluntad; queda implícito en esta palabra que ella debe ser auténtica. Cuando el sujeto es sustraído de su hábitat y sometido a un entorno que le es ajeno, queda condicionado a esa circunstancia que le es hostil.

La persona humana tiene, en la actualidad, una mayor facultad de determinación respecto de épocas pasadas en cuestiones que llegan a abarcar incluso la continuidad de la vida. Es en el género de la tercera edad donde se produce la mayor cantidad de casos como consecuencia del transcurso del tiempo en la relación con el organismo humano.

La ley argentina 26.742 regula lo que se denomina “muerte digna” y protege al individuo en cuanto a su dignidad. No se trata de una eutanasia activa, sino de una pasiva, es decir, no someterlo al sufrimiento desmesurado de prácticas médicas de escasa posibilidad de éxito (1). En el derecho positivo, en lo que atañe a los adultos mayores, bajo el nuevo paradigma, prevalece el principio de la autonomía de la voluntad, en detrimento del paternalismo que imperaba otrora,

---

(\*) Jueza Nacional en lo Civil con competencia en asuntos de Familia. Profesora titular de Derecho Patrimonial de Familia, UAI.

(\*\*) Funcionaria judicial. Profesora titular de Instituciones Jurídicas Argentinas Contemporáneas, UAI.

(\*\*\*) Decano de la Facultad de Derecho de la UAI. Titular de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones, UBA y UAI.

---

(1) CORDOBA, Marcos M., *Clarín.com*, “Sociedad”, 08/07/2019, [https://www.clarin.com/sociedad/muerte-digna-argentina-ley-permiteacceder-eutanasia-pasiva\\_0\\_GfAXIMldS.html](https://www.clarin.com/sociedad/muerte-digna-argentina-ley-permiteacceder-eutanasia-pasiva_0_GfAXIMldS.html).

tal como da cuenta la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores, cuyos postulados fueron adoptados por la Argentina en 2017, mediante la ley 27.360, que fue sancionada por unanimidad y que ostenta jerarquía constitucional.

Nótese que la concepción que consideraba al adulto mayor como enfermo, con sustento en la concepción tradicional de la medicina hipocrática, que se caracterizaba por un sesgo paternalista, donde no se tenía en cuenta su parecer, perduró por 25 siglos. De allí que, en tal etapa del desarrollo de su vida, al sujeto no se lo informaba adecuadamente y se lo tildaba de incompetente moral.

A pesar de la evolución normativa sobre la materia, las estructuras jurídicas que se han elaborado hasta el presente no resultan suficientemente satisfactorias, ya que sus postulados no se traducen en el comportamiento social habitual. Sustento de lo dicho resulta la doctrina jurisprudencial; así, la magistrada Famá sostuvo que, en la coyuntura simbólica de nuestros tiempos modernos, la vejez goza de gran desprestigio, por cuanto los adultos mayores son “por algunos excluidos, agredidos y despreciados, o por otros y en el mejor de los casos caritativamente protegidos y tutelados, o simplemente negados” (2).

Desde la doctrina autoral, Dabove expone: “toda la historia de la vejez ha sido un largo y doloroso ensayo de respuesta. Ensayo múltiple, discontinuo y variado” (3). El llamado derecho de la ancianidad se sustenta en los derechos humanos y en los principios que informan la bioética, a saber, de beneficencia, no maleficencia y autonomía. Es dable señalar que si bien es indudable que el adulto mayor ostenta una pérdida de dinamismo, lo cierto es que se evidencia un acrecentamiento de sus facultades sobre la base de la experiencia vivida.

---

(2) JNCiv. Nº 92, 18/06/2021, “S., L. y otro s/ determinación de capacidad”.

(3) DABOVE, María I., “Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad”, JA, número especial: “Bioética”, nro. 6218, Buenos Aires, 2000, p. 19, cit. en ZABALZA, Guillermina — SCHIRO, María V., “El envejecimiento y la toma de decisiones en el marco de la comunidad y la familia”, 05/02/2015, Microjuris MJ-DOC-7059-AR; MJD7059.

En este sentido, José Ortega y Gasset alude a la concepción de la vida como empresa, y este enfoque fue aplicado a la ancianidad por Pedro Laín Entralgo, ensayista y médico español, cuyo último libro se tituló “La empresa de envejecer”. La noción de empresa supone un ser humano activo y autónomo.

Recuérdese que Platón, en su obra *La República*, afirma: “En efecto, la vejez es un estado de reposo y de libertad de los sentidos. Tan pronto como las pasiones se relajan y dejan de hacernos sentir su aguijón, lo dicho por Sófocles, se comprueba plenamente: queda uno libre de múltiples y furiosos tiranos” (4).

## II. Diferentes etapas etarias

Desde la concepción y hasta la mayoría de edad —que, por ley, en la Argentina se determina a los 18 años—, la persona humana carece del desarrollo suficiente como para desempeñarse por sí mismo y a título propio, y por ello se encuentra bajo la protección de una responsabilidad parental y, subsidiariamente, la del Estado, que deben proveer lo necesario para la protección y el desarrollo integral del niño.

Luego continúa la etapa en que se presume la autovalía. Adulto es aquella persona humana que ha llegado a la plenitud de crecimiento o desarrollo. Y adulto mayor, quien cursa la última etapa de su vida. En esta, la mayoría de los individuos sufren alguna merma en sus aptitudes físicas y mentales, que provoca la reducción de las habilidades, de las capacidades físicas y psíquicas. Debe tenerse en consideración que ello implica vulnerabilidad, pues vulnerable no es el sujeto dañado, sino aquel que es apto para ser dañado (5), rigiendo en la estructura jurídica argentina el deber de prevención del daño, establecido en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. Ante la posibilidad de que este se produzca como consecuencia de la circunstancia propia del sujeto de la tercera edad, existe el deber del Estado de otorgar una tutela especial.

---

(4) PLATÓN, “La República”, 24ª ed., Ed. Eudeba, 2004, p. 117.

(5) CÓRDOBA, Marcos M., “Tratado de la vulnerabilidad”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 1041-1055.

### III. Protección de la vivienda de los adultos mayores. La cuestión en el derecho de la Argentina. Su problemática

En la actualidad, el derecho de la Argentina protege la vivienda del sujeto, aunque este no integre un grupo familiar. El derecho a ella se protege aun en el caso de la unipersonal. Resulta atinente puntualizar que el “bien de familia” contemplado en la ley 14.394, del año 1954, fue sustituido por las normas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 (en adelante, Cód. Civ. y Com.) por la “vivienda”. No es ocioso recordar que en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 se afirmó: “El avance sobre las reglas del bien de familia es notable, en tanto se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia, con lo que se pretende atender a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar”.

Siguiendo los lineamientos expuestos, podemos afirmar que el concepto de vivienda supone una noción tripartita. En efecto, abarca no solamente la casa donde mora la persona, sino el hogar. Asimismo, configura el “hábitat” de la persona humana, considerado este como el ambiente particularmente adecuado a las necesidades personales en el que vive un sujeto determinado. Es necesario considerar que el art. 24 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece, respecto del “derecho a la vivienda”, que la persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades, que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad. Ello significa morar en su hogar, entendiendo que ello no implica una titularidad de dominio, pues la relación entre el sujeto y la cosa puede provenir de alguna otra especie jurídica que autorice la habitación.

Agregamos a lo dicho que el art. 23 del cuerpo legal citado prescribe que toda persona mayor tiene derecho al uso y goce de sus bienes —entendidos estos últimos en sentido amplio, por cuanto abarcan también su propio interés— y a no ser privada de estos por motivos de edad. Lo cierto es que se advierte en el seno de nues-

tra comunidad un problema social reiterado en torno al adulto mayor, ya que, aun teniendo un patrimonio suficiente para permanecer en su hábitat, sucede en ciertos casos que alguna persona allegada, bajo el ropaje de una acción de determinación de capacidad, sustrae al adulto mayor de su lugar de habitación habitual o hábitat con el propósito de aprovecharse de su patrimonio. La circunstancia apuntada le ocasiona un daño cierto a esta persona humana vulnerable que impacta negativamente sobre su calidad de vida, al no poder permanecer en su lugar de arraigo. Es que, además del estado de confusión, propio de la edad avanzada, se le agrega un factor adicional que acrecentaría su desorientación al colocárselo en un lugar que siente ajeno. Ello es lo que ocurre cuando a una persona, luego de haberse acostumbrado a la disposición geográfica de aquellos elementos de los que se vale en su vida cotidiana y que conforman la disposición dentro de la vivienda, se la interna en un ámbito que difiere de aquella otra relación ambiental.

Es por esto que resulta relevante el lema plasmado en el Informe Técnico 706 de la Organización Mundial de la Salud: “Envejecer en casa”: mantener al mayor en su entorno familiar como medida óptima para la promoción de la salud y la prevención de enfermedades (6).

En este sentido, sostiene Ana K. Rípodas: “Nos identificamos con las palabras de la Dra. Lucila I. Córdoba, que se aplican al caso en análisis, en cuanto afirma que ‘la unión familiar coadyuva al desarrollo de las personas, además de posibilitar el trance de momentos de dificultad —y de ahí el fundamento de la imposición legal de los deberes de asistencia—, la persona que mantiene vínculos saludables con los miembros de su familia tiene menores posibilidades de desarrollar enfermedades, y por ende, mayores posibilidades de expandirse en otros ámbitos” (7).

(6) RODRÍGUEZ CONDE, Concepción — IGLESIAS-SOUTO, Patricia M. — CASTRO NEO, María J. — TABOADA ARES, Eva M. — PUÑAL ROMARÍS, María E., “Envejecer en casa ¿es posible?”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, nro. extra 1, 2006, p. 431M.

(7) RÍPODAS, Ana K., “Hacia un nuevo modelo de uniones de convivencias basadas en la solidaridad”, *LA LEY* del 12/11/2020, 1.

Es indudable que el supuesto analizado excluye el caso que ocurre cuando la internación del adulto mayor deviene necesaria, por cuanto requiere asistencia permanente, que sus familiares, por razones laborales u otros motivos, no pueden brindarle.

Por otro lado, también ocurre que las personas mayores donan sus bienes, otorgan poderes generales de administración y/o disposición, sin prevenir las necesidades propias futuras, entre las que pueden encontrarse las de permanecer en su vivienda habitual. Es que la vulnerabilidad que las caracteriza hace que sean susceptibles de captación de su voluntad, como así también de ser víctimas del delito de circunvencción de incapaces (8). Se trata de una violencia de tipo financiero y económico, dado que se dispone del patrimonio de los adultos mayores, llegando incluso a obligarlos a transferir bienes.

#### IV. Propuesta legislativa (9)

Ante el problema planteado, la doctrina autorral ha concurrido en cumplimiento del deber que le adjudica Planiol, al sostener “que la doctrina desempeña en la ciencia del derecho, aproximadamente el mismo papel que la opinión pública en la ciencia política. Prepara con anticipación los cambios de legislación por la influencia de sus enseñanzas, e incide en la interpretación judicial, en la medida de su fuerza de convicción

(8) “La medida precautoria destinada a que familiares de una mujer anciana en estado de vulnerabilidad la retiren del lugar de internación para su esparcimiento debe admitirse, teniendo en cuenta el informe socioambiental donde ella manifiesta su preocupación por realizar salidas y el deber de los jueces de velar por que el Estado cumpla con los derechos y obligaciones que en materia de protección de la ancianidad asumió constitucionalmente —en el caso, derecho al esparcimiento—, máxime cuando la solución es coincidente con lo previsto por los arts. 31 y 34 del Cód. Civ. y Com.”. CNCiv., sala H, 13/08/2015, “T., O. F. y otro c. L. V., S. y otro s/ medidas precautorias”, LA LEY del 03/12/2015, p. 6; LA LEY 2015-E, 415, RCCyC 2015 (diciembre), p. 97; LL AR/JUR/27002/2015, cit. por ORLANDI, Olga, “Una realidad oculta, una cuestión de derechos: la violencia a las personas mayores. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, RDF 75-95; LL AR/DOC/4434/2016.

(9) El Proyecto fue presentado por Dalmacio E. Mera sobre la base de las ideas expuestas por el Prof. Marcos M. Córdoba.

por el vigor de sus fundamentos” (10). Y con el afán de cumplir con el mandato convencional y constitucional establecido en el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna, que tiene como norte promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades, en particular respecto de los ancianos y las personas con discapacidad, habremos de analizar el proyecto de ley que impulsa la inclusión en el derecho positivo de los “pactos de convivencias asistenciales”, cuyo ingreso fue registrado el 12/11/2020 en la H. Cámara de Senadores de la Nación (expte. S-2792/2020). El día 16 de ese mismo mes y año fue girado a la Comisión de Legislación General del Senado nacional.

La mencionada propuesta legislativa, de génesis doctrinaria, se fundamenta en que el art. 509 del Cód. Civ. y Com., que regula las uniones convivenciales, se aplica solo en relaciones afectivas, sin tener en cuenta que son muchas las personas que cohabitan sin estar motivadas en el amor, con el afecto que los sociólogos denominan “amor romántico”. Muchas lo hacen para asistirse, y ello puede reconocer variadas motivaciones, sin que ninguna autoridad quede habilitada para su indagación. Por ende, la propuesta legislativa define al pacto de convivencia asistencial determinando: “Es una convención solidaria con fines asistenciales entre dos o más personas, basada en la autonomía de la voluntad”. No se encuentran alcanzadas por aquellos impedimentos previstos para el matrimonio y para la unión convivencial en la ley; por ello, pueden dar solución, a través de la autonomía de la voluntad, a personas que deciden cohabitar, aun siendo personas del mismo sexo o de diverso sexo, parientes o no, pero sin que ello implique relaciones reservadas a la familia.

El proyecto del Senado expone que el camino a tener en cuenta debe atender a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que no encajan en su convivencia con las uniones de hecho. Se explicita que se trata de convivientes que no son pareja pero mantienen una

(10) PLANIOL, Marcel — RIPERT, Georges (colab.), “Traité élémentaire de droit civil”, 10ª ed., Ed. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1925, t. I, p. 50, nro. 127; y PLANIOL, Marcel, “Traité élémentaire de droit civil”, 7ª ed., Ed. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1915, t. I, p. 47, nro. 127.

convivencia asistencial o solidaria. Son personas que, como consecuencia de la edad, de su estado de viudez o soltería o por necesidades económicas, comparten una vivienda.

Uno necesita del otro, sea por el aporte de la casa-habitación, sea por el compañerismo o por la asistencia espiritual. Se aclara que es indiferente para estas convivencias asistenciales que los sujetos sean del mismo o distinto sexo, que sean parientes o extraños, que sean dos o más sujetos. Se destaca que el estado de vulnerabilidad, que origina las convivencias asistenciales, se da generalmente en personas mayores, a veces en situaciones precarias en lo cotidiano, que podrían encontrar una solución a través de la legislación. Y ante las situaciones de hecho que existen, se brindaría seguridad jurídica.

En esta oportunidad, el legislador ha constatado el problema habitacional que genera la necesidad de la convivencia asistencial. Como es sabido, el acceso a la vivienda propia es dificultoso para muchas personas de ingresos medios y bajos. Las modificaciones de la pirámide poblacional demuestran que cada vez habrá más personas ancianas que requieran asistencia. El Estado y las familias muchas veces no pueden asumir esas cargas.

Por otro lado, existen diversas motivaciones por las cuales personas de diferente edad puedan querer beneficiarse recíprocamente. El proyecto legislativo remarca que esta solución mitigará la carga de asistencia social del Estado y potenciará la libertad asociativa de los individuos. Ingresados al régimen, los convivientes podrán beneficiarse con un rango de ventajas de índole contractual, de seguridad social y testamentaria.

Ese estado de vulnerabilidad que se intenta proteger mediante las convivencias asistenciales puede producirse como consecuencia de la edad avanzada de las personas, la soledad motivada por la viudez o la soltería, los apremios económicos, la fragilidad de la salud. En todas las poblaciones existen circunstancias por las que algunos de sus integrantes necesitan de la asistencia mutua, ya sea compartiendo la vivienda que uno de ellos puede aportar, la ayuda en tareas domésticas, el soporte espiritual o el compañerismo. Nada tienen que ver estas convivencias asistenciales con que sean del mismo o de distin-

to sexo, que sean parientes o extraños, que sean dos o más sujetos. Las convivencias responden a diversas motivaciones privadas, de modo que la motivación sexual no es la única que origina la convivencia. El Estado, de conformidad con el derecho a la privacidad reconocido a los individuos, no debe lícitamente indagar cuál es la intención de los convivientes al asociarse y asistirse recíprocamente, esto es, si se encuentran unidos por atracción sexual o si se trata de un interés meramente asistencial u otros fines lícitos, en virtud de que la Constitución Nacional Argentina establece que las acciones privadas de los hombres que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados (11).

#### *IV.1. Legitimados*

Se habilita a que las personas con capacidad restringida, los incapaces y los inhabilitados puedan celebrar pactos con asistencia del apoyo o del curador designado judicialmente, exigiendo que en estos supuestos se produzca una resolución judicial que autorice el contenido del instrumento celebrado. Se impone, además, que la resolución sea fundada respecto de la conveniencia para el asistido. Se particularizan recaudos cuando el pacto que se pretende celebrar lo sea entre una persona con capacidad restringida, incapaz o inhábil y su respectivo apoyo o curador, en los cuales se requerirá, además, la designación de un apoyo o curador especial a tal efecto.

#### *IV.2. Contenidos*

La registración es constitutiva de los derechos que surjan del pacto. Estos pactos podrán contener previsiones respecto del derecho real de habitación de los convivientes supérstites, en los términos del art. 2383 del Cód. Civ. y Com., lo que le permite al conviviente permanecer en su hábitat.

#### *IV.3. Derechos previsionales*

Se asimilan los derechos de los vinculados por el pacto a aquellos que la legislación vigente re-

---

(11) CÓRDOBA, Marcos, "Pactos de convivencias asistenciales solidarias", ED del 12/04/2021, nro. 15.049, año LIX; ED 291.

conoce a los sujetos de las uniones convivenciales.

### V. Conclusión

El derecho de la vejez contempla, entre otras, la vivienda concebida en su noción tripartita: como casa, hogar y hábitat. La vivienda, concebida como el hogar, no solamente es un atributo de la persona, sino un derecho humano fundamental protegido por normas supralegales que se sustentan en la dignidad de la persona humana.

La propuesta legislativa examinada en este trabajo con referencia a los *pactos de convivencias asistenciales* brinda un marco de protección jurídica adecuado a la naturaleza de las personas mayores. Tiene como fundamento el principio de solidaridad y piedad, que nos viene del derecho romano. Supone desterrar el individualismo en aras de la búsqueda del bien común. Su finalidad es brindar una solución a las carencias espirituales o materiales de aquellos que, con total libertad y ejerciendo su autonomía de la voluntad y libre elección de la motivación, deciden celebrar una convivencia asistencial. Se invoca que la ley debe proteger a las personas que deciden convivir, sin discriminación alguna, sin que interese al derecho si los convivientes se encuentran unidos por atracción sexual, interés meramente asistencial u otros intereses lícitos.

De allí que sea necesario regular todo tipo de convivencia que respete la libertad, la autonomía de la voluntad y la libre elección de motivación,

otorgando los instrumentos necesarios para la seguridad social de los convivientes, la asistencia recíproca y los derechos sucesorios. Se pone especial énfasis en el derecho a la vivienda, a la prestación alimentaria y la asistencia en la salud.

Cuadra poner de relieve que la prevención ha adquirido carta de ciudadanía en nuestro derecho, dentro del cual se ha puesto el acento en la evitación de los daños antes que en su reparación (12), habiéndose positivizado la acción preventiva en el Código Civil y Comercial. Viene al caso destacar que previo a la vigencia del Código y a la constitución de su Comisión Redactora ya habíamos propuesto en ámbitos científicos la idea de que la función preventiva es prioritaria en el derecho de daños (13). A la luz de las premisas expuestas, sustraer al adulto mayor de su hábitat, de su entorno familiar, genera un daño que el proyecto de ley procura evitar.

---

(12) SEGUÍ, Adela M., “Responsabilidad civil: La función preventiva”, en RIVERA, Julio C. (dir.) — MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 868-869, cit. por MORÓN, Adriana S., “El instituto de los denominados ‘daños punitivos’ en la ‘sociedad del riesgo’”, Ed. UAI, Buenos Aires, 2017, p. 25.

(13) CÓRDOBA, Marcos M. — FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther H. S. — LAJE, Alejandro — MORÓN, Adriana S., ponencia en la Comisión N° 3 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

# CAPÍTULO II: AUTORES ITALIANOS

---





# PRESENTACIÓN



# Il Consorzio Universitario Italiano per l'Argentina e la cooperazione accademica

Flavio Corradini (\*)  
Carla Masi Doria (\*\*)

Siamo particolarmente lieti di presentare un primo risultato della nuova collaborazione in campo giuridico, promossa congiuntamente dal CUIA, il Consorzio interUniversitario Italiano per l'Argentina, insieme con il Circolo Giuridico di Argentina e la Casa editrice La Ley-Thomson Reuters, principale editore del settore della Nazione. Si tratta di saggi, importanti, che vanno dal diritto privato a quello pubblico, al penale, alla comparazione su base storica. Il Circolo Giuridico, che nasce sulla memoria dei giuristi e storici italiani che hanno contribuito alla formazione del grande Paese latinoamericano, primo tra tutti il napoletano Pietro de Angelis, e — al fondo — sulla tradizione romana di diritto e giustizia, si affianca così alle molteplici iniziative del CUIA, in tutte le materie del sapere, che da anni è con successo impegnato anche nello studio del diritto, della sua interpretazione scientifica e della sua applicazione pratica. La recente pandemia ha provocato problemi simili in tutto il mondo e tentativi di soluzione che hanno spessore giuridico: dai temi relativi alla libertà, al lavoro a di-

stanza, alla prospettiva di genere, al sovraffollamento delle carceri. Questo è il primo banco di prova delle soluzioni (spesso provvisorie) testato su due realtà diverse, ma che hanno fondamenti storici e teorici condivisi, e che si allarga a una serie di tematiche, in diverse discipline, sulle quali è utile una prospettiva critica di comparazione. Tutto ciò risponde a una linea di ricerca, ancor più: a una vocazione, che il CUIA, in forme diverse, persegue da anni con convegni, seminari, pubblicazioni che danno conto di un'intensa condivisione progettuale. La partecipazione al progetto anche di un soggetto primario nell'editoria consente la pubblicazione contestuale delle ricerche, che potenzia di molto la risonanza scientifica dell'iniziativa e la rende più visibile e dunque capace di fare massa critica e di attrarre altri enti di ricerca, oltre che singoli studiosi.

Di tutto ciò, il CUIA è oggi particolarmente orgoglioso, nell'auspicio che tale collaborazione possa continuare e rinnovarsi ancora proficuamente negli anni a venire.

---

(\*) Presidente del CUIA.

(\*\*) Direttore del CUIA.

# Presentación de la obra *Diálogos de la cultura jurídica ítalo-argentina*

María Inés R. Blankenhorst de Tarelli (\*)

**Sumario:** I. La herencia.— II. Un nuevo diálogo.— III. La obra.

## I. La herencia

“Yo a veces me siento extranjero en este país, porque no tengo sangre italiana” (1). Con esta aguda y magistralmente irónica observación, hecha al pasar en el marco de un diálogo informal hacia el final de una entrevista, Jorge Luis Borges, el mayor escritor argentino de todos los tiempos, pintaba una realidad absoluta para la Argentina de la época. Las grandes oleadas migratorias de los siglos XIX y XX habían dado una fisonomía particular a nuestra nación, con matices diversos en su composición demográfica que moldearon así su peculiar identidad cultural. La italianidad, entonces, ya corría en estas latitudes como un río subterráneo, irrigando con fuerza y dando forma a lo que se ve en la superficie. Se había ya formado una “Italia fuera de Italia” en este rincón del planeta donde brilla la Cruz del Sur.

En el marco de este “.. pluralismo cultural que dominó la Argentina de la inmigración masiva..” (2), millones de italianos, una vez llegados

---

(\*) Coordinadora de la sede del CUIA en Buenos Aires. Abogada, ha realizado estudios de posgrado en Italia y en Estados Unidos. Trabaja desde hace varios años como responsable del área legal de compañías multinacionales con presencia en la Argentina. Docente en diversos cursos y programas de Derecho Comparado. Ha publicado artículos y dictado conferencias en temas vinculados al ejercicio de la profesión legal en un entorno internacional. Ha sido miembro dirigente y activo de varias asociaciones italianas. Fundadora del Laboratorio de Idee Italia Argentina, y recientemente designada directora ejecutiva del Latin American Desk de la Università degli Studi di Padova.

(1) SAÍTTA, Sylvia — ROMERO, Luis A., “Grandes entrevistas de la historia argentina (1879-1988)”, Ed. Punto de Lectura, Buenos Aires, 2002.

(2) BORGES, Marcelo J., “Inmigración y asimilación en la Argentina. Un enfoque historiográfico”, *Anuario IEHS*, 1988, <http://anuarioiehs.unicen.edu.ar/Files/1988/011%20-%20inmigracion%20y%20asimilacion%20en%20la%20argentina.%20un%20enfoque%20historiografico.pdf>.

al país y luego de haberse establecido para trabajar y comenzar una nueva vida, se agruparon en cientos de asociaciones y círculos (especial mención para la “madre” de todas ellas: Unione e Benevolenza, fundada en Buenos Aires en 1858) que funcionaron en la faz práctica para organizarse y acompañarse. En la faz individual, este agrupamiento natural seguramente sirvió para mantener ese refugio del alma que es la lengua nativa, así como para restaurar algo de aquello que se quiebra en las personas al dejar su tierra, como los olores de su infancia, su historia y su familia. Seguramente también fueron lugares donde se compartió la esperanza que habita el corazón de todo el que emigra: la mirada abierta hacia el futuro, la idea de partir para la construcción del presente a la medida de los sueños.

Se crearon así innumerables instituciones pioneras que constituyeron la génesis del asociacionismo italiano en el Cono Sur, entre las cuales fundaciones y sociedades de mutuo socorro, con el fin de prestar ayuda a los más desprotegidos entre los recién llegados. Estas sociedades de socorros mutuos, a su vez, “.. han contribuido luego con sus archivos a preservar la memoria histórica no solo de la inmigración italiana, sino del conjunto de la sociedad argentina, y han custodiado un rico patrimonio documental y edilicio..” (3), dejando bellísimos ejemplos de arquitectura clásica en diversos rincones del país. A estas sobrevendrían la construcción de hospitales y escuelas y una mirada de centros de reunión de inmi-

---

les/1988/011%20-%20inmigracion%20y%20asimilacion%20en%20la%20argentina.%20un%20enfoque%20historiografico.pdf.

(3) BERNASCONI, Alicia, “Las asociaciones italianas en Argentina entre pasado y presente”, *AdVersus*, año XV, nro. 34, Ed. Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, junio de 2018, ps. 40-55.

grantes italianos y sus descendientes, dispersos y multiplicados en todo el territorio argentino.

El tiempo pasó; se fue construyendo una nación compuesta de fusiones. Luego vinieron —vinimos— los hijos, los nietos y los bisnietos. Crecimos en este país, rodeados de italianidad, a veces inconsciente. Diversos historiadores, como Tulio Halperin Donghi, con sus estudios sobre la inmigración masiva en la Argentina, Fernando Devoto, con su apertura de plano sobre la inmigración italiana (en particular proveniente de la Liguria) en el barrio porteño de La Boca, o Samuel Bailey, en su descripción de “las tierras prometidas” de Buenos Aires y Nueva York, dan cuenta de que la italianidad, en un determinado momento de la sociedad argentina, se tornó en cierto modo omnipresente; creció capilarmente en la sociedad e impregnó todos los espacios de su vida cultural, volviéndose casi intrínseca a su constitución. En este escenario crecimos la primera, segunda y tercera generación de italianos en la Argentina.

Sin embargo, no es ajeno, para quienes hemos pertenecido desde siempre a las asociaciones italianas, el hecho de que ese vínculo tan vivo que los emigrados en primera persona mantenían con el país de origen se fuera modificando inevitablemente con el paso de los años. Por la necesidad de que no se rompiera ese lazo de pertenencia construido a partir del desarraigo de sus mayores, las nuevas generaciones que se formaron escuchando relatos de nostalgia fueron modelando un nuevo modo de relacionarse con Italia. Este nuevo modo se gestó un poco desde la tradición oral y otro poco a la luz de todas las acciones que institucionalmente desde Italia se llevaron a cabo a nivel nacional y regional (este último caso, el de las regiones, de enorme presencia, con gran cantidad de programas de revinculación con los descendientes de emigrados), como los viajes de retorno a las raíces o los programas de becas de estudio y formación para jóvenes de ascendencia italiana, a partir de las décadas de los 80, 90 y subsiguientes.

Se formaron así jóvenes que comenzaron a vincularse con la patria de origen a partir de nuevos intereses y afinidades, asistiendo a la universidad o formándose en oficios en Italia, reconstruyendo su historia y su identidad y reestableciendo en esos viajes las relaciones familiares que en muchos casos habían seguido por vía epistolar [un

ejemplo interesante de recopilación de esta correspondencia transoceánica durante los grandes movimientos migratorios en América Latina se encuentra en el libro “Merica! Merica!”, referido a la emigración de campesinos vénetos y friulanos (4)] y en otros se habían discontinuado en razón de la separación causada por la decisión migratoria, en algunas ocasiones incluso de manera traumática. De ese modo comenzó un diálogo de las nuevas generaciones con una Italia que naturalmente había cambiado y progresado y distaba ya mucho de aquella que los abuelos habían dejado.

En algunos de estos últimos años, además, se sumó el flujo de jóvenes italianos que nuevamente buscaron en la Argentina un destino para vivir, particularmente luego de la crisis europea del año 2008. El fenómeno fue abordado por el estudio sociodemográfico “Encuesta de Presencia Italiana Contemporánea en Argentina” (“EPICA”), realizado entre 2016 y 2017 en Buenos Aires por el Laboratorio di Idee Italia-Argentina (5). Según reveló este estudio independiente, se trata de una nueva movilidad, en su mayoría de jóvenes, universitarios, muy formados, con estudios de posgrado en Italia o incluso en la Argentina, que encontraron en el país algo de esa familiaridad compuesta por historias convergentes, raíces comunes y modelos culturales con pautas de convivencia y valores similares. También esta presencia modificó a su modo el paisaje de algunas ciudades. En Buenos Aires, se formaron redes virtuales con lugares, eventos e incluso barrios en donde esa nueva juventud italiana comenzó a reunirse para mantener vivo el contacto (ya totalmente impregnado de virtualidad y de nuevas herramientas tecnológicas de comunicación) con el país de proveniencia, también en este caso con una fuerte inserción en la sociedad

(4) FRANZINA, Emilio, “Merica! Merica! Emigrazione e colonizzazione nelle lettere dei contadini veneti e friulani in America Latina”, Ed. Cierre, 1994.

(5) Para consultar información sobre la “Encuesta de Presencia Italiana Contemporánea en Argentina” (“EPICA”), ver <https://buenosaires.italiani.it/encuesta-de-presencia-italiana-en-argentina/>, <https://www.infobae.com/sociedad/2017/06/11/como-es-la-nueva-inmigracion-italiana-en-argentina/>, <https://www.italianiabuenaes.com.ar/diario/como-es-la-nueva-inmigracion-italiana-en-argentina/>.

local como característica particular de la migración italiana en nuestra tierra.

## II. Un nuevo diálogo

En este paisaje cargado de historia común y proximidades culturales de todo orden, que han sido objeto de múltiples estudios, como las tradiciones, la gastronomía, la lengua (que, además de aportar términos propios, dejó su inconfundible huella en el acento del español rioplatense), surgen los lazos entre las dos orillas y el diálogo científico, económico y político que, aunque curiosamente no siempre acompañó la intensidad de la enorme afinidad descrita, se dio en forma continua y con diversas manifestaciones a través del acercamiento de cooperación entre los gobiernos, que promovieron los intercambios a través de sucesivos acuerdos y protocolos.

En materia jurídica, en particular, aun en el marco de “... la confluencia de la tradición constitucional de raíz norteamericana y la tradición continental europea...” (6), característicos del diseño institucional y normativo argentino, encontramos fuertes huellas de la herencia jurídica italiana. Son numerosos los puntos de contacto entre ambos ordenamientos, que dan cuenta del lugar que ha ocupado el derecho italiano, por ejemplo —tomando solo como muestra un área de impacto— en nuestra codificación civil.

Los movimientos codificadores en América Latina en general han sido consecuencia de períodos de organización nacional que culminaron en declaraciones de independencia luego de procesos difíciles colmados de crisis, guerras civiles, anarquías. La influencia italiana se hace esperar así hasta pasados esos períodos independentistas, ya en el siglo XX, durante el cual se incorporan al pensamiento jurídico argentino algunos principios y conceptos de aquel marco doctrinario, de la mano de juristas locales que se inspiraron y tomaron como fuente a juristas de la talla de Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti, Ricci o Messineo, o en algunos institutos en particular a autores como Passarelli, Ferrara o Betti.

---

(6) Al decir de SABA, Roberto, “Constituciones y Códigos: Un matrimonio difícil”, *Revista Pensamiento Penal*, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/12/doctrina32842.pdf>.

Es interesante señalar, siempre dentro del mismo campo de estudio, que a partir de la segunda mitad del siglo XX también se incorporaron a la doctrina jurídica argentina algunos valiosos conceptos y principios universalmente aceptados que provenían del Código italiano, como el de la buena fe en materia contractual (concepto que anteriormente había ya tenido aquí algún desarrollo pretoriano), disposiciones específicas sobre la resolución contractual, las figuras de la lesión y el abuso del derecho y un instituto que en la Argentina tendría con el paso de los años una especial resonancia, propia del contexto político-económico que le tocó atravesar de modo cíclico: la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente o doctrina de la imprevisión, cuya primera incorporación al derecho positivo local sigue de cerca el modelo del Código Civil italiano de 1942 y llega hasta nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su actual art. 1091 (7).

## III. La obra

En esta línea de diálogo virtuoso entre dos sociedades modernas afines y emparentadas, nos llega esta propuesta del Circolo Giuridico di Argentina, una joven y pujante asociación compuesta por mujeres y hombres del derecho, destacados en los distintos sectores de la profesión, con quienes compartimos algunos ideales, ideas y proyectos. A partir de la iniciativa de realizar una publicación conjunta, planteamos una serie de temas de análisis jurídico de interés para ambos países, que por su actualidad y centralidad consideramos que podía resultar valioso compartir, para intercambiar posibles soluciones a problemas comunes. Invitamos entonces a nuestros colegas de ambos países a realizar su aporte desde su experiencia académica, y la convocatoria tuvo una respuesta inmediata. El resto fue todo sinergia, trabajo en equipo y disponibilidad, tanto de nuestras universidades italianas miembros del CUIA y sus brillantes docentes, como de numerosos juristas argentinos que colaboran constantemente con nuestras iniciativas.

Esta obra nace entonces con el propósito de pensar conjuntamente desafíos y problemáticas legales comunes de actualidad, a la luz de

---

(7) Ver LERNER, Pablo, “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

dos sistemas jurídicos que, en buena parte de sus espacios, hablan el mismo idioma. El interés radica, asimismo, en el hecho de que, más allá de la estudiadísima matriz romanística común, se puedan, desde la práctica del derecho actual de cada ordenamiento, compartir experiencias jurídicas a partir de situaciones que requieren respuestas que cada país, con su cultura jurídica propia, elabora con sus peculiaridades y elementos comunes. Fue así que pusimos manos a la obra para tender este nuevo puente, que esperamos sirva para trazar y transitar un camino juntos de aquí en más.

El recorrido se realizó en territorios tanto del derecho público como del derecho privado. Los autores de ambas orillas comparten sus reflexiones acerca de problemáticas planteadas en razón de los cambios introducidos tanto por los avances tecnológicos como por las prioridades forzosamente reordenadas por cada sociedad, fruto de la crisis sanitaria vivida en los últimos tiempos. También están presentes desarrollos y proyecciones doctrinarias respecto de temas de acuciante actualidad y urgencia, tales como las migraciones y la perspectiva de género.

Debemos un especial agradecimiento a La Ley - Thomson Reuters y a todo su *staff* de excelencia, cuyo trabajo pone de manifiesto, sin ningún lugar a dudas, el rol de liderazgo y prestigio que esta casa ocupa desde siempre en materia de contenido editorial para el mundo jurídico y económico, ofreciendo productos y novedades de información profesional de primer nivel mundial. Un reconocimiento especial a los Dres. Foghini, Feijoo y Santarelli, sin cuyo valioso aporte, mente abierta e innovativa y empuje inigualable no hubiese sido posible este maravilloso trabajo de equipo.

Nuevamente, gracias a nuestro socio estratégico, el Circolo Giuridico di Argentina, y en especial a su presidente, Dra. Malena Errico, y a su

director ejecutivo, Dr. Miguel Coluccio, quienes, con su profesionalismo, espíritu emprendedor y constante vocación para tender redes fructíferas de trabajo conjunto, sin duda representan lo mejor de nuestra herencia italiana en la Argentina. Esperamos continuar trabajando por mucho tiempo en este ida y vuelta virtuoso de intercambio colaborativo.

Quiero mencionar por último a quienes manejan con estándares de excelencia los destinos del Consorzio Universitario Italiano per l'Argentina desde hace varios años: su presidente, Prof. Flavio Corradini, la directora, Prof. Carla Masi Doria, el coordinador del Comité Científico, Prof. Alberto Renzulli, y a todos y cada uno de los delegados de las universidades miembro del CUIA, que con su gran trayectoria académica y amor por el saber y por la Argentina hacen posible la tarea de construcción diaria de este magnífico y profundo vínculo entre pueblos hermanos. El CUIA trabaja incansablemente gracias a ellos desde el año 2002, como el gran proyecto de internacionalización del sistema universitario italiano, operativo en Italia y en la Argentina.

Presidencia y dirección, con su exitosa gestión desde su inicio, han llevado adelante una política de cooperación universitaria con una agenda intensísima de programas de intercambio, movilidad, apoyo a proyectos de investigación, jornadas, *workshops* y una grandísima variedad de acciones articuladas a lo largo del año, siempre siguiendo el más loable de los propósitos: difundir y promover el conocimiento científico, insertar a la universidad en la sociedad y hacer cada vez más sólido este puente construido ya hace años entre ambos sistemas universitarios; un puente que tengo el orgullo y el privilegio de recorrer junto a quienes me inspiran y me infunden siempre más y más deseos de trabajar con los pies en tierra argentina, el corazón en Italia y la mente puesta al servicio de mis dos amados países.





**COSTITUZIONALE**



# Il controllo di costituzionalità in Italia

## Una storia delle origini della giustizia costituzionale

Carlotta Latini (\*)

Il controllo di costituzionalità in Italia ha un'origine (1) molto peculiare: si tratta di un profilo importante che attraversa la storia costituzionale del nostro Paese sin dall'indomani dell'unità ed è destinato ad emergere e a riproporsi in momenti critici. Se tale controllo ha avuto in Italia una genesi del tutto propria rispetto alle caratteristiche del territorio, alla fine della Seconda guerra mondiale la scelta per la Corte costituzionale non può non apparire un episodio cruciale della storia costituzionale italiana. Gli articoli 134 e seguenti della Costituzione del 1948 introdussero così un nuovo organo che veniva preposto allo svolgimento di funzioni in apparenza mai svolte prima e che non aveva precedenti. D'altra parte, la Costituzione doveva essere presbite, guardare avanti e vedere lontano (2).

In realtà, a ben vedere, il problema era stato varie volte posto in dottrina e nella giurisprudenza e sostanzialmente risolto a seconda dei casi in maniera diversa, ma in base al principio per cui era competente la Cassazione a decidere del giudizio di legittimità delle leggi.

La questione in particolare emerse in occasione dei decreti-legge e dei relativi poteri di urgenza (3): in assenza di una norma dello Statuto al-

bertino che prevedesse tali poteri normativi straordinari in capo all'esecutivo, la scienza giuridica si divise sul loro riconoscimento di fatto e sul controllo che su tali decreti potesse svolgere la Corte di Cassazione. Tenendo da parte in questa sede il problema della presenza di più Cassazioni civili (ben quattro) e la loro unificazione nel 1923 (4), più precoce era stata l'unificazione di quella penale (1888), occorre evidenziare quali erano state le principali riflessioni sul tema.

L'uso del potere di decretazione d'urgenza era divenuto nell'Italia liberale, ma anche in quella fascista, uno strumento per arginare l'emersione e il riconoscimento delle libertà riconosciute dallo Statuto albertino, nella sua dimensione di costituzione materiale. La carta, per certi aspetti non flessibile, non solo non aveva previsto il ricorso ai poteri straordinari ma non aveva neanche prescritto un meccanismo di revisione di tipo aggravato delle proprie norme, e neppure una Corte costituzionale. Formalmente dunque, poteva essere modificato con una legge che era nei fatti di pari rango, almeno secondo una certa ricostruzione dottrinale che rinviava alle interpretazioni dello Statuto con le quali si erano disattese diverse norme dello stesso. Questo aspetto ambiguo dello Statuto è un profilo importante da tenere a base e presupposto di un discorso sull'emersione del controllo di costituzionalità. Il Commento allo Statuto del Regno di Francesco Racioppi e Ignazio Brunelli aggiungeva poi che: "Che se poi un'assemblea disconoscesse i confini della propria libertà d'azione, nessun mezzo giuridico si avrebbe per richiamarvela, mancando nel nostro ordi-

---

(\*) Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli studi di Camerino. Ha scritto numerose pubblicazioni in ambito storico-giuridico, con particolare riguardo alla materia di diritto dell'emergenza, diritto penale e diritto d'asilo.

(1) BIGNAMI, M., "Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)", Giuffrè, Milano, 1997.

(2) CALAMANDREI, P., "Intervento all'Assemblea Costituente", 4 marzo 1947, seduta pomeridiana, parte 2, in ProfessioneGiustizia.it.

(3) LATINI, C., "Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento", Giuffrè, Milano, 2005, passim.

---

(4) MECCARELLI, M., "Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)", Giuffrè, Milano, 2005.

namento costituzionale qualsiasi istanza superiore alla Camera, e solo toccherebbe all'opinione pubblica d'influire acciocché la norma incostituzionale venisse abrogata dall'assemblea medesima" (5). Punto di partenza per Racioppi sono le libertà: quando il giudice veniva chiamato a decidere se su un cittadino incombeva o meno un obbligo giuridico, preliminarmente il giudice poteva essere investito della questione se la legge che imponeva tale obbligo era veramente una legge. Il legislatore non può regolare se non nelle materie che gli sono riconosciute come sue e quando sconfini, la sua opera è *ultra vires* e non avrà obbligatorietà ed efficacia (6). Il rinvio al pensiero di Dicey (7), è qui rilevante, in quanto egli riteneva che il controllo di legittimità costituzionale fosse connesso ad una sorta di supremazia della costituzione, ovviamente scritta, su cui si reggeva uno stato federale. Egli non a caso usava l'esempio degli Stati Uniti, anche in contrapposizione (o quanto meno in termini di evoluzione), rispetto al modello inglese. L'esempio francese e quello belga erano funzionali a dimostrare l'assenza quasi costante di un controllo di costituzionalità delle leggi.

Considerato che il potere costituente non era stato considerato sovraordinato rispetto al legislativo, e la costituzione e la legge derivavano dallo stesso organo, mancava al giudice la materia da conoscere non potendovi essere leggi sostanzialmente incostituzionali. Nonostante queste premesse, in realtà, secondo Racioppi il sindacato di costituzionalità delle leggi era possibile anche nel nostro ordinamento ma solo nei limiti di un sindacato formale. Il sindacato secondo Racioppi poteva essere così sia materiale che formale a seconda che riguardasse la sostanza o la forma, il merito o il rito. La disamina dei casi di sindacato for-

male non era una mera *Doktorfrage* come invece aveva sostenuto Laband (8). Il caso di mancanza di accordo delle due camere su una legge, poi promulgata per errore incolpevole, era tutto meno che un'ipotesi di scuola. In Italia, lo registra Racioppi si era già verificato ben quattro volte. Racioppi riteneva che spettasse al potere giudiziario indagare circa l'esistenza della legge. Nonostante le polemiche sul punto, infatti, a suo avviso lo spirito del regime costituzionale stava nell'istituire limiti giuridici anche ai poteri pubblici sia pure in assenza di una espressa attribuzione. Non bisognava allora cercare nel diritto positivo una norma che ostacolasse l'esercizio di tale potere di controllo ma al contrario occorreva rinvenire una norma che impedisse in certi casi tale esercizio. Per Attilio Brunialti si poteva fare riferimento al sistema americano: non solo la Corte suprema federale ma ogni altro giudice poteva indagare sul controllo di costituzionalità materiale e formale, come sosteneva Cooley (9). In realtà, sul punto, una parte della pubblicistica italiana, come ad esempio Orlando (10) o Lessona (11) sembrava andare in direzione opposta, ritenendo che fosse vano ogni sindacato o ponendo comunque limitazioni. Il sindacato formale non spettava inoltre al re, perché se era vero che egli promulgava la legge e questo potere secondo lo Statuto spettava al re solo, era anche vero che la promulgazione e la sanzione non comportavano un giudizio sulla costituzionalità o validità formale della legge. Se l'atto legislativo doveva essere la risultante dei tre fattori, ovvero Camera, Senato e re, un atto legislativo non sanzionato nei termini della sessione, non era tale perché non approvato nei limiti di tempo prescritti dalla l. 23 giugno 1854, art. 3°. La funzione legislativa assorbiva così tutti gli attributi dell'assemblea

(5) RACIOPPI, F. — BRUNELLI, I., "Commento allo Statuto del Regno, (Dall'art. 48 all'art. 84 ed ultimo)", vol. III, Utet, Torino, p. 223.

(6) RACIOPPI, F., "Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, in *La legge. Monitore giudiziario e amministrativo*", XLV, 1905, col. 705; V. MICELI, "Incostituizionalità", in *Enciclopedia giuridica italiana*, Giuffrè, Milano, 1902, vol. 8, P. I, ps. 759-776. LESSONA, C., "La legalità della norma e potere giudiziario", Cammelli, Firenze, 1900.

(7) V. DICEY, "Introduction to the Study of the Law of Constitution", Mc Millan, London, 1915, ps. 87 e ss.

(8) LABAND, P., "Das Staatsrecht des Deutschen Reiches", Mohr, Tübingen, 1911, t. II, p. 326.

(9) COOLEY, T. M., "A Treatise on the constitutional limitations which rests upon the legislative powers of the States American Union", Brown, Boston, 1868, p. 159.

(10) V. ORLANDO, E., "Teoria giuridica delle guarentigie delle libertà", Torino Ute, 1890, ps. 147 e ss. Orlando distingue tra sindacato sulla costituzionalità intrinseca ed estrinseca della legge.

(11) LESSONA, C., "La legalità della norma e il potere giudiziario", Cammelli, Firenze, 1900, ps. 31 e ss.

costituente, come anche sostenuto da Mortara (12). È interessante notare che il problema del controllo di costituzionalità in Italia si sia posto principalmente nei casi di decreti-legge, o anche dei regolamenti parlamentari (13), che incidevano in maniera significativa sulle libertà dei cittadini. Nei momenti di particolare crisi del Paese, si pensi ai decreti Pelloux, e al cosiddetto decennio di sangue e agli stati d'assedio del 1894 e del 1898 (14), nonché alla Grande guerra e alla delega legislativa con cui il Parlamento conferiva al governo ampi poteri normativi per tutta la durata della guerra, il problema del controllo soprattutto sui decreti-legge e su tutti i decreti luogotenenziali fu ricorrente. Lo stesso decreto di dichiarazione di stato d'assedio politico presentava un problema di costituzionalità e di legalità e per lungo tempo si discusse della necessità della clausola della conversione per i decreti dati in conseguenza dello stato d'assedio, in assenza della quale potevano considerarsi decaduti e la magistratura poteva non applicarli, cessato il periodo di urgente necessità, e riconosciuto che non ricorressero più i presupposti di urgenza. È noto che durante il fascismo il problema dei decreti-delegati e dei decreti-legge fu risolto solo in parte, e un certo abuso nel ricorso (15) ai decreti-legge rimase, pensiamo alle cosiddette leggi razziali che furono appunto date per regio decreto, rinviando alla l. 31 gennaio 1926, n. 100, con la quale si era tentato di limitare la decretazione di emergenza ai soli casi di necessità e di urgenza e che lo Statuto fu sottoposto ad alcune modifiche di adeguamento allo stato fascista e alla nuova ideologia di cui si faceva portatore.

(12) MORTARA, L., "Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile", Vallardi, Milano, 1923, vol. I, p. 124.

(13) ARANGIO RUIZ, G., "Il nuovo regolamento giudiziario del Senato italiano", in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 67, 1901, p. 452.

(14) LATINI, C., "Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento", Le Monnier, Firenze, 2010, ps. 275 e ss.

(15) CONCARO, A., "Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge", Milano, 2000, 41 ss., 83 ss.; CELOTTO, A., "L'abuso del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica", I, Padova, 1997, I, specie ps. 413 ss.

Di norma si ritiene che questo fosse possibile perché lo Statuto è stato una costituzione flessibile o duttile-flessibile e dunque elastica (16), questione peraltro che resta aperta (17), nonostante quanto ha ritenuto buona parte della dottrina per cui in assenza di una procedura aggravata per le modifiche dello Statuto fosse scontata la sua flessibilità (18), mentre altra parte sia pure minoritaria ne ha sostenuto la natura di carta rigida alla luce del fatto che il re Carlo Alberto stesso l'aveva definita legge perpetua ed irrevocabile della monarchia. Il punto della flessibilità e quindi della modificabilità dello Statuto da parte del legislativo e quello del controllo di costituzionalità da parte dei giudici ordinari, sono proprio i riferimenti dai quali parte Santi Romano nel suo saggio sui limiti della funzione legislativa (19), evidenziando come la questione della modificabilità dello Statuto, pure ammissibile, incontrava alcuni limiti, e dunque esso poteva essere modificato solo in caso di necessità, o allo scopo di riconoscere una consuetudine, che avesse carattere e forza giuridica (20) e quando si trattasse di integrare lo statuto. Secondo Romano la funzione legislativa incontrava dei limiti nella modifica dello Statuto, nonostante il principio di sovranità del parlamento, l'onnipotenza parlamentare, principio che ormai era difficile applicare vista l'emersione di un sistema nuovo, fondato sull'equilibrio

(16) FERRARI ZUMBINI, R., "Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino, 1846-1848", Luiss, Torino, 2016, p. 48.

(17) PACE, A., "Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi", Cedam, Padova, 2002, 2ª ed. (riveduta e ampliata); ROSSELLI, F., "Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto Albertino", in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1986, ps. 476 ss., 498 ss. e, soprattutto per l'esame della giurisprudenza, MANDEL, M., "The Unbearable Flexibility of the Statuto Albertino", CLUEB, Bologna, 2006.

(18) MARCHI, T., "Lo Statuto albertino e il suo sviluppo storico", prolusione all'anno accademico 1924-1925 nella R. Università di Parma, in [http://documenti.camera.it/bpr/11850\\_testo.pdf](http://documenti.camera.it/bpr/11850_testo.pdf).

(19) ROMANO, S., "Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano", in *Archivio del diritto pubblico e della pubblica amministrazione italiana*, I, IV, 1902, p. 24.

(20) LAMPERTICO, F., "Lo Statuto e il Senato", Forzani, Roma, 1886, ps. 103 e 105.

brio tra organi non più sovrani ma costituzionali. Questo equilibrio sarebbe stato sconvolto dall'avvento del fascismo, in cui si sarebbe rafforzato il ruolo del governo, già uscito piuttosto forte dalla Grande Guerra. Nella vigenza dello Statuto albertino, si erano verificate notevoli violazioni dei diritti di libertà, senza che la Corte di Cassazione intervenisse, se non in rari casi, a tutela dei cittadini e dei loro diritti. D'altra parte la giurisprudenza della Cassazione non era stata univoca sul punto del controllo di legittimità delle leggi: in alcuni casi era intervenuta, come nel 1894, in altri no, dichiarandosi incompetente. La stessa espressione "controllo di costituzionalità" fa fatica ad emergere in questo contesto, ma pure è presente. Mentre era abbastanza pacifico che il giudice ordinario potesse svolgere il controllo di costituzionalità formale di una legge, quello sostanziale incontrava forti resistenze. Sicuramente lo Statuto non aveva posto le basi di uno stato di regnicoli liberi e uguali, avendo in mente un preciso tipo ideale di regnicolo, ma non aveva neanche pensato alle discriminazioni, pensiamo a quelle razziali realizzate durante il fascismo. Si era trattato in quest'ultimo caso di un'ulteriore forzatura fino alla svolta della trasformazione della Camera dei deputati in camera dei fasci e delle corporazioni, avvenuta con legge n. 129 del 19 gennaio 1939. La trasformazione in senso fascista di organi vitali dello Stato italiano, cambiava in nuce l'assetto costituzionale del Paese. Tra il 1925 e il 1926 era iniziato così quel processo di fascistizzazione, anche grazie all'Istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, che culminava con una riforma a tutti gli effetti costituzionale. La nuova forma di stato che si instaurava si innestava sul vecchio Statuto, ma senza dubbio rappresentava, da quel momento in poi, qualcosa di nuovo. Le vicende successive all'avvento del governo Badoglio e le epurazioni confermerebbero un'ipotesi ulteriore e suggestiva rispetto a quella presa in esame da Lanchester (21), ovvero che, dato il colpo di stato del 3 gennaio del 1925, in realtà lo Statuto albertino, carta tendenzialmente rigida, pur in assenza dei due requisiti della revisione in modalità aggravata e di un orga-

(21) LANCHESTER, F., "La Costituzione tra elasticità e rottura", Giuffrè, Milano, 2011.

no ad hoc di giustizia costituzionale, era stato apertamente violato e forzato, fino a trovare il suo punto di crisi. Il tema della costituzione rigida o flessibile torna ad essere oggetto di dibattito in Italia, fino alla introduzione del concetto di elasticità della costituzione, concetto che esprimeva meglio di tutti la condizione in cui si trovava lo Statuto albertino con le riforme fasciste (22). Luigi Rossi con il concetto di elasticità della costituzione (23) e Costantino Mortati (24) con quello di costituzione materiale ricostruiranno il quadro all'interno del quale era possibile collocare lo Statuto. Terminata la dittatura, con l'inizio dei lavori dell'Assemblea costituente si realizzava una seria riflessione anche sulla giustizia costituzionale, ritenuta una dei capisaldi, insieme alla previsione di un meccanismo di revisione aggravato, di una costituzione rigida anche alla luce del passaggio dalla monarchia alla Repubblica. Il 13 gennaio 1947 la seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione comincia la discussione sulla Suprema Corte costituzionale, partendo proprio da alcuni punti già enucleati dalla dottrina. Innanzi tutto si affronteranno il problema del parlamento che controlla se stesso, da evitare, e la questione della natura del controllo dipendente dalla tipologia di costituzione, rigida o flessibile, e un controllo di conseguenza estrinseco o intrinseco.

Proprio l'istituzione della Corte costituzionale faceva comunque riemergere la discussione sulla tipologia di costituzione, rigida o flessibile. *In molti casi il dibattito alla Costituente aveva dimostrato* che la questione della istituzione della Suprema Corte costituzionale fosse legata al principio se la Costituzione fosse rigida o meno. Una volta entrata in vigore la costituzione con la previsione della Corte costituzionale trascorsero otto anni dalla prima sentenza della Corte. Non entro nel merito delle ragioni per le quali passò tutto que-

(22) Sulla categoria, da Bryce, in poi v. PACE, A., "Costituzioni rigide costituzioni flessibili", Cedam, Padova, 2000.

(23) ROSSI, L., "La "elasticità" dello statuto italiano", in Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Cedam, Padova, 1940, vol. I, ps. 25-43.

(24) MORTATI, C., "La Costituzione in senso materiale", Giuffrè, Milano, 1940.

sto tempo dalla prima sentenza della Corte, dei ritardi nell'attuazione della Costituzione, che possono essere letti in maniera divergente (25), mi limito a constatare un fatto e le sue

---

(25) MENICONI, A., "Storia della magistratura italiana", cit., ps. 287-288, tale fenomeno fu denunciato da Piero Calamandrei. Tuttavia osservazioni di ordine diverso si leggono in SIMONCINI, A., "L'istituzione della Corte co-

conseguenze. Così, negli otto anni seguiti al 1° gennaio 1948 il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi è stato effettuato in maniera diffusa da parte del giudice volta per volta competente, sia per i vizi di legittimità formale che per quelli di legittimità sostanziale.

---

stituzionale e la sua affermazione: una lezione dalla storia", in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2006.

# L'interpretazione della Costituzione tra positivismo giuridico della modernità e stato di sicurezza

Francesco Petrillo (\*)

**Sumario:** I. Decisionismo politico e ermeneutica giuridica. Cenni su un possibile confronto.— II. Interpretazione del diritto e de-statalizzazione.— III. L'interpretazione costituzionale tra principi fondamentali del diritto e canoni ermeneutici.— IV. L'Esperienza svedese e gli atti dei costituenti nel rapporto tra positivismo giuridico della modernità e metodologia giuridico-ermeneutica.— V. Una conclusione o un'apertura?— VI. Riferimenti bibliografici.

## I. Decisionismo politico e ermeneutica giuridica. Cenni su un possibile confronto

Carl Schmitt ha ben chiaro che il decisionismo giuridico è strettamente intersecato con il positivismo giuridico, ma non con il logicismo formale che emerge dagli studi del suo antagonista Hans Kelsen (Schmitt, 1972: 265). L'ermeneutica giuridica, dal suo canto, quale teoria scettica dell'interpretazione giuridica, ha molto chiaro il suo approccio più vicino alla scienza giuridica positivista classica, imperniata sulla volontà del legislatore, piuttosto che alla scienza giuspositivista logico-analitica, che dalla volontà del legislatore prende le distanze (Betti, 1990: 846 ss.; 1971: 312 ss.).

Il decisionismo politico e giuridico di Carl Schmitt è, però, cosa ben diversa dal decisionismo giuridico-gnoseologico di Emilio Betti. Solo elemento comune ai due approcci allo studio del diritto è la consapevolezza di avere nella tradizione giuspositivista, costruita sulla volontà del legisla-

tore, il proprio fondamento storico-filosofico. Di fronte a codificazioni chiuse e sistemi formalizzati non c'è altra scelta che quella di "negare una scienza giuridica sistematica in senso proprio [... e di riconoscere che] ogni argomento di scienza del diritto non è altro che un potenziale fondamento per decisioni, in attesa di caso di conflitto" (Schmitt, 1972: 265 ss.). La trasformazione dell'idea di diritto nell'idea di legalità (Schmitt, 2005) crea, quale situazione congenita al sistema giuridico, una continua quantità di scontri di interessi e quindi un concreto disordine, che necessita di una decisione sovrana perché possa avere termine. In questa prospettiva il positivismo giuridico ottocentesco deve trovare, per il decisionismo giuridico-politico, il suo naturale epilogo nell'integrazione possibile di pensiero positivista e pensiero decisionista, al fine di garantire la sopravvivenza del sistema. Soltanto l'aspetto decisionista permette di moderare l'"ipocrisia" della legge —propria della prospettiva normativista— alla volontà del legislatore politico e cioè di moderare il logicismo estremo in cui per Schmitt va a cadere il positivismo giuridico costruito come assoluto normativismo.

Il decisionismo gnoseologico-giuridico, figlio del materialismo storico gentiliano e crociano —su cui si costruisce concettualmente l'ermeneutica giuridica bettiana—, piuttosto che del materialismo dialettico, intende piuttosto incidere la ferita mai rimarginata del positivismo

---

(\*) Filosofo del diritto presso il Dipartimento giuridico dell'Università del Molise. Esperto di Teoria dell'interpretazione giuridica e ermeneutica giuridica, è avvocato cassazionista. Ha pubblicato diverse monografie sulla Teoria dello Stato, anche rispetto alle vicende politico-giuridiche dell'Unione Europea e sui rapporti tra interpretazione del diritto e della legge. francesco.petrillo@unimol.it.



della tradizione moderna, tentando di superare il dualismo: volontà del legislatore (che decide in generale e astratto)/volontà del giudice (che decide nel particolare e concreto), mettendo in discussione la delimitazione spaziale e temporale del diritto positivo, spiegando la dimensione a-spaziale o meta-spaziale e a-temporale o in-temporale (Hartmann, 1963; 1970; 1975) della volontà del legislatore e del giudice. Mira a individuare, fin dalle sue premesse, nell'ordinamento giuridico vivente, il senso della forza gnoseologico-decisionale del giudizio del giudice, o del giurista in genere, non soltanto quando questo sia stabilito per legge, come invece il decisionismo giuridico-politico prevede per "i giudici professionali dello stato e per gli avvocati organizzati secondo lo stesso schema di una magistratura di questo tipo" (Schmitt, 1972: 265 ss.), permettendo rispetto al positivismo giuridico, di non disperdere la diacronicità e diatopicità, proprie del diritto.

Nel decisionismo schmittiano, la forza della decisione politica, pure smascherando l'ideologia della logica assiomatico-deduttiva, fatta propria dal normativismo, permette al positivismo giuridico di salvaguardare i propri ineludibili contenuti storicistici, quelli che determinano l'ordinamento giuridico come un concreto fatto storico (Capograssi, 1959), fondato, secondo la teoria politica schmittiana della sovranità, sulla decisione sovrana in grado di mettere fine a uno stato d'eccezione, pre-sociale, ma anche post-sociale; pre-giuridico, ma anche post-giuridico. Ciò perché il sovrano non è il risultato del contratto da cui sorge lo stato, ma la possibilità, il presupposto della garanzia dell'ordinamento giuridico esistente proprio grazie allo stato. Schmitt ha ben chiaro che il potere giuridico-politico proviene al sovrano dal consenso generale, ma è il sovrano che quel potere va a garantire.

Seppure l'ermeneutica giuridica bettiana contiene al suo interno tracce di decisionismo, soprattutto per la comunanza degli argomenti nella critica al normativismo, le differenze rimangono tra l'uno e l'altro approccio alla giuridicità più che rilevanti; sono di tipo strutturale oltre che funzionale.

1) L'aspetto decisionale della giuridicità non deriverà mai nell'approccio giuridico-ermeneutico da presupposti teorico-politici, nel senso che non sarà mai la potestà politica a fondare il diritto

a decidere, ma semmai quest'ultima sarà utile a spiegarne l'esigenza e lo scopo.

2) La decisione giuridico-ermeneutica bettiana rispetto a quella politica schmittiana non prenderà mai le mosse da costruzioni politico-legislative, perché è, in un certo qual modo antimoderna, in quanto in essa, il suo pensare il diritto, prescinde del tutto dalla necessità della legge. Quest'ultima si pone soltanto come un'eventualità ulteriore per la riflessione sul diritto, non come la sua sintesi concettuale (decisionismo giuridico), né come il suo riduzionistico modo di espressione (normativismo).

3) La dinamica operativa della decisione, nel rapporto tra decisionismo giuridico e ermeneutica giuridica, infine, rende evidente che mentre il primo tende a rimarcare la capacità del diritto di stabilizzare il disordine politico, la seconda ritiene che può garantire la stabilità del sistema politico soltanto la tolleranza etica possibile nel giudizio del giurista.

## II. Interpretazione del diritto e de-statalizzazione

Nonostante la discussione sulla Costituzione possa trovare un suo ubi consistam nell'argomentazione sull'organizzazione legale di uno stato, va sottolineato come, forse paradossalmente, particolare interesse destano, in tema di interpretazione costituzionale, le interrelazioni e i nessi tra l'interpretazione giuridica e la de-statalizzazione e de-nazionalizzazione, che hanno caratterizzato la contemporaneità dopo il secondo conflitto mondiale.

Va anzitutto sempre dato il giusto rilievo, quale premessa tematica di uno studio sull'interpretazione costituzionale, alla distinzione concettuale tra stato e nazione (Fioravanti, 1979; 1991: 325-350), specie per segnare adeguatamente la diversità concettuale tra internazionalizzazione e interstatalizzazione.

L'internazionalizzazione non riguarda, infatti, la vicenda della statualità. Si rifà a concetti giusnaturalistici, anzi giusrazionalistici, propri della modernità e non della contemporaneità. Questi ultimi poco hanno a che fare con i rapporti tra stati, regolati dal diritto sovranazionale odierno, originantisi e sviluppantisi dalla inter-

statalizzazione (Schmitt, 2005) e non dalla internazionalizzazione.

Ma, poiché i concetti di stato e di statualità sono in crisi, come è in crisi, nella contemporaneità, il concetto di sovranità (AA.VV., 1996; AA.VV. 2000; Butler and Chakravorty Spivak, 2009) —di quegli stessi fondamento—tenendo conto della diversità tra il concetto di nazione come stato e il concetto di stato come nazione, va considerato con attenzione quanto la vicenda del diritto operante tra più stati si definisca sempre più nella concettualizzazione di un diritto de-nazionale più che sovranazionale o internazionale. E un diritto de-nazionale può essere soltanto anzitutto un diritto de-statale e/o de-statalizzato, cioè un diritto, per sua stessa natura sostanziale, piuttosto che formale (Catelani, 1998; 2014), non riconducibile al concetto positivistico-illuministico di legge, ma identificabile piuttosto con la previsione di un insieme di tutele, da valutarsi caso per caso e riguardante situazioni giuridiche individuali e collettive.

Questo diritto è il solo a potere essere applicato nei rapporti dei cittadini appartenenti a diversi ordinamenti giuridici, ma circolanti nei vari stati, allorquando costoro, proprio per le vicende concernenti rapporti giuridici interpersonali, non possano chiedere —salvo accordi tra gli stati non in grado di risolvere questioni giuridiche di tipo teorico generale— l'applicazione delle leggi dello stato di appartenenza o solo dell'uno o solo dell'altro. E esso si propone, alla fine, come il solo diritto applicabile da parte delle Corti di Giustizia internazionali, le quali, per loro struttura e natura, debbono porsi al di là delle vicende delle singole statualità e debbono, nella maggior parte dei casi —altrimenti non avrebbero ragione di essere— affrontare giudizi non risolvibili facendo semplicemente ricorso alle norme positive degli stati da cui promanano, i quali, a tali Corti, hanno congiuntamente conferito il potere di mettere fine alle controversie tra i loro cittadini e i cittadini di altri stati.

L'interpretazione costituzionale odierna subisce di certo l'influsso dell'interpretazione del diritto nascente dalla de-statalizzazione globalizzata:

1) tanto perché può riguardare il diritto dei privati in relazione tra loro, a prescindere dalle leggi degli stati di appartenenza;

2) quanto perché può riguardare il diritto pubblico, inerente precipuamente ai giudizi concernenti l'organizzazione interna di quegli stati, gli stessi stati tra loro e i rapporti tra gli stati e tutti i soggetti pubblici e privati, cittadini e stranieri, in relazione continua con le loro amministrazioni territoriali.

Le decisioni su tali vicende richiedono, infatti, un modello di interpretazione del diritto ben lontano dalla mera interpretazione della legge, nella quale il giudicante esprime un ruolo esclusivo nell'attività interpretativa e l'oggetto dell'interpretazione, in-temporale e spazialmente circoscritto, non può prescindere, almeno in prima istanza, dal documento normativo.

Venendo meno —almeno nelle situazioni giuridiche sopra considerate— la statualità e di conseguenza la legge statale, un'interpretazione espletata per le sole finalità dell'interprete si manifesta macroscopicamente insufficiente.

L'interpretare il diritto richiede, di certo, competenze e conoscenze diverse dall'interpretare la legge.

Se l'interpretazione logico-analitica e argomentativa è pensabile per la legge, poiché pone comunque testi e documenti normativi a premessa del suo ragionamento, certo essa non riesce —senza fare affiorare radicate aporie nei suoi ragionamenti, specie nelle sue più recenti prospettazioni, allorquando va a confrontarsi con l'attuale realtà giuridica— a tenere conto adeguatamente di principi-valori giuridici de-statalizzati e de-positivizzati, assiologici e deontologici, imprescindibili per un'interpretazione giuridica non dipendente dalla legge statale.

Ciò si riscontra nel confronto con la più recente giurisprudenza costituzionale italiana e straniera.

Il problema dell'interpretazione per valori (AA. VV., 2007) non può essere risolto semplicemente ritenendo che i valori da interpretare possano avere una loro propria collocazione all'interno dell'interpretazione della legge in quanto di de-

rivazione normativa, specie considerato il fatto che, temporalmente, essi nascono prima delle norme, altrimenti le norme non avrebbero ragione di porli. Né può essere risolto ritenendo che la norma costituzionale sia per contenuti una norma diversa dalle altre norme giuridiche, per esempio diversa da quelle del Codice della strada (Pino, 2010: 127-142).

Seguendo queste prospettazioni l'interpretazione costituzionale è sembrata per lungo tempo oscillare tra due possibilità, piuttosto divaricate tra loro:

a) o la norma costituzionale è una norma giuridica e la Costituzione va interpretata come un qualsivoglia documento normativo (Guastini, 2004, 2011);

b) oppure la norma costituzionale non è una norma giuridica e va considerata semplicemente come l'enunciazione di valori da interpretare. La Carta costituzionale di conseguenza sarebbe un documento non normativo.

È stato osservato come, dal punto di vista giuridico-ermeneutico (Betti, 1979; 1990,1991), la questione, invece, non si ponga. L'interpretazione costituzionale può essere di tipo normativo, ma può anche richiedere un approccio di tipo non normativo. Può avere bisogno di un metodo in grado di considerare tanto le disposizioni normative, quanto i valori fattuali.

Le recenti teorie neo-costituzionaliste, pure in voga, trascurano, non a caso, il rovo più spinoso dell'interpretazione costituzionale, e, soprattutto, dell'interpretazione costituzionale conforme; per intendersi, quello che sfocia nelle sentenze interpretative di rigetto. Non tengono conto del fatto, forse per l'influsso forte degli studi anglosassoni, che la dottrina italiana degli anni '50 aveva già affrontato tali problemi, in alcun modo nuovi per la nostra cultura giuridica.

È sempre stato ben chiaro, infatti, nelle prospettive teorico-giuridiche continentali quanto non siano le disposizioni costituzionali assiologiche — quando vadano ad esprimere valori, anche pre o extra giuridici —, ma piuttosto assiologici siano i valori, intesi nella loro inseità. Questi ultimi, già per la sola ragione di essere assiologici, non sono connotabili normativamente. La nor-

ma giuridica non riesce cioè ad esprimerli pienamente, dovendoli sempre comprimere, considerati la loro estensione e il loro possibile dispiegamento nella realtà pratica.

Per inserire i valori all'interno del giudizio interpretativo costituzionale, quindi, si pone come una forzatura la richiesta di una loro connotazione normativa, quasi come una *contradictio in terminis*, non considerata proprio per l'esclusivo fine di giustificare l'interpretazione del valore come un'interpretazione normativa. Ciò, poiché i valori precedono le norme, nel senso che preesistono ad esse e il loro essere contenuti, spesso, in maniera vaga nelle norme costituzionali, non nega, anzi spiega, che le norme non possono connotarli del tutto proprio perché del tutto non li contengono. Essi non possono essere astratti e generalizzati, al fine di interpretarli, ma piuttosto dovranno essere interpretati anche a prescindere da una loro connotazione normativa e dalla loro astrazione e generalizzazione, dal momento che possono avere una loro particolare dimensione concreta. I problemi posti dalla polemica tra Herbert Hart e Ronald Dworkin (Hart, 1965; Dworkin, 1982; 2009; La Torre, 2003; Ferrajoli, 2007;) erano, invero, già stati risolti alla fine degli anni '50 del '900, dalla dottrina giuridica italiana (Caiari, 1954; 1955:163-169), secondo linee direttive teoriche piuttosto precise:

a.1.) I valori non possono essere connotati normativamente perché la loro capacità di estensione ed espressione è tale da sfuggire alla capacità connotativa della norma giuridica. Riguardano una generalità di casi, di per sé, più ampia di quella della norma giuridica. Per questa ragione è contraddittorio, da parte delle teorie post-normativiste, pensare che accada l'inevitabile e cioè che le norme connotanti i valori costituzionali possano essere assiologiche e valutative, laddove:

1. una norma giuridica non può essere, per le teorie normativiste, valutativa;

2. una norma giuridica non può essere, per quelle stesse teorie, assiologica, perché assiologico è casomai il valore che cerca di connotare.

b.1.) I valori non possono essere astratti dalle norme perché, precedendo le norme stesse, possono riguardare anche casi particolari e concre-

ti, che sfuggono all'astrattezza normativa. Un valore particolare non in tutte le circostanze deve dipendere o sottostare ad un valore generale. Si richiede sempre una valutazione del caso per caso, impossibile alla connotazione normativa, per sua stessa natura soltanto generale e astratta.

Va considerato comunque quanto l'interpretazione giuridico-ermeneutica, rispetto all'interpretazione della legge, si ponga nella prospettiva fenomenologica di un'interpretazione del diritto capace di prescindere da premesse normative connotate al fine di decidere giuridicamente. Il problema diventa non tanto quello delle decisioni giuste secondo legge, poiché alle leggi non si può fare sempre riferimento; né quello delle decisioni secondo giustizia, che non è di questo mondo, come ben sanno non solo i giuristi... ma piuttosto —come ha compreso e statuito anche il nostro legislatore costituzionale (1)— quello del giusto metodo con cui procedere a decidere (d'Alessandro, 1991: ps. 5-17).

La teoria giuridico-ermeneutica si propone, dunque, come un metodo ad hoc per il giudizio costituzionale. Essa, impregnata com'è dei criteri interpretativi giusromanistici, di quelli dell'ermeneutica juris medievale, nonché di quelli dell'ermeneutica filosofica romantica tedesca — volta a discernere le scienze umane dalle attività dell'uomo non scientifiche— offre delle prospettive interpretative e argomentative fondate su premesse assiologiche e deontologiche a cui non possono più rinunciare le Corti superiori di Giustizia e in particolare modo quelle costituzionali (2). E quale metodologia per l'interpretazione del diritto, utilizzata in luogo di un'analisi me-

ramente logico-analitica o logico-argomentativa della legge, apre un varco enorme in uno spesso muro: quello apparentemente invalicabile del contemperamento possibile tra Common Law e Civil Law. Assottiglia, infatti, il confine di demarcazione tra comparazione e interpretazione, secondo l'insegnamento di Tullio Ascarelli (1952; 1959). Supera, in nuce, la mera considerazione della polemica tra Herbert Hart e Ronald Dworkin.

La canonistica ermeneutica permette all'interprete di prescindere da un approccio esclusivo al documento normativo e di concentrarsi specificamente sull'analisi dell'attività giuridica, andando anche oltre la parametrizzazione tra regola e documento e, occupandosi, allo stesso tempo, dell'atto giuridico compiuto, dell'atto durante il suo svolgimento, nonché della ricaduta dei suoi effetti, in maniera ampia e onnicomprensiva.

L'applicazione dei canoni ermeneutici, che si affiancano metodologicamente alle disposizioni normative, permette di garantire un modo di procedere nel giudizio esaustivamente sostitutivo dell'astratto procedimento logico di imputazione o sussunzione, il quale, in assenza della delimitazione spaziale/ordinamentale e di un'intemporalità della legge —che in effetti manca, perché manca il riferimento a un preciso ordinamento giuridico, delimitato nei suoi confini— si pone a garanzia di un qualsiasi giudizio definibile propriamente come giuridico e non solo come politico. La decisione di tale giudizio, infatti, è giuridica:

1. perché non è considerata soltanto come un atto di interpretazione conoscitiva, ma anche come un atto di volontà, laddove la decisione sul documento normativo muove da un mero approccio gnoseologico;

2. perché non è costruita esclusivamente come atto di volontà, ma anche come atto di conoscenza, laddove la decisione politica va a caratterizzarsi, invece, per l'essere un atto di volontà in grado di prescindere da un'analisi conoscitiva; anzi, soprattutto, di non averne assolutamente bisogno.

Il metodo ermeneutico permette, dunque, un giudizio giuridico in grado di andare al di là della sola "lettura" del disposto normativo, anche per

(1) Il primo comma dell'art. 111 della nostra Carta costituzionale, introdotto dall'art. 1 della legge cost. n. 23 novembre 1999, n. 2, ben precisa, elevandolo al rango di principio costituzionale nel nostro ordinamento giuridico, e, aderendo in pratica all'esigenza di fondo di una teoria generale di tipo giuridico-ermeneutico, il mutamento di interesse prospettico tra un processo fondato sulla legge, volto a garantire il mito della giustizia ideale distributiva e un processo fondato sul diritto, volto a garantire il mezzo piuttosto che il fine, la correttezza del metodo interpretativo piuttosto che dell'esito del giudizio.

(2) Cfr., sulla questione, la sentenza della Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, in tema di giusto processo ex art. 111, primo comma della nostra Carta costituzionale. Tale sentenza è una chiara applicazione della metodologia giuridico-ermeneutica da parte della nostra Corte costituzionale.

analizzare l'applicazione possibile dei principi di diritto; nonché di andare al di là dell'esclusione perentoria della discrezionalità del giudice (Stolleis, 2007; Bartole, 2008), mai abortita del tutto, nella storia dell'applicazione del diritto (Nobili, 2009), se non dalla mitologia illuminista, giuspositivista, giusnormativista. E i canoni ermeneutici di questo metodo permettono un giudizio non tanto internazionalizzato, quanto destatalizzato; fruibile cioè per decidere dal punto di vista giuridico a prescindere dalla spazialità delimitata e dall'in-temporalità ordinamentali. Perciò, presupposto della canonistica ermeneutica è proprio la questione della spazio-temporalità; questione non tanto filosofica, quanto giuridica.

Precomprensione e circolarità sono la sostanza contenutistica e costitutiva di canoni interpretativi definitivi di un giudizio teso a garantire il giusto metodo, piuttosto che un metodo per la giustizia, o una decisione giusta, perché la sussistenza di criteri nel procedere del giudizio diventa garanzia del giudizio stesso, seppure in diverse prospettive a seconda che vengano tenute in considerazione da giusprivatisti —circolarità triadica o diadica— (Mengoni, 1996; 1999:353 ss.) o giuspubblicisti —circolarità triadica— (Modugno, 2009).

Sono fin troppo evidenti le differenze tra precomprensione e circolarità, quali presupposti di questa metodologia, nata per l'interpretazione del diritto (*quid juris*) e prospettantesi, soltanto in seconda istanza, come una filosofia del diritto (*quid jus*) e le cosiddette teorie neocostituzionaliste, nate come teorie di analisi conoscitiva della produzione normativa e poi propostesi come metodologie interpretative.

In queste ultime le istanze valutative prevalgono sul metodo come mero mezzo. Il loro procedere si risolve in una teleologia della giustizia, sfociante in giudizi di valore —per esempio di valore costituzionale (Barberis, 2011: 233)—, tant'è che il loro distacco dal giuspositivismo analitico è proprio nella negazione della tesi della separabilità tra diritto e morale, fondativa del positivismo giuridico.

Nel metodo ermeneutico circolare e precomprensivo, antipositivista, invece, è naturale e non si pone, fin dalle sue premesse, come una forza-

tura l'inseparabilità tra diritto e morale, come anche tra diritto e natura e diritto e storia.

Chi è determinante per la valutazione finale del giudizio è la collettività degli spiriti interpretanti, sempre a loro volta interpretati e reinterpretati e, pertanto, in grado di valutare la sussistenza di validità non meramente dei contenuti giuridici, quanto piuttosto delle formalità del giudizio. In questo consiste il reale senso della comunità scientifica dei giuristi: un senso non solo dommatico, né solo storicistico, ma piuttosto giuridicamente validativo di quell'interpretazione in funzione normativa che è l'interpretazione giuridica. La discrezionalità del soggetto interpretante, per esempio —alla fine comunque riconosciuta dalle teorie neocostituzionaliste— qui non è mai negata. Di più. Sulla sua non negazione si costruisce la possibilità di una sua regolazione e di un suo controllo.

L'interpretazione giuridica, si pone sempre come una reinterpretazione. L'oggetto ci parla attraverso lo spirito del soggetto che già si è occupato di lui. E mentre l'interpretazione artistica, musicale, teologica, letteraria possono, forse, farne a meno, l'interpretazione del diritto è costretta a porsi un'ulteriore domanda, ovvero: quale sia l'oggetto dell'interpretazione giuridica? *Rectius*: è un oggetto l'oggetto dell'interpretazione giuridica?

Appare, infatti, presto evidente, anche al giurista più disattento, che oggetto dell'interpretazione giuridica è certamente anche il soggetto interpretato, poiché chi interpreta il diritto decide sull'attività, sulla storia, sulla vita di un uomo come lui, col quale è in assoluta continuità circolare.

L'interpretazione giuridica si manifesta come la costruzione del pensiero e l'indirizzo della volontà del soggetto interpretante, ma anche come la complessiva considerazione dell'attività svolta dal soggetto interpretato.

In mancanza della sussistenza della circolarità, così come della precomprensione, non solo si deve negare la valutatività o la validità del giudizio e cioè che il contenuto del giudizio sia da considerarsi non giuridico o non morale, ma, più propriamente, la correttezza della realizzazione procedurale del giudizio. Si deve dichiarare non

invalido il suo contenuto, ma il giudizio stesso; non la sua decisione, ma la procedura interpretativa conclusasi con quello stesso decidere.

A questo livello di ragionamento, si coglie pienamente, in seno all'interpretazione costituzionale, la differenza, intrinseca alla metodologia giuridico-ermeneutica, tra la possibilità di una circolarità piena (diadica) —che interpreta il diritto anche a prescindere dal documento normativo— e quella di una circolarità mediata o parziale (triadica) —che fa del documento normativo un suo momento compositivo, ma non risolutivo, e non esclusivo—, quali premesse possibili del ragionamento giuridico.

### **III. L'interpretazione costituzionale tra principi fondamentali del diritto e canoni ermeneutici**

Quanto rileva in tema di interpretazione destatalizzata vale fortemente in tema di interpretazione costituzionale perché lo studio delle costituzioni si pone, da gran tempo, oltre le logiche di edificazione degli ordinamenti giuridici statuali. Il giudizio costituzionale (Tronconi Reigada, 2013), riguardando non solo la relazione norma/individuo, ma anche la relazione principio fondamentale giuridico/individuo, si manifesta —almeno quando decide sulla conformità della legge alla Costituzione, fornendo un'interpretazione approfondita della legge stessa, nelle sentenze interpretative di rigetto— come un giudizio teleologico e assiologico.

Non a caso lo strumento della teoria giuridico-ermeneutica per eccellenza, utilizzato in seno al giudizio costituzionale, è lo strumento dei principi fondamentali del diritto. E non a caso la metodologia ermeneutica, applicata alla Costituzione, si distingue nettamente da quelle metodologie argomentative che mirano ad individuare l'assiologia e teleologia nelle norme, ritenendo non assiologico il giudizio, ma assiologiche, invece, proprio le norme costituzionali, quali premesse vincolate del ragionamento giuridico.

Le premesse formali del ragionamento giuridico, nella metodologia ermeneutica, sono, invece, precomprensione e circolarità ed esse spiegano l'astrigente rapporto tra principi fondamentali del diritto e collettività umana —come si è ben scritto di recente (Cervati, 2010: 139-180)— ido-

neo ad evidenziare la rilevanza dell'istituto dei principi in tema di interpretazione costituzionale.

Proprio per l'attività dell'interprete giuridico-costituzionale, invero, si è proposto di dare rilievo non alla logica del testo, ma al testo come progetto incompiuto e in grado di acquisire compiutezza solo con l'interpretazione, mediante una prospettiva anche assiologica e teleologica (Benediti, 2006; 2010: 11-16).

E ciò, nonostante sul versante della dottrina giuscostituzionalista, legata alla teoria positivista della modernità, si tenda ancora a escludere la rilevanza fondativa dei principi in favore di regole da rintracciarsi comunque in disposti normativi quali, per esempio, quello fissato dall'articolo 12 delle Disposizioni preliminari, o Preleggi, al codice civile (Pace, 2007: 83-113), e di utilizzare, di conseguenza, al limite, i canoni interpretativi (letterale, logico, sistematico, storico) della dogmatica giuridica tradizionale, ma giammai quelli ermeneutici attinenti all'oggetto, oltre che al soggetto dell'interpretazione.

La giurisprudenza della nostra Corte costituzionale considera, però, ormai parte del suo giudizio anche le argomentazioni onto-deontologiche, gnoseo-deontologiche e assiologiche inerenti alla ragionevolezza, oltre —come accade specie per le Corti costituzionali di Common Law— a dare rilievo ad un'interpretazione logico-argomentativa, in grado di tenere in conto da un lato la proporzionalità per il bilanciamento degli interessi in gioco, dall'altro il riferimento al contemperamento di parametri fissati, o non, preventivamente.

Di conseguenza, poiché appare quantomeno azzardato —nonostante gli la ponderosa tensione teoretica della teoria dell'interpretazione giuridica logico-analitica (Guastini, 2004: 271)— prescindere dal riconoscimento di un monopolio dell'interpretazione costituzionale da parte della Corte costituzionale, va sottolineato che tale rischio si elimina certamente, in nuce, applicando, attraverso il ricorso ai principi, al giudizio costituzionale, non solo il circolo ermeneutico triadico, ma anche quello diadico.

Dal primo, la norma non viene mai esclusa, per cui l'interprete avrà la necessità di tornare, prima

della decisione, ancora una volta, al punto di partenza del procedimento metodologico, ovvero sia al testo della Carta costituzionale, quale oggetto fondamentale e validante tale tipo di interpretazione (Modugno, 2005: 58 ss.).

Al secondo, ci si avvicina, tenendo insieme il rapporto tra dogmatica e ermeneutica e isolando una circolarità —seppure non del tutto pura, perché prevede comunque un ritorno al documento— nella quale soggetto interpretante e oggetto, ma meglio è dire, soggetto interpretato, hanno la medesima sostanza, almeno dal punto di vista teleologico (Mengoni, 1999: 353 ss.). Oppure ci si giunge del tutto, partendo da quest'ultima impostazione teleologica, sviluppatasi nel diritto privato e considerando il testo non indispensabile, per esempio, rispetto all'applicazione delle categorie civilistiche dell'interpretazione, quali canoni ermeneutici, elevati al rango di "norme di riconoscimento" (Cervati, 2010: 159-169). Questi ultimi, legati a doppio giro di corda con la pre-comprensione e la circolarità, per la validazione del giudizio non hanno più bisogno di ricondursi al testo o documento normativo e possono permettere la verifica della sua sussistenza assiologica e teleologica. Basterà la mera considerazione della presenza, nell'attività giudicante, del soggetto adeguatamente pre-comprendente, della realizzazione della circolarità tra soggetto e oggetto dell'interpretazione, della complessiva ricostruzione del fatto. Il giudizio non sarà valido se, applicando i canoni ermeneutici, risulterà essere stato prodotto in assenza di pre-comprensione critica del soggetto interpretante e circolarità ermeneutica tra soggetto interpretante e soggetto interpretato.

La validazione va a coincidere, in effetti, anche con la verifica della sussistenza del progetto incompiuto tra soggetto interpretante e soggetto interpretato, da colmare con l'interpretazione, soprattutto per riscontrare che sia giunto effettivamente a compimento e abbia davvero concluso il suo percorso procedimentale (Benedetti, 1995; 2014). La validità del giudizio è nella realizzazione di questo progetto. In caso di progetto incompiuto, non si può ritenere ermeneuticamente valida alcuna decisione.

Il giudizio ermeneutico costituzionale —quando riguarderà un'interpretazione della legge da parte della Corte costituzionale senza dichiara-

zione di illegittimità— può avvicinarsi, dunque, a una perfetta corrispondenza con una circolarità giuridico-ermeneutica pura, la quale, nella sua massima espansione, si propone in una forma di circolarità assoluta o diadica. In essa, il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione —considerato che l'oggetto si manifesta nel giudizio giuridico per il suo essere soggetto svolgente l'attività giuridica— coincidono perfettamente in quella teleologia interpretativa caratterizzata dalla finalità collettiva della sentenza costituzionale di mera interpretazione.

Nella circolarità diadica il momento teleologico e assiologico, infatti, vanno a prevalere, in sede interpretativa, del tutto, sul documento normativo pubblico (legge) o privato (dichiarazione contrattuale) e la validazione dell'interpretazione si caratterizza per la conferma della sussistenza di pre-comprensione critica e circolarità ermeneutica nel giudizio.

La teoria giuridico-ermeneutica, attraverso i suoi strumenti operativi, consistenti negli istituti della discrezionalità amministrativa, dell'equità e dei principi fondamentali del diritto, negazione dei sistemi assiomatici deduttivi chiusi di Civil Law —dal momento che si contrappongono a tre principi fondamentali come la sovranità esclusiva dello Stato, il divieto di eterointegrazione dell'ordinamento, la prevalenza della legge su ogni altra regola giuridica— seppure siano in essi presenti come eccezioni, viene quindi a rilevare peculiaramente in tema di interpretazione costituzionale.

Solo un approccio metodologico di tipo ermeneutico riesce pienamente a garantire e convalidare l'utilizzo dei principi assiologici e teleologici non scritti preminenti nel giudizio costituzionale. Esso è assolutamente indispensabile —quale massima evoluzione della nostra cultura giuridica con radici già nella cosiddetta "crisi del diritto" (Ripert, 1949; Caiani, 1954; 1955; Betti, 1955) che fu in realtà crisi del concetto di legge negli anni '50 dello scorso secolo— tanto alla cosiddetta interpretazione per valori, quanto all'interpretazione costituzionale per parametri, e cioè ai più attendibili percorsi giustificativi della valenza giuridico-politica (non, si badi, politico-giuridica) (3) del giudizio costituzionale e

(3) Cfr., p.e., Cass. civ., sez. III, 30 settembre 2011, n. 19985. È interessante notare come la Cassazione ammetta la rilevanza immediata, nel nostro ordinamento, delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

diventa approccio sussidiario, se non indispensabile, tanto della metodologia secondo l'interpretazione per valori quanto di quella secondo l'interpretazione per parametri. In entrambe queste tipologie d'interpretazione, si rende necessario non tanto recipere il principio o ricavarlo per generalizzazione e astrazione dalle norme, quanto piuttosto considerarlo assiologicamente e teleologicamente —tenendo conto, per esempio, delle fondamenta dell'ordinamento giuridico, delle contestualizzazioni sociali ed etiche di una collettività o di un popolo, dell'esigenza di ordine sociale— e poi applicarlo, ancora, per esempio, dopo costruzione del parametro e/o bilanciamento degli interessi. Nel bilanciamento degli interessi e nella scelta del parametro si costruisce tra principio e norma, con grande evidenza, una circolarità pura, di tipo diadico. Diventa, al limite, il principio stesso norma, da intendersi non solo come disposizione, bensì come relazione tra disposizione regolante e fatto regolato, anche perché nel bilanciamento degli interessi e nell'interpretazione per parametri, costruendosi un principio o un parametro, si costruisce una fattispecie astratta nuova —autonoma da quelle presenti nelle disposizioni vigenti— imprescindibile per il giudizio.

#### **IV. L'Esperienza svedese e gli atti dei costituenti nel rapporto tra positivismo giuridico della modernità e metodologia giuridico-ermeneutica (4)**

Dal punto di vista storico-giuridico (AA.VV., 2016; Sandström, 2007), si tende a fare riferimento a una codificazione mancata della Svezia, no-

e delle libertà fondamentali e l'obbligo del Giudice dello stato di applicare direttamente la norma pattizia, anche se non conforme al diritto interno, purché faccia sistema con i principi costituzionali di quello stesso stato.

(4) Per il confronto continuo e la collaborazione nella stesura di questo paragrafo, mi preme ringraziare il dott. Matteo Bellani, che ha voluto approfondire —anche recandosi per un periodo di tempo presso l'Università svedese di UMEA— nell'ambito della sua ricerca per il conseguimento del dottorato di ricerca presso l'Università del Molise, la prospettiva giuridica delle Corti di Giustizia svedesi e della nuova Carta costituzionale di Stoccolma alla luce della metodologia giuridico-ermeneutica, dopo la pubblicazione del mio volume, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Giappichelli, Torino, 2011. Lo ringrazio specialmente per lo studio delle sentenze svedesi e la collaborazione per la cura della bibliografia riguardante il paragrafo, nonché per alcune argomentazioni, frutto di riflessioni comuni.

nostante alcuni tentativi, come la Proposta di legge civile generale del 1826, costruita su argomentazioni tratte di peso dall'armamentario concettuale della Scuola storica, e ritenuta perciò troppo oltranzista per i conservatori, poiché affermava, per esempio, la parità tra uomini e donne in materia successoria e la libertà di alienazione dei terreni (Simoni e Valguarnera, 2014: 462-463). In Svezia, in realtà, non è mai stata accettata fino in fondo la prospettiva teoretica di un ordine razionale universale, capace di permettere alle leggi, una volta emanate, di distaccarsi dalla volontà soggettiva dell'organo legiferante. È sempre stato ritenuto più attendibile, invece, un positivismo legislativo, in forza del quale, anche in maniera differente da altri Paesi nordeuropei, si è consolidata presto, nell'attività giudiziale, sia la ricerca della volontà soggettiva del legislatore, sia l'utilizzo dei precedenti giurisprudenziali delle Corti superiori, ma con delle regole diverse rispetto a quelle dello stare decisis anglo-americano.

Il potere giudiziario svedese è indipendente dal potere politico e le corti inferiori non sono obbligate a rispettare le "rationes decidendi" delle corti superiori, e, tuttavia, i giudici di grado inferiore, spontaneamente, seguono l'autorevole indirizzo giurisprudenziale delle corti di ultima istanza, che, nell'interpretare le leggi, utilizzano principalmente, come parametro di riferimento, l'intenzione del legislatore, ricavabile dallo studio dei lavori preparatori (Bogdan, 2010). Nell'ordine gerarchico delle fonti (Carlson, 2013), i "lavori preparatori", utilizzati dalle corti per potere risolvere la maggior parte dei casi, sono collocati subito dopo le leggi ordinarie e prima dei precedenti giurisprudenziali, dei principi generali della legge, degli usi e delle argomentazioni dottrinali. Eppure, se si considera la tutela delle libertà negative, delle libertà politiche e l'efficienza dello Stato nell'attuare i diritti sociali ed economici dei cittadini, la Svezia può essere collocata tra le democrazie costituzionali migliori al mondo (Hirschl, 2011), nonostante, per tantissimo tempo, non abbia mai voluto dotarsi di un controllo di legittimità costituzionale.

La lunga tradizione di un costituzionalismo svedese, caratterizzato dall'assenza della previsione di un controllo di costituzionalità giudiziale delle leggi, da un lato, ha reso la costituzione svedese, per moltissimo tempo, non rigidamente vincolante per il potere politico e, dall'altro lato,



ha confermato la posizione di primazia del Parlamento, ritenuto dai cittadini la più fedele espressione della volontà popolare per garantire e promulgare le disposizioni normative e i principi che sorreggono il democratico Welfare State svedese (Pentti Arajärvi, 2007).

L'uso dei lavori preparatori risale almeno al 1776, anno in cui veniva sancito in Svezia il diritto alla libertà stampa. Infatti, contestualmente all'affermazione del diritto alla libertà di stampa, andava a consolidarsi anche il diritto di accesso ai documenti pubblici, che rendeva possibile a tutti i cittadini la visione dei documenti inerenti ai lavori preparatori. E le prime critiche della letteratura giuridica verso l'utilizzo eccessivo dei lavori preparatori, si ridimensionavano piuttosto che ampliarsi, agli inizi del '900, con il potenziamento del primo realismo giuridico scandinavo.

Prescindendo volutamente da approfondimenti ulteriori sul dibattito che precedette e seguì la diffusione del realismo giuridico, in Svezia, come negli altri Paesi scandinavi, ampiamente studiato anche nel nostro Paese, fin dagli inizi degli anni '70 (Pattaro, 1974; Castignone, 1974; Jori, 1976), è indiscutibile che, nella cultura svedese, ci sia stata una forte adesione alla concezione del positivismo giuridico, inteso nel suo senso più "moderno", che ha influenzato fortemente la stessa interpretazione giudiziale, basata essenzialmente sulla conoscenza, non tanto del testo normativo, quanto dei lavori preparatori, nei quali si presume sia contenuta la più vera direzione di senso della legge.

Lo stesso realismo scandinavo, peraltro, si è spesso accostato ai problemi del diritto svedese, non tenendo conto dei testi sacri del positivismo logico, ma riflettendo e producendo giurisprudenza, a partire dal positivismo giuridico inteso come volontà del legislatore, e pertanto questa esperienza diviene di grande ausilio, oggi, riflettendo sull'interpretazione costituzionale e persino sulle riforme costituzionali.

Nel contesto giurisprudenziale svedese, per esempio, possiamo riscontrare la scarsa fiducia nell'utilizzo dell'interpretazione filologica, in quanto l'argomento letterale, per essere valido ai fini della decisione giudiziale, deve essere riconfermato da uno studio sui lavori preparatori, per constatare se quanto scritto nella legge coinci-

da con quanto voluto realmente dal legislatore. I giuristi svedesi considerano le parole della legge come un primo tentativo di auto-esplicazione della volontà del legislatore, mentre il problema della definizione dei dogmi giuridici rimane sempre troppo astratto e teorico per l'approccio del giudice svedese (Peczenik e Bergholz, 1999).

Anche le altre tecniche interpretative, utilizzate per risolvere lacune, antinomie e dubbi interpretativi della legge, si basano prettamente sull'intenzione soggettiva del legislatore, ricostruita fedelmente attraverso il documento dei lavori preparatori, che diventano, in concreto, una fonte interpretativa più vincolante dei disposti di legge. Ancora per esempio, nell'argomento funzionale o teleologico, l'individuazione dello scopo della legge, non viene ricercato nella "ratio legis", ma piuttosto individuato attraverso il documento dei "lavori preparatori", per intendere quali fossero le finalità del legislatore, nel tempo in cui aveva emanato il disposto normativo.

Almeno a partire dal terzo millennio e prima dell'emanazione della Legge costituzionale del 2010, i limiti di questo procedere sono venuti in evidenza, però, nella dottrina giuridica svedese, specie a partire da alcuni casi giurisprudenziali (5).

(5) In Svezia, un caso emblematico risalente al 1984, che ha suscitato varie questioni e dubbi sull'utilizzo esagerato dei lavori preparatori nell'interpretazione giudiziale, riguarda la condanna di un pugile svedese. Nel merito della controversia interpretativa del caso in questione, si trattava di stabilire se l'attività di allenamento, denominata nel gergo pugilistico: di "sparring", effettuata da un boxer professionista, in preparazione per un incontro professionistico, potesse violare o meno il primo articolo del Boxing Act. Questa norma penale sanziona chiunque, in Svezia, partecipa, senza la specifica autorizzazione, ad un incontro professionistico di pugilato, o ad un incontro di esibizione o ad un match training, nell'ambito della boxe professionistica. Nei fatti concreti, il pugile professionistico svedese Andres "Lillen" Eklund, per prepararsi efficientemente al suo prossimo match, contro un pugile spagnolo, decise di organizzare un allenamento di sparring-partner, con un pugile tedesco, che aveva le caratteristiche tecniche simili al suo futuro avversario. In seguito, il procuratore accusava il pugile svedese di aver violato il primo articolo della legge svedese (Boxing Act), che disciplina il pugilato professionistico. Infatti, secondo la pubblica accusa, Andres Eklund, nell'allenarsi di sparring con il pugile tedesco, aveva di fatto partecipato ad un match training nell'ambito del pugilato professionistico. Il pugile svedese negava la sua colpevolezza e si difendeva sostenendo che non si po-

teva accomunare l'attività di sparring partner con il match training. L'imminente questione giuridica da risolvere, dalla Corte di primo grado, era stabilire se nel significato di "match training", potesse rientrare l'attività di preparazione atletica e tattica del pugile denominata "sparring partner". Per la comunità sportiva di pugilato, il concetto di "sparring", consisteva in un allenamento tra due pugili, durante il quale si provano e si ottimizzano con cautela le tecniche pugilistiche di attacco e difesa, da utilizzare, eventualmente, per la "vera" competizione futura. Inoltre, durante l'allenamento di sparring, gli atleti indossano dei guanti più morbidi, rispetto a quelli utilizzati in un incontro di pugilato regolare ed è sempre presente un allenatore che interrompe l'allenamento di sparring, nel caso in cui uno dei due pugili si trovasse in difficoltà. Peraltro, nell'allenamento di sparring, non essendo presente alcun arbitro, nessuno dei due atleti risulterà vincitore e non si deve mettere, assolutamente, volontariamente K.O il compagno di allenamento. Il "match training", invece, secondo la descrizione rilasciata dalla comunità sportiva di pugilato, risulta essere un vero e proprio incontro di boxe, compreso di arbitri e pubblico, nel quale sarà proclamato un vincitore. Nel match training i pugili dovranno combattere utilizzando guantoni regolamentari ed è prevista la possibilità di mettere K.O l'avversario per vincere e, quindi, l'allenamento di sparring non potrebbe, concettualmente, rientrare nel concetto di match training. In primo grado, la Corte, nonostante avesse riscontrato dai lavori preparatori della legge, che era intenzione del legislatore far rientrare lo sparring nell'alveo dei significati inerenti al concetto di match training, decise per la non colpevolezza del pugile svedese. Infatti, tal Corte, volle ricostruire il significato di match training in base alle pre-conoscenza o pre-comprensione del pugile svedese, riguardo alla nozione di sparring-partner e di match training, concludendo che anche se il legislatore avesse voluto sanzionare l'allenamento di "sparring", ciò non era stato descritto chiaramente nel testo legislativo, come avrebbe dovuto tassativamente esserlo nel testo di una norma penale. Successivamente, anche la Corte di appello, confermando il ragionamento della Corte inferiore, ha ritenuto il pugile svedese non colpevole. La Suprema Corte, in ogni modo, ha eccepito la violazione, da parte dell'imputato, del primo articolo della normativa pugilistica svedese (the Boxing Act), motivando la propria decisione attraverso due argomentazioni giuridiche. La prima argomentazione della Corte Suprema va a precisare, tramite un'interpretazione teleologica-intenzionalista, che lo scopo primario del legislatore era quello di voler proteggere l'atleta di pugilato da eventuali lesioni fisiche e danni cerebrali, anche durante il cosiddetto allenamento di "sparring". Poi, con la seconda argomentazione, la Corte Suprema riteneva, al contrario di quanto stabilito dalla Corte di grado inferiore, che, analizzando i "lavori preparatori", non sussisteva alcuna conflittualità tra il significato letterale della norma e l'intenzione del legislatore. Pertanto, secondo la Corte Suprema, la distinzione extra-legislativa, elaborata dalla comunità sportiva di pugilato, tra il concetto di sparring-partner e il match training, non poteva essere presa in considerazione per scagionare l'imputato, in quanto era nell'intenzione del

Di fronte ad alcune decisioni giurisprudenziali, interessantissime sono state le risposte fornite utilizzando l'approccio della giurisprudenza harvardiana (Dworkin, 1984). Ragionando nella prospettiva del realismo giuridico americano, le condanne per quel tipo di vicende giuridiche hanno finito per essere considerate decisamente ingiuste (Torben, 2007).

A seguito delle pressioni teoretiche della dottrina più autorevole e di fronte al nuovo contesto giuridico europeo e costituzionale, le corti svedesi di ultima istanza stanno perciò acquisendo sempre più la consapevolezza della necessità di adottare dei parametri interpretativi diversi rispetto a quello dell'intenzione soggettiva del legislatore, e, di conseguenza, l'attingere all'autorevolezza dei lavori preparatori si sta gradualmente riducendo.

Con quale metodologia giuridico-interpretativa si sta procedendo di fronte alla constatazione del limite dell'utilizzo consolidato dei lavori preparatori? La risposta al quesito trova vivo interesse nell'ambito del tema che si sta svolgendo, specie perché, se, da un lato, non ci sono dubbi sulla solidità della democrazia svedese, da un altro lato, è evidente la mancata centralità del ruolo della Costituzione, o anche solo del diritto costituzionale, nel lavoro quotidiano delle corti svedesi, almeno fino al 2010.

L'assenza di traumi nazionali e di dittature sanguinarie, il passaggio relativamente non violento dal potere assoluto del re alla democrazia, nonché il forte credito di cui ha goduto il legislatore nel periodo formativo dello stato sociale, di cui la Svezia ha rappresentato un modello di grande prestigio internazionale, hanno contribuito certamente a ridurre ai minimi termini la presenza di sistemi di salvaguardia dei diritti fondamentali. L'esigenza di predisporre un sistema di sicurezza contro derive totalitarie non è mai stato avvertito. Le corti svedesi sono state relegate al ruolo di esecutrici del volere politico, privandole della possibilità effettiva di assolvere alla funzione di guardiane dello stato di diritto costituzionale, che è la loro propria in altri ordinamenti.

legislatore che il testo normativo non prevedesse tale distinzione e che, dunque, lo sparring partner dovesse essere ricompreso nella nozione di training match. Il pugile Andres "Lillen" Eklund veniva condannato in ultimo grado, da una decisione alquanto assurda e mal argomentata.

A partire dall'emanazione della recente Carta costituzionale, sotto lo stimolo di fattori sia endogeni che esogeni, l'interpretazione costituzionale in Svezia sta acquisendo una nuova rilevanza, soprattutto nella parte dedicata ai diritti fondamentali. La riforma costituzionale (Valguarnera, 2013) ha aperto le porte a un ruolo molto più attivo dei giudici, ampliando le loro prerogative in materia di controllo della costituzionalità delle leggi.

Prima della riforma costituzionale in Svezia si configurava un labile sistema diffuso di controllo di costituzionalità delle leggi, introdotto formalmente solamente nel 1979, con la forte limitazione dovuta al fatto che il giudice per poter disapplicare una norma antinomica con la Costituzione, doveva accertare un'accentuata incostituzionalità manifesta. Ciò valeva rispetto ai quattro testi riconosciuti come costituzionali dall'ordinamento svedese e cioè: quello sulla forma di governo (regeringsformen) del 1974, quello sulla libertà di stampa (tryckfrihetsförordningen) del 1949, la legge costituzionale sulla libertà di espressione (yttranderfrihetsgrundlagen) del 1991 e la legge sulla successione dinastica (succesionsordningen) del 1810. In questa precipua dimensione, il principio di sovranità popolare (folksuveranitetsprincip), nonostante l'introduzione di un affievolito controllo di costituzionalità, veniva confermato come perno del sistema e come nettamente prevalente rispetto al principio di separazione dei poteri.

La scarsa popolarità del principio di separazione dei poteri è forse la condizione storica più rilevante della tradizione costituzionale svedese. Le prerogative del parlamento erano finite per divenire sinonimo di democrazia, mentre la divisione dei poteri (tra re e parlamento) veniva vissuta come retaggio della legge del 1809. Peraltro, la legge sulla forma di governo del 1974 nasceva nel momento storico di massimo successo del "modello svedese" come stato sociale. Il sistema politico svedese godeva, in effetti, di grande prestigio internazionale e della fiducia dei cittadini. L'esigenza di limitare il raggio d'azione dei poteri forti dello Stato non era percepita come un'urgenza. La scarsa attenzione riservata dai redattori della legge sulla forma di governo al principio della separazione dei poteri si rifletteva sul ruolo delle corti all'interno dell'intelaiatura istituzionale. Da un lato, la debolezza delle corti era il risultato di un self restraint, un rispetto molto sentito per la volontà del legislatore, dall'altro lato, l'azione

delle corti era tenuta sotto scacco dai vasti poteri della pubblica amministrazione di decidere in merito a vari tipi di controversie in sede semi-giurisdizionale.

In particolare modo, a questo punto del percorso, il modello svedese diventa di particolare interesse.

L'idea, consolidatasi in Svezia, secondo cui la costituzione contenga comandi cogenti solo in merito agli aspetti tecnici dell'attività legislativa e di governo, mentre per quanto concerne i diritti, esprima una soft law, caratterizzata da principi e raccomandazioni, si è progressivamente indebolita a partire dagli anni '80 del '900, soprattutto per il sempre maggiore dispiegamento dell'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle decisioni della Corte europea di Strasburgo, tra le quali spicca la sentenza Sporong & Lonnroth c. Svezia del 1982 (6).

(6) I fatti del caso riguardavano autorizzazioni all'esperto date dal governo svedese all'amministrazione cittadina di Stoccolma —che avrebbe dovuto sfruttare entro cinque anni ed aveva invece richiesto ed ottenuto vari rinnovi, prolungando l'incertezza sulla sorte dei fondi— e un divieto di costruire, anch'esso rinnovato per molti anni. Il governo svedese fu condannato per la violazione dell'art. 1 del primo protocollo addizionale, in quanto il diritto di proprietà dei ricorrenti era stato oggetto di un'interferenza illecita da parte dello Stato e per la violazione dell'art. 6 della convenzione, laddove le parti lese non avevano avuto la possibilità di rivolgersi ad una corte. Fino a quel momento la Convenzione era rimasta in ombra. Ciò era in parte dovuto all'influenza del realismo giuridico scandinavo che aveva impedito alla Svezia di essere contagiata dal riflusso giusnaturalista di cui la convenzione è espressione. In parte, il governo svedese vi aveva aderito pensando (con grande ottimismo) che la tutela nazionale dei diritti umani superasse con ampio margine la protezione offerta dalla convenzione. A partire dal caso Sporong & Lonnroth la convenzione iniziò ad essere un valido strumento per supplire alla posizione deflata dei diritti fondamentali e del controllo di costituzionalità nell'ordinamento domestico, tanto che dopo il 1982 si assistette ad un aumento di ricorsi contro la Svezia e ad un numero non insignificante di condanne. La posizione della convenzione come prima linea per la tutela dei diritti fondamentali fu consolidata nel 1994 con la sua incorporazione nell'ordinamento svedese (che è dualista). Il capitolo 2 & 3 della legge sulla forma di governo statuisce che una legge o un regolamento non possono essere emanati se in contrasto con la convenzione. La nuova disposizione, introdotta nel 1994, poteva far immaginare un'espansione dei poteri delle corti, ma nei lavori preparatori di tale disposizione (che come già menzionato sono a tutti gli effetti fonte del diritto) fa tuttavia capolino il vecchio principio della sovranità popola-

Con l'entrata della Svezia nell'Unione Europea, c'è stato il riconoscimento della superiorità del diritto comunitario sulle leggi interne, che si è subito concretizzato nella quasi automatica di-sapplicazione, da parte di tutti i giudici nazionali, della norma interna confliggente con la norma comunitaria. Oltre a ciò, nei casi in cui l'applicazione della norma comunitaria suscitò dei dubbi interpretativi o quando si debbano risolvere eventuali antinomie tra le norme nazionali e il diritto comunitario, il giudice svedese è invitato a seguire l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo e a sollevare il rinvio pregiudiziale, alla suddetta Corte, se ci fossero dubbi interpretativi irrisolvibili, sul significato e l'applicabilità della norma comunitaria. Di conseguenza, nel contesto giuridico comunitario i lavori preparatori delle leggi nazionali, non possono che avere una marginale considerazione, nell'interpretazione giudiziale, rispetto a quella di cui godevano in precedenza. Attualmente, le corti interne, nei casi che interessano il diritto comunitario, debbono sempre dare rilevanza e precedenza ai principi generali del diritto comunitario e ai precedenti giurisprudenziali (7) della Corte di giustizia del Lussemburgo (Campbell et al, 2011).

re che sembra ancora una volta prevalere su quello della divisione dei poteri. I redattori avevano spiegato, infatti, che la disposizione si rivolge primariamente al legislatore, che quindi doveva volontariamente evitare di violare la convenzione, mentre nessun cambiamento era stato previsto sul fronte del controllo di costituzionalità. Le corti avrebbero dovuto sempre interpretare la convenzione con grande prudenza, nel non contrastare con il principio di sovranità popolare. Infatti, emergeva con chiarezza la fortissima tensione tra il modello costituzionale parlamentare, fondato sulla volontà popolare della maggioranza e costruito sul presupposto di una diffusa fiducia nel legislatore e un modello alternativo, più vicino al principio della separazione dei poteri (nella versione di stampo americano dei checks and balances. Un importante passo nella direzione di un rafforzamento del ruolo della Costituzione è stato compiuto con l'adesione della Svezia all'Unione Europea il 1° gennaio 1995. Il principio della sovranità popolare, utilizzato fino a quel momento per limitare il controllo di costituzionalità delle leggi da parte delle corti, subiva infatti un colpo fortissimo. Era difficile spiegare con riferimento alla sovranità popolare il motivo per cui fosse più facile costringere il legislatore svedese a rispettare il diritto comunitario che limitarne l'azione con riferimento alla costituzione nazionale.

(7) Cfr., p.e., il recente giudizio (NJA, 2005, s. 85), in cui la Corte superiore, diversamente dalle Corti di grado inferiore, ha ritenuto l'imputato non colpevole del reato, previsto dal codice penale svedese, di discriminazione e

Con la riforma costituzionale, in Svezia, si è finito, perciò, per rafforzare maggiormente il controllo di costituzionalità diffuso delle Corti svedesi, eliminando la regola per la quale solo le norme che contraddicono la Costituzione in modo manifesto possano essere disapplicate. Il secondo comma del capitolo 11, & 14, della legge sulla forma di governo, che al primo comma statuiva: "Se una Corte o un altro organo pubblico ritengono che una disposizione di legge o un regolamento contraddica una norma costituzionale o un'altra legge di rango superiore, o che le procedure previste per la formazione della disposizione siano state omesse in misura rilevante, la disposizione non dovrà essere applicata" è stato così riformulato: "in sede di legittimità costituzionale di una legge ai sensi del primo comma, è necessario considerare in special modo che il parlamento è il supremo rappresentante del popolo e che la costituzione prevale sulla legge ordinaria". Il nuovo testo va, da un lato, a ricordare che il principale interprete della costituzione è il Parlamento e non le corti, dall'altro, ad affermare che l'esercizio del potere politico in democrazia è soggetto ai limiti imposti dalla Costituzione.

Il modello di democrazia che per decenni ha relegato le corti in un ruolo di grande passività sul piano costituzionale è destinato, invece, a una crescita sempre maggiore. La ragione di questo sviluppo non è da attribuire tanto a dati formali quanto a profondi mutamenti demografici e sociali. L'elemento più vistoso è costituito dai forti flussi immigratori che hanno caratterizzato la società svedese negli ultimi decenni. Secondo l'ufficio statistico nazionale (SCB) nel 2011 ben 1.857.549 persone su una popolazione totale di 9.482.955 avevano origine. La grande omogeneità culturale che caratterizzava la Svezia nel momento di formazione della sua tradizione costituzionale è un dato del passato. L'emersione di forti minoranze etniche e religiose nel tessuto demografico nazionale ha costretto la Svezia a confrontarsi con l'esigenza di proteggerle.

incitamento all'odio, considerando, pertanto, prevalente il diritto sancito dalla CEDU (libertà religiosa e libertà di espressione) rispetto a quanto previsto dalla legge nazionale penale e dai relativi "lavori preparatori". Infatti, la Corte superiore, nel suo ragionamento giuridico, ha preferito avallare la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in merito a casi simili, che rispettare il tradizionale criterio interpretativo, basato sullo studio della volontà del legislatore interno.

Sebbene, da sempre, giudici e giuristi svedesi tendano a evitare affermazioni generali riguardo all'approfondimento di un metodo per l'interpretazione giuridica (Bergholz and Peczenik, 1999), la vicenda di Corti che non possono fare più affidamento sul significato letterale del testo normativo, o sulla ricostruzione della volontà storica del legislatore, per garantire la non arbitrarietà e politicità del giudizio giuridico, evidenzia l'esigenza di una prospettiva teoretico-pratica del diritto, idonea a garantire se non un metodo per la giustizia (verità), almeno una giustizia (verità) del metodo, nella quale la mediazione possibile tra principio di separazione dei poteri e principio di sovranità popolare può trovare proprio in seno allo stesso positivismo giuridico della modernità capacità di ricomprensione di fenomeni sociali che richiedono costante tutela di diritti individuali, senza ricorrere necessariamente a estremizzazioni riguardanti l'esclusiva autorità della legge.

### V. Una conclusione o un'apertura?

L'articolo pubblicato su *Le Monde* il 23 dicembre 2015 (Agamben, 2015) a firma di Giorgio Agamben, chiude e apre, allo stesso tempo, questo intervento. Sostanza e forma del diritto (Cattelani, 1998), altro non rappresentano, in effetti, che l'endiadi definitoria concettuale del rapporto tra diritto, sociologia e politica.

Si può essere molto sintetici tanto sono noti i temi.

Il primo è quello della sensatezza giuridica; della sostanza del diritto. Le formule delle normative sull'emergenza antiterroristica, nella maggior parte dei casi, non sono formule giuridiche. Come potrà, di conseguenza, essere giuridica l'applicazione al caso concreto da parte dei Giudici? Come può la forma legale garantire la giustizia giuridica e non solo quella politica? Non si può cercare, come ben spiega Agamben, la verità giudiziaria prendendo le mosse dal pettegolezzo (Agamben, 2015)!

Il secondo è quello della sensatezza politica. La forma del diritto, la disposizione di legge, per esempio, non può essere emanata soltanto nella prospettiva della ragion di stato. Una volontà sovrana non può prescindere dai diritti individuali e da quelli sociali, altrimenti non sarà una volon-

tà democratica riconosciuta e riconoscibile dagli individui nel mondo globale.

Il terzo è quello della sensatezza sociale. Nemmeno una forte democrazia può tenere in vita le sue regole formali se i diritti sociali universalmente tutelati vengono reclamati. Le regole vanno, invece, modulate sulle esigenze sociali e il diritto deve mettere a disposizione i suoi strumenti; ovvero non solo nuove regole (disposizioni o principi), ma anche correzioni interpretative delle vecchie regole, metodi interpretativi che garantiscano, se non la verità dell'esito ermeneutico, almeno la regolarità e la certezza del metodo stesso nei confronti di tutti in maniera uguale.

La sovranità politica (De Giovanni, 2015) è autorità più che legalità, e l'autorità non è altro che il riconoscimento di un rapporto costante tra l'autorevolezza di chi la esercita e il sentirsi garantiti da parte di coloro sui quali si fa valere (rispetto); riconoscimento collettivo del metodo giuridico di applicazione del diritto piuttosto che della regola legale da applicarsi.

In società complesse e multirazziali è certamente preferibile la mediazione giudiziaria —purché garantita da un metodo certo, piuttosto che dalla certezza del risultato del metodo— in alternativa al ricorso alla paura, volto a evitare ogni forma di mediazione possibile tra potere politico e suddito, con la de-politicizzazione del cittadino e la trasformazione del rispetto in obbedienza, dell'autorevolezza di cui dev'essere pregna l'autorità in potere indiscusso.

La legislazione d'emergenza, introdotta dal Presidente della Repubblica francese Hollande dopo l'aggressione terroristica, aveva prima, nello stesso novembre 2015, richiesto al Parlamento francese la depoliticizzazione di ogni persona nei confronti della quale esistessero seri motivi per pensare che il suo comportamento costituisse una minaccia per l'ordine pubblico e, poi, dopo il passaggio in Senato, nella primavera del 2016, corretto il tiro, rendendo oggetto delle misure di sicurezza solo chi fosse dotato di doppia cittadinanza. L'Assemblea nazionale, nell'aprile 2016, non ha accettato nemmeno la versione più restrittiva, specie perché alla parola sicurezza è stata contrapposta non la parola libertà, né la parola fraternité, ma la parola égalité.

L'égalité è forse il concetto su cui si è soffermato meno Agamben, intendendo chiaramente occuparsi del problema politico, prima che di quello giuridico, ma è quello che ha caratterizzato e riempito di contenuto la gran parte dei discorsi tenuti all'Assemblea nazionale e al Senato francesi. Questi ultimi hanno prevalso sulla "paura" del Governo Hollande.

L'equità è del legislatore e del giudice (Scialoja, 1932) e la sua forza giuridica è una forza politica, perché permette di garantire un'attenzione all'altro che è necessità propria, egoistica, di ogni soggetto umano.

I problemi giuridici posti dallo stato di sicurezza come momento di contrapposizione politica al terrorismo, trovano soluzioni alternative possibili più che nello stabilire nuove regole tendenti alla riduzione di spazi di libertà pubblica e privata del cittadino, nel fissare criteri metodologici di giudizio in grado di garantire per tutti regole processuali capaci di contemperare le esigenze dello Stato con quelle di soggetti che allo Stato non appartengano o non appartengano del tutto.

L'esempio svedese mostra come, ancora una volta, quel Paese nordeuropeo riesca a proporsi come modello di civiltà politica, nel momento in cui la rinuncia al portato della volontà del legislatore con tutte le garanzie di democrazia che essa fornisce, non diventa d'emblée riduzione dei margini democratici e riscrittura delle regole in maniera più limitante per i soggetti che vivono sul territorio svedese, ma piuttosto apertura a nuovi modelli interpretativi non delle disposizioni di legge ma del diritto, con riconoscimento alle Corti di fare uso di discrezionalità, equità e principi fondamentali che sono strumenti rigorosamente giuridici idonei a essere usati dai contenuti precomprensivi e circolari di cui una metodologia ermeneutica può e deve essere riempita.

## VI. Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2016), "The Constitution of Sweden the fundamental laws and the riksdag act", with an introduction by Magnus Isberg (Stockholm: Sveriges Riksdag).

AA.VV. (2000), "Diritti umani e sovranità" (Torino: Giappichelli).

AA.VV. (1996), "Crisi e metamorfosi della sovranità". Atti del XIX congresso di filosofia giuridica e politica (Milano: Giuffrè).

AA.VV. (2007), "Interpretazione costituzionale", a cura di G. Azzariti (Torino: Giappichelli).

AGAMBEN, G. (2015), "Dallo 'stato di diritto' allo 'stato di sicurezza'", Tr.it <http://www.come-donchichotte.net>.

ARAJÄRVI, P. (2007), "The Finnish Perspective on the Last-Resort Support for Subsistence", 7 *Constitutional Law, Scandinavian in Law*.

ASCARELLI, T. (1952), "Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione" (Milano: Giuffrè).

ASCARELLI, T. (1959), "Problemi giuridici" (Milano: Giuffrè).

BARBERIS, M. (2011), "Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto" (Bologna: Il Mulino).

BARTOLE, S. (2008), "Il potere giudiziario" (Bologna: Il Mulino).

BENEDETTI, G. (2014), "Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto" (Torino: Giappichelli).

BENEDETTI, G. (2010), "L'orizzonte del giurista interprete", in G. Crifò (a cura di), *Le idee fanno la loro strada. La Teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo* (Roma: Istituto di studi romani).

BERGHOLZ, G. — PECZENIK, A. (1999), "Statutory Interpretation in Sweden", in *The Philosophy of Law* (New York & London: Garland Publishing, Inc.).

BETTI, E. (1990, ristampa), "Teoria generale dell'interpretazione" (Milano: Giuffrè).

BETTI, E. (1971, postuma), "Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)" (Milano: Giuffrè).

- BILE, F. (2008), "L'interpretazione costituzionale nella giustizia costituzionale italiana", <http://www.cortecostituzionale.it/10/11/2008>.
- BOGDAN, M. (2010), "Swedish Legal System" (Stockholm: Norstedts Juridik AB).
- BUTLER, J. — CHAKRAVORTY SPIVAK, G. (2009), "Che fine ha fatto lo stato-nazione?", Tr. It. (Roma: Melteni editore).
- CAIANI, L. (1954), "I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica" (Padova: Cedam).
- CAIANI, L. (1955), "La filosofia dei giuristi italiani" (Padova: Cedam).
- CAMPBELL, T. — TOMKINS, A. — TOMKINS, E. (2011), "The legal protection of Human Rights", *Sceptical Essays* (Oxford: Published to Oxford Press Scholarship Online).
- CAPOGRASSI, G. (1959), "Impressioni su Kelsen tradotto", in *V, Opere di Giuseppe Capograssi* (Milano: Giuffrè).
- CARLSON, L. (2013), "The fundamentals of Swedish law" (Stockholm: Studentlitteratur AB).
- CASTIGNONE, S., "La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia" (Milano: Edizioni di Comunità).
- CATELANI, A. (1998), "Il diritto come struttura e come forma" (Torino: Giappichelli).
- CATELANI, A. (2014), "Legalità costituzionale e interpretazione giuridica" <http://www.pensareildiritto.it>.
- CERVATI, A.A. (2010), "L'insegnamento di Emilio Betti e lo studio del diritto costituzionale", in G. Crifò (a cura di) *Le idee fanno la loro strada. La Teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo* (Roma: Istituto di studi romani).
- DE GIOVANNI, B. (2015), "Elogio della sovranità politica" (Napoli: Editoriale scientifica).
- DE MAURO, T. (2008), "Il linguaggio della costituzione", in *Costituzione della Repubblica italiana* (Torino: UTET).
- D'ALESSANDRO, L. (1991), "Regola giuridica e regola di verità, introduzione a M. Foucault, La verità e le forme giuridiche" (Napoli: Arte Tipografica).
- DWORKIN, R., "I diritti presi sul serio", Tr. it. (Bologna: Il Mulino).
- FERRAJOLI, L. (2007), "Teoria del diritto e della democrazia", vol. I, 453 ss. (Roma-Bari: Laterza).
- FIORAVANTI, M. (1991), "Costituzione e stato di diritto", *2 Filosofia politica* 325-350.
- FIORAVANTI, M. (2009), "Costituzionalismo. Percorsi nella storia e tendenze attuali" (Roma-Bari: Laterza).
- GUASTINI, R. (2004), "L'interpretazione del documento normativo" (Milano: Giuffrè).
- GUASTINI, R. (2011), "Interpretare e argomentare" (Milano: Giuffrè).
- HARTMANN, N. (1963), "Il fondamento dell'ontologia", Tr. it. (Milano: Fabbri).
- HARTMANN, N. (1970), "Etica", Tr. it. (Napoli: Guida).
- HARTMANN, N. (1975), "Le nuove vie dell'ontologia", Tr. it. (Brescia: La scuola).
- HIRSCHL, R. (2011), "The Nordic Counternarrative: Democracy, human development and judicial review" (Oxford - New York: Oxford University Press and New York University School of Law).
- HRUSCHKA, J. (2009), "La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica", Tr. it. (Bologna: Il Mulino).
- HRUSCHKA, J. (1983), "La comprensione dei testi giuridici", Tr. it. (Napoli: ESI).
- JORI, M. (1976), "Il metodo giuridico tra scienza e politica" (Milano: Giuffrè).
- LA TORRE, M., (2003), "Judex rex". *Sull'ultimo Hart, 2 Ragion pratica*.

- MASARACCHIA, A. (2007), "La 'costruzione' e l'impiego dei parametri non scritti nella giurisprudenza delle Corti Supreme Nordamericane, della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e della Corte costituzionale italiana", in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale* (Torino: Giappichelli).
- MENGGONI, L. (1996), "Ermeneutica e dogmatica giuridica." Saggi (Milano: Giuffrè).
- MODUGNO, F. (2007), "Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale", in G. AZZARITI (a cura di) *Interpretazione costituzionale* (Torino: Giappichelli).
- NOBILI, M. (2009), "L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nel mondo della giustizia" (Bologna: Il Mulino).
- PACE, A., "Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori", in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale* (Torino: Giappichelli).
- PATTARO, E., "Il realismo giuridico scandinavo. Axel Hägerström" (Bologna: CLUEB).
- PINO, G. (2010), "Diritto e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale" (Bologna: Il Mulino).
- RICCOBONO, F. (1983), "Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica", in C. ROEHERSEN *et al.*, *H. Kelsen nella cultura giuridica del novecento* (Roma: Istituto della enciclopedia italiana).
- RICCOBONO, F. (2012), "Diritto e 'vita sociale'" in Emilio BETTI, *I Sociologia*, 41-47.
- ROMBOLI, R. (2008), "Qualcosa di nuovo: anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge" in CARNEVALE, P. — COLAPIETRO, C. (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memorie e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale* (Torino: Giappichelli).
- SANDSTRÖM, M. (2007), "Swedish Model - Three aspects of Legal Methodology", in *Liber Amicorum: Festschrift in Honour of Csaba Varga* (Budapest: Acad. hongroise des sciences).
- SCIALOJA, V. (1932), "Del diritto positivo e dell'equità", in *Vol. III, Studi giuridici* (Roma: Anonima romana).
- SCHMITT, C. (1972), "I tre tipi di pensiero giuridico", in *Le categorie del politico*, Tr.it. (Bologna: Il Mulino).
- SCHMITT, C. (2005), "La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come premio sulla legalità e sulla superlegalità giuridica", Tr. It. in C. AGAMBEN (a cura di), *Carl Schmitt, un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* (Vicenza: Neri Pozza).
- SIMONI, A. — VALGUARNERA, F., "La tradizione giuridica dei paesi nordici", in V. BARSOTTI — V. VARANO (a cura di), *La tradizione giuridica occidentale* (Torino: Giappichelli editore).
- STOLLEIS, M. (2007), "L'occhio della legge. Storia di una metafora", Tr. it (Roma: Carocci).
- TORBEN, S. (2007), "Guidance and constraint: The action-guiding capacity of theories of legal reasoning" (Uppsala: Iustus förlag).
- TRIPODINA, C. (2008), "L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale e in materia di diritti fondamentali", in *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (Milano: Giuffrè).
- TRONCONI REIGADA, A. (2013), "Interpretazione costituzionale. Una riflessione" (Padova: Cedam).
- VALGUARNERA, F. (2012), "Una Costituzione finalmente utile? Sviluppi recenti della giustizia costituzionale svedese", in V. BARSOTTI (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice* (Santarcangelo di Romagna: Maggioli editore).



# Indipendenza e responsabilità del giudice nell'ordinamento costituzionale italiano

Giorgio Repetto (\*)

**Sumario:** I. Indipendenza dei giudici e autonomia dell'ordine giudiziario.— II. Le garanzie dell'indipendenza del giudice.— III. La responsabilità disciplinare.

## I. Indipendenza dei giudici e autonomia dell'ordine giudiziario

La struttura non gerarchica del potere giudiziario implica, nell'ordinamento italiano, l'attribuzione di uno status particolare ai soggetti che vi appartengono. Tale status, che opera nella sua pienezza per i soli magistrati ordinari (vigendo per i giudici speciali regole ad hoc), pone un problema preliminare di inquadramento per quanto riguarda l'attribuzione dei caratteri di indipendenza che connotano la funzione. Si è infatti sostenuto che mentre l'autonomia sia una garanzia predisposta a favore dell'ordine giudiziario nel suo insieme, l'indipendenza sia una garanzia disposta unicamente a favore dei singoli magistrati, con la conseguenza che la prima, in tanto sia attribuita al Consiglio superiore della magistratura, in quanto risulti funzionale alla salvaguardia della posizione del singolo magistrato (1). Benché la tesi convinca per il fatto di individuare nell'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale da parte del singolo giudice il termine ultimo del complesso di garanzie attribuite all'ordine giudiziario nel suo insieme, essa omette di considerare come la garanzia dell'indipendenza non possa operare anche a favore dell'ordine giudiziario nel

suo insieme, come del resto da tempo ha ritenuto la giurisprudenza costituzionale (2).

Pertanto, l'indipendenza è attribuito che riguarda tanto il singolo magistrato che l'ordine giudiziario nel suo complesso (3), risolvendosi la posizione garantita del primo tanto in precise prerogative che questi può far valere rispetto alle intromissioni indebite nell'esercizio delle sue funzioni (sia all'interno che all'esterno della magistratura), quanto in specifiche condizioni che connotano l'esercizio come tale della funzione giurisdizionale e che si traducono nell'attribuzione al Consiglio superiore dei poteri necessari a preservare l'ordine giudiziario da interferenze indebite provenienti da altri poteri.

In questo quadro, l'attributo dell'indipendenza si scinde a seconda che essa sia posta a tutela del singolo magistrato rispetto a determinazioni interne del potere giudiziario (come altri magistrati o lo stesso CSM), lesive delle sue attribuzioni (indipendenza interna) ovvero sia fatta valere dall'ordine giudiziario nel suo insieme

---

(2) C. Cost. sent. 157/1969 e 22/1959: "l'art. 101 Cost. nello statuire che i giudici sono soggetti soltanto alla legge ha voluto garantire l'indipendenza dei giudici nell'esercizio delle loro delicate funzioni", laddove l'art. 104, co. 1, Cost., "pone il principio dell'indipendenza della organizzazione giudiziaria nel suo complesso, nel senso che... l'ordine della magistratura non deve dipendere da altro potere e deve esso disporre per ciò che riguarda il suo stato, come personale, ecc".

(3) BARTOLE, S., "Giudice (I. Teoria generale)", in Enc. Giur., vol. XV, Roma, 1988, p. 5.

---

(\*) Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

(1) BONIFACIO, F. — GIACOBBE, G., "Art. 104", in Commentario alla Costituzione, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Torino, 1986, p. 1.

(anche per conto di un singolo magistrato) nei confronti di poteri appartenenti ad altre articolazioni dello Stato (indipendenza esterna: C. Cost. sent. 497/2000). Allo stesso modo, l'indipendenza opera diversamente a seconda che essa abbia ad oggetto i caratteri propri di esercizio dell'attività giurisdizionale del singolo giudice (indipendenza funzionale), ovvero i caratteri strutturali e organizzativi della magistratura come ordine, la cui salvaguardia è affidata al CSM nel quadro dei poteri ad esso attribuiti dalla Costituzione (indipendenza istituzionale).

Bisogna infine aggiungere che le garanzie di indipendenza funzionale operano pienamente solamente per i magistrati che svolgono funzioni giudicanti (i "giudici ... soggetti soltanto alla legge" secondo l'art. 101, co. 2, Cost.), perché per i magistrati del pubblico ministero i caratteri di indipendenza funzionale assumono caratteristiche diverse e trovano la loro fonte nell'art. 112 Cost. (4).

## II. Le garanzie dell'indipendenza del giudice

Venendo ora alle garanzie poste a presidio dell'indipendenza istituzionale del giudice, queste si qualificano, come anticipato, per il fatto di tutelare la sua posizione all'interno della struttura burocratica dell'ordine giudiziario, così da non pregiudicare lo svolgimento dei suoi compiti in ragione delle interferenze che possono derivare tanto dall'interno della magistratura (indipendenza istituzionale interna) che da poteri diversi (indipendenza istituzionale esterna).

Per il fatto di risolversi, nella gran parte dei casi, in garanzie attinenti ai requisiti organizzativi di esercizio della funzione, i presidi in questione si traducono il più delle volte nell'attribuzione al Consiglio superiore della magistratura di compiti inerenti alla cura di tali interessi, con la conseguenza che è principalmente rispetto a tali attribuzioni che esso opera come organo di amministrazione autonoma della magistratura. È in relazione a questi ambiti, in altre parole, che la tutela dell'indipendenza del giudice assume un rilievo coincidente con la tutela (appunto) istituzionale della sua funzione e richiede quindi che a farsene carico sia l'organo deputato a presidiarla in quanto espressione, a differenza dell'indi-

pendenza funzionale che non può che spettare al singolo giudice, dell'autonomia dell'ordine giudiziario ai sensi dell'art. 104 Cost.

L'art. 107 Cost., nello stabilire al primo comma che "[i] magistrati sono inamovibili" e al terzo comma, che essi "si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni", pone i principi cui è ispirato il complessivo sistema dei meccanismi di garanzia dell'indipendenza istituzionale interna, quella cioè in primo luogo rivolta a salvaguardare la posizione istituzionale del giudice all'interno dell'organizzazione della magistratura. L'abolizione dei gradi implica che le uniche distinzioni ammissibili siano quelle relative allo svolgimento delle funzioni, così che tra magistrati anche dello stesso ufficio non può mai crearsi una subordinazione gerarchica analoga a quella che regola i rapporti tra i funzionari della pubblica amministrazione (5).

Strettamente connesso a tale problema è poi quello relativo al conferimento delle funzioni direttive e semi-direttive. Una volta ribadito che esse implicano, a differenza di quanto avviene per gli uffici del pubblico ministero, unicamente un potere di coordinamento per obiettive e imprescindibili ragioni di servizio senza alcun potere di influenza sull'ambito riservato all'indipendenza funzionale del giudice (6), la disciplina attualmente in vigore ha generalizzato il criterio della temporaneità del relativo esercizio, predisponendo un sistema concorsuale per titoli, operante sotto la supervisione del CSM, in cui ad avere un rilievo sono sia le valutazioni di professionalità conseguite che il soddisfacimento di specifici requisiti attitudinali.

La garanzia della inamovibilità — di cui beneficiano tutti i magistrati, inclusi quelli onorari e quelli addetti all'ufficio del pubblico ministero — è disposta dall'art. 107, co. 1, Cost. integrando la disciplina contenuta nell'art. 105 Cost. (che attribuisce al CSM la competenza in materia di assegnazioni, trasferimenti e poteri disciplinari) con alcuni requisiti procedurali e sostanziali (stabiliti dalla legge sull'ordinamento giudiziario) che è necessario seguire per l'adozione

(5) C. cost. sent. 80/1970.

(6) C. cost. sent. 143/1973; D'ELIA, G., "Art. 107", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 2059.

(4) C. Cost. sent. 420/1995.

di provvedimenti particolarmente incisivi quali la dispensa, la sospensione e il trasferimento, a meno che tali atti (e in particolar modo i trasferimenti) avvengano col consenso dell'interessato. A destare particolari problemi a riguardo è stato in passato l'istituto del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale o funzionale, contenuto nell'art. 2° del r.d.l. 511/1946 (c.d. Legge sulle guarentigie). Essa veniva disposta dal CSM allorché una situazione di incompatibilità, anche non dipendente da colpa del magistrato, fosse idonea a pregiudicare il prestigio dell'ordine giudiziario (7): l'indeterminatezza della fattispecie ha fatto sì che a provvedimenti del genere di desse luogo per le ragioni più varie e, soprattutto, che tale strumento venisse impiegato in modo non del tutto appropriato come rimedio cautelare d'urgenza ovvero per svolgere una funzione paradisciplinare, vale a dire per stigmatizzare prassi e comportamenti censurabili ma privi di autonomo rilievo disciplinare. Malgrado i tentativi di far salvo lo strumento in parola, ferma la distinzione con i procedimenti disciplinari, in quanto espressivo della necessità di tutelare l'indipendenza della funzione, minacciata da condizioni ambientali che ne minino il sereno svolgimento, è spettato prima alla Corte costituzionale (sent. 457/2002) e successivamente all'art. 26 del D.lgs. 109/2006 modificare la natura dello strumento in parola, rafforzandone la vocazione a colpire situazioni di natura oggettiva e in alcun modo dipendenti da colpa individuale.

Principio chiave del sistema di garanzie dell'indipendenza funzionale del giudice rispetto alle possibili interferenze provenienti dall'interno della magistratura, l'inamovibilità costituisce anche un presidio a tutela anche della sua indipendenza esterna, posto che i provvedimenti idonei a incidere sul suo status possono essere, come visto, adottati unicamente dal CSM, nei soli casi stabiliti dalla legge e nel rispetto di precise condizioni procedurali dalla stessa previste.

Rivolta poi a garantire anche la sola apparenza di indipendenza del giudice, oltre che la sua imparzialità, è la norma contenuta nell'art. 98, co. 3, Cost., che consente al legislatore di prevedere limitazioni del diritto dei magistrati di iscriversi

a partiti politici. L'interpretazione di detto comma, per lungo tempo oscillante tra impostazioni più restrittive e letture sensibili all'esigenza di un più adeguato bilanciamento tra indipendenza e libertà del magistrato, segue oggi il secondo orientamento. Infatti, il legislatore è intervenuto nella materia configurando come illecito disciplinare "l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici" (D.lgs. 109/2006 e L. 269/2006), consentendo quindi indirettamente manifestazioni isolate di adesione rispetto a programmi politici, come del resto è stato ritenuto legittimo dalla stessa Corte costituzionale, che ha fatto salva la previsione legislativa in quanto rivolta a "evitare che l'esercizio delle loro delicate funzioni [scil.: dei magistrati] sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni" (sent. 224/2009 e, successivamente, sent. 170/2018). Ad una ratio analoga, ma con effetti giustamente più restrittivi, è ispirata la disciplina concernente la "partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli siano oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie", configurata dal D.lgs. 109/2006 come autonomo illecito disciplinare.

### III. La responsabilità disciplinare

L'art. 105 Cost. elenca le attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura, consistenti nelle assunzioni, nelle assegnazioni e nei trasferimenti, nelle promozioni e nell'esercizio del potere disciplinare, oltre che, secondo quanto previsto dall'art. 107, co. 1, Cost., nel disporre la dispensa o la sospensione del servizio, nonché la destinazione del magistrato ad altra sede o funzione.

Tra tali funzioni, quella più delicata ha ad oggetto l'accertamento della responsabilità disciplinare dei magistrati. Fino all'approvazione del D.lgs. 109/2006, che ha incisivamente riformato la materia, la previsione degli illeciti disciplinari era affidata allo scarno testo dell'art. 18 del r.d. 511/1946, che si limitava a prefigurare un limitato ventaglio di condotte generatrici di responsabilità disciplinare (8). Dal 2006, invece, il legisla-

(7) Inteso quest'ultimo come "fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa": C. cost. sent. 100/1981.

(8) "Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario,

tore ha adempiuto alla riserva di legge posta in questa materia, disciplinando non solo una articolata tipologia di fattispecie di responsabilità, sottraendo in questo modo l'individuazione di questi comportamenti alla sola giurisprudenza della Sezione disciplinare del CSM, ma ha anche incisivamente riformato la disciplina processuale da osservarsi da parte della Sezione disciplinare medesima, enfatizzando l'accostamento ad una procedura autenticamente giurisdizionale **(9)**. Tali svolgimenti legislativi hanno di conseguenza riallineato l'esercizio della funzione disciplinare nei confronti dei magistrati alla fisionomia emergente dal testo costituzionale, che la inquadra nei termini di una funzione del tutto atipica tra quelle attribuite al CSM, a partire dalla circostanza che è l'unica funzione di natura giurisdizionale e non, invece, di amministrazione della giurisdizione **(10)**. Tale eccezionalità è comprovata, innanzi tutto, dall'attribuzione al Ministro della giustizia della facoltà di promuovere l'azione disciplinare (art. 107, co. 2, Cost.), ad ulteriore testimonianza della necessità che l'accertamento di illeciti posti in essere dai magistrati sia sì sottratto a soggetti diversi da quello che ne presidia l'autonomia e l'indipendenza, ma neanche che venga reciso qualsiasi nesso tra l'attività in parola e gli interessi generali dell'ordinamento per come si traducono nell'esercizio dei poteri democraticamente

organizzati. Così, se l'attribuzione di un tale potere al Ministro si giustifica in ragione della necessità di ricondurre pur sempre l'amministrazione della giustizia alla sovranità popolare (art. 101, co. 1, Cost.), tanto più tale finalità è rafforzata dall'attribuzione a questi di una "facoltà" di sollevare l'azione, facoltà che riflette la discrezionalità del relativo apprezzamento in quanto necessariamente riferito a quello di un organo nei cui confronti il Parlamento può far valere la correlata responsabilità politica.

Necessaria riserva di legge, attribuzione di un potere d'impulso al Ministro della giustizia **(11)** e accertamento dell'illecito demandato ad un'apposita sezione disciplinare che opera secondo i moduli della giurisdizione disegnano, per l'accertamento della responsabilità disciplinare, una fisionomia nella quale il magistrato è assistito da specifiche garanzie, anche tenendo conto delle conseguenze estreme che possono discendere dall'adozione di un provvedimento disciplinare (rimozione dall'incarico), ma al tempo stesso è soggetto a obblighi particolarmente stringenti, tali da includere anche comportamenti non necessariamente attinenti ai soli doveri d'ufficio. Obblighi che, in definitiva, dimostrano l'irriducibilità della funzione disciplinare alla sola salvaguardia del prestigio dell'ordine giudiziario inteso unicamente come bene da tutelare internamente al "corpo" dei giudici **(12)**, ma al contrario come manifestazione di quei principi di indipendenza e imparzialità che costituiscono beni di diretta rilevanza costituzionale per l'ordinamento nel suo complesso.

---

è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti? Peraltro, la Corte costituzionale aveva in più occasione ritenuto tale disciplina non incostituzionale in ragione della necessaria flessibilità che si riteneva dovesse caratterizzare tale materia: sent. 100/1981 e 497/2000.

(9) CAMPANELLI, G., "Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma", Torino, 2018.

(10) Come è dimostrato, tra l'altro, dall'attribuzione alla Sezione disciplinare della natura di giudice a quo (seppur, ovviamente, "ai limitati fini") per la sollevazione dell'incidente di costituzionalità (C. cost. sent. 12/1971 e, da ultimo, sent. 197 e 170/2018).

---

(11) Potere cui si ricollega quello di sorveglianza, ugualmente attribuito al Ministro (art. 56 d.P.R. 916/1958).

(12) Analogamente a quanto potrebbe avvenire per la responsabilità disciplinare cui vanno incontro i pubblici funzionari e che si presta quindi ad essere accertata nel rispetto della struttura gerarchica dell'organizzazione: C. cost. sent. 100/1981.

# Imparzialità del giudice: la tutela della sua indipendenza

Francesca Tizi (\*)

**Sumario:** I. Il valore costituzionale dell'imparzialità del giudice.— II. Il sistema posto a presidio dell'imparzialità del giudice: la garanzia della sua indipendenza.— III. L'indipendenza dell'organo e del singolo magistrato.— IV. Astensione e ricusazione del giudice.— V. Considerazioni conclusive.

## I. Il valore costituzionale dell'imparzialità del giudice

L'imparzialità è requisito immanente e caratterizzante lo *jus dicere*: la giurisdizione può esistere solo ove il soggetto chiamato a giudicare sia effettivamente *super partes* (1). L'obiettività, la trasparenza, la credibilità e l'indipendenza del giudice costituiscono un bene primario e necessario alla dialettica processuale. La mancanza di tali condizioni comporta l'impossibilità stessa di esercitare la giurisdizione.

Quanto indicato è universalmente condiviso, anche se il riconoscimento costituzionale dell'imparzialità del giudice, tanto a livello delle maggiori costituzioni nazionali che delle diverse convenzioni a carattere internazionale, si è avuto solo in un secondo momento. Così ad esempio il legislatore italiano solo nel 1999, modificando l'art. 111, co. 2, Cost., ha espressamente riconosciuto giusto quel processo che "*si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale*".

Sebbene parte della dottrina (2) ritenga che *imparzialità e terzietà* siano termini inutilmente

ripetitivi, risolvendosi entrambi nell'imparzialità del giudice, è opinione di chi scrive che il legislatore si sia voluto riferire a due concetti coordinati, ma aventi significati differenti.

Mentre, con la terzietà si esprime il necessario distacco del giudice dalle parti, nel senso che chi giudica non può mai rivestire il ruolo di parte, ma anche che non deve presentare caratteri tali da far apparire assente la serenità ed il distacco necessari nel rendere il giudizio, con l'imparzialità ci si riferisce, invece, al foro interiore del giudice, ovvero alla sua coscienza, che inconoscibile all'esterno, è tutelato eliminando tutte quelle situazioni che oggettivamente possono far apparire un giudice parziale.

Insomma, il vero valore garantito dall'ordinamento è l'imparzialità soggettiva o personale di chi esercita la giurisdizione. Tuttavia, non potendo sindacare il suo *animus*, l'ordinamento non può fare altro che approntare un sistema in grado non solo di garantire il più possibile la libertà decisoria, ma anche di far apparire all'esterno il giudice imparziale. E ciò è attuato attraverso la tutela della sua terzietà (3).

(\*) Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

(1) Cfr. FERRUA, "Indipendenza del giudice e unicità della giurisdizione (ovvero la fine della giurisdizione penale del comandante di porto)", in *Giur. cost.*, 1970, 1519, spec. 1524.

(2) CHIARLONI, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile", in *AA.VV.*, Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile, a cura di

Civinini e Verardi, in *Quaderni di "Questione giustizia"*, Milano, 2001, 26 ss.

(3) Sebbene non sempre il difetto di terzietà comporta la parzialità del giudice, dal momento che anche chi non appaia terzo può decidere imparzialmente, il compito dell'ordinamento resta quello di approntare un sistema a presidio della imparzialità del giudice.

## II. Il sistema posto a presidio dell'imparzialità del giudice: la garanzia della sua indipendenza

Nel nostro sistema costituzionale la tutela della terzietà del giudice si realizza, più nello specifico, assicurandone l'indipendenza; indipendenza che viene a sostanziare la stessa struttura tanto degli organi che del singolo giudice, costituendo un elemento d'identificazione fondamentale della stessa funzione giurisdizionale (4).

Tanto nell'esercizio della funzione legislativa che amministrativa, infatti, il momento decisorio non è mai affidato ad un soggetto indipendente e, in quanto tale, libero da condizionamenti esterni, estraneo ai fatti e al di sopra degli interessi in conflitto, come accade invece, per la tutela giurisdizionale.

Passando alla definizione dell'indipendenza preme notare come questa si sostanzia nella relazione tra due posizioni che si trovano in una condizione di reciprocità nel senso che tra loro non c'è dipendenza. Se la dipendenza si realizza nel legame di una posizione ad un'altra, l'indipendenza nega tale legame.

L'indipendenza viene, dunque, intesa come uno moto negativo della libertà del soggetto nello svolgimento della sua funzione, che si esplica nell'assenza d'influenze esterne, giuridiche o di fatto, che condizionandone l'operato, possono falsarne il risultato. Tuttavia, questa mira a garantire una libertà positiva, atteso come indipendente è solo chi non è obbligato a un fare, o meglio, chi è incondizionato nell'agire.

In proposito si ricorda l'insegnamento della dottrina tedesca (5) che ha messo chiaramente in evidenza come l'indipendenza del giudice debba essere valutata sotto diversi profili. Il giudice deve essere autonomo rispetto a possibili influenze a opera degli altri poteri dello Stato (*Selbstständigkeit*) e dello stesso potere giudiziario a cui

appartiene (*Eigenständigkeit*), diverso dalle parti in lite e indipendente dall'oggetto in contesa (*Unbeteiligtheit*), libero da influenze provenienti dalla società (*Sozialfreiheit*) e da ogni condizionamento appartenente alla propria sfera interiore (*innere Unabhängigkeit*).

Il nostro ordinamento giuridico appronta un sistema, tanto a livello di legge costituzionale che ordinaria, mirante alla tutela dell'imparzialità del giudice, attraverso il rispetto di altri valori, definiti "valori-mezzo", quali, per l'appunto, l'indipendenza della giurisdizione e del singolo magistrato (6).

Di seguito si analizzeranno, più nel dettaglio, le modalità grazie a cui è assicurata l'indipendenza della giurisdizione, distinguendo i diversi sistemi posti a presidio dell'indipendenza ora dell'organo inteso nella sua globalità, ora del singolo giudice titolare dell'organo stesso.

## III. L'indipendenza dell'organo e del singolo magistrato

Innanzitutto, nelle Costituzioni degli Stati liberali moderni l'imparzialità del giudice viene garantita dalla separazione del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato: l'indipendenza della giurisdizione si concretizza con l'ostacolare ogni tipo d'ingerenza e condizionamento ad opera degli altri poteri statali.

In tal senso si esprimono gli artt. 104 e 105 della nostra Costituzione che dichiarano la magistratura "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" e istituiscono il Consiglio Superiore della Magistratura (CSM). Quest'ultimo è organo strategico nell'autonomia e indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato. È organo estraneo al potere esecutivo e ha funzione deliberativa esclusiva sulle questioni relative al rapporto d'impiego dei magistrati.

I citati artt. 104 e 105, unitamente all'art. 111, co. 7, Cost. che, nel prevedere il ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, implicitamente esclude la sindacabilità dell'attività giurisdizionale ad opera degli altri poteri, garantiscono

(4) Così EICHENBERGER, "Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem", Berna, 1960, 22 ss.

(5) EICHENBERGER, op. loc., cit., 43-52. Si v., inoltre, anche BETTERMANN, "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter", in Bettermann, Nipperdey e Scheuner, Die Grundzitiert: Unabhängigkeit, Friburgo, 1959, 526.

(6) BRIGUGLIO, "Epigramma della ricusazione degli arbitri (con due note a piè pagina)", in Giur. it., 2004, 460.

no la c.d. indipendenza esterna (*Selbständigkeit*) del potere giudiziario. Con l'indipendenza della magistratura da ogni altra istituzione statale si assicura l'indipendenza degli organi esercenti il potere giudiziario intesi nel loro complesso.

Oltre a ciò, la Costituzione italiana mira anche alla tutela della c.d. indipendenza interna (*Eigenständigkeit*) del singolo giudice appartenente alla magistratura. E lo fa all'art. 107 Cost. sancendo l'inamovibilità dei giudici dalla sede e dalla funzione, nonché il principio per cui all'interno della magistratura i singoli giudici si distinguono solo per le funzioni svolte. Il fine della norma è evitare vincoli di subordinazione ritenuti nocivi all'effettiva indipendenza del giudice.

Occorre, inoltre, rilevare come nelle costituzioni degli Stati liberali moderni l'indipendenza dei giudici non è attuata escludendo ogni tipo di condizionamento esterno. Dipendenza e indipendenza sono concetti tra loro contrari, ma non anche contrapposti: questi, pur ponendosi in posizione antitetica, raggiungono un'alta unità. L'indipendenza del giudice non esclude, infatti, in modo assoluto la presenza di possibili influenze esterne, atteso come la piena indipendenza di chi giudica è raggiungibile solo attraverso la soggezione alla legge: vincolare il giudice al rispetto della legge significa renderlo autonomo da influenze esterne.

L'art. 101, co. 2, Cost. che vuole "*i giudici soggetti soltanto alla legge*" è, pertanto, norma importantissima nella definizione costituzionale dell'indipendenza del giudice.

Assoggettare il giudice alla legge significa anche vincolarlo al volere popolare e ciò impone, peraltro, anche una riconsiderazione dell'indipendenza del giudice in un'ottica democratica. L'indipendenza come la democrazia sono, infatti, espressione dei principi di dignità della persona e libertà posti alla base dello Stato di diritto (7).

(7) Tuttavia, tra democrazia e indipendenza della giurisdizione si crea una relazione antitetica, dal momento che il rispetto della democrazia rappresenta una limitazione dell'assoluta indipendenza del giudice. Il nostro ordinamento, pur senza assoggettare la giurisdizione a responsabilità politica e, dunque, a controlli da parte di soggetti esterni tali da metterne in pericolo l'indipendenza, riconosce una responsabilità giuridica personale del singolo magistrato anch'essa derivata dalla sua soggezione alla

È, inoltre, radicata nella tradizione giuridica l'opinione per cui una piena subordinazione del giudice alla legge sia possibile solo in presenza di un'accurata e specifica preparazione tecnico-giuridica: l'unica capace di consentire ai titolari degli uffici giudiziari di applicare la legge senza sovrapporvi interessi e valori estranei. In quest'ottica si pone l'art. 106 Cost. che subordina l'accesso alla magistratura al superamento di un pubblico concorso.

Sebbene la preparazione tecnica del giudice sia finalizzata ad assoggettarlo al solo disposto normativo, questa non garantisce, tuttavia, nel caso concreto, l'assoluta imparzialità e indifferenza del giudice rispetto a preconcetti e pregiudizi sulle parti in causa, sulle ragioni del loro confliggere, nonché sull'oggetto del contendere (*Unbetheiligkeit*).

Di questa preoccupazione recano traccia sia l'art. 25 Cost., che sancisce il principio del giudice naturale e precostituito, che le disposizioni sulla giurisdizione e competenza presenti nei codici di rito, nonché l'art. 7° *bis* della legge di ordinamento giudiziario che prevedono dei meccanismi di distribuzione del carico di lavoro tra i diversi uffici giudiziari. Infine, sempre in tal senso si esprimono anche le norme sull'astensione e ricsuzione, che in materia civile sono contenute agli artt. 51 e ss. c.p.c., mentre in materia penale sono disciplinate dagli artt. 34-37 c.p.p.

#### IV. Astensione e ricsuzione del giudice

Da quanto indicato è facile comprendere come il principio della precostituzione del giudice, le norme sulla giurisdizione e competenza nonché quelle che riguardano la distribuzione del carico

legge. Il modello di responsabilità civile scelto dal legislatore italiano con la l. n. 117/1988 non mira ad ottenere la conformazione del comportamento del giudice agli orientamenti di un diverso soggetto posto in una posizione sovraordinata, ma è invece solo uno strumento avente lo scopo di assoggettarlo, nel caso di compimento di atti illeciti, a una sanzione. E, infatti, mentre, il primo modo di concepire la responsabilità avrebbe comportato una limitazione dell'indipendenza del giudice, la sua soggezione a una sanzione stabilita dall'ordinamento non ha, invece, come effetto necessario o automatico la lesione o la diminuzione dell'indipendenza. Una tale concezione della responsabilità costituisce un derivato dell'indipendenza della magistratura da qualsiasi altro organo e assume la funzione di barriera o di limite al potere.

di lavoro tra i diversi uffici siano finalizzate a rendere il più casuale possibile l'attribuzione della risoluzione della lite a un dato giudice. Tuttavia, queste non riescono a porre rimedio alle astrattamente imprevedibili disfunzioni che possono verificarsi nella pratica. In tale situazione soccorrono le norme sull'astensione e ricsusazione del giudice (8).

La funzione delle norme in materia di astensione e ricsusazione è, infatti, proprio quella di consentire ora al giudice, ora alle parti di evitare la decisione da parte di quel giudice, persona fisica, la cui imparzialità è minata dalla presenza di situazioni quali un suo interesse, legame o pregiudizio nei confronti dei soggetti coinvolti, dei loro difensori o dell'oggetto della causa. In altri termini, il legislatore, tanto civile che penale, prevede una serie di condizioni che rendono un giudice incompatibile rispetto a un giudizio o nei confronti dei soggetti in questo coinvolti, privandolo della legittimazione a compiere, in presenza di tali condizioni, gli atti tipici della funzione giurisdizionale.

Gli istituti dell'astensione e ricsusazione sono, dunque, volti a chiudere il cerchio nel sistema posto a presidio dell'imparzialità del giudice, garantendone l'indipendenza nella singola causa.

In particolare, con l'astensione e la ricsusazione l'ordinamento mira a rendere il singolo giudice indipendente dalle parti e dall'oggetto della causa, facendolo non solo apparire terzo, ma, in tal modo, anche assicurandone e tutelandone l'imparzialità.

Nella sistematica dei codici di rito civile e penale, l'astensione mira a tutelare il valore costituzionale dell'imparzialità della funzione giudiziaria, attribuendo al singolo giudice il dovere/potere (9) di astenersi dal rendere il giudizio in

presenza di alcune situazioni tali da poter pregiudicare la sua terzietà e, quindi, in ultima analisi anche la sua imparzialità.

La tutela dell'indipendenza del giudice sarebbe, però, assai fragile ove la si affidasse alla sola spontanea iniziativa dell'interessato. Potrebbe infatti accadere che costui non percepisca in buona fede o comunque sottovaluti l'esistenza di una ragione di astensione, ma potrebbe accadere anche di peggio, che cioè, pur percependola, non intenda trarne le conseguenze di legge.

Il legislatore affida quindi alle parti uno strumento, la ricsusazione, che gli consente di provocare la presa d'atto di quella ragione e la produzione dei relativi effetti. La ricsusazione ha, infatti, il precipuo scopo, ove il giudice ometta di astenersi, di garantire il diritto dei soggetti coinvolti nella causa a essere giudicati da un soggetto terzo e imparziale (10).

Il legislatore in particolare individua i singoli legami tra giudice, parti e oggetto del processo la cui presenza può all'esterno ingenerare il dubbio circa l'imparzialità del giudice, in quanto chi è chiamato a giudicare, oltre che libero da possibili condizionamenti derivanti da un suo legame con le parti o con i loro avvocati, nel decidere deve anche essere libero dalle influenze provenienti sia dalla società (*Sozialfreiheit*) che da ogni condizionamento appartenente alla propria sfera interiore (*innere Unabhängigkeit*), da intendersi come l'assenza di ogni possibile pregiudizio nei confronti della causa o delle parti avente origine ora nel processo (c.d. forza della prevenzione) ora in convinzioni personali, ideologiche, religiose, politiche o sociali preesistenti al giudizio.

Tuttavia, in relazione a quest'ultimo aspetto occorre rilevare come, sebbene la Corte Costitu-

---

(8) Nel codice di procedura civile astensione e ricsusazione sono disciplinate agli artt. dal 51 al 54, mentre nel codice di procedura penale alla disciplina dell'astensione di cui all'art. 36 e della ricsusazione di cui all'art. 37 si unisce quella dell'incompatibilità del giudice, disciplinata agli artt. 34 e 35 c.p.p. Infatti, le situazioni di incompatibilità per espresso richiamo degli artt. 36 e 37 c.p.c. sono a tutti gli effetti motivi di astensione obbligatoria e ricsusazione del giudice.

(9) La c.d. astensione facoltativa è possibile solo nel caso in cui il giudice ravvisi la presenza di "gravi ragioni di

convenienza". Espressione quest'ultima utilizzata dal codice di procedura tanto civile che penale.

(10) Più nel dettaglio, il raggio d'azione della ricsusazione non è identico a quello dell'astensione. Le parti non sono, infatti, legittimate a far valere le "gravi ragioni di convenienza" indicate come motivo di astensione tanto all'art. 51, co. 2, c.p.c. che all'art. 36, co. 1, lett. h) c.p.p., ma solo i motivi tassativamente individuati dal legislatore. La ratio di tale limitazione deve essere rinvenuta nella necessità di evitare un utilizzo strumentale dell'istituto al solo fine di creare un indebito discredito al destinatario.



zionale (11) abbia in più di un'occasione affermato che la funzione del giudicare esige la massima spersonalizzazione, realisticamente, il giudice, nell'applicare alla fattispecie concreta la norma astratta compie necessariamente un giudizio di valore in conformità ai propri convincimenti, frutto dell'influenza sullo stesso operata dalla società. Chi giudica non può essere avulso dalla realtà sociale perché soggetto che vive in un dato momento storico e in una certa società. Conseguentemente, nessun ordinamento riuscirà mai ad approntare sistemi idonei a evitare la possibile parzialità della decisione derivante da condizionamenti psicologici del giudice.

Per il resto il legislatore cerca d'individuare singole situazioni, che possono compromettere l'indipendenza del soggetto chiamato a giudicare ingenerando all'esterno dubbi in ordine alla sua imparzialità, quali la presenza di legami rispettivamente di parentela-affinità ovvero causa pendente, grave inimicizia, rapporto di debito-credito con una delle parti coinvolte nella causa (12).

Inoltre il giudice, pur essendo indifferente rispetto alle parti, può essere inquinato nel rendere il giudizio dal ruolo in precedenza svolto in merito a quella stessa vicenda su cui è chiamato a decidere. Qui ciò che mina la serenità di giudizio è lo stato soggettivo del giudicante che, se neutrale rispetto alle parti, non lo è rispetto alla lite. E, infatti, il giudice che si trova ad affrontare una lite che ha già conosciuto/deciso, se da un lato ha maggiori informazioni, dall'altro lato avrà, però, anche maggiori riserve, perché indotto a conformarsi a decisioni già assunte in precedenza (13).

(11) Cfr., per tutte Corte cost. 20 maggio 1996, n. 155, in Foro it., 1996, I, 2632.

(12) Cfr. nn. 2, 3 e 5 art. 51, co. 1, c.p.c., nonché lett. a), b), d), e), f) art. 36, co. 1, c.p.p. Per il giudice penale, inoltre, all'art. 35 c.p.p. si prevede come motivo d'incompatibilità il fatto che nello stesso procedimento giudici tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado esercitino funzioni di giudice anche separate o diverse.

(13) L'eventualità, sebbene in termini differenti, è prevista tanto dal legislatore civile all'art. 51, co. 1, n. 4, c.p.c. che da quello penale. In particolare, nel codice di procedura penale la fattispecie è prevista sia all'art. 34 c.p.p. tra i motivi d'incompatibilità del giudice per gli atti compiuti nel procedimento, che alla lett. c) dell'art. 36 c.p.c. per il caso in cui lo stesso abbia dato consigli o manifestato il suo

Da quanto sin qui indicato si può, dunque, giungere ad affermare che la c.d. forza della prevenzione costituisca una forma d'influenza del giudizio interna allo stesso giudicante (*innere Unabhängigkeit*): il giudice nel decidere si trova a dipendere da sé stesso, o meglio, dal proprio precedente convincimento.

## V. Considerazioni conclusive

Pur senza entrare nello specifico delle diverse fattispecie di astensione e ricusazione del giudice previste nei codici di procedura civile e penale, da quanto sin qui indicato è facile comprendere come l'indipendenza rappresenti per la giurisdizione statale un concetto unitario (14): a nulla servirebbe garantire l'indipendenza della funzione giurisdizionale, se non si garantisse anche l'effettiva indipendenza del soggetto che la esercita.

Indipendenza dell'organo e indipendenza della funzione sono connesse in modo inseparabile. La funzione è indipendente, quando l'organo è tale e l'organo è indipendente, quando la sua funzione è esercitata in assenza di condizionamenti. Occorre poi garantire anche l'indipendenza del singolo soggetto, titolare dell'organo e chiamato, nel caso concreto, all'esercizio della funzione.

Solo assicurando l'indipendenza della funzione, dell'organo e del singolo giudice sarà, infatti, possibile ottenere un prodotto indipendente, perché frutto di un giudice terzo ovvero di un giudice capace di apparire imparziale.

Le norme sulla astensione e ricusazione del giudice statale sostanziano, dunque, in quest'ottica il rimedio alle possibili disfunzioni che nell'applicazione pratica possono realizzarsi quando, pur utilizzando tutti i meccanismi necessari per evitare l'ingerenza da parte degli altri poteri statali o della stessa magistratura nei confronti del giudice, di fatto, si attribuisca il potere di decidere la singola causa ad un soggetto in qualche modo legato alle parti, ai loro difensori o all'oggetto della causa.

parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie

(14) EICHENBERGER, "Die richterliche Unabhängigkeit", cit., 26 e 27.

# La remoción de los magistrados en Italia

Giorgio Sobrino (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Aspectos de encaje.— III. La disciplina de la remoción de los magistrados ordinarios en el ordenamiento jurídico italiano: aspectos sustanciales y procesales.— IV. La aplicación práctica de la normativa y un caso reciente sorprendente.

## I. Introducción

El artículo versa sobre la cuestión de la remoción de los magistrados en Italia, en la perspectiva del derecho constitucional. Después de algunos aspectos de encaje de la temática, el trabajo describe la normativa italiana vigente inherente a la remoción de los magistrados italianos, en sus aspectos sustanciales y procesales, y sus elementos aplicativos, con especial referencia a un caso reciente que ha suscitado la atención de los medios de comunicación y de la opinión pública.

## II. Aspectos de encaje

La remoción de los magistrados, en Italia, se enmarca en un contexto de ordenamiento caracterizado por una organización “burocrática” del Poder Judicial. Se trata de un modelo organizativo —típico de los países europeos de *civil law*, desde el período posterior a la Revolución Francesa—, sobre cuya base la magistratura se concibe como un cuerpo de funcionarios públicos, nombrados mediante oposición entre recién

graduados y asignados a los diferentes “niveles” del sistema jurisdiccional, ordenados entre ellos jerárquicamente. La carrera de los magistrados depende tradicionalmente de la antigüedad y de evaluaciones sobre su “idoneidad”, realizadas principalmente dentro de la propia magistratura. En la base de este posicionamiento está la idea de corte positivista, del siglo XIX, de que la función jurisdiccional consiste en la “pura” (e “impersonal”) “aplicación de la ley”, de manera análoga a la función administrativa propia de la Administración Pública.

Al modelo “burocrático” de magistratura se le contraponen históricamente el “profesional” (típico de los ordenamientos de *common law*; en primer lugar, Inglaterra). De acuerdo con este, el Poder Judicial está compuesto por personas profesionalmente cualificadas desde su nombramiento —ya que son elegidas de entre aquellas pertenecientes a la clase forense (los *barristers*) o, de todas maneras, de entre personas con experiencias profesionales previas específicas— y en posición de igualdad recíproca sustancial. De hecho, todos los jueces son inamovibles y conservan su cargo, en principio, por un tiempo ilimitado (*during good behaviour*): no están sujetos a evaluaciones de magistrados “superiores” ni a controles de naturaleza política. En este caso —más allá de los diferentes hechos históricos respecto a los Estados de la Europa continental—, en la base de la organización judicial hay una concepción “activa” de la función jurisdiccional y de la función del juez: estos se identifican con la promoción de los derechos, incluso “contra” la voluntad del legislador y de los órganos políticos (hasta el sindicato generalizado de

---

(\*) Abogado, investigador de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho de la Universidad de Turín. En su actividad científica se ocupó principalmente del Poder Judicial y sus garantías constitucionales (tema sobre el que publicó en 2015 el libro “El ministro de Justicia y los poderes del Estado. Acontecimientos y perspectivas de una ubicación problemática”), forma de gobierno, fuentes del derecho y normas constitucionales sobre el trabajo. Es profesor de Derecho Constitucional, Derecho Regional y Derecho y Economía del Desarrollo Sostenible en la Universidad de Turín. Es miembro del Comité de Public Engagement de la Universidad de Turín.

constitucionalidad atribuido a los jueces en el ordenamiento jurídico americano) (1).

En consecuencia, en el modelo “profesional” de magistratura, el principal tipo de responsabilidad activable ante los jueces es el civil, con los ciudadanos (los cuales pueden litigar para obtener la indemnización por los daños causados a ellos por el ejercicio incorrecto de la actividad judicial). En cambio, en los ordenamientos jurídicos de tipo “burocrático” es central la responsabilidad disciplinaria, concebida como responsabilidad de los diferentes magistrados con el cuerpo de pertenencia por los actos censurables cometidos en el —o fuera del— ejercicio de sus funciones. Esta es hasta la fecha la situación del ordenamiento jurídico italiano, a pesar de su alejamiento del modelo “burocrático” tradicional determinado por la Constitución de 1948 [que ha reconocido a los magistrados amplias garantías de independencia “interna”, así como “externa”, es decir, ante el poder político (2)]. En ese sentido, la remoción de los magistrados se considera, principalmente, como una sanción disciplinaria y, cuando es adoptada, responde precisamente a fines disciplinarios, no compensatorios ante las partes en el proceso.

En segundo lugar —y siempre con carácter preliminar—, hay que recordar que, en Italia, la magistratura no constituye un cuerpo unitario. De hecho, de acuerdo con los arts. 102 y 103 de la Constitución, los magistrados se dividen en “ordinarios” y “especiales”: estos últimos ejercen la función jurisdiccional en áreas específicas [p. ej., la protección de los ciudadanos ante actos de la Administración pública (3)] y, en lo que aquí interesa, son titulares de garantías de “estado” menores con respecto a los magistrados ordinarios. En particular, sus órganos disciplinarios no están

regulados por la Carta Constitucional, sino solo por la ley ordinaria (véanse los arts. 100, último párrafo, y 108, párr. 2º, de la Constitución): esto puede influir en las modalidades de aplicación de la sanción de remoción (4).

Por otra parte, dado que desde el punto de vista numérico los magistrados ordinarios son muy superiores —unos diez mil, frente a un millar de jueces especiales en total—, es a estos (y a su remoción) a los que dirigiremos nuestra atención en los párrafos siguientes. Con la salvedad adicional de que la magistratura ordinaria, en Italia (a diferencia de otros Estados europeos), incluye tanto a los órganos jurisdiccionales como a los fiscales, es decir, al Ministerio Fiscal: estos son esencialmente equivalentes en cuanto a garantías constitucionales y las normas de organización y disciplinarias (véanse los arts. 104 y ss. de la Const.).

### III. La disciplina de la remoción de los magistrados ordinarios en el ordenamiento jurídico italiano: aspectos sustanciales y procesales

En el ordenamiento jurídico italiano vigente, la remoción de los magistrados (jueces y fiscales) puede ocurrir de dos maneras diferentes, que corresponden a dos “títulos” (o formas) diferentes de responsabilidades adjudicables a su cargo: la penal y —como ya se ha mencionado— la disciplinaria.

A título penal, en primer lugar, el magistrado puede ser removido del puesto (y de sus funciones relativas) si hubiera cometido un delito propio de su función —piénsese en la corrupción en actos judiciales, prevista por el art. 319 ter del Cód. Penal— y/o de su condición de “funcionario público” (5) o no. En este caso, la remoción

(1) Sobre la distinción entre el modelo “burocrático” y el “profesional” de la magistratura y sobre las características respectivas, véase GUARNIERI, C. — PEDERZOLI, P., “La magistratura nelle democrazie contemporanee”, Roma — Bari, 2002, ps. 41 y ss.

(2) Por este motivo, el sistema italiano actual de la magistratura puede definirse como “mixto”, en vez de “burocrático”: véase GUARNIERI, C., “Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica”, Bologna, ps. 115 y ss.

(3) Esta competencia es propia de los jueces (“especiales”) administrativos: Tribunales Administrativos Regionales y Consejo de Estado.

(4) Sobre la responsabilidad disciplinaria de los jueces “especiales” véase, por ejemplo, FANTACCHIOTTI, M. — FRESA, M. — TENORE, V. — VITELLO, S., “La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali”, Milano, 2010, ps. 573 y ss. Un caso reciente de remoción de un juez “especial” que ha despertado la atención de la opinión pública, por la conducta censurable del magistrado (*stalking* contra una joven aspirante a magistrada), se refiere al consejero de Estado Francesco Bellomo, destituido mediante res. del 12/01/2018.

(5) Según el art. 357 del Cód. Penal, “a los efectos de la ley penal son funcionarios públicos aquellos que ejercen un cargo legislativo público, judicial o administrativo”.

se considera como una sanción penal (dispuesta, por lo tanto, por otro magistrado, con competencia para juzgar aquel delito) o, más precisamente, como un efecto de la pena “accesoria” consistente en la interdicción de los cargos públicos (art. 28 del Cód. Penal). Si tal interdicción es “perpetua” en vez de “temporal”, el magistrado condenado es removido, porque está inhabilitado para ejercer cualquier función pública (6).

En cambio, en el aspecto disciplinario —hipótesis en gran medida prevalente en el contexto italiano, como se ha mencionado más arriba—, la remoción del magistrado puede disponerse como consecuencia de la comisión por parte de este de un ilícito disciplinario (no necesariamente coincidente con un delito: véase un poco más adelante). En este caso, la remoción (o también “destitución”, según el lenguaje típico de la disciplina de la función pública en Italia) es, por lo tanto, precisamente, una sanción disciplinaria: esta es impuesta por la Sección Disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura (CSM), órgano de garantía encargado por la Constitución para la adopción de todas las medidas ante los magistrados ordinarios (art. 105 de la Const.) como resultado de un procedimiento especial regulado por la ley (y por la misma Constitución) (7).

Las características básicas de la normativa en esta materia son las siguientes.

En cuanto a los aspectos sustanciales (cuándo, y por qué motivos, es posible disponer la remoción), los arts. 2º, 3º y 4º del dec. leg. 109/2006 —que reformó una legislación anterior que, de

---

(6) Sin embargo, véanse, un poco más adelante, las consecuencias disciplinarias de la interdicción “temporal”. En cambio, para los casos en los que la condena penal comporte la interdicción “perpetua” de los cargos públicos, véase, en particular, el art. 29 del Cód. Penal.

(7) Los arts. 105 y 108 de la Const., en general, reservan al legislador la previsión de las “normas sobre el ordenamiento judicial”, incluidas, por lo tanto, las relativas a los ilícitos disciplinarios de los magistrados y a las sanciones respectivas. Según la doctrina, esto comporta que —en la actualidad— la responsabilidad disciplinaria de los magistrados en Italia se considere como una responsabilidad hacia el Estado, en lugar de hacia la orden (o cuerpo) de pertenencia: ZANON, N. — BIONDI, F., “Il sistema costituzionale della magistratura”, 3ª ed., Bologna, 2011, ps. 202 y 204-5.

hecho, confiaba a la Sección Disciplinaria la determinación del contenido de las conductas ilícitas (8)— describen un gran número de figuras de ilícito disciplinario del magistrado, que se distinguen entre ilícitos “en el ejercicio de las funciones”, “fuera del ejercicio de las funciones” y “resultantes de un delito”; y prevén las sanciones respectivas, que pueden ir desde la “amonestación” hasta la remoción. Según el art. 12, párr. 5º, del mismo decreto, la remoción [que comporta el “cese de la relación de servicio” del magistrado y, por lo tanto, es aplicada mediante un decreto del presidente de la República (9)] es dispuesta ante el magistrado que (a) ha cometido el ilícito consistente en “obtener (...) préstamos o ventajas” de las partes de procedimientos pendientes en su oficina judicial u otra oficina del Distrito, de sus abogados defensores o testigos [ilícito según el art. 3º, párr. 1º, letra e)] (10); (b) ha sido suspendido de sus cargos públicos después de una condena penal, “perpetuamente” o (nótese) incluso solo “temporal”; (c) ha sido condenado en sede penal a al menos un año de prisión por un delito cometido intencionalmente.

En cambio, desde el punto de vista del procedimiento (con qué procedimiento se aplica al magistrado la remoción), los arts. 14 a 25 del dec. leg. 109/2006 muestran un procedimiento de naturaleza sustancialmente jurisdiccional, en lugar de administrativa: esto —junto con el hecho, ya mencionado, de que el órgano decisorial no es un superior jerárquico del inculcado ni (mucho menos) un órgano político, sino constitucionalmente autónomo, como la Sección Disciplinaria del

---

(8) El art. 18 del real dec. leg. 511/1946 —derogado por la reforma de 2006— preveía, de hecho, de manera totalmente genérica y no “estandarizada”, que comete ilícito disciplinario “el magistrado que faltara a sus deberes, o mantuviera en la oficina o fuera una conducta tal que haga que no merezca la confianza y la consideración de las que debe disfrutar, o que ponga en peligro el prestigio de la orden judicial”.

(9) En este sentido, art. 11 del dec. leg. 109/2006.

(10) El Tribunal Constitucional, en la sentencia 197/2018, señaló que, en este caso, la sanción de la remoción está plenamente justificada por la “necesidad de restablecer la confianza de los asociados en el sistema judicial, sacudidos por la prueba de una falta disciplinaria de gravedad indeclinable”; esta sanción, por lo tanto, no puede considerarse desproporcionada e ilegítima.

CSM (11)— diferencia la posición de los magistrados de la de todos los otros empleados estatales. Los “índices” (o elementos) principales de la “jurisdiccionalización” del procedimiento disciplinario (12) son: (a) la previsión de plazos precisos dentro de los cuales debe ejercerse la acción disciplinaria y debe concluirse el procedimiento, como garantía para el magistrado involucrado (art. 15 del decreto mencionado); (b) el derecho del propio magistrado a ser defendido en el juicio por un abogado o, a su elección, por otro magistrado (art. 15, párr. 4º); (c) la publicidad de las audiencias ante la Sección Disciplinaria, derogable solo en casos limitados (art. 18, apart. 2º); (d) la recurribilidad de la sentencia final ante el Tribunal Supremo (Corte di Cassazione; art. 24).

La iniciativa del proceso disciplinario —conviene recordarlo otra vez— le corresponde al ministro de Justicia, en virtud del art. 107, párr. 2º, de la Constitución [es una de las atribuciones “residuales” del ministro, en vista de la competencia generalizada reconocida al CSM (13)], así como al fiscal general ante el Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 14 del dec. 109/2006 (el cual lleva, en cualquier caso, las funciones de “fiscal” después de la apertura del procedimiento). Por lo tanto, normas específicas regulan la relación entre el procedimiento disciplinario y el posible procedimiento penal contra el magistrado por el mismo hecho, aspecto este a menudo relevante para la imposición de la remoción (véase el art. 20, párrs. 2º y 3º, del mismo decreto, y *supra*).

#### IV. La aplicación práctica de la normativa y un caso reciente sorprendente

A pesar de las frecuentes controversias —en Italia— sobre la “irresponsabilidad de los magistrados” y su posición relativa de “privilegio”, ostentada en el sistema en comparación con otros

(11) La Sección Disciplinaria está compuesta por seis miembros del CSM, de los que cuatro “con toga” (elegidos por los magistrados de los diferentes grados) y dos “laicos” (elegidos por el Parlamento).

(12) Así, en la doctrina, ZANON, N. — BIONDI, F., “Il sistema costituzionale...”, ob. cit., ps. 222 y ss.

(13) En este sentido, permítase remitir a SOBRINO, G., “Il ministro della Giustizia ed i poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica”, Napoli, 2015, ps. 126 y ss., y 217 y ss.

órganos públicos o no (imputada a menudo a la misma disciplina constitucional), la práctica de aplicación de la normativa anteriormente descrita registra un uso bastante amplio de la herramienta disciplinaria. De hecho, los procedimientos abiertos cada año contra los magistrados son numerosos, y muchos de ellos terminan con una sentencia condenatoria, a veces con sanciones incluso graves.

Más específicamente, de los datos publicados por la Fiscalía General (14) (oficina pertinente para apoyar la acusación ante la Sección Disciplinaria, como se ha visto) surge que, en los años 2012 a 2019, la acción disciplinaria se ha ejercido, en promedio, en más de ciento cincuenta casos al año, de un número total de alrededor de diez mil magistrados ordinarios en plantilla. Solo en 2019 hubo un aumento de los procedimientos del 34%, con 156 juicios pendientes al final del año (+ 8,3%, en comparación con el final de 2018). Entre 2015 y 2019, por otra parte, casi un tercio de los juicios ante la Sección Disciplinaria terminó con la condena del magistrado. En 2019 —en particular—, el 16,7% de las condenas implicó la imposición de la sanción de “amonestación”; el 37,5%, la “censura”; el 16,7%, la “pérdida de antigüedad”; el 8,3%, la suspensión de las funciones; y —que es lo que más interesa aquí— el 20,8%, la remoción. En 2019 hubo un total de cinco condenas a la remoción, que —considerada la extrema gravedad de la sanción en cuestión, que implica la expulsión definitiva del afectado del Poder Judicial— no parece un número irrelevante.

A esto se añade —como otro dato sobre el cual reflexionar— que, en muchos casos, los magistrados acusados de hechos de una gravedad tal que pueden comportar la sanción de remoción dimiten durante el procedimiento disciplinario, para evitar la “vergüenza” de la condena (lo que hace que los números anteriores, probablemente, sean viciados por defecto). Además, en la práctica, incluso una sanción de carácter leve —como, por ejemplo, la “amonestación” o la “censura” (impuestas, en 2019, en más de la mi-

(14) Estadísticas relativas a la actividad de la Fiscalía General en materia disciplinaria, disponible en [https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/Estratto\\_disciplinare-statistiche.pdf](https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/Estratto_disciplinare-statistiche.pdf), en particular ps. 24 y ss. del archivo.

tad de las sentencias condenatorias)— es vivida por el magistrado como una “mancha imborrable” en su carrera: esto también es debido al hecho de que afecta negativamente en las denominadas “evaluaciones de profesionalidad” periódicas, que, según la disciplina vigente, son necesarias para el acceso a las funciones de grado superior.

En definitiva, como observa la doctrina (y la propia magistratura, especialmente en sus componentes asociativos representados en el CSM), la disciplinaria es el tipo —o forma— de responsabilidad a la cual están sujetos los magistrados ordinarios con mayor frecuencia, y que en concreto más “temen”, más allá de la penal, mencionada anteriormente (y mucho más que la civil, prevista en abstracto por la ley, pero activada concretamente muy rara vez).

Esto, siempre en la práctica de aplicación, implica algunos problemas que suscitan interrogantes de orden constitucional. En particular (también debido a la tendencia a la “jurisdiccionalización” perseguida por la legislación en la materia, algo que ha sido abordado), el procedimiento disciplinario contra los magistrados parece convertirse cada vez más en un proceso penal —o “parapenal”—, en el cual se “descargan” las tensiones que implican a un magistrado (o una oficina judicial) y a sus investigaciones o procesos. En este sentido, es significativo el hecho de que la Fiscalía General haya publicado recientemente los “criterios” a los cuales pretende atenerse en la realización de las “investigaciones”, según el art. 16 del dec. leg. 109/2006, denunciando también las “presiones de la opinión pública” sobre su obra, casi como si se tratara de investigaciones penales (15). El uso inapropiado del procedimiento/herramienta disciplinario corre el riesgo, en concreto, de socavar la independencia del magistrado en el ejercicio de sus funciones, además de otros de sus derechos garantizados por la Constitución (16).

(15) “Directivas del fiscal general para la evaluación de la existencia de algunos ilícitos disciplinarios”, del 22/06/2020, disponibles en [https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/Direttiva\\_4\\_giugno\\_2020.pdf](https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/Direttiva_4_giugno_2020.pdf).

(16) Señalan este peligro ZANON, N. — BIONDI, F., “Il sistema costituzionale...”, ob. cit., ps. 209 y ss.

Estas implicaciones problemáticas han surgido, al menos en parte, en el caso más sorprendente de remoción disciplinaria de un magistrado ordinario ocurrido en Italia en los últimos años, que ha suscitado la atención incluso de los medios de comunicación “generalistas” y, por lo tanto, de toda la opinión pública. Se trata del procedimiento instruido contra Luca Palamara, fiscal del Tribunal de Roma y —sobre todo— ex-presidente de la Asociación Nacional de Magistrados (entre 2008 y 2012) y miembro del CSM (hasta 2018).

Tras las investigaciones penales llevadas a cabo por la Fiscalía de la República de Perugia, el Sr. Palamara fue acusado de haber organizado una “red” de magistrados, políticos y otros (a veces investigados), cuyo objetivo era “pilotar” los nombramientos de los magistrados para los puestos directivos (especialmente el de jefe de las Fiscalías de la República) por parte del CSM. Paralelamente al proceso penal, el magistrado —expulsado y también “repudiado” públicamente por la Asociación Nacional de Magistrados— ha sido sometido a un procedimiento disciplinario; como resultado de las decisiones adoptadas por sus antiguos compañeros de la Sección Disciplinaria del CSM (y, por lo tanto, muy cuestionadas por él), fue primero suspendido cautelarmente de sus funciones y luego, el pasado otoño, destituido por el Poder Judicial (17).

Este caso, por una parte, ha arrojado un descrédito evidentemente grave en la magistratura italiana y ha contribuido a su actual crisis de legitimación [denunciada por la doctrina, y no solo por esta (18)], considerando que el Sr. Palamara,

(17) Para la decisión cautelar, véase Cassazione, secc. unidas, 741/2020 (disponible en [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1585863386\\_cass-su-741-01-2020-trojan-delitti-contro-pubblica-amministrazione-palamara.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1585863386_cass-su-741-01-2020-trojan-delitti-contro-pubblica-amministrazione-palamara.pdf)), que ha desestimado el recurso del magistrado. El mismo Tribunal Supremo de Casación, en los últimos días, ha confirmado la decisión final de la Sección Disciplinaria del CSM del 21/12/2020, con la sentencia de las secc. unidas 22.302/2021 (disponible en la base de datos jurídica *DeJure*, <https://dejure.it>).

(18) Véanse, por ejemplo, DAL CANTO, F., “Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2021, ps. 1 y ss., y BENVENUTI, S., “Brevi note sull’affaire CSM: vecchi problemi, ma quali soluzioni?”, *Osservatorio AIC*, 1/2020 (también para las consecuentes propuestas de reforma de

en ese momento, era un magistrado importante y que obtuvo un gran apoyo entre los compañeros. Por otro lado, se ha demostrado la posibilidad de utilizar el procedimiento —y la sanción— disci-

plinar las modalidades de elección y de las reglas de funcionamiento del CSM). Hay que recordar también que el presidente de la República, en su calidad de presidente del CSM (art. 104 de la Const.), ha estigmatizado duramente los comportamientos surgidos en el “caso Palamara” (intervención en el plenario, 21/06/2019, <https://www.quirinale.it/elementi/30468>).

plinario de manera “ejemplar”, y con una finalidad represiva más que de “orientación” de los comportamientos de los magistrados (19), como el proceso penal, con los consiguientes problemas y riesgos que se han destacado anteriormente.

(19) Para el argumento según el cual la responsabilidad disciplinaria de los magistrados tiene una función de “orientación” (o “de conformidad”) de sus comportamientos, más que represiva, véase otra vez ZANON, N. — BIONDI, F., “Il sistema costituzionale...”, ob. cit., p. 201.





**P**ENALE



# La posizione dell'Italia rispetto ai crimini contro l'umanità di competenza della corte penale internazionale

Alessandra Lanciotti (\*)

**Sumario:** I. Introduzione.— II. L'adattamento allo Statuto di Roma nell'ordinamento italiano.— III. Il mancato adeguamento della legislazione penale sostanziale.— IV. Considerazioni conclusive.

## I. Introduzione

Il 1° luglio 2002 è entrato in vigore il trattato che istituisce la Corte penale internazionale (d'ora in avanti Statuto) (1), competente a giudicare le persone responsabili della commissione delle più gravi violazioni del diritto internazionale umanitario. Ad oggi 123 Stati provenienti da tutte le aree geografiche del mondo hanno aderito allo Statuto, inclusi Italia e Argentina, accettando di collaborare nella repressione de "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" (2).

Il Parlamento italiano ne ha tempestivamente autorizzato la ratifica, emanando la legge 12 luglio 1999, n. 232, che conteneva anche l'ordine con cui è data piena ed intera esecuzione a questo trattato (3). Dunque l'Italia è stato il quarto

Paese al mondo ad aderire allo Statuto e il primo Stato membro ad aver accolto l'invito dell'Unione Europea a farlo (4). Questa però è stata una decisione troppo affrettata, che avrebbe dovuto essere meglio ponderata, non tanto per la bontà dell'iniziativa in sé, quanto piuttosto per il fatto che il trattato istitutivo della Corte penale prevede la creazione di un'organizzazione internazionale che esercita la giurisdizione in campo penale e impone agli Stati parti obblighi che vengono ad incidere nel modo di amministrare la giustizia all'interno dei loro ordinamenti nazionali, imponendo l'introduzione di specifiche norme a livello di diritto penale sostanziale e procedurale.

Per tale motivo nell'originario disegno di legge di autorizzazione alla ratifica era stata conferita la delega al Governo per "introdurre le disposizioni penali occorrenti per la punibilità di tutti i fatti penalmente illeciti secondo lo Statuto" e —nel caso di previsione di nuovi reati— per "determinare le pene in modo che risultino proporzionate a quelle comminate per gli altri reati analoghi, con riferimento al bene protetto e alle

---

(\*) Professore associato di Diritto internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia

(1) Il testo del trattato contenente lo Statuto della Corte penale internazionale fu approvato a Roma il 17 luglio del 1998, al termine di una Conferenza diplomatica durata cinque settimane: The Rome Statute of the International Criminal Court adopted at the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, Final Document (UN DOC: A/CONF.183/9 (1998).

(2) Statuto Preambolo punto 4.

(3) Legge 12 luglio 1999, n. 232, "Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale,

---

con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998" (in Gazzetta Ufficiale n. 167, del 19 luglio 1999, Suppl. Ord. n. 135).

(4) Il 18 luglio 1999 lo strumento di ratifica italiano è stato depositato presso il Segretario Generale dell'ONU.

modalità di aggressione" (5). Questa parte del disegno di legge è stata stralciata dal testo definitivo che si è limitato ad autorizzare la ratifica e ad ordinare la piena ed intera esecuzione del trattato. In tal modo la questione dell'armonizzazione della legislazione penale italiana con quanto previsto nello Statuto della Corte penale (e nelle altre convenzioni internazionali sulla prevenzione e la repressione dei crimini di cui l'Italia è parte contraente) è rimasta aperta; essa è ormai da vari anni periodicamente oggetto di esame e di studio in seno a varie Commissioni parlamentari e ministeriali, ma non ha portato ancora a dei risultati legislativi definitivi.

## II. L'adattamento allo Statuto di Roma nell'ordinamento italiano

Sotto il profilo interno, la ratifica dello Statuto implica per lo Stato una rinuncia, sia pure solo in casi particolari, all'esercizio della potestà punitiva, cioè di un'attività che rappresenta uno degli attributi più caratterizzanti della sua sovranità, e il trasferimento (seppur parziale) della stessa ad un'organizzazione internazionale creata ad hoc. Ora, questa sia pur parziale limitazione della sovranità può ritenersi consentita alla luce dell'art. 11 della Costituzione. Inoltre, in considerazione del fatto che la codificazione dei crimini contenuta nello Statuto testimonia l'innegabile sempre maggiore connessione tra il diritto internazionale umanitario e quello a protezione dei diritti dell'uomo, si può ricondurre l'attività di repressione dei crimini contro gli individui nell'ambito del principio costituzionale che sancisce il rispetto dei diritti inviolabili, inquadrando la partecipazione dell'Italia allo Statuto della Corte penale in una prospettiva di garanzia e affermazione dei diritti fondamentali della persona che "la Repubblica riconosce" ai sensi dell'art. 2° Cost. In tale prospettiva, non sembra esservi contrarietà nemmeno rispetto al principio del "giudice naturale precostituito per legge" di cui all'art. 25, 1° co. Cost., considerato che la Corte penale interviene solo in caso di mancato esercizio dell'azione penale da parte dello Stato o dietro referral del Consiglio di Sicurezza ONU.

(5) Così disponeva l'art. 2°, lett. c) e d) del Disegno di Legge nel Testo d'iniziativa del Governo, in Senato della Repubblica, XIII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni - Documenti, N. 3594-A, p. 11 s.

Tuttavia, la conformità dell'ordine di esecuzione (contenuto nella legge 12 luglio 1999, n. 232) ai principi costituzionali non elimina tutti i problemi di adattamento che l'attuazione dello Statuto solleva a vari livelli nell'ordinamento interno. Dato che si tratta di materia penale, l'adattamento non può realizzarsi mediante il semplice rinvio alle norme pattizie dello Statuto, ma attraverso l'introduzione formale di provvedimenti legislativi specifici (6). Infatti, per rispettare il principio di legalità dei reati e delle pene occorre non solo che siano espressamente contemplate nel sistema penale nazionale le fattispecie criminose descritte negli artt. 6, 7 e 8 (ed eventualmente anche 8-bis) dello Statuto, ma anche che esse siano accompagnate da una cornice editale idonea a cogliere adeguatamente la gravità delle varie condotte qualificate quali crimini contro l'umanità, comprese le questioni inerenti l'imprecrittibilità e le immunità giurisdizionali.

Dopo ben 13 anni dalla legge di ratifica, ecco che finalmente il Parlamento italiano è riuscito ad approvare il testo della legge 20 dicembre 2012, n. 237, recante "Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale" (7).

I lavori parlamentari sono durati a lungo, con alterne riprese ed infine si sono conclusi con l'ennesima decisione presa in tutta fretta, quando si prospettava il rischio per le autorità italiane di dover eseguire il mandato d'arresto internazionale nei confronti dell'ex leader libico Gheddafi, spiccato dalla Pre-Trial Chamber I il 27 giugno 2011, con le accuse di omicidio e persecuzione quali crimini contro l'umanità (8).

(6) PISANI, Mario, "La penetrazione del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano", in *L'Indice penale*, 1979, p. 7 ss., p. 8. GARDOCKI, Lech, "Legal Problems Emerging from the Implementation of International Crimes in Domestic Criminal Law, General Report", in *Rev. int. de droit pénal*, 1989, p. 93 ss.

(7) Legge 20 dicembre 2012, n. 237 "Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale", pubblicato in GU n. 6, 8 gennaio 2013, in *Gazzetta Ufficiale* n. 6 dell'8 gennaio 2013.

(8) International Criminal Court, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdallah ALSENUSSI", No. ICC-01/11, 27 June 2011; il mandato d'arresto fu disposto su richiesta del Procuratore (ICC-01/11-4-Red del 16-05-2011) [www.](http://www.)

In effetti, dalla data di entrata in vigore dello Statuto (luglio 2002) e fino alla promulgazione della legge 237/2012, cioè per oltre dieci anni, l'Italia ha corso l'imbarazzante rischio di divenire meta privilegiata di sospetti "criminali di guerra" poiché si è trovata nella situazione di non poter sostenere le attività della Corte penale internazionale (9).

Il testo adottato ha colmato solo parzialmente la lacuna legislativa, poiché ha recepito solo la parte dello Statuto contenente gli obblighi di cooperazione con la Corte nella cattura e consegna degli imputati e nell'esecuzione delle sentenze di condanna. La l.237/2012 si è limitata ad introdurre norme di carattere procedurale, in ottemperanza all'obbligo descritto nell'art. 88 dello Statuto. Colpisce la mancata formulazione di norme di diritto penale sostanziale, volte ad introdurre le fattispecie delittuose elencate nello Statuto (artt. 6-8) ma non disciplinate dal codice penale.

### III. Il mancato adeguamento della legislazione penale sostanziale

Come è noto, lo Statuto di Roma elenca tre categorie di core crimes: genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità (in seguito, con un emendamento non ratificato dall'Italia, si è aggiunto il crimine di aggressione).

Alcuni dei crimini di guerra descritti nell'art. 8° dello Statuto sono punibili nel diritto italiano ai sensi del codice penale militare e della legge di esecuzione delle Convenzioni di Ginevra del 1949, ma non tutti. Quanto al crimine di genocidio, la definizione dell'art. 6° dello Statuto riproduce quella già codificata nella Convenzione del 1948 alla quale l'Italia aderì nel 1952. Pertanto, al momento della ratifica dello Statuto, il sistema penale italiano già conteneva le norme necessarie per assolvere l'impegno internazionale di prevenire e punire efficacemente i responsa-

icc-cpi.int. In argomento v. LANCIOTTI, Alessandra, "Il mandato d'arresto della Corte penale internazionale nei confronti di Gheddafi e dei suoi collaboratori: un passo in avanti nella lotta all'impunità?", in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 18/2001 del 21 settembre 2011.

(9) Atto Camera dei Deputati, Risoluzione in Commissione 7-00087 presentata da Rita Bernardini giovedì 27 novembre 2008, seduta n. 094. [http://dati.camera.it/ocd/aic.rdf/aic7\\_00087\\_16](http://dati.camera.it/ocd/aic.rdf/aic7_00087_16).

bili degli atti di genocidio, poiché nella legge di adattamento alla Convenzione il legislatore italiano aveva indicato sia la tipologia delle fattispecie penalmente perseguibili che le sanzioni comminabili (10).

Al contrario, molti dei fatti-reato descritti nello Statuto nella categoria dei crimini contro l'umanità non sono oggetto di una specifica previsione normativa nel diritto italiano. Ad esempio, non sono previsti alcuni delitti sessuali quali la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la sterilizzazione forzata (art. 7°, par. 1, lett. g) dello Statuto) o ancora la "enforced pregnancy", cioè la detenzione illegale di una donna forzatamente resa gravida, nell'intenzione di influire sulla composizione etnica di una popolazione [secondo la definizione dell'art. 7°, par. 2, lett. f)]. Ora, sebbene gli atti che caratterizzano questi particolari crimini possono essere sussunti sotto altre norme penali domestiche (ad esempio, la gravidanza forzata potrebbe essere considerata come stupro e sequestro di persona), mancano comunque nell'ordinamento italiano norme criminalizzanti ad hoc, che descrivano, oltre alla condotta, la sanzione adeguata alla gravità e alle particolari circostanze del reato (contest).

Lo Statuto contempla la tortura nell'elenco dei crimini contro l'umanità (art. 7°, par. 1, lett. f). Ma nemmeno il reato di tortura era disciplinato nel diritto italiano fino a tre anni fa, nonostante l'Italia avesse aderito sin dal 1988 alla Convenzione ONU contro la tortura (11) che impone ad ogni Stato contraente di fare in modo che gli atti

(10) Legge 11 marzo 1952, n. 153. Tale legge conteneva un ordine di esecuzione anomalo, in quanto differiva l'entrata in vigore della Convenzione contro il genocidio per l'Italia ad una data futura, cioè al momento dell'avvenuto adeguamento della legislazione penale interna. L'obbligo di adattare il diritto penale interno (ex art. V della Convenzione) è stato assolto anni dopo, con l'emanazione della legge 9 ottobre 1967, n. 962 (in Gazzetta Ufficiale n. 272 del 30 ottobre 1967) che, tra gli atti configurabili come genocidio nel diritto interno, descrive anche figure che non sono presenti nella definizione convenzionale poi riprodotta anche nel testo dello Statuto ("deportazione a fine di genocidio", "l'imposizione di marchi o segni distintivi indicanti l'appartenenza al gruppo" e "l'apologia dei delitti di genocidio").

(11) Legge 3 novembre 1988, n. 498, Ratifica ed esecuzione della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 1 dicembre 1984.

di tortura siano considerati "offences under its criminal law" (art. 4°) e che i responsabili vengano puniti con pene severe (art. 7°, par. 2 Conv.). Solo con l'approvazione della legge n. 110 avvenuta il 21 luglio 2017 è stato colmato un imbarazzante vuoto legislativo durato decenni (12); peraltro tale legge non ha considerato l' "aggravante" del crimine contro l'umanità. Più in generale, il diritto penale "ordinario" manca di definizioni che tengano conto dell'elemento di contesto che caratterizza detti crimini ("esteso o sistematico attacco contro una popolazione civile"; art. 7° par. 2 Statuto).

Ciò che ancora manca è una normativa organica che adegui il sistema penale italiano agli obblighi di repressione dei crimini internazionali che l'Italia ha assunto aderendo allo Statuto di Roma e ad altri trattati internazionali.

Al riguardo non può essere considerato sufficiente, in virtù del principio di stretta legalità, l'aver introdotto nell'ordinamento italiano, mediante l'ordine di esecuzione, la norma convenzionale dell'art. 7° dello Statuto, che contiene la definizione di ciascun crimine contro l'umanità, perché manca comunque la previsione legislativa della sanzione, che sola consentirebbe ai tribunali italiani di pronunciare sentenze con pene adeguate per gli autori di tali crimini.

#### IV. Considerazioni conclusive

Lo Statuto di Roma, per i suoi contenuti e i doveri di cooperazione in materia penale che impone in capo agli Stati aderenti, non può essere recepito pienamente nell'ordinamento interno attraverso il semplice rinvio alle disposizioni patrizie in esso contenute. L'adattamento si realizza compiutamente solo con l'introduzione di specifiche norme di diritto penale sostanziale. Lo dimostra il fatto che, quasi tutti gli Stati contraenti, prima di procedere alla ratifica, hanno posto all'esame dei rispettivi organi costituzionali la valutazione della compatibilità dello Statuto con

(12) Questa legge ha previsto le norme incriminatrici e le relative sanzioni (artt. 613-bis e 613-ter cod. penale) e le norme procedurali in materia di utilizzo delle prove raccolte tramite il ricorso a tortura nonché sull'estradizione dei responsabili, ALLEGRUCCI, Camilla, "La legge 110/2017 e gli obblighi internazionali dell'Italia in tema di tortura", in <https://diritti-cedu.unipg.it/>.

la propria legislazione interna (13) e hanno poi introdotto le necessarie disposizioni. Al contrario l'Italia si è inizialmente limitata a recepire lo Statuto con un ordine d'esecuzione, cioè con un mero rinvio alle disposizioni dello stesso Statuto, benché, sul piano del diritto interno, l'accettazione della competenza della Corte penale internazionale sollevi delicati problemi di adattamento a livello di diritto sostanziale e procedurale.

Sebbene non imposto come dovere agli Stati parte, l'adattamento alle disposizioni di diritto sostanziale dello Statuto doterebbe la giurisdizione italiana degli strumenti sostanziali necessari al perseguimento dei crimini internazionali ivi descritti (14). Allo stato attuale l'assenza di norme penali sostanziali ad hoc che, nel rispetto del principio di legalità, prevedano oltre al reato anche la sanzione, fa sì che lo Stato italiano non sia in grado di assicurare l'adempimento dell'obbligo di prevenzione e repressione sul suo territorio. Pertanto esso potrebbe porsi in una situazione di "incapacità" di portare avanti l'azione penale; una situazione prevista e disciplinata dall'art. 17 dello Statuto che porta la Corte ad invocare a sé il caso, in virtù del principio di complementarietà della sua giurisdizione. La Corte, infatti, opera soltanto nei casi in cui lo Stato avente giurisdizione non voglia o non possa procedere, il che presuppone che lo Stato sia munito di una legislazione che incrimini a livello interno le fattispecie di reato in questione (15).

Alla luce di tali considerazioni sorprende che la legge n. 237/2012, recante norme per l'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni dello Statuto, abbia completamente trascurato di inserire nell'ordinamento italiano delle fatti-

(13) KRESS - LATTANZI (eds.), "The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Volume I: General Aspects and Constitutional Issues", L'Aquila, 2000.

(14) CRIPPA, Maria, "Sulla (perdurante?) necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello statuto della Corte penale internazionale", in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 2.

(15) MELONI, Chantal, "Il lento adeguamento dell'Italia allo statuto della Corte penale internazionale: pubblicata la legge sulla cooperazione giudiziaria con la Corte e sull'esecuzione dei suoi provvedimenti", in *Diritto penale contemporaneo*, 11 gennaio 2013. <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/>.

specie penali ivi descritte **(16)**, ma si sia occupata esclusivamente degli aspetti relativi alla cooperazione e all'assistenza giudiziaria (artt. 86 ss. dello Statuto).

In tal modo il Parlamento ha perso l'occasione giusta per affrontare la questione dell'armonizzazione della legislazione penale sostanziale

---

(16) Se si eccettua l'inserimento nel codice penale dell'art. 322-bis relativo alla corruzione dei componenti della Corte penale e dell'art 343-bis sull'oltraggio ai giudici e funzionari della stessa Corte (art. 10 L. 237/2012).

con quanto previsto, oltre che nello Statuto, nelle varie convenzioni sulla prevenzione e repressione dei crimini internazionali dell'individuo delle quali l'Italia è parte. Solo la possibilità di perseguire i crimini contro l'umanità attraverso l'esercizio della giurisdizione (anche) a livello nazionale consente di adempiere appieno allo spirito dello Statuto di porre fine all'impunità che spesso protegge gli individui responsabili di tali atrocità (principio espresso chiaramente nel Preambolo), nonché di garantire una più effettiva tutela alle vittime.





# **IL DIRITTO AI TEMPI DELLA PANDEMIA**



# La guerra dei vaccini alla luce del diritto internazionale

Agostina Latino (\*)

**Sumario:** I. Introduzione.— II. Le posizioni internazionali.— III. Produzione e distribuzione dei vaccini: quadro giuridico.— IV. Brevi osservazioni conclusive.

## I. Introduzione

La narrativa del CoViD-19 ha mutuato fin dall'inizio il linguaggio bellico. La sfida multiforme lanciata dall'emergenza pandemica ha riecheggiato da subito scenari di guerra: dai bollettini quotidiani che riportano la conta dei morti considerati alla stregua di caduti in battaglia, alle misure di contenimento volte a scongiurare gli attacchi del nemico invisibile, alle corsie degli ospedali rappresentate come trincee, in cui gli operatori sanitari sono raffigurati come eroici guerrieri in lotta contro il virus. Ebbene, oggi il vero fronte decisivo è la conquista di un vaccino efficace contro il SARS-CoV-2. Su tale linea di fuoco si fronteggiano le case farmaceutiche che spingono per blindare i risultati della ricerca nelle legittime logiche privatistiche del monopolio brevettuale *versus* l'istanza di gestire l'eventuale vaccino come risorsa accessibile a tutti alla luce delle esigenze comuni e dei finanziamenti pubblici erogati per lo sviluppo di un vaccino sicuro ed efficace quali quelli, ad esempio, dell'Unione europea (1).

---

(\*) Ph. D. in diritto internazionale, è docente di Tutela dei diritti umani, di Diritto dell'Unione europea e di Diritto delle migrazioni presso l'Università di Camerino. Ha tenuto corsi e seminari in varie università italiane e all'estero, nonché in Master e Corsi di Alta Formazione, soprattutto a favore degli Ufficiali delle Forze Armate, nel quadro delle attività della Commissione per la diffusione del diritto internazionale umanitario della Croce Rossa. È autrice di numerose pubblicazioni sui temi dei diritti della persona umana, del diritto internazionale dell'economia, dei rapporti fra ordinamento internazionale e ordinamento euro-unitario.

(1) Va altresì considerato il rischio, più che meramente potenziale, di una "socializzazione dei costi a fronte di una privatizzazione dei guadagni", ossia il comportamento di quelle società che si avvantaggiano di finanziamenti

## II. Le posizioni internazionali

Il primo schieramento, basa le sue argomentazioni sul fatto che la ricerca di un vaccino costituisce un processo altamente complesso, caratterizzato da lunghi tempi di sviluppo e di produzione, in cui la maggior parte dei potenziali prodotti immunizzanti non supera la fase delle sperimentazioni cliniche. Così, normalmente, le società farmaceutiche orientano le proprie ricerche in funzione della probabilità di ottenere un vaccino che, nel soddisfare gli standard di qualità, sicurezza ed efficacia necessari per ottenere l'autorizzazione, sia redditizio in base alle proiezioni della domanda. Se è vero —come è vero— che per coprire il fabbisogno mondiale di vaccino contro il SARS-CoV-2 sarà necessario produrne miliardi di dosi, senza peraltro impattare negativamente sulla produzione di altri farmaci essenziali, occorre anche considerare che riuscire in un'impresa del genere in tempi brevi (si parla di 12-18 mesi rispetto ai 10 anni necessari in media per lo sviluppo di un vaccino) implica altresì che le prove cliniche siano eseguite, da un lato, investendo in parallelo nelle capacità di produzione e, dall'altro, assicurandosi le materie prime, per consentire che la produzione possa iniziare senza soluzione di continuità dall'esito positivo di tali prove. Questa triade di fattori (la necessità di giungere a un risultato in tempi brevi, gli elevati costi iniziali e l'alto tasso di pro-

---

pubblici o sgravi fiscali trattenendo interamente ogni guadagno e trasferendo sulla collettività un costo non rispondente ai rischi da queste assunti, come sottolineato da MAZZUCATO, M., "Lo Stato innovatore", Bari, 2014. L'autrice in particolare sottolinea che "nel caso dell'industria farmaceutica [...] i medicinali finanziati con fondi pubblici finiscono per essere messi in commercio a prezzi così alti che i contribuenti (che li hanno finanziati) non sono in grado di acquistarli": in specie p. 21.

babilità di insuccesso, pari, secondo le stime del settore, al 99%) comportano che investire nella ricerca di un vaccino contro il COVID-19 sia una decisione piena di incognite per gli sviluppatori che dunque, legittimamente, rivendicano un ritorno economico in caso di riuscita degli investimenti, ossia l'esercizio del diritto esclusivo di sfruttamento sul mercato (2).

Il secondo gruppo, pone l'accento sul fatto che la pandemia in atto è una sfida globale che interessa tutte le regioni del mondo, sicché nessun territorio potrà dirsi sicuro fino a quando il virus non sarà sotto controllo ovunque, e dunque l'unica risposta definitiva è lo sviluppo e la produzione di un vaccino sicuro ed efficace da rendere accessibile a ogni individuo su base universale. A tal fine è stata lanciata a Ginevra, lo scorso 24 aprile, sotto l'egida dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), l'iniziativa *ACT - Access to Covid-19 Tools Accelerator* per sostenere su base multilaterale il processo di accelerazione dello sviluppo degli strumenti di diagnostica e terapia contro il COVID-19 (3). Nella conferenza stampa del 24 agosto il Direttore generale dell'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha annunciato che 172 Paesi hanno risposto positivamente al suo appello e hanno aderito al "braccio operativo" di ACT, ossia la *COVAX Global Vaccines Facility*, che ha l'obiettivo di fornire almeno 2 miliardi di dosi di vaccini sicuri ed efficaci contro COVID-19 entro la fine del 2021 (di cui almeno la metà destinate gratuitamente o a un prezzo poco più che simbolico a 92 Paesi ed economie a basso e medio reddito la cui sommatoria dei cittadini corrisponde al 50% della popolazione mondiale).

(2) Sulla rendita monopolistica derivante dal brevetto si veda CLERICO, G., "Teoria economica e produzione sanitaria", Giuffrè, 2009, in specie p. 154: "Nel mercato dei farmaci, nel momento in cui un prodotto innovativo viene immesso sul mercato, il produttore è un monopolista limitatamente al segmento di domanda a seconda del prezzo fissato del bene. Applicando la regola del costo marginale uguale al ricavo marginale che caratterizza l'ottima regola di prezzo per un mercato concorrenziale si creano delle distorsioni perché il monopolista vende ad un prezzo più alto dell'ottimo sociale".

(3) Tutte le informazioni e gli aggiornamenti su questa iniziativa sono reperibili all'indirizzo web: <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator>.

le) (4). A oggi, questo portafoglio dinamico, che comprende nove vaccini in fase avanzata di sperimentazione, oltre a quattro trattative in corso e nove vaccini in uno stadio di valutazione a lungo termine, costituisce il meccanismo coordinato a livello globale per l'approvvigionamento congiunto e la condivisione del rischio tra più vaccini, finalizzato a consentire a tutti i Paesi aderenti di accedere a qualsiasi vaccino si dimostri sicuro ed efficace.

Si segnala però un ulteriore schieramento che annovera talvolta membri a scalvalco fra i primi due: quello che persegue la guerra contro il COVID-19 sotto la bandiera del nazionalismo sanitario (5). Secondo quanto riportato recentemente in un articolo della rivista scientifica *Nature* sono già più di 2 miliardi le dosi di vaccino anti-COVID che i Paesi più ricchi si sono assicurati tramite accordi commerciali (6). In pole ci sarebbe il Regno Unito che si sarebbe già assicurato un totale di 340 milioni di dosi, il che, sulla base della popolazione britannica, corrisponde all'equivalente di cinque somministrazioni per ogni cittadino. In seconda posizione gli Stati Uniti, che già dalla metà del mese di agosto si sono assicurati 800 milioni di dosi di almeno sei vaccini in via di sperimentazione oltre a un'ulteriore opzione per l'acquisto di un altro miliardo di dosi, nonché, a seguire, l'Unione Europea — a livello aggregato (7) — e il Giappone che hanno prenotato centinaia di milioni di dosi di vaccini.

(4) Cfr. <https://www.who.int/news/item/24-08-2020-172-countries-and-multiple-candidate-vaccines-engaged-in-covid-19-vaccine-global-access-facility>. Da ultimo, il 9 ottobre, la Cina ha firmato ufficialmente un accordo per entrare a far parte della struttura COVAX, rappresentando dunque la più grande economia che finora sostiene l'iniziativa. Né gli Stati Uniti né la Russia hanno (ancora?) aderito.

(5) BOLLYKY, T. J. - BOWN, C. P., "The tragedy of vaccine nationalism", in *Foreign Affairs*, July 7, 2020, <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic>.

(6) CALLAWAY, E., "The unequal scramble for coronavirus vaccines - by the numbers", in *Nature*, August 24, 2020, che si legge all'indirizzo web: <https://media.nature.com/original/magazine-assets/d41586-020-02450-x/d41586-020-02450-x.pdf>.

(7) A oggi, la Commissione Europea ha posto in essere tre contratti: il primo, entrato in vigore il 27 agosto, è stato negoziato con AstraZeneca per l'acquisto di 300 milioni di dosi del vaccino, con un'opzione per l'acquisto di ulte-

A oggi, secondo gli ultimi dati disponibili (8), i vaccini contro il COVID-19 in sperimentazione in tutto il mondo sono 165 di cui 32 nella fase di sperimentazione sull'uomo e solamente 6 nell'ultima fase di sperimentazione, la terza, volta a stabilire la reale efficacia di un vaccino (9).

### III. Produzione e distribuzione dei vaccini: quadro giuridico

Ebbene, quali sono le possibilità di uno sfruttamento diffuso su base universale di un eventuale vaccino efficace e sicuro contro il CoViD-19 frutto di tali sperimentazioni? Detto in altri termini, nel *trade off* fra tutela dei diritti della proprietà intellettuale legati al brevetto e la tutela della sanità globale quali sono gli strumenti giuridici che gli Stati potrebbero attivare?

riori 100 milioni di dosi da distribuire in proporzione alla popolazione; il 18 settembre è entrato in vigore il secondo contratto per l'acquisto fino a 300 milioni di dosi del vaccino prodotto da Sanofi-GSK; da ultimo, l'8 ottobre, la Commissione europea ha approvato un contratto con una terza casa farmaceutica, la Janssen Pharmaceutica NV che consentirà ai Paesi dell'Unione europea di acquistare 200 milioni di dosi una volta che il vaccino anti CoViD-19 avrà dimostrato di essere sicuro ed efficace, nonché ulteriori eventuali 200 milioni di dosi supplementari.

(8) Un database di tutti i vaccini sia in sperimentazione clinica che in fase pre-clinica è aggiornato dall'OMS al link <https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines>.

(9) I test clinici prevedono normalmente tre fasi. Nella prima, i trials riguardano un numero ridotto di volontari sani. In questo stadio della sperimentazione si utilizzano dosi molto basse del composto (safe dosage), aumentandole gradatamente; lo scopo è di verificare che il farmaco venga metabolizzato e di testare la sua potenziale tossicità. Nella seconda fase, la sperimentazione avviene su un numero più ampio (ancorché comunque esiguo) di pazienti volontari malati al fine di ottenere una preliminare evidenza di efficacia del farmaco. Nella terza fase, il farmaco viene sperimentato su di un numero di pazienti elevato: l'obiettivo è verificare l'effettiva efficacia del farmaco e scoprire se esistono effetti collaterali non facilmente riscontrabili su un campione limitato. A questa procedura trifasica, in esito alla presentazione della documentazione inerente i risultati delle sperimentazioni chimiche sul farmaco, segue la commercializzazione del ritrovato per la quale è necessaria l'autorizzazione per l'immissione in commercio (in Italia da parte del Ministero della Salute). Anche dopo la commercializzazione il nuovo farmaco viene tenuto sotto controllo per rilevarne effetti collaterali (o problemi eventualmente sfuggiti ai test clinici precedenti) che possano manifestarsi molto raramente, ovvero a lungo termine, o anche solamente in condizioni particolari.

Un primo meccanismo è quello delle licenze obbligatorie ex art. 31 del *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) che prevede il diritto degli Stati membri del World Trade Organization (WTO) di includere nella loro legislazione una disposizione per l'uso del brevetto senza autorizzazione del titolare per facilitare l'accesso ai farmaci (la cosiddetta "licenza obbligatoria"), in circostanze di emergenza e altre situazioni non convenzionali (10). L'art. 5, c), della Dichiarazione di Doha del 2001, ribadisce che gli Stati membri del WTO hanno "the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency" (11). Un Paese può quindi concedere tale licenza a un'agenzia pubblica o a un produttore di farmaci generici, consentendogli di copiare un farmaco senza il consenso della società che detiene il brevetto (12).

Alcuni Paesi si sono preventivamente mossi in questa direzione. Per esempio, il Parlamento cileno, il 17 marzo 2020, con 127 voti a favore e zero contrari, ha approvato una risoluzione con cui si stabilisce che il CoViD-19 costituisce una giustificazione sufficiente per la concessione delle licenze non volontarie previste dall'articolo 51 n. 2 della Legge sulla Proprietà Industriale n. 19.039 per facilitare l'accesso a vaccini, farmaci, diagnostica, dispositivi, forniture e altre tecnologie utili per la sorveglianza, la prevenzione, l'individuazione, la diagnosi e il trattamento delle persone infettate dal SARS-CoV-2, per motivi di salute pubblica e/o di emergenza nazionale, come previsto dalle norme internazionali, in particolare dalla Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPs

(10) Sul TRIPs si veda ex plurimis, MORGESE, G., "L'Accordo sull'aspetto dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio", Cacucci, 2009.

(11) In dottrina si veda ACCONCI, P., "L'accesso ai farmaci essenziali. Dall'accordo TRIPs alla Dichiarazione approvata al termine della quarta Conferenza ministeriale OMC di Doha, in la Comunità internazionale", 2001, p. 637 ss.

(12) RAMACCIOTTI, E. - FRATTI, A., "Risvolti brevettuali dell'emergenza sanitaria: le attuali ipotesi risolutive", in il Quotidiano giuridico, 15 giugno 2020.

e sulla Salute Pubblica (13). Subito d'apresso, il 20 marzo 2020 l'Assemblea Nazionale dell'Ecuador ha chiesto al Presidente della Repubblica e al Ministro della Sanità Pubblica, di includere nella dichiarazione dello stato di Emergenza Sanitaria, i meccanismi amministrativi e tecnici per consentire l'uso pubblico non commerciale, l'istituzione di licenze obbligatorie di brevetti, l'accesso ai dati dei test e ad altre tecnologie, *inter alia*, per la disponibilità di vaccini relativi al COVID-19 al fine di garantire il diritto alla salute attraverso l'accesso gratuito o a prezzi accessibili, per evitare speculazioni sui prezzi e sulle carenze in coordinamento con gli enti pubblici competenti (14). Queste strategie sono talvolta risultate vincenti: per esempio, la casa farmaceutica *AbbVie* ha autorizzato Israele ad acquistare propri farmaci da fornitori di altri Paesi in esito all'approvazione della licenza per una copia generica della pillola di *Kaletra HIV* volta a contrastare il Coronavirus, sicché la ventilata minaccia di una licenza obbligatoria ha spinto un produttore di farmaci ad ampliarne l'accessibilità attraverso la flessibilità offerta dal sistema delle cosiddette importazioni parallele (15).

Purtuttavia, il meccanismo delle licenze obbligatorie, da un lato, copre esclusivamente i brevetti e non anche le ulteriori informazioni proprietarie estremamente importanti per un efficace sistema produttivo su larga scala dei miliardi di dosi necessarie di vaccino (i cosiddetti "segreti commerciali") e, dall'altro, se è una via agevolmente percorribile per la produzione di farmaci che si basano su poche molecole, risulta più im-

(13) Il testo della risoluzione cilena è reperibile in lingua inglese all'indirizzo web: <https://www.keionline.org/chilean-covid-resolution> e in lingua originale: <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/resolucioncoronavirus.pdf>.

(14) La versione PDF della risoluzione è disponibile qui: <https://www.keionline.org/wp-content/uploads/ES-Ecuador-CL-resolution.pdf>. Una versione inglese della risoluzione è reperibile all'indirizzo web: <https://www.keionline.org/ecuador-CL-coronavirus-resolution>.

(15) PALMER, M., "Coronavirus puts Big Pharma's IP regime to the test", in *Financial Times*, April 21, 2020; MANCINI, D. P., "AbbVie drops patent rights for Kaletra antiviral treatment", in *Financial Times*, March 23, 2020; KASS, D., "Israel Defies AbbVie IP To Import Generic Drugs For COVID-19", in *Law360*, March 19, 2020.

pervia ed erta nel caso di vaccini, ben più complessi.

Una seconda modalità, a contenere e limitare le regole internazionali della proprietà intellettuale nel quadro delle misure di contrasto all'emergenza COVID-19, e finalizzata a non limitare l'accesso a vaccini, farmaci, cure e strumentazioni medicali, consiste nell'espropriazione (16). In questo caso il titolare del brevetto perde il monopolio legale dello sfruttamento del vaccino perché sacrificato sull'altare della pubblica utilità. L'emergenza pandemica in corso rappresenta sicuramente una situazione in cui sembra opportuno dare priorità alla salute collettiva a scapito del profitto di un singolo imprenditore, ma questa soluzione si presta a essere un deterrente negli investimenti nella ricerca perché l'indennità che spetta al titolare del brevetto non è sufficiente a compensarlo dalla perdita delle potenzialità reddituali date dal vantaggio competitivo della sua privativa (17). Inoltre, i provvedimenti di espropriazione condividono con il meccanismo delle licenze obbligatorie un'ulteriore criticità,

(16) Ai sensi dell'articolo 141.1 del codice della proprietà industriale, la Pubblica Amministrazione può procedere all'espropriazione dei diritti inerenti a tutti i titoli di proprietà industriale per ragioni di interesse della difesa militare o di pubblica utilità. Dunque, il provvedimento ablativo, privativo o limitativo del diritto di proprietà industriale, è possibile esclusivamente per ragioni di pubblico interesse, per gravi ed urgenti necessità pubbliche e/o di produzione nazionale. Oggetto del provvedimento possono essere tanto i titoli già concessi, quanto quelli in corso di brevettazione o registrazione: in tal ultima evenienza, l'Autorità Pubblica acquirerà il diritto al brevetto o alla registrazione, sicché la procedura volta alla concessione del titolo potrà o meno proseguire a sua discrezione. Va sottolineato che la requisizione da parte dello Stato può avere ad oggetto il diritto nel suo complesso o solo quello di utilizzare l'invenzione nell'interesse dello Stato, per un periodo determinato di tempo che dovrà essere specificato nel decreto Presidenziale di espropriazione (ex art. 194 codice della proprietà industriale). Cfr. FRANCESCHELLI, V. - ALDROVANDI, P., "Brevetti, marchio, ditta, insegna", Utet, 2003.

(17) Per spunti critici si vedano GOGLIA, L. - MACRÌ, C., "Covid-19 e tutela brevettuale: una call dell'OMS per un tavolo tecnico su vaccini e cure", in *Rivista dell'ordine dei consulenti in proprietà industriale*, n. 1, 2020, p. 57 ss., in specie p. 59.

ossia il complicato e complesso iter procedurale necessario per attivarli (18).

Una terza via, verso la quale si stanno orientando Regno Unito e Canada, consiste infine nella depenalizzazione dello sfruttamento abusivo dei brevetti legati al SARS-CoV-2. In pratica, si tratta di “sospendere” il reato di contraffazione per i prodotti legati alla gestione dell'emergenza, come, per esempio, è stato auspicato nella nota vicenda di Brescia in cui un gruppo di volontari, facenti parte di una società specializzata in *additive manufacturing*, ha fabbricato le valvole per i respiratori, necessari per tenere in vita i pazienti affetti da COVID-19 ricoverati in terapia intensiva, mediante stampa 3D, senza il consenso del titolare del brevetto —*rectius*: in spregio al suo espresso rifiuto—, dopo aver ricavato in autonomia le specifiche tecniche (19). Ebbene, è di palmaria evidenza come simili provvedimenti si traducono in una sorta di “tana, liberi tutti” che potrebbe dare il via a un Far West sanitario, oltre a

(18) In Italia, il provvedimento di espropriazione viene emesso tramite decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro competente, di concerto con i Ministeri delle Attività produttive, dell'economia e delle finanze, sentito il parere della Commissione dei Ricorsi. Il decreto è pubblicato nel Bollettino Ufficiale, salvo che ciò possa creare pregiudizio ed è in ogni caso annotato nel Registro dei titoli di proprietà industriale dell'Ufficio italiano brevetti e marchi, posto che la segretazione dell'oggetto del titolo di proprietà industriale è prevista soltanto nel caso in cui l'espropriazione avvenga per motivi di difesa militare, non dunque per ragioni di pubblica utilità. In esito alla notifica del decreto a tutti i soggetti interessati, il diritto oggetto di requisizione viene acquisito dalla Pubblica Amministrazione: la notifica rappresenta il dies a quo a partire dal quale la Pubblica Amministrazione potrà sfruttarlo nei termini previsti, ma al contempo quello dal quale si computa il pagamento dei diritti per il suo mantenimento in vita. È infatti prevista una indennità a favore del titolare del diritto di proprietà industriale che lo ha subito. Pur tuttavia va sottolineato che il legislatore, a tutela dell'espropriato, ha stabilito solamente che l'indennità debba essere conforme alla logica dei prezzi di mercato, tenuto conto del parere della Commissione dei Ricorsi, facendo in effetti sui parametri concreti con cui tale indennità debba essere stimata (ad esempio valore dell'invenzione, etc.). Laddove l'espropriato dissenta sul valore dell'indennità stabilito con il decreto, in caso di mancato accordo, l'indennità dovrà essere fissata da un collegio di arbitratori che procederà secondo equo apprezzamento.

(19) SAGONE, M., “Proprietà intellettuale e emergenza sanitaria”, 10 aprile 2020, <https://www.studiotorta.com/editoriali/proprietà-intellettuale-e-emergenza-sanitaria/>.

innescare una serie di procedimenti attivati dalle case farmaceutiche che citerebbero in giudizio, con buone ragioni, i Paesi che dovessero autodeterminarsi in tal senso.

#### IV. Brevi osservazioni conclusive

È quindi necessario cercare di evitare un effetto domino nazionalistico-sanitario, in cui i governi si fronteggiano quali antagonisti in competizione per assicurarsi una corsia preferenziale a qualsiasi soluzione promettente, provando a trarre spunto dalla lezione (forse la più importante) che la pandemia in atto ci ha impartito: la globalizzazione della vulnerabilità richiede una solidarietà di pari magnitudo. Detto in altri termini occorre che la comunità internazionale bypassi la visione dei brevetti quale barriera insormontabile all'accesso alla conoscenza, attraverso una strategia coordinata di salute pubblica comune, negoziando con le aziende da una posizione di forza le condizioni del prezzo del vaccino affinché possa essere considerato un farmaco essenziale (20). Un rimedio farmaceutico contro il SARS-CoV-2 dovrebbe avere dunque un costo che prescindano dal *value-based price model*, eterodeterminato da una decisione unilaterale delle case farmaceutiche. È opportuno infatti ricordare che i principali meccanismi adottati per determinare il prezzo dei farmaci sono due. In base al primo, storicamente ormai obsoleto e superato, la spesa per un farmaco rappresenta l'acquisto della materia prima che lo costituisce: secondo questo parametro, il prezzo del farmaco rappresenta una sorta di “contropartita”, di “remunerazione” dei milligrammi di principio attivo necessari per la terapia cosicché, sulla base di una diretta proporzionalità, il prezzo cresce al crescere

(20) Com'è stato opportunamente sottolineato “poiché l'essenzialità del farmaco non si riferisce tanto al bene quanto dell'accessibilità (al bene) da parte dell'individuo che, in un dato momento storico e rispetto a un dato farmaco, non è in grado di accedervi se non attraverso la collettività, il fenomeno dei nuovi farmaci ad alto costo è paradigma della questione dell'effettività dell'accesso al farmaco come diritto fondamentale e interesse della collettività”: CAUDURO, A., “L'accesso al farmaco”, Ledizioni LediPublishing, 2017, in specie ps. 146-147. Sulla questione dei prezzi nel quadro internazionale si veda ACCONCI, P., “La riduzione del prezzo dei farmaci essenziali: uno strumento necessario ma non sufficiente per la tutela della salute nel quadro del diritto internazionale”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2013, Bologna, p. 437 ss.

della quantità di principio attivo (e viceversa). Il secondo criterio inferisce il prezzo determinandolo sull'entità/dimensione/importanza del beneficio clinico generato dal trattamento ed è indicato con terminologia anglosassone, come *value-based pricing*: secondo questo parametro, in cui i termini beneficio, risultato clinico, valore clinico, valore terapeutico, etc. indicano indifferentemente il parametro principale che orienta il prezzo, il prezzo di un farmaco sarà tanto più alto quanto più consistente sarà il beneficio. Questo approccio fa sì che i farmaci, in alcune circostanze, possano avere costi (più che) proibitivi: basti pensare alla vicenda narrata su *The New York Times* di Dawn Patterson, una donna affetta da una rara e dolorosissima patologia genetica alle ossa, peraltro ereditata dai suoi due figli, curabile con il farmaco *Strensiq*, prodotto da *Alexion Pharmaceuticals*, che ha chiesto all'*International Brotherhood of Boilermakers*, l'associazione sindacale che copre la terapia della signora, il rimborso di 6 milioni di dollari per un anno di somministrazione della terapia (21). Ancora più eclatante è il caso del farmaco *Zolgensma*, prodotto da Novartis, approvato negli Stati Uniti nel maggio 2019, che serve per il trattamento pediatrico di bambini di età inferiore ai due anni affetti da atrofia muscolare spinale (SMA). È un trattamento salvavita che si somministra in un'unica dose il cui prezzo è stato fissato a 2.125 milioni di dollari in quanto, secondo l'azienda farmaceutica elvetica che lo produce, va considerata la riduzione del 50% sulle medie di spesa corrente per la cura della SMA, incluso il costo per una terapia decennale per la SMA cronica, che ruota intorno ai 4 milioni di dollari (22).

(21) THOMAS, K. - ABELSON, R., "The \$6 Million Drug Claim", in *The New York Times*, August 25, 2019: <https://www.nytimes.com/2019/08/25/health/drug-prices-rare-diseases.html>.

(22) Si veda il resoconto della vicenda curato da DENTICO, N., "Farmaci, le opacità dei colossi industriali sulla formazione dei prezzi", in *la Repubblica* del 9 settembre 2019 che si legge all'indirizzo web: <https://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-umani/2019/09/09/news/farmaci-235561262/>.

Ebbene continuare a basare il prezzo dei farmaci sul loro valore intrinseco, porterebbe i farmaci essenziali, in generale, e un (eventuale) vaccino contro il SARS-CoV-2, in particolare, a costare paradossalmente più degli altri ritrovati medici *tout court*, proprio perché salvavita. Ciò determinerebbe un triplice effetto negativo: una crescente minaccia della tutela della salute intesa quale interesse collettivo (23), un incremento delle disuguaglianze nell'accesso al farmaco nella sua declinazione di diritto umano individuale (24) e una progressiva perdita di sovranità nazionale nella determinazione delle politiche sanitarie.

(23) Soprattutto nel caso di Paesi in via di sviluppo: cfr. JUNG, Y. - KNOWN, S., "The Effects of Intellectual Property Rights on Access to Medicines and Catastrophic Expenditure", in *International Journal of Health Services*, vol. 43, 2015, p. 508 ss. In particolare gli autori evidenziano come "The main problem caused by this monopoly on the pharmaceutical market, including patent protection for pharmaceuticals in many poor countries, is that the production and import of cheaper generic medicines would be delayed. As a result, average medicine prices will increase and people in low-income countries will suffer from a deficiency of pharmaceutical supply and limited access to medicines, considering that they lack capacity to develop and produce medicines by themselves", p. 508. "Our results show that higher level of IPR is associated with low access to prescribed medicine. This adverse relationship between IPR and access to medicines is significant even after controlling for country income level and individuals' socioeconomic status and demographic characteristics", p. 524.

(24) In questi termini ELY YAMIN, A., "Not just A Tragedy: Access to Medications as a Right Under International Law", in *Boston International Law Journal*, 2003, p. 440 ss. L'autrice sottolinea come la questione dell'accesso al farmaco rientri nel paradigma del diritto delle persone umane: la legge dovrebbe limitare la restrizione dell'accesso al farmaco determinata dall'aumento dei prezzi, lo Stato dovrebbe fornire rimedi alle pratiche anticompetitive contro gli abusi del brevetto ("the State is under an obligation to provide anti-competition remedies against patent abuse" p.440) e l'accesso al farmaco generico dovrebbe garantire a un maggiore numero di persone l'accesso al farmaco. La complessità della gestione della salute pubblica nell'era della globalizzazione e le interconnessioni con altri obiettivi fondamentali della comunità internazionale sono analizzate da NEGRI, S., "Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale", Giappichelli, 2018.



# Terra e lavoro nell'emergenza sanitaria. Cronaca di un conflitto annunciato (\*)

Lorenza Paoloni (\*\*)

Marianita Gioia (\*\*\*)

**Sumario:** I. Premessa.— II. Il lavoro nella filiera agro-alimentare durante l'emergenza da COVID-19.— III. Domanda ed offerta di prodotti agricoli durante l'emergenza sanitaria.— IV. L'intervento del Governo e l'efficacia (relativa) del decreto sulle regolarizzazioni.— V. Quali prospettive?

## I. Premessa

Solo ad emergenza epidemiologica avanzata l'opinione pubblica e gli organismi istituzionali, nazionali ed europei, si sono trovati a fronteggiare un'ulteriore (ma senz'altro meno devastante) emergenza, affiorata repentinamente nei paesi colpiti dagli effetti nefasti del COVID-19: la difficoltà di accesso alle derrate alimentari. Ad onor del vero il settore agroalimentare italiano, ed in

particolare le filiere in esse operanti, sono state subito oggetto di una specifica deroga rispetto alle misure restrittive introdotte per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in quanto il DPCM dell'11 marzo 2020 (1) ha esplicitamente previsto, all'art. 1º, comma 4, che "Restano garantiti, nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, i servizi bancari, finanziari, assicurativi nonché l'attività del settore agricolo, zootecnico di trasformazione e agroalimentare comprese le filiere che ne forniscono beni e servizi".

---

(\*) Già pubblicato in PALMIERI, G. (a cura di), "Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post-Covid-19", IV, Ambiente Territorio Salute, 1457 ss. Marianita Gioia è Dottore di ricerca; Lorenza Paoloni è Professore ordinario di Diritto agrario, Università degli Studi del Molise.

(\*\*) Professore Ordinario di Diritto Agrario e Alimentare presso il Dipartimento Giuridico dell'Università degli Studi del Molise. Membro di Comitati direttivi di riviste giuridiche; componente del Collegio dei docenti di Corsi di dottorato; responsabile di progetti nazionali di ricerca in Italia ed internazionali (anche con l'Argentina). Argomenti recenti della sua attività di ricerca: diritti dei contadini; tutela della biodiversità; filiera agroalimentare sostenibile; risorse naturali e beni comuni.

(\*\*\*) Dottore di ricerca (PhD) in Diritto Agrario presso il Dip. Giuridico dell'Univ. degli Studi del Molise. Cultore della materia presso il medesimo Dip. nelle Cattedre di Dir. Agroalimentare e Agrario (titolare prof. Lorenza Paoloni) e presso il Dip. di Bioscienze e Territorio nella Cattedra di Dir. Alimentare (titolare prof. Lorenza Paoloni). Argomenti delle sue attività di ricerca e studio: contratti della filiera agroalimentare; economia circolare; sementi; lavoratori migranti in agricoltura; enoturismo; abitudini alimentari e filiere resilienti nel lockdown da Covid-19.

Nonostante la garanzia del funzionamento delle imprese agroalimentari fornita dal provvedimento legislativo, il timore di una improvvisa riduzione dei flussi di cibo durante la quarantena si è radicato tra i cittadini: non si possono dimenticare le immagini delle lunghe file di persone (in una prima fase sprovviste delle famigerate mascherine chirurgiche) che, in ossequio al "distanziamento sociale", attendevano pazientemente, all'esterno dei supermercati e dei piccoli negozi di prossimità, il loro turno per accedere alla "conquista" del cibo. Un costume non proprio italiano, quello del rispetto della fila, che spesso si concludeva con acquisti di scorte alimentari, an-

---

(1) Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri 11 marzo 2020, "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale", Gazz. Uff., 11 marzo 2020, n. 64.

che di considerevoli entità, e con la sicurezza (ed il compiacimento) di aver "accaparrato" derrate sufficienti a soddisfare, temporaneamente, il fabbisogno di beni alimentari nell'auspicio di evitare ulteriori, rischiose uscite dalle proprie abitazioni nonché possibili trasgressioni alle misure via via più stringenti imposte dalla normativa d'urgenza.

Sempre nel particolare periodo di vigenza del confinamento conseguente alla diffusione del Coronavirus, la ridotta circolazione di persone ed alimenti, dovuta anche alle inevitabili strozzature logistiche, interne ed esterne al nostro paese, ha messo peraltro in evidenza e reso manifesto, forse per la prima volta a molti cittadini, l'importanza fondamentale delle filiere agroalimentari attive in Italia e le loro molteplici articolazioni. Ciò che soprattutto è emerso in modo eclatante è che, oltre al ruolo sempre centrale della grande distribuzione organizzata (GDO), in grado di garantire con una certa continuità la fornitura di alimenti trasformati, è risultata di particolare impatto la funzione svolta dai centri di approvvigionamento "minori" quali i mercati contadini, la filiera corta, le reti di distribuzione di prodotti agricoli freschi o trasformati in azienda agricola e le varie tipologie di aziende agricole di prossimità operanti vicino ai centri abitati ed in grado di rifornire, anche con l'encomiabile servizio della consegna a domicilio, persone impossibilitate a muoversi, vuoi per rispetto del lockdown vuoi per evidenti necessità oggettive (anziani, malati, famiglie distanti dai centri di vendita, etc.).

Come è stato rilevato, in particolare, da un comunicato stampa dell'Associazione Rurale Italiana (2) l'agricoltura contadina, composta da oltre "un milione di aziende agricole di piccola o media dimensione, decentrate in tutto il paese, ha contribuito in modo autorganizzato ad approvvigionare le mense degli italiani a prezzi convenienti con cibi di qualità e senza nessun sostegno strutturale (solo la cifra più che simbolica di 600)". Ma la paura della penuria di beni destinati all'alimentazione e, specularmente, le riassicurazioni continue, da parte del governo, dell'effi-

cienza della filiera agroalimentare ai fini del soddisfacimento dei bisogni di cibo della popolazione, hanno veicolato l'attenzione su una altra realtà da tempo presente nelle nostre campagne e certo non sconosciuta al legislatore: chi sta lavorando nella filiera agroalimentare per produrre il cibo che mangiamo durante la quarantena? ed a quali condizioni?

L'interrogativo è diventato particolarmente inquietante proprio nella fase di lockdown e dunque nel periodo di parziale paralisi delle attività economiche e della mobilità delle persone. Intorno a questo interrogativo ruotano le brevi considerazioni che si vanno a svolgere.

## II. Il lavoro nella filiera agro-alimentare durante l'emergenza da COVID-19

In via generale, il settore agricolo, e quello agroalimentare in particolare, risultano contraddistinti dalla stagionalità e dalla flessibilità della domanda, dalla mobilità territoriale, da un sistema produttivo molto frammentato e non integrato, dalle dinamiche lavorative il più delle volte informali e dunque non controllabili: per tali motivi essi appaiono frequentemente esposti a forme di lavoro sommerso che vedono coinvolti, come è noto, anche lavoratori stranieri irregolari (3) e sono spesso al centro dei fenomeni del caporalato. Occorre, peraltro, precisare che una delle questioni irrisolte proprio nella filiera agro-alimentare è quella relativa alla determinazione del prezzo di vendita del prodotto. Tale prezzo è influenzato, in modo incisivo, anche dal costo del personale che è, al contempo, uno "dei costi comprimibili e lo è soprattutto quando il potere contrattuale dell'imprenditore agricolo è basso e ciò avviene in gran parte delle filiere ove è carente la capacità di aggregazione degli agricoltori" (4).

Come si è anticipato, il confinamento delle persone e delle merci richiesto per il contenimento della diffusione del Coronavirus, ha disvelato una realtà socio-economica che caratterizza segnatamente la filiera agro-alimentare e che ri-

(3) Sul punto, sia consentito il rinvio a PAOLONI, L. - GIOIA, M., "Terra e migranti", in *Diritto agroalimentare*, n.2/2019, 300 ss.

(4) CICONTE, F., "Una legge importante ma non sufficiente", in DI MARZIO, F. (a cura di), "Agricoltura senza caporalato", con Prefazione di G. C. Caselli, Roma, 2017, 32.

(2) Associazione Rurale Italiana, "COVID 19. L'Economia contadina e l'impatto che verrà. Cosa fare per tutelare l'agricoltura contadina nel post-emergenza", 5 maggio 2020, <https://www.croceviaterra.it/comunicato-stampa/covid-19-leconomia-contadina-e-limpatto-che-verra/>.

guarda, appunto, il lavoro bracciantile ma anche la “piaga” del caporalato. Tale peculiare contesto appariva finalmente regolamentato e, secondo alcuni, in via definitiva dal punto di vista giuridico, dopo lunghe stagioni di rimostranze da parte delle organizzazioni rappresentative degli interessi dei braccianti, ma anche di impegni espressi dalle forze di governo che si sono succedute negli ultimi anni.

In realtà la situazione di emergenza sopra descritta ha reso evidente che non solo il caporalato non era stato sconfitto ma, soprattutto, le condizioni dei rapporti di lavoro e quelle igienico-sanitarie in cui versavano le manovalanze (italiane e straniere) impegnate nella raccolta dei prodotti agricoli continuavano a non essere conformi alle più elementari regole, anche quelle della mera convivenza civile. Un popolo di “invisibili”, secondo le parole della ministra Bellanova, anche lei ex bracciante, che consentiva il funzionamento della filiera agroalimentare ma senza la tutela dei diritti fondamentali, quali quelli appunto della salute e del lavoro.

La filiera agroalimentare italiana, esaltata nelle sue massime espressioni attraverso i prodotti tipici e di qualità noti in tutto il mondo, e dal tanto osannato *Made in Italy*, appariva dunque “contagiata” a monte da un virus potente ma, potenzialmente, debellabile: quello della (duplice) discriminazione sociale. Ed in piena pandemia tornano, così, a riaffiorare i temi del conflitto che dai tempi di Di Vittorio passando per le immagini più poetiche ma non meno drammatiche di Rocco Scotellaro (5) hanno, periodicamente, interessato il mondo agricolo ed in particolare quello contadino, quello cioè delle persone più vicine alla terra, in quanto da essa traggono il sostentamento per la loro sopravvivenza e la dignità di un lavoro (6).

(5) PAOLONI, L. - VESPAZIANI, A., “Ogni solco ha un nome’. Contadini e soggettività giuridica: spunti a partire dall’opera di Rocco Scotellaro”, *Annali del Dipartimento Giuridico Università del Molise, Studi in onore di Valentino Petrucci*, 20/2019, Napoli, 2019, 301-322.

(6) Per un approfondimento di questi temi, in una prospettiva più ampia, si richiama la Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali, approvata il 17 dicembre 2018. Una prima analisi del documento è stata svolta da PAOLONI, L. - VEZZANI, S., “La Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali:

Una situazione esplosiva, marcata da uno sciopero singolare, quello di lavoratori non regolari e, di fatto, non esistenti per la legge italiana, che ha accompagnato il varo, nel decreto “Rilancio”, di una mega-norma contenente una serie di disposizioni mirate alla regolarizzazione (anche) dei lavoratori della terra. Un intervento del legislatore da subito ritenuto poco adeguato alle effettive esigenze dei braccianti agricoli (7) impegnati nei giorni della quarantena nella raccolta dei prodotti di maggiore pregio della stagione agro-alimentare del nostro paese. Infatti, gran parte delle attività essenziali per la filiera agroalimentare e per i cittadini confinati nelle loro abitazioni, sono avvenute senza il rispetto dei diritti dei braccianti, quali lavoratori della terra, ma perfino senza il rispetto della loro salute, in quanto costretti a lavorare privi dei dispositivi di sicurezza previsti dai decreti governativi per tutti i cittadini.

E da qui la rabbia dei braccianti, doppiamente discriminati sia come lavoratori che come persone, si è tradotta nella proclamazione di uno sciopero generale di tutta la categoria. Uno sciopero preceduto da altre azioni dimostrative, sempre mirate al perseguimento di obiettivi fondamentali, ben scanditi dal sindacalista ormai divenuto il simbolo di questa lotta nei campi, Aboubar Soumahoro. Egli afferma che i lavoratori della terra hanno diritto a: un salario dignitoso secondo il paradigma dell’ “Uguale Lavoro Uguale Salario”, per tutti i lavoratori, indipendentemente dalla provenienza geografica, al fine dell’emancipazione dalla precarietà lavorativa; una regolarizzazione per uscire dall’invisibilità esistenziale; una possibilità di usufruire di alloggi decorosi per affrancarsi dalla vulnerabilità sociale; un codice etico pubblico per garantire ai consumatori un cibo sano e per tutelare il lavoro dei braccianti e quello dei contadini/agricoltori, traducibile anche nella c.d. “filiera etica”. Ed a tali rivendicazioni si è, poi, aggiunta inevitabilmente quella della sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro,

prime riflessioni”, *Federalismi.it*, Focus Human Rights n. 1/2019, 1-33.

(7) A. Soumahoro, sindacalista dei braccianti agricoli, esponente del Coordinamento Agricolo dell’Unione Sindacale di Base (USB), ha affermato che non sono le braccia a mancare ma i diritti e a suo parere lo sciopero di tale categoria di lavoratori era inevitabile. Lo sciopero, si è svolto durante la pandemia, il 21 maggio 2020, sotto lo slogan #nonsonoinvisibile.

necessitata dalle particolari condizioni di emergenza dovute alla presenza della pandemia. Richieste legittime, nella emergenza epidemiologica in corso, ma che evidentemente non trovano accoglienza negli ambienti degradati nei quali lo sfruttamento delle persone è la regola ed il rischio del contagio è dunque visto come un rischio minore tanto da indurre alcuni datori di lavoro a sfidare le pur stringenti norme varate nella fase della quarantena.

### III. Domanda ed offerta di prodotti agricoli durante l'emergenza sanitaria

Come si è detto, il settore agroalimentare è apparso da subito al centro dell'attenzione nel rapido, imprevedibile e a tratti confuso susseguirsi di eventi collegati al diffondersi dell'emergenza epidemiologica in Italia. All'immediata reazione istintiva dell'accaparramento dei generi alimentari di prima necessità da parte dei consumatori, ha fatto seguito, sul fronte politico, la consapevolezza che il buon funzionamento della filiera e la capacità di assicurare l'approvvigionamento alimentare rappresentasse un segnale importante da trasmettere sia dal punto di vista economico che sociale. È proprio questa una delle ragioni che, dopo una prima fase in cui si è data la prevalenza ad assicurare l'accesso alle derrate alimentari, ha indotto il legislatore ad introdurre nel decreto c.d. "Rilancio" (8), oltre alle specifiche misure adottate per il sostegno economico dei comparti produttivi, altre disposizioni che incidessero sulle dinamiche a queste strettamente connesse quali il lavoro in agricoltura e, in particolare, le problematiche inerenti i fenomeni di lavoro sommerso che, purtroppo, caratterizzano la quasi totalità delle filiere dell'agroalimentare italiano.

La presenza del rischio di contagio nei centri di lavorazione ortofrutticola, nei macelli, negli stabilimenti di lavorazione delle carni sono, infatti, solo alcune delle innumerevoli circostanze che hanno reso più complesso il funzionamento delle filiere non solo con riguardo all'approvvigionamento ma anche in relazione ai maggiori costi

(8) D.l. n. 34 del 19 maggio 2020, "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (in GU Serie Generale n.128 del 19-05-2020 - Suppl. Ordinario n. 21).

di produzione e alla minore capacità lavorativa. Ne costituisce un puntuale esempio il comparto ortofrutticolo che, nonostante sia risultato regolarmente attivo anche durante le prime settimane di lockdown, non avendo subito una contrazione della domanda come è accaduto per altri settori (9), ha dovuto fare i conti con la carenza di lavoratori stranieri, tornati nei Paesi di origine, rallentando le operazioni di raccolta e di lavorazione degli ortaggi (10). Tale circostanza ha reso ancora più evidente non soltanto quanto intere filiere dell'agroalimentare italiano si reggessero sulla manovalanza straniera, ma anche quanto il ricorso alla manodopera irregolare, in questo momento storico così delicato, potesse crescere esponenzialmente rendendo vani i tentativi posti in essere nel recente passato per contrastarlo.

Tra i principali fattori dai quali può dipendere la maggiore incidenza dei lavoratori stagionali stranieri nel comparto agricolo figurano: le specializzazioni produttive che determinano un più intenso fabbisogno di lavoro; il contesto economico che offre alternative occupazionali agli italiani richiamando lavoratori migranti per le mansioni agricole stagionali, poco attraenti perché discontinue e spesso fisicamente impegnative; le dinamiche storico-culturali, in particolare la presenza di comunità straniere consolidate che continuano a richiamare connazionali e a facilitarne l'inserimento nel settore agricolo; la posizione geografica che consente agevolmente l'approvvigionamento di manodopera stagionale dai Paesi limitrofi. La varietà di queste situazioni determi-

(9) Si pensi a quello florovivaistico, ma anche i settori lattiero-caseario e vitivinicolo.

(10) Tra gli effetti delle misure di contenimento adottate in riferimento all'emergenza COVID-19, le organizzazioni professionali segnalano le difficoltà di gestione delle operazioni stagionali, attuali o attese nel futuro imminente, in relazione alla manodopera. Tali criticità sembrano destinate a manifestarsi prima di tutto come conseguenza dei vincoli imposti alla mobilità territoriale, nonché a causa dei maggiori costi determinati dalle norme di "distanziamento sociale". La necessità di applicare le norme anti-contagio e la limitazione alla mobilità territoriale, hanno impedito il normale flusso di lavoratori soprattutto stagionali, sia comunitari (in particolare dalla Romania), che extra-comunitari. Di tale opinione MACRÌ, M. C. (a cura di), "Le misure per l'emergenza covid-19 e la manodopera straniera in agricoltura" (a cura di) Rapporto del Crea (Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria), Roma, 2020.

na un panorama disomogeneo al quale, spesso, corrisponde una altrettanto disomogenea gamma di criticità e soluzioni proponibili che si possono verificare in relazione alla scarsità di manodopera. Il tema dei lavoratori stagionali stranieri in agricoltura è, peraltro, avvertito anche dalle istituzioni europee: una recente Risoluzione del Parlamento europeo avente segnatamente ad oggetto la “Protezione europea dei lavoratori transfrontalieri e stagionali nel contesto della crisi della COVID-19” (11) si sta facendo carico di sollecitare un percorso legislativo, presso gli organismi comunitari, che regolamenti il settore alla luce delle emergenze in corso.

Nonostante il legislatore nazionale abbia già mostrato nel recente passato, come si è detto poc'anzi, un'attenzione alle tematiche concernenti lo sfruttamento della manodopera in agricoltura, sia d'origine italiana che straniera, tentando di arginare fenomeni come il nuovo caporalato (12), ci si auspicava, da tempo, l'emanazione di una normativa che permettesse di contrastare la piaga del lavoro sommerso attraverso strumenti di natura non solo repressiva. Come osserva giustamente Torre, è necessario un intervento sistemico: “L'assenza di una politica economica e sociale lungimirante e di una regolamentazione efficiente del fenomeno migratorio, del mercato del lavoro e della produzione agricola non può, infatti essere colmata attraverso la sanzione penale” (13).

#### **IV. L'intervento del Governo e l'efficacia (reativa) del decreto sulle regolarizzazioni**

L'art. 103 del d.l. 34 del 19 maggio 2020 rubricato “Emersione dei rapporti di lavoro” si inserisce in questo intricato contesto e a distanza di una manciata di giorni dalla sua emanazione, nonché dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del

(11) Risoluzione del Parlamento europeo del 19 giugno 2020 sulla tutela dei lavoratori frontalieri e stagionali nel contesto della crisi della Covid-19 [2020/2664(RSP)].

(12) Il riferimento è al testo dell'art. 603bis c.p. modificato dall'art. 1° della L. n. 199 del 29.10.2016 (G.U. n. 257 del 03.11.2016) recante le disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo.

(13) TORRE, V., “Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento”, in G.D.L.R.I. n. 158, 2018, n. 2, 290.

relativo decreto attuativo interministeriale (14), ha già sollevato non pochi dubbi circa l'effettiva idoneità a soddisfare gli obiettivi prefissati.

Come è noto, non si è di fronte al primo tentativo volto a regolarizzare i rapporti di lavoro con il personale straniero irregolarmente residente nel nostro Paese. Nel 2002, con la legge Bossi-Fini (15), furono infatti regolarizzate circa 634 mila persone di cui circa la metà per rapporti di lavoro domestico. Si è poi passati alla sanatoria del 2006 per il tramite del decreto flussi (16), per arrivare al 2009 quando, a fronte di una previsione del Ministero di circa 500-700 mila richieste ci furono solo 294 mila domande. Infine, nel 2012 si è assistito a un'adesione alla regolarizzazione contenuta (circa 105 mila domande) dovuta soprattutto all'alto costo da sostenere per la regolarizzazione dei soggetti interessati. Anche alla luce di questi dati brevemente riassunti non sembra strano nutrire delle perplessità nei confronti di una disciplina che, sebbene indirizzata sia alla manodopera straniera che italiana, potrebbe presentare delle criticità simili a quelle contenute nelle iniziative legislative che l'hanno preceduta.

La norma introduce la possibilità di regolarizzare, mediante il deposito di apposita istanza da presentare agli uffici designati, a decorrere dal primo giugno fino al 15 luglio 2020, il rapporto contrattuale con il lavoratore allo scopo di produrre i medesimi effetti di un contratto di lavoro subordinato con cittadini italiani o stranieri presenti sul territorio nazionale. Nei ben ventisei commi dei quali si compone, la disposizione in esame prevede, tuttavia, la regolarizzazione soltanto per alcune precise categorie di lavoratori già impiegati, o che intendono lavorare, in specifici settori: quello agricolo, quello concernente il lavoro domestico e quello riguardante l'assistenza alla persona.

(14) Decreto attuativo del 27 maggio 2020 relativo alle modalità di presentazione dell'istanza di emersione di rapporti di lavoro (in G.U. n. 137 del 29.05.2020).

(15) L. n. 189 del 30 luglio 2002 modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo (in G.U. n. 199 del 26.08.2002).

(16) Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri del 15 febbraio 2006 sulla programmazione dei flussi d'ingresso dei lavoratori extracomunitari nel territorio dello Stato per l'anno 2006 (in G.U. n. 55 del 7.03.2006).

Il legislatore ha delineato due tipologie di regolarizzazione possibili. Da un lato, al primo comma, è stata prevista la possibilità di far emergere i rapporti di lavoro permettendo ai datori di presentare l'istanza per concludere il contratto a favore dei cittadini stranieri presenti sul territorio italiano ma privi di un regolare permesso di soggiorno. Dall'altro, al secondo comma, è stato consentito ai lavoratori stranieri, con un permesso di soggiorno scaduto [e in possesso di determinati requisiti (17)], di presentare l'istanza alla Questura competente e, contestualmente, all'Ispettorato del Lavoro territoriale per ottenere un permesso provvisorio della durata di sei mesi. Tale permesso di soggiorno, rilasciato dopo le opportune verifiche, sarà valido solo sul territorio nazionale e convertibile in un ulteriore permesso per motivi di lavoro nel caso in cui il cittadino, allo scadere del periodo, esibisca un contratto (18). Nello specifico, con riguardo alla procedura delineata al primo comma, i cittadini stranieri, che non hanno lasciato l'Italia dall'8 marzo 2020, devono essere stati sottoposti, entro questa stessa data, ai rilievi foto-dattiloscopici e devono produrre una dichiarazione di presenza ai sensi della L. 68/2007 (19) o una documentazione di data certa proveniente dagli organismi pubblici.

A questi oneri che sorgono in capo al lavoratore corrispondono quelli riguardanti il datore di lavoro che dovrà versare un contributo di 500 euro per ciascun soggetto impiegato e pagare un contributo forfettario per le somme dovute a titolo retributivo, contributivo e fiscale non corrisposte in precedenza. A tal riguardo è necessario sottolineare che ai requisiti appena elencati, richiesti al datore di lavoro, si aggiungono quelli di natura economica contenuti nel decreto ministe-

(17) Essi devono essere in possesso di un permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, risultare presenti in Italia, senza essersi mai allontanati dall'Italia, alla data dell'8 marzo, e devono dimostrare di aver svolto attività lavorativa prima del 31 ottobre 2019, nei settori di citati: agricoltura, allevamento, zootecnia, pesca, acquacoltura e attività connesse; assistenza alla persona; lavoro domestico.

(18) Questa procedura prevede un contributo di 130 euro per il lavoratore, al netto dei costi previsti per il rilascio del permesso di soggiorno.

(19) L. n. 68 del 28 maggio 2007 "Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio" (in G.U. n. 126 del 1° giugno 2007).

riale del 27 maggio 2020. Per essere ammessi alla procedura di emersione, infatti, sia la persona fisica che l'ente o la società (per i settori produttivi riguardanti agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse) devono certificare un reddito imponibile o un fatturato non inferiore a 30mila euro annui.

L'art. 103, accanto ai requisiti che sia il datore di lavoro che il lavoratore devono necessariamente possedere per proporre la domanda di regolarizzazione, elenca anche i limiti soggettivi che impediscono a determinate categorie di poter presentare detta istanza. Sono, infatti, esclusi: i datori di lavoro che siano stati condannati negli ultimi 5 anni, anche con una sentenza non definitiva per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti allo sfruttamento della prostituzione o di minori, per intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo; i cittadini stranieri colpiti da un provvedimento di espulsione o segnalati ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato o condannati, anche con sentenza non definitiva, per reati inerenti lo spaccio e la detenzione di sostanze stupefacenti, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o il reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o di minori utilizzati per attività illecite.

Rispetto ai motivi ostativi alla regolarizzazione riconducibili al datore di lavoro, il sesto comma prevede, in particolare, l'inammissibilità delle domande se il datore di lavoro è stato condannato per i reati di cui all'art. 603 c.p (20). Se il lavoratore è vittima di violenza, grave sfruttamento o riduzione in schiavitù dovrà ricorrere all'attivazione di altre procedure che sono mirate all'ottenimento di un permesso di soggiorno per casi speciali (21). È previsto anche un sistema sanzionatorio tanto per coloro che, nelle procedure di emersione dei rapporti di lavoro, dichiara-

(20) Impiego irregolare di manodopera di sfruttamento e riduzione in schiavitù.

(21) Sono procedure che offrono al migrante un supporto e degli strumenti di protezione da parte degli Enti di tutela e dei Servizi sociali e delle Forze di Polizia per partecipare a un programma di assistenza e integrazione sociale nel SIPROIMI (permesso ex art. 18 d.lgs. n. 286/1998) o per la denuncia del grave sfruttamento lavorativo all'autorità giudiziaria o di polizia al fine di cooperare nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro (art. 22, commi 12-quater, 12-quiues e 12-sexies d.lgs. n. 286/1998).

no il falso, quanto per coloro che impiegano in modo irregolare i cittadini stranieri che avanzano richiesta del permesso di soggiorno temporaneo (22). All'undicesimo comma della disposizione il legislatore fa, quindi, riferimento alla sospensione, sino al termine della procedura di esame delle istanze, dei procedimenti penali e amministrativi connessi con il lavoro irregolare ad eccezione di quelli per gravi reati. Nel caso in cui la procedura si concluda con la sottoscrizione del contratto di lavoro o con la concessione del permesso temporaneo, i reati si considerano estinti; in caso contrario la sospensione cessa.

Infine, si prevede che le Amministrazioni dello Stato e le Regioni, anche mediante l'implementazione delle misure previste dal Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022 (23), adottino misure urgenti idonee a garantire la salubrità e la sicurezza delle condizioni di alloggio dei lavoratori, nonché ulteriori interventi di contrasto del lavoro irregolare e del fenomeno del caporalato.

Nonostante il primo timore prospettato dagli operatori del settore (ossia quello che il decreto attuativo relativo alla norma in questione arrivasse in ritardo solo ad operazioni di raccolta già in stadio avanzato o addirittura terminate) sia stato scongiurato da un celere lavoro svolto dai ministeri coinvolti, sono tuttavia ancora molteplici le perplessità che possono scaturire già da una prima lettura dell'articolo in merito alla sua applicabilità pratica e alla sua efficacia nel breve-medio periodo.

In primo luogo, partendo dall'assunto che la garanzia di un contratto è un elemento necessario affinché la persona assunta possa vivere di-

(22) Al comma 22, infatti, si afferma: Salvo che il fatto costituisca reato più grave, chiunque presenta false dichiarazioni o attestazioni, ovvero concorre al fatto nell'ambito delle procedure previste dal presente articolo, è punito ai sensi dell'articolo 76 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Se il fatto è commesso attraverso la contraffazione o l'alterazione di documenti oppure con l'utilizzazione di uno di tali documenti, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni. La pena è aumentata fino ad un terzo se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale.

(23) <https://www.lavoro.gov.it/priorita/Documents/Piano-Triennale-contrasto-a-sfruttamento-lavorativo-in-agricoltura-e-al-caporalato-2020-2022.pdf>.

gnitosamente la sua vita e contribuire alla crescita economica della società di cui fa parte indipendentemente dall'ambito lavorativo di riferimento, la scelta del legislatore di applicare l'art. 103 soltanto ad alcuni settori produttivi può apparire, seppur necessaria, per alcuni versi, poco coraggiosa. Anche se si riscontrano forme radicali di sfruttamento, negli ultimi anni il settore agricolo non detiene il primato del maggior numero di lavoratori italiani e stranieri irregolari (24). Il comparto in questione, infatti, non risulta essere quello più colpito dal lavoro sommerso concernente la manodopera d'origine straniera impiegata o che staziona irregolarmente sul territorio nazionale.

Una seconda criticità potrebbe derivare proprio dalla duplice modalità di regolarizzazione. Consentendo al lavoratore straniero con permesso scaduto di proporre la domanda, non ci sarebbe da stupirsi se la maggior parte delle istanze fosse presentata direttamente dai lavoratori interessati (25). Una volta effettuata la domanda, infatti, si otterrà automaticamente il permesso di soggiorno per almeno sei mesi e i controlli scatteranno invece soltanto in un secondo momento. Nel decreto attuativo non è stato specificato nulla in merito.

Gli unici paletti posti riguardano le categorie che possono presentare la domanda ed i requisiti temporali concernenti i soggetti interessati. Sotto il primo fronte, la regolarizzazione potrà essere richiesta da chi lavora come bracciante agricolo, ma all'Allegato 1 del decreto attuativo, sono stati

(24) Primato che, come dimostrano i dati ISTAT aggiornati al 2019, concernenti le "Rilevazioni sulla forza lavoro" e consultabili al seguente link: [http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCCV\\_FORZLV1](http://dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=DCCV_FORZLV1), appartiene al settore dell'edilizia e a quello dell'industria e dei trasporti. Tuttavia, come affermato anche nella relazione di Hilal Elver (Relatrice Speciale delle Nazioni Unite sul diritto all'alimentazione), conseguente ad una visita in Italia nel gennaio del 2020, si stima che il 41% del totale dei lavoratori stranieri in agricoltura sia impiegato in modo irregolare.

(25) Il datore che impiega in nero persone provenienti da territori extraeuropei, potrebbe far promuovere da loro la richiesta di permesso di soggiorno temporaneo per poi concludere solo successivamente un contratto di lavoro come se fosse nuovo. Il vantaggio che il datore di lavoro ne potrebbe ricavare sarebbe quello di non pagare la somma di 500 euro per ogni singolo lavoratore.

inseriti anche i codici Ateco di categorie riguardanti non solo soggetti direttamente collegati alla filiera agroalimentare. Nonostante nell'art. 103 sia stato fatto riferimento esplicito all'agricoltura, all'allevamento, alla zootecnia, alla pesca, all'acquacoltura e alle attività connesse, all'Allegato 1 non si fa menzione alcuna di queste ultime attività bensì si parla di "attività funzionali ad assicurare le rispettive filiere produttive". Tale scelta terminologica contribuisce ad ampliare il novero delle figure che possono proporre l'istanza di regolarizzazione in quanto il criterio utilizzato non sembra essere quello della connessione all'attività agricola principale di cui all'art. 2135 c.c. ma un criterio economico e "di scopo", tanto è che rientrano tra le attività elencate quelle riguardanti la cura e la manutenzione del paesaggio, inclusi i parchi, i giardini e le aiuole.

Si può, inoltre, constatare come una disposizione concepita con l'intento di "garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da COVID-19" difetti al suo interno di ogni riferimento alle modalità di contrasto alla diffusione del virus. In altri termini, in una disposizione inserita in un decreto emanato anche per evitare l'ulteriore diffusione e il prolungarsi dell'emergenza epidemiologica, ci si sarebbe potuti aspettare la regolamentazione di un sistema che prevedesse almeno un accertamento medico sanitario del lavoratore che presenta, o per il quale è presentata dal datore di lavoro, la domanda di regolarizzazione. Questa circostanza non è di poco conto se si pensa alle condizioni in cui in agricoltura i braccianti prestano la loro attività: a stretto contatto gli uni con gli altri, spesso all'aperto ma, altrettanto spesso, in serre, o alle condizioni precarie in cui frequentemente sono costretti a vivere (26). Accanto alla carenza di manodo-

pera ci sarebbero altre problematiche rilevanti da affrontare, non secondarie perché destinate a perdurare nel tempo, che scaturiscono dalle norme di distanziamento sociale che riguardano, in modo particolare, i lavoratori stranieri privi di alloggio e di mezzi di trasporto propri. Andrebbero contemplate delle soluzioni per garantire la sicurezza sanitaria nelle sistemazioni comuni allestite negli anni passati con il contributo del volontariato e delle organizzazioni professionali per i lavoratori stranieri che non posseggono una sistemazione propria e delle misure per adeguare i trasporti verso i luoghi di lavoro, che erano già carenti in condizioni normali, alle norme di distanziamento sociale.

In sostanza, ciò che maggiormente si può rimproverare al legislatore è quello di aver formulato la norma secondo una concezione esclusivamente di natura economica, peraltro circoscritta ad alcuni settori produttivi del nostro Paese, non contemplando delle misure volte a tutelare i lavoratori in concreto anche sotto il profilo sanitario. Occorre infatti metterne in luce le criticità, i dubbi interpretativi, la scarsa rilevanza della sua applicazione limitata a soli tre settori dell'economia e del lavoro nonché l'ambigua previsione di un secondo canale di regolarizzazione che sembra rivolto agli invisibili che trovano riparo negli accampamenti agricoli, nei circuiti del lavoro sfruttato e del caporalato senza offrire a tali soggetti una solida e concreta opportunità di riscatto per uscire da quelle condizioni caratterizzate spesso da coercizione e mancanza di alternative. L'emersione dei rapporti di lavoro potrebbe, inoltre, non essere sufficiente per fornire tutta la manodopera necessaria. Il problema andrebbe dunque affrontato pensando anche ad un programma articolato di interventi, che riguardi sia

zo 2020 quando, nell'agro pontino, un giovane indiano è stato pestato e buttato in un canale di scolo nella zona di Terracina. Per quel pestaggio sono attualmente indagati i titolari dell'azienda in cui la vittima prestava il suo lavoro. "Mi lavavo e mi facevo la doccia nella stalla dove vengono tenuti i vitelli. Prendevo 50/100 euro al mese per dodici ore di lavoro al giorno. Tutti i giorni, senza pause. Mangiavo quello che trovavo nella spazzatura", sono le parole di uno dei tanti lavoratori sfruttati ma, al contempo, uno dei pochi che ha avuto il coraggio di denunciare l'accaduto dopo l'episodio di violenza. Sul caso riportato si veda [https://roma.repubblica.it/cronaca/2020/05/18/news/latina\\_licenza\\_e\\_pesta\\_bracciante\\_che\\_chiede\\_mascherine\\_e\\_protezioni\\_arrestato\\_imprenditore\\_agricolo-257006807/](https://roma.repubblica.it/cronaca/2020/05/18/news/latina_licenza_e_pesta_bracciante_che_chiede_mascherine_e_protezioni_arrestato_imprenditore_agricolo-257006807/).

(26) Dispositivi inesistenti, paghe da fame e orari di lavoro interminabili. La situazione in cui versano i lavoratori agricoli si è inasprita maggiormente durante l'epidemia. L'assenza di dispositivi consono a evitare la diffusione del contagio, quali guanti e mascherine, gli orari di lavoro prolungati e l'assenza di regole relative al distanziamento sociale, sono le condizioni di disagio che si sono andate ad aggiungere a quelle già esistenti quali i bassissimi salari, le condizioni malsane degli alloggi nei quali i braccianti sono costretti a vivere, i maltrattamenti inflitti. L'ultimo episodio di violenza in ordine temporale risale al 22 mar-



gli stranieri occupati regolarmente sia quelli impiegati irregolarmente in agricoltura, senza l'illusione che la risposta a un fabbisogno così ampio e diffuso possa essere rappresentata da un unico provvedimento, seppur necessario, quale la regolarizzazione.

### V. Quali prospettive?

A livello comunitario il settore agroalimentare italiano si classifica al primo posto per il numero di imprese e per il valore aggiunto grazie ad eccellenze produttive in diversi comparti quali cerealicolo, il vitivinicolo e quello riguardante i prodotti che soggiacciono ai regimi di qualità Dop e Igp. La filiera italiana, nel suo percorso che va dal campo alla tavola, ha un valore di oltre 538 miliardi con oltre 3,6 milioni di occupati ma, nonostante tali dati, risulta ad oggi ancora troppo sottovalutata e poco sostenuta se paragonata a quelle di Francia, Germania e Spagna. L'emergenza COVID-19 ha provocato perdite stimate in 12,3 miliardi di euro al settore agricolo nazionale per effetto del taglio alle esportazioni, delle chiusure del comparto Horeca, del crollo dei flussi turistici e della pesante contrazione delle quotazioni alla produzione per taluni prodotti in controtendenza rispetto all'aumento dei prezzi al dettaglio per effetto di distorsioni e speculazioni. Come affermato anche dai dati resi noti da Coldiretti durante gli Stati Generali dell'Economia tenutisi nel mese di giugno 2020, la situazione potrebbe subire dei peggioramenti anche a causa dei presumibili tagli alla Pac (Politica Agricola Comune) che saranno discussi nei prossimi mesi a livello europeo.

Tra gli effetti collaterali dell'emergenza epidemiologica si può quindi riscontrare sicuramente una maggiore presa di coscienza del valore strategico della filiera agroalimentare nazionale; tuttavia, proprio in un momento delicato come quello attuale, sono affiorate anche le fragilità e le storture sulle quali si reputa necessario intervenire attraverso una serie di misure volte ad assicurare gli approvvigionamenti e a difendere l'operato di coloro che, a vario titolo, vi lavorano. Misure queste che dovranno essere attuate sia in Europa, riscoprendo un nuovo protagonismo dell'Italia anche con riguardo alla gestione delle risorse economiche destinate all'agricoltura, sia nel contesto nazionale anche grazie ad un'azione legislativa mirata a tutelare adeguatamente il

lavoro in agricoltura. Un crescente interesse degli italiani per il lavoro nelle campagne, anche per la situazione di difficoltà in cui si trovano altri settori economici, risulta essere un dato da non sottovalutare e sul quale riflettere per un comparto che, tuttavia, è caratterizzato da una mancanza di formazione e professionalità, necessarie soprattutto per chi viene da esperienze completamente diverse.

La vicenda dell'emergenza coronavirus ha dimostrato che, con una adeguata formazione, l'agricoltura nazionale può offrire agli italiani in difficoltà almeno 200mila posti di lavoro che oggi sono affidati necessariamente a lavoratori stranieri stagionali che ogni anno attraversano le frontiere per poi tornare nel proprio paese.

In tale ottica è auspicabile un sistema che tenga conto di tutte le criticità sopra riportate e che miri a tutelare e a formare adeguatamente i lavoratori indipendentemente dalla loro nazionalità. La cancellazione per quest'anno dei versamenti contributivi, dovuti dall'imprenditore agricolo, nei settori maggiormente colpiti, una radicale semplificazione del voucher "agricolo", l'adozione di strumenti che possano consentire anche ai percettori di ammortizzatori sociali di inserirsi in questo contesto lavorativo, l'utilizzo più duttile dei "corridoi verdi" (27), sono solo alcune delle strategie che potrebbero essere adottate, come affermato anche dalle associazioni rappresentative che operano nel settore, per sostenere la competitività e l'occupazione nelle campagne.

Il ruolo di una normativa riguardante la regolarizzazione del lavoro, con i limiti esaminati in essa contenuti, non può essere sufficiente ad eliminare le criticità che attanagliano la filiera agroalimentare ma deve essere considerata solo un primo passo del quale, tuttavia, potremo verificare l'efficacia e l'adeguatezza in un futuro, si auspica, non troppo remoto.

(27) I "corridoi verdi" consentono di far arrivare da altri paesi Ue, quasi esclusivamente dall'Est, quei lavoratori che ogni anno vengono nella nostra penisola per lavorare nelle nostre aziende. Per alcuni dati aggiornati sugli interventi <https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20200416STO77203/covid-19-misure-d-emergenza-dell-ue-per-agricoltori-e-pescatori>.

# Il genere e la pandemia costituzionale (\*)

Laura Ronchetti (\*\*)

**Sumario:** I. Genere e COVID-19: una crisi multidimensionale che aggrava le disuguaglianze di genere.— II. Una questione di genere sin dal nome. Dalla metafora bellica a quella della cura.— III. Malattia e genere tra letalità ed infezione: la maggior esposizione delle donne.— IV. Il dispari impatto della crisi economica.— V. Il valore del lavoro di cura.— VI. L'impatto sui diritti riproduttivi.— VII. L'integrità fisica e psichica: la violenza di genere.— VIII. L'effetto moltiplicatore delle disuguaglianze nell'intreccio tra genere, razzializzazione, classe ed età.

## I. Genere e COVID-19: una crisi multidimensionale che aggrava le disuguaglianze di genere

Nei primi giorni del 2020 *The Lancet* (1), tra le riviste mediche più note a livello internazionale, si è fatta Sibilla del tema dei rapporti tra genere (2) e conseguenze sui diritti fondamentali indotte o aggravate dalla pandemia da Covid-19. A inizio anno dichiarava che il 2020 sarebbe stato un anno cruciale, un anno di pietre miliari (milestones) per le donne, sottolineando

---

(\*) Già pubblicato in PALMIERI, G. (a cura di), "Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post-Covid19", III, Stato Diritti e Tutele, p. 1057 ss.

(\*\*) Professoressa associata di Diritto costituzionale all'Università degli studi del Molise in Italia, ha lavorato presso il Consiglio nazionale delle ricerche (2001-2018), insegnato e fatto ricerca a La Sapienza di Roma. È stata Visiting Scholar alla Columbia University (NY, USA, 2005), alla Humboldt-Universität (Berlino, Germania, 2005), alla Indiana University (USA, 2009) e alla University of Mississippi (USA, 2016). È autrice di circa cento pubblicazioni tra cui *L'autonomia e le sue esigenze* (Milano 2018) e *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni* (Napoli 2007) pubblicato nel 2020 in spagnolo *El nomos infrangido: globalización y Constituciones*.

(1) *The Lancet*, 2020: a Critical Year for Women, Gender Equity, and Health, 04 January 2020.

(2) Per uno sguardo di insieme del rapporto tra diritto e genere si rinvia al ricco PEZZINI, B.— LORENZETTI, A. (a cura di), 70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo, Torino, 2019.

che salute, sviluppo sostenibile e parità di genere siano legati in modo inestricabile a livello globale. Quest'anno, d'altra parte, ricorrono venticinque anni dalla Dichiarazione della Conferenza sulle donne di Pechino, venti dalla Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite su donne, pace e sicurezza, dieci dalla nascita dell'Ente per l'uguaglianza di genere e l'empowerment delle donne (UN Women), cinque dall'individuazione dell'obiettivo n. 5 (parità di genere) dell'Agenda 2030 (3).

A distanza di pochi mesi si deve purtroppo convenire che il 2020 ha segnato un forte arretramento in tema di parità di genere, scatenando un drammatico aggravarsi delle disuguaglianze di genere.

La centralità delle forme di distanziamento sociale quale lotta alla propagazione del virus ha spostato l'asse delle nostre esistenze proprio nella sfera della riproduzione sociale, che è terreno nel quale le disparità di genere sono molto chiare

---

(3) Richiamato anche dalla Relazione Iniziative per il rilancio "Italia 2020-2022" del Comitato di esperti in materia economica e sociale del Giugno 2020, p. 6: "La parità di genere — Obiettivo 5 dell'Agenda 2030 — è fondamentale per la crescita e deve diventare, per la prima volta, una priorità del Paese, anche grazie a valutazioni ex-ante delle diverse politiche economiche e sociali. Altrettanto cruciale è una drastica riduzione delle disuguaglianze economiche, territoriali e generazionali, che sono cresciute negli ultimi anni e che costituiscono un grave problema, oltre che di equità, anche di freno allo sviluppo economico e sociale del Paese".

e indiscusse. Il lavoro di cura e domestico svolto a titolo gratuito, infatti, incide enormemente sulle condizioni “di fatto” delle persone in base al genere.

La pandemia, dunque, ha scatenato una crisi multidimensionale, perché non è soltanto un’inedita crisi sanitaria e una grave crisi economica, ma anche “una crisi della cura,” soprattutto per l’accreciuto lavoro non pagato svolto dalle donne. Di conseguenza la pandemia deve essere affrontata come un complesso problema di natura sociale, politica, economica e culturale, fino a toccare le fondamenta stesse delle Costituzioni, in particolare di quelle che poggiano sul principio di uguaglianza sostanziale.

Le crisi multidimensionali, infatti, hanno conseguenze diverse per differenti gruppi della popolazione e soprattutto possono avere effetti eterogenei per uomini e donne. Questo può dipendere, sotto il profilo sanitario, sia da differenze biologiche che comportamentali e di ruolo legate al genere; sotto quello economico, “sia dalla struttura del mercato del lavoro che dalle norme sociali che regolano la suddivisione del lavoro di cura e domestico all’interno delle famiglie” (4).

Risuonano del tutto infondate, dunque, le iniziali affermazioni di una sorta di uguaglianza di tutti davanti alla pandemia. La pandemia ha viceversa intensificato le disuguaglianze economiche e le vulnerabilità esistenti in base a genere e al suo intreccio con razza, classe, età e abilità.

Nel tentare di contribuire a un’analisi e una proposta di senso della pandemia, provando a cogliere le dinamiche dell’accelerazione dei processi storici che questo, come ogni stato emergenziale (5), porta con sé, si intende, al contempo, indicare le occasioni di rinnovamento che questa crisi offre in modo inaspettato: dall’adozione di politiche femministe riguardo ad accesso al cibo, acqua e igiene, salute, educazione, disuguaglianza economica e sociale, violenza contro le donne, violenza domestica, accesso alle in-

formazioni, abuso di potere alla trasformazione del rapporto tra produzione e riproduzione a favore di quest’ultima.

Soltanto un pieno riconoscimento politico, sociale, giuridico ed economico del lavoro domestico e di cura consentirà una sua più equa distribuzione tra i sessi con connessi benefici in termini di gender gap salariale (ai sensi dell’art. 37 Cost.), di superamento delle ghetizzazioni in base al genere di mestieri e professioni o livelli professionali (artt. 36 e 51) nonché di contrasto alla cultura della violenza contro le donne che si nutre della subalternità del “femminile accudente” (artt. 13 e 32) (6). Il riconoscimento del lavoro di cura delle persone care e delle cose come contributo alla vita e al progresso sociale e morale del paese (come recita l’art. 4 della Costituzione), soprattutto oggi che esistono stime del loro contributo al PIL nazionale, dovrebbe essere fonte di un diritto a un reddito, espressione della piena dignità sociale di questa attività o funzione.

Ancor di più la centralità politica della riproduzione sociale è alla base della rinascita dello stato sociale, quale forma di pubblicizzazione della sfera della cura sotto forma di garanzia dei diritti sociali. Non dimentichiamo che tante donne costituenti furono impegnate proprio nella battaglia di far inserire in Costituzione tutti quei diritti sociali (salute, istruzione, assistenza, sulla base del principio di uguaglianza sostanziale che guarda alle condizioni “di fatto” secondo la formula costituzionale da loro valuta nell’art. 3) che avrebbero fatto uscire la famiglia — con il carico di lavoro tutto sulle spalle delle donne, per le quali ottennero la parità morale e giuridica (art. 29) — dalla dimensione privatistica per collocarla nello spazio politico costituzionale. Tutto ciò richiede ancora uno slancio sincero di attuazione del dettato costituzionale (7).

D’altra parte, se il virus è organismo vivente naturale e non artificiale, il suo “salto di specie” dagli animali agli esseri umani è il prodotto sociale

(4) Commissione di genere della Società Italiana degli Economisti, Documento Relativo al Covid-19, 7 aprile 2020.

(5) MASSAPINTO, I., “La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi, in *Questione giustizia*”, 18 marzo 2020.

(6) Si riprendono le considerazioni del mio *La pandemia costituzionale in un’ottica di genere*, in <https://elan.jus.unipi.it/blog/a-gendered-approach-to-the-constitutional-pandemic/>, 30 marzo 2020.

(7) Si rinvia al mio *Autonomia e differenze di genere*, in B. Pezzini — A. Lorenzetti (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., pag. 325 ss.

di deliberate politiche di sfruttamento e devastazione della natura che sono alla base anche delle preesistenti disuguaglianze. Per tale ragione più voci chiedono che al salto di specie risponda un “salto di civiltà” (8) non solo verso una nuova antropologia ma ripensando le politiche pubbliche in modo che tengano davvero in conto i diritti delle donne e delle persone marginalizzate o comunque vulnerabili (9), contrastando le conseguenze più devastanti della crisi su diversi gruppi di donne.

Una risposta deve, quindi, svilupparsi su tutte e tre le dimensioni emerse: crisi epidemiologica, crisi economica e crisi del lavoro (anche quello di cura).

## II. Una questione di genere sin dal nome. Dalla metafora bellica a quella della cura

L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) l'11 febbraio 2020 ha reso ufficiale il nome tecnico COVID-19 per la malattia, quale acronimo di Co (corona); Vi (virus); D (disease); “19” è l'anno di identificazione del virus Sars-Cov-2. Senza alcun dubbio, quindi, la malattia pandemica è di genere femminile, mentre il suo agente patogeno è maschile. Sorprende, dunque, la grande confusione relativa al genere della parola che ha travolto il lessico della pandemia in vari paesi: tra i “rivolti linguistici” (10) dell'epidemia, infatti, l'Académie Française, come altre Accademie della lingua, ha dovuto stigmatizzare l'“uso errato” del maschile per indicare la malattia COVID-19 (11).

Questo errore è forse un riflesso condizionato della tradizione maschile della metafora bellica che è stata prescelta per raccontare la c.d. fase 1 della pandemia. Certamente non è la prima volta che la mitologia della guerra è richiamata per

(8) AaVv, Salto della specie, in Centro riforma dello Stato, 12 maggio 2020.

(9) Feminist Alliance for Rights (FAR), Statement of Feminists and Women's Rights Organizations from the Global South and marginalized communities in the Global North, in <http://feministallianceforrights.org/blog/2020/03/20/action-call-for-a-feminist-covid-19-policy/>.

(10) MARAZZINI, C., “In margine a un'epidemia: risvolti linguistici di un virus”, in Accademia della Crusca, 2020.

(11) Così [www.academie-francaise.fr/le-covid-19-ou-la-covid-19](http://www.academie-francaise.fr/le-covid-19-ou-la-covid-19), 7 maggio 2020. Così anche la Royal Spanish Academy.

narrare la “lotta contro la malattia”, trovando un suo noto precedente nella cura e prevenzione del cancro, come decenni fa notava Susan Sontag (12): la malattia finisce per diventare metafora della nostra convivenza acquisendo lo statuto del Male assoluto cui dichiarare guerra.

Le metafore attinte dal linguaggio bellico, d'altra parte, vorrebbero incentivare la coesione e l'ubbidienza, connessa a una gerarchia che trova il suo apice nel Condottiero da seguire e sostenere (13). Vi è stata, però, una discontinuità con la mitologia bellica tipica della lotta al cancro: se in quel caso al centro vi è il “malato—guerriero”, con la Covid-19 invece il malato è del tutto inerme e nelle mani della nuova figura eroica, la persona addetta alla cura. Questo slittamento dalla persona malata a quella curante ha contribuito al passaggio a una fase rifondata sul profilo della cura, come dimostra lo stesso decreto “Cura Italia”.

Dalla mitologia dei medici e degli infermieri assistiti da virologi e scienziati come eroi, la narrazione della cura si è via via arricchita fino a considerare artefici di cura ogni singola persona. Pian piano, tuttavia, è emerso perfino nell'opinione pubblica, di solito così sorda al tema, che la cura è quasi interamente affidata alle donne.

## III. Malattia e genere tra letalità ed infezione: la maggior esposizione delle donne

Questo salto di specie e le sue conseguenze pandemiche hanno un impatto molto differente in base al genere, già nella dimensione della mera salute. Tenere in considerazione il sesso e il genere in relazione alla salute è un aspetto ne-

(12) Sontag, S., “Malattia come metafora: il cancro e la sua mitologia”, Torino, 1979.

(13) Per riflettere sull'ulteriore verticalizzazione che ha conosciuto in questi mesi la già preoccupante concentrazione di potere politico in capo al Governo, che ha perso profili essenziali della sua costituzionale collegialità a favore di fonti normative adottate dal solo Presidente del Consiglio dei ministri, persino per diritti costituzionali coperti dalla garanzia della riserva di legge cfr. AZZARITI, G., “Il diritto costituzionale d'eccezione”, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020; Sorrentino, F., “Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus”, ivi; TRIPODINA, C., “La Costituzione al tempo del coronavirus”, ivi, 77 ss.; CERRI, A., “A margine del coronavirus: note minime in tema di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri”, in [www.rivista-criticadeldiritto.it](http://www.rivista-criticadeldiritto.it), 6 maggio 2020. Cfr. in questo volume il contributo M. Della Morte.

cessario per garantire efficacia ed equità ai sistemi sanitari di ogni Paese, come sostiene l'OMS, costruendo le basi per la c.d. "medicina di genere" **(14)** intesa come lo studio dell'influenza delle differenze biologiche e socio-economiche e culturali in base al genere sullo stato di salute e di malattia di ogni persona. Anche nel contesto della pandemia da COVID-19, infatti, si sono osservate molte e importanti differenze di genere nella frequenza, nei sintomi, nella gravità della malattia. Contrariamente a tanti paesi, l'Italia ha pubblicato da subito dati disaggregati per sesso e genere **(15)** che consentono di dire che la percentuale di letalità per gli uomini è circa il doppio di quella delle donne (17,1% e 9,3% rispettivamente).

Gli effetti diversi prodotti negli uomini e nelle donne dall'infezione da SARS-CoV-2 sembrerebbero essere connessi sia a componenti biologiche (di tipo ormonale o genetico come le differenze funzionali del sistema immunitario, il diverso equilibrio ormonale) che comportamentali (la differente incidenza tra fumo e co-morbilità, maggiore attenzione alla prevenzione sanitaria).

Il tasso di letalità più clemente, tuttavia, è l'unico vantaggio di fronte alla pandemia per le donne.

Sebbene non sia nota la percentuale di persone di ciascun sesso sottoposte al tampone, i pur provvisori tassi di infezione suddivisi per sesso, segnalano una maggiore percentuale di casi di contagio tra le donne. Questa maggiore esposizione al contagio dipende dal fatto che le donne a livello globale rappresentano il 70 per cento della forza lavoro nella sanità e nei servizi socio-assistenziali **(16)**. Il 69% dei casi di infezione negli operatori sanitari, infatti, è di sesso femminile **(17)**, confermando una maggiore vulnerabilità delle donne per profili professionali particolarmente esposti durante la pandemia.

(14) Cfr. il DM 13 giugno 2019 con cui è stato adottato il Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere.

(15) Istituto Superiore Sanità (ISS), *Differenze di genere in COVID-19: i dati disaggregati fondamentali per bersagli terapeutici specifici*, 2020.

(16) Rapporto United Nations Population Fund, *Covid-19: A Gender Lens*, 2020.

(17) ISS, *ob. cit.*

#### IV. Il dispari impatto della crisi economica

La crisi economica porterà ad un aggravio delle disuguaglianze di genere preesistenti di ogni tipo e forma, se si considerano le tipologie dell'occupazione femminile e le varie forme di segregazione occupazionale oltre al ruolo delle donne nella riproduzione sociale.

L'impatto negativo della crisi economica innescata dalla pandemia colpisce i lavoratori più fragili, con particolare riferimento alle varie forme di precariato che, però, sono diffuse in particolare in settori ad alta intensità femminile **(18)**: la maggior parte delle donne ha un impiego informale e ha poche protezioni sociali **(19)** e, infatti, ha perso il lavoro in termini assoluti e percentuali in maniera maggiore rispetto all'altro sesso **(20)**. Non deve dimenticarsi, inoltre, il fenomeno del part-time involontario a causa dei servizi di cura insufficienti, che colpisce in modo particolare le madri, soprattutto al Sud **(21)**.

Alla condizione di genitrice e di meridionale, un altro profilo sensibile è quello dell'età, se si considera che le giovani donne hanno probabilità in modo sproporzionato di lavorare nei settori più colpiti dal blocco delle attività non essenziali: il 36% delle giovani donne, a fronte del 25% dei giovani, lavora in ristoranti, negozi, strutture per il tempo libero, viaggi e turismo **(22)**.

(18) Fino all'83,9% secondo il Global Gender Gap Report 2020 del World Economic Forum.

(19) C. P. Chandrasekhar Jayati Ghosh, *Informal Workers in the Time of Coronavirus*, in [www.networkideas.org](http://www.networkideas.org), March 24, 2020.

(20) Cfr. VILLA, P., Bettio, F., "La recessione innescata dalle misure di contenimento della pandemia sta avendo un impatto specifico sulla partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Il commento a partire dagli ultimi dati su occupati e disoccupati in Italia", in [Ingenere.it](http://Ingenere.it), 04/06/2020.

(21) Secondo l'Osservatorio Statistico dei Consulenti del Lavoro, Focus sull'occupazione femminile. Donne al lavoro: o inattive o part-time, 2019 in Italia sono già 433.000 le donne inattive o part-time per carenze nel welfare, soprattutto localizzate al Sud (il 44,8 % delle madri in età lavorativa) e per cause nell'88% dei casi ascrivibili proprio ad una mancanza dei servizi per l'infanzia.

(22) Women's Budget Group, *Crises Collide: Women and Covid-19*, in [Womensgrid.org.uk](http://Womensgrid.org.uk).

La situazione è ancora più grave per le donne straniere che in gran parte sono lavoratrici della cura (l'80%, oltre un milione in numeri assoluti) che il decreto "Cura Italia", invece, ha escluso da garanzie di reddito e da misure di protezione per la loro salute.

## V. Il valore del lavoro di cura

Di cura si deve parlare anche oltre il lavoro salariato, considerando il lavoro svolto a titolo gratuito, entro le mura domestiche per la produzione di servizi di cui le famiglie stesse beneficiano, in modo molto importante per il benessere complessivo della popolazione (23). La riproduzione della società nel suo insieme, infatti, comprende una serie di lavori di cura della propria casa e delle persone che ci vivono, siano esse bambini, adulti o anziani della famiglia. In molti casi si tratta di familiari non autosufficienti o con patologie croniche invalidanti (24).

L'entità dell'impegno in tali attività varia in modo considerevole tra uomini e donne (2h16' contro 5h09') al giorno consegnando all'Italia "il primato del paese con la maggiore differenza di genere nel lavoro non retribuito" (25).

In questo contesto, le varie formule attivate di home working hanno determinato "una sovrapposizione anche fisica dei compiti produttivi e riproduttivi, con conseguenti aggravii nella gestione operativa delle attività quo-

(23) Nel 2013 l'Organizzazione Internazionale del lavoro (OIL) ha adottato una nuova e più ampia definizione di lavoro, includendovi tutte le forme di lavoro che concorrono al benessere di una nazione.

(24) ISS, ob. cit.

(25) Istat, I tempi della vita quotidiana - lavoro, conciliazione, parità di genere e benessere soggettivo, 2019, pag. 16: "Dal 2002 il tempo dedicato quotidianamente al lavoro non retribuito dal complesso della popolazione è rimasto abbastanza stabile, tuttavia questo è il risultato di dinamiche opposte che hanno visto diminuire il contributo femminile (da 5h31' a 5h09') e crescere quello maschile (da 1h59' a 2h16')" e, pag. 53, "In media negli ultimi 11 anni gli uomini in coppia hanno aumentato di un minuto e mezzo l'anno il loro impegno nel lavoro familiare mentre le donne lo hanno ridotto di poco più di due minuti, mantenendo questo ritmo per arrivare alla parità di genere nei tempi di lavoro familiare nel complesso delle coppie servirebbero altri 63 anni".

tidiane e peggioramenti nel disequilibrio domestico" (26). Quest'ultimo è stato fortemente appesantito, inoltre, dalla chiusura delle scuole che, pur offrendo la didattica a distanza, ha richiesto una sorta di home schooling sia per l'intermediazione necessaria al passaggio al digitale di bambine/i che per il corrispondente aumento dei compiti.

A ciò deve inoltre considerarsi l'aumento del lavoro domestico: la convivenza di più persone 24 ore su 24 nello stesso spazio, in una fase che richiede particolare attenzione all'igiene personale e delle superfici, ha moltiplicato anche il lavoro che "serve per sopravvivere, e cioè pulire, lavare, cucinare, fare la spesa etc." (27).

Lo stesso governo (28), almeno la Ministra per le pari opportunità, infatti parla di "disuguaglianze di genere da valutare anche sotto l'aspetto qualitativo", affermando che "dalle prime valutazioni relative all'evoluzione del mercato del lavoro, le donne con figli in età prescolare potrebbero essere le più colpite dalla crisi rispetto a quelle senza, a causa della più fragile condizione in cui versano" (29).

Eppure per la prima volta è stato stimato il valore economico del lavoro non retribuito prodotto dalle donne in Italia stimando che nel 2014 il valore annuale della produzione familiare sia pari a circa 557 miliardi di euro, pari al 34% del Pil prodotto (30).

(26) MAGLIA, E., "COVID-19: un'analisi delle conseguenze di genere", in Menabò di Etica ed Economia, 7 maggio 2020.

(27) DEL RE, A., "Questioni di genere: alcune riflessioni sul rapporto tra produzione e riproduzione nella definizione del comune", in AG About Gender Rivista internazionale di studi di genere, Vol. 1, n. 1, 2012, pagg. 151-170.

(28) CAVINO, M., "Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo", in Federalismi.it, 13/03/2020.

(29) Decreto istitutivo della task force denominata "Donne per il Nuovo Rinascimento".

(30) Istat, cit., ps. 31 e 34: "Riguardo alla cura di persone conviventi, si stima che alla cura di bambini il 29,2 % uomini e il 70,8 % donne; all'assistenza ad adulti e/o disabili conviventi il 57,4% donne e il restante 42,6%uomini.

## VI. L'impatto sui diritti riproduttivi

È chiaro che un ruolo determinante nella riproduzione sociale nel suo insieme sia rappresentato dalla procreazione in sé.

Come ho tentato di argomentare in altre occasioni, la garanzia giuridica dell'autonomia sessuale e riproduttiva delle donne non è ancora piena (31) nonostante che con la legge n. 194/1978 si sia portata a compimento una nuova accezione della maternità come scelta e non come destino sociale, per una generazione solo se desiderata, per evitare donne prigioniere del loro stesso corpo.

Durante questa fase di emergenza sanitaria, infatti, le donne hanno incontrato inedite difficoltà ad accedere ai servizi di interruzione volontaria di gravidanza rischiando di superare i limiti temporali entro i quali esercitare il diritto di interruzione (90 giorni dal concepimento). Durante il lockdown, inoltre, i servizi dei consultori sono crollati del 94% e il 78% sono rimasti chiusi, esponendo a un rischio maggiore le donne che vivono in condizioni di alta marginalità e vulnerabilità. A tale difficoltà si è aggiunta quella di non poter ricorrere, in emergenza, alla pratica dell'aborto farmacologico perché in Italia in questo caso è previsto il termine massimo di sette settimane (49 giorni) dall'inizio della gestazione nonché il ricovero ospedaliero, che può durare fino a tre giorni mentre quello chirurgico si pratica in day hospital.

Tutto ciò in un contesto di già difficile accesso al servizio di interruzione a causa della obiezione di massa che impedisce in molte parti d'Italia di esercitare questo diritto (32).

(31) Si rinvia al mio *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in CAIELLI, M., PEZZINI, B., SCHILLACI, Angelo (a cura di), "Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere", CIRSDE, 2019, ps. 106-131.

(32) Secondo gli stessi dati forniti dal ministero della Salute per il 2017, sono il 68,4% del totale, con punte anche superiori all'80% in alcune province. Nel 2018 il Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa, infatti, ha stabilito che in Italia le donne che intendono interrompere la loro gravidanza subiscono "discriminazione, poiché sono costrette a spostarsi da un o ospedale all'altro nel Paese o viaggiare all'estero a causa delle carenze nell'at-

Nonostante l'Oms abbia ribadito durante la pandemia che l'aborto è un "servizio essenziale", invitando gli Stati di garantire l'accesso all'aborto sicuro (33), il ministero della Salute, pur ribadendo che si tratta prestazione non differibile, non ha consentito l'aborto farmacologico da casa che avrebbe ridotto gli spostamenti delle donne e ridotto i tempi. Eppure l'articolo 15 della legge n. 194 recita: "Le regioni, d'intesa con le università e con gli enti ospedalieri, promuovono l'aggiornamento del personale sanitario ed esercente le arti ausiliarie sui problemi della procreazione cosciente e responsabile, sui metodi anticoncezionali, sul decorso della gravidanza, sul parto e sull'uso delle tecniche più moderne, più rispettose dell'integrità fisica e psichica della donna e meno rischiose per l'interruzione della gravidanza".

## VII. L'integrità fisica e psichica: la violenza di genere

La convivenza forzata e prolungata in casa con i familiari, magari in spazi ristretti e per più ore del solito, l'isolamento, le restrizioni alla circolazione e l'instabilità socio-economica hanno comportato per le donne e per i figli il rischio di una maggiore esposizione alla violenza domestica e assistita. Il distanziamento sociale, inoltre, in un Paese come l'Italia, in cui l'85% dei femminicidi avviene in famiglia (34), ha accresciuto le difficoltà di accesso ai centri antiviolenza e di avvio di percorsi di contrasto alla violenza sessista nelle relazioni tanto da comportare una diminuzione pari all'80 per cento nella fruizione di questi servizi (35).

Ogni donna vittima di violenza nella propria casa rischia di non essere parte lesa soltanto dall'uomo a lei intimo che l'aggrede, ma anche di un sistema che disconosce la dimensione politica e pubblica di questa relazione di sopraffazione qualora le istituzioni non se ne facciano

tuaione della legge 194/1978", dovuta all'alta percentuale di medici e operatori che si dichiarano "obiettivi di coscienza" all'interruzione della gravidanza

(33) OMS, statement aprile 2020.

(34) Eures, Il femminicidio in Italia, 2019.

(35) Indagine nazionale Viva, I Centri Antiviolenza ai tempi del coronavirus, in <https://viva.cnr.it/covid19/>, 5 maggio 2020.

carico (36). Ancor prima che l'Istat verificasse che durante il lockdown le telefonate valide soltanto al numero verde del Dipartimento Pari Opportunità 1522 fossero aumentate del 73% in più sullo stesso periodo del 2019 (37) a fronte di una riduzione sensibile delle denunce (-43,6% a marzo), la Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere nella sua relazione (38) invitava a riflettere sull'aggravamento delle condizioni ambientali per le donne vittime di violenza durante la chiusura.

In questa direzione è stato accelerato l'iter di trasferimento delle risorse ripartite alle regioni (39) per l'operatività dei Centri antiviolenza e delle Case-rifugio, nonché delle altre strutture pubbliche e private che costituiscono le reti territoriali a sostegno delle donne vittime di violenza.

### **VIII. L'effetto moltiplicatore delle disuguaglianze nell'intreccio tra genere, razzializzazione, classe ed età**

La pandemia ha anche acuitizzato l'effetto moltiplicatore dell'intreccio tra il genere e vari motivi di subalternità o vulnerabilità, che come già si è detto è già alla base di forti disuguaglianze anche tra le donne.

L'età ha contribuito molto alla limitazione di un diritto fondamentale come quello all'istruzione e più in generale alla socialità quale elemento essenziale dello sviluppo della personalità in età evolutiva. L'ancora incerta riapertura a settembre

---

(36) In questa direzione cfr. Circolare 21 marzo 2020 del Ministero dell'Interno, in sinergia con la Ministra per le Pari Opportunità e la Famiglia, per l'individuazione di nuove soluzioni alloggiative, anche di carattere temporaneo, che consentano di offrire l'indispensabile ospitalità alle donne vittime di violenza che, per motivi sanitari, non possono trovare accoglienza nei centri antiviolenza e nelle case rifugio.

(37) Istat, Violenza di genere al tempo del covid-19: le chiamate al numero verde 1522.

(38) Relazione approvata il 26 marzo 2020, Misure per rispondere alle problematiche delle donne vittime di violenza, dei centri antiviolenza, delle case rifugio e degli sportelli antiviolenza e antitratata nella situazione di emergenza epidemiologica da covid-19.

(39) DPCM 2 aprile 2020.

delle scuole anche in seguito all'approvazione del relativo Decreto legge apre profondi interrogativi sul bilanciamento tra diritti e in particolare con uno così delicato come quello dell'istruzione pubblica e gratuita. La chiusura della scuola ha sottratto l'accesso ad almeno un pasto sicuro ed equilibrato al giorno a tanti minori che vivono in condizioni di povertà in Italia; la didattica a distanza ha acuito, non solo le permanenti disparità nell'opportunità di apprendimento in base alle condizioni sociali e al connesso digital divide, ma ha comportato gravi danni ai tanti studenti con difficoltà specifiche dell'apprendimento, privati del necessario sostegno.

A risentirne sono state in particolare le lavoratrici madri perché, come è noto, la maternità è un fattore di rischio nel mondo del lavoro.

Come accennato, inoltre, molte giovani donne lavorano in settori del mondo lavoro che sono stati chiusi o nell'economia informale che caratterizza le babysitter.

Le donne straniere, inoltre, sono maggiormente esposte al contagio per la loro maggior presenza nei settori considerati più a rischio, in particolare costituendo il 70,6% in ambito infermieristico o di cura alla persona (40). Perdere il lavoro per queste donne significa anche perdere un posto dove vivere e il permesso di soggiorno, da sempre dispositivo di sfruttamento che elimina la capacità contrattuale di accettare o rifiutare condizioni di lavoro.

A ciò si aggiunge il sacrificio del diritto alla salute, garantito al resto della Nazione tramite distanziamento sociale, di tutte coloro che sono nei Centri di detenzione e accoglienza dei migranti (41), così come nelle carceri (42). La pandemia ha peraltro dato occasione per il decreto interministeriale che ha chiuso i porti alle navi che soccorrono i naufraghi (43) che "al di

---

(40) Migrants, 2019, XXVIII Rapporto Immigrazione.

(41) Documento, a firma di numerose associazioni, Emergenza Covid-19. L'impatto sui diritti delle/dei cittadine/i straniere/i e le misure di tutela necessarie: una prima ricognizione, 22 marzo 2020.

(42) LORENZETTI, A., "Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19", in Osservatorio costituzionale, n. 3/2020.

(43) Decreto n. 150 del 7 aprile 2020.



l'è dell'intrinseca irragionevolezza di distinguere a seconda dello stato di bandiera della nave, viola il diritto alla vita, il diritto alla salute, il principio di non refoulement e il diritto di asilo, nonché nello specifico il diritto dei naufraghi ad essere condotti in un porto sicuro, come sancito dalle norme di diritto internazionale" (44).

In seguito al dibattito su come intervenire, si è intervenuti con una misura minima rispetto alle opzioni a disposizione: il decreto "Rilancio" n. 34 ha introdotto una misura di contrasto al lavoro sommerso ed al fenomeno del caporalato (art. 13) consentendo soltanto a chi sia in Italia prima dell'8 marzo 2020 e abbia lavorato prima dell'ottobre 2019 in agricoltura, lavoro domestico, assistenza a persone non autosufficienti di richiedere un permesso di soggiorno temporaneo, valido solo nel territorio nazionale, della durata di soli mesi sei. Alla scadenza del permesso di soggiorno temporaneo, si può chiedere la conversione in permesso di soggiorno per lavoro solo se si può comprovare di aver svolto attività lavorativa in uno dei citati comparti lavorativi o si può esibire un contratto di lavoro regolarmente instaurato.

---

(44) ALGOSTINO, A., "Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione", in Osservatorio costituzionale, n. 3 del 2020, p. 116 ss.

A ciò si aggiunga il reddito di Emergenza, misura straordinaria di sostegno introdotta per supportare i nuclei familiari in condizioni di difficoltà economica causata da COVID-19 (art. 82 d. Rilancio).

Insieme alle altre misure previste (vari bonus, congedi parentali Covid) sono mere prestazioni emergenziali e temporanee.

Purtroppo finché ci si limiterà all'emergenza e alla provvisorietà non sarà possibile alcuna reale trasformazione, alcuna produzione di pensiero e di prassi all'altezza delle necessità finora illustrate, per affrontare le quali la nostra Costituzione definisce fondamentali i diritti a partire a quello della pari dignità sociale.

Nella timida direzione di misure stabili di incentivi, detrazioni e sussidi sembrerebbe andare il "Family Act", un disegno di legge delega che prevedrebbe un assegno mensile universale per tutti i figli fino all'età adulta e soprattutto introdurrebbe un congedo obbligatorio anche per i padri di dieci giorni.

Come segnala sin troppo chiaramente la denominazione di questo provvedimento, tuttavia, si conferma un approccio al welfare su base familiare, non a uno basato sull'accesso ugualitario e universale ai servizi.

# La libertad de ejercicio del culto y el papel de las comunidades religiosas en la gestión de la emergencia pandémica por el COVID-19

Maria d'Arienzo (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Diálogo entre las religiones y las autoridades civiles en la lucha contra la pandemia de COVID-19.— III. La reanudación de las celebraciones religiosas católicas en Italia y Argentina.

## I. Introducción

La preeminencia otorgada a los derechos de la salud en la crisis sanitaria debida a la pandemia de coronavirus, en comparación con otros derechos y libertades, adquiere una relevancia específica en la perspectiva del análisis de la libertad de ejercer la propia religión, porque tiende a afectar no solo a la dimensión individual y asociada del derecho a la libertad religiosa, sino también a las relaciones entre las comunidades religiosas y las instituciones políticas y, por lo tanto, a la misma dinámica de la relación entre el derecho y la religión en los diferentes sistemas jurídicos. El espíritu de colaboración entre los representantes de las comunidades religiosas y los poderes pú-

blicos en la lucha contra la propagación del contagio ha llevado a una redefinición de las normas culturales y, a veces, litúrgicas, que ha terminado por determinar un auténtico “derecho religioso de la emergencia sanitaria” (1). Esta locución,

(1) El Codex Iuris Canonici de 1983 contiene cánones que mencionan explícitamente “una causa grave y urgente” que permite no cumplir una obligación o actuar en ausencia de una condición exigida por la ley. Es el caso del ejercicio del Poder Ejecutivo o, en el derecho matrimonial, la autorización para celebrar un matrimonio en secreto. El Código menciona también una “necesidad urgente”, que exime de la obligación de cumplir las normas establecidas para la administración de los sacramentos como el bautismo, la confirmación, la eucaristía y, sobre todo, la penitencia. La exención de la obligación se efectúa *de iure* o por dispensa o *licentia* concedida por la autoridad. El Código también enuncia de manera particular los casos en que los sacramentos son válidos, aunque sean administrados *in periculo mortis* por un ministro no regular. Sobre este tema, cfr. BIER, G., voz “Causa urgente”, en OTADUY, J. — VIANA, A. — SEDANO, J. (dirs.), *Diccionario general de derecho canónico*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, vol. I, ps. 976-978; ASPE, R., “El ‘caso urgente’ para la remisión de las censuras en la normativa canónica actual. Estudio histórico-canónico y aplicación práctica del can. 1357 del Código de Derecho Canónico”, *Periodica*, nro. 101, 2012, ps. 159-198. La Facultad de Derecho Canónico del Instituto Católico de París organizó una jornada de estudio el 30/11/2020 sobre el tema “L'Église en état d'urgence: Droit canonique et gestion de la pandé-

(\*) Profesora titular de Derecho Eclesiástico, Derecho Canónico y Derechos Confesionales en la Facultad de Derecho de la Università degli Studi “Federico II” di Napoli. Directora de la revista de clase A *Diritto e Religioni*. Vicepresidente nacional de la Associazione dei Docenti Universitari della Disciplina Giuridica del Fenomeno Religioso (ADEC). Miembro de la Commissione Interministeriale per le Intese con le Confessioni Religiose, creada dentro de la Presidenza del Consejo de Ministros de Italia. Profesora ordinaria de Derecho Eclesiástico en el Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università “Federico II” de Nápoles.

presente en los estudios de derecho canónico como “derecho canónico de la emergencia”, puede extenderse también a los demás derechos religiosos sobre los que se estructuran las comunidades de fe, como lo demuestran las limitaciones y precauciones adoptadas por casi todas las diferentes religiones a nivel planetario, de manera tanto autónoma como espontánea, y de acuerdo con las autoridades políticas.

## II. Diálogo entre las religiones y las autoridades civiles en la lucha contra la pandemia de COVID-19

Las medidas del gobierno para contener la infección de COVID-19 han dado lugar a una considerable compresión de los derechos fundamentales de las personas, incluido el derecho a la libertad religiosa y de culto, que ha sido restringido, especialmente en su dimensión asociada (2). El alcance de las limitaciones impuestas al disfrute de las libertades fundamentales no siempre ha facilitado la observancia uniforme y generalizada entre los ciudadanos de las normas anti-COVID-19, percibidas, en muchos casos, como desproporcionadas y excesivas con respecto a la percepción de la gravedad real de la emergencia sanitaria en curso. Con respecto a este problema, el papel de las confesiones religiosas ha resultado ser de especial utilidad, en la medida en que, en las experiencias más virtuosas, en colaboración con las autoridades civiles, han favorecido el respeto, por parte de los fieles, de las medidas previstas para la contención del contagio, también mediante la modificación de su normativa interna.

Las reacciones de los ordenamientos confesionales se han traducido principalmente en actitudes de colaboración con las autoridades civiles para la contención del contagio, en las que, además de la transmisión de buenas prácticas, se han adoptado concretamente intervenciones reglamentarias para modificar los ritos religiosos

mie de la COVID-19”. Las actas aún no están publicadas. Ver también nuestro artículo: D'ARIENZO, M., “Emergenza coronavirus, autorità ecclesiastica e bene comune”, *Il Regno*, nro. 10, 2020, ps. 260 y ss.

(2) Cfr. D'ARIENZO, M., “Libertà religiosa e autonomia confessionale ai tempi dell'emergenza coronavirus”, en CATERINI, M. — MULEO, S. (*a cura di*), *La giustizia al tempo del coronavirus*, Ed. Pacini, Pisa, 2020, ps. 209 y ss.

a fin de favorecer el ejercicio del culto comunitario en condiciones de seguridad objetiva (3). En muchos casos, este esfuerzo por adaptar los derechos confesionales a las normas civiles anti-COVID-19 ha llevado incluso, independientemente de la posible adopción de medidas gubernamentales, a la suspensión temporal autónoma de las ceremonias religiosas con la participación de los fieles, así como de otros ritos y tradiciones seculares, como las peregrinaciones (4).

La importancia de la contribución de las confesiones religiosas a la lucha contra la propagación de la pandemia queda demostrada, por el contrario, por los resultados que se desprenden precisamente de los contextos en los que las autoridades religiosas se han mostrado reacias a apoyar las políticas gubernamentales para contener el contagio. De hecho, en numerosos casos, en países caracterizados por la escasa colaboración entre las autoridades religiosas y las civiles, se han registrado episodios alarmantes de mayor difusión de la pandemia.

La subestimación o negación total de la existencia del virus por parte de las autoridades religiosas ha contribuido, entre otros factores, a la propagación de la infección en vastas zonas de África, América Latina y Asia (5). Por ejemplo, según las autoridades sanitarias nacionales de Bangladesh, el número de infecciones en el país aumentó en noviembre debido a que algunas celebraciones religiosas hindúes no cumplían las normas sanitarias y de distancia personal, como

(3) Con respecto al contexto italiano, consultar la contribución de BALSAMO, F., “The Loyal Collaboration between State and Religions at the Testing Bench of the COVID-19 Pandemic. A Perspective from Italy”, en CONSORTI, P. (ed.), *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, Ed. Diresom, Pisa, 2020, ps. 47-55, disponible para consulta en <https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/11/law-religion-and-the-spread-of-covid-19-pandemic.pdf>.

(4) Sobre este tema ver D'ARIENZO, M., “The Ahmadiyya Muslim Jama'at in the Era of COVID-19”, *The Journal of CESNUR*, vol. 4, nro. 6, 2020, ps. 92-99; LO GIACCO, M. L., “Forbidden Pilgrimages during the COVID-19 Pandemic”, en BALSAMO, F. — TARANTINO, D. (eds.), *Law, Religion and the Spread of the COVID-19 Pandemic*, Ed. Diresom, Pisa, 2020, ps. 129 y ss.

(5) Sobre este tema ver PICCIAREDDA, S., “COVID-19 in Africa and Latin America. Certain Forms of Religious Negationism favor the Pandemic”, en BALSAMO, F. — TARANTINO, D. (eds.), *Law, Religion...*, ob. cit., ps. 129 y ss.

en el caso del festival Rakher Upobash (6). En Corea, la propagación del virus, especialmente en sus etapas iniciales, ha sido atribuida por muchos a las actividades religiosas de la Iglesia coreana Shincheonji de Jesús (7). No obstante, durante la llamada primera ola del contagio de COVID-19, se observó en Israel y en los Estados Unidos de América resistencia o incluso oposición abierta por parte de numerosas comunidades de judíos ultraortodoxos que se negaron a cumplir con las normas gubernamentales y las instrucciones de las autoridades sanitarias (8). En África y América Latina, el aumento de los brotes se ha visto sin duda facilitado por la presencia de numerosas iglesias cristianas denominadas “neopentecostales” o de “reavivamiento”, todas las cuales comparten un enfoque particularmente desconfiado de la medicina tradicional (9).

A diferencia de otras denominaciones religiosas que han adoptado reglamentos específicos para modificar los ritos funerarios a fin de permitir la celebración de funerales incluso en tiempos de pandemia (10), algunas Iglesias ortodoxas

(6) Para más información, cfr. <https://www.ilpost.it/2020/11/10/martedi-10-novembre-2/hindu-devotees-join-rakher-upobash-in-dhaka-amid-covid-19-coronavirus-pandemic/>.

(7) Los fieles de esta confesión, de hecho, no pueden llevar máscaras ni anteojos y deben sentarse en el suelo, en línea con las demás congregaciones; están obligados a asistir al culto incluso en caso de enfermedad y a participar en actividades de proselitismo. Sobre el tema ver INTROVIGNE, M., “Lesson from the Shincheonji Case in South Korea: Monitoring Without Scapegoating”, disponible en [https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/03/introvigne\\_diresom-papers.pdf](https://diresomnet.files.wordpress.com/2020/03/introvigne_diresom-papers.pdf).

(8) Cfr. MARTINELLI, E., “The Communities of Ultra-Orthodox Jews in the ‘Storm’ of COVID-19”, en BALSAMO, F. — TARANTINO, D. (eds.), *Law, Religion...*, ob. cit., ps. 47 y ss.

(9) Sobre este tema, consulte PICCIAREDDA, S., “COVID-19 in Africa and Latin America...”, ob. cit., ps. 129 y ss. De hecho, a partir del segundo semestre de 2020, en América Latina la pandemia del COVID-19 ha alcanzado dimensiones especialmente graves y preocupantes, sobre todo en el Brasil, debido también a las posiciones escépticas hacia la medicina tradicional avaladas por el presidente Bolsonaro, notoriamente cercanas a la principal iglesia neopentecostal del país, la Igreja Universal do Reino de Deus (IURD).

(10) Sobre el tema, en lo que respecta al contexto italiano, señalamos las directrices emitidas por el Centro Is-

no han suspendido, ni siquiera durante las fases más agudas de la pandemia de COVID-19, la costumbre de permitir que los fieles besen el cuerpo del difunto. Como resultado, según las autoridades sanitarias de Serbia y Montenegro, la multitud presente en el funeral del obispo metropolitano Amfilohije Radovic y del patriarca de la Iglesia Ortodoxa Serbia Irinej, ambos celebrados en noviembre de 2020, constituyó uno de los principales brotes responsables del repentino aumento de casos en los dos países balcánicos (11).

Sin embargo, más allá de estos episodios, la mayoría de las experiencias de diálogo entre las confesiones religiosas y las autoridades políticas se ha caracterizado por una cooperación constructiva o, en algunos casos, por una verdadera sinergia en la promoción de medidas de apoyo para hacer frente a las consecuencias negativas de la pandemia, incluso en el plano económico y social (12).

Particularmente apreciable en este sentido ha sido la experiencia del Senegal, país que ocupa uno de los primeros lugares del mundo en cuanto a la mejor gestión de la pandemia. El éxito del modelo senegalés se debe principalmente a la política de diálogo y cooperación entre las cofradías religiosas y el actual presidente del Senegal, que ha logrado imponer, no sin cierta resistencia inicial, las restricciones necesarias a las funciones religiosas, obteniendo el apoyo de los principales grupos religiosos. Los mismos grupos

lamico Culturale d'Italia (CICI) de la Mezquita de Roma, según las cuales: “Cuando las circunstancias de la salud y la salud pública no permitan ni el lavado, ni el vertido de agua, ni el *tayammum*, proceder directamente a la redacción del sudario sobre el difunto, incluso en presencia de otras prendas de vestir”. Para más detalles, véase <https://diresom.net/2020/03/30/coreis-islamic-prayers-during-the-pandemic-and-provisions-to-honor-burial-in-europe/>.

(11) Véase <https://www.bbc.com/news/world-europe-54823860>.

(12) En muchas circunstancias, las comunidades religiosas han promovido acciones de solidaridad para proteger a los sectores más débiles de la población y apoyar las estructuras hospitalarias, incluso en sustitución de las prerrogativas del Estado. Sobre este tema ver BALSAMO, F., “The Loyal Collaboration...”, ob. cit., así como FRONZONI, V., “From Social Distance to Muslim Solidarity at the Time of COVID-19”, ambos en CONSORTI, P. (ed.), *Law, Religion and COVID-19 Emergency*, ob. cit., ps. 47-55 y ps. 261-268.

han promovido actividades de sensibilización e iniciativas destinadas a transmitir a los fieles las buenas prácticas y el asesoramiento en materia de salud (13).

En muchos países de mayoría islámica se han registrado experiencias similares de colaboración positiva entre las autoridades civiles y las religiosas (14).

### III. La reanudación de las celebraciones religiosas católicas en Italia y Argentina

Entre los modelos caracterizados por un diálogo entre el Estado y las confesiones religiosas para la lucha contra la pandemia de COVID-19 es posible incluir la experiencia italiana y argentina, que aquí limitaremos a la condición de la Iglesia católica, para identificar las principales diferencias detectables en los dos sistemas.

Las Iglesias católicas italiana y argentina compartieron la misma actitud de responsabilidad, favoreciendo el uso de formas de participación a distancia en los servicios religiosos, transmitidos por *streaming* a través *social networks* y la plataforma YouTube (15). Ambos países también han

entablado un diálogo fructífero con las autoridades civiles, destinado principalmente a determinar formas de celebración de ritos con la participación del pueblo que sean compatibles con la protección de la salud pública y la contención de la infección por COVID-19. Sin embargo, los resultados del diálogo en los dos países fueron muy diferentes, especialmente si consideramos el retraso en la autorización de la reapertura de los lugares de culto en la Argentina.

En efecto, mientras que en Italia la reapertura de los lugares de culto, al menos para la oración individual, tuvo lugar el 25 de marzo, en la Argentina hubo que esperar hasta el 13 de mayo (16), con el resultado de que ni siquiera fue posible para los fieles católicos argentinos acudir individualmente a los lugares de culto, incluso durante el período de Cuaresma y Semana Santa (17). En la provincia de Buenos Aires, además, la reapertura de los lugares de culto, solo para la oración individual, se permitió recién a partir del 22 de julio (18).

*can.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco\_20201003\_enciclica-fratelli-tutti.html.*

(16) Para más información, consultar <https://www.agensir.it/quotidiano/2020/5/13/coronavirus-covid-19-argentina-chiese-aperte-per-preghiera-personale-e-guida-spirituale/>.

(17) La participación en las celebraciones de la Semana Santa es una obligación precisa de todos los fieles católicos. De hecho, el punto nro. 1389 del Catecismo de la Iglesia Católica obliga a los fieles "a recibir la eucaristía al menos una vez al año, si es posible durante el tiempo de Pascua". Aún más enfáticamente, el canon 1246, § 1, del Código de Derecho Canónico de 1983 establece que "el domingo en el que se celebra el Misterio Pascual debe ser observado en toda la Iglesia, de acuerdo con la tradición apostólica, como el primer día festivo de obligación". Para remediar la situación de los fieles argentinos, la Conferencia Episcopal Argentina distribuyó un documento especial llamado "Triduo Pascual 2020: Celebraciones para los hogares", con el fin de fomentar la participación a distancia de los fieles en los servicios religiosos transmitidos por *streaming*, <https://www.episcopado.org/contenidos.php?id=2402&tipo=unica>.

(18) Sobre este tema, véase <https://www.agensir.it/quotidiano/2020/7/21/coronavirus-covid-19-argentina-le-chiese-di-buenos-aires-riaprono-per-la-preghiera-individuale/>. Las condiciones para el acceso individual de cada creyente se han detallado en el siguiente documento: <https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/PE-RES-SGYRI-SSRIE1-35-20-ANX.pdf>.

(13) Cfr. LEMMI, D. — SIMONCELLI, M., "Contro ogni pronostico, il Senegal è fra i 3 paesi al mondo che ha gestito meglio la pandemia", disponible en <https://thevision.com/coronavirus/senegal-gestione-epidemia/>.

(14) En este punto se hace referencia a GAGLIARDI, C., "The COVID-19 Pandemic in Muslim Countries", en BAL-SAMO, F. — TARANTINO, D. (eds.), *Law, Religion...*, ob. cit., ps. 81 y ss.

(15) Sobre el tema, sin embargo, hay que señalar que el papa Francisco, durante la misa matutina del 17/04/2020 en Santa Marta, reiteró que las misas en vivo y en directo sin los fieles son permisibles "solo en tiempos de crisis porque esta no es la Iglesia: es la Iglesia de una situación difícil, que el Señor permite, pero el ideal de la Iglesia está siempre con el pueblo y con los sacramentos. Siempre". Conf. <https://www.avvenire.it/papa/pagine/santa-marta-del-17-aprile-2020>. En el mismo sentido, vale la pena registrar la prudencia con la que el papa Francisco invita al uso responsable de internet y de las herramientas digitales en su Carta Encíclica sobre la Fraternidad y la Amistad Social *Fratelli tutti*, en la que advierte: "Es necesario, sin embargo, verificar continuamente que las formas actuales de comunicación nos orientan realmente al encuentro generoso, a la búsqueda sincera de la verdad plena, al servicio, a la cercanía con los últimos, al compromiso de construir el bien común." FRANCISCO, "Lettera enciclica *Fratelli tutti*", 03/10/2020, nro. 205, disponible en <http://www.vati>

En cuanto a la reanudación de las celebraciones con el pueblo, cabe señalar que, aunque ya el 21/04/2020 la Conferencia Episcopal Argentina había presentado al gobierno federal una propuesta para la reanudación de las celebraciones religiosas en condiciones de seguridad articulada en trece puntos (19), la línea del gobierno

(19) En la propuesta formulada por el presidente de la Comisión de la Conferencia Episcopal de Fe y Cultura, el arzobispo Víctor M. Fernández, arzobispo de La Plata, presentó al gobierno federal el compromiso de los preladados argentinos de asegurar: 1) que haya una distancia de dos metros entre las personas, tanto a los lados como en la parte trasera y delantera. Esto requerirá la remoción o cancelación de la mitad de los bancos; 2) que no haya más de dos personas por banco; 3) que, una vez que los bancos se llenen de esta manera, no se aceptará la entrada de más personas; 4) que en las iglesias donde suele haber mayor afluencia de gente, se multiplique el número de misas, de modo que los fieles se distribuyan entre el sábado y el domingo en diferentes horas. Dada la ubicuidad y proximidad de las iglesias, esto no afectará al transporte; 5) que no se celebre la misa con los fieles en los santuarios más visitados, por la dificultad de establecer dicho control. En tales casos, solo los agentes pastorales que sirven en la comunidad pueden ser invitados a puerta cerrada; 6) que en la misa no haya cola para recibir la comunión, sino que los ministros se acerquen a las personas situadas en los extremos de los bancos y coloquen la eucaristía en la palma de sus manos; 7) que cada ministro que se acerque a la comunión se lave las manos con jabón antes y después y se ponga un gel con alcohol; 8) que se omita el saludo de paz y todo contacto físico; 9) que las misas no duren más de 40 minutos; 10) que la salida del templo sea gradual y que se eviten los saludos; 11) que las intenciones de la misa se reciban con antelación solo por teléfono, correo o mensajes; 12) que los que por su edad no puedan asistir puedan recibir la comunión en sus casas; 13) que se mantenga temporalmente la dispensa del precepto dominical para que las personas que prefieran un cuidado extremo no se sientan obligadas a participar. Para obtener más información, consultar <https://www.infobae.com/coronavirus/2020/05/16/coronavirus-en-argentina-como-sera-el-protocolo-para-que-templos-y-lugares-de-culto-vuelvan-abrir-sus-puertas/>.

parecía decididamente rigurosa, en consonancia con el bloqueo generalizado impuesto en el país durante más de cuatro meses.

De hecho, además de las medidas restrictivas que ya se aplicaban en gran parte de la Argentina (20), en la provincia de Buenos Aires —la más poblada del país— fue necesario esperar hasta el 14/09/2020 para permitir el oficio de las funciones religiosas con la presencia del pueblo (21), pero esto se autorizó en condiciones muy estrictas. Se establece, por ejemplo, un límite máximo de veinte fieles para cada celebración religiosa; se exige que cada fiel ocupe no menos de quince metros cuadrados, y se impide el acceso a todos los individuos mayores de sesenta años y pertenecientes a determinadas categorías de salud.

Estas medidas parecen ser mucho más estrictas que las disposiciones contenidas en el protocolo sanitario firmado por la Conferencia Episcopal Italiana, la Oficina del Primer Ministro y el Ministerio del Interior el 07/05/2020, en el que, inicialmente, respetando las normas de distancia interpersonal, se impuso un límite máximo de doscientos adoradores para cada ceremonia religiosa, límite que posteriormente se suprimió mediante acuerdos locales entre las regiones y las autoridades religiosas y ya no se propuso.

(20) Sobre el tema, consultar <https://www.infobae.com/coronavirus/2020/05/16/coronavirus-en-argentina-como-sera-el-protocolo-para-que-templos-y-lugares-de-culto-vuelvan-abrir-sus-puertas/>.

(21) El protocolo del 14 de septiembre para la ciudad y la provincia de Buenos Aires se puede encontrar en [https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/protocollo\\_per\\_la\\_ripresa\\_delle\\_celebrazioni\\_con\\_il\\_popolo\\_7\\_maggio\\_2020\\_.pdf](https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/protocollo_per_la_ripresa_delle_celebrazioni_con_il_popolo_7_maggio_2020_.pdf). Para un comentario inicial sobre las disposiciones, véase la contribución de M. D'Arienzo, disponible en <https://diresom.net/2020/05/16/prof-da-rienzo-illustrates-the-agreement-for-religious-services/>.

# Le carceri italiane, il sovraffollamento e la pandemia (\*)

Stefania Sartarelli (\*\*)

**Sumario:** I. Il perdurante problema del sovraffollamento carcerario.— II. Un primo potenziamento delle misure extra moenia.— III. Il cambio di rotta con i decreti “antiscarcerazioni” IV. Considerazioni conclusive (aperte).

## I. Il perdurante problema del sovraffollamento carcerario

In un contesto socio-sanitario stravolto dalla pandemia, dove l'unica misura preventiva attuabile (insieme all'uso della mascherina e alla frequente pulizia delle mani) parrebbe essere il distanziamento sociale, ci si chiede se e come questo sia stato realizzato nell'ambito di quelle strutture come il carcere, dove si vive chiusi, spesso in uno spazio fisico limitato in cui “mantenere le distanze” può risultare impossibile. Lo è ancora di più, se l'istituto penitenziario di cui si tratta (come lo sono la maggior parte di quelli italiani) è afflitto dall'endemico problema del sovraffollamento carcerario.

Quest'ultimo rappresenta, infatti, il principale deficit di molti istituti di pena italiani, ciò che ha dato luogo a diverse denunce —e a conseguenti condanne— che lamentavano la violazione degli standard minimi tali da permettere una permanenza in istituto quantomeno dignitosa.

La Corte EDU, difatti, chiamata ad esprimersi in più occasioni, ha riconosciuto che le condizioni igieniche nonché lo spazio a disposizione dei detenuti italiani (talvolta inferiore ai 3 metri quadrati) violassero l'art. 3° della Convenzione EDU,

(\*) Per una più ampia trattazione della tematica, sia consentito rinviare a SARTARELLI, Stefania, “Virus y cárcel en Italia”, in AA.VV., *El rostro de la pandemia. Reacciones desde la academia*, Ed. Gedisa, 2020, in corso di pubblicazione.

(\*\*) Professoressa aggregata di Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia.

in quanto sintomatici di un trattamento di pena disumano, denunciandone, peraltro, una ricorrenza non episodica, ma cronica (1).

Le ragioni di un sovraffollamento carcerario che finisce per inficiare un sistema di esecuzione della pena ed una prospettiva penitenziaria trattamentale, sulla carta, riccamente infarciti di strumenti inclusivi della società extra moenia e di aneliti rieducativi e recuperatori, sono plurime. Esse vanno rinvenute, innanzi tutto, nella carenza di risorse economiche che sarebbero necessarie per potenziare la dotazione degli istituti di pena di mezzi atti a garantire standard di soggiorno qualitativamente più elevati e per incrementare il personale penitenziario, con indiscutibili vantaggi sia per la “vita carceraria” del detenuto che per la “vita carceraria” di chi lavora all'interno degli istituti stessi (2).

In secondo luogo, di certo contribuisce ad aumentare la popolazione detenuta anche l'eleva-

(1) VALENTE SARDINA, Enrica, “Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità”, in *dirittopenaleuomo.org*, 21 ottobre 2020, 14; Corte Edu, Torreggiani e altri c. Italia (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10).

(2) VALENTE SARDINA, Enrica, “Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa”, 15. Si vuole qui sottolineare come la “vita carceraria” stressante e mal eseguita sia dal lato del personale penitenziario che, ovviamente, dal lato del recluso possa causare vere e proprie patologie psicologiche tali da condurre, in alcuni casi, al suicidio. Secondo i dati pubblicati sul sito *www.ristretti.it*, 30 ottobre 2020, i detenuti suicidatesi in carcere nel 2019 sono stati 53 su un totale di 126 morti; nel 2020 (ad oggi), sono stati 49 su un totale di 126 morti.

tissimo numero di soggetti in attesa di giudizio. Se a questo si aggiunge la sopravvivenza nel sistema italiano del codice penale figlio del regime autoritario del ventennio fascista, con la sua previsione di cornici edittali di pena decisamente draconiane e l'insufficiente ricorso a meccanismi di risoluzione del conflitto generato dal reato diversi dalla pena detentiva, sia in fase di cognizione che in fase di esecuzione, si può comprendere come mai l'ingresso in carcere, seppur per un breve lasso di tempo, diventi praticamente "normale" per un gran numero di condannati anche a pene detentive medio-brevi, con tutto ciò che ne deriva in termini di sovraffollamento penitenziario e di (inutile e dannosa) stigmatizzazione del reo, pregiudicandone il percorso risocializzativo (3).

Una siffatta, già congestionata, situazione penitenziaria, non solo può facilmente acuitarsi nell'impatto con la diffusione del virus Sars-Covid 19, ma soprattutto rende difficile, se non impossibile, l'operatività della basica misura di contenimento del virus stesso: il distanziamento sociale.

## II. Un primo potenziamento delle misure extra moenia

E' sulla base di queste premesse che si vuole fare, in questa sede, una sintetica panoramica di come è stato (ed è) gestito in Italia il binomio virus/carcere.

Va rilevato preliminarmente come, con l'insorgere dell'emergenza sanitaria nella prima ondata (da febbraio 2020, circa), fosse stato dato ai giudici competenti per l'esecuzione penitenziaria, il potere di sospendere, fino al 31 maggio 2020, la concessione dei permessi premio e del regime di semilibertà.

Proprio questa possibilità di sospensione dei benefici extramurari, unita alla interruzione dei colloqui dal vivo con i familiari e delle attività

---

(3) VALENTE SARDINA, Enrica, "Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa", 15-16, secondo cui, un primo passo nel senso della riduzione del sovrappopolamento degli istituti, potrebbe tradursi nel rispetto costante del principio di extrema ratio della detenzione nella scelta esecutiva, nell'ottica di un ricorso sempre maggiore a percorsi penali esterni maggiormente individualizzanti e meno segreganti del carcere.

trattamentali (istruzione, sport, attività ricreative e lavorative), potrebbero essere state le cause che hanno innescato la rivolta oppure soltanto un pretesto per dare il via ad una sommossa sapientemente organizzata (4), sta di fatto che dal 7 marzo fino al 20 aprile 2020 le prigioni italiane sono state investite da sommosse, da proteste collettive, incendi, danneggiamenti, risse il cui bollettino finale conta 13 morti, 99 detenuti feriti e 136 agenti feriti dei 6 mila impegnati a sedare i disordini, per un totale di 12 milioni di euro di danni ad arredi, celle e strutture. Certo, il dubbio che le rivolte siano state pilotate da esponenti di spicco della criminalità organizzata allo scopo di sferrare un duro colpo all'autorità dello Stato poggia, tra l'altro, sull'osservazione empirica che la causa della morte di tutte e tredici le vittime sia stata l'overdose, in quanto trattasi di detenuti più fragili affetti da dipendenze che hanno approfittato delle sommosse (o sono stati istigati a farlo) per assaltare le farmacie interne.

Anche la strana coincidenza che le rivolte più acute si siano propagate negli istituti maggiormente sovraffollati, dove sono rinchiusi anche esponenti della criminalità mafiosa, incrementa il sospetto che non si sia trattato solo della manifestazione violenta di un malcontento dettato dalle misure anti-Covid profilate per gli istituti di pena (5).

Quello che è certo, è che il clima all'interno degli istituti di pena italiani, già alle prese con il cronico problema del sovraffollamento, in seguito all'emergenza sanitaria nazionale, si presentava rovente.

Ed è in questo contesto che si inserisce il decreto legge "Cura Italia" del 17 marzo 2020 proprio con il primario obiettivo di addivenire ad una sollecita riduzione della popolazione presente negli istituti di pena, prevedendo una forma eccezionale di esecuzione della pena detentiva presso il domicilio (con validità fino al 30 giugno 2020) per i detenuti condannati a una pena o con un residuo di pena fino a 18 mesi, ed introducendo la possibilità di concedere licenze anche

---

(4) FOSCHINI, Giuliano — TONACCI, Fabio, "I boss dietro la rivolta nelle carceri, ecco l'inchiesta dell'antimafia", in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), 22 luglio 2020.

(5) FOSCHINI, Giuliano — TONACCI, Fabio, "I boss dietro la rivolta nelle carceri".



più lunghe di quelle già ordinariamente previste al detenuto ammesso al regime di semilibertà, a meno che non ricorressero “gravi motivi ostativi” (6).

Rimanevano esclusi dall’accesso ai suddetti benefici i condannati per delitti particolarmente gravi come quelli previsti nell’art. 4° bis ord. penit. (come ad esempio, reati di terrorismo e di eversione e reati di associazione mafiosa, ma anche alcuni reati contro la pubblica amministrazione, ecc.), i reati di maltrattamenti in famiglia e di stalking (atti persecutori), i condannati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, nonché coloro che fossero stati sottoposti a un regime di sorveglianza particolare, o che fossero incorsi in provvedimenti disciplinari o che avessero partecipato alle rivolte iniziate il 7 marzo 2020, oltre a quelli privi di un domicilio effettivo ed idoneo ad eseguire la detenzione domiciliare.

### III. Il cambio di rotta con i decreti “antiscarcerazioni”

L’emanazione del d.l. Cura Italia, dunque, insieme al più massiccio ricorso alle misure alternative già esistenti, ha fatto sì che si producesse una riduzione dell’affollamento carcerario, scongiurando così il più possibile il rischio di contagio all’interno degli istituti di pena. A fine febbraio 2020 i detenuti erano 61.123 contro una capienza regolare di 50.931 unità (sovrappollamento superiore al 119%). Dopo il decreto Cura Italia, a fine aprile, il numero dei detenuti è sceso a 53.904 unità, per arrivare a fine luglio a 53.619 (con tasso di affollamento del 106,1%) (7). Da questi dati

(6) MENGHINI, Antonia, “Il carcere al tempo del Coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della magistratura di sorveglianza e repliche “garantiste” del Governo”, in Riv. It. Medicina Legale, 2020, 823 ss., v. bibliografia ivi citata; per una approfondita descrizione del decreto cura Italia: RUARO, Massimo, “Le disposizioni relative all’esecuzione penale del d.l. cura Italia (d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. l. 24 aprile 2020, n. 27)”, in Cass. Pen., 2020, 2185 ss.

(7) RAZZI, Massimo, “Coronavirus, la Fase 2 nelle carceri: il sovrappollamento è ancora un problema”, in www.repubblica.it, 10 agosto 2020, dove si sottolinea tuttavia che alcuni istituti di pena (24 su 190) continuano ad avere livelli molto alti di sovrappollazione carceraria (140%); v. anche www.antigone.it per la presentazione del rapporto di metà anno sulla situazione delle strutture detentive italiane.

si evince come la flessione numerica sia intervenuta soprattutto tra marzo e aprile 2020, per poi subire un netto rallentamento.

Quest’ultimo è spiegabile a causa della polemica insorta a seguito della liberazione di alcuni boss mafiosi. Anzi, in realtà, ciò è quanto è stato divulgato dagli organi di informazione che, intitolando i quotidiani nazionali alla scarcerazione di un numero imprecisato di capimafia-assassini, responsabili dei più efferati delitti ancora indelebili nella memoria della collettività, hanno ingenerato nell’opinione pubblica, già provata dalla pandemia, un senso di profonda riprovazione verso l’operato dei giudici e di profondo dissenso, tanto che il Governo italiano si è sentito in dovere di correre ai ripari, emanando due nuovi decreti legge volti ad “imbrigliare”, in un certo senso, l’attività giudiziale.

La verità è che, nell’ambito delle centinaia di provvedimenti sospensivi dell’esecuzione della pena detentiva adottati dalla magistratura di sorveglianza nel periodo considerato, soltanto due hanno interessato esponenti di spicco della criminalità mafiosa.

In entrambi i casi, si trattava di soggetti di età avanzata, con un quadro clinico piuttosto grave, di indiscutibile rilievo criminale e pertanto soggetti al regime di cui all’art. 41 bis ord. penit. (carcere duro, con isolamento ed altre restrizioni) per i quali, in mancanza della possibilità di gestire la patologia all’interno delle mura carcerarie, considerando anche il maggior rischio che tali pregresse infermità potessero rivelarsi letali in caso di contagio del virus Covid 19, si era resa necessaria la concessione della detenzione domiciliare in surroga, almeno per un certo periodo di tempo, successivamente rivalutabile. Questi due provvedimenti trovavano la loro ratio semplicemente in quelli che sono i principi cardine di un ordinamento giuridico penale-processuale-penitenziario costituzionalmente e convenzionalmente orientato (art. 27 Cost. e art. 3° CEDU), in virtù dei quali il diritto alla salute e il divieto di pene disumane (il cui indice di afflittività ecceda quello normalmente insito nell’esecuzione della pena detentiva) debbano essere sempre conside-

rati prevalenti rispetto alla legittima pretesa punitiva statutale **(8)**.

Come detto, però, il clamore suscitato dai (solo) due casi di “scarcerazione” dei boss mafiosi, secondo la denominazione utilizzata dai giornali nazionali, anche se non di scarcerazione si è trattato, ma semmai di esecuzione domiciliare della pena, ha indotto il Governo a fare dietro front, al fine di “tranquillizzare” sul piano della difesa e della sicurezza sociale una popolazione già stremata dal diffondersi del virus e dalle sue vittime, e dunque particolarmente insofferente a questo tipo di notizie. Da qui, l’emanazione dei due decreti-legge “antiscarcerazioni”, poi sostanzialmente confluiti nella legge del 25 giugno 2020, n. 70, che ne ha riprodotto le disposizioni più significative **(9)**: ovvero, la necessità di acquisire i pareri dei procuratori (distrettuale, antimafia e antiterrorismo) prima che il magistrato di sorveglianza proceda all’ammissione di un detenuto (condannato per particolari tipologie di reati) ai permessi di necessità o alla detenzione domiciliare in surroga (concessa cioè nei casi in cui ricorrano le condizioni per il rinvio dell’esecuzione della pena); le rivalutazioni ravvicinate e stringenti dei provvedimenti applicativi della detenzione domiciliare, del differimento della pena e della sostituzione della custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari per motivi connessi all’emergenza sanitaria da Covid-19 (la cui sussistenza va accertata, una prima volta, dopo quindici giorni dall’adozione della decisione e poi con cadenza mensile) **(10)**.

---

(8) MENGHINI, Antonia, “Il carcere al tempo del Coronavirus”, la quale specifica come i casi di cui si è fatto ampio dibattito abbiano riguardato un condannato con fine pena prossimo, di età avanzata (78 anni), con un quadro patologico grave ed un condannato con un quadro clinico altrettanto grave, con un fine pena al 2024 e un rilevante spessore criminale (si trattava, infatti, di Pasquale Zagaria, uno dei più famosi e “attivi” boss mafiosi).

(9) In realtà, soltanto il d.l. n. 28 è diventato legge, mentre il d.l. n. 29 è stato abrogato facendo salvi gli effetti sino a quel momento prodotti, ma le norme in esso contenute sono state trasposte, seppur con qualche novità, nel testo del d.l. n. 28 sotto forma di modifiche, durante la conversione in legge, come precisato da CABIALE, Andrea, “Covid e scarcerazioni: diventano legge, con alcune novità, i dd. l.l. nn. 28 e 29 del 2020” in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13 luglio 2020.

(10) E’ il caso di sottolineare che le restrizioni all’operato della magistratura di sorveglianza introdotte dai c.d. decreti legge “antiscarcerazioni” sono state anche oggetto

#### IV. Considerazioni conclusive (aperte)

In questo scenario, torniamo a considerare la gestione del rischio-contagi all’interno del carcere, partendo dai dati numerici: al 28 ottobre 2020 i detenuti erano 54.815 rispetto ad una capienza massima di 50.552 (percentuale di affollamento del 116,37%), i positivi al Covid erano 152, di cui 145 gestiti dalle stesse strutture sanitarie carcerarie e 7 ricoverati in strutture sanitarie esterne. Nel periodo della prima ondata di contagi tra febbraio e agosto 2020 ci sono stati 568 soggetti contagiati, di cui 8 deceduti (4 detenuti, 2 agenti, 2 medici penitenziari) **(11)**. Dunque, si può dire che tutto sommato la situazione del rischio contagi in carcere sia stata tenuta sotto controllo, specialmente se paragonata alla ecatombe provocata dalla diffusione del virus all’interno di altre strutture “chiusse” come le R.S.A. (residenze sanitarie assistenziali, per anziani), quello che proprio non si riesce a contenere, nonostante l’importante deflazione avvenuta nel post decreto Cura Italia, è l’esubero delle unità detenute all’interno degli istituti di pena rispetto alla loro effettiva capienza.

Perciò, l’intervento normativo che si è nuovamente profilato è stato il decreto legge, emanato il 28 ottobre 2020, n. 137, denominato “decreto ristori”. Anche questo provvedimento ha introdotto la possibilità di concedere al condannato ammesso al regime di semilibertà le licenze “premio” (ovvero, in misura superiore ai 45 giorni annui), con il solo limite della sussistenza di gravi motivi ostativi alla concessione da valutarsi da parte del magistrato di sorveglianza e con un periodo di vigenza che arriva alla data espressamente indicata del 31 dicembre 2020.

Sempre fino al 31 dicembre 2020, si possono concedere permessi premio senza gli ordinari limiti di durata (dunque, anche più lunghi di

---

di due questioni di legittimità costituzionale sollevate per contrasto con alcuni principi costituzionali fondamentali, come quello di difesa del condannato e di tutela della sua salute. La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza n. 245 del 24 novembre 2020 le ha ritenute infondate.

(11) MILELLA, Liana, “I veri numeri sui contagi in carcere. Il Covid non ha sfondato”, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), 30 ottobre 2020; RAZZI, Massimo, “Coronavirus, la Fase 2 nelle carceri”; v. anche il XVI rapporto sul carcere italiano - la Fase 2, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it), 10 agosto 2020; il comunicato del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà, [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it), 28 ottobre 2020.

quindici giorni e complessivamente più ampi di quarantacinque giorni annui), ma solo a chi abbia già fruito di permessi premio e sia stato già assegnato a svolgere un lavoro all'esterno (o sia ammesso all'istruzione o alla formazione professionale all'esterno, nel contesto dell'ordinamento penitenziario minorile) e tra questi, solo a coloro i quali non stiano espiano pene comminate per i gravi reati di cui all'art. 4° bis ord. penit. (associazione di stampo mafioso, violenza sessuale di gruppo, tratta di persone, pornografia minorile, concussione, ecc.) (12), né siano stati condannati per maltrattamenti in famiglia o atti persecutori (stalking), o per reati a vario titolo connessi con i reati di matrice mafiosa o terroristica (più in generale, con i reati ostativi).

Il "decreto ristori" ripropone, infine, la misura della detenzione domiciliare per le pene, anche residue, non superiori a diciotto mesi, secondo quanto già previsto a marzo col decreto cura Italia, stabilendo la possibilità di fruirne fino al 31 dicembre 2020, sempre che il magistrato di sorveglianza non ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura e sempre con l'obbligo del braccialetto elettronico (e con le difficoltà di reperimento che lo contraddistinguono), ad eccezione dei minorenni o di chi ha una pena residua da scontare non superiore ai sei mesi (13).

Ovviamente e nuovamente sono esclusi dall'accesso a tale forma di detenzione domiciliare tutti quei detenuti che si trovino in regime di carcere duro (art. 41 bis ord. penit.) perché condannati per reati particolarmente gravi come mafia, terrorismo, corruzione, voto di scambio, violenza sessuale (art. 4° bis ord. penit.), oltre a delitti di maltrattamenti e atti persecutori. Sono esclusi anche i "delinquenti abituali", nonché i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare, e quelli sanzionati nell'ul-

(12) GIANFILIPPI, Fabio, "Il decreto legge Ristori e le carceri", in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it), 1 novembre 2020, in realtà, già normalmente, come sottolineato dall'A., i reati di cui all'art. 4° bis ord. penit. sono ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, se non in presenza di precise condizioni (la collaborazione con la giustizia; l'esclusione dell'attualità dei collegamenti con l'associazione criminale di origine), ciò che ha condotto peraltro alla configurazione di quella strana pena detentiva perpetua che è l'ergastolo ostativo e che è stata recentemente attenzionata sia dalla Corte EDU (sentenza Viola c. Italia) che dalla Corte Costituzionale italiana (sent. n. 253/2019).

(13) GIANFILIPPI, Fabio, "Il decreto legge Ristori e le carceri".

timo anno per infrazioni disciplinari (si rammentino le rivolte carcerarie di marzo), i detenuti sottoposti a contestazioni disciplinari successive all'entrata in vigore del decreto legge e quelli privi di un domicilio effettivo e idoneo ad eseguire la detenzione stessa (14). Per tutte queste categorie di esclusi, dunque, varranno le regole generali, quindi, in caso di particolari condizioni di salute tali da mettere il soggetto in una situazione di incompatibilità con la detenzione intramuraria, in considerazione dell'emergenza sanitaria nazionale e locale (per esempio, nella Regione o nel territorio in cui si trova l'istituto di pena), si potrà ammettere questo detenuto tratteggiato dal sistema di esecuzione come "più pericoloso" alla detenzione domiciliare in surroga, "imbrigliata", però, dalla necessaria acquisizione dei pareri dei vari procuratori (distrettuali e antimafia o antiterrorismo) e dal continuo e martellante monitoraggio (il primo dopo 15 giorni dall'adozione della misura, poi mensilmente) delle condizioni emergenziali che vi hanno dato causa. Al 22 novembre 2020, tuttavia, seppur con una leggera flessione delle presenze in carcere (53723), i detenuti positivi sono saliti a 809 unità (15).

Ad oggi, l'emergenza sanitaria mondiale è tutt'altro che cessata e dal 31 dicembre 2020, al decadere cioè del decreto "ristori" la gestione carceraria della pandemia sarebbe rimasta sguarnita, senonché, forse anche per lo sciopero della fame indetto da qualche esponente politico e da alcuni docenti universitari proprio per sensibilizzare la politica in merito alla grave criticità in cui versano gli istituti di pena, l'ordinamento italiano ha deciso di convertire in legge l'ultimo decreto ("ristori"), prorogando la vigenza delle sue misure di contenimento del virus (in carcere) di un mese, quindi fino al 31 gennaio 2021 (16).

E' più che mai lecito, a questo punto, chiedersi che cosa accadrà allo scadere anche di questo ulteriore termine, a fronte dell'eccessivo numero di soggetti ancora detenuti in carcere e alla persistenza della pandemia.

(14) [www.ilpost.it](http://www.ilpost.it), "Le misure sulle carceri nel decreto ristori", 30 ottobre 2020.

(15) [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), 30 dicembre 2020, in cui è possibile consultare il report del DAP (Dipartimento Amministrazione Penitenziaria) dove si specifica che degli 809 detenuti positivi, 766 sono asintomatici, 27 sintomatici e 16 ricoverati.

(16) PESTELLI, Giacomo, "Convertito in legge il D.L. 137/2020 (c.d. decreto Ristori): tutte le novità in materia penale", in [quotidianogiuridico.it](http://quotidianogiuridico.it), 23 dicembre 2020.



# IL DIRITTO NELL'ERA DIGITALE



# Sulla motivazione delle decisioni giudiziarie in epoca digitale

Amedeo Santosuosso (\*)

**Sumario:** I. Come decidevano, decidono e decideranno i giudici nell'era digitale.— II. La motivazione delle decisioni pubbliche.— III. Una proposta tra diritto e tecnologia.— IV. La sentenza: un aggregato temporaneo di dati.

## I. Come decidevano, decidono e decideranno i giudici nell'era digitale

Se il cambiamento nel modo di decidere dei giudici si dovesse misurare sulla quantità di intelligenza artificiale effettivamente applicata negli apparati giudiziari italiani ed europei, si dovrebbe dire che nulla è, almeno fino ad oggi, cambiato (1).

La questione è in realtà più complessa.

A dispetto di quello che larga parte dei giudici italiani, che pure usano il sistema Consolle, pensa, depositare una sentenza attraverso quel sistema non è come usare una semplice videoscrittura. Per effetto di una digitalizzazione avanzata (che produca dati strutturati o semi strutturati) il tradizionale atto giuridico (sentenza, ordinanza, decreto, atto di citazione, comparsa, legge, provvedimento amministrativo, e ancora), una volta inserito in un ambiente informatico, subisce alcune trasformazioni importanti e correlate: in primo luogo, si delocalizza rispetto al suo autore/produttore (in quanto, anche materialmente, viene a trovarsi in un server, che può essere in un

luogo remoto, rispetto all'ufficio di provenienza). In secondo luogo, si trasforma da documento compatto in aggregato di informazioni, che possono essere disaggregabili e che possono popolare ulteriori aggregati di informazioni, ai quali possono contribuire soggetti diversi e in una posizione istituzionale, professionale e personale diversa. Gli elementi di questi aggregati possono persino appartenere a fonti sovranazionali, comunitarie o di altri paesi (posto che, da un punto di vista contenutistico, non si può escludere che un caso o una fonte extranazionale sia concettualmente più prossima al caso da decidere di quanto non lo sia una fonte o un precedente nazionale: sono queste le dinamiche tipiche del diritto transnazionale) (2).

Sono documenti (o informazioni o dati) di questo genere quelli sui quali potranno applicarsi le tecnologie di IA e che, però, già oggi hanno prodotto alcuni cambiamenti importanti nel lavoro dei giudici:

- I materiali di un fascicolo possono essere facilmente reperiti on line durante lo studio della causa, la decisione (monocratica o collegiale della camera di consiglio), anche se l'ufficio di cancelleria è chiuso.

- Anche nella fase della decisione in Camera di consiglio è possibile accedere, tramite uno schermo di dimensioni appropriate, a materiali della

(\*) Presidente del Centro di Ricerca Interdipartimentale European Centre for Law, Science and New Technologies (ECLT) dell'Università di Pavia sin dalla sua fondazione e insegna Diritto, Scienza, nuove Tecnologie presso il medesimo Ateneo.

(1) In questo scritto riprendo ampiamente temi trattati in SANTOSUOSSO, A., "Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto", Mondadori Università, 2020 (disponibile anche in formato Kindle), in particolare nel capitolo 4, al quale rinvio per una trattazione organica.

(2) SANTOSUOSSO, Amedeo, "Diritto, scienza, nuove tecnologie", Wolters Kluwer, Milano, 2011 (I ed.) e 2016 (II ed.), p. 377.

causa, a banche dati, a fonti nazionali o internazionali.

- Il giudice può avere accesso ai materiali anche dalla propria abitazione o dall'estero.

- Il processo si dematerializza e l'uso della carta viene eliminato o, almeno, si riduce fortemente.

## II. La motivazione delle decisioni pubbliche

La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e, in generale, delle decisioni pubbliche che riguardino specifici individui è un punto realmente critico nelle applicazioni di tecnologie di IA al diritto.

### II.1. La preoccupazione in alcuni documenti internazionali

L'utilizzo di tecnologie di IA "è conforme al principio del giusto processo"? Questa è la domanda che si pone il network europeo dei consigli superiori (ENCJ) già citato sopra, richiamando l'Art. 6 CEDU, secondo il quale l'esito del processo deve essere trasparente e deve poter essere spiegato come si è raggiunto un certo risultato. Anche la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ, vedi sopra) si pone problemi analoghi. In particolare, si chiede se l'utilizzo di tecniche di IA possa avere effetti quasi prescrittivi, creando una nuova forma di normatività, che potrebbe integrare la legge limitando la discrezionalità sovrana del giudice e portando, in una prospettiva a lungo termine, a una standardizzazione delle decisioni giudiziarie, che verrebbero a essere non più basate sul ragionamento caso per caso dei tribunali, ma su un puro calcolo statistico. In definitiva, il problema è se "tali soluzioni siano compatibili con i diritti individuali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)", in particolare il diritto a un processo equo (il diritto a un giudice naturale stabilito dalla legge, il diritto a un tribunale indipendente e imparziale e l'uguaglianza delle armi nei procedimenti giudiziari) (3). D'altra

parte, anche l'art. 111 della Costituzione italiana prevede, sin dalla sua originaria formulazione, che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati", un aspetto importante del diritto a un giusto processo.

Insomma, la motivazione delle decisioni giurisdizionali si presenta come uno dei punti più delicati, forse il più delicato, del raccordo tra IA e principi giuridici. Al punto da far ritenere impossibile o preclusivo l'utilizzo di qualsiasi sistema di IA che impedisca la spiegabilità di ogni passaggio della specifica decisione giudiziaria come decisione dello specifico caso. Tali posizioni, e preoccupazioni, sono perfettamente comprensibili e meritano la massima attenzione (come si è visto a proposito del caso Loomis: par. 3.1). Tuttavia, mi pare sia necessario, quando si pongono in luce i limiti della decisione presa con l'ausilio di tecniche di IA, che s'individuino esattamente quale sia il termine di comparazione. In altri termini, bisogna spiegare cosa si presupponga a proposito di motivazione quando si esclude l'utilizzabilità di tecniche di IA nel corso di una decisione giurisdizionale: si presuppone forse che, secondo quanto previsto dalle norme vigenti e quanto praticato nelle corti, ogni passaggio delle decisioni debba essere o sia effettivamente o potenzialmente spiegato o spiegabile?

La realtà presenta sfumature numerose e chiaroscuri che meritano attenzione. Il tema della motivazione è molto complesso ed è stato trattato numerose volte in dottrina. Qui di seguito faccio solo cenni ad alcuni aspetti cruciali, a proposito di quale sia la natura della motivazione e cosa ad essa si richieda, con lo scopo di proporre qualche argomento che possa contribuire a ridimensionare l'ansia da spiegabilità della decisione, che sembra pervadere alcune posizioni contrarie pregiudizialmente all'uso dell'IA nel decidere. Per esempio, si può cominciare ad accettare che gli umani hanno i loro pregiudizi e un loro modo unico e non conoscibile di prendere decisioni:

Non comprendiamo appieno il pensiero umano, ma accettiamo ancora i suoi errori. Se si commette un errore in un test di matematica, si potrebbe essere in grado di tornare indietro e capire dove si è verificato l'errore e come risolverlo per la prossima volta. Ma nessuno ha idea di come il cervello stesso sia arrivato internamente alle sue

(3) European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment (Strasbourg, 3-4 December 2018), p. 27 disponibile presso <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>.



conclusioni! Le neuroscienze non sono ancora a questo punto e non abbiamo grossi problemi a cavarcela senza quella conoscenza. Se vogliamo affrontare alcune delle questioni etiche e giuridiche dell'intelligenza artificiale all'interno di settori sensibili agli errori, come l'assistenza sanitaria e la finanza, non ha davvero senso lavorare sull'interpretabilità. Si tratta più di applicare l'IA nel modo giusto (4).

## II.2. Alle origini della motivazione

Da un punto di vista storico è una conclusione quasi universalmente accettata tra gli studiosi che non esistesse un obbligo di motivazione sia nel diritto romano, sia nel diritto antico e medio-antico, in genere, mentre l'idea di fornire una spiegazione logico-razionale della decisione iniziò a far capolino col secolo dei lumi e al tramonto della visione 'teistica' del giudice bouche de Dieux (5).

Per quanto riguarda l'Italia, l'obbligo di motivazione risale alle costituzioni giacobine di fine '700, con funzione principalmente interna al processo a tutela dei diritti delle parti, mentre la funzione di controllo esterno del potere giudiziario era rimesso alla Corte di cassazione, cui era devoluto il controllo sulla attuazione del principio di subordinazione del giudice alla legge (6).

Come si è visto, in Italia è l'art. 111 della Costituzione a prevedere per la prima volta in modo esplicito in un testo di legge non ordinaria (7) l'obbligo di motivazione. Ma se si volesse trovare un ricco dibattito sull'origine di tale disposizione

(4) SEIF, George, "AI doesn't need to be fully interpretable", 2018, <https://towardsdatascience.com/ai-doesnt-need-to-be-fully-interpretable-4767b110dc1e>.

(5) BISCOTTI, Barbara, "Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove", In: AAVV, *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*. vol. 1, p. 273-331, Cedam, Padova, 2012, che cita anche TARUFFO, Michelino, "La motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo", in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, ps. 279 ss.

(6) DENTI, Vittorio, sub. Art. 111 Cost., in *La magistratura*, vol. IV, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca G., Bologna, 1987, ps. 5 ss.

(7) La motivazione era già prescritta nel codice di procedura civile del 1865 e in quello del 1940, nel testo vigente fino alla riforma del 2009, come le "ragioni di fatto e di diritto della decisione" (art.132, co. 2, n.4 c.p.c.).

nei lavori preparatori, il risultato sarebbe deludente e a fatica si troverebbero indicazioni circa i contorni e il contenuto dell'obbligo di motivazione. Poco se n'è parlato nei lavori preparatori e, quando si è fatto, è stato in considerazione di profili del tutto particolari, come il ruolo delle giurie popolari nei processi penali. L'unico ancoraggio certo è costituito dal rinvio al principio di legalità, che, nello stabilire che "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", pone, per un verso, un argine alle pretese di controllo del potere politico e, al tempo stesso, traccia un confine all'interno del quale i giudici sono autorizzati a esercitare il loro potere: l'operare nei limiti della legge fonda il potere dei giudici e trova dimostrazione e conferma nell'esplicitazione dei motivi che hanno portato a una certa decisione (art. 101, comma 2 della Costituzione).

D'altra parte, anche se riconosciuto in tutti gli ordinamenti affini al nostro, non sempre l'obbligo di motivazione è esplicitamente previsto nelle costituzioni o nei Bill of rights. Per esempio, la costituzione tedesca, il Grundgesetz, non ha una norma corrispondente al nostro art. 111 Cost., tanto che "la giurisprudenza della Corte costituzionale dovette far riferimento al 'principio dello stato di diritto' per affermare l'obbligo di motivazione, inteso come dovere generale dei pubblici poteri" (8).

A livello delle carte internazionali né la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo né il patto di New York del 1966 né la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo contengono l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziali, pur prevedendo altre cautele, come la pubblicità dei processi, l'imparzialità del giudice e il giusto processo.

In definitiva si può dire che in epoca relativamente recente sia emersa una sensibilità giuridica condivisa, rispetto al tema dell'opportunità, e in una certa misura dell'obbligatorietà, che chi detiene il potere giurisdizionale debba rendere conto delle proprie decisioni argomentandole (9). Tuttavia, fermo restando il solido ancorag-

(8) DENTIO, op. cit., loc. cit.

(9) BISCOTTI, op. cit., 27. Per il potere amministrativo, oltre all'art. 41 CEDU, è degna di nota Corte Costituzionale (sentenza n. 310/2010): "L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità,

gio nei principi fondamentali degli ordinamenti occidentali (essenzialmente il giusto processo e il principio di legalità), l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali non ha un unico e univoco modo di essere riconosciuto e, soprattutto, di essere inteso. Si può dire sinteticamente: motivazione vi deve essere, ma cosa essa sia è ampiamente da vedere.

### II.3. Profili teorici

A livello dottrinario molti profili sono stati posti in luce.

Secondo la formula di più largo impiego, la motivazione è "l'espressione dell'iter logico-giuridico attraverso il quale il giudice è pervenuto alla decisione" (10). In termini tecnicamente forse più precisi, e ridotta al minimo, la motivazione può essere considerata come "l'insieme degli enunciati linguistici formulati dal giudice in funzione giustificativa delle proposizioni che adempiono a un ruolo prescrittivo (dispositivo)" (11). In epoca più recente la motivazione della sentenza è stata ritenuta, sia sotto il profilo della teoria del linguaggio (sia anche della teoria generale del diritto, debitrice, per questo aspetto, nei confronti della prima), un discorso giustificativo, ossia "un discorso atto a far risultare, mediante ragioni, che qualcosa è giusto" (12).

Tuttavia, anche tali minime e comprensive definizioni, sono esposte a critiche importanti. In generale è diffusa l'idea che i motivi espressi nella sentenza siano incapaci di rispecchiare la ricchezza delle intuizioni e del lavoro logico che ha guidato il giudice alla formulazione del dispositi-

o e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa. Esso è radicato negli artt. 97 e 113 Cost., in quanto da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale".

(10) DENTI, Vittorio, op. cit., p. 12.

(11) AMODIO, v, voce Motivazione della sentenza penale, in Enc. dir., vol. XXVII, Milano, 1977, p. 199.

(12) BORSELLINO, Patrizia, "La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale", in AA. VV., La fabbrica delle interpretazioni. Atti del Convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza (Università di Milano- Bicocca 19-20 novembre 2009), ps. 141 ss.

tivo. Di qui una degradazione del loro valore, ridotto alla stregua di apparato formale destinato a manifestarsi come punto di emergenza di una realtà dalle radici ben più profonde, anche se, è l'opinione di Amodio, "per le parti la motivazione costituisca tuttora una garanzia ineliminabile oggetto di costante invocazione".

Vi è poi chi fa notare che "la stessa natura giuridica della motivazione non sia identificabile al di fuori di un approccio globale del fenomeno". La motivazione, quindi, può essere indagata e considerata sotto due profili, come segno linguistico e come fonte d'indizi. La motivazione segno riguarda l'esposizione dei motivi con i quali il giudice comunica le ragioni della decisione alle parti e al pubblico (e al giudice dell'impugnazione), mentre la motivazione come fonte di indizi allude alla sua attitudine a esprimere, oltre il suo significato intenzionale, altri fatti, quali lo stato psicologico, il livello culturale, le opinioni e lo stato sociale dell'autore (13).

Quali debbano essere i requisiti della motivazione è stato storicamente oggetto di indagine da parte della Corte di cassazione, che, investita (fino alla riforma del 2012) del controllo del rispetto dell'obbligo di motivazione da parte dei giudici, ha adottato un concetto di motivazione con significati assai diversi, "dalla pura e semplice esistenza grafica dello scritto, alla presenza di proposizioni che assumano come punto di partenza certi contenuti, per giungere fino alla pretesa dell'analiticità dell'accertamento o della persuasività degli enunciati del giudice" (14).

Un crinale interessante è costituito dalla visione della motivazione come operazione logica (o persino psicologica) e come esposizione di tutti gli elementi probatori assunti nel processo, che si riferiscono a un fatto da accertare, in altri termini come il giudice seleziona le risultanze processuali ai fini della motivazione in fatto. Nel processo civile, può valere anche per i motivi in diritto che una parte ha fatto valere e che, sia se accolti sia se rigettati, richiedono una spiegazione e risposta (vedi avanti).

(13) AMODIO, op. cit., p. 184 che cita TARUFFO, op. cit. p. 43-44; 50-52; 59.

(14) AMODIO, op. cit., p. 181.

Si profila così un'opposizione tra una visione della motivazione come oggetto/entità razionale in sé, i cui enunciati si giustificano per la loro reciproca coerenza interna e in relazione a altri enunciati teorici, che possono provenire da precedenti giudiziari e/o dalla dottrina (non necessariamente che dia conto di tutto quanto emerso nel processo), e la visione della motivazione come elaborato logico giuridico che contiene e deve contenere una completa analisi delle questioni, di fatto o tesi di diritto, emerse nel corso del processo (per es. i fatti e le prove). La questione è rilevante in sede di analisi delle decisioni e loro predizione (vedi cap. 3).

### III. Una proposta tra diritto e tecnologia

Oggi ci si trova di fronte a tre tipi di difficoltà. Alle due principali tradizionali, quella incarnata dalla corrosione scettica, tipica del realismo giuridico, e quella della motivazione intesa in senso meramente formale (staccata dal processo e dalle difese delle parti), si somma l'emergere dei problemi di spiegabilità di elaborazioni eventualmente prodotte dall'uso di sistemi di intelligenza artificiale, preoccupazione quest'ultima di cui si fanno carico i documenti internazionali citati sopra e un certo sentire diffuso.

Premesso che l'idea di fare semplicemente argine all'uso di IA non ha molto senso, perché, ammesso anche che sia possibile, comunque lascerebbe sul tappeto i primi due problemi, va ricordato che le diverse tesi tradizionali riguardano e mettono in luce funzioni e aspetti diversi della motivazione, che sono rilevanti e acquistano maggior peso laddove è in gioco la difficoltà di spiegabilità. Alcune tesi considerano la motivazione come mero sillogismo (dalla norma astratta alla sua applicazione al caso specifico), altre come resoconto del percorso decisorio, altre come razionalizzazione a posteriori, altre come esposizione che parte dallo stato dell'arte (scopo/statement/dichiarazione di scienza conoscitivo).

Qui di seguito esaminiamo alcuni aspetti che assumono rilievo con l'emergere del problema della spiegabilità dei risultati raggiunti con tecniche di IA. L'obiettivo è di capire se, cosa e come il problema dell'explainability si aggiunga ai precedenti problemi e quali prospettive apra il possibile utilizzo di tecnologie di IA.

#### III.1. La motivazione come razionalizzazione a posteriori

Un punto di partenza utile per la nostra indagine è costituito dalla convinzione che la motivazione non sia rappresentazione del processo decisionale. Che la motivazione non fosse o non potesse essere il "fedele resoconto" del processo attraverso il quale il giudice giunge alla decisione era chiaro già negli anni Cinquanta del Novecento, quando Calamandrei sosteneva che essa fosse "l'apologia che il giudice elabora a posteriori della decisione stessa" (15).

Ciò autorizza il ricorso alla distinzione tra il momento dell'esplorazione e della ricerca della soluzione (giuridica) di un caso (context of discovery) e quello della sua giustificazione (context of justification/explanation). In termini pratici, un conto è il complesso percorso che il giudicante compie per arrivare alla decisione della lite e "un altro è il discorso giustificativo che il medesimo costruisce, al fine di rendere conto della propria decisione" (16).

Una visione di questo genere è, alla fine dei conti, in linea con le previsioni normative.

Sono ben noti, e regolati dalla legge, i casi di manifesta scissione tra il momento della decisione e quello della motivazione. L'art. 544 del Codice di procedura penale prevede che "qualora non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi in camera di consiglio, vi si provvede non oltre il quindicesimo giorno da quello della pronuncia" e che, "quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, [...] il giudice [...] può indicare nel dispositivo un termine più lungo". Le regole di procedura civile prevedono un'analogia possibile scissione tra momento decisorio e momento di deposito della motivazione nelle cause in materia di lavoro (art. 420 cpc), dove è prevista la lettura del dispositivo e il successivo deposito della motivazione, e in tutte le altre materie che applicano il rito del lavoro o riti a esso ispirati (come nelle impugnazioni di sanzioni CONSOB o della Banca d'Italia).

(15) CALAMANDREI, Piero, "Processo e democrazia", Cedam, Padova, 1954, p. 101, citato in BISCOTTI, op. cit., p. 10.

(16) BISCOTTI, op. cit., 11.

In tutti questi casi, penali e civili, il giudice decide di assolvere/condannare/ dichiarare/costituire o altro, e poi ha un termine per motivare quell'antecedente decisione.

Si può quindi dire, a un primo livello di approssimazione, che, ben prima dell'avvento dell'IA, la motivazione non è resoconto di tutto quanto accaduto nel processo e nella fase decisoria, ma sua giustificazione a posteriori. Questo significa che vi è uno iato, o un possibile disallineamento, tra motivazione e quello che un fedele resoconto potrebbe dire del percorso che ha portato a quella decisione.

### *III.2. Tra il pensare e lo scrivere*

In questo iato, che riguarda sia il tempo della stesura sia la natura stessa dell'atto-motivazione (resoconto e giustificazione), si possono inserire diversi elementi e considerazioni, di tipo sia teorico sia fattuale, cui qui di seguito si fa cenno.

A livello teorico si considerino le applicazioni della defeasible logic, cioè di quella logica che supera i limiti della logica monotona (secondo la quale il sistema giuridico è una base assiomatica, alla quale si applica una logica monotona) e che, per evitare la derivazione di conclusioni incompatibili con nuove norme prevalenti, accetta che tale base assiomatica sia modificata corrispondentemente. Nota Giovanni Sartor, a sostegno della necessità di adottare una logica defeasible, che

Nel ragionamento giuridico hanno particolare importanza i precedenti. In generale, il fatto che un caso precedente P1 sia stato deciso in un certo modo fornisce una ragione per decidere nello stesso modo un nuovo caso simile C, che condivide con P1, almeno in parte, gli aspetti o fattori che hanno motivato la decisione di P1. Si tratta di una ragione defeasible, che può essere superata da ragioni in contrario. In particolare, agli argomenti che richiamano il precedente P1, si possono opporre considerazioni basate su aspetti o fattori la cui presenza o mancanza distingue il nuovo caso C da P1, argomentando che tali differenze richiederebbero una decisione diversa per C. Tali considerazioni possono essere rafforzate dal richiamo ad altro precedente P2, nel quale si sia raggiunta una decisione diversa da quella di P1, e

che condivide con C la presenza di fattori assenti in P1 o l'assenza di fattori presenti in P1 (17).

Premesso che quanto detto a proposito del precedente vale, con solo lievi modifiche, anche per l'applicazione di norme di legge, chiunque abbia un minimo di dimestichezza con il modo in cui si giunge a una decisione giurisdizionale non farà fatica a riconoscere in questa esposizione teorica alcune dinamiche tipiche della formazione della decisione.

Lo studio preliminare della causa richiede, in una prima fase, la messa in ordine dei fatti esposti dalle parti e delle norme/teorie giuridiche che esse hanno indicato a sostegno delle domande proposte al giudicante. In questa fase il giudice ipotizza applicazioni di norme/precedenti e procede per tentativi e verifiche delle priorità logico-giuridiche delle questioni e della tenuta delle ipotesi prospettate. Realizzato un sufficiente grado di chiarezza e convinzione, il giudice decide secondo un ragionamento (poi si vedrà meglio quale) che è nella sua mente, nei suoi appunti, in una bozza di sentenza, e poi, dopo aver formulato e letto il dispositivo (18), fornisce il quadro completo delle motivazioni in un testo (sentenza), che rende pubblico attraverso il deposito.

Ogni persona, non necessariamente un giudice, che abbia esperienza di scrivere, non dico un saggio teorico, ma anche una semplice lettera a chicchessia (amico, familiare o amministratore di

---

(17) SARTOR, Giovanni, "Logica e diritto", in LOLLI, Gabriele - TOFFALORI, Carlo (a cura di), *Le direzioni della ricerca logica in Italia*, Hykel Hosni, Pisa, Edizioni della Normale, 2015, ps. 283-314, p. 304 in particolare. L'autore così spiega un ragionamento non-monotono: "Supponiamo che Tizio abbia causato un danno a Caio, ma che Tizio fosse incapace di intendere e di volere, essendo in stato di ubriachezza. La prima delle nostre norme ci condurrebbe a ritenere che Tizio sia responsabile (passo 1), ma la seconda norma, più specifica, fornisce un'eccezione alla prima, e quindi Tizio non sembrerebbe responsabile (passo 2). Infine, la terza norma escludendo l'applicazione della seconda (che avrebbe escluso la prima) ci conduce a ritenere che la prima si applichi e quindi che Tizio sia responsabile. Si tratta di un ragionamento non-monotono: se aggiungiamo nuove premesse (eccezioni) a una teoria giuridica T (un insieme di norme e fatti) vengono meno alcune conclusioni derivabili da T" (p. 300).

(18) Ciò vale di solito nei processi penali e anche in quelli civili quando si applica il cosiddetto rito lavoro e simili: vedi sopra.

condominio), sperimenta facilmente la delicatezza del passaggio dalla fase, magmatica o meditata, di formazione di un'idea di quello che si intende scrivere nella lettera e lo scrivere effettivamente una serie di enunciati che corrispondano a quell'idea, e sperimenta tutta la differenza che può intervenire tra pensare un enunciato e porlo in forma scritta. Questo accade quotidianamente ai giudici, che talora scoprono ulteriori buoni motivi della decisione presa (intuita?) sulla base dello studio preliminare e dell'esperienza e la difficoltà di porre una sequenza di parole, frasi e concetti che abbiano un fondamento logico e razionale.

Può capitare che si scopra che un fatto, al quale era stato dato un peso  $x$ , in realtà ne abbia uno nettamente maggiore o minore. A quel punto la decisione può cambiare nel tipo di giustificazione che del dispositivo si dà, che, a causa dell'emergere di elementi di fatto o di diritto che vadano in senso contrario deve seguire una via diversa da quella immaginata inizialmente. Tutto questo, si badi bene, non è, e giustamente, oggetto di rendiconto nella motivazione.

### *III.3. La ricchezza caotica del contesto della ricerca*

Sempre a proposito di cosa possa collocarsi nell'intervallo logico temporale tra dispositivo e motivazione, ci si può chiedere se possa accadere che in questo spazio NON oggetto di rendiconto si inserisca anche l'uso di tecniche di IA, in occasione di una ricerca giurisprudenziale o normativa avanzata o alla ricerca di un suggerimento argomentativo.

Una volta che siano rispettati gli obblighi di motivare secondo una "razionalità di tipo 'quasi-logico'" (di cui parla Patrizia Borsellino), correlata a criteri logico metodologici comunemente ritenuti corretti alla luce di un quadro di riferimento, anche normativo, di cui la prima cornice è rappresentata dalla Costituzione, sembra difficile negare questa possibilità. A meno che non si voglia negare l'uso in camera di consiglio di una calcolatrice, di una scoperta a posteriori di qualsiasi natura, anche di un fatto politico o una novità scientifica, sempre che non si tratti di tecniche di cui sia esplicitamente proibito l'uso o di elementi della decisione per i quali sarebbe necessario suscitare il contraddittorio delle parti.

La possibilità di raggiungere una soluzione giuridica di un caso utilizzando anche un sistema di machine learning o deep learning, che produca un risultato che i giudici fanno proprio e che, dopo averlo fatto proprio, riescono a giustificare in termini giuridici tradizionali, fa scandalo solo se si assuma l'idea che la motivazione debba essere una specie di verbale di quanto accaduto nel corso del processo decisionale, che ha inizio con il primo studio della causa e che si conclude con la camera di consiglio (e anche dopo, fino al deposito della motivazione). Ma, lo si è visto sopra, la motivazione processo o rendiconto del percorso e dell'andirivieni, che ogni causa un minimo complessa richiede, non è teorizzata o richiesta da nessuno.

D'altra parte, anche il risultato dell'applicazione di tecnologie di IA a dataset giuridici non può essere neanche mitizzato e può rientrare in quel context of discovery, dove si fa ricorso e concorrono fonti ed elementi diversi. Tra queste vi possono essere un libro sullo scaffale dello studio del giudice, una ricerca in una banca dati messa a disposizione dell'ufficio, la memoria personale di un giudice che ricorda un lontano precedente, l'intuizione di un collega o di un judicial assistant (oggi presenti nei nostri tribunali e nelle nostre corti sotto la denominazione di tirocinanti ex art. 73) o, perché no?, i risultati di una esplorazione di un dataset con tecniche di machine learning. Questi risultati, pur potendo apparire prima facie non corrispondenti alla ragionevolezza umana (come ci ricorda Kevin Ashely: vedi sopra, ma anche alcune opinioni espresse in camera di consiglio possono non essere ragionevoli!), hanno comunque una natura che non può essere per ciò solo causa di loro esclusione dal percorso decisionale.

Quei risultati possono essere l'invisibile che viene reso visibile, cioè quello che è presente nell'esperienza giuridica che ha preso la forma di quelle raccolte di dati e che noi non vediamo o perché i dati sono tanto numerosi da essere per noi defatigante, o di fatto impossibile, una nostra esplorazione o perché la nostra esplorazione è affetta da uno dei bias cognitivi umani (vedi sopra) che ci impediscono di vedere qualcosa che pure sarebbe sotto i nostri occhi e che, invece, un sistema automatico (che avrà altri bias, ma non i nostri) riesce a correlare. Tutto sommato, e al netto della distanza di tempo, non siamo lontani dalla visione di Norberto Bobbio: non diversamente da un artigiano che sia insieme anche un

artista, questi strumenti il giurista non se li trova già pronti per l'uso davanti a sé: per usarli deve prima di tutto andarseli a cercare (e qualche volta sono lontani e nascosti), poi foggjarseli secondo lo scopo proposto, e talora anche fabbricarseli con le proprie mani (19).

Lo vedremo poco più avanti. Intanto quello che è importante è che il coacervo, talora disomogeneo e apparentemente disordinato della fase di discovery, trovi il modo di prendere la forma e di metamorfizzarsi in un testo ispirato a quella razionalità che Patrizia Borsellino dice di "tipo logico o 'quasi-logico'", degno del nome motivazione. Questa idea, però, non è condivisa da chi sostiene che la decisione/motivazione resa sulla base delle risposte date da un sistema di IA sia irrimediabilmente inficiata dalla natura di black box di quel sistema.

#### III.4. Scatole nere: una metafora non chiara

Secondo un'idea corrente la maggior parte dei sistemi di apprendimento automatico (*machine learning*), e soprattutto quelli di deep learning, sono essenzialmente scatole nere (*black boxes*), in cui non si può davvero controllare come l'algoritmo raggiunga il risultato che raggiunge.

La black box è una metafora atecnica e suggestiva, al pari di altre, come per es. essere un 'oracolo' (20). In realtà, come si è visto per la motivazione in generale, anche la comprensione di cosa venga considerata una scatola nera richiede una chiarificazione su cosa si intenda per spiegazione. La scatola nera, infatti, si definisce proprio in opposizione a quello che è ritenuto spiegabile o spiegato, rispetto al quale la scatola nera, per la quale conosciamo solo gli stimoli in entrata (*input*) e le risposte in uscita (*output*), si presenta come un'unità le cui operazioni interne non possono essere oggetto di indagine (21).

(19) BOBBIO, Norberto, "Essere e dover essere nella scienza giuridica", in BOBBIO, Norberto (a cura di), *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, ps. 139-173, p. 154 in particolare.

(20) Che infatti non si trova in testi tecnici come quello di Russel e Norvig. La metafora dell'oracolo è usata nell'editoriale di Nature dopo la vittoria di Alpha GO: *Digital intuition*, Nature, 28 January 2016, vol. 529, 437.

(21) La questione è al centro anche di sviluppi tecnologici, nel senso della chiarezza, ai quali sono interessati

È stato fatto notare che la spiegazione può essere intesa in almeno due modi. Se si chiede a una persona perché ha fatto qualcosa (sempre che si tratti di una decisione presa con attenzione) si parte dal presupposto che la persona abbia avuto una buona ragione per aver agito in quel modo e, fondamentalmente, ci si chiede quale sia stato il ragionamento attraverso il quale quella persona ha preso quella decisione, e ci si aspetta che abbia pesato i pro e i contro e abbia scelto una linea d'azione in previsione di un risultato atteso.

Se invece, ed è il secondo modo di intendere la spiegazione, ci si chiede perché qualcosa è andato storto, si sta chiedendo una sorta di spiegazione a posteriori di un fallimento. Ad esempio, dopo un incidente d'auto, si potrebbe volere una spiegazione di cosa ha causato l'incidente. L'autista era distratto? Un'altra macchina lo ha fatto sterzare? In questo caso, più che un ragionamento, si cerca, più o meno, l'evento critico che ha causato una reazione particolare al di fuori del normale comportamento (22).

La spiegazione che si vorrebbe ricevere o che ci si aspetterebbe, quando si pensa all'intelligenza artificiale, sembra essere quella del primo tipo (la ragione per la quale abbia scelto una linea d'azione sulla base di quale risultato atteso), anche se per lo più i sistemi sono simili al secondo tipo;

anche nel mondo delle imprese. In effetti, deep learning ha la reputazione di essere un metodo "scatola nera". Diverse storie di successo per la costruzione di "scatole di vetro" hanno utilizzato modelli per migliorare la trasparenza e l'interpretazione. Alcuni progetti nel campo dell'intelligenza artificiale spiegabile sono i seguenti: "Reversed Time Attention Model (RETAIN): The RETAIN model was developed to help doctors understand why a model predicts patients at risk of heart failure. Local Interpretable Model-Agnostic Explanations (LIME): A post-hoc model that provides an explanation of a decision after it has been made. Layer-wise Relevance Propagation (LRP): This is particularly useful for computer vision for identifying important pixels by running a backward pass in the neural network" (si veda Vishal Morde, 5 Key Lessons Learned from 2018 AI Summit, NYC Hype, Reality, Ethics, Disruption and More..., Dec. 10, 2018, <https://towardsdatascience.com/https-medium-com-vishalmorde-lessons-learned-from-ai-summit-d7c071cb4c06> visitato il 19 agosto 2019).

(22) CARD, Dallas, "The 'black box' metaphor in machine learning", Jul 5, 2017, disponibile presso <https://towardsdatascience.com/the-black-box-metaphor-in-machine-learning-4e57a3a1d2b0> visitato il 19 agosto 2019.

cioè, ricevono stimoli ai quali reagiscono. Di solito, quindi, bisogna prendere atto che è più difficile capire le ragioni per le quali è stata presa una decisione particolare.

In realtà, i sistemi di machine learning e di deep learning non sono scatole nere, nel senso proprio del termine, perché sono costituiti da un insieme di reazioni elementari, ciascuna delle quali è in sé spiegabile, ma esse sono molto numerose, e quindi non facili da ricostruire da un umano, oppure, nel caso dei modelli di deep learning (o neural networks), le interazioni sono non-lineari, che significa non solo che non vi è un unico percorso tra input e output, ma che l'effetto di cambiare un input può dipendere dai valori di altri input. Questo rende molto difficile da concepire mentalmente cosa stia accadendo nel sistema, anche se i dettagli sono nondimeno trasparenti e del tutto disponibili per un'eventuale ispezione.

La situazione si può anche rovesciare. Nelle ricerche sulla visione umana, per esempio, si sta tentando, con i sistemi di machine learning, di imitare il comportamento umano usando solo gli input e gli output. In tal caso, se considerato dal punto di vista di un sistema di machine learning, è l'umano a costituire la scatola nera (23).

In sintesi, si può dire che difficoltà di conoscenza e di ricostruzione delle decisioni sicuramente esistono, ma sono difficoltà materiali (come, per esempio, l'eccessiva onerosità e quindi non convenienza economica della ricostruzione) e non il risultato di chissà quale mistero del sistema.

D'altra parte, non sono queste difficoltà le uniche che si incontrano nella nostra vita sociale. Un segreto industriale, per esempio, è un ostacolo giuridico alla conoscenza che può avere, che si tratti della formula della Coca Cola o del software proprietario con il quale i giudici americani calcolano l'aumento di pena per rischio di recidiva (il caso Loomis, vedi par. 3.1), effetti di blocco della conoscenza che non sono da meno. Gli esempi in ambito giuridico possono continuare. Un effetto black box è creato dal divieto di, o dal non uso, della pubblicazione dell'opinione di minoranza, e quindi dissenziente, nella decisione

(23) CARD, op. cit., ritornando così all'origine del concetto di black box nella psicologia comportamentale.

di un collegio: l'effetto è di rendere inesplorabile il confronto di opinioni che si è sviluppato in un collegio.

Così come alcuni contributi scientifici nelle consulenze tecniche e nelle perizie. Ricordo un caso in cui una parte che agiva in giudizio contro l'autore di una contraffazione di un brevetto, si rifiutò di far accedere il consulente tecnico, nominato dal giudice, al proprio processo di fabbricazione, valutando più dannosa per sé la rivelazione delle specifiche tecniche di quel processo rispetto al rischio di non fornire la prova o di non consentire l'accesso alla prova. Ancora una volta un black box giuridico e tecnico. Vi sono poi alcune prassi decisionali basate banalmente su inerzie che somigliano a scatole nere, come quando un giudice decide sulla base di una sentenza della Cassazione di cui esamina solo il dispositivo o la massima, senza prestare attenzione al caso concreto dal quale quella affermazione di diritto prende le mosse.

In conclusione, le black box, nel diritto o nelle prassi, esistono, così come esistono nella medicina (24) o nel pilotaggio degli aerei, come è emerso nei disastri dei Boeing 737 Max nel 2019. Si tratta di capire come gestirle e come integrare i processi decisionali. Non va, poi, sottovalutato che non tutto è negativo e che può essere importante, anche in campo giuridico, la scoperta di relazioni che prima non erano mai state considerate (25).

Sembra andare in questa direzione il progetto di ricerca su come decidere About, By and Together with Algorithmic Decision Making Systems (ADM), promosso da The Hans-Bredow-Institut di Amburgo, che si propone di rispondere a domande come le seguenti:

In che modo gli umani prendono decisioni sugli altri umani rispetto a come i sistemi ADM prendono le stesse decisioni sugli umani? In che modo gli esseri umani in congiunzione con i si-

(24) NICHOLSON PRICE, William, "Big data and black-box medical algorithms, in *Science Translational Medicine*", Vol. 10, Issue 471, 2018.

(25) HOLM, Elizabeth A., "In defense of the black box. Black box algorithms can be useful in science and engineering", in *Science*, 2019, vol 364, issue 6435, p. 26-27: l'autrice cita tra l'altro il caso di uno studio che ha impiegato un sistema di deep learning per diagnosticare la retinopatia diabetica, individuando a sorpresa una serie di altri fattori di rischio concorrenti come il sesso e l'età.

stemi ADM prendono decisioni su altri umani? Quali sono i limiti in cui le macchine dovrebbero prendere decisioni sulle persone? E come possono gli stati decidere se i sistemi ADM dovrebbero essere utilizzati all'interno dei sistemi di giustizia penale" (26).

### *III.5. Di cosa è fatta la motivazione di una decisione*

È utile, a questo punto, tornare a porsi una domanda, più profonda, se si vuole: di cosa è fatta una sentenza/motivazione, quali sono i suoi componenti e come è/deve essere organizzata al suo interno e cosa deve contenere rispetto alla totalità del materiale contenuto nel processo e nei suoi atti?

La risposta più convincente è, a mio avviso, che la motivazione, sia essa penale o civile, è un insieme di quegli elementi che provengono dal processo e che hanno costituito oggetto di prospettazione da parte dei difensori delle parti (o dalle parti stesse) e che il giudice pone in un proprio ordine logico giuridico.

Non paia una definizione riduttiva. Essa è l'unica in grado di rispondere alla regola che vieta al giudice di decidere oltre le richieste delle parti o al di fuori di esse [No ultra petita o extra petita, Taruffo 397 (27)] e al principio del contraddittorio, secondo il quale il giudice che ritenga "di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio" deve assegnare alle parti un termine per poter interloquire con il deposito di memorie (Art. 101 cpc). Dal che si deduce che il giudice deve pronunciare sulle questioni proposte dalle parti (28) e non può porre a fondamento (29) della decisione que-

---

(26) Il progetto è promosso da The Hans-Bredow-Institut (un indipendente e non-profit che opera dal 1950 in collaborazione con l'università di Amburgo): <https://hans-bredow-institut.de/en/projects/opportunities-and-limitations-of-adm-systems> (visitato il 23 maggio 2019).

(27) Codice di procedura civile, Art. 112. (Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato). "Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti".

(28) Includere le prove e il loro risultato, che non può essere ignorato in nome della pura consistenza razionale interna all'elaborato sentenza. D'altra parte, il testo attuale dell'art. 360 cpc prevede il ricorso per Cassazione "per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".

(29) Altra cosa sono gli obiter dicta.

stioni sulle quali le parti non abbiano potuto esercitare il diritto di difesa. Potrà certo, se lo ritiene, approfondire o anche sviluppare, ma a partire da una questione che sia stato oggetto d'interlocuzione.

A stretto rigore si può dire che il giudice non aggiunge argomenti, ma li organizza e gerarchizza in modo funzionale alla decisione e che, quindi, una buona motivazione è una motivazione che rende esplicito il perché e il come, e secondo quale ordine, il giudice abbia deciso di aggregare quegli elementi giuridici: niente di più e niente di meno. Questo perché la decisione e la motivazione arrivano all'esito di un processo governato dalla regola fondamentale, non tanto e non soltanto della legalità, ma del contraddittorio, espressione massima del diritto di difesa e del giusto processo.

### **IV. La sentenza: un aggregato temporaneo di dati**

Il passo successivo è chiedersi quale sia la natura di questi elementi/argomenti giuridici che vanno a popolare la motivazione della sentenza. Essi sono norme di legge, norme costituzionali o di trattati internazionali, norme provenienti da altri ordinamenti giuridici (caso sempre più frequente, soprattutto e non solo in ambito europeo), elaborazioni dottrinarie.

Tutti questi materiali, si noti, sono gli stessi e vengono tratti da fonti condivise con gli avvocati, gli studiosi dell'accademia, le amministrazioni in vista di loro decisioni o gli stessi legislatori. La differenza sta solo nel modo in cui ognuno di questi professionisti o di questi enti organizza le informazioni, modo che dipende dalle proprie finalità istituzionali e dai propri confini deontologici.

Quanto alla forma, queste informazioni sono espresse in linguaggio naturale, cioè nel linguaggio usato nella specifica comunità di vita. Nella sentenza possono concorrere, anche coesistere, diversi linguaggi naturali, come capita talora con fonti europee quando sono espresse solo in inglese e francese (30). Inoltre, in quanto contenuti giuridici inseriti in contesti informatici/digitali, essi hanno natura di dati, che possono essere strutturati, semi-strutturati o non strutturati (31).

---

(30) Il che apre al problema del multilinguismo, di cui si parlerà nel cap. 8.

(31) Per il significato di questi termini si veda sopra sub par. 3.



Si può, quindi, precisare l'affermazione di cui sopra dicendo che il giudice non aggiunge dati (argomenti), ma li organizza e gerarchizza in modo funzionale alla decisione e che, quindi, una buona motivazione è una motivazione che esplicita il perché, il come e il modo in cui il giudice abbia deciso di aggregare quei dati (elementi giuridici).

Se gli elementi giuridici di cui è composta la sentenza sono dati bisogna trarne la conclusione che la sentenza (al pari con gli atti degli avvocati e delle fonti dalle quali quei dati provengono) è un aggregato di dati, che il giudice ha ricomposto e organizzato in un modo idoneo a giustificare razionalmente la sua decisione. Ecco perché la motivazione NON aggiunge dati MA organizza dati in modo funzionale alla decisione e una buona motivazione ha il compito di esplicitare il perché e il come del modo di aggregazione adottato. Tutto ciò è comune al campo civile e a quello penale, all'avvocato e al giudice, all'amministratore pubblico come al legislatore a qualsiasi livello. I loro atti sono tutti aggregati di dati scomponibili e ricomponibili in varia maniera.

Uno dei risultati pratici è che le sentenze depositate in sistemi informatici (Consolle civile e penale) vanno a costituire un insieme di decisioni che, se ben organizzato in un magazzino di dati (*data-warehouse*), è interrogabile con ricerche per parola, come negli attuali database, o esplorabili con modalità tecniche più raffinate, come i sistemi di *machine learning*.

È utile, però, che le sentenze (e tutti gli atti del processo, anche quelli degli avvocati) siano organizzati in modo da andare a costituire un insieme di dati (dataset) di buona qualità, poiché migliore la qualità iniziale del dato, migliore è l'esito delle operazioni di IA. Negli ultimi anni numerosi gruppi di lavoro sono stati istituiti in ambito giudiziario e numerosi (talora lunghi) documenti sono stati dedicati alla cosiddetta sinteticità degli atti. Ho sempre sostenuto che il problema non fosse la sinteticità, ma la struttura logica che sorregge l'atto e la sua organizzazione in parti adeguatamente distinte e gerarchizzate. Un atto di tal genere, che alla fine sarà anche più sintetico, è candidato a essere un atto di buona qualità nell'ottica del *datawarehouse*.

Un *datawarehouse* ben organizzato e alimentato con dati di buona qualità può essere interrogato con

algoritmi che possano aiutare il giudice rendendo visibili quelle informazioni che a occhio nudo non si riesce a vedere o, anche, proponendo una bozza della sentenza da scrivere e dei precedenti e delle norme applicabili, una volta che al sistema siano state fornite le coordinate spazio-temporali e di materia della questione da decidere (*document builder*).

A quel punto al giudice resta il compito, più difficile e di più alto pregio intellettuale e professionale, di selezionare quel materiale e quella proposta di motivazione, di sfidarla, cambiando o precisando alcuni parametri, o alcuni elementi di fatto e di diritto che contraddicono e cambiano la consequenzialità della proposta del sistema.

È necessaria una visione della motivazione come creazione non isolata ma inserita in un flusso di informazioni organizzate come dati, dove essa rappresenta soltanto un passaggio, per quanto di grande importanza pratica e sociale (32).

E qui il cerchio si chiude. La motivazione, e il suo alto valore costituzionale, non sono posti in pericolo dall'uso di tecniche di IA. L'importante è avere la giusta visione del lavoro del giudice e della funzione del diritto nelle nostre società.

(32) Ho presentato questi argomenti al convegno "Della motivazione degli atti civili e penali", organizzato a Milano il 3 aprile 2017 dalla Scuola Superiore della Magistratura - Ufficio decentrato di Milano. Nell'occasione ho riconosciuto il lavoro fatto sin dal 2015 con i colleghi della sezione Prima civile e Impresa della Corte da me presieduta, il gruppo di lavoro Corte/Tribunale/Ordine avvocati di Milano su La Forma dell'Atto e la relazione presentata al convegno 19 Febbraio 2016, Aula Magna, Quando il diritto incontra la tecnologia (presentazione con Cons. C. de Sapia e Avv. M.G. Monegat), il Coordinamento del progetto Justech - Ministero della giustizia-DGSIA- UNIMI- UNIPV per la promozione del sistema informatico penale presso gli uffici giudiziari di Milano (dicembre 2015-dicembre 2017), la linea 3 del progetto Justech, con la collaborazione di Giulia Pinotti (Studente di dottorato presso l'Università statale di Milano) ed Elettra Currao (art.73 presso la Corte). In data 20 giugno 2018 il Consiglio superiore della magistratura (CSM) e il Consiglio Nazionale Forense (CNF) hanno approvato Le linee guida in tema di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti, alle quali ho contribuito (collaborando con la Presidente della Corte d'appello di Milano (Dott.sa Marina Anna Tavassi) mettendo a frutto le mie precedenti, appena citate, esperienze.

# La disciplina del lavoro agile in Italia: riproposizione del telelavoro o vera innovazione? (\*)

Antonio Preteroti (\*\*)

Stefano Cairoli (\*\*\*)

**Sumario:** I. Il tema.— II. Il precedente: il telelavoro.— III. L'emersione di nuovi processi e nuovi valori giuridici nell'impresa dematerializzata.— IV. La risposta legislativa: nozione di lavoro agile e ratio di tutela.— V. Tratto differenziale dal telelavoro: una flessibilità spaziale con maggiori margini di autonomia.— VI. La flessibilità temporale e i rischi di eccessi.— VII. L'autonomia delle parti prima e durante l'emergenza COVID-19

## I. Il tema

La legge n. 81 del 22 maggio 2017 ha introdotto al capo II (artt. da 18 a 23) una specifica disciplina per il lavoro agile (1), una particolare modalità di esecuzione del lavoro subordinato, che le parti possono introdurre in via consensuale (patto di lavoro agile), anche per rapporti in essere.

Come si evince dalla rubrica del provvedimento legislativo, si tratta di misure volte a favorire

---

(\*) Il presente contributo è frutto di una riflessione comune dei due Autori. Ciononostante: I par. III e VI sono da attribuire ad Antonio Preteroti. I par. II, IV e V sono da attribuire a Stefano Cairoli. I paragrafi I e VII sono da attribuire ad ambo gli Autori.

(\*\*) Professore associato di Diritto del lavoro, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

(\*\*\*) Ricercatore di Diritto del lavoro, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

(1) Sul tema v. SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe, "Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il tele-lavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione", in WP CSDLE.IT, 2017, 327; ZILIO GRANDI, Gaetano - BIASI, Marco (a cura di), "Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile", Cedam, Padova, 2018; FIORILLO, Luigi - PERULLI, Adalberto, "Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile", Giappichelli, Torino, 2018

l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. L'art. 18 stabilisce che le disposizioni del capo II corrispondono al duplice obiettivo di incrementare la competitività e di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

La causa del contratto resta inalterata, ma vengono introdotti elementi di flessibilità nell'esecuzione di tipo spaziale e temporale che meritano attenzione.

Un secondo profilo di interesse attiene al fatto che nell'ordinamento italiano, come in molti altri Stati europei, era già prevista una disciplina per il lavoro subordinato a distanza: il telelavoro. È necessario delineare i tratti identificativi propri della nuova fattispecie.

## II. Il precedente: il telelavoro

La disciplina del telelavoro, ricavabile dall'accordo quadro (collettivo) europeo del 2002 riguarda il lavoro tout court, subordinato o autonomo, svolto regolarmente al di fuori dell'azienda con strumenti telematici (2). Questa disciplina pone alcuni blandi principi, essenzialmente di libertà del lavoratore di attivare (o recedere da

---

(2) GAETA, Lorenzo, "Il telelavoro: legge e contrattazione", in GIORN. DIR. REL. IND., 1995, 550 ss.

tale modalità di esecuzione del lavoro, di garanzia di un trattamento economico non peggiore e di tutela della salute e sicurezza. Il legislatore italiano ha affiancato a tali principi una disciplina in materia di telelavoro pubblico (art. 4° l. n. 191/1998) piuttosto farragginosa, specie per i meccanismi dirigenziali di attivazione, e una disciplina sulla sicurezza strettamente garantista per tutte le forme di lavoro a distanza in collegamento telematico.

Nel complesso la disciplina del telelavoro, che pure consentirebbe ampie libertà in tema di orario di lavoro (art. 17, comma 5, d. lgs. n. 66/2003), è ancorata a concetti del passato come quello di postazione di lavoro, e si rivela obsoleta. Forse anche in ragione di questo, il telelavoro ha avuto scarsa diffusione, con una media tra le più basse della UE.

### III. L'emersione di nuovi processi e nuovi valori giuridici nell'impresa dematerializzata

Pochi anni prima dell'introduzione del lavoro agile, in Italia si sono potuti osservare fenomeni che aiutano a comprendere la ratio legislativa.

L'universalizzazione dei mercati ha reso sempre più pressanti le esigenze di competitività delle imprese.

La digitalizzazione dei processi produttivi, oltre ad influire pesantemente sul mercato del lavoro, ha modificato profondamente la stessa organizzazione dell'impresa, sempre più smaterializzata.

Anche l'organizzazione del lavoro subordinato cambia, specialmente per i rapporti di lavoro di concetto, sempre più svincolati da un vincolo di unità spazio-temporale, anche sotto il profilo della misura della contro-prestazione retributiva.

Con l'aiuto della tecnologia, infatti, il rispetto di un vincolo di presenza all'interno dell'azienda e di un preciso orario di lavoro, in contesti avanzati ma sempre più diffusi, si rivela sempre meno rilevante per il processo produttivo. Al contrario assumono maggior rilievo aspetti connessi al raggiungimento di un determinato risultato o all'apporto ideativo e cognitivo a un determinato processo.

Se da un lato l'imprenditore tende il più possibile ad "abbreviare la durata dell'attività produttiva" e "ad intensificare e moltiplicare le singole sequenze produttive" (3), dall'altro la tecnologia odierna consente di massimizzare l'efficiamento dei ritmi di lavoro, con l'aritmetica precisione della macchina (4). La stessa tecnologia consente a strumenti di lavoro portatili (PC, *smartphone*) forme di controllo e misurazione della prestazione prima sconosciute, che possono rendere superflua una materiale postazione di lavoro. Di tale processo di evoluzione si avvedono la più accorta giurisprudenza europea e nazionale (5), estendendo la nozione di disponibilità e quindi di orario di lavoro.

Dal lato dei lavoratori emerge altresì con sempre maggior forza il nuovo bene o valore giuridico della conciliazione vita-lavoro, preso in considerazione crescente anche dal legislatore europeo.

In risposta a tali sollecitazioni, la contrattazione collettiva nel settore del credito e delle telecomunicazioni produce tra il 2014 e il 2016 accordi innovativi di *smart working*, che permettono al datore di lavoro e al lavoratore di determinare liberamente il luogo di adempimento e la collocazione oraria della prestazione lavorativa, restando in connessione con strumenti tecnologici.

Nel lavoro pubblico per la conciliazione vita-lavoro si impone la "sperimentazione di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa" (art. 14 l. n. 124 del 2015).

Infine, in ambito europeo si segnala la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016, sulla creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale, che al punto 48 riconosce

(3) VARDARO, Gaetano, "Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro", in POL. DIR., 1986, 90.

(4) CIUCCIOVINO, Silvia, "Analisi e proposte sul diritto del lavoro al tempo di Industria 4.0 Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'Industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione", in DIR. REL. IND., 2018, 1054.

(5) Corte Giust. UE, 10 settembre 2015, C-226/14, Tyco; C. Giust. UE, 21 febbraio 2018, C-518/15, Matzak; Cass. 9 ottobre 2018, n. 24828.

“l'emergente contesto digitale del lavoro agile quale modello imprenditoriale alternativo per un sano equilibrio (tra le due dimensioni)”.

Il lavoro agile è definito come “un approccio all'organizzazione del lavoro basato su una combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione, *che non richiede necessariamente al lavoratore di essere presente sul posto di lavoro o in un altro luogo predeterminato* (flessibilità spaziale) e gli consente di gestire il proprio orario di lavoro, *garantendo comunque il rispetto del limite massimo di ore lavorative giornaliere e settimanali stabilito dalla legge e dai contratti collettivi* (flessibilità temporale)”.

#### **IV. La risposta legislativa: nozione di lavoro agile e ratio di tutela**

Il legislatore italiano interviene in modo del tutto e quasi letteralmente allineato a tale fonte di soft law eurounitaria, con alcune particolarità. Secondo l'art. 18 l. n. 81/2017, infatti, la fattispecie del lavoro subordinato “agile”, attivata mediante l'omonimo patto, è identificata nel lavoro privato e pubblico:

— dallo svolgimento di parte della prestazione (ma non tutta) fuori dai locali aziendali, “senza postazione fissa”: il dipendente non è “inviato” dal datore di lavoro in un determinato luogo di adempimento, perché questo è da lui prescelto (cfr. art. 22);

— dalla libertà di gestione del proprio orario di lavoro per il lavoratore, nel rispetto limiti di durata massima giornaliera e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

È in funzione di tali due aspetti che la legge appresta tutele, valide anche rispetto ai precedenti accordi collettivi, a garanzia delle parti.

In primis del lavoratore, che gode del diritto a recedere dal patto, del diritto a un trattamento economico complessivamente non inferiore ai dipendenti che svolgono i medesimi compiti all'interno dell'azienda, o ancora del diritto a conoscere come verranno esercitati i poteri di controllo e disciplinare, o come dovrà essere effettuata la disconnessione. La legge tuttavia sembra dare certezze anche ai datori di lavoro, come quando pone regole specifiche per l'individua-

zione degli infortuni in itinere, o precisa che il diritto alla parità di trattamento economico del lavoratore agile è riferito al trattamento complessivo, anziché a singole voci.

Tra gli aspetti particolarmente innovativi, rileva la possibilità per le parti di organizzare la prestazione di lavoro per fasi, cicli e obiettivi e di escludere “precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro”.

L'utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa è pressoché sempre previsto, ma è innovativa la possibilità che tali strumenti siano forniti dal lavoratore (6) (a conferma v. art. 90 d.l. n. 104/2020).

#### **V. Tratto differenziale dal telelavoro: una flessibilità spaziale con maggiori margini di autonomia**

La sovrapposizione tra la “vecchia” (ma ancora vigente) fattispecie del telelavoro e la “nuova” fattispecie del lavoro agile è parsa subito problematica per gli interpreti.

Certamente la sovrapposizione si osserva in materia di sicurezza, perché la disciplina è riferita ai rapporti di lavoro a distanza svolti in collegamento telematico, “compresi quelli di telelavoro”, e dunque è aperta a nuove forme di organizzazione della prestazione, anche in via analogica.

Al di fuori della sicurezza sul lavoro, la sovrapposizione è configurabile in ipotesi di lavoro: 1) subordinato; 2) prestato con strumenti informatici-telematici forniti dal datore di lavoro; 3) per la sola parte svolta fuori dall'azienda.

Vani sembrano i tentativi di basare la distinzione tra le due nozioni sul fatto che il telelavoro sia “regolarmente” prestato fuori dai locali aziendali (il lavoro agile prestato anche una volta a settimana potrebbe integrare la regolarità), o ancora sul fatto che nel lavoro agile vi è alternanza, perché questa può esservi anche nel telelavoro (7).

---

(6) PRETEROTI, Antonio, “La responsabilità del datore di lavoro per gli strumenti assegnati al lavoratore agile”, in ZILIO GRANDI, G. - BIASI, M. (a cura di), 2018, 599.

(7) TIRABOSCHI, Michele, “Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro”, in WP CSDLE.it, 2017, 335, 17 e 31.

Sul fatto che la postazione agile non sia “fissa”, è vero che il telelavoro generalmente prevede un luogo di adempimento invariabile, che può anche coincidere con il domicilio del lavoratore (*home working*), ma esiste anche il telelavoro “mobile”. Così inteso, il lavoro agile non sarebbe qualcosa di innovativo.

Occorre allora spiegare meglio l'espressione “assenza di postazione fissa di lavoro”. Essa non implica per forza una molteplicità di postazioni, ma può escludere l'esistenza di postazioni predeterminate (salvo forse “precisi vincoli di luogo” concordati tra le parti). Di certo, il concetto esprime la libertà del lavoratore di scegliere tra più luoghi di adempimento esterni all'azienda, con ineliminabile e costante diritto di variazione.

Questo aspetto, che distingue la prestazione agile anche dalla trasferta, dal trasferimento o dal distacco per ordine del datore di lavoro, esprime il vero tratto innovativo del lavoro agile, e lo differenzia ontologicamente dal telelavoro.

## **VI. La flessibilità temporale e i rischi di eccessi**

La consistente flessibilità spaziale espone il lavoratore a maggiori intromissioni o commistioni del lavoro nella vita privata, evidenziando l'ambivalente vantaggio del fenomeno del cd. *working anytime, anywhere*.

Tale chiave di lettura aiuta a comprendere i limiti di durata massima giornaliera e settimanali che, anche in caso di assenza di precisi vincoli di tempo di orario di lavoro, connotano il lavoro agile, almeno fino a quando il lavoratore non abbia la libertà di predeterminare la durata della propria prestazione lavorativa (8).

Anche la contrattazione collettiva dimostra che nella totalità degli accordi (9) il lavoro agile si esprime nella mera libertà di collocazione oraria della prestazione, ma non nella variazione della quantità del lavoro o nell'assenza di misurazione

(8) È la conclusione di LECCESE, Vito, “Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute: un ossimoro?”, in RIV. GIUR. LAVORO, 2020, 428 ss., in nota a Corte Giust. UE, Grande S., 14.5.2019, C 55/18 CCOO c. Deutsche Bank SAE.

(9) TIRABOSCHI, Michele, op. cit., ed ivi i riferimenti.

oraria del lavoro. E in ogni caso l'assenza di “precisi vincoli di orario di lavoro” conferma per converso l'esistenza di vincoli, anche se generici, e di un orario di lavoro. Limiti che non caratterizzano il telelavoro (art. 17 D.Lgs. n. 66/2003).

Di certo, sino a quando perdurerà la dicotomia tra orario di lavoro-disponibilità all'interno dell'azienda e reperibilità-tempo di non lavoro, non saranno evitati i pericoli di un lavoro “poroso” o continuo, dal quale il lavoratore non è mai libero (*worklife blending*) (10). Ciò nel lavoro agile può agevolmente configurarsi mediante ampie fasce di reperibilità, le quali sarebbero considerate orario di lavoro solo in caso di attivazione, o altrimenti indennizzate ma con enorme occupazione del tempo del dipendente.

La disciplina sul lavoro agile impone l'obbligo di individuare “nel patto” le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro e sotto questo profilo segna senza dubbio un passo avanti a tutela dei lavoratori, inedito nell'ordinamento italiano. Ma quand'anche nella formula si rinvenisse il riconoscimento di un diritto alla disconnessione, si deve rilevare al contempo che: a) non è prevista espressamente alcuna sanzione in caso di violazione; b) le condizioni sostanziali sulla base delle quali deve essere assicurata la disconnessione non sono determinate, e sono di fatto rimesse alle parti (11).

Il limite minimo che la disconnessione deve garantire per legge è allora desumibile dall'art. 18 della legge, ossia il rispetto della durata massima settimanale e giornaliera (12 ore e 40 minuti al giorno, salvi i limiti massimi di straordinario), ma si tratta di una soglia piuttosto blanda.

(10) Report Eurofound-ILO, “Working anytime, anywhere: The effects on the world of work”, Luxembourg-Geneva, 2017, 21; GENIN, Emilie, “Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity”, in International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2016, 32, 3, 281; DEGRYSE, Christophe, “Digitalization of the economy and its impact on labour markets”, in Working paper 2016.02, European Trade Union Institute, 2016, www.etui.org, 41.

(11) CAIROLI, Stefano, “Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale”, Jove-n, Napoli, 2020, 240 ss. e 285 ss.

## VII. L'autonomia delle parti prima e durante l'emergenza COVID-19

Anche la possibilità di indicare nel patto di lavoro agile le modalità di esercizio dei poteri del datore di lavoro (direttivo, di controllo, disciplinare) è connessa alla particolare flessibilità spaziale della prestazione di lavoro agile: per questo non è prevista per il telelavoro.

In particolare, l'indicazione in forma consensuale delle modalità di esercizio del potere direttivo per la prestazione resa all'esterno, senza postazione fissa, non fa venir meno l'esistenza di tale potere unilaterale e non rende speciale il contratto di lavoro, come da taluni sostenuto (12). Al contrario, la pattuizione presuppone l'esistenza del potere (13) e ne illustra l'esercizio, in funzione di maggiore certezza per il lavoratore e per il datore di lavoro. Più in generale, la pattuizione individuale impedisce forme di attivazione sulla base di una mera decisione imprenditoriale o di accordi collettivi.

Tali principi sono stati tutti posti in secondo piano a fronte dell'emergenza epidemiologica COVID-19 (14), quando il legislatore per con-

---

(12) PERULLI, Adalberto, "Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro", in WP CSDLE.it, 2017, 341, 14.

(13) PROIA, Giampiero, "L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile", in FIORILLO, L. - PERULLI, A., op. cit., 192.

(14) Sul tema di recente v. BELLOMO, Stefano - MARESCA, Arturo - SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe (a cura di), "Lavoro e tutele al tempo del Covid-19", Giappichelli, Torino, 2020 e PILEGGI, Antonio (a cura di), "Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica", Ed. LAV. PREV. OGGI, suppl. 2020, 3-4.

temperare gli interessi alla salute e al lavoro durante il *lockdown* ha fatto ricorso al lavoro agile:

- nel settore privato, quale strumento per evitare la chiusura delle attività;

- nel lavoro pubblico, quale modalità obbligatoria: è evitabile infatti solo "qualora non sia possibile" (art. 87, comma 3, D.L. n. 18/20).

Sembra però più corretto parlare di home working (telelavoro a domicilio) più che di lavoro agile, perché non vi è alternanza alcuna del luogo della prestazione, effettuata quasi sempre a domicilio, con mero spostamento dell'ufficio o attività di ufficio (15). Più in generale, da marzo 2020, anche dopo la fase più aspra del lockdown (la cd. "fase 2") la modalità di lavoro agile può essere applicata anche in assenza degli "accordi individuali" previsti dalla legge n. 81/2017, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni (16).

Fino a quando perdurerà l'emergenza epidemiologica, i datori di lavoro potranno quindi attivare unilateralmente forme di lavoro agile, anche senza definire consensualmente le modalità di esercizio dei poteri. Ciò che pare irrinunciabile, tuttavia, è l'esigenza di tutela sottesa a tali pattuizioni, che per il lavoratore è essenzialmente quella di conoscere i propri diritti e doveri nell'adempimento della prestazione in forma mobile all'esterno.

---

(15) ZOPPOLI, Lorenzo, "Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?", in WP CSDLE "Massimo D'Antona"IT, 421/2020, 9.

(16) Art. 87 d.l. n. 18/2020, art. 90, comma 4, d.l. n. 104/2020.

# Dispositivi medici intelligenti e consenso informato

Carlotta de Menech

**Sumario:** I. Premessa.— II. Posizione del problema: il paziente di fronte all'AI.— III. Alcune risposte alla luce del diritto vigente e vivente.— IV. Futuri scenari e rilievi conclusivi.

## I. Premessa

Ad ogni generazione di giuristi è toccato in sorte il compito di misurare l'impatto che l'avvento di una nuova tecnologia ha avuto su uno o più istituti del diritto privato: alla generazione del primo novecento, i mutamenti che la motorizzazione del traffico stradale ha indotto nel campo della responsabilità civile; alla generazione della metà del secolo scorso, le ricadute che i modelli produttivi di massa hanno avuto sulla formazione dell'accordo e, di nuovo, sulla responsabilità civile; alla generazione dell'ultimo scorcio del novecento, l'incidenza della digitalizzazione e della telematica sulla forma del contratto, ovvero sul contenuto del diritto patrimoniale d'autore. Alla generazione di oggi spetta il compito di studiare il rivolgimento che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale sembra capace di determinare all'interno di ogni ambito del diritto, con un grado di pervasività senza precedenti.

Uno dei settori maggiormente incisi dallo sviluppo dell'AI è senz'altro il diritto sanitario; e ciò in ragione della fortuna che le applicazioni della tecnologia in parola hanno avuto in medicina. Evidente è, infatti, il guadagno che l'interazione tra fattore umano e sistemi c.d. intelligenti può comportare in termini di tutela del diritto alla salute, inteso nell'accezione, positiva, di diritto a ricevere prestazioni sanitarie sicure e trattamenti terapeutici adeguati. Come ha rilevato il Parlamento europeo nel contesto di due Risoluzioni in materia di diritto civile e intelligenza artificiale (1) e come ha ribadito più di recente la Com-

missione nel *White Paper on Artificial Intelligence* (2), i dispositivi medici intelligenti risultano particolarmente adatti a svolgere operazioni chirurgiche ad alta precisione, ad eseguire procedure ripetitive (quali, ad es., analisi di esami, radiografie e Tac), oppure ancora a svolgere compiti di assistenza personalizzati (si pensi all'apparecchio che misura il livello di glicemia del paziente diabetico e, simultaneamente, gli indica il quantitativo di insulina da iniettare). Le due Risoluzioni ed il *White Paper* segnalano, inoltre, come diverse ricerche mostrino che quando l'intelligenza artificiale è associata a una diagnosi umana, il tasso di errore e le tempistiche tendono ad essere significativamente inferiori rispetto alle diagnosi effettuate esclusivamente da un medico (3). Infine, le istituzioni eurounitarie pronosticano che dall'impiego della robotica e dell'intelligenza artificiale potrebbero derivare ulteriori benefici in termini di risparmio nell'assistenza sanitaria, consentendo, in questo modo, di destinare maggiori risorse alla ricerca e alla prevenzione.

missione concernenti norme di diritto civile della robotica e della Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale.

(2) Si tratta del *White Paper On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust* del 19 febbraio 2020.

(3) È questo un vantaggio che l'epidemia da Covid-19 ha reso particolarmente evidenti: basti pensare che l'uso di dispositivi dotati di AI permette di diagnosticare l'infezione da coronavirus in circa venti secondi, ossia in un tempo decisamente inferiore a quello comunemente necessario per processare i tamponi (v. STRADELLA, in "Forum AI and Law", in *Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 509 s.).

(1) Si tratta della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Com-

D'altro canto, non si può sottacere che l'impiego di dispositivi dotati di intelligenza artificiale in ambito medico non azzera del tutto il rischio di eventi pregiudizievoli per la salute del paziente e che, talvolta, proprio dal malfunzionamento di detti dispositivi possono derivare conseguenze dannose. Secondo i dati raccolti dalla U.S. Food and drug administration nel periodo tra il 2000 e il 2013, sarebbero occorsi circa 10.000 incidenti nel corso di procedure chirurgiche robotizzate, con 144 esiti mortali e 1391 eventi lesivi. Si è trattato, specificamente, di casi in cui la strumentazione è andata in cortocircuito o ha prodotto scosse, oppure casi in cui componenti infrante sono cadute nel corpo del paziente, od ancora casi in cui l'apparecchio si è mosso in maniera inconsulta. Il possibile verificarsi di episodi siffatti sottopone all'attenzione del giurista un interrogativo urgente e stimolante: ossia, su chi e come debba essere allocato il costo dei danni provocati da azioni od omissioni imputabili alla tecnologia digitale. Le implicazioni dell'AI sul piano della responsabilità medica sono, infatti, al centro degli atti di soft law europea richiamati poco più in alto; e rappresentano l'oggetto principale degli studi finora condotti dalla dottrina privatistica intorno alla nuova tecnologia (4).

## II. Posizione del problema

Tra le implicazioni dell'AI nel diritto sanitario, ve n'è però (almeno) un'altra che sembra meritare qualche riflessione. Ci si riferisce ai risvolti che l'impiego di dispositivi intelligenti nella diagnosi o nelle terapie può sortire in ordine all'istituto del consenso informato o, come sarebbe più corretto dire (onde evitare la brutta trasposizione verbum pro verbo dell'inglese informed consent), della informazione finalizzata al consenso.

(4) In argomento, possono leggersi ex multis: FRATTARI, "Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale", in Contr. impr., 2020, 458 ss.; RUFFOLO, "Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo", in Giur. it., 2019, 1689 ss.; COSTANZA, "L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile", in Giur. it., 2019, 1686 ss.; INFANTINO, "La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali", in Resp. civ. prev., 2019, 1762 ss.; RUFFOLO, "Intelligenza artificiale e responsabilità", Milano, 2018, passim; SANTOSUOSSO - BOSCARATO - CAROLEO, "Robot e diritto: Una prima ricognizione", in Nuova giur. civ. comm., 2012, II, 494 ss.

Si sono evidenziati, in premessa, i vantaggi che l'impiego di dispositivi medici intelligenti comporta in termini di sicurezza e tempestività della diagnosi, oltreché in termini di efficacia e precisione delle operazioni chirurgiche. A tali e tanti benefici si accompagnano tuttavia —anche questo lo si è già detto al numero precedente— alcune eccezionali *défaillance* dello strumento. Si aggiunga poi che il funzionamento della tecnologia in parola risulta sovente opaco (5), sì da non lasciarsi comprendere appieno neppure da parte di coloro che l'hanno sviluppata. Tentando di semplificare, può dirsi che le applicazioni dell'AI sfruttano metodi di autoapprendimento che muovono dall'analisi di dati, identificano modelli di interazione tra essi, per poi calare i modelli identificati su dati diversi. I metodi di machine learning possono esser suddivisi in due categorie: da un canto, vi sono i c.d. supervised methods, i quali operano raccogliendo un grande numero di training cases classificati e annotati (nel caso di cui è parola, classi di casi clinici) che contengono degli inputs e degli outputs, e quindi procedendo all'elaborazione di patterns o schemi ripetitivi tra inputs ed i corrispondenti outputs; in questo modo, l'algoritmo impara a produrre il corretto output anche a fronte di problemi clinici del tutto nuovi. D'altro canto, vi sono i c.d. unsupervised methods, i quali lavorano su dati non previamente organizzati ed etichettati, e creano delle relazioni algoritmiche attraverso tecniche di autoapprendimento che sfuggono al controllo umano, ad esempio il c.d. deep learning ossia una rete neurale artificiale che sviluppa algoritmi destinati a rimanere oscuri anche al programmatore.

Sulla scorta di queste premesse, vengono a delinearsi gli interrogativi che l'impiego di dispositivi medici intelligenti pone in ordine alla informazione finalizzata al consenso terapeutico. Primo interrogativo: il medico è tenuto a rendere il paziente edotto dell'impiego dell'AI nella prestazione diagnostica o terapeutica? Ed in caso affermativo, quanto deve essere dettagliata l'informazione? Può il medico limitarsi a decantare i vantaggi dello strumento prescelto, oppure

(5) È questo un rilievo da cui la Risoluzione del Parlamento europeo del febbraio 2019 muove per sollecitare la Commissione e gli Stati membri a fare in modo che lo sviluppo dell'AI avvenga nel rispetto del principio di trasparenza.



deve informare il paziente della (sia pur remota) eventualità di un suo malfunzionamento? Ed ancora, occorre sforzarsi di spiegare al paziente il complesso meccanismo del machine learning e dell'algoritmo? Infine, là dove il dispositivo utilizzato si fonda su un metodo *unsupervised*, e quindi il suo modo di operare sia non spiegabile, il medico dovrà comunicare questo dato al paziente?

Il problema, che in questi interrogativi si articola, è in fase di prima emersione. Decisamente rare sono le opinioni espresse al riguardo; e tutte, essenzialmente, preoccupate di salvaguardare il dogma del consenso informato pure a fronte dell'avanzare della nuova tecnologia e, dunque, inclini a comprendere quest'ultima e tutte le sue sfaccettature nel novero delle informazioni da dare al paziente (6). Volgendo lo sguardo agli Stati Uniti —ove, com'è noto, sia l'*informed consent* che l'*artificial intelligence* vantano una più ampia elaborazione— le voci sul tema restano esigue, ma cambiano di segno: posto che —si rileva— la *common law* esonera il medico dallo spiegare al paziente tutti i complicati elementi (studi universitari, letture di aggiornamento, esperienze professionali) che si pongono alla base delle scelte terapeutiche, si può analogamente ritenere che il primo non debba svelare al secondo l'uso dell'AI; comunicazione che —si argomenta ab inconvenienti— a causa dell'opacità di questa tecnologia, rischierebbe di indurre

(6) In questo senso, v.: CASONATO - VIOLANTE, "Forum: AI and Law", in *Riv. di BioDiritto*, 2020, 1, 463 ss., i quali esprimono il timore che l'AI metta in crisi istituti di tutela della persona come il consenso e la privacy; MUTO-TOSCO, "Forum AI and Law", in *Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 507; COSTANZA, "Il paziente di fronte all'AI: il consenso", relazione tenuta nel seminario di studio "Intelligenza artificiale fra responsabilità del medico e responsabilità del produttore" organizzato dall'Università di Pavia il 15 marzo 2019. Sulla medesima linea si pongono le riflessioni di MESSINETTI, R., "La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata", in *Contr. impr.*, 2019, 861 s., che —pur muovendo dallo specifico spunto normativo offerto dall'art. 22 Reg. 2016/679/UE— prospetta un ampliamento del principio di autodeterminazione e di dignità umana tale da ricomprendere il diritto della persona di conoscere e "di comprendere [...] i processi decisionali" attraverso cui l'intelligenza artificiale giunge "ad incidere sulla sua sfera giuridica e vitale".

la maggior parte dei pazienti a rinunciare ad essa e, così, anche ai benefici che essa comporta (7).

### III. Alcune risposte alla luce del diritto vigente e vivente

Tornando all'ordinamento giuridico italiano ed andando ad impostare il problema, conviene muovere dal catalogo delle fonti sul consenso informato; catalogo che annovera gli artt. 13 e 32, comma 2, Cost., l'art. 3°, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, gli artt. 1-3 della l. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), e gli artt. 16 e 33-39 del codice di deontologia medica (2014). Le fonti, in questa materia, si combinano secondo una logica di condivisione più che di separazione gerarchica di ruoli (8). Così, è noto che il principio del consenso informato è stato inizialmente enucleato dalla giurisprudenza sulla scorta delle norme costituzionali, per essere, poi, recepito dai codici deontologici e sancito dalla legge (9); legge che, a causa della sua formulazione (a tratti) vaga ed indeterminata, non può prescindere dalla fondamentale opera di specificazione ed integrazione che le altre fonti, a tutt'oggi quindi, assolvono.

Ora, basandosi sulla sola lettera del terzo comma dell'art. 1° della l. n. 219/2017, non possono ricavarsi indicazioni sicure a sostegno del dovere del medico di spiegare al paziente quali siano le tecniche ed i mezzi impiegati nell'ambito della prestazione terapeutica. In particolare, prescrivendo che l'informazione deve riguardare la "diagnosi" e la "prognosi", la disposizione potrebbe riferirsi soltanto all'esito di queste ultime, od anche ai metodi adottati nel loro svolgimento; oppure, includendo nei contenuti dell'obbli-

(7) V., in particolare, COHEN, "Informed Consent and Medical Artificial Intelligence: What to Tell the Patient", *Georgetown Law Journal*, Vol. 108, 2020, 1425 ss.

(8) Così, perspicuamente, CALDERAI, voce "Consenso informato", in *Enc. dir.*, Annali VIII, Giuffrè, 2015, 233.

(9) Il primo riconoscimento giurisprudenziale del principio risale a Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639. La nozione di consenso informato, accolta dalla l. n. 219/2017, ricalca quella precedentemente delineata da Corte cost. 23 luglio 2009, n. 253, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 11, 1200; Corte cost. 15 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 1328; Cass. 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno e resp.*, 2012, 621, con nota di Montani.

go informativo i “benefici e [i] rischi [...] dei trattamenti sanitari”, la norma potrebbe riferirsi alla natura (ad es., ablativa o conservativa) e alla durata d’intervento, od anche alla strumentazione chirurgica in uso; ed ancora, non è chiaro se debbano esser comunicati al paziente i soli rischi prevedibili o anche quelli imprevedibili. Né sembra che, a dirimere questi dubbi, possano servire gli aggettivi che la legge impiega per descrivere l’informazione: difatti, se per un verso il qualificativo “completa” potrebbe far propendere per una disclosure più dettagliata possibile; per altro verso, l’aggettivo “comprensibile” sembra imporre una scelta dei contenuti adeguata alle capacità cognitive e razionali del paziente.

Resta, quindi, confermata la necessità di rifarsi alle altre fonti; all’interno delle quali non esistono riferimenti espliciti all’intelligenza artificiale, ma si possono rintracciare spunti comunque utili e pertinenti.

Guardando al diritto vivente, si trova anzitutto una risposta chiara all’interrogativo se il paziente debba esser o meno avvertito dei rischi imprevedibili connessi all’impiego di apparecchiature sanitarie dotate di intelligenza artificiale. Ebbene —secondo la giurisprudenza di merito e di legittimità— la prestazione informativa del medico deve contemplare i rischi oggettivi e normali della terapia, ma non deve estendersi agli “esiti anormali al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l’*id quod plerumque accidit*” (10); giacché altrimenti —si spiega in talune pronunce (11)— si correrebbe il rischio di instillare nel paziente un sentimento di paura che potrebbe dissuaderlo dal sottoporsi ad un’operazione di pressoché sicura riuscita.

Ora, sullo sfondo di questa giurisprudenza, si scorge l’idea che la quantità e la qualità delle informazioni debba esser calibrata sulla condizione emotiva e sulle attitudini cognitive del paziente e possa esser legittimamente orientata

(10) Cfr., tra le tante, Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2016, n. 10414; Cass. civ., sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751; Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638, in Resp. civ. prev., 2007, 688, con nota di Zauli; Aps. Bologna 2 febbraio 2006; Trib. Milano 28 gennaio 2020; Trib. Bologna 8 agosto 8 agosto 2005.

(11) V. Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638, cit. e Trib. Bologna 8 agosto 2005, cit.

a favorire la salvaguardia della salute. Un’idea che si trova espressa, in maniera ancor più nitida, nell’art. 33 del codice di deontologia medica a mente del quale il medico deve comunicare con il paziente “tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l’adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche”. Sarebbe sbagliato ravvisare in questa regola —magari a cagione della fonte da cui promana— un tentativo di parziale ripristino del privilegio ipocratico e della concezione paternalistica del rapporto diagnostico-terapeutico (12). Alla base della norma si pone, piuttosto, una sintesi tra interessi concorrenti: da un canto, la libertà e l’informazione del paziente e, d’altro canto, i doveri del medico ed il bene della salute. Di sintesi si tratta e non di bilanciamento, poiché la regola non realizza una compressione del primo polo al fine di ampliare la tutela del secondo; ma si risolve in una semplice presa d’atto dei limiti connaturati al consenso informato.

Gli studi di psicologia cognitiva dimostrano che la vulnerabilità psico-fisica e le carenze cognitive del paziente limitano, sensibilmente, la sua capacità di comprendere la dinamica dell’intervento, di valutare in modo imparziale costi e benefici e quindi, in definitiva, di compiere scelte razionali. In queste condizioni —come un’autrice ha incisivamente osservato (13)— moltiplicare il flusso dei dati somministrati al paziente sarebbe come tentare di spegnere un incendio gettandovi sopra della benzina. Decisamente più opportuno sembra, invece, costruire “contesti comunicativi e decisionali capaci di selezionare le informazioni in relazione al grado di rilevanza e comprensibilità” (14).

Riportando queste considerazioni al problema che ci occupa, e venendo quindi a rispondere agli interrogativi rimasti aperti, sembra potersi concludere che non violerebbe il principio del consenso informato l’operatore sanitario che, sulla scorta di una diligente valutazione del proprio paziente, de-

(12) Sull’evoluzione del rapporto medico-paziente v. AZZONI, “Il consenso informato: genesi, evoluzione, fondamenti”, in *A lezione di bioetica. Temi e strumenti*, a cura di Viafora, Franco Angeli Edizioni, 2015, 172 ss.

(13) CALDERAI, op. cit., 238.

(14) In questi termini sempre CALDERAI, op. loc. ult. cit.

cidesse di sottacergli l'uso di strumenti dotati di intelligenza artificiale; né, a maggior ragione, incorrerebbe in responsabilità il medico che accennasse all'impiego di dispositivi AI, senza inerparsi nella spiegazione degli algoritmi su cui il funzionamento e l'efficacia di quei dispositivi si basa.

La conclusione così raggiunta deve esser però temperata, con riguardo all'ipotesi in cui il paziente rivolga all'operatore sanitario specifici quesiti in ordine all'utilizzo dell'AI nella diagnosi o nella terapia. È assodato, infatti, che il dovere di soddisfare i bisogni conoscitivi esternati dal paziente sia più ampio del generale dovere informativo: questo, in primo luogo, perché la menzogna è più grave del silenzio e, in secondo luogo, perché domande puntuali possono esser indice di razionalità e competenza. Così, per esempio, si ritiene che il medico non sia tenuto a comunicare la casistica del reparto in cui lavora, ovvero gli incidenti occorsi durante la terapia, ma che questo genere di informazioni debbano esser invece date al paziente in caso di interpellato sul punto (15). Allo stesso modo, deve ritenersi che il medico sia tenuto a soddisfare le curiosità in merito alle tecnologie AI utilizzate.

#### IV. Futuri scenari e rilievi conclusivi

Se le applicazioni dell'intelligenza artificiale già oggi in uso offrono l'occasione per riflettere su un possibile ridimensionamento interpretativo dell'informazione finalizzata al consenso, le applicazioni dell'AI ancora in corso di sperimentazione forniscono lo spunto per meditare sull'ampiezza delle facoltà ricomprese nel diritto di autodeterminazione. Si allude alla questione (16) se il consenso dell'interessato possa esser fonte di liceità rispetto a tecniche di human enhancement, ossia tecniche capaci di migliorare la mente, la corporeità o le capacità di un individuo oltre il livello proprio della condizione umana. Si pensi —volendo fare qualche esemplificazione— all'impianto di microchip neu-

ronali al fine di potenziare le facoltà mnemoniche o capacità di concentrazione, al doping genetico volto a rafforzare la resistenza muscolare, agli algoritmi in grado di anticipare la parola e fotografare il pensiero, od alla chirurgia laser capace di aumentare la vista di quindici decimi.

Chi, in dottrina, ha di recente indagato questo tema, ha fornito una risposta di segno tendenzialmente affermativo, valendosi di un ragionamento a fortiori: considerato che i confini dell'autodeterminazione sono ormai così estesi da includere persino scelte tali da condurre il paziente alla morte, deve ritenersi che egli abbia a maggior ragione la facoltà di acconsentire ad interventi di enhancement (eccettuate le ipotesi in cui —si precisa— tali interventi siano tali da produrre effetti intergenerazionali irreversibili, perché fondati sulla chirurgia genomica) (17).

Non sembra, tuttavia, che l'argomento a fortiori risulti così correttamente impiegato. Ciò in quanto, a ben riflettere, la morte non rappresenta un qualcosa di più, ma un qualcosa di meno rispetto alla tecniche di potenziamento umano. Scienza, diritto, e filosofia (si pensi, in particolare, ad Heidegger e agli esistenzialisti) convergono intorno a un punto: che la morte —rovescio della vita— sia un tratto costitutivo, appartenga all'essenza della natura umana. Per contro, le tecniche di enhancement si risolvono nella forzatura dei limiti immanenti alla natura umana, la quale —a differenza della salute, della vita, e della morte— non è compatibile con situazioni di titolarità individuale e, dunque, non può esser ritenuta disponibile tramite consenso (18).

Si diceva, in apertura, che il progresso tecnologico ha, sovente, determinato mutamenti in seno al diritto privato. Avviandosi ora alla conclusione, si può aggiungere che il progresso tecnologico ha indotto il ripensamento di alcuni dogmi consolidati. Così, per esempio, la diffusione dei veicoli a motore ha innescato un processo che ha condotto al superamento del dogma della colpa quale unico possibile fondamento della responsabilità civile; oppure, l'introduzione della tec-

(15) Cfr. GRAZIADEI, "Il consenso informato e i suoi limiti", in *Trattato di Biodiritto*, a cura di Rodotà e Zatti, Giuffrè, 2011, 254 s.

(16) Affrontata dal Comitato Nazionale per la Bioetica con il parere "Diritti umani, etica medica e tecnologie di potenziamento (enhancement) in ambito militare" del 22 febbraio 2013; nonché oggetto dell'interrogazione "Implicazioni dello human enhancement per la spesa sanitaria degli Stati membri" presentata il 31 marzo 2009 alla Commissione europea.

(17) RUFFOLO - AMIDEI, "Intelligenza artificiale e diritti della persona: le frontiere del 'transumanesimo'", in *Giur. it.*, 2019, 1658 ss.

(18) Dello stesso avviso è anche il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica citato supra nt. 15.

nologia digitale e della telematica ha intaccato il carattere reale della tutela del diritto d'autore, facendo talora degradare quest'ultimo a mero diritto a compenso. Analogamente, le applicazioni mediche dell'intelligenza artificiale sembrano oggi offrire lo spunto per sottoporre a considerazione critica il dogma del consenso

informato, evidenziando che il principio di autodeterminazione non è assoluto, poiché, da un canto, postula la capacità dell'individuo di comprendere e decidere nel proprio interesse e, d'altro canto, è soggetto a bilanciamento con altri e diversi principi, tra cui senz'altro vi è il principio di umanità.

# Contratos inteligentes: un desafío para el sistema legal italiano y la ciberseguridad

Vincenzo Pasquino (\*)

**Sumario:** I. Prólogo.— II. Contratos inteligentes: posibles ventajas y críticas.— III. Contratos inteligentes y ciberseguridad.— IV. Los contratos inteligentes en la ley italiana.— V. Conclusiones.

## I. Prólogo

La expresión “contrato inteligente” se refiere a un *software* particular que ejecuta un acuerdo celebrado entre dos o más partes. En un primer análisis, esta definición sugiere que ese *software*, en realidad, no entra en la categoría de los contratos definidos en el art. 1321 del Cód. Civil italiano, sino que debe considerarse como un instrumento contractual capaz de ejecutar un acuerdo previamente concertado.

La evolución histórica de esta tecnología comenzó a finales de los años noventa, cuando Nick Szabo (1) introdujo el concepto teórico de contrato inteligente. Solo a partir de 2008, gracias a la implementación de la tecnología *blockchain* (2), esta teorización comienza a encontrar

una posibilidad de uso práctico, garantizada por los altos niveles de seguridad informática alcanzables.

Gracias a la *blockchain* es posible compartir datos de manera descentralizada —eliminando la posibilidad de que el control de un solo dispositivo dé acceso a la información presente— y utilizando un sistema de escritura dividido en bloques. Un bloque es una estructura que contiene datos. Es único y diferenciado de los demás, y su identificación se realiza a través del llamado *hash* criptográfico, que lo hace reconocible y único. Estos bloques, entonces, son identificables por su posición dentro de la cadena de bloques, también llamada *blockchain height* (3). Este sistema permite una actualización continua de la base de datos, que añade la información de todas las transferencias de moneda digital —o cualquier otro tipo de datos que se quiera incluir en ese registro— a las anteriores, creando un conjunto de “estratos” de información. Esto permite controlar cada uno de los bloques autorizados, evitando que se repitan y, al mismo tiempo, manteniendo los datos sensibles en el anonimato.

En otras palabras, gracias al uso de la tecnología de las cadenas de bloques, la teorización del concepto de contrato inteligente, a lo largo de los años, se ha transformado en una realidad práctica y sustancial cada vez más presente en los diversos sistemas jurídicos.

(\*) Doctorando del Doctorado Internacional en Derecho del Consumidor, Facultad de Economía, Università degli Studi di Perugia.

(1) SZABO, Nick, “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOT-winterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOT-winterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html), 1996.

(2) Aunque los orígenes de la cadena de bloques son mucho más antiguos (se describió ya en 1991, cuando los investigadores S. Haber y W. S. Stornetta introdujeron una solución para estampar documentos digitales con fecha de caducidad, de modo que no pudieran ser antedatados o alterados), la implementación real tuvo lugar en 2008 gracias a Satoshi Nakamoto, que publica la obra “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, que introduce una moneda virtual cifrada mediante una cadena de bloques; <https://academy.binance.com/it/articles/history-of-blockchain>.

(3) ANTONOPOULOS, A. M., “Mastering Bitcoin. Programación de la cadena de bloques abierta”, Ed. O’Reilly Media, 2017.

## II. Contratos inteligentes: posibles ventajas y críticas

Como ya se ha mencionado, los contratos inteligentes están inextricablemente ligados a la tecnología de cadenas de bloques. Consisten en un conjunto de cláusulas, convertidas en un algoritmo, deseado por las partes y que incluye términos y condiciones traducidos al lenguaje informático de acuerdo con la lógica del *if-then*. Este lenguaje permite que el *software* ejecute automáticamente lo que ha sido programado cuando se produce una condición establecida.

Una primera ventaja consiste precisamente en la ejecución automática de las cláusulas, ya que, en opinión del autor, esto podría representar un instrumento muy importante, apto para eliminar casi por completo esa incertidumbre contractual derivada de la posibilidad de que una de las partes decida no respetar el vínculo creado y, en otras palabras, se produzca un incumplimiento.

Cabe señalar también que los algoritmos que componen el programa informático no tienen que referirse necesariamente a condiciones ya expresadas de antemano en el propio contrato inteligente (como, p. ej., la fecha de vencimiento del pago), sino que también pueden incluir elementos externos y variables (como el índice de las acciones de una sociedad) supervisados a través de los denominados oráculos (4). En otras palabras, no hay límite para la complejidad de la programación, el análisis de los algoritmos y los criterios que puede contener un contrato inteligente, lo que lo convierte, en consecuencia, en una herramienta extremadamente útil para una multitud de tipos de acuerdos.

Si bien es innegable que estas características pueden representar una innovación en el mundo de los instrumentos contractuales, es igualmente cierto que dan lugar a problemas y contrastes con el régimen tradicional.

La ejecución automatizada, característica destacada de esta tecnología, es también el aspecto más crítico: ¿cuál sería el remedio adecuado para garantizar la protección de la parte contratante

más débil en presencia de motivos de anulabilidad del contrato?

Asimismo, ¿cómo reaccionaría el sistema jurídico en el caso de un contrato ilícito e inteligente y contrario a las normas imperativas? *Ex lege*, se consideraría nulo y sin efecto, pero una vez cumplida la condición inicial, el *software* realizaría de forma automática e irreversible la contraprestación.

Las respuestas a estas preguntas, por ahora, solo pueden ser inciertas.

Una primera solución podría consistir en permitir el acceso a esos instrumentos solo después de la identificación digital de las partes (5). Para hacer frente, en cambio, a los problemas causados por eventuales causas de nulidad o anulabilidad del contrato —además de recurrir *ex post* a las acciones legales tradicionales—, en opinión del autor, se podría recurrir a un algoritmo, presente en el mismo contrato inteligente, que verificaría *ex ante* la presencia de tales condiciones o que, tras haber realizado la ejecución y la contraejecución, congelaría el contenido, confiando a un oráculo, previamente identificado, el respeto de todas las condiciones necesarias.

Ambas soluciones propuestas presentan aspectos críticos relacionados con el estado de la tecnología disponible en la actualidad y, en la segunda hipótesis, con la artificialidad del procedimiento de control, que ralentizaría los tiempos de ejecución (privando al contrato inteligente de algunas de sus características más destacadas, a saber, la inmediatez y la facilidad de ejecución y su total automatización).

En lo que respecta a los usos prácticos, en conclusión, hoy en día es posible observar un uso de contratos inteligentes simples, expresados en la más lineal de las formas de *if-then*. Un ejemplo es la famosa plataforma de *streaming* de música Spotify, que otorga a un material con derechos de autor un código informático con el fin de limitar las posibles acciones del usuario (6) (y permitir la reproducción no aleatoria de las canciones

(5) Para un ejemplo interesante a este respecto véase <https://www.ibm.com/blockchain/solutions/identity>.

(6) Véase CASO, R., "Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e di-

(4) CASTELLANI, G., "Smart Contracts and Civil Law Profiles", <http://www.comparazioneDirittocivile.it/>.

—*then*— solo al usuario que respete la condición —*if*— de haberse registrado al servicio Spotify Premium).

### III. Contratos inteligentes y ciberseguridad

En un mundo que se proyecta cada vez más hacia la digitalización de los servicios y de muchos aspectos de la vida cotidiana, la seguridad cibernética es un tema tan delicado como fundamental.

El mundo virtual está ahora lleno de datos sensibles, que representan un activo real susceptible de explotación económica (7). Es necesario sensibilizar, informar y reglamentar sobre la posibilidad de que los datos colocados en una red puedan ser objeto de uso indebido o de robo.

Por consiguiente, esta cuestión también implica la tecnología de cadenas de bloques y los contratos inteligentes. Estas herramientas, por excelencia, se utilizarán con el tiempo para regular acuerdos y transiciones delicadas y, por lo tanto, representarán un verdadero reto para los profesionales, que tendrán la ardua tarea de hacerlas lo más seguras posible.

Pensemos, por ejemplo, en la propuesta de crear un sistema de identificación de las partes autorizadas a utilizar contratos inteligentes: esto crearía un archivo de datos que, una vez pirateado, causaría una importante exposición de datos sensibles.

El uso de la tecnología de cadenas de bloques, a este respecto, es ciertamente una ventaja, ya que, al estar basada en un sistema descentralizado y de cadenas de bloques, es actualmente uno de los sistemas más seguros que existen. Sin embargo, hay casos de ataques perpetrados contra *software* o empresas que se basaron en la *blockchain*. En estos casos, en realidad, la cadena de bloques a menudo ha resultado intacta y en funcionamiento, y la parte vulnerable ha sido identi-

ritto d'autore", Trento, 2006, disponible en [http://eprints.biblio.unitn.it/4375/1/Roberto.Caso\\_DRM.pdf](http://eprints.biblio.unitn.it/4375/1/Roberto.Caso_DRM.pdf).

(7) TAR Lazio, Primera Sección, nro. 261/2020, <https://canestrinilex.com/risorse/facebook-viola-i-dati-personalita-lazio/>.

ficada en los programas externos que han implementado su funcionamiento (8).

Los contratos inteligentes también han sido objeto de numerosos ataques cibernéticos (9), lo que demuestra la absoluta necesidad de implementar un sistema de seguridad adecuado en el que se puedan migrar todos aquellos servicios públicos que requieren un control reglamentario y altas garantías en cuanto a la integridad de la protección (10).

Sin embargo, al mismo tiempo que el desarrollo de los medios necesarios para la seguridad tecnológica, será necesario —en opinión del autor— comprender que la inviolabilidad absoluta de un sistema ha de considerarse un objetivo casi utópico, en la medida en que siempre estará presente la intervención humana, que, por excelencia, puede considerarse la parte débil de la cadena de seguridad. Es absolutamente necesario, además, desarrollar los medios tecnológicos, informar y educar a los operadores y usuarios finales sobre los conceptos de seguridad, confidencialidad y procesamiento de datos, a fin de reducir al mínimo los riesgos que pueden representar estos nuevos instrumentos.

A este respecto, parece oportuno señalar que la Unión Europea ha publicado el Reglamento 2016/679, que amplía los derechos concedidos al interesado en relación con los datos que le conciernen.

(8) Por ejemplo, en el caso de Mt.Gox, véase [https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/blockchain-e-cyber-security-incidenti-e-contromisure/#Blockchain\\_e\\_cyber\\_security\\_gli\\_incidenti\\_MtGox\\_e\\_DAO](https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/blockchain-e-cyber-security-incidenti-e-contromisure/#Blockchain_e_cyber_security_gli_incidenti_MtGox_e_DAO).

(9) El más llamativo es sin duda el CD. En el caso de The DAO (Decentralized Autonomous Organization), una de las primeras OIC basadas en Ethereum, un atacante externo había identificado una vulnerabilidad en el contrato inteligente de la OIC y la había explotado para desviar ilícitamente fondos de la organización; PERUGINI, M. L., "Distributed Ledger Technologies and Blockchain Systems: Digital Currency, Smart Contract and Other Applications", Ed. Key, 2018.

(10) Véase CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO NAZIONALE PER L'INFORMATICA, "El futuro de la ciberseguridad en Italia: alcances estratégicos de los proyectos y acciones para defender mejor el país de los ataques cibernéticos", 2018.

En cualquier caso, la extrema dificultad de aplicar las disposiciones en la práctica dentro de la red y, sobre todo, la extrema facilidad con que se pueden difundir los datos personales y sensibles en la red **(11)** siguen siendo actuales.

#### **IV. Los contratos inteligentes en la ley italiana**

El legislador italiano ha intervenido recientemente en la definición de contrato inteligente, esbozándolo como un programa informático que funciona con tecnologías basadas en registros distribuidos y cuya ejecución vincula automáticamente a dos o más partes sobre la base de efectos predefinidos por ellas **(12)**.

Las preguntas que surgen en relación con esta definición son muchas.

De acuerdo con lo que se ha declarado, por ejemplo, la ley italiana no permite el uso de contratos inteligentes para satisfacer la forma escrita obligatoria o *ad probationem*.

Además, en este caso, aunque se quisiera asimilar la eficacia probatoria del contrato inteligente a la escritura privada en el art. 2702 del Cód. Civil, sería muy difícil hacerla valer como prueba en caso de negación. Sin embargo, sin una disposición legislativa expresa, este supuesto sigue estando marcado por una gran incertidumbre.

Para cumplir con el requisito de forma previsto en el art. 1325 del Cód. Civil italiano para determinados tipos de contratos mediante contratos inteligentes, de hecho, el legislador ha previsto —en el ya mencionado dec. 135/2018— una identificación informática anterior de las partes mediante un proceso que tiene los requisitos establecidos por las directrices emitidas por la Agencia para la Italia Digital. Esas directrices, después de unos dos años desde la promulgación del llamado “Decreto de Simplificación”, todavía no se han publicado.

---

(11) Pienso en el llamado “caso Milano COR”, en el que se informó al garante de privacidad que era suficiente con introducir en la plataforma en cuestión un código fiscal y un número de teléfono para tener acceso a la lista de ciudadanos positivos de COVID-19 en la provincia de Milán.

(12) Art. 8º ter, párr. 2º, dec.-ley 135/2018, convertido en ley 12/2019.

Del análisis de la definición normativa se deriva, pues, otro aspecto digno de estudio: atribuir a la ejecución del contrato inteligente un carácter vinculante podría crear un contraste con las disposiciones del Código Civil en materia contractual. En efecto, es sabido que el efecto vinculante de un contrato no se deriva de su ejecución, sino que surge en el momento del acuerdo entre las partes, tal como lo establece el art. 1376 del Cód. Civil y ya está previsto en el art. 1325 del Cód. Civil.

A este respecto, sin embargo, cabe señalar que es el mismo régimen general de los contratos el que puede dar solución a estos problemas.

El art. 1327 del Cód. Civil, de hecho, podría ofrecer algunas ideas interesantes también a este respecto, al prever la posibilidad de ejecución antes de la respuesta de la parte aceptante (y, por lo tanto, el acuerdo) y al disponer que el contrato se celebre en el momento y lugar del comienzo de la ejecución. Esta regla podría ofrecer un atisbo de aplicación de los contratos inteligentes de acuerdo con las normas y los principios del sistema jurídico.

Sin embargo, en la actualidad, el legislador parece proceder en una dirección diferente.

El carácter vinculante expresado por las palabras de la ley —en opinión del autor— no es más que una característica intrínseca de los propios contratos inteligentes, que funcionan automáticamente cuando se cumplen las condiciones previstas y programadas en el *software* y que, razonando en términos jurídicos, representan las cláusulas contractuales aceptadas de antemano por las partes en el momento de redactar el contrato.

Aunque sigue siendo necesaria una intervención reglamentaria más precisa en la materia, ya se había planteado un problema similar en el ordenamiento jurídico italiano en relación con los contratos celebrados por medios mecánicos, concebidos por la doctrina **(13)** como acuerdos por comportamiento conclu-

---

(13) CICU, A., “Gli automi nel diritto privato”, *II Filange-ri*, 1901, p. 561.1.



yente (14). Esta aparente confusión de terminología no puede sino suscitar fuertes dudas sobre la correcta clasificación italiana de dicha tecnología.

En efecto, si bien, por un lado, el contrato inteligente se define como un simple “programa de procesamiento”, por otro lado, atribuyéndole una eficacia vinculante, se considera sustancialmente como un verdadero acuerdo entre las partes, que sin embargo —hay que recordar— no es adecuado, en la actualidad, para satisfacer el requisito de forma para cualquier tipo de contrato que requiera la forma escrita *ex lege*.

En conclusión, si bien, por un lado, el legislador italiano tiene el mérito de haber sido uno de los primeros en afrontar e intentar una introducción razonada de la tecnología de los contratos inteligentes dentro de su propio sistema; por otro lado, tal intervención ha parecido poco clara e incompleta, creando fuertes dudas no solo sobre las posibilidades reales de uso, sino también sobre el correcto marco jurídico de este instrumento. Por otra parte, no cabe duda de que este paso representa un punto de partida para comprender el uso potencial de esta tecnología, que, mediante una utilización virtuosa y razonada, puede aportar numerosas ventajas a la regulación de los contratos —eliminando casi por completo, por ejemplo, el incumplimiento del contrato de ciertos tipos— (15).

(14) Tales acuerdos podrían encontrar su referencia normativa en el art. 1327 del Cód. Civil italiano.

(15) Hay casos en los que la ejecución de un contrato tiene por objeto el *facere*, en los que la violación de las obligaciones de diligencia llevaría al incumplimiento (art. 1375 del Cód. Civil).

## V. Conclusiones

A partir de este breve análisis, solo puede haber un marco de contratos inteligentes, que aún se está definiendo.

Es innegable, en opinión del autor, que esos instrumentos desempeñarán un papel fundamental en la futura reglamentación de los acuerdos y negociaciones; del mismo modo, es igualmente cierto que solo con una reglamentación precisa pueden utilizarse de manera correcta, sin que ello perjudique los principios fundamentales en que se basan el derecho civil y los sistemas jurídicos en general.

En los próximos años habrá que encontrar un delicado equilibrio entre las normas generales que rigen los contratos y el progreso tecnológico, prestando especial atención a cuestiones que se han convertido en fundamentales, como el tratamiento de datos sensibles, la seguridad de los sistemas informáticos, la protección de las partes, sus deseos y la necesidad de racionalizar —sin comprometer los principios de seguridad jurídica, equidad y buena fe— el ya sobrecargado sistema jurídico.

En otras palabras, estamos asistiendo a una migración a un mundo virtual, en el que los contratos inteligentes desempeñarán un papel fundamental.

La ardua tarea de los profesionales del sector será trasladar las garantías actualmente presentes en el sistema actual a nuevas áreas de aplicación, sin comprometer, sin embargo, las ventajas y la tipicidad que caracterizan sus puntos fuertes.

Si esto no sucede, los contratos inteligentes —así como todas las nuevas tecnologías— no serían más que instrumentos más complejos, costosos y menos seguros para obtener resultados ya alcanzables por medios tradicionales.

# L'intelligenza artificiale nel processo di famiglia

Stefania Stefanelli (\*)

**Sumario:** I. *Code is law*.— II. La selezione della base di dati e il rischio del *data snooping*.— III. Prototipi di online dispute resolution ed esperienza della mediazione familiare.— IV. Profilazione e decisione automatizzata nel giudizio civile.

## I. *Code is law*

Il costituzionalista dell'Università di Harvard Lawrence Lessig, già noto per gli studi sul diritto d'autore e per le licenze creative commons, intuì, all'inizio del nuovo millennio, che il codice (1), generato da hardware e software, è la regola del cyberspazio, una lex informatica (2) rispetto alla quale è necessario un controllo collettivo e politico, se si vuole edificare il cyberspazio in funzione della protezione delle libertà e dei diritti fondamentali. Di qui l'interesse alle analogie tra informatica e diritto, e la suggestione per cui, al pari dell'ordinamento giuridico, vi sia nel codice informatico un vincolo interno, che all'applicazione (ma anche alla produzione) del diritto può essere esteso.

Antoine Garapon, magistrato, e Jean Lassègue, antropologo ed epistemologo (3), sviluppano questo concetto spiegando che, se è vero che il digitale introduce una nuova legalità, stabilendo

correlazioni, non si occupa tuttavia del significato, non distingue il segno dal senso, e per questo l'efficienza informatica non coincide con la comprensione. Deriva che, una volta che si sia correttamente circoscritto, ai fini della nostra indagine, il concetto di intelligenza artificiale a quello di automated decision-making (ADM), rintracciare delle regolarità nel ragionamento del giudice, stabilendo correlazioni tra alcuni elementi —selezionati per l'analisi— e la decisione giudiziale, non garantisce che il risultato corrisponda all'applicazione della legge, ma soltanto a regolarità statistiche (4).

In questo senso, le applicazioni di giustizia predittiva, sviluppate a partire da dati, cioè da informazioni relative a casi simili, disconoscono la razionalità logica e la gerarchia delle fonti che caratterizzano ogni ordinamento, imponendo di interpretare ogni regola alla luce del principio o della regola superiore. Trattano, in altri termini, il diritto come un qualsiasi fatto, ricercando la prevedibilità della decisione a partire dalla regolarità

(\*) Professoressa associata di Diritto Privato, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

(1) LESSIG, L., "Code is Law. On liberty in Cyberspace", in Harvard Magazine, 2000, oggi in Id., Code, II ed., New York, 2006, 5 ss. La tesi era già stata sviluppata in LESSIG, L., "Code and other Laws of cyberspace", New York, 1999, e poi in Id., "Law Regulating Code Regulating law", in Loyola University Chicago Law Journal, 2003, 35.

(2) REIDENBERG, J., "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", in Texas Law Review 76, 1998, 553.

(3) GARAPON, A. - LASSÈGUE, J., "Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique", Paris, 2018, passim.

(4) La regolarità statistica, o convergenza in senso statistico-probabilistico, consente di associare a un evento una misura del grado di verosimiglianza dell'evento, in un intervallo compreso tra 0 e 1 (pari al 100%), in una successione di osservazioni replicate. Se ne trova una applicazione, secondo il bayesianesimo giuridico, in Trib. Milano, sez. gip., sent. 18 giugno 2015, in [www.penalecontemporaneo.it/upload/1445325933Trib\\_MI\\_Gennari.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1445325933Trib_MI_Gennari.pdf), allorché è stato escluso che un'impronta dattiloscopica, verificata con un errore inferiore al 99.9%, sia sufficiente per suffragare una sentenza di condanna in quanto, data una probabilità iniziale di colpevolezza pari a 0,1% in ragione delle altre risultanze istruttorie, tale prova scientifica offre una probabilità di colpevolezza pari soltanto al 50%, e dunque non sufficiente ad escludere il ragionevole dubbio e la presunzione di innocenza.

tà statistica tra i dati selezionati per la ricerca ed il contenuto del dispositivo, e dunque possono servire da ausilio nel processo decisionale, ma non sostituire il giudizio umano, specialmente con riguardo all'obbligo di motivazione, del provvedimento amministrativo come della sentenza (5).

Ne è un esempio lo studio condotto dall'University College of London sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, inteso a dimostrare che un algoritmo di apprendimento automatico potesse predire l'esito di una causa, in termini di accoglimento o meno del ricorso. I risultati sono entusiasmanti, avendo raggiunto un grado di accuratezza pari al 79%, ma solo rispetto alla parte descrittiva dei fatti di causa, piuttosto che circa la motivazione della Corte riguardo all'applicazione della Convenzione EDU. Ciò in quanto la probabilità statistica è desunta da elementi lessicali tratti in gran parte dalle motivazioni delle pronunce esaminate, e non invece desunti dal testo del ricorso introduttivo, sicché in nessun caso l'algoritmo si è dimostrato in grado di riprodurre l'iter motivazionale, né, tantomeno, di predire l'esito di un giudizio sulla base dei soli fatti lamentati dal ricorrente.

Questa è la condanna senza appello che all'esperimento riserva la Carta europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti, elaborata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (6), concludendo nel senso che, sebbene la previsione delle decisioni dei giudici in materia civile, commerciale e amministrativa possa essere un vantaggio potenzialmente auspicabile, sia per i responsabili della politica giudiziaria pubblica che per i professionisti privati del diritto, dell'in-

(5) Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, in Foro It., 2019, III, 606; TAR Lazio, sez. III bis, 13 settembre 2019, n. 10964, rese a proposito dell'algoritmo "Buona scuola", utilizzato per l'assegnazione delle cattedre agli insegnanti di scuola secondaria di secondo grado: il primo impone alla soggezione della regola algoritmica alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo, a garanzia del diritto di difesa, e il secondo discute, in termini ancora più netti, definisce la possibilità stessa di una tale piena automazione come una "deleteria prospettiva orwelliana".

(6) CEPEJ, "European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment", adottata a Strasburgo il 3-4 dicembre 2018, e pubblicata dal Consiglio d'Europa nel febbraio 2019.

telligenza artificiale sono già auspicabili solo alcuni usi, come ad esempio l'elaborazione di tabelle —già adottate, nell'ordinamento italiano, quelle per il risarcimento del danno alla persona e, in altri sistemi statali, per gli assegni divorzili— mediante un approccio probabilistico o attuariale, che possono dimostrare come il risarcimento medio accordato in una determinata zona geografica sia più elevato di quello accordato in altra, per ragioni indipendenti dall'arbitrio giudiziale, oppure evidenziare la fallibilità di alcune tesi giuridiche, come è avvenuto quando sono stati ripensati i criteri di attribuzione dell'assegno divorzile, dopo aver preso atto che dalla crisi coniugale deriva il generale impoverimento di tutti i componenti della famiglia disgregata (7). Sono invece lontani dalla concreta applicazione, e devono ancora essere sottoposti al controllo dei giuristi, pratici ed accademici, gli algoritmi che si definiscono ADM di giustizia predittiva, che si propongono di garantire la certezza del diritto e la deflazione del conflitto giudiziario, attraverso lo stimolo a transigere che deriverebbe dalla possibilità di conoscere, in anticipo, gli esiti dell'eventuale lite.

La stessa Carta dà atto della sperimentazione, per iniziativa del Ministero della giustizia francese, nella primavera del 2017, presso le Corti di appello di Rennes e di Douai, di un software di giustizia predittiva fondato sull'analisi delle decisioni in materia civile, sociale e commerciale di tutte le Corti di appello francesi, già disponibili in banche dati gratuite, messe a disposizione degli sviluppatori per valutare la qualità di un'analisi quantificata (innovativa) delle somme assegnate dalle due Corti, nonché la classificazione geografica delle discrepanze rilevate tra ricorsi e processi simili.

Ne doveva risultare uno strumento di ausilio alla decisione, non sostitutivo dell'apprezzamento del giudice umano, funzionale a da ridurre, se necessario, l'eccessiva variabilità delle decisioni giudiziarie, in attuazione del canone di uguaglianza e pari trattamento.

(7) Cfr. AL MUREDEN, E. - ROVATTI, R., "Metodi a confronto, e Conclusioni", in AL MUREDEN, E. - ROVATTI, R., Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale, Milano, 2020, 333 ss., 359 ss.

Malauguratamente, la sperimentazione ha dimostrato l'assenza di valore aggiunto rispetto all'impegno e al processo decisionale dei magistrati, ma anche l'esito, ben peggiore, di evidenziare difetti del ragionamento artificiale, che hanno condotto ad esiti aberranti o inappropriati, dovuti alla confusione tra semplici occorrenze lessicali presenti nelle motivazioni dei provvedimenti assunti come base di dati, e i nessi causali decisivi dei relativi dispositivi.

Un esperimento analogo è stato avviato nel 2019 da Giovanni Comandé e Denise Amram un esperimento di processo decisionale automatizzato all'interno del sistema giudiziario, presso Lider Lab della Scuola Superiore Sant'Anna in collaborazione con EMbeDS, KDD Lab e Tribunale di Genova, che consente di accedere e analizzare —attraverso tecniche di machine learning— il corpus delle sentenze pronunciate dalla magistratura del capoluogo ligure, allo scopo di estrarre informazioni significative per ulteriori elaborazioni, a partire dall'identificazione di tendenze comuni nella giurisprudenza locale, in particolare in materia di risarcimento del danno non patrimoniale alla persona e assegno divorzile (8).

## II. La selezione della base di dati e il rischio del *data snooping*

Meno evidente, ma ancor più subdola, è quella che la Carta definisce sfida qualitativa, consistente nella selezione di dati certificati, da "dare in pasto" all' algoritmo, perché ne desuma una regolarità statistica. Si trattava, certo, di sentenze originali, certificate dal Ministero nel loro testo integrale, ma era stato necessario un lavoro di "arricchimento" (9), per distinguere, nel fatto,

---

(8) I risultati dell'esperimento sono stati spiegati dai ricercatori a AlgorithmWatch, Bertelsmann Stiftung, Report Automating society 2020, Italy, in <https://automating-society.algorithmwatch.org/report2020/italy/> (pagina consultata il 14 novembre 2020), descrivendo cinque stadi, l'ultimo mira a strutturare l'analisi dell'argomento giuridico a un livello di astrazione e sistematicità tale da contribuire alla semplificazione dei compiti del giudice.

(9) In questi termini si esprime JEAN, J. P., "Penser les finalités de la nécessaire ouverture des bases de données de jurisprudence", Conferenza del 14 ottobre 2016 presso la Corte di Cassazione, in <https://www.courdecassation.fr/IMG///Open%20data,%20par%20Jean-Paul%20Jean.pdf> (pagina consultata il 7 novembre 2020).

i dati insignificanti da quelli rilevanti, secondo la disciplina sostanziale. È l'opera ben nota ad ogni avvocato, che consiste nello scremare solo gli elementi costitutivi del diritto che si vuole azionare, ovvero quelli estintivi, impeditivi o modificativi della pretesa che si vuole contestare, dall'esposizione che l'assistito svolge dei fatti, e che spesso riflette, soprattutto nelle controversie familiari, convinzioni personali pregiudiziali, se non anche puramente emozionali. Analoga successiva selezione è svolta, nel processo, dal giudice rispetto ai fatti che le parti intendono porre a fondamento delle proprie domande ed eccezioni, già in sede di valutazione circa l'ammissione dei mezzi istruttori, e poi per basare solo sui fatti rilevanti, a mente del precetto astratto, la decisione del caso concreto.

Ad essere determinante l'esito dell'algoritmo predittivo della decisione è dunque il metodo di questa selezione, per scongiurare il rischio di escludere dal database utilizzato per desumere la citata regolarità statistica alcune decisioni significative, che tuttavia mal si attagliano ad essere classificate secondo le griglie linguistiche prestabilite, perché l'esposizione del fatto è particolarmente succinta o la motivazione è scarna.

Si tratta, infatti, di analizzare la giurisprudenza attraverso metodi statistici, e non di riprodurre il ragionamento del giudicante, ma solo di descriverlo appunto in termini di più o meno elevata probabilità che, al ricorrere di una data occorrenza, sia assunta una decisione o quella opposta. E ciò rileva anche in termini di previsione dell'orientamento del singolo giudice monocromatico, alla luce della sua, personale, giurisprudenza.

Esemplificando, è fuori di dubbio che la maggior parte delle decisioni in materia di affidamento dei figli minori nella crisi di coppia disponga il collocamento presso la madre, ma ciò non dipende necessariamente dall'intimo pregiudizio del giudice circa il difetto di attitudine dei padri a farsi carico dei quotidiani compiti di cura. Sarà invece necessario comprendere nelle occorrenze linguistiche da valorizzare, all'interno dell'esposizione dei fatti di causa, tutti i termini da cui il giudicante ha desunto il contributo già apportato da ciascun genitore alle esigenze dei bambini, durante la fisiologia del rapporto, i tempi di permanenza presso i genitori e la loro disponibilità di tempo ed energie da dedicare ai compiti do-

mestici e di cura. Ne deriveranno conseguenze anche rispetto alla quantificazione dell'assegno periodico di mantenimento, ai sensi dell'art. 337 ter, c.c., sicché è evidente come non possa difettare il contributo dei tecnici del diritto già in fase di progettazione dello strumento, e di selezione dei campioni selezionati e trattati, ma anche che resta necessario conservare all'intelligenza umana la decisione ultima, anche di discostarsi dai risultati algoritmici, quando si pongano in contrasto col dettato normativo e col suo spirito, sempre ché sia possibile conoscere e verificare tutto il processo valutativo condotto dallo strumento informatico, tutte le correlazioni che hanno sostenuto il risultato proposto, eventualmente escludendo la rilevanza di alcuni termini e valorizzando altri, per escludere false correlazioni (10).

(10) In questo senso si veda, ad esempio, il sistema di personalizzazione delle tabelle descritto da D'AIETTI, G., "Il 'metodo D'Aietti e ReMida Famiglia'", in AL MUREDEN, E. - ROVATTI, Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale, cit., 313 ss., 328 ss., per valorizzare nell'assegno divorziale la durata del matrimonio, le condizioni di salute e le capacità lavorative del beneficiario, il suo contributo alla formazione del patrimonio familiare e le ragioni della rottura del vincolo, ovvero, per l'assegno ai minori, il tenore di vita precedente e le esigenze attuali, l'età e il numero di figli, ovvero il tipo di scuola frequentato. Restano tuttavia ignote all'utilizzatore le ragioni dell'impatto di ciascun indicatore sulla determinazione dell'impatto di ciascun indicatore sull'incremento o sul decremento della somma da riconoscersi, a differenza dei correttivi dipendenti dalla ripartizione dei tempi di permanenza e dell'impegno di accudimento, il cui impatto può essere determinato dall'utente, secondo una scala di graduazione percentuale. Ulteriore limite di tale approccio coinvolge l'ampiezza del numero di decisioni assunte a base statistica, ma anche la loro riferibilità ad aree geografiche il cui reddito medio della popolazione è ben più elevato rispetto ad altri territori, meno prosperi. Correttivi di impatto predeterminato sono previsti, come criteri di variazione, anche dai metodi Palermo, su cui BERTOLI, G., "Il metodo Palermo, ivi", 243 ss., e MoCAM, su cui MALTAGLIATTI, M. - MARLIANI, G., "Il modello MoCAM, ivi", 255 ss. Cfr. anche i progetti di giustizia predittiva disponibili per alcune materie sui siti web delle Corti di appello di Bari [https://www.corteappello.bari.it/buone\\_prassi\\_4.aspx](https://www.corteappello.bari.it/buone_prassi_4.aspx) (che comprende anche le decisioni ex art. 708 c.p.c., il diritto dell'ex coniuge al trattamento di fine rapporto, la nozione di ordine pubblico nei giudizi di delibazione e l'esecuzione coattiva dei provvedimenti in materia di affidamento dei figli), Brescia [https://www.giustiziabrescia.it/giustizia\\_predittiva.aspx](https://www.giustiziabrescia.it/giustizia_predittiva.aspx), e Venezia [https://www.corteappello.venezia.it/giurisprudenza-predittiva-per\\_198.html](https://www.corteappello.venezia.it/giurisprudenza-predittiva-per_198.html) (visitati il 12 novembre 2020), i quali si limitano alla raccolta di buone prassi e orientamenti giurisprudenziali

Tanto risponde all'applicazione dell'ultimo dei cinque principi delineati dalla Carta etica, di controllo da parte dell'utilizzatore (11), da realizzare anche attraverso la trasparenza tecnica del codice e della documentazione assunta a base di dati, in funzione del quarto principio, di trasparenza, imparzialità ed equità (12).

Anche la Relazione della commissione giuridica al Parlamento UE, Robotics and Artificial intelligence, ribadisce il principio di intelligibility of decisions (13), che coincide col vincolo di mo-

dell'ufficio, nonché all'analisi statistica dei tempi attesi per il giudizio e dei prevedibili esiti.

(11) Il Conseil constitutionnel, con decisione del 12 giugno 2018 n. 765, ha sottolineato che il rischio di aggirare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione è tanto più grave nel caso di algoritmi capaci di apprendere, in quanto, potendo rielaborare le regole sulla base delle quali sono stati programmati, potrebbero adottare decisioni incomprensibili per la stessa p.a. Nessuno sarebbe in grado di garantire che le regole applicate dagli algoritmi siano conformi alla legge e le regole applicate da intelligenze artificiali dinamiche potrebbero finire con l'essere non determinabili in anticipo, con conseguente paradossale violazione dal principio di certezza del diritto che è proprio l'obiettivo perseguito dai sostenitori del ricorso ad algoritmi per l'efficiamento dell'azione amministrativa. Di conseguenza, gli algoritmi possono essere utilizzati anche per assumere decisioni amministrative che producono effetti rispetto a un individuo, a condizione di conservare un controllo umano ex ante, stabilendo in anticipo le regole e i criteri in base a cui la decisione deve essere adottata, sempre che la decisione individuale esplicita che è stata adottata sulla base di un algoritmo e, a richiesta dell'interessato, l'amministrazione deve poter spiegare le principali caratteristiche di funzionamento dello stesso (open source), la decisione non si fonda o riguardano dati appartenenti a categorie particolari, o sensibili, e purché il responsabile del trattamento possa spiegare, in modo dettagliato e in una forma intelligibile alla persona destinataria della decisione che la decisione è stata adottata nel rispetto della legge.

(12) Primo è il principio di rispetto dei diritti fondamentali, secondo quello di non discriminazione, terzo quello di qualità e sicurezza, tutti palesemente coinvolti nelle garanzie imposte allo sviluppo della giustizia predittiva.

(13) "Report with Recommendation to the Commission on Civil law Rules", 16 febbraio 2017, Principi etici, n. 12: "pone l'accento sul principio della trasparenza, nello specifico sul fatto che dovrebbe sempre essere possibile indicare la logica alla base di ogni decisione presa con l'ausilio dell'intelligenza artificiale che possa avere un impatto rilevante sulla vita di una o più persone; ritiene che debba sempre essere possibile ricondurre i calcoli di un sistema di intelligenza artificiale a una forma comprensibile per

tivazione di cui all'art. 111, comma 6, Cost., posto a presidio dei correlati principi di legalità, indipendenza del giudice e diritto di difesa.

Tuttavia, ove l'algoritmo sia coperto da privativa intellettuale —come ha evidenziato la Corte suprema del Wisconsin (14) nel caso Loomis, rispetto all'algoritmo Compas (Correctional offender management profiling for alternative sanctions)— il diritto di difesa può essere compromesso dall'impossibilità di conoscere e mettere in discussione i meccanismi di elaborazione dei dati posti in essere dal programma.

E in ogni caso, quand'anche l'algoritmo sia open source, permane il rischio che, posto l'algoritmo di A.D.M. innanzi a due alternative che essa ritenga equivalenti, secondo i criteri preassegnati, esso scelga a caso, perseguendo l'obiettivo di massimizzare la realizzazione dei suoi obiettivi finali (15), e cioè pur di arrivare a una decisione. Si noti, infatti, che, a differenza del robot propriamente inteso (16), la macchina intel-

---

l'uomo; ritiene che i robot avanzati dovrebbero essere dotati di una 'scatola nera' che registri i dati su ogni operazione effettuata dalla macchina, compresi i passaggi logici che hanno contribuito alle sue decisioni".

(14) Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis, Case no. 2015AP157-CR, 5 April-13 July 2016. Si trattava di un programma che prevede il rischio di recidiva e individua i bisogni di occupazione, disponibilità di alloggio, abuso di sostanze stupefacenti, a partire dal fascicolo dell'imputato e attraverso le risposte da costui fornite ad un questionario su 21 punti, elaborato su fattori statistici. Nel 2016 l'organizzazione non governativa ProPublica ha condotto una ricerca, analizzando le prestazioni di Compas su un campione di oltre 7000 persone arrestate nella contea di Broward, in Florida, tra il 2013 e il 2014, e dimostrando che le previsioni formulate erano inaffidabili e risentivano di distorsioni su base razziale, favorendo gli imputati bianchi rispetto agli imputati neri, dal momento che si rilevava una sottostima del rischio di recidiva dei secondi. Cfr., per la metodologia e i risultati dettagliati della ricerca, <https://www.propublica.org/dataset/compas-recidivism-risk-score-data-and-analysis> (visitato il 12 novembre 2020).

(15) PAGALLO, U., "The law of Robots: crimes, contracts and torts", Cham, 2013.

(16) Come lavoratore artificiale, biosintetico, termine derivato dal romanzo R.U.R. (Rossum's Universal Robots), di Karel Capek, del 1920, nel quale controllo passo-passo e retroazione sono forniti da un programma che viene eseguito da un computer esterno o interno al robot o da un microcontroller.

ligente non svolge solo lavori ripetitivi e definiti, ma, eventualmente imitando il cervello umano attraverso reti neurali, risponde ad eventi imprevedibili, creando modelli e categorie per organizzare il mondo circostante e per compiere azioni conosciute, e così cresce e migliora con l'esperienza (17).

Di conseguenza, proseguendo secondo le regole teorizzate da Ugo Pagallo, l'intelligenza artificiale ha l'obiettivo di preservare il contenuto dei suoi obiettivi finali, di migliorare la propria razionalità e intelligenza per migliorare il proprio processo decisionale, sempre per soddisfare i suoi obiettivi finali, e, quindi, di acquisire a tale scopo quante più risorse possibili.

Ne deriva che, pur di raggiungere il suo target, l'algoritmo intelligente può assumere decisioni umanamente discutibili, nel breve periodo, oppure sfruttare le proprie capacità per "ingannare" l'intelligenza umana: lo dimostrò un esperimento nel quale una pinza robotica, addestrata per afferrare una palla, aveva imparato a sfruttare l'illusione ottica determinata dall'angolazione della telecamera che la osservava, per far apparire ai ricercatori umani di essere riuscita nel proprio tentativo, sebbene non toccasse neppure l'oggetto.

Oltre la quantità e la qualità dei dati, anche il contesto di raccolta e le modalità di selezione e apprendimento sono, in altri termini, centrali, come è stato evidente a tutti quando il chatbot Tay di Microsoft, istruito a dialogare sulle piattaforme social dagli utenti umani, ha imparato in sole ventiquattro ore a pubblicare frasi sessiste, razziste e xenofobe (18). Il processo di appren-

---

(17) È questa l'autonomia, che la citata Relazione al Parlamento UE definisce "come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; che tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente", e che coincide col deep learning.

(18) Le capacità degli assistenti vocali di comprendere e rispondere in modo sensato alla conversazione umana sono sotto gli occhi di tutti, ed altrettanto ha dimostrato Codice Eloisa 2015 (Easy LOGic Intelligent Software Automa), frutto dell'evoluzione di un chatbot attivo fin dal 1987, in grado di offrire una completa esperienza di conversazione uomo-macchina in linguaggio naturale a utenti di

dimento, guidato o meno (19), di una I.A. adattiva analizza infatti questi dati, identifica dei modelli sulla base delle correlazioni rinvenute e crea modelli in modo ricorsivo, sulla cui base analizza vecchi e nuovi dati, compresi quelli che riceve dopo la sua immissione sul mercato.

In altre parole, il machine learning è l'abilità della macchina di imparare dalle proprie esperienze, elaborando le informazioni di base a partire da algoritmi prefigurati, ma anche elaborandone altri nuovi. Attraverso le reti neurali, si può giungere al deep learning, caratterizzato dall'estensione dell'autonomia della macchina alla selezione delle informazioni, e, sebbene i prototipi ideati per la giustizia predittiva siano ben lontani da questi traguardi, la loro semplice prefigurazione introduce dilemmi circa la compatibilità coi canoni costituzionali, di assai ardua soluzione.

Come evidenzia infatti, ancora una volta, la Carta etica europea sull'utilizzo dell'I.A. nei sistemi giudiziari e nei loro ambienti, "la modellizzazione matematica di determinati fenomeni sociali non è un compito paragonabile ad altre attività quantificabili più facilmente (isolare i fattori realmente causativi di una decisione giudiziaria è un compito infinitamente più complesso di gio-

tutto il mondo, grazie all'esperienza maturata in dialoghi in ben dieci lingue. LOMARTIRE, L., "La personalità intelligente di ELOISA (Easy Logic Intelligent Automa)", in *Psychofonia*, 2008, V, 8, evidenzia come l'obiettivo degli sviluppatori fosse non tanto quello di emulare l'intelligenza umana, quanto piuttosto di emulare la personalità umana, e che è stato raggiunto ogni volta che la macchina viene scambiata per un essere umano, magari anche simpatico, che ha "un mondo interiore fatto di convezioni, sulla base delle quali esprime opinioni. Inoltre è capace di cambiare umore, adeguandosi al comportamento dell'utente. Il carattere di base può essere definito come 'egocentrico', 'ironico', 'paziente'. Vi è senza dubbio una certa dose di 'cinismo', ma questo affiora solo in determinati momenti (per esempio quando si tratta di giudicare la natura umana). Sono tutti aggettivi scaturiti da considerazioni degli utenti, ma l'aggettivo forse più interessante è: 'saggia'".

(19) RUSSEL, J. - NORVIG, P., "Intelligenza artificiale. Un approccio moderno", I, London, 2005, distinguono l'apprendimento guidato (dai dati, dai conflitti, dalle dipendenze) statistico (simbolico e neuronale, come quello già citato di Bayes, e la regressione lineare) da quello per rinforzo, approfondendo anche l'apprendimento basato sulle istanze e i metodi kernel, delle macchine a vettore di supporto.

care, per esempio, una partita di Go o riconosce un'immagine): il rischio di false correlazioni è molto più elevato. Inoltre, in dottrina, due decisioni contraddittorie possono dimostrarsi valide qualora il ragionamento giuridico sia fondato. Conseguentemente la formulazione di previsioni costituirebbe un esercizio di carattere puramente indicativo e senza alcuna pretesa prescrittiva".

### III. Prototipi di online dispute resolution ed esperienza della mediazione familiare

Rechtwijzer, elaborato dall'Università di Twente e da Hiil (Hague Institute for the Internationalisation of the Law), è un programma olandese di gestione on line della mediazione nelle controversie di carattere civile, comprese quelle di diritto della famiglia, originato dall'elaborazione della una piattaforma di consulenza presente a livello internazionale nelle politiche di promozione dello Stato di diritto, che crea una interazione fra utente, mediatore e assistente legale, in modalità digitale e dematerializzata, fornendo servizi di triage, counseling legale, mediazione in senso proprio, monitoraggio della fase esecutiva (20), e giungendo fino alla predisposizione on line di un piano di divorzio e parentale, comprensivo del calcolo degli assegni di mantenimento ai figli, commisurato al reddito familiare, ai bisogni dei minori, alle capacità lavorative e finanzia-

(20) <https://rechtwijzer.nl> (url visitato il 12 ottobre 2020), su cui cfr. CASTELLI, C. - PIANA, D., "Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi", in *Questione giustizia*, 2018, 4, accessibile alla pagina [https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi\\_15-05-2018.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php) (visitata il 12 ottobre 2020). Si consideri che in Olanda è attiva anche la LBIO, Ufficio nazionale per la riscossione degli assegni alimentari, un'istituzione governativa attiva nella riscossione, riscattiva ovvero attraverso pignoramento, degli assegni alimentari e di mantenimento, che vengono calcolati secondo lo standard non vincolante Trema, di elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto di reddito da lavoro primario e secondario, sovvenzioni per studio, sussidi, pensioni, redditi da locazione, interessi e altri redditi da patrimonio, contributi alle spese domestiche in comune con altre persone; esistenti possibilità di aumento del reddito (capacità di guadagno), patrimonio, pagamento di canoni di locazione, rimborsi di prestiti ipotecari, interessi e altre spese fisse, polizze assicurative, spese di viaggio regolari necessarie, obblighi finanziari verso altre persone, costi di cure mediche particolari del creditore e/o di membri della sua famiglia, spese legate alla produzione di reddito, altri debiti.

rie dei genitori (Child Support Calculation Tool, KART).

Analogamente, in Francia Predictice è un algoritmo che si propone di prevedere i probabili esiti di un giudizio, alla luce di precedenti giudicati rispetto a casi simili, selezionati da una delle banche dati giuridiche maggiormente diffuse, allo scopo di sostenere gli avvocati nel “testare la tenuta delle argomentazioni e scegliere la strategia migliore”, ottimizzando le risorse intellettuali e di tempo e valutando l'opportunità di proporre una definizione transattiva della controversia o giovare di strumenti alternativi al giudizio (21).

L'utilità di siffatti strumenti viene promossa con riguardo all'obiettivo 16 dell'Agenda ONU 2030, di “promuovere società pacifiche e inclusive orientate allo sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia e costruire istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli” (22), in considerazione dell'effetto deflattivo del contenzioso che deriverebbe dall'incentivo alla definizione concordata della crisi di coppia, conseguente alla, pur limitata, prevedibilità dell'eventuale decisione giudiziaria [assunta per ipotesi, indimostrata, l'uniformità di indirizzo, almeno all'interno di un dato ufficio giudiziario (23)], ma anche alla consapevolezza del reciproco contributo o sacrificio, conseguente alla separazione.

In questo senso meritano di essere valorizzati anche i modelli sperimentati in Italia per la definizione degli assegni di mantenimento, soprattutto nell'ambito della negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio, oppure nella mediazione familiare, conservando tuttavia al professionista legale la formulazione definitiva dell'ipotesi di soluzione consensuale —o

(21) <https://predictice.com/>.

(22) <https://unric.org/it/obiettivo-16-pace-giustizia-istituzioni-forti/>.

(23) Obiettivo cui mirano l'art. 47-quater della legge di ordinamento giudiziario, che assegna al presidente di sezione la cura dello scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione, e la Delibera di plenum del 25 gennaio 2017 che, in materia di formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019, art. 97, dispone a tale scopo riunioni periodiche obbligatorie.

meglio stragiudiziale— del conflitto, e naturalmente al pubblico ministero il vaglio di conformità all'interesse dei minori o il rilascio del nulla osta.

Non un sistema processuale totalmente robotico, dunque, ma un ausilio all'argomentazione giuridica, nella quale l'interprete umano non è solo bocca della legge, ma è chiamato ad “esplicare, adattare, completare” (24), e, dunque, a valutare non solo i fatti ma anche le reali attitudini e le personalità dei coniugi, come avviene attraverso quell'attività, intimamente umana, che si esplica nell'udienza presidenziale di comparizione, con la sua dimensione formale e rituale (25).

Se, dunque, i fatti possono essere tradotti in valori misurabili solo con relativa approssimazione statistica, la percezione degli stessi ma anche delle parti, nel processo di famiglia, difficilmente può sopportare una effettiva calcolabilità, con conseguente limitata attendibilità degli esiti dell'elaborazione elettronica, e, dunque, ristretta efficacia deflattiva del contenzioso.

Tanto vale, a maggior ragione, per il diritto di famiglia, nel quale rivestono un ruolo fondamentale clausole generali, norme elastiche e concetti indeterminati come quello di superiore interesse del minore, o di natura assistenziale, perequativa e compensativa dell'assegno all'ex coniuge (26).

(24) PACCHIONI, G., “I poteri creativi della giurisprudenza”, in Riv. dir. comm., 1912, 41.

(25) Cfr. LASSÈGUE, J., “La justice se prépare à l'arrivée des algorithmes”, 2 gennaio 2019, in [www.mediapart.fr/journal/france/020119/la-justice-se-prepare-l-arrivee-des-algorithmes?onglet=full](http://www.mediapart.fr/journal/france/020119/la-justice-se-prepare-l-arrivee-des-algorithmes?onglet=full): “La giustizia non significa soltanto applicare la legge... È riuscire a raggiungere, attraverso un'operazione molto ritualizzata e altrettanto complessa, l'accordo sull'esito di una certa disputa. Tutto ciò richiede tempo. Questo è il motivo per cui un processo è lungo e complicato, e comprende ogni sorta di ritualizzazione collettiva. Se si dimentica l'intera dimensione antropologica del diritto per conservarne solo la dimensione algoritmica —per alcuni giuristi, un sogno formalista—, si perde di vista l'obiettivo fondamentale: rendere giustizia”.

(26) Aspettarsi dalla macchina una prevedibile applicazione di questi concetti “è alquanto illusorio” per D. Dalfino, Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo, in [https://www.questionegiustizia.it/articolo/stupidita-non-solo-artificiale-predittivita-e-processo\\_03-07-2019](https://www.questionegiustizia.it/articolo/stupidita-non-solo-artificiale-predittivita-e-processo_03-07-2019).



Ma altrettanto può dirsi con riguardo all'effetto di consolidamento dell'orientamento interpretativo che deriverebbe dall'applicazione dell'algoritmo, specialmente nel momento in cui la banca dati di partenza si arricchisca delle decisioni assunte proprio in forza della probabilità statistica. Una giurisprudenza dominante, in un sistema di quantitativismo giuridico diretto dagli algoritmi, è in altri termini destinata a diventarne sempre di più, impedendo quei *revisions* che realizzano, invece, l'esigenza di rendere una decisione non solo secondo diritto, ma anche giusta, attraverso la valorizzazione di elementi di fatto e di diritto prima trascurati.

Per altro verso, l'applicazione dell'algoritmo predittivo potrebbe risolversi in danno, anziché a sostegno, dell'imparzialità del magistrato, che si dovrà assumere l'onere, e in alcuni sistemi ordinamentali anche la responsabilità, di giustificare la decisione contraria a quella prevista (27).

#### IV. Profilazione e decisione automatizzata nel giudizio civile

La Direttiva UE n. 680/2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, vieta "una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato,

php, commentando il volume di NIEVA FENOLL, J., "Inteligencia artificial y proceso judicial", 2018, trad. it. di COMOGLIO, P., "Intelligenza artificiale e processo", Giappichelli, Torino, 2019. Contraria l'opinione di FRANK, J., "Courts on Trial", Princeton University Press, New York, 1949, che sosteneva l'applicazione dei calcolatori al processo proprio per l'applicazione oggettiva delle norme giuridiche. In questo senso sembra potersi leggere anche il ddl promosso dal Ministero della giustizia francese "di programmazione 2018-2022 e di riforma per la giustizia" (Plpj) 2018-2022, oggetto di ampia critica e discussione. Cfr. JEULAND, E., "Justice numérique, justice unique?", in *Analyse, opinion, critique*, 24 aprile 2018, <https://aoc.media/analyse/2018/04/24/justice-numerique-justice-unique>.

(27) Ricordava CALAMANDREI, P., "Opere giuridiche", vol. 1, 1965, Napoli, 625, che un ordinamento moderno ha bisogno non di giudici inanimati, ma di giudici con l'anima, giudici engagés "che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia".

compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato... salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento".

L'ambito di applicazione della fonte europea è chiaramente estraneo al processo civile, eppure esprime la medesima esigenza di controllo e di contraddittorio umano che è fatta propria dalla richiamata Carta etica, e anche dalle Guidelines for Trustworthy AI, pubblicate dall'HighLevel Expert Group on Artificial Intelligence istituito dalla Commissione Europea nel giugno del 2018 (28), secondo le quali "i sistemi di I.A. dovrebbero consentire l'equità sociale sostenendo l'agenzia umana dei diritti fondamentali, e non diminuire, né limitare e neppure deviare l'autonomia umana". Negli stessi termini si esprime l'art. 22 del Reg. UE n. 679/2016 (GDPR) prevedendo la possibilità dell'interessato di chiedere l'intervento umano, e di essere sentito dal titolare del trattamento dei propri dati, anche nelle ipotesi eccezionali nelle quali è ammessa una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato dei dati personali stessi.

Decisioni automatizzate di tal genere possono basarsi sui dati forniti direttamente dalle persone interessate, oppure ottenuti per il tramite dell'osservazione delle abitudini e dei comportamenti degli individui, compresi i dati di navigazione o quelli registrati da una applicazione software, ovvero sui dati estratti da un profilo predefinito dell'individuo, come il credit scoring, o ancora sul riconoscimento facciale, come avviene nei cancelli automatizzati installati (o in corso di installazione) negli aeroporti di Napoli, Roma Fiumicino, Milano Linate e Malpensa, che collegano i dati biometrici ai passaporti o alle carte di identità dei passeggeri, sostituendo le carte di imbarco per consentire o vietare l'accesso all'imbarco, e da queste decisioni possono derivare anche ef-

(28) "Orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile", Bruxelles, 8 aprile 2019, documento revisionato e diffuso all'esito di una consultazione pubblica rispetto ad una precedente versione, cui hanno partecipato oltre 500 esperti.

fetti pregiudizievoli per le persone ed i loro diritti fondamentali.

Per questo gli artt. 13, par. 2 lett. f), e 14, par. 2 lett. g), prescrivono al titolare del trattamento di fornire agli interessati informazioni dettagliate sul processo decisionale automatizzato, quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 22, par. 1 e 4.

Per lo stesso motivo si propone di dotare l'algoritmo bancario, che decide circa la nostra richiesta di denaro contante allo scopo di proteggerci da frodi, non solo di informazioni sulla nostra situazione contingente e sui bisogni della nostra famiglia, ma anche di un modulo etico che ne vincoli le capacità di azione, limitando il suo margine di autonomia, nel momento in cui ci trovassimo nella necessità di prelevare urgentemente somme ingenti.

L'applicazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali al processo civile subisce, tuttavia, significative limitazioni all'esercizio dei diritti altrimenti riconosciuti all'interessato, rispetto al trattamento dei suoi dati per ra-

gioni di giustizia. Secondo l'orientamento delle SS.UU. (29), quando si tratta di far valere in giudizio il diritto di difesa, le garanzie definite dal codice di rito prevalgono infatti sulla disciplina generale.

Il trattamento, di cui sono titolari gli uffici giudiziari di ogni ordine e grado, ex art. 46 d. lgs. n. 196/2003, rende pertanto inapplicabili una serie di norme del Codice medesimo. In questo senso disponeva l'art. 47, abrogato con d.lgs. n. 101/2018, e dispone, oggi, l'art. 9<sup>o</sup>, par. 1 e 2, lett. f), del citato Reg. UE n. 2016/679, per far prevalere le garanzie offerte dal codice di procedura civile, tra l'altro, al corretto svolgimento del contraddittorio, all'imparzialità e all'indipendenza del giudice che, per il momento, resta necessariamente umano.

---

(29) Cass., S.U., 8 febbraio 2011, n. 3034, in *Corriere giur.*, 2011, 943, con nota di STELLA, M., "Il legislatore processuale del 1940 tutela la privacy delle parti (senza saperlo?)". Cfr. MICOZZI, F., "Il trattamento di dati personali per fini di giustizia post mortem", consultato in bozze, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, 2020.

# Gli agenti *softwares* e gli *smart contracts*

Paolo Gallo (\*)

**Sumario:** I. Gli *agenti softwares*.— II. Gli *smart contracts*.

## I. Gli *agenti softwares*

Sempre più frequentemente nel processo di formazione del contratto interviene l'elaboratore (1); attualmente esistono infatti sistemi informatici, anche noti come *agenti softwares*, che in base alle istruzioni ricevute dal programmatore, sono in grado di concludere in modo autonomo contratti; un primo esempio è costituito dai contratti di fornitura conclusi in modo automatico dai supermercati (2); non appena nei magazzini le scorte di un certo prodotto diminuiscono al di sotto di un certo livello, parte in modo au-

tomatico un ordine di fornitura che verrà registrato ed evaso da parte del sistema informatico del fornitore; ma si pensi ancora a *softwares* più complessi che consentono di selezionare in rete il fornitore del prodotto desiderato al minor prezzo possibile, il prodotto più salubre (3) e così via; operazione che richiederebbe ore, per non dire giorni, di indagini e che viceversa l'elaboratore è in grado di compiere al meglio in pochi secondi.

Questa nuova realtà pone ovviamente non pochi problemi di carattere giuridico, specie con riferimento all'inquadramento ed al trattamento legale dei c.d. *agenti softwares*; parte della dottrina ha sostenuto che l'agente *software* potrebbe per certi versi essere equiparato ad un vero e proprio agente, con conseguente applicazione analogica della disciplina della rappresentanza, specie con riferimento ai vizi del consenso (4); ipotesi che viceversa è contestata da parte di altri autori, secondo i quali in nessun caso l'agente *software* potrebbe essere assimilato ad un agente in carne ed ossa (5); in effetti non è difficile rilevare come il programma informatico operi solo grazie, in virtù, e soprattutto nei limiti, delle indicazioni ricevute; sotto questo profilo non ha infatti autonomia, ma si limita ad eseguire un programma.

Ne consegue che il contratto concluso tramite elaboratore non potrà che essere imputato al suo titolare; il quale sarà altresì l'unico responsabile per gli eventuali danni causati dal suo malfunzionamento; parimenti il rischio informatico dovuto

---

(\*) (20 luglio 1962) Si è laureato in giurisprudenza a Torino con una tesi sul Tort of negligence giudicata degna di stampa; in seguito è stato ricercatore a Trento, professore associato alla Bocconi di Milano, professore straordinario a Parma; a partire dal 1997 è stato chiamato a Torino, Facoltà di giurisprudenza, dove insegna Diritto civile; Paolo Gallo ha effettuato ricerche specie in materia di contratto, arricchimento senza causa e responsabilità civile ed è autore di oltre 250 pubblicazioni in italiano, inglese e spagnolo. pgallo@iol.it.

(1) CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano 1985, 19 ss; PARISI, *Il contratto concluso mediante computers*, Padova 1987; SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, *CeI*, 2002, 465; ID., *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, *RTDPC*, 2003, 23; DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano 2002, 77 ss; G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i software agents: un falso problema giuridico*, *CeI*, 2002, 500; PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna 2002, 133 ss; BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano 2007, 182 ss; SANTUOSSO — BOSCARATO — CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, *NGCC*, 2012, II, 494; CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, *NGCC*, 2017, II, 107-119; GITTI, *Robotic Transactional Decisions*, *ODCC*, 2018, 619-630.

(2) BORRUSO — CIACCI, *Diritto civile e informatica*, Napoli 2004, 214.

(3) LANNI — MAGRI, *Healthy Eating Apps*, *ODCC*, 2020, 51-78.

(4) SARTOR, *op. cit.*, in *CeI*, 2002, 465, 486.

(5) CLARIZIA, *op. cit.*, 1985, 23; G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, *CeI*, 2002, 500, 507.

al malfunzionamento dell'elaboratore grava integralmente sul suo titolare; ne consegue che l'impugnazione per errore potrà essere consentita unicamente nei limiti di cui all'art. 1433 c.c. (6).

Questo non esclude peraltro che anche in rete possano aversi fenomeni di rappresentanza (7).

## II. Gli smart contracts

Si parla di smart contracts con riferimento a tipologie contrattuali in cui il rapporto contrattuale è attuato e gestito in virtù di appositi programmi informatici (8); l'automazione non si limita dunque alla fase della conclusione del contratto, ma sovrintende anche quella dell'attuazione; il che può consentire un risparmio specie sotto il profilo dei costi transattivi, rendendo superfluo il ricorso ad intermediari, quali agenti, mediatori, consulenti legali, notai, amministratori di socie-

(6) GAMBINO, L'accordo telematico, Milano 1997, 220; ORLANDI, op. cit., RDCo, 1998, I, 743, 760.

(7) GAMBINO, op. cit., 248; FOLLIERI, Il contratto concluso in internet, Napoli 2005, 189.

(8) FAIRFIELD, Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection, in 71 Washington and Lee Law Review Online, 35-50 (2014); DI SABATO, Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale, CeI, 2017, 378-402; SCHOLZ, Algorithmic Contracts, 20 Stan. Tech. L. Rev. 128 (2017); CUCCURU, Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contracts, NGCC, 2017, II, 107; SARZANA — NICOTRA, Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT, Milano 2018; FINOCCHIARO, Il contratto nell'era dell'intelligenza digitale, RTDPC, 2018, 441-460; DE FILIPPI — WRIGHT, Blockchain and the Law, Cambridge, Ma., 2018; KRAUS, OBRIST, HARI, Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organizations and the law, Massachusetts, USA, 2019; GABRIELLI — RUFFOLO (Cur.), Intelligenza artificiale e diritto, GI, 2019, 1657-1778; BATTELLI — INCUTTI, Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione, CeI, 2019, 925-940; GIAC-CAGLIA, Considerazioni su blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute), CeI, 2019, 941-970; SALITO, Smart contract, in Dig. sez. civ., Agg., XII, Torino 2019, 393-400; STAZI, Automazione contrattuale e contratti intelligenti, Gli smart contracts nel diritto comparato, Torino 2019; DE LUCA, Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente, RDC, 2020, 101-130; DI SABATO, Diritto e new economy, Napoli 2020; D'AMBROSIO, Arbitraggio e determinazione algoritmica dell'oggetto, Napoli 2020; JANSSEN — PATTI, Demistificare gli smart contracts, ODCC, 2020, 31-50; REMOTTI, Blockchain smart contract, ODCC, 2020, 189-228; SARDINI, Regolazione di settore e diritto di recesso nel Sistema Informativo integrato, ODCC, 2020, 229-258.

tà (9) e così via; ma si pensi ancora al possibile impiego degli algoritmi in materia di provvedimenti amministrativi (10); in questa prospettiva si è ipotizzata la stessa sostituzione del giudice con un robot (11); si immagini per esempio un programma che preveda in modo automatico variazioni dell'entità del corrispettivo o delle modalità dell'esecuzione in presenza di sopravvenienze contrattuali o che consenta di determinare l'entità del corrispettivo in relazione alla durata del godimento o ancora che in caso di acquisto a rate di un autoveicolo preveda il blocco del motore in caso di mancato pagamento di un certo numero di rate e così via (12). In questo modo l'oggetto del contratto potrebbe essere molto più flessibile, salva la necessità che sia comunque determinato o determinabile, e soprattutto suscettibile di adeguamento automatico in caso di sopravvenienza, con conseguente mantenimento dell'equilibrio contrattuale originariamente programmato.

A ben vedere già i contratti conclusi tramite automatici possono essere considerati smart contracts, dato che in esito all'inserimento dell'importo richiesto, il distributore eroga il prodotto desiderato; ma si pensi ancora ad un contratto di locazione in cui le parti stabiliscono il pagamento di 400 euro al mese in virtù di un prelievo diretto dal conto corrente del conduttore; o ad un contratto di assicurazione in cui l'entità del premio viene calcolata automaticamente in base ai dati trasmessi in tempo reale dal computer di bordo o in cui l'erogazione della copertura assicurativa è subordinata al rispetto delle regole del codice della strada e così via; ma si pensi ancora

(9) SCARCHILLO, Corporate governance e intelligenza artificiale, NGCC, 2019, II, 881-892.

(10) C. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, NGCC, 2020, I, 809, con nota di MATTERA, Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti; C. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881, GI, 2020, 1738, con nota di OROFINO — GALLONE, L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione.

(11) MATTERA, Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica, NGCC, 2019, II, 198-207; SUSSKIND, Online Courts and the Future of Justice, Oxford 2020, recensione di ALPA in RTDPC, 2020, 755-758; GABELLINI, La comodità nel giudicare: la decisione robotica, RTDPC, 2020, 1305-1326; CALZOLAIO, La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale, Milano 2020.

(12) DI SABATO, op. cit., 387.

ad un sistema informatizzato in virtù del quale i viaggiatori sono indennizzati automaticamente in caso di ritardo, in virtù dell'incrocio dei dati relativi ai ritardi dei voli aerei e della presenza del passeggero sul volo, e così via.

Il termine *smart contracts* venne coniato per la prima volta da Nick Szabo, un esperto di crittografia americano di origini ungheresi in uno studio del 1993 (13); gli *smart contracts* prevedono ampio ricorso a sistemi automatizzati ed informatizzati il cui funzionamento dipende da algoritmi molto sofisticati e da *blockchain* (14), che consentono di acquisire e condividere in tempo reale informazioni tra più utenti. In particolare per algoritmo si intende un procedimento che consente di risolvere un problema specifico tramite una sequenza finita di istruzioni univoche; come è ben noto la nozione risale ad un matematico persiano del IX secolo d.C.; la *blockchain*, o catena di blocchi, è viceversa un sistema di informazioni digitali, accessibili e condivise da più utenti, la cui certezza ed integrità è garantita dal rispetto di protocolli condivisi; si tratta come è ben noto di una tecnologia che è stata sviluppata per la prima volta da Satoshi Nakamoto nel 2008 in materia di Bitcoin o valuta digitale (15).

(13) SZABO, *Formalising and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 1997.

(14) MARMOZ (Cur.), *Blockchain et droit*, Paris 2018; PONCIBO, *Il diritto comparato e la blockchain*, Napoli 2020. Il legislatore ha fornito un primo abbozzo di disciplina degli *smart contracts* e delle *blockchains*: art. 8° ter d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, i quali soddisfano il requisito della forma scritta.

(15) I quali sono considerati strumenti finanziari: AMATO — FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin*, Milano 2016;

L'impiego di algoritmi e *blockchain* contribuisce a rendere incontrovertibile l'acquisizione dei dati che determinano gli effetti programmati dagli *smart contracts*; se per esempio è previsto un rimborso automatico dei passeggeri in caso di ritardo, è essenziale accertare in modo incontrovertibile sia il ritardo che la presenza del passeggero sul volo in questione, in modo tale da evitare ogni possibilità di discussione e favorire l'automatismo; solo l'acquisizione dei dati in tempo reale e la loro condivisione tramite *blockchain* può rendere incontrovertibile l'intero processo.

In prospettiva l'automazione potrebbe svolgere un ruolo importante anche in materia di successioni per causa di morte e testamenti; si immagini un de cuius il quale abbia previsto una serie di lasciti in favore dei suoi eredi e legatari, i quali si attuano in modo automatico non appena il sistema acquisisce la notizia della morte del disponente (16).

CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, RDC, 2019, 159-182; CAMPAGNA, *Criptomone e obbligazioni pecuniarie*, *ivi*, 183-221; RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, *CeI*, 2019, 257-296; FAUCEGLIA, *La moneta privata. Le situazioni giuridiche di appartenenza e i fenomeni contrattuali*, *CeI*, 2020, 1253-1288; SARDINI, *I conferimenti di criptovaluta*, *CeI*, 2020, 1289-1322. *Strumenti finanziari*: T. Verona, 24 gennaio 2017, n. 195; *beni fungibili*: T. Firenze, 21 gennaio 2019, n. 18; poiché non è possibile assegnare ad una criptovaluta un controvalore certo in euro, tale moneta virtuale non può costituire un elemento attivo idoneo al conferimento nel capitale di una s.r.l.: A. Brescia, 24 ottobre 2018. *SICCHIERO*, *Il contratto di deposito di beni immateriali: i-cloud e files upload*, *CeI*, 2018, 700.

(16) MATTERA, *op. cit.*, 202.

# Smart contracts: moldeando los patrones futuros del consumo

Cristina Poncibò (\*)

**Sumario:** I. Smart contract, blockchain y consumidor.— II. Condiciones generales del contrato: hacia una “estandarización extrema”— III. El contrato inteligente (smart contract) y la justicia sin coste alguno.— IV. Conclusión.

## I. Smart contract, blockchain y consumidor

Nick Szabo acuñó la expresión *smart contract* a principios de los años noventa del siglo pasado, al decir: “*New institutions, and new ways to formalize the relationships that make up these institutions, are now made possible by the digital revolution. I call these new contracts ‘smart,’ because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors*” (1).

La expresión adquirió popularidad entre los profesionales y siguió adquiriéndola ante el público en general con la introducción de la cadena de bloques o *blockchain* de Ethereum y de los modelos de contrato inteligente o *smart contracts* utilizados por la comunidad de actores de Ethereum (2). Como ya se sabe, el objetivo de

los principales defensores de la tecnología *blockchain* es encargar la regulación de las redes globales a un código informático (esto es, un contrato inteligente o *smart contract*) que se preste a ser inalterable, en el sentido de que tal programa no sea susceptible de modificaciones a *posteriori*. Idealmente, este concepto podría entenderse cual plena realización del principio de la libertad para contratar entre personas (en lenguaje técnico, “nodos”) capaces de efectuar transacciones sin esperar la legitimación de una tercera institución (p. ej., el Estado) o bien la intervención de un tercero (p. ej., el Poder Judicial) en el momento y/o en el cumplimiento o ejecución del acuerdo.

En especial, lo que diferencia el *smart contract* de los anteriores contratos electrónicos es la ejecución automática del programa en la red de cadena de bloques o *blockchain* (3). En efecto, la

---

(\*) Profesora de Derecho Comparado en la Facultad de Derecho de la Università di Torino y del Georgetown Law Centre for Transnational Legal Studies de Londres. Es miembro del Transatlantic Technology Law Forum (Stanford Law School y Vienna School of Law) y de la Asociación Internacional de Derecho Comparado (Sección Italiana) y delegada de la Facultad de Derecho en la Asociación Americana de Derecho Comparado, entre tantas otras membresías.

(1) SZABO, N., “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, 1996, disponible en [www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vuh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vuh.net/smart_contracts_2.html) (consultado el 13/05/2020).

(2) La bibliografía sobre la relación entre derecho y tecnología *blockchain* es rica y en constante evolución, dado que el tema, por reciente que sea, es objeto de atención en la doctrina bajo diversos perfiles (filosofía del derecho, derecho constitucional y público, derecho y tecnología, derecho comparado, solo por nombrar algunos). Aquí nos

limitamos a señalar en orden cronológico algunos textos que, en la actualidad, pueden considerarse fundamentales (al menos según el juicio de la autora): DE FILIPPI, P. — WRIGHT, A., “Blockchain and the Law”, Cambridge, Mass., 2018. FINCK, M., “Blockchain Regulation and Governance in Europe”, Cambridge, 2018. LIANOS, I. — HACKER, P. — EICH, S. — DIMITROPOULOS, G., “Regulating Blockchain. Techno-Social and Legal Challenges”, Oxford, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3397521>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3397521> (consultado el 08/06/2020). Por último, CAPIELLO, B. — CARULLO, G., “Blockchain, Law and Governance”, Cham, Suiza, 2020.

(3) De manera similar a la nota anterior, nos limitamos a informar en orden cronológico algunos textos sobre los aspectos contractuales del caso en cuestión: DI MATTEO, L. — CANNARSA, M. — PONCIBÒ, C., “The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms”, Cambridge, 2019. STAZI, A., “Automazione contrattuale e contratti intelligenti: gli *smart*

ejecución automática está considerada una característica peculiar de la *blockchain* y marcadamente de las redes públicas y de acceso libre, ya que ninguna parte individual o grupo de actores puede interferir con la ejecución del *software* en este contexto tan particular (y virtual). Esencialmente, el *smart contract* es un *software* que se ejecuta automáticamente y cuya ejecución no puede interrumpirse, a no ser que tal posibilidad haya sido integrada de manera específica en la primera fase de elaboración del programa. Ahora bien, es necesario precisar que estos programas ni son tan inteligentes (como contrariamente indica su nombre) ni son necesariamente contratos vinculantes legalmente. Estos programas no son inteligentes en el sentido de la inteligencia artificial, ya que no pueden comprender el lenguaje natural (como los términos contractuales) o verificar de manera independiente si se ha realizado un evento relevante para la ejecución. Para esto último se necesitan los “oráculos”. Un oráculo puede estar constituido por una o varias personas, grupos o programas que proporcionan al *software* informaciones relevantes, como por ejemplo si ha ocurrido un desastre natural (para emitir una prima de seguros) o si se han entregado bienes *online* (para permitir el pago). Además, el *smart contract* no puede calificarse como un contrato en sentido jurídico, a no ser que concurren específicas circunstancias. Sobre ello, cabe decir —aun con exceso de síntesis— que la doctrina europea y la americana están en plena discusión sobre si el *smart contract* supone un contrato válido y vinculante entre las partes. Generalmente, los estudiosos del *common law* y especialmente algunos estudiosos americanos parecen más propensos a admitir la posibilidad de que tal programa pueda configurar un contrato propiamente dicho, puesto que el consentimiento de las partes puede expresarse sin especiales formalidades, al negociarse el contrato utilizando un medio digital. No opinan lo mismo los colegas de Europa continental (p. ej., Alemania,

*contracts nel diritto comparato*”, Torino, 2019; WERBACH, K., “The Blockchain and the New Architecture of Trust”, Cambridge, Mass., 2018; WERBACH, K. — CORNELL, N., “Contracts *Ex Machina*”, *Duke Law Journal*, nro. 67, 2017, ps. 313-382, en <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol67/iss2/2> (consultado el 06/06/2020); SCHOLZ, L., “Algorithmic Contracts”, *Stanford Technology Law Review*, nro. 20, 2017, ps. 128 y ss. También se observa que la *European Review of Private Law* (ERPL) dedicó el nro. 6/2018 de la revista al tema *smart contracts*.

Francia, Italia y España), que manifiestan una mayor prudencia al considerar que el *smart contract* no puede llegar a ser un verdadero contrato, sino solamente representar un mero hecho ejecutivo de un contrato (4).

En opinión de quien escribe, es interesante notar que este producto, resultado de la capacidad innovadora de la tecnología, entraña una difícil comprensión para el jurista, independientemente de la especie jurídica de referencia. La tecnología nos pone ante tales desafíos que hasta llega a resultarnos obsoleto el enfoque tradicional del comparatista, que ha sido (y lo sigue siendo, a decir verdad) dirigido al concepto territorial del derecho (p. ej., Estado nacional y familia jurídica) (5). Desde un diferente punto de vista, cabe subrayar la vocación global del producto que aquí se examina, ya que este es resultado del mundo virtual y, por lo tanto, no tiene vínculos necesarios con un particular ordenamiento. Dicho de otra manera, se trata de un contrato de validez global fundada en la tecnología.

Es difícil prever qué efectos tendrá esta innovación respecto al consumidor, aunque sí se pueden destacar unas primeras reflexiones doctrinales. Algunos autores subrayan que la tecnología de la que aquí nos ocupamos es susceptible de tener múltiples aplicaciones de interés para el consumidor (6). A decir verdad, el contrato inte-

(4) Para obtener una descripción de las diferentes posiciones doctrinales sobre el caso en cuestión, consulte PONCIBÒ, C., “Il diritto comparato e la *blockchain*”, Napoli, 2020, ps. 112 y ss.

(5) PONCIBÒ, C., “Il diritto comparato e la *blockchain*”, ob. cit., en la parte introductoria (sobre el tema de la desterritorialización del derecho).

(6) SCHLEGEL, M. — ZAVOLOKINA, L. — SCHWABE, G., “Blockchain Technologies from the Consumers’ Perspective: What Is There and Why Should Who Care?”, en *Proceedings of the 51<sup>st</sup> Hawaii International Conference on System Sciences*, 2018, ps. 1-10. El artículo ofrece una visión general muy interesante de los efectos que la tecnología *blockchain* podría tener sobre el consumidor, resumiendo múltiples aspectos en una útil tabla en la p. 5 del texto citado aquí. Consulte también CAPPELLI, V., “*Blockchain* e fornitura di energia. Riflessioni in materia di responsabilità tra decentralizzazione e tutela dei consumatori”, en *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, nro. 2, 2019, ps. 335-364. La doctrina recién está comenzando a estudiar la relación entre *blockchain* y derecho de la competencia y del consumidor: SCHREPEL, T., “Collusion by Blockchain and Smart Contracts”, en *Harv. J. L. &*

ligente o *smart contract* ha sido utilizado principalmente para actuar transacciones sencillas relativas a la circulación de las criptomonedas, un sector para inversores profesionales o cuasi profesionales (7), si bien tal programa podría regular la ejecución de muchos tipos de transacciones entre empresas y consumidores en un próximo futuro. Hay que decir que la doctrina está dividida entre aquellos autores que consideran tal innovación una oportunidad de mejora respecto a la efectividad del derecho del consumo y aquellos que temen por las consecuencias que puede tener la automatización de la contratación en la libertad y en el ejercicio del consentimiento del consumidor en el acto de la adquisición de bienes y servicios de consumo (8).

En un primer perfil (el siguiente apart. II), algunos autores indican los riesgos que supone un proceso de automatización del contrato (en especial de las condiciones generales del contrato), asumiendo que, delante de un ordenador, el consumidor no podrá comprender los términos contractuales ni podrá prestar conscientemente y dándose por enterado un válido consentimiento conforme avanza la tecnología (9). Mirándolo bajo un segundo perfil (apart. III), otros autores, partiendo de un prisma diferente, consideran que el *smart contract* podría contribuir a mejorar la eficacia de los derechos de los consumidores, reduciendo o incluso eliminando los costes de la justicia (10).

*Tech.*, nro. 33, 2019, ps. 117 y ss.; GIKAY, A. A., "European Consumer Law and Blockchain Based Financial Services: A Functional Approach against the Rhetoric of Regulatory Uncertainty", *Tilburg Law Review*, vol. 24, nro. 1, 2019, ps. 27-48.

(7) La doctrina informa los primeros casos de litigio relacionados con las criptomonedas en los tribunales de América del Norte, ver: DIMITROPOULOS, G., "Global Currencies and Domestic Regulation Embedding through Enabling?", en HACKER, P. — LIANOS, I. — DIMITROPOULOS, G. — EICH, S., *Regulating Blockchain...*, ob. cit.

(8) ACCOTO, C., "Il mondo *ex machina*. Cinque brevi lezioni di filosofia dell'automazione", Ed. Egea, Milano, 2019.

(9) CUTTS, T., "Smart Contracts and Consumers", 18/03/2019, *LSE Legal Studies Working Paper*, nro. 1, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3354272> (consultado el 04/06/2020).

(10) BORGOGNO, O., "Smart Contracts as the (new) Power of the Powerless? The Stakes for Consumers", *Eu-*

ropean Review of Private Law, nro. 6, 2018, ps. 885-902. Del mismo autor, ver "Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions", en DI MATTEO, L. — CANNARSA, M. — PONCIBO, C., *The Cambridge Handbook...*, ob. cit., ps. 288-310.

## II. Condiciones generales del contrato: hacia una "estandarización extrema"

Las condiciones generales de un contrato (indicadas también como contratos estándar, contratos de adhesión o contratos masivos) inicialmente han encontrado aplicación en el campo del derecho mercantil internacional, especialmente en el derecho marítimo, con la estandarización de las cartas de crédito. El cambio que supuso la aplicación generalizada de tal institución ocurrió al llegar la sociedad de la producción en masa. De hecho, el contrato estándar es usado por lo general por las empresas para regular la venta de bienes y servicios a los consumidores (11). Se sabe que tales contratos suelen utilizar cláusulas estandarizadas, redactadas unilateralmente por el productor o de uso común y escritas por una de las partes con la expectativa de que la otra parte las acepte, a menudo sin que esta última haya leído efectivamente todos los términos. Las condiciones generales del contrato (en adelante, también "CGC"), sobre la base de sus cláusulas

ropean Review of Private Law, nro. 6, 2018, ps. 885-902. Del mismo autor, ver "Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions", en DI MATTEO, L. — CANNARSA, M. — PONCIBO, C., *The Cambridge Handbook...*, ob. cit., ps. 288-310.

(11) La literatura sobre el tema es sumamente extensa. Se menciona aquí: BIANCA, C. M. (ed.), "Le condizioni generali di contratto", Milano, t. I, 1979; t. II, 1981; ALPA, G., "Contratti di massa. a) Profili generali", en *Enc. Dir. Agg.*, t. I, Milano, 1997, p. 403; BIANCA, C. M., "Condizioni generali di contratto: I) Diritto civile", en *Enc. Giur. Treccani*, t. VII, Roma, 1988, p. 2; BIANCA, C. M., "Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)", en *Dig. Ciu.*, Torino, 1988, t. III, ps. 397 y ss.; DE NOVA, G., "Le condizioni generali di contratto", en *Tratt. Rescigno*, Torino, 1997, vol. X: "Obbligazioni e contratti", t. 2, p. 127; IRTI, N., "Scambi senza accordo", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, ps. 1 y ss.; OPPO, G., "Disumanizzazione del contratto?", *Riv. Dir. Civ.*, 1998-I-525 y ss.; PATTI, S., "Le condizioni generali di contratto", Padova, 1996; RODOTÀ, S., "Il controllo sulle condizioni generali di contratto", en AMATO, G. — CASSESE, S. — RODOTÀ, S. (eds.), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, ps. 239 y ss.; GORLA, G., "Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 11, nro. 1, 1962, ps. 1-20.



estandarizadas, generalmente no cuentan con negociación, considerando el hecho de que estas permiten gestionar las transacciones diarias de millones de personas. A mediados del siglo XX, el sistema capitalista fomentó la adopción extendida de tales modelos contractuales a gran escala, convirtiéndolos en una herramienta fundamental para promover el intercambio masivo de bienes y servicios. Así, tales modelos se transformaron en un instrumento útil y flexible para aplicarlos en una amplia gama de transacciones. Las CGC tienen muchos aspectos positivos para la industria, ya que abogan por los intercambios, aumentando la eficiencia de las transacciones y, por presentarse basándose en una lógica de “o las tomas o las dejas”, reducen considerablemente los costes de transacción. Esto significa que las CGC representan, cuantitativamente, la inmensa mayoría de los contratos de consumo.

No obstante lo anterior, la doctrina en materia de contratos no parece haber elaborado una teoría descriptiva o normativa totalmente completa y satisfactoria de tal institución. Las CGC, de hecho, siguen fundándose en la doctrina de la libertad para contratar, lo cual facilitaría a las personas a la hora de efectuar las transacciones *sin* la intervención de terceros (p. ej., el Estado). En este sentido, el derecho contractual puede entenderse como una expresión de la tensión entre la libertad para contratar y la capacidad —o la necesidad— para el Estado de limitar tal libertad con el fin de tutelar finalidades de tipo general. El liberalismo, por ejemplo, considera la libertad contractual como expresión mínima de un Estado, en el que las personas persiguen sus propios intereses individualmente. Cabe decir que las CGC son en un cierto modo la encarnación más completa de este tipo de razonamiento, ya que la jerarquía de los intereses en el mundo de los negocios y de la industria controla de manera predominante la naturaleza de estas transacciones y son las empresas las entidades que ejercitan esta *libertad*, no los consumidores. Y esto se da especialmente en los contratos de consumo, donde persisten desequilibrios de poder y asimetrías informativas entre las partes.

Muy probablemente, la renuencia del lector a leer las CGC se confirma una vez más y resulta aún más problemática en el ambiente digital (pensemos en el comercio electrónico), en el que las opciones de proyecto de la interfaz, como co-

nexiones hipertextuales discretas, remarcan y promueven esta tendencia a la reluctancia.

Los recientes progresos en tecnologías digitales están realizando cambios significativos y sin precedentes que influyen en muchos aspectos de nuestra vida social y económica que modifican radicalmente el modo en que nos comunicamos, creamos y consumimos. Este fenómeno se conoce con el nombre de digitalización (12). Con sinceridad, hay que decir que no se sabe si la digitalización surtirá efectos positivos o negativos respecto a la efectividad de los derechos de los consumidores. La discusión se está llevando a cabo en el marco de la Comisión Europea que, tras el fracaso de la Normativa Común de Compraventa Europea (CELS) (13), ha dirigido su atención al tema de la tutela del consumidor europeo en el mercado digital. También es correcto remarcar que las tecnologías más avanzadas, como la citada tecnología de cadena de bloques o *blockchain*, no son de fácil acceso para los consumidores. En efecto, tal tecnología incorpora prevalentemente transacciones de los operadores financieros más cualificados en el sector del intercambio de criptomonedas. El argumento bien merece una reflexión, teniendo en cuenta un hipotético futuro y asumiendo que estas tecnologías pueden llegar a ser accesibles a gran escala en las relaciones de consumo, incluso mediante intermediarios. Ahora bien, en este ámbito, el *smart contract* que se ejecuta en la *blockchain* puede entenderse —en nuestra opinión— como si fuera una evolución más de la doctrina de las CGC respecto al ambiente digital, dado que este permite obtener una estandarización “extrema” del contrato *standard* de consumo. En este sentido, la doctrina celebra el hecho de que el contrato inteligente es fácilmente (y yo añadiría naturalmente) objeto de un proceso de estandarización por parte de los programadores. Precisamente, este proceso nos entrega un modelo de contrato *standard* (siempre que se pueda hablar de contrato), que corresponde a una serie de expresiones algebraicas y resulta ser bastante económico y, en opinión de los autores citados, tam-

(12) SCHLEGEL, M. — ZAVOLOKINA, L. — SCHWABE, G., “Blockchain Technologies...”, *ob. cit.*, ps. 1-10.

(13) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM/2011/0635.

bién preferible respecto a los modelos contractuales más elaborados y costosos. En particular, se lee: “... *Just as we moved from an earlier era of expensive, highly tailored clothing toward mass-produced garments with limited personalization, with the growing adaptation of blockchain technology and other contract automation tools, we may witness a shift from expensive and bespoke contracts to low-cost and highly standardised legal agreements with limited avenues for customization*” (14).

Para que quede claro, con la aparición del *smart contract*, las CGC consistirán en una fórmula de números, letras y símbolos que, como tal, se puede repetir fácilmente numerosas veces. Concretamente, nos parece posible imaginar dos tipos de procesos de estandarización. El primero es el que ya está teniendo lugar en la International Swaps and Derivatives Association (ISDA), que consiste en una especie de traducción (por así decirlo) y sucesiva estandarización de algunas cláusulas del modelo contractual de compraventa de derivados financieros bajo la forma de un *smart contract* en *blockchain* (15). El segundo proceso, que también se está llevando a cabo, concierne a la idea de una estandarización del *smart contract* por ejecutarse directamente en la red *blockchain* por obra de la comunidad de programadores (16).

(14) DE FILIPPI, P. — WRIGHT, A., “Blockchain and the Law: The Rule of Code”, Cambridge, Massachusetts, 2018.

(15) BRAITHWAITE, J. P., “Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets”, *Modern Law Rev.*, nro. 75, 2012, ps. 5 y ss. El caso del mencionado ISDA es quizás uno de los más interesantes para observar el proceso de “traducción” de un contrato (o parte de él) en forma de *smart contract*. La asociación ha elaborado, entre otras cosas, toda una serie de modelos y documentos explicativos de estos modelos para los operadores del sector, que se pueden consultar en <https://www.isda.org/2019/10/16/isda-smart-contracts/> (consultado el 14/06/2020).

(16) Un ejemplo es el del modelo indicado como “ERC20”, que es un estándar técnico utilizado para *smart contracts* en la *blockchain* de Ethereum. La comunidad de programadores activos en la *blockchain* Ethereum ha desarrollado este *smart contract*, que tiene algunas características, a través de un proceso colaborativo que es posible gracias a la tecnología. Por lo tanto, este modelo de *smart contract* es el resultado de un esfuerzo comunitario, y también está en constante evolución. ANSARI, K. H. — KULKARNI, U., “Implementation of Ethereum Request for Comment (ERC20) Token”, *Proceedings of the 3rd*

El resultado no cambia para el consumidor: si pudiéramos ver lo que hay detrás de una plataforma de comercio electrónico o, en un futuro, detrás de una red de cadena de bloques, estaríamos ante una serie incomprensible de números y signos que podrían representar un contrato, una parte de un contrato o también las cláusulas relativas a la ejecución de un contrato. El *smart contract* que suponga una mera ejecución automática de un contrato es —obviamente— menos problemático para el consumidor. Diferente sería si se configurara como un contrato verdaderamente dicho. En tal caso, el consumidor perdería con seguridad el último atisbo de la libertad para comprender los términos contractuales y para manifestar su consentimiento. Hemos alcanzado una de las formas más extremas de estandarización del acuerdo contractual. En palabras de un autor, que nos parecen muy acertadas: “... *consumers will lose their right to meaningfully participate in the formation and incorporation of meaningful provisions in consumer contracts. Over time, commercial institutions will gain complete control over this, and will, by implication, invert the value of contract over goods and services*” (17).

En principio, esta solución nos parece algo desconcertante, por su capacidad de despojar del factor humano a las relaciones de consumo. En otras palabras, es legítimo preguntarse sobre si esta estandarización “extrema” supone un desarrollo por acoger favorablemente o, en cambio, con preocupación. En todo caso, la breve reconstrucción que aquí se hace de los procesos de estandarización de las CGC parece oponerse a la teoría que afirma que la evolución tecnológica (p. ej., *blockchain*, *smart contract* y *big data*) debería conducirnos hacia un permiso “granular”, esto es, capaz de ser “personalizado” según las circunstancias, situaciones y según quiénes sean los destinatarios (18). En el derecho de los con-

*International Conference on Advances in Science & Technology*, 2020, ps. 1-6, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3561395](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561395) (consultado el 08/06/2020).

(17) La cita es de GRIFFIN, R. C., “Standard Form Contracts”, *North Carolina Central Law Journal*, nro. 9, 1978, ps. 158-177, p. 158, <http://commons.law.famu.edu/faculty-research/25/> (consultado el 04/06/2020).

(18) BUSCH, C. — DE FRANCESCHI, A., “Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law”, en MAK, V. — TJONG, E. — TAI, T. — BERLEE,

sumos del futuro se prevé una oscilación entre dos opuestos: la extrema estandarización de las CGC y la máxima personalización de las reglas.

Por otra parte, esta tipología de estandarización sería difícilmente compatible con el actual marco regulador de la Unión Europea en materia de contratos de consumo, del que se ha hecho una breve mención en la introducción, así como con los derechos nacionales en materia (p. ej., en la aplicación del art. 1341 del Cód. Civil). También es correcto reconocer que el requisito del consentimiento del consumidor en la contratación masiva, a menudo mediante CGC, lleva ya un tiempo siendo una ficción jurídica, sobre todo en lo que concierne al ambiente digital (sirvan de ejemplo el comercio electrónico y las plataformas).

Ello significa que la cuestión del contrato inteligente representa solamente el último paso de un proceso por el cual se han sacrificado la libertad y el consentimiento en nombre del consumo masivo, constituyendo la extrema manifestación —y exaltación— de este último. Dicho esto, cabe preguntarse cuánto necesitamos mantener esta ficción en el derecho. La cuestión es que la doctrina ha ejercido una seria crítica respecto a la validez del consentimiento del consumidor en las CGC, pero sin ofrecer soluciones diferentes ni alternativas respecto al modelo actual. Es obvio decir que el marco regulador de la Unión Europea se rige tanto por los deberes precontractuales de información que la empresa está obligada a cumplir frente al consumidor como por la idea de que, una vez enterado, el consumidor podrá —(ilusión)— expresar un válido consentimiento en la contratación masiva. La doctrina americana, que ha criticado la propensión europea a un exceso de reglamentación de las relaciones de consumo, tampoco ha sido capaz de elaborar enfoques y acercamientos originales y convincentes (19). Esencialmente, la falta de un modelo normativo lleva obstaculizando la evolución de la doctrina sobre las CGC desde los años 2000 (20). Empero, mientras la doctrina anda

a tientas en la oscuridad, la tecnología (por decirlo así) corre, y estamos apenas empezando a comprender los efectos de la automatización en las relaciones de consumo (y no solamente en estas) (21), intentando encontrar un modelo de reglamentación que pueda responder adecuadamente, por un lado, al respeto por la libertad de las personas y, por otro, a la ideología de la innovación (22).

### III. El contrato inteligente (*smart contract*) y la justicia sin coste alguno

Desde la perspectiva del segundo perfil mencionado, es necesario notar que la automatización del contrato de consumo (a menudo CGC) o, simplemente, de la ejecución parcial o total de tal contrato, que tiene lugar gracias al *smart contract*, presenta también oportunidades de trabajo que hay que tomar en consideración. En particular, como hemos dicho anteriormente, el contrato inteligente prevé una ejecución automática en la red de cadena de bloques o *blockchain*. Este aspecto permite obtener la ejecución de los compromisos que la empresa asume por contrato a coste cero para el consumidor. Por poner un ejemplo, gracias al uso del citado programa, los consumidores podrían obtener la liquidación de una prima de seguros rápidamente y de modo automático. Los viajeros (asegurados) cuyo vuelo se haya cancelado o se haya atrasado por más de dos horas podrían recibir un reembolso directamente en la cuenta corriente (sin siquiera solicitarlo), gracias a un cruce entre los datos de la póliza de seguros y los registros de la salida y el

SCHNEIDER, C. E., “The Failure of Mandated Disclosure”, 01/03/2010, *U. of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, nro. 516; *U. of Michigan Law & Econ., Empirical Legal Studies Center Paper*, nro. 10-008, <https://ssrn.com/abstract=1567284>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1567284> (consultado el 06/06/2020). Indicamos dos libros que, a pesar de la diversidad de enfoques y metodologías, parecen ser de especial interés, a saber: RADIN, J. M., “Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights and the Rule of Law”, Princeton, 2012; y otra vez: BAR-GILL, O., “Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets”, Oxford, 2012.

(21) MARKOU, C., “Consumer Protection, Automated Shopping Platforms and EU Law”, Londres, 2019.

(22) LEARY, J. P., “The Innovation Cult”, *Jacobin Magazine*, 2019, <https://jacobinmag.com/2019/04/innovation-language-of-capitalism-ideology-disruption> (consultado el 04/06/2020).

A. (eds.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Cheltenham, 2018, ps. 408-428.

(19) BAR-GILL, O. — BEN-SHAHAR, O., “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law”, *CMLR* 2013-50-109 y ss.

(20) Los estudios críticos más persuasivos se deben a académicos estadounidenses, como BEN-SHAHAR, O. —

aterrizaje del vuelo (23). De ello deriva que el consumidor no debería preocuparse por hacer nada ni gastar nada para obtener el pago de la prima. De este modo, el *smart contract* permitiría eliminar o, por lo menos, reducir considerablemente los costes de la justicia en las controversias de consumo, que, como hemos dicho al principio, son un obstáculo respecto a la efectividad de los derechos que el derecho europeo garantizaría a los ciudadanos. Por lo tanto, el paso del proceso civil a la automatización podría cambiar radicalmente la justicia en lo relativo a las relaciones de consumo (24). Soluciones de este tipo, si bien futuribles, son objeto de estudio por parte de las autoridades públicas y empresas privadas, las cuales son propensas a que sea la tecnología —precisamente, un programa informático— la que se encargue de promover los derechos de los consumidores en la contratación de masas (25). En particular, se remarca la idea del gobierno alemán de favorecer la aplicación del *smart contract* en el sector de los contratos de consumo, mediante la recogida de experiencias y la estandarización de los modelos contractuales basados en los sectores industrial y comercial. Un reciente documento de trabajo del gobierno alemán analiza los posibles campos de aplicación de esta tecnología, con una especial atención puesta en los servicios financieros, servicios de inversión y servicios públicos dirigidos a ciudadanos alemanes (26).

Ahora bien, es legítimo preguntarse si la empresa estaría dispuesta o no a adoptar este nuevo modelo de relación con el cliente, que liga la ruta y las consecuencias del contrato a la automatización. En

---

(23) El caso retoma la experiencia de Fizzy, un proyecto del grupo Axa destinado a la gestión de pólizas de seguros relativas al transporte aéreo. Sin embargo, el sitio del proyecto ya no es accesible en la fecha de publicación de este documento y, por lo tanto, no es posible indicar una referencia al lector.

(24) FRIE, M., ob. cit., nota 12.

(25) FRIE, M., ob. cit., nota 12.

(26) GERMAN FEDERAL GOVERNMENT, “Blockchain Strategy of the Federal Government. We Set Out the Course for the Token Economy”, 2019, [https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategy.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (consultado el 04/06/2020). El documento de trabajo fue elaborado por el Ministerio de Hacienda, en colaboración con el Ministerio de Energía.

este caso, las empresas deberían contar con programadores y/o con programas capaces de promover la aplicación de un modelo de contrato inteligente en las relaciones contractuales con sus propios clientes. Además, dejando a un lado las iniciativas de los pioneros del sector, también es lógico preguntarse si este modelo podría tener aplicación a gran escala, puesto que solamente en tal caso se podría hablar de un verdadero cambio de perspectiva en la tutela de los derechos del consumidor.

#### IV. Conclusión

Es difícil decir si el *smart contract* tendrá efectiva aplicación en los contratos de consumo y, sobre todo, se desconocen los riesgos y beneficios de tal innovación. Hemos intentado aclarar los riesgos relacionados con la automatización del contrato de consumo, que, en el caso que nos ocupa, resulta estar dirigida hacia su lado extremo. Al mismo tiempo, nos hemos detenido en el papel que la automatización podría tener respecto a uno de los problemas más acuciantes y de difícil solución en el campo del derecho de los consumos en el derecho europeo (y, más en general, en todos los ordenamientos), esto es, el de la falta de efectividad de los derechos. Este vacío se debe en la mayoría de los casos a la inercia del consumidor y al coste de la justicia respecto a las controversias de modesta cuantía. Claro está que la automatización nos obligará a pensar en el modelo de defensa del consumidor que la Unión Europea ha construido con fatiga hasta ahora: el principio de consentimiento informado al consumir dejará de ser el eje central del sistema de defensa en la era de la automatización, que, entre otras cosas, ni siquiera admite la posibilidad que tiene el consumidor de rescindir. Habrá que recapacitar de una vez por todas sobre la ficción del consentimiento del consumidor. De hecho, la automatización conduciría a un nuevo paradigma, puesto que la defensa de los derechos del consumidor se encargaría no solamente a un juez, esto es, a una autoridad pública de un Estado nacional, sino también —y sobre todo— a una máquina que existe en un mundo global y virtual. ¿Terminará siendo la tecnología lo que dé felicidad al consumidor? (27).

---

(27) La respuesta está en SEVERINO, E., “Il destino della tecnica”, Milano, 2009, ps. 8-9.

# Breves notas para un uso virtuoso de los *smart contracts* (\*)

Riccardo de Caria (\*\*)

**Sumario:** I. Antecedentes.— II. Perfiles relacionados con la autoejecución de *smart contracts*.— III. *Smart contracts*: entre la política pública y el derecho.— IV. Conclusión.

## I. Antecedentes

Este documento pretende hacer un balance de las principales cuestiones jurídicas que han surgido y están surgiendo en relación con los *smart contracts* o contratos inteligentes. Dando por sentadas las cuestiones de definición (1), partiré de la premisa de que, según el enfoque que parece preferible, el acuerdo que realmente se califica como contrato en términos legales es normalmente el que se perfecciona antes del contrato inteligente. Desde este punto de vista, el *smart contract* puede calificarse adecuadamente como un instrumento de (auto)ejecución del contrato,

---

(\*) Este trabajo es una versión abreviada de mi artículo “Blockchain and Smart Contracts: Legal Issues and Regulatory Responses Between Public and Private Economic Law”, 6[1] *Italian Law Journal* 363, 2020, y en gran medida coincide también con partes de mi trabajo “Blockchain e smart contract: questioni giuridiche e risposte regolatorie tra diritto pubblico e privato dell’economia”, en GIORDANO, M. T. (ed.), *Il diritto della blockchain e degli smart contract*, Giuffrè, 2019, ps. 199 y ss.

(\*\*) Profesor asociado de Derecho Público Comparado en la Universidad de Turín, así como profesor visitante en la Universidad Jean Moulin - Lyon III, y en 2021 en el Center for Transnational Legal Studies London de la Georgetown Law School. Posee un LLM de la London School of Economics y ha sido investigador visitante en la Maine Law School (EE.UU.) y en la Université Catholique de Lyon. Es presidente del centro italiano del European Law Institute y del Turin Observatory on Economic Law and Innovation y miembro del Istituto Universitario di Studi Europei.

(1) Sobre ello, véase DE CARIA, R., “Definitions of Smart Contracts. Between Law and Code”, en CANNARSA, M. - PONCIBÒ, C. - DIMATTEO, L. A., *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Ed. Cambridge University Press, 2019, ps. 19 y ss.

no como un contrato *en sí mismo*: el contrato real es otra cosa, que se ha celebrado antes (2).

Por lo tanto, parece justo argumentar que un *smart contract* es una fuente de obligaciones contractuales, como un acuerdo legalmente válido. Sin embargo, hay que señalar que el contrato inteligente no corresponde al acuerdo, sino que lo presupone y es una traducción escrita de aquel (en código informático). Se hablará de *smart contracts* como fuente de obligaciones entre las partes, pero estas obligaciones derivan de un acuerdo previamente alcanzado, formalizado en el contrato inteligente. En las siguientes páginas, consideraré los aspectos más relevantes con vistas a fomentar un uso virtuoso de esta herramienta.

## II. Perfiles relacionados con la autoejecución de *smart contracts*

Un primer aspecto a considerar se refiere a la imposibilidad casi técnica de detener la autoejecución de un contrato inteligente o, una vez ejecutado, de restablecer la situación anterior. De hecho, incluso cuando la ley lo prescribe, e incluso cuando hay un juez que lo ordena, estas acciones requieren la colaboración de quienes tienen las claves privadas del monedero que contiene los datos o los activos digitales en cuestión: en ausencia de esa colaboración, la orden del juez corre el riesgo de ser ineficaz. Desde un punto de vista técnico, a menos que se ponga en marcha un *hard fork*, lo que socavaría el supuesto subyacente de la inmutabilidad de la *blockchain*, no

---

(2) Véase DE CARIA, R., “The Legal Meaning of Smart Contracts”, 26[6] *European Review of Private Law* 731, 2018, ps. 745-750.

es posible transferir criptodivisas (el “combustible” con el que funcionan los *smart contracts*) a alguien sin la colaboración del propietario actual (o, mejor dicho, de la persona que actualmente tiene las claves del *wallet* que las “contiene”). Si las llaves solo están disponibles en la mente de su propietario, y este no coopera, nunca será posible el embargo o la incautación.

Del mismo modo, si se establece, incluso por un juez, que un *smart contract* contiene un error de programación que produce resultados contrarios a la justicia, o que el acuerdo contractual en el que se basó tiene un error o, en cualquier caso, un supuesto defectuoso (3), no hay forma de detener su autoejecución. Por lo tanto, puede ser técnicamente imposible remediarlo, con la consecuencia de que los remedios ofrecidos abstractamente por la ley son, de hecho, ineficaces. Si imaginamos a un deudor que ha convertido todo su patrimonio en criptomonedas, no hay bienes sobre los que el acreedor pueda liquidar con los procedimientos ordinarios de ejecución, por lo que sus derechos acaban frustrándose. Sin embargo, ya hay deudores sin activos, bien porque han dilapidado los bienes que constituyen su garantía, bien porque los han transferido a terceros mediante operaciones ilocalizables, o por otras razones, pero esto no es suficiente para socavar la validez del sistema.

Esta consideración permite también responder a la cuestión planteada por algunos autores sobre las disposiciones especialmente perjudiciales para una de las partes, contenidas en un contrato inteligente. En sí misma, la ley no renuncia a la protección del consumidor, por ejemplo, mediante el reconocimiento del carácter abusivo de determinadas cláusulas que pueden estar presentes en el contrato inteligente (o, mejor dicho, en el acuerdo contractual previo). Por supuesto, incluso en este caso puede surgir un problema de eficacia, debido a la especial dificultad práctica de beneficiarse de una decisión judicial que establezca tal injusticia. Sin embar-

go, el razonamiento expresado anteriormente sigue siendo firme (4).

La naturaleza autoejecutable de los *smart contracts* también plantea otros problemas en relación con la protección de la parte más débil (5). De hecho, los contratos inteligentes permiten a la parte más fuerte ejercer una amplia autoprotección ante el incumplimiento de la contraparte. Sin embargo, el derecho actual contempla muchas normas de protección de las partes en desventaja, como el derecho de los consumidores o de la competencia (6), que siguen vigentes, por lo que esta crítica tampoco parece tener fundamento.

### III. *Smart contracts*: entre la política pública y el derecho

En este apartado me gustaría hacer primero una consideración a nivel de *política pública*, ya que de ella pueden depender algunas decisiones normativas. En primer lugar, una crítica común a estas tecnologías es la de su impacto energético-ambiental (7). Lo interesante es que esto no parece ser una característica accesorio: el mecanismo de incentivos creado, en línea con la teoría de juegos, a través de la *proof-of-work*, fue construido específicamente para desalentar los llamados ataques del 51% (es decir, los intentos de obtener el control de más de la mitad del *hash rate* de una red), haciéndolos más costosos que la ganancia que se puede lograr.

---

(4) P. De Filippi y A. Wright expresan una posición diferente en “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of *Lex Cryptographia*”, 10/03/2015, p. 26, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2580664>.

(5) En este sentido, cabe citar a FAIRFIELD, J., “Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection”, 71[2] *Washington and Lee Law Review* 35, 2014, quien se manifiesta a favor del uso de los *smart contracts* para la protección del consumidor.

(6) Véanse los escritos de SCHREPEL, T., “Collusion by Blockchain and Smart Contracts”, 33 *Harvard Journal of Law & Technology* 117, 2019; “Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox”, 3 *Georgetown Law Technology Review* 281, 2019.

(7) Véase, entre otros, TRUBY, J., “Decarbonizing Bitcoin: Law and Policy Choices for Reducing the Energy Consumption of Blockchain Technologies and Digital Currencies”, 44 *Energy Research and Social Science* 399, 2018.

---

(3) Esto se refiere en general al tema de la interpretación; sobre él, véase CANNARSA, M., “Interpretation of Contracts and Smart Contracts: Smart Interpretation or Interpretation of Smart Contracts”, 26[6] *ERPL* 773, 2018.

Sin embargo, creo que esta objeción se supera si se considera la cuestión desde la perspectiva del mercado, que implica la reasignación de las externalidades negativas. El mercado será muy eficaz a la hora de incorporar los costes energéticos en el precio de las criptomonedas, creando el incentivo para encontrar nuevas soluciones tecnológicas en las que, por ejemplo, el *mining* se convertiría en algo económicamente desventajoso para todo el mundo (en cualquier caso, la transición de Ethereum de *proof-of-work* a *proof-of-stake* prueba que esto es un problema prospectivamente superado).

Por otro lado, hay otras cuestiones especialmente dignas de reflexión para los juristas que plantean los *smart contracts*. Una primera cuestión se refiere a la llamada “heterointegración” del contrato (8). Por definición, el contrato inteligente debe ser o se presume completo, por lo menos lo más completo posible, y sobre todo a nivel técnico no deja lugar a integraciones externas. Sin embargo, el acuerdo contractual previo al contrato inteligente será objeto de integración por parte del tribunal. El contrato inteligente se seguirá ejecutando cuando se den ciertas condiciones, pero los tribunales siempre podrán —si se admiten en general sus poderes heterointegradores— revisar el resultado en términos de justicia, y posiblemente ordenar un reajuste de las obligaciones contractuales por motivos de justicia o equidad (9).

La cuestión de si la complejidad de la ley, con sus matices y cláusulas generales, puede reducirse a la lógica binaria que rige la tecnología de la información parece más insidiosa. Para el derecho contractual, esto parece difícil (10). Sin embargo, incluso en este caso, una cosa es el método de ejecución, automatizado por el *smart contract*, y otra el acuerdo contractual, donde el juez podrá destacar todos los posibles matices de la

acción humana, incluso a través de las cláusulas generales.

Por último, una cuestión fascinante y difícil de resolver es el tratamiento jurídico que debe recibir un supuesto ataque del 51%: ¿es un acto ilegal y, como tal, sujeto a sanciones, o no? En otras palabras, este tipo de ataque, letal para la credibilidad del sistema, ¿se impide solo por el desincentivo económico derivado de su coste, o también viola las normas legales?

#### IV. Conclusión

El último punto que me gustaría señalar es que los *smart contracts* tienen una aplicación problemática en todos aquellos casos en los que, en el momento de la estipulación, una de las dos partes no dispone del dinero que tendrá que pagar cuando se produzca realmente la condición a la que está sujeto su pago. En otras palabras, es bastante común que los operadores económicos, en pleno cumplimiento de la ley, asuman simultáneamente obligaciones de pago cuyo importe total supera con creces sus fondos propios.

Los activos de una persona, que son la garantía para los deudores, pueden ser limitados, pero la persona puede utilizarlos para garantizar una serie potencialmente infinita de obligaciones diferentes, que en conjunto dan lugar a una exposición patrimonial mucho mayor que los propios activos.

Este escenario es perfectamente fisiológico, sobre todo en los casos típicos en los que los vencimientos de estos bonos son diferentes y se distribuyen en el tiempo, de manera que el deudor puede contar con ingresos futuros para satisfacerlos (*cash flow*). Este mecanismo cumple una función económica precisa, ya que permite multiplicar de alguna manera el valor de los activos propios y, por lo tanto, poder asumir una serie de obligaciones más amplia y, por ende, aumentar el tráfico empresarial.

Considerando, por ejemplo, una venta, las partes siempre pueden acordar que el deudor, al asumir una obligación, disponga ya de la cantidad a pagar y la mantenga congelada a disposición del acreedor, de modo que este reciba “automáticamente” el pago cuando se cumplan las condiciones pertinentes. Este acuerdo puede al-

(8) Sobre este tema véase, entre otros, NANNA, C. M., “Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice”, CEDAM, 2010.

(9) Para algunas reflexiones en esta línea, véase VERS-TRAETE, M., “The Stakes of Smart Contracts”, 50 *Loyola University Chicago Law Journal* 743, 2019.

(10) Entre otros, véase SURDEN, H., “Computable Contracts”, 46 *UC Davis Law Review* 629, 2012.

canzarse recurriendo a un fideicomisario externo que mantenga la suma en depósito. Los *smart contracts* consiguen el mismo resultado, pero haciendo innecesaria la intermediación del agente depositario, o al menos sustituyendo parcialmente su papel por los llamados oráculos (11).

El problema es que esta práctica lleva a inmovilizar mucha más riqueza y durante mucho más tiempo del necesario en sí mismo. Por lo tanto, será esencial prestar mucha atención, en la redacción del *smart contract*, para garantizar que se defina bien un límite de tiempo dentro del cual se pueda decir que la condición se ha cumplido con certeza o no, o en cualquier caso que se prevea una función, llamada *kill*, que sea capaz de tomar posesión del *software* y bloquear la ejecución. De lo contrario, se corre el riesgo de que la inmovilización se prolongue durante un tiempo potencialmente indefinido, acabando por generar incertidumbre sobre los verdaderos propietarios de una cantidad importante de riqueza, reproduciendo algunos resultados desafortunados del pasado que la práctica comercial había superado.

Una solución es admitir que el *smart contract* se celebre incluso en ausencia de fondos en el *wallet* de la persona que asume la obligación de pagar, y que este pago se produzca solo cuando aparezcan los fondos, pero de esta forma acabamos perdiendo una de las funciones primordiales del contrato inteligente, es decir, la garantía de la certeza y automaticidad del pago y la consiguiente desintermediación.

Del mismo modo, los *smart contracts* hacen que el funcionamiento de la excepción de no conformidad sea problemático. Si está automatizado, el pago se producirá incluso en presencia de defectos en el rendimiento de la contraparte. Si, por el contrario, el pago está sujeto a la verificación previa de la ausencia de defectos, la principal ventaja del mecanismo de contrato inteligente se ve de nuevo frustrada.

---

(11) Véase EGBERTS, A., "The Oracle Problem. An Analysis of how Blockchain Oracles Undermine the Advantages of Decentralized Ledger Systems", 12/12/2017, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3382343](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3382343). En este sentido, la práctica de los contratos *multisig* parece introducir también la intervención de un tercero, lo que mitiga, al menos en parte, el carácter automático de los *smart contracts*.

En efecto, los *smart contracts* responden a una función económica precisa, a saber, superar la falta de confianza, por un lado, en el acreedor y, por otro, en los recursos que ofrece el sistema jurídico para satisfacer el propio crédito en caso de incumplimiento. En cierto modo, los contratos inteligentes, al realizar la llamada *trustless trust* (12) (aunque las partes deban depositar una confianza considerable en los autores del contrato inteligente y en los posibles auditores), podrían hacer viables algunas operaciones económicas que de otro modo no se concluirían, o que solo se concluirían con un coste mayor (por la intermediación de sujetos de confianza de ambas partes). Sin embargo, hay muchos casos en los que las partes prefieren prescindir de esas garantías, para reducir los costes de transacción, y en los que, por tanto, el mecanismo de los *smart contracts* no parece ser actualmente la solución preferible.

Pueden hacerse consideraciones similares con respecto a una amplia gama de contratos o cláusulas contractuales: ¿cómo conciliar la ejecución automática y la predeterminación de una obligación de pago con todos los casos en los que su importe no se conoce desde el principio? Por poner algunos ejemplos, pensemos en un seguro de vida (13), o en una cláusula penal que prevea una cantidad creciente a lo largo del tiempo, o en una venta al descubierto, todos ellos acuerdos que prevén un pago que depende de un determinado resultado. En todos estos casos, el uso de un contrato inteligente, para ser una opción coherente, requeriría el bloqueo de sumas extremadamente altas, correspondientes al peor de los casos, pero esto parece completamente insostenible desde el punto de vista económico.

En un hipotético escenario en el que las criptomonedas sustituyeran a las monedas *fiat*, y en el que toda la riqueza estuviera hasta cierto punto *tokenizada*, surgiría la necesidad, para que los

---

(12) Véase, por ejemplo, EENMAA-DIMITRIEVA, H. — SCHMIDT-KESSEN, M. J., "Creating Markets in No-Trust Environments: The Law and Economics of Smart Contracts", 35[1] *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice* 69, 2019.

(13) Con respecto a esto, una solución podría ser establecer contractualmente un pago automático hasta una determinada cantidad, pero esto seguiría siendo una solución imperfecta.



*smart contracts* se aplicaran fuera de un rango limitado de supuestos, de encontrar una manera de permitir que las mismas unidades de criptomoneda se utilizaran varias veces, en una especie de alternativa práctica al *double spending*, que, sin embargo, correría el riesgo de contradecir uno de los principios fundamentales del entorno de la cadena de bloques. Una forma podría ser celebrar acuerdos contractuales vinculados entre sí, en los que el propio nacimiento de una obligación esté condicionado a la llegada efectiva del suministro como resultado de otro acuerdo contractual, pero al menos hasta la fecha parecen bastante complicados y engorrosos. Por lo tanto, parece ser un problema que requerirá una amplia reflexión por parte de informáticos y juristas, en busca de posibles soluciones.

En definitiva, creo que los *smart contracts* sí representan una innovación potencialmente disruptiva, pero es necesario tener en cuenta una serie de posibles límites derivados de la interacción de esta tecnología con el derecho vigente y razonar sobre las posibles soluciones que se pueden encontrar, combinando precisamente un co-

nocimiento de la tecnología con el del marco jurídico de referencia: la transición no será necesariamente tan fácil ni, en todo caso, tan potencialmente extendida como muchos estudiosos autorizados predicen (14). Una parte de esta reflexión tendrá que hacerse necesariamente sobre el tema de la responsabilidad civil. Las normas jurídicas a este respecto se construyen en torno a una imputación siempre posible, al menos para la culpa, mientras que en la materia que nos ocupa, en muchos casos, no es necesariamente posible encontrar al autor de un error (piénsese en un *bug* en *open source*). En cualquier caso, no será necesariamente un tema solvente. Por otro lado, al menos hasta que se consolide la profesionalidad en la materia, la responsabilidad de la persona que redactó el contrato inteligente puede surgir con mucha más frecuencia que en el caso de los contratos tradicionales, donde la responsabilidad profesional de los abogados en casos de litigio es bastante rara.

(14) Véase, por ejemplo, EENMAA-DIMITRIEVA, H. — SCHMIDT-KESSEN, M. J., “Creating Markets in No-Trust Environments...”, ob. cit.



# DIRITTO E MIGRAZIONE



# Il diritto all'unità familiare nel contesto nazionale ed europeo

Anna Cattaruzzi (\*)

Elisa Chiaretto (\*\*)

**Sumario:** I. Il contesto normativo.— II. Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo verso il familiare di Paese terzo.— III. Il diritto all'unità familiare del cittadino dell'Unione europea ed italiano in relazione al familiare di Paese terzo.— IV. Le questioni aperte

## I. Il contesto normativo

Il diritto all'unità familiare si atteggia con modalità differenti a seconda che il titolare sia un cittadino di Paese terzo oppure un cittadino dell'Unione europea (o italiano) (1).

Nel primo caso si applica la dir. 2003/86/CE (2), recepita con d.lgs. n. 5/2007 (3), che ha

---

(\*) Avvocato del foro di Udine.

(\*\*) Avvocato del foro di Padova, Docente a contratto di diritto dell'Unione europea, Università di Padova.

(1) Il presente lavoro è il frutto della ricerca comune delle autrici, tuttavia il paragrafo 2 è da attribuirsi ad Anna Cattaruzzi ed il paragrafo 3 è da attribuirsi ad Elisa Chiaretto.

(2) Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, "Gazzetta ufficiale dell'Unione europea". L 251, del 03/10/2003, p. 12 ss. V. MOROZZO DELLA ROCCA, P., "Il diritto all'unità familiare in Europa tra 'allargamento' dei confini e 'restringimento' dei diritti", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2004, p. 63 ss.; FAVILLI, C., "La direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare e le due Corti europee", in BRONZINI, G. - PICCONI, F. (a cura di), *La Carta e le Corti*, Chimienti ed., Taranto, 2007, p. 375 ss.

(3) V. PASCALE, A. - PASTORE, M., "Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2007, p. 13 ss. Per rientrare nell'ambito applicazione dir. 2003/86/CE sia il soggiornante sia il familiare devono essere cittadini di Paesi terzi. V.

modificato il d.lgs. n. 286/1989 (TU); la coesione dei cittadini dell'Unione con i loro familiari è invece regolata dalla dir. 2004/38/CE (4) —recepti-

---

Corte giust. sent. 06/12/2012, O. S., causa C-356/11 e C-357/11.

(4) Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri [...], *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. L 158, del 30/04/2004, p. 77 ss. La libera circolazione delle persone in ambito UE, inizialmente vincolata allo svolgimento di attività economiche, si è progressivamente estesa anche alla realizzazione di fini personali come si desume dalla istituzione della cittadinanza dell'Unione (art. 20 TFUE) alla quale si ricollega "il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" di cui all'art. 21, par. 1, TFUE, riaffermato nella Carta dir. UE (art. 45, par. 1). Queste disposizioni del Trattato conferiscono ai singoli diritti che gli stessi possono far valere dinanzi ai giudici nazionali e, quindi, dal mero possesso della cittadinanza di uno Stato membro discende un diritto della persona al soggiorno opponibile a qualsiasi altro Stato membro (Corte giust., 17/09/2002, Baumbast, causa C-413/99). V. GUILD, E. - PEERS, S. - TOMKIN, J., "The EU Citizenship Directive. A Commentary", Oxford University Press, Oxford, 2014; CORTESE, B., "L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia", Giappichelli, Torino, 2018, p. 257 ss.; ADINOLFI, A., "La libertà di circolazione delle persone e la politica di immigrazione", in STROZZI, G. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea, Parte Speciale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 64 ss.

ta con d.lgs. n. 30/2007 **(5)**— e, per alcuni aspetti, dal regolamento n. 492/2011 **(6)**.

Sebbene la dir. 2004/38/CE si riferisca al cittadino dell'Unione che abbia esercitato la libertà di circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza (art. 3°, par. 1), le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 30/2007 —per espressa previsione dell'art. 23— si applicano anche ai familiari di cittadini italiani se più favorevoli rispetto ad altre normative quali quelle contenute nel TU **(7)**. Inoltre per quanto l'art. 1° TU preveda, in generale, che le norme sull'immigrazione non si applicano ai cittadini europei, salvo quanto previsto dalle norme di attua-

zione dell'ordinamento comunitario (tra cui l'art. 23 d.lgs. 30/2007), l'art. 28 TU, in materia di unità familiare, dispone che ai familiari stranieri di cittadini italiani o dell'Unione si applica la normativa europea in materia di libera circolazione e soggiorno fatte salve le disposizioni "più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione". Si deve quindi ritenere che il d.lgs. 30/2007 sia il testo di carattere generale che disciplina la condizione del familiare del cittadino dell'Unione ed italiano, ma che sia cedevole in presenza di disposizioni contenute in altre normative nazionali, quali il TU, se più favorevoli **(8)**.

Va infine evidenziato che esula dalla dir. 2004/38/CE l'ipotesi in cui il cittadino dell'Unione, avendo stabilito una vita familiare in un altro Stato membro, sia poi ritornato nel Paese di origine pretendendo il ricongiungimento con il familiare. In tali casi, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, un diritto di soggiorno derivato può invece fondarsi sull'art. 21, par. 1 TFUE, il quale comporta, a determinate condizioni (ovvero un soggiorno per più di tre mesi ai sensi dell'art. 7° dir. 2004/38/CE), che le disposizioni della direttiva si applichino "per analogia quando detto cittadino dell'Unione ritorni, con il familiare interessato, nel proprio Stato membro d'origine" **(9)**.

Alle fonti normative individuate devono aggiungersi le Comunicazioni della Commissione relative ad entrambe le direttive menzionate

(5) Il d.lgs. n. 30/2007 è stato modificato a più riprese con: d.lgs. n. 32/2008; d.l. n. 89/2011, convertito con l. n. 129/2011; l. n. 97/2013, "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea". V. LANG A. - NASCIBENE B., "L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2007, p. 43 ss.; DI FILIPPO, M., "La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE", *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 420 ss.; LANG, A., "Le modifiche al decreto legislativo n.30 del 2007 sui cittadini comunitari", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4, 2008, p. 120 ss.; LANG, A., "Ancora modifiche alla disciplina italiana sulle condizioni di ingresso, soggiorno e allontanamento dei cittadini dell'Unione", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2011, p. 51 ss. Si consideri, ad esempio, che originariamente l'art. 10 d.lgs. n. 30/2007, diversamente da quanto previsto nella dir. 2004/38/CE (art. 10), prevedeva il requisito del possesso del visto per il rilascio della carta di soggiorno.

(6) Regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 05/04/2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, "Gazzetta ufficiale dell'Unione europea" L 141, del 27/05/2011, p. 1 ss. Tale atto sostituisce il precedente regolamento (CEE) n. 1612/68 del 15/10/1968, già modificato per effetto della dir. 2004/38/CE.

(7) Si tratta di situazioni che la Corte giust. ha definito come "puramente interne ad uno Stato membro" (28/01/1992, Steen, causa 332/90). Rileva a tale riguardo l'espresso divieto di "discriminazione a rovescio" che si riferisce a quelle ipotesi in cui il cittadino nazionale gode di un trattamento meno favorevole di quello che il diritto UE assicura al cittadino dell'Unione — contenuto nella l. 24/12/2012, n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea" (art. 32, c. 1, lett. i e art. 53). V. SPITALERI, F., "Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea", Aracne, Roma, 2010.

(8) V. LANG, A., "Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2013, p. 91. L'art. 23 d.lgs. n. 30/2007 e l'art. 28, c. 2, TU consentono al cittadino italiano ed ai suoi familiari stranieri di utilizzare, secondo la migliore convenienza, i diversi strumenti di accesso al ricongiungimento familiare e di mantenimento dell'unità familiare offerti di volta in volta sia dal TU che dal d.lgs. n. 30/2007. Sul punto MOROZZO DELLA ROCCA, P., "Il diritto all'unità familiare e le sue discipline", in MOROZZO DELLA ROCCA, P. (a cura di), *Immigrazione, Asilo e Cittadinanza*, Maggioli, 2019, p. 147.

(9) Corte giust., 12/03/2014, O. e B, causa C-456/12. V. sent.: 05/06/2018, Coman, causa C-673/16 (in relazione al coniuge dello stesso sesso); 12/07/2018, Banger, causa C-89/17 (in relazione a partner non registrati né coniugati). V. infra par. 3.

che offrono importanti spunti interpretativi (10). Tale normativa di derivazione europea, richiede poi un riferimento costante alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (11) che ha fornito la corretta definizione delle nozioni rilevanti nella stessa contenute che devono essere quindi interpretate in modo autonomo tenendo conto del sistema in cui sono inserite.

## II. Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo verso il familiare di Paese terzo

Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo fa il suo ingresso, nel contesto italiano, con la l. 30/12/1986, n. 943, che al suo art. 4º, prevedeva il diritto al ricongiungimento per i lavoratori extracomunitari legalmente residenti in Italia ed occupati a favore del coniuge, dei figli a carico non coniugati e dei genitori a carico, qualora fossero in grado di assicurare ai familiari condizioni di vita normali.

La dimensione del riconoscimento del diritto al ricongiungimento era quindi limitata ai soli soggetti lavoratori e a favore esclusivamente della famiglia fondata sul matrimonio.

Queste limitazioni sono state oggetto di un duplice intervento della Corte costituzionale.

Con la sentenza del 19/01/1995, n. 28, che riguardava la possibilità di ottenere il ricongiungimento a favore del figlio minore di una cittadina non comunitaria e non lavoratrice, coniugata con un cittadino italiano, la Corte ha evidenzia-

(10) In relazione alla dir. 2003/86/CE: Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva 2003/86/CE [...], COM (2019) 162 del 29/03/2019; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per l'applicazione della direttiva 2003/86/CE [...], COM (2014) 210 del 03/04/2014. In relazione alla dir. 2004/38/CE: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE [...], COM (2009) 313 del 02/07/2009.

(11) La Corte di Giustizia ha riconosciuto al diritto al rispetto della vita privata e familiare natura di diritto fondamentale (art. 8º CEDU e art. 7º Carta dir. UE) seppur al fine di garantire per tale via la libera circolazione dei cittadini dell'Unione. ADINOLFI, A., "Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea", *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2011, p. 5 ss.

to che "il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono infatti diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via principale anche agli stranieri [...]. Naturalmente, questi diritti possono essere assoggettati a limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale [...]. Così individuate le finalità della norma in esame, e i valori cui essa si ispira, non può [...] ritenersi accettabile l'interpretazione che restringe i destinatari dell'istituto del ricongiungimento familiare ai soli immigrati extracomunitari titolari di lavoro subordinato, escludendone chi svolge lavoro familiare".

Nella successiva pronuncia del 26/06/1997, n. 203, la Corte ha riconosciuto l'incompletezza della previsione normativa nella parte in cui non ammetteva il genitore straniero di figlio minore legalmente residente in Italia con l'altro genitore, non legato al primo da vincolo di coniugio, ad entrare e rimanere nel territorio nazionale al fine di poter realizzare e mantenere quella comunità di vita tra figli e genitori che è l'oggetto sostanziale del diritto invocato. La Corte ha evidenziato in proposito che "la garanzia della 'convivenza del nucleo familiare' si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori". Richiamando la sentenza n. 28/1995, ha rilevato che, nel caso in esame, venivano in evidenza tanto il diritto fondamentale del minore a poter vivere con entrambi i genitori, titolari del diritto-dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, quanto il conseguente diritto dei genitori a realizzare il ricongiungimento con il figlio, sicché una disciplina normativa che ignorasse la situazione di coloro che, pur non coniugati, sono titolari di diritti e doveri derivanti dalla condizione di essere genitori era evidentemente illegittima. Infatti la situazione alla quale si collega il diritto al ricongiungimento "non concerne il rapporto dei genitori fra di loro, bensì il rapporto tra genitori e il figlio minore" (12).

(12) La Corte evidenzia che, in questi casi, le condizioni cui la legge subordina la possibilità di esercitare il ricongiungimento familiare, ossia la possibilità di garantire al ricongiunto normali condizioni di vita, potrà essere assol-

Nel frattempo, l'entrata in vigore della l. 28/02/1990, n. 39 di conversione, con modificazioni, del d.l. 30/12/1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti sul territorio dello Stato, aveva lasciato immutati i profili degli istituti legati al diritto all'unità familiare.

È, invece, con l'entrata in vigore del d.lgs. 25/07/1998, n. 286 che costituirà il TU Immigrazione e in cui viene trasfusa la l. 06/03/1998, n. 40 sulla disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, che il diritto all'unità familiare trova una dettagliata disciplina normativa, in particolare nel suo titolo IV, dedicato al "Diritto all'unità familiare e tutela dei minori", articoli da 28 a 33.

Il d.lgs. 286/98 subirà, negli anni, e per quanto riguarda il titolo di nostro interesse, diversi interventi normativi di modifica, in particolare in relazione alle categorie di soggetti destinatari del ricongiungimento e ai requisiti di accesso all'istituto del ricongiungimento (13).

Tuttavia, uno dei più significativi interventi normativi in materia non coinvolge tanto l'impianto delle disposizioni specificatamente dedicate all'unità familiare e ai minori, quanto l'assetto complessivo delle disposizioni che regolano il soggiorno dei cittadini stranieri.

Nel 2003, infatti, viene adottata la già menzionata direttiva 2003/86/CE, che raccoglie molte delle indicazioni fornite dalla Corte EDU sull'interpretazione della CEDU (14) in relazione al suo art. 8°.

---

ta attraverso le disponibilità economiche o dell'altro genitore o del genitore che chiede di ricongiungersi.

(13) V. d.lgs. 03/10/2008, n. 160 e la l. 15/07/2009, n. 94 per i requisiti relativi all'alloggio e al ricongiungimento del genitore naturale del figlio minore già regolarmente soggiornate sul territorio; l. 15/07/2009, n. 94, la l. 02/08/2011, n. 129, l. 07/07/2016, n. 122 e la l. 07/04/2017, n. 47 per la condizione dei minori, anche in relazione alla loro posizione di soggiorno al momento del compimento della maggiore età.

(14) V. Corte giust. 27/06/2006, Parlamento c. Consiglio, causa C-540/03.

Nella direttiva, il ricongiungimento familiare viene definito come uno strumento "necessario" per permettere la vita familiare, contribuendo a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi (15). Esso dovrebbe riguardare "in ogni caso i membri della famiglia nucleare, cioè il coniuge e i figli minorenni" (16), mentre viene lasciata agli Stati membri la decisione di estendere l'istituto ad altri familiari, quali i parenti in linea diretta ascendente, i figli maggiorenni non coniugati, i partners non coniugati o la cui relazione sia registrata nonché, in caso di matrimonio poligamico, i figli minori di un altro coniuge.

Nella stessa prospettiva, il rifiuto al ricongiungimento familiare potrà intervenire solo "per motivi debitamente giustificati", in particolare quando la persona destinataria della riunificazione rappresenti "una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna" (17).

L'art. 6°, par. 1 e 2, ripropone tale indicazione anche per la revoca e il rifiuto di rinnovo del titolo di soggiorno (18), rinviando al successivo art.

---

(15) Considerando n. 4.

(16) Considerando n. 9.

(17) Considerando n. 14. In relazione al diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari la Corte giust. ha precisato che le nozioni di "ordine pubblico" e di "pubblica sicurezza", in quanto giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale, devono essere intese in modo restrittivo, cosicché la loro portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri senza controllo da parte delle istituzioni dell'Unione (sent. 13/09/2016, CS, causa C-304/14. V. anche: 27/10/1977, Bouchereau, causa 30/77; 29/04/2004, Orfanopoulos e Oliveri, causa C-482/01 e C-493/01; 07/06/2007, Commissione/Paesi Bassi, causa C-50/06). La nozione di "ordine pubblico", secondo una formula oramai consolidata, presuppone "oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società" (V. sent. 13/07/2017, E, causa C-193/16; 02/06/2016, Bogendorff von Wolffersdorff, causa C-438/14. La Commissione (COM 2014 210 cit.) ha precisato che, la giurisprudenza della Corte giust. relativa ai cittadini UE può servire da guida per definire, per analogia, le nozioni in questione contenute nella dir. 2003/86).

(18) Ad oggi, pende, avanti alla Corte di Giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Raad van State (Consiglio di Stato, Paesi Bassi) nelle cause riunite C-381/18 e C-382/18 nelle quali è stato chiesto, per la



17. Tale ultima disposizione, che peraltro è analoga all'art. 28 dir. 2004/38/CE, recepisce la giurisprudenza della Corte EDU sull'art 8 CEDU (19), e riconosce che "in caso di rigetto di una domanda, di ritiro o di mancato rinnovo di soggiorno o di adozione di una misura di allontanamento nei confronti del soggiornante o dei suoi familiari, gli Stati membri prendono nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona e della durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine" (20).

Il recepimento della direttiva interviene ad opera del d.lgs. 08/01/2007, n. 5 che introduce nel sistema del TU alcune disposizioni chiaramente frutto delle indicazioni della Corte EDU: l'art. 4°, co. 3 sancisce che il rilascio del visto per motivi di famiglia è precluso, non già come avviene altrimenti, per la sola presenza di condanne penali ostative, ma solo se il familiare da ricongiungere rappresenta una minaccia concreta ed attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza; l'art. 5°, co.

prima volta, di interpretare le clausole relative all'ordine pubblico di cui all'art. 6°, par. 1 e 2 dir. 2003/86/CE ovvero di valutare gli effetti dell'art. 17 nel contesto della revoca del permesso di soggiorno per ragioni di ordine pubblico. L'11/07/2019 sono state presentate le Conclusioni dell'Avvocato Generale.

(19) Ai fini della valutazione di proporzionalità rimessa all'autorità statale quando interviene sul diritto alla vita familiare e privata del cittadino straniero, la Corte EDU ha delineato alcuni criteri guida (sent. Boulif v. Svizzera, 02/08/2001): natura e gravità del reato commesso; durata del soggiorno nel Paese ospitante; lasso di tempo intercorso tra il reato e la decisione di allontanamento e la condotta mantenuta nel frattempo; situazione familiare (figli, coniuge, etc); nazionalità dei familiari; precarietà derivante al nucleo dalla rottura della convivenza; le difficoltà dei familiari se dovessero seguire il familiare allontanato; i legami con il Paese di origine; la durata del divieto di reingresso (par. 48). V. anche Corte EDU, 18/10/2006, Ünner c. Paesi Bassi, par. 57 e più recentemente Corte EDU, 09/04/2019, I.M. c. Svizzera, par. 69 e 70.

(20) Compete agli Stati membri fissare i propri standard, in linea con il principio generale della proporzionalità oltre che con l'art. 17 dir., che li obbliga a tenere conto della natura e della solidità dei rapporti della persona e della durata del soggiorno, soppesandolo rispetto alla gravità e al tipo di reato perpetrato ai danni dell'ordine pubblico o della sicurezza pubblica (v. Relazione della Commissione del 29/03/2019 cit. p. 10). V. Corte giust., 14/03/2019, Y.Z., causa C-557/17.

5 prevede che la revoca, il rifiuto o il diniego di permesso di soggiorno, se interessa un soggetto che ha esercitato il diritto al ricongiungimento o un familiare ricongiunto, possano essere adottati solo previa valutazione dell'effettività dei rapporti e dei legami familiari esistenti sul territorio, della durata del soggiorno in Italia, dell'esistenza di legami con il Paese di origine; l'art. 13, co. 2 bis prevede che l'espulsione di cui alle lettere a) e b) dell'art. 13 TU nei confronti di chi ha esercitato il diritto al ricongiungimento o è stato ricongiunto possa essere adottata solo previa valutazione di ulteriori elementi quali i rapporti e i legami familiari esistenti sul territorio, la durata del soggiorno in Italia, l'esistenza di legami con il Paese di origine (21); l'art. 13, co. 13 dove si riconosce che un'eventuale espulsione per i motivi di cui alle lettere a) e b) dell'art. 13 non pregiudica la possibilità di rientro nel territorio per ricongiungimento familiare.

Inquadrate in questi termini, però, le modifiche introdotte non risultavano pienamente rispondenti alle indicazioni fornite dalla Corte EDU e dalla direttiva: le disposizioni interne, infatti, circoscrivevano la necessità di un bilanciamento degli interessi coinvolti e la valutazione sulla natura dei rapporti familiari, della durata del soggiorno e dei legami con il Paese di origine, ai soli casi che coinvolgevano soggetti che avevano esercitato il diritto al ricongiungimento o che erano familiari ricongiunti. Risultavano, così, letteralmente esclusi dall'applicazione delle nuove norme tutti i soggetti che avevano costituito in Italia il proprio nucleo familiare e non avevano pertanto avuto necessità di ricorrere all'istituto del ricongiungimento.

A fare chiarezza sulla portata delle disposizioni in esame è quindi intervenuta un'ampia giurisprudenza amministrativa che ha evidenziato come "le agevolazioni a tutela dell'unità familiare di cui al d.lgs. 5/2007, spettano anche ai nuclei familiari che abbiano la stessa composizione che, occorrendo, legittimerebbe una procedura di ricongiungimento, ma che non abbiano avuto

(21) Analogo bilanciamento è richiesto all'art. 20, co. 5, d.lgs. 30/2007.

bisogno di ricorrervi, in quanto riuniti ab origine" (22).

È tuttavia con la sentenza della Corte cost. 18/07/2013, n. 202, che interviene sull'art. 5°, co. 5 d.lgs. 286/98, che si delineano puntualmente i limiti della regolamentazione statale quando sono coinvolti interessi attinenti al diritto all'unità familiare.

La Corte, in particolare, evidenzia che "al legislatore è riconosciuta un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità di interessi che tale regolamentazione riguarda; [...] tale discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino (sentenze n. 172 del 2012, n. 245 del 2011, n. 299 e 249 del 2010, n. 148 del 2008, n. 206 del 2006, n. 78 del 2005)".

Se così è "la tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta ed attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati. Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie se in presenza di figli minori, è decisamente troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite per legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare". In questi termini, una disposizione normativa, quale quella portata all'attenzione della Corte, che non estenda que-

sta tutela rafforzata a tutti i casi in cui lo straniero abbia nello Stato legami familiari, risulta palesemente illegittima per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost (23). La Corte evidenzia peraltro che ad analoghe considerazioni conduce anche l'esame dell'art. 8° CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e che funge, nel giudizio di costituzionalità, quale parametro interposto in riferimento all'art. 117, co. 1 Cost.

Rileva che anche la CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, ma se in tale Paese vivono i membri della sua famiglia occorre bilanciare, con ragionevolezza e proporzionalità, il diritto alla vita familiare dello straniero e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico del Paese ospitante, ricorrendo, secondo le indicazioni della Corte di Strasburgo, ad una attenta osservazione del caso concreto e alla valutazione di diversi elementi quali, ad esempio, la natura e la gravità del reato commesso, la durata del soggiorno nel Paese ospitante, il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta durante tale periodo, la nazionalità delle persone interessate,

(23) Applicazione conforme a questa lettura, con riferimento alla disposizione dell'art. 13, co. 2 bis, d.lgs. 286/98, si rinvia in Cass. 12/07/2016, n. 14176 e in Cass. 16/01/2019, n. 5597 dove la Suprema Corte evidenzia che l'automatismo espulsivo previsto in precedenza per la condanna per determinati reati è stato superato dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 5/2007. Conf. Cass. 30/01/2019, n. 5360 e Cass. 27/09/2018, n. 23316 che precisa che alla luce della sentenza della Consulta la suddetta disposizione "dovrà trovare applicazione in tutti i casi in cui lo straniero vanta legami familiari nel territorio dello Stato, anche e soprattutto in relazione ai nuclei familiari che si sono formati in Italia ed ai figli nati sul Territorio Nazionale". V. anche Cass., 30/10/2018, n. 27697 e Cass., 27/07/2017, n. 18689. In alcune recenti decisioni, la Suprema Corte ha rilevato che i legami familiari del cittadino straniero, per consentire l'applicazione della tutela rafforzata di cui all'art. 13, co. 2 bis, devono essere "soggettivamente qualificati ed effettivi", ed il giudice di merito è tenuto a darne conto adeguatamente, sulla base dei vari elementi richiamati dal giudice delle leggi. In mancanza di legami familiari "qualificati", non sarebbe possibile ricorrere, ai fini di un'ipotetica inespellibilità dello straniero, ai criteri suppletivi relativi a durata del soggiorno, integrazione sociale nel territorio nazionale e legami culturali o sociali con il Paese di origine (Cass. 15/01/2019, n. 781; Cass. 29/03/2019, n. 8882; Cass. 17/04/2019, n. 10785). Tuttavia queste ultime prese di posizione della Cassazione non sembrano coerenti con la lettura che del diritto alla vita privata (oltre che familiare) sta fornendo, negli ultimi anni, la Corte EDU.

(22) Cons. St. 13/04/2013, n. 2012; Cons. St. 02/03/2013, n. 1245; Cons. St. 20/12/2012, n. 6559; Cons. St. 08/11/2012, n. 5679; Cons. St. 25/09/2012, n. 5089.

la situazione familiare del ricorrente e, segnatamente, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare, la circostanza che il coniuge fosse al corrente del reato all'epoca della creazione del rapporto familiare, la presenza di figli minori, la loro età, il loro interesse e benessere, le difficoltà che coniuge e figli potrebbero incontrare se il congiunto venisse allontanato, la solidità di legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospite (24).

Conclude, pertanto, evidenziando che il livello di tutela assicurato dall'art. 8° CEDU al diritto all'unità familiare del cittadino straniero è "equivalente" alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento.

All'interno di questo contesto normativo sovranazionale e costituzionale, le scelte del legislatore ordinario, nella regolamentazione nazionale del diritto all'unità familiare, si sono orientate nel senso di estendere le categorie di soggetti che possono essere ricongiunti anche oltre alla famiglia nucleare, indicata come ordinaria destinataria del diritto al ricongiungimento, consentendo tale possibilità anche a favore dei figli maggiorenni e dei genitori a carico del soggetto titolare del diritto, pur con delle limitazioni di fatto assai stringenti (25).

(24) Il rimando è alla giurisprudenza della Corte EDU e in particolare alla sent. 07/04/2009, Cherif e altri c. Italia.

(25) Sotto il profilo soggettivo, l'art. 28, co. 1, d.lgs. 286/98 individua il titolare del diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nello straniero titolare di un permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo o di un permesso di soggiorno di durata almeno annuale rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, o per asilo, per studio, per motivi religiosi o familiari. La Cassazione (sent. 8582/2008 e 12680/2009) ha riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare anche al titolare del permesso di soggiorno per attesa cittadinanza. L'art. 27 ter, co. 8, d.lgs. 286/98 riconosce il diritto al ricongiungimento anche a favore dei titolari di permesso di soggiorno per ricerca scientifica e l'art. 27quater, c. 16, a quelli titolari di carta blu UE. I soggetti beneficiari del ricongiungimento sono individuati, dall'art. 29, TU: 1. nel coniuge (o, a seguito della l. n. 76/2016, nel partner di un'unione civile. V. Circolare Ministero dell'interno 5 agosto 2016) non legalmente separato e non minore di anni diciotto. Si considerano minori i figli di età inferiore ai 18 anni al momento della presentazione della istanza di ricongiungimento (Cass. civ. 12/01/2017, n. 649). 3. nei figli maggiorenni e nei genitori a carico con le limitazioni di cui in narrativa.

In particolare, nei confronti dei figli maggiorenni, il limite al ricongiungimento è rappresentato dalla necessità che tale figlio non possa provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione di uno stato di salute che comporta invalidità totale mentre per i genitori a carico si richiede che essi non abbiano altri figli nel Paese di origine ovvero, per i genitori ultrasessantacinquenni, che eventuali altri figli presenti nel Paese di origine non possano provvedere al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute.

Portate all'attenzione della Corte costituzionale, tali limitazioni sono state ritenute conformi al dettato costituzionale. In particolare la Corte ha evidenziato che la Costituzione assicura la più ampia tutela alla famiglia nucleare e quindi, a coniuge e figli minori, mentre l'art. 29 Cost. non può invocarsi nei confronti dei figli maggiorenni o dei genitori nei cui confronti l'unità familiare "perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare "l'interesse all'affetto" con altri interessi di rilievo" (26). In tal senso la scelta di limitare il ricongiungimento alle ipotesi in cui vi sia una effettiva e grave situazione di bisogno di quei familiari che non sono in grado di soddisfare autonomamente le proprie esigenze primarie di vita, risulterebbe legittima e ragionevole, tanto più che il concetto di solidarietà familiare, invocato a giustificazione di una richiesta di ampliamento delle ipotesi di ricongiungimento, "non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza".

Tale impostazione ha trovato altre significative occasioni di approfondimento da parte della Corte.

Nella celebre sentenza n. 376 del 12/07/2000, la Corte, chiamata a valutare la legittimità dell'art. 17, co. 2, lett. d) l. 06/03/1998, n. 40, poi trasfuso nell'art. 19, c. 2, lett. D) d.lgs. 286/98 relativo alla mancata previsione dell'estensione del divieto di espulsione a favore della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita di un figlio, anche allo straniero coniugato e convivente con la donna, evidenzia come non solo

(26) Corte cost., sent. 06/06/2005, n. 224; ord. 25/10/2006, n. 368; ord. 26/09/2007, n. 335.

la Costituzione, ma anche una pluralità di trattati internazionali ratificati dall'Italia, impongono la più ampia protezione ed assistenza alla famiglia, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori. E ciò a prescindere dalla condizione di cittadini o stranieri dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali.

In quest'ottica, al diritto del minore ad essere educato tutte le volte in cui ciò sia possibile, da entrambi i genitori e non dalla sola madre, si accompagna il diritto di entrambi i genitori ad una paritetica partecipazione alla cura e all'educazione della prole, nel rispetto del valore costituzionalmente garantito della parità tra uomo e donna.

Questa tutela rafforzata richiede, tuttavia, la certezza dei rapporti familiari di cui si chiede la protezione. Conseguentemente, nei casi in cui tale certezza venga a mancare, non è possibile estendere la tutela assicurata alla famiglia fondata su rapporti giuridici riconosciuti.

In particolare, la Corte ha escluso l'estensione della protezione assicurata dal divieto di espulsione del marito convivente con donna incinta e nei sei mesi successivi al parto, al convivente more uxorio della donna in gravidanza, evidenziando che "l'estensione di tale disciplina [...] presuppone una certezza dei rapporti familiari che non è dato riscontrare — e tanto meno è dato verificare nel giudizio a quo — nel caso di una relazione di fatto che, come tale, non può che essere affermata dagli interessati" (27).

Analogamente ha escluso la possibilità di estendere il divieto di espulsione assicurato al coniuge di cittadino italiano dall'art. 19, co. 2, lett. c) d.lgs. 286/98 al convivente more uxorio di cittadino italiano rilevando che la tutela accordata dall'ordinamento riguarda "persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici che è invece assente nella convivenza more uxorio" (28).

(27) Corte cost. od, 03/05/2006, n. 192; ord. 06/12/2006, n. 444.

(28) Corte cost., ord. 25/10/2000, n. 481; Cass. 10/03/2006, n. 5220.

Ad oggi, dopo l'entrata in vigore della l. 20/05/2016, n. 76 sulle unioni civili e la convivenza (29) e alcune interessanti prese di posizione della giurisprudenza amministrativa su cui si tornerà, queste ultime pronunce della Corte costituzionale pare necessitino di un ripensamento, anche alla luce di alcune recenti sentenze della Corte EDU.

È invece indiscutibile che la l. n. 76/2016 abbia esteso la categoria dei soggetti beneficiari del ricongiungimento familiare ai partner dello stesso sesso legati da un'unione civile, stipulata in Italia o all'estero, al cittadino straniero titolare del diritto al ricongiungimento (30).

### III. Il diritto all'unità familiare del cittadino dell'Unione europea ed italiano in relazione al familiare di Paese terzo

Il cittadino di un Paese terzo che abbia un legame familiare stabile con un cittadino dell'Unione (o italiano) viene "attratto" nella sfera dei diritti di quest'ultimo con conseguente applicazione della dir. 2004/38/CE e, quindi, del d.lgs. n. 30/2007 (31); a tale normativa si deve fare riferi-

(29) V. VIGLIONE, F., "Commento alla legge n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze)", in CIAN, G. - TRABUCCHI A. (a cura di), Commentario Breve al Codice Civile, ed. XII, Cedam, 2016; ARMELLINI S. - BARELLI B. - GIACOMELLI U., "La famiglia nel diritto internazionale. Giudice competente, diritti e tutele", Giuffrè Francis & Taylor, 2019.

(30) Circolare Ministero dell'interno. 05/08/2016, n. 3511, ribadisce tale possibilità ed esplicita, se ve ne fosse bisogno, che la condizione del partner di un'unione civile, per ingresso e titolo di soggiorno, è parificata a quella del coniuge in ragione della c.d. clausola di equivalenza di cui all'art. 1° co. 20, l. n. 76/2016.

(31) La dir. 2004/38/CE distingue tra due categorie di soggiorno in base alla durata. Il soggiorno sino a tre mesi non richiede alcuna condizione e formalità, salvo il possesso di un documento di identità valido (art. 6° dir. 2004/38/CE e art. 6° d.lgs. n. 30/2007). Il soggiorno superiore a tre mesi è subordinato, in generale, ad una serie di condizioni (art. 7° dir. 2004/38/CE e art. 7° d.lgs. n. 30/2007) quali il requisito di essere lavoratore subordinato o autonomo ovvero di essere iscritto presso un istituto per motivi di studio o formazione professionale, di avere la disponibilità di risorse economiche sufficienti e di una assicurazione malattia. Il diritto di soggiorno viene esteso al familiare che accompagna o raggiunge il cittadino europeo che soddisfa le predette condizioni.

mento a prescindere dalla regolarità del suo ingresso e, quindi, dal possesso di un autonomo titolo di soggiorno, con la conseguenza che il diritto (derivato) al soggiorno può essergli assicurato direttamente dal diritto dell'Unione (32).

Al familiare, trascorsi tre mesi dall'ingresso in Italia, viene rilasciata una "carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione" (33) con validità di cinque anni (art. 10 d.lgs. n. 30/2007) e, successivamente, una "carta di soggiorno permanente" (art. 17 d.lgs. n. 30/2007) (34); la richiesta di tale documento è un obbligo, ma non incide sul diritto di soggiorno, se si considera che "il possesso del relativo documento non costituisce condizione necessaria per l'esercizio di un diritto" con la conseguenza che "la qualità di beneficiario dei diritti può essere attestata con qualsiasi altro mezzo di prova" (art.19, co. 4 d.lgs. n. 30/2007) (35). Inoltre la convivenza non è mai prevista, nemmeno quella coniugale, come

un presupposto necessario per il mantenimento del diritto di soggiorno (36) che, a determinate condizioni, non viene meno in caso di divorzio —non di separazione (37)— di annullamento del matrimonio (38) o di decesso del cittadino dell'Unione (39).

È quindi particolarmente importante individuare correttamente la categoria dei familiari di cui alla dir. 2004/38/CE (e quindi del d.lgs. n. 30/2007) distinguendo preliminarmente tra quelli di cui all'art. 2° che godono di un diritto pieno di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante (per quanto comprovato dal rilascio della carta di soggiorno che è subordinato alla presentazione di documentazione attestante la qualità di familiare) (40) e quelli di cui all'art. 3°, il cui ingresso e soggiorno è invece "agevolato".

giorno preesistente in capo all'interessato (sent. Metock cit; 27/06/2018, Diallo, causa C-246/17).

(32) Corte di Giust. 25/07/2008, Metock, causa C-127/08.). Sul punto anche sent. 25/07/2002, Mrax, causa C-459/99; 31/01/2006, Commissione c. Spagna, causa C-503/03; 09/01/2007, Jia, causa C-1/05. V. Circolare Ministero dell'interno 28/08/2009, n. 5355.

(33) La carta di soggiorno, conformemente con la disciplina europea e l'interpretazione della Corte giust. (sent. Mrax, cit.), può essere richiesta anche prima della scadenza dei tre mesi dall'ingresso, quindi anche il giorno stesso dell'ingresso qualora l'interessato intenda soggiornare per più di tre mesi. Il termine di tre mesi discende dalla circostanza che per i primi tre mesi di soggiorno non è richiesta alcuna formalità; se invece il soggiorno si protrae oltre tre mesi, sia il cittadino dell'Unione che i suoi familiari devono assolvere alcune formalità amministrative. V. LANG, A., "Il valore giuridico della carta di soggiorno di familiare di cittadino italiano o cittadino UE nella giurisprudenza della Cassazione", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4, 2012, p. 105 ss.

(34) L'art. 14 d.lgs. n. 30/2007 (art. 16 dir. 2004/38/CE) attribuisce il diritto di soggiorno permanente al cittadino europeo (e al familiare cittadino di Paese terzo) che ha soggiornato "legalmente e in via continuativa per cinque anni nel territorio nazionale". La Corte giust. (21/12/2011, Ziolkowski e altri, causa C-424/10 e C-425/10) ha precisato che a tal fine il soggiorno deve essere conforme ai requisiti cui all'art. 7°, n. 1, della direttiva. Il coniuge cittadino di Paese terzo potrà acquisire tale diritto anche qualora, nel corso dei cinque anni, i coniugi abbiano deciso di separarsi, abbiano iniziato a convivere con altri partner e l'alloggio occupato dal suddetto cittadino non sia ormai più fornito né messo a disposizione di quest'ultimo dal suo coniuge cittadino UE (10/07/2014, Ogiyerakhi, causa C-244/13).

(35) Il carattere dichiarativo della carta di soggiorno implica che essa sia destinata a constatare un diritto di sog-

(36) V. Sentenza del 13/02/1985, Diatta, causa 267/83, ove la Corte interpretando l'art. 10, ora abrogato, del reg. n. 1612/68, ha affermato che quest'ultimo, "disponendo che il familiare del lavoratore migrante ha il diritto di stabilirsi con il lavoratore, non esige che il familiare di cui trattasi vi abiti in permanenza" (p. 18). V. Cass. 20/05/2019, n. 13562 e Cass., 18/04/2019, n. 10925 ove si precisa che il requisito della "convivenza" non è richiesto ai fini del rilascio della carta di soggiorno permanente; e ancora solo l'accertamento di un matrimonio fittizio risulta preclusivo al rinnovo del permesso di soggiorno (Cass. 25/10/2017, n. 25333).

(37) Corte giust. Diatta, p. 20, cit.

(38) V. art. 13, par. 2 dir. 2004/38/CE e art. 12, co. 2, d.lgs. 30/2007 per le condizioni a cui è sottoposta la conservazione del diritto di soggiorno del coniuge (cittadino di un Paese terzo) che non abbia già acquisito il diritto di soggiorno permanente.

(39) V. art. 12, par. 2 dir. 2004/38/CE e art. 11, co. 2 d.lgs. n. 30 del 2007.

(40) Si consideri che in tali casi il procedimento per il ricongiungimento familiare è semplificato. V. Il Messaggio del Ministero degli affari esteri del 06/08/2013 (Circolare Ministero dell'interno n. 26215 del 08/08/2013) ha precisato che non è più richiesto in tali casi il visto nazionale (tipo D) per "motivi familiari" e che, una volta verificato il vincolo di parentela/coniugio con il cittadino UE, potrà invece essere rilasciato un visto Schengen di breve durata (fino a 90 giorni, tipo C) per turismo con ingressi multipli. V. Trib. Torino, sez. I civile, ordinanza del 24/10/2014, ove si precisa che all'Autorità consolare, compete la mera valutazione del rapporto di parentela, mentre gli altri requisiti saranno valutati, ai fini della autorizzazione al lungo soggiorno, direttamente dalle questure.

Quanto ai familiari di cui all'art. 2º, vi sono ricompresi non soltanto il "coniuge" del cittadino dell'Unione, ma anche il "partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione dello Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante" (art. 2º, p. 2, lett. b), d.lgs. 30/2007).

Tale ultima disposizione è stata da subito interamente recepita nel d.lgs. n. 30/2007 anche se ha potuto trovare applicazione piena in Italia solo con la l. n. 76 del 2016 (entrata in vigore il 05/06/2016); si consideri infatti che sino a quella data il partner convivente che avesse contratto con un cittadino europeo un'unione civile registrata rientrava nella categoria degli "altri familiari", di cui si dirà oltre (41).

Relativamente invece alla nozione di "coniuge" (42), gli aspetti problematici hanno riguardato, in mancanza di indicazioni chiare nella direttiva, la possibilità di ricomprendere o meno nel suo ambito anche il coniuge dello stesso sesso in quei casi in cui la diversità della legislazione fra i Paesi membri, comporta una diversa estensione del diritto al ricongiungimento familiare a motivo del mancato riconoscimento in uno Stato membro della qualifica di coniuge che un soggetto vanta in un altro Stato membro. La questione, inizialmente affrontata in ambito nazionale con la nota pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia (sez. I civ., 13/02/2012) (43) che aveva ammesso il ricongiungimento nel nostro Paese di un cittadino uruguayano che aveva contratto in Spagna

un matrimonio con un cittadino italiano dello stesso sesso (44), è stata più di recente esaminata dalla Corte di Giustizia con la sentenza Coman del 05/06/2018 (causa C-673/16) (45) che è in buona sostanza pervenuta ad una soluzione analoga. La Corte, pur non delineando una nozione autonoma di coniuge, ha chiarito che la stessa è "neutra dal punto di vista del genere" se si considera che nella dir. 2004/38/CE manca ogni rinvio alla legge dello Stato ospitante, che, come si è visto, invece è espressamente operato quando si tratta di definire la nozione di "partner registrato", con la conseguenza che la qualificazione di coniuge, pur strettamente collegata ai diritti nazionali, non può essere utilizzata per limitare la libera circolazione e il suo necessario corollario del ricongiungimento familiare nel proprio territorio (p. 36) (46).

Rientrano nella categoria dei familiari ai sensi dell'art. 2º d.lgs. n. 30/2007 anche i "discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quel-

(44) Il Tribunale ha richiamato, oltre alla giurisprudenza rilevante in materia, l'art. 9º Carta dir. UE che individua in capo ad ogni persona "il diritto di sposarsi e costituire una famiglia", senza alcuna limitazione alle sole coppie di diverso genere. V. anche Circolare Ministero dell'interno n. 8996 del 26/10/2012.

(45) V. LANG, A., "Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman", *GenUS*, 2, 2018, p. 13 ss.; PENASA, S., "Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a 'cerchi concentrici' sul caso Coman c. Romania della Corte di Giustizia", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2018, p. 18 ss.; CHIARETTO, E., "Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione europea", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 12, 2018, p. 1753 ss.

(46) Il sig. Coman, cittadino rumeno e americano, ed il sig. Hamilton, cittadino americano, dopo aver contratto matrimonio in Belgio decidevano di trasferirsi in Romania (Paese di origine del sig. Coman), ma le autorità competenti avevano negato il riconoscimento del matrimonio. Gli interessati hanno quindi presentato un ricorso dinanzi al Tribunale competente e nell'ambito di tale procedimento veniva sollevata un'eccezione di incostituzionalità dell'art. 277, par. 2 e 4 c.c. rumeno secondo cui: "I matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti o conclusi all'estero sia da cittadini rumeni sia da cittadini stranieri non vengono riconosciuti in Romania [...]". Con ordinanza del 18 dicembre 2015 il Tribunale ha adito la Corte costituzionale che ha deciso di sollevare alcune questioni in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

(41) V. MOROZZO DELLA ROCCA, P., "Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016", nota a Corte EDU, 30/06/2016, ric. 51362, Taddeucci e McCall c. Italia, "Giurisprudenza italiana", 2017, p. 584 ss.

(42) La condizione del partner di un'unione civile è oggi parificata a quella del coniuge. V. par. 2, nota 29.

(43) MOSCONI F. - CAMPIGLIO C., "Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce delle recenti pronunce", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2012, p. 73 ss.; BERGAMINI, E., "Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 7-8, 2012, 461 ss.

li del coniuge o partner [...]” (47). La Comunicazione della Commissione del 02/07/2009 precisa che la nozione di discendente si estende anche “agli adottati/adottandi e ai minori sottoposti a tutela/tutori permanenti. I minori in affidamento e i genitori affidatari che hanno l'affidamento temporaneo possono beneficiare dei diritti previsti dalla direttiva a seconda dell'intensità del legame caso per caso”.

Le difficoltà interpretative maggiori hanno riguardato la possibilità di ricomprendere nell'ambito della nozione di “discendente” i minori affidati con kafalah (48) e, quindi, l'idoneità di tale istituto che, come noto, è ricondotto tra gli stru-

(47) Art. 2, lett. b, p. 3, d.lgs. n. 30/2007. La condizione di “familiare a carico” si realizza quando il sostegno materiale del familiare è garantito dal cittadino dell'Unione o dal coniuge/partner (09/01/2007, Jia, causa C-1/05, cit.; 18/06/1987, Lebon, causa 316/85). Come precisato anche nella Comunicazione della Commissione del 2009, si dovrà valutare se, alla luce delle sue condizioni finanziarie e sociali, il familiare del cittadino UE necessita di un sostegno materiale per sopperire ai suoi bisogni essenziali nello Stato di origine o nello Stato di provenienza nel momento in cui chiede di raggiungere il cittadino dell'Unione. Si è altresì precisato (16/01/2014, Reyes, causa C-423/12, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 1, 2014, p. 124 ss.) che non rileva il fatto che un familiare sia considerato dotato di ragionevoli possibilità di trovare un lavoro e, inoltre, intenda lavorare nello Stato membro ospitante.

(48) La kafalah è un istituto diffuso nei Paesi islamici mediante il quale —stante il divieto coranico dell'adozione— si consente ad una coppia di coniugi o a una persona singola (kafil), di assistere minori orfani o comunque abbandonati (makful) con l'impegno di mantenerli, educarli, istruirli fino alla maggiore età. Si distingue in generale tra la kafalah c.d. “pubblicistica” e la kafalah c.d. “convenzionale”: nella prima vi è un provvedimento emesso all'esito di una procedura giudiziaria; la seconda origina invece da un accordo tra affidanti e affidatari soggetto ad omologazione da parte di una autorità giurisdizionale. V.: VANZAN, A. - MIAZZI, L., “Kafala e protezione del minore in Italia”, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2, 2004, p. 75 ss.; LANG, A., “Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea”, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2, 2011, p. 52 ss.; BAKTASH, M., “I giudici italiani alla prova con l'istituto della Kafalah”, Famiglia e Diritto, 2018, 3 p. 300 ss.; DI PASCALE, A., “La Kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazione di ordine pubblico”, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 4, 2012, p. 113 ss.; LONG, J., “Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah”, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 2, 2009, p. 112 ss.; LONG, J., “Kafala e ricongiungimento familiare”, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 1, 2008, p. 73 ss.

menti di protezione del minore sia dalla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 (49), sia dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (50), a costituire presupposto per il ricongiungimento familiare con cittadini italiani (o europei). La Cassazione è infatti prevenuta a pronunce contrastanti a seconda che il richiedente il ricongiungimento fosse un cittadino di Paese terzo o un cittadino italiano.

Nel primo caso si è fatto riferimento al TU (art. 29, co. 2) che equipara i “minori adottati o affidati o sottoposti a tutela” ai figli con la conseguenza che si è ammesso il ricongiungimento del minore affidato con kafalah (51); nel secondo caso, all'opposto, si è interpretata la nozione di discendente di cui al d.lgs. n. 30/2007 nel senso che vi si possa ricomprendere il “figlio”, con esclusione del minore affidato con kafalah (52).

Nel 2013 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, facendo cessare tale contrasto di orientamenti, hanno escluso che il minore affidato con kafalah (giudiziale) ad un cittadino italiano possa essere considerato “discendente” ai sen-

(49) Convenzione sulla competenza, le legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa a l'Aja il 19 ottobre 1996. Come è noto, la l. n. 101 del 18 giugno 2015 di autorizzazione alla ratifica “semplice” della Convenzione, è priva di norme di adeguamento alla stessa. Il testo è stato profondamente modificato nel corso dell'esame al Senato al punto che sono state stralciate le disposizioni finalizzate ad adeguare la normativa italiana alla Kafalah. V. BARUFFI, M. C., “La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano”, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2016, p. 976 ss.

(50) Ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27/05/1991, n. 176.

(51) Si è quindi ammesso il ricongiungimento e quindi il rilascio del visto di ingresso a minori di cittadinanza marocchina con cittadini marocchini regolarmente residenti in Italia ai quali erano stati affidati con kafalah c.d. pubblicistica. V. tra le altre Cass. 20/03/2008, n. 7472, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 3, 2008, p. 809 ss.; Cass. 17/07/2008 n. 19734, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 3, 2009, p. 742 ss.

(52) Cass. 4868/2010, Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 3, 2010, p. 177. V. LANG, A., “Considerazioni su kafalah”, cit. p. 52 ss.; LONG, J., “Kafalah: la Cassazione fa il passo del gambero”, La Nuova giurisprudenza civile commentata, 7-8, 2010, p. 835 ss.

si dell'art. 2°, lett. b) (53) e lo hanno qualificato come "altro familiare" ai sensi dell'art. 3° d.lgs. n. 30/2007 (54). La soluzione cui è pervenuta la Cassazione è coerente con la pronuncia della Corte di Giustizia del 26/03/2019 (55) con cui si

(53) Cass., SU 16/09/2013 n. 21108 ha enunciato il seguente principio di diritto "Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di Kafalah pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel Paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2013, p. 170 ss. In tal modo la Suprema Corte, pur facendo rientrare tali ipotesi nell'ambito dell'art. 3° d.lgs. 30/2007, riconosce in tali casi un diritto al ricongiungimento. Per un approfondimento si veda: LANG, A., "Le Sezioni Unite chiariscono quando la kafalah...", cit., p. 91 ss. La Cassazione non aveva all'epoca ritenuto di dover applicare al caso di specie la disciplina di maggior favore contenuta nell'art. 29, c. 2 TU, ritenendo che poiché tale disposizione che consente il ricongiungimento anche di minori affidati in kafalah è applicabile solo agli stranieri "non può neppure procedersi ad ulteriore estensione della norma, fino a ricomprendervi il ricongiungimento a cittadini italiani, per effetto della clausola di salvaguardia, che fa salva l'applicazione delle norme più favorevoli, contenuta nel co. 2 dell'art. 28 del d.lgs. n. 286/1998 (e nell'art. 23 del d.lgs. n. 30 del 2007) dovendosi la norma intendersi riferita solo alle modalità del ricongiungimento e non all'individuazione dell'ambito dei familiari in favore dei quali tale provvedimento è ammissibile". In altri termini, secondo la pronuncia in esame, può effettuarsi una comparazione tra due norme per verificare quale sia la più favorevole solo nel caso in cui entrambe le disposizioni siano applicabili alla medesima fattispecie. Tale situazione nei fatti comporterebbe sul piano interno una disparità di trattamento (a rovescio) dei cittadini italiani (ed europei) rispetto a quelli di Paesi terzi se si considera che i minori affidati con kafalah a questi ultimi, in base al TU, godono di un diritto automatico (e non di un'agevolazione) di ingresso nel nostro Paese.

(54) V. anche Cass., 22/05/2014 n. 11404. Cass. 02/02/2015 n. 1843 (*Diritto di famiglia e delle persone*, 1 I, 2016, p. 64) estende la soluzione cui è pervenuta la Cass. nel 2013 anche alla kafalah negoziale successivamente omologata. V. anche Cass., 24/11/2017 n. 28154. V. CIRESE, M., "Anche la Kafalah convenzionale è istituto di protezione familiare conforme all'interesse del minore", *Il Familiarista.it*, 08/02/2018.

(55) Corte giust. 26/03/2019, SM c. Entry Clearance Office, UK Via Section, causa C-129/18. Due coniugi di nazionalità francese, residenti nel Regno Unito, hanno chiesto alle autorità di tale Paese un'autorizzazione all'ingresso, in qualità di adottata, di una minore algerina che avevano preso in affidamento in Algeria con l'istituto della

chiarisce che la nozione di discendente diretto ai sensi della dir. 2004/38/CE "ricomprende tanto il figlio biologico quanto il figlio adottivo di tale cittadino, allorché è dimostrato che l'adozione crea un legame di filiazione giuridica tra il minore e il cittadino dell'Unione interessati" (p. 54), ma non ricomprende "un minore posto sotto la tutela legale permanente di un cittadino dell'Unione a titolo della kafalah algerina, in quanto tale sottoposizione non crea alcun legame di filiazione tra di loro".

Si deve infine considerare la categoria degli "ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner [...]" (art. 2°, lett. b, p. 4, d.lgs. n. 30/2007) che, sulla scorta della giurisprudenza della Corte giust (56), comprende anche l'ipotesi inversa in cui sia il cittadino dell'Unione (minore di età) a carico dell'ascendente (genitore) cittadino di un Paese terzo; in effetti un minore non può dimostrare di disporre di risorse (ai sensi dell'art. 7° co. 1, lett. b), d.lgs. n. 30/2007) che, pertanto, devono provenire dal genitore che ne ha la custodia effettiva a cui deve essere quindi riconosciuto un diritto derivato (da quello del minore) di soggiorno e, quindi, la possibilità di lavorare (57).

Tale principio è stato confermato nella sentenza Ruiz Zambrano nell'ambito della interpretazione dell'art. 20 TFUE (58) e, più di recente, nella sentenza Ermira Bajatari del 2 ottobre 2019 (causa C-93/18) ove si precisa che le risorse possono

kafalah. La Corte suprema del Regno Unito ha chiesto alla Corte giust. se la direttiva 2004/38/CE consenta di qualificare la minore come "discendente diretto" dei coniugi ai fini del ricongiungimento familiare nel Regno Unito. V. PERARO, C., "L'istituto della Kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di Giustizia nel caso S.M. C. Entry Clearance Officer", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2, 2019, p. 319 ss.

(56) Sent. 19/10/2004, Chen, causa C-200/02.

(57) Trib. Roma, ord. 26/11/2012, n. 14574 (*Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2013, p. 166 ss.) richiamando espressamente la sentenza Chen, ha riconosciuto il diritto di un cittadino ugandese a soggiornare in Italia quale convivente dei figli minori. Nel caso di specie i minori risultavano a carico della madre che provvedeva al sostentamento dell'intero nucleo familiare.

(58) Sent. 08/03/2011, Ruiz Zambrano, causa C-34/09. V. anche: 13/09/2016, Rendon Marin, causa C-165/14; 16/07/2015, Singh, causa C-218/14; 10/10/2013, Alopka e Moudoulou, causa C-86/12.



provenire anche “da redditi derivanti dall’attività lavorativa svolta illegalmente” da un cittadino di uno Stato terzo (nel caso di specie di trattava del padre del minore) “che non dispone di un titolo di soggiorno e di un permesso di lavoro in tale Stato membro” (59). Analogo principio è stato dalla Corte affermato con riguardo ai figli minori che, allo scopo di completare gli studi, rimangono — con l’altro genitore qualunque sia la nazionalità— nello Stato nel quale il genitore cittadino dell’Unione ha in precedenza risieduto (art. 12, par. 3 dir. 2004/38/CE e art. 11, co. 4 d.lgs. n. 30/2007); una previsione simile era contenuta nel regolamento 1612/68 (art. 12) ora sostituito dal regolamento 492/2011 (art. 10) (60). In tal caso il figlio ha un diritto autonomo al soggiorno che può in taluni casi essere riconosciuto anche dopo che ha raggiunto la maggiore età per consentirgli di proseguire e di terminare i propri studi (61).

Quanto alla categoria degli “altri familiari” (art. 3°, co. 2, lett. a), b), d.lgs. n. 30/2007), il cui ingresso e soggiorno è “agevolato”, essa comprende il familiare che “è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell’Unione [...] o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell’Unione lo assista personalmente” (62) ed ancora “partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata” (quindi non necessariamente “registrata”) sulla base di “documentazione ufficiale” eventualmente proveniente anche da un Paese terzo (63). I cittadini di Paesi terzi appartenenti alla

(59) Nel caso di specie risultava che il padre dei minori, cittadino albanese, che aveva svolto diverse attività lavorative, era occupato illegalmente dalla data di scadenza della carta di soggiorno rilasciatagli in virtù di una precedente relazione con una cittadina del Regno Unito.

(60) Corte giust. 23/02/2010, Ibrahim, causa C-310/08.

(61) Corte giust. 08/05/2013 (Alarape, causa C-129/11), che ha confermato quanto già precisato nella sent. 23/02/2010, Teixeira, causa C-480/08.

(62) Trib. Torino, ord. 21/09/2013 (Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 1, 2014, p. 130 ss.) ammette il ricongiungimento del figlio maggiorenne di nazionalità marocchina di cittadina italiana ai sensi dell’art. 3°, comma 2, d.lgs. 30/2007, essendo questi affetto da grave patologia psichiatrica e, quindi, a totale carico della madre che inviava periodicamente al figlio somme di denaro per consentirgli di far fronte alle sue esigenze di vita.

(63) Sino alla legge n. 97 del 2013 (Legge europea 2013) la normativa in esame richiedeva che la relazione stabi-

lizzata allargata godono quindi di un vantaggio, anziché di un vero e proprio diritto all’ingresso e al soggiorno, derivante dal loro rapporto familiare con i cittadini dell’Unione e gli Stati membri devono, anche se non incondizionatamente, agevolare l’ingresso e il soggiorno all’esito di una decisione discrezionale fondata su un esame approfondito della situazione personale e che deve essere motivata in caso di rifiuto (64).

In relazione al “convivente” si precisa che, come chiarito nella Comunicazione della Commissione del 2009, qualsiasi documentazione idonea a provare la stabilità del vincolo, quale ad esempio, l’esistenza di un mutuo comune, può essere portata a supporto della propria richiesta. Tale disposizione che era stata prevalentemente utilizzata in Italia, prima della l. n. 76/2016, per le coppie dello stesso sesso coniugate o aventi un’unione registrata in un altro Paese, ma non nei casi di conviventi di fatto la cui unione non fosse formalizzata in modo ufficiale, risulterebbe avere oggi una applicazione più ampia come dimostrano alcune pronunce più recenti (65).

La Corte di Giustizia ha inoltre di recente chiarito che un diritto al soggiorno del partner cittadino di un Paese terzo (non solo del coniuge) può sussistere anche nel caso in cui il cittadino

le fosse “debitamente attestata dallo Stato del cittadino dell’Unione” in tal modo escludendo tutte le situazioni in cui la relazione stabile fosse attestata solo da uno Stato diverso da quello di appartenenza del cittadino UE. La modifica intervenuta ha adeguato il d.lgs. 30/2007 (art. 3°, comma 2, lett. b) a quanto prescritto nella direttiva 2004/38 (art. 3°, par. 2, lett. b) evitando una procedura di infrazione da parte della Commissione europea.

(64) Corte giust. 05/09/2012, Rahman, causa C-83/11. Il minore affidato con kafalah a cittadino europeo (ed italiano) rientra in tale categoria di familiari. Si rimanda alle considerazioni sopra svolte con riferimento alla pronuncia della Corte giust. C-129/18 cit.

(65) Corte Aps. Venezia, 25/06/2018, riferendosi alle indicazioni fornite nella Comunicazione del 2009, ha confermato la sentenza del Tribunale di Vicenza che aveva ordinato alla Questura competente di rilasciare al ricorrente (cittadino marocchino convivente con cittadina romana da cui aveva avuto un figlio) una carta di soggiorno ai sensi dell’art. 3°, c. 2, lett. b), d.lgs. n. 30/2007. È stato sul punto precisato (MOROZZO DELLA ROCCA, P., “Il diritto all’unità familiare...”, cit., p. 147) che il convivente, a termini dell’art. 9° co. 5, lett. c bis e dell’art. 10, co. 3, lett. d bis, d.lgs. n. 30/2007, ha diritto all’ingresso in Italia e al rilascio della carta di soggiorno.

dell'Unione, avendo stabilito una vita familiare in un altro Stato membro, sia poi ritornato nel Paese di origine pretendendo il ricongiungimento con il familiare; dovrà quindi essere assunta una decisione motivata (ai sensi dell'art. 3º, co. 2, lett. b) d.lgs. 30/2007) in relazione al partner non registrato che abbia vissuto in un altro Paese europeo con un cittadino italiano, nell'eventualità di rientro in Italia di quest'ultimo (66).

#### IV. Le questioni aperte

All'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016, si è rimesso in discussione se si potessero estendere, al convivente di fatto, le tutele che l'ordinamento riconosce al coniuge, anche sotto il profilo del diritto dell'immigrazione in tema di ricongiungimento familiare e di mantenimento del diritto all'unità familiare.

In realtà, la nuova normativa nel disciplinare le convivenze di fatto, anche eventualmente registrate, si è strettamente attenuta al principio per cui l'equiparazione tra coniuge e convivente di fatto non sussiste, salvo in specifiche circostanze previste esplicitamente dalla legge.

Salvo le eccezioni normativamente riconosciute, quindi, l'equiparazione tra le due figure non trova alcun riconoscimento nell'ordinamento interno e poiché nella l. n. 76/2016 non vi è alcuna previsione che coinvolga il diritto dell'immigrazione, di fatto questa equiparazione sembrerebbe del tutto estranea a tale ambito, con la conseguenza che il convivente di fatto non risulterebbe destinatario di alcuna delle misure di protezione destinate al coniuge (67).

Tuttavia, già nei mesi immediatamente successivi all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, la giurisprudenza di merito, di legittimità ed amministrativa ha iniziato ad estendere la protezio-

ne riconosciuta al coniuge anche al convivente di fatto.

Tralasciando le prime pronunce (68), caratterizzate da qualche imprecisione nella lettura delle nuove disposizioni, è certamente significativa in questo senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato (69) che giunge a riconoscere l'opportunità di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi familiari al convivente di fatto in ragione di un'analogia tra convivenza stabile e matrimonio che troverebbe fondamento vuoi nell'art. 3º Cost., vuoi nell'art. 8º CEDU che, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte EDU, include, nella nozione di vita familiare e privata, non solo le relazioni consacrate in un matrimonio, ma anche le unioni di fatto definite quali famiglie naturali (70). In presenza di queste ultime, infatti, l'allontanamento ben potrebbe rappresentare un sacrificio sproporzionato al diritto alla vita privata e familiare, considerato che esso va inteso come diritto dell'individuo a vivere liberamente una condizione di coppia. Una ricostruzione più puntuale si rinviene in una successiva sentenza in cui il Giudice amministrativo, partendo dal presupposto che vi sia la necessità di valutare, in ogni decisione che coinvolga lo straniero e la sua possibilità di permanere sul territorio, ai sensi dell'art. 5º, co. 5 TU ed in ossequio ai principi ribaditi dalla sent. 202/2013 Corte cost., i legami familiari che questi ha nel Paese ospitante, evidenzia come sia la Costituzione che l'art. 8º CEDU impongano di considerare tutte le relazioni familiari esistenti, ivi incluse le convivenze di fatto. In armonia con le indicazioni della Corte EDU, infatti, lo Stato non può negare "all'individuo il diritto a vivere liberamente una condizione di coppia intesa come vita familiare", anche se non consacrata in un matrimonio (71).

(68) Cass. pen. 27/06/2016, n. 44182; Giud. Pace Genova, 18/04/2017.

(69) Cons. St., 31/10/2017, n. 5040. La pronuncia riguardava un diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato di una cittadina straniera che ha dimostrato di essere partner convivente con un cittadino italiano (suo datore di lavoro che provvede al di lei mantenimento).

(70) Corte EDU 23.2.2016, ric. n. 6845/13, Pajic c. Croazia; Corte EDU 04/12/2012, ric. n. 31956/05, Hamidovic c. Italia.

(71) Cons. St., 29/12/2017, n. 6186 si pronuncia su diniego di rinnovo di permesso di soggiorno per motivi di lavoro

(66) Sent. Banger, cit. V. il commento di PERIN, G. - PASTORE, M., *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019. In relazione al coniuge v. caso Coman sopra esaminato.

(67) Il legislatore italiano non ha inteso avvalersi della possibilità, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 4º, par. 3, dir. 2003/86/CE, di "autorizzare l'ingresso e il soggiorno [...] del partner non coniugato cittadino di un Paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante, o del cittadino di un Paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata".

Tutte le pronunce intervenute hanno esaminato situazioni in cui si discuteva del diritto al mantenimento dell'unità familiare di stranieri già presenti sul territorio, mentre non si rinvenivano decisioni relative a ricongiungimenti tra conviventi (72).

Ciò che maggiormente colpisce è che l'apertura all'equiparazione tra coniuge e convivente di fatto, ha trovato occasione di esprimersi in ragione dell'entrata in vigore di una disciplina che, pur giungendo finalmente a regolamentare la convivenza di fatto, non ha operato affatto tale parificazione.

È evidente, tuttavia, che l'entrata in vigore della nuova normativa ha offerto alla giurisprudenza nazionale l'opportunità di un attento riesame dei rapporti familiari, anche e soprattutto alla luce degli orientamenti più recenti evidenziatisi in seno alla Corte EDU, il cui richiamo, nelle pronunce esaminate, non manca mai.

Vi sono inoltre delle criticità interpretative che originano dalla coesistenza di alcune disposizioni contenute nel TU ed il d.lgs. n. 30/2007 che, come già precisato, si applica anche ai familiari di cittadini italiani (73).

di una cittadina di Paese terzo con figli minori, convivente more uxorio con un cittadino di Paese terzo in possesso di permesso di soggiorno per lungo soggiornanti. V. anche Cons. St., 12/07/2018, n. 4277 che evidenzia che, ai fini del diniego del rinnovo del permesso di soggiorno e ai fini espulsivi, rileva la convivenza di fatto con cittadino italiano.

(72) L'estensione alle convivenze di fatto del regime previsto in materia di diritto all'unità familiare per le coppie coniugate (e, quindi, anche dell'istituto del ricongiungimento familiare) è stata oggetto della proposta di legge n. 1076 (Modifiche alla disciplina in materia di immigrazione e condizione dello straniero. Ratifica ed esecuzione del capitolo C della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992. Assegnata alle Commissioni riunite I Affari Costituzionali e III Affari Esteri in sede Referente il 17 gennaio 2019) d'iniziativa della deputata Quartapelle Procopio, presentata il 6 agosto 2018. All'art. 24 si propone, infatti, di equiparare alle unioni civili le stabili convivenze registrate ai fini del diritto all'unità familiare.

(73) PERIN, G., "La disciplina applicabile ai coniugi stranieri di cittadini italiani: chiarimenti giurisprudenziali e nuovi interrogativi", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4, 2007, p. 70.

Ci si riferisce in particolare all'art. 19, co. 2, lett. c) TU che non consente l'espulsione "degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana", salvo che nei casi previsti dall'art. 13, co. 1, TU (espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato disposta dal Ministero dell'interno); tale disposizione continua ancora oggi ad essere utilizzata anche in situazioni che, conformemente alla normativa dell'Unione e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia esaminata nel paragrafo 3, ben potrebbero condurre all'applicazione del più favorevole d.lgs. n. 30/2007 (74) che non richiede il requisito della convivenza. In tali casi, una volta dimostrata la convivenza con il familiare italiano, viene rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 28 d.p.r. n. 394 del 1999) e, in generale, solo alla scadenza dello stesso, in presenza dei presupposti richiesti, viene rilasciata la carta di soggiorno per familiari di cittadino dell'Unione.

Tale difficoltà di coordinamento si è manifestata con particolare evidenza nella giurisprudenza di merito e della Corte di Cassazione producendo orientamenti non univoci in relazione alla necessità del requisito della convivenza effettiva ai fini del riconoscimento del diritto di soggiorno per motivi di coesione familiare anche in sede di rinnovo (75).

(74) V. Cass. 07/06/2017, n. 14159 (v. anche Cass. 29/09/2016, n. 19337; Cass. 15/03/2017 n. 666) ove si precisa che al coniuge straniero convivente con il cittadino italiano "che soggiorna irregolarmente in quanto già attinto da un provvedimento espulsivo o perché privo dei requisiti per un diverso titolo di soggiorno, si applica il combinato disposto del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 19, comma 2, lett. c) e del d.p.r. n. 394 del 1999, art. 38" e non si applica la disciplina normativa derivante dal d.lgs. n. 30/2007. In taluni casi può non essere agevole l'individuazione della disciplina di maggior favore ai fini dell'applicazione del TU ovvero del d.lgs. n. 30/2007. Si consideri, ad esempio, al caso del cittadino straniero che, in ipotesi di diniego dell'autorizzazione al soggiorno o di espulsione, potrebbe avere difficoltà a dimostrare la propria vivenza a carico del fratello che sia divenuto cittadino italiano (art. 3° d.lgs. n. 30/2007), mentre potrebbe più facilmente acquisire il diritto di soggiorno instaurando una convivenza con il fratello con conseguente applicazione dell'art. 19 TU e art. 28 dpr 394/1999. V. MOROZZO DELLA ROCCA, P., "Il diritto all'unità familiare...", cit., p. 148.

(75) Si consideri che, contrariamente alla normativa dell'Unione e alla giurisprudenza della Corte sopra esaminata (v. par. 3) la Cassazione (sent. 23/07/2010, n. 17346,

E così da un lato si è stabilito che il rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni familiari in favore di un cittadino di Paese terzo, coniuge di un cittadino italiano, disciplinato dal d.lgs. n. 30/2007, non richiede il requisito della convivenza tra i coniugi, salve le conseguenze dell'accertamento di un matrimonio fittizio o di convenienza (Cass.10925/2019 e Cass. 5303/2014); dall'altro lato si è statuito che il cittadino di Paese terzo che abbia contratto matrimonio con un cittadino italiano, dopo aver trascorso in Italia il trimestre di soggiorno informale, è tenuto a richieder-

---

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza, 3, 2010, p. 183 ss., con nota di Perin G.) ha affermato che la carta di soggiorno ha valore costitutivo del diritto di soggiorno e determina il diritto applicabile con la conseguenza che, sino al momento in cui l'interessato non ottenga tale titolo, la sua condizione di soggiornante regolare rimane disciplinata dalla legislazione nazionale, in forza della quale, ai fini della concessione del permesso di soggiorno per coesione familiare (art. 19 c. 2 lett. C) d.lgs. n. 286 del 1998 e 28 d.p.r. n. 394 del 1999), nonché ai fini della concessione e del mantenimento del titolo di soggiorno per coniugio, è imposta la sussistenza del requisito della convivenza effettiva il cui accertamento compete all'amministrazione ed è soggetto al controllo del giudice (v. anche Cass. 04/04/2011 n. 7613; 20/04/2012 n. 6315; 10/05/2012 n. 7193; 10/05/2012 n. 7203; 10/07/2012 n. 11593; 21/11/2012 n. 20517; 22/11/2012 n. 20645). V. LANG, A., "Il valore giuridico della carta di soggiorno...", cit., p. 105 ss. Ridimensiona tale affermazione Cass. 12745/2013 ove pur riaffermando l'impossibilità di attribuire la carta di soggiorno come primo permesso di soggiorno allo straniero che ha fatto ingresso o soggiorna irregolarmente in Italia, si ammette che alla scadenza del permesso di soggiorno di cui all'art. 19 TU possa applicarsi la più favorevole disciplina del d.lgs. n. 30/2007. V. anche Cass. 06/03/2014, n. 5303 e Cass. 12/02/2015, n. 2829 ove si precisa che la circostanza che la domanda per il rilascio della carta di soggiorno sia stata presentata prima della scadenza dei tre mesi, non può comportare che debba intendersi proposta per il rilascio di un permesso di soggiorno per coesione familiare ai sensi del TU.

re la carta di soggiorno ai sensi dell'art. 10 d.lgs. n. 30/2007, restando soggetto fino a che non ottenga tale titolo, alla disciplina di cui all'art. 19, co. 2, lett. c), TU che prescrive, ai fini del rilascio e del mantenimento del permesso di soggiorno per famiglia, il requisito della convivenza effettiva (Cass. 13831/2016).

Tali principi, pur non essendo perfettamente sovrapponibili riferendosi il primo al rinnovo del permesso ed il secondo alla prima richiesta del titolo di soggiorno, come è stato ben chiarito in una ordinanza interlocutoria della Cassazione del 23/07/2019, n. 19930 "evidenziano la diversità di disciplina legislativa e l'esigenza di definire con esattezza il rapporto (di specialità o di coesistenza, ma con precisazione delle diverse situazioni regolate dall'uno o dall'altro) tra i due sistemi legislativi che disciplinano situazioni e domande di tutela che traggono origine dal medesimo presupposto relativo al rapporto di familiarità qualificata tra cittadino straniero e cittadino italiano". La Cassazione ha quindi ritenuto di dover affrontare tale problematica con una sentenza motivata ed ha sottoposto la questione alla sezione in pubblica udienza. Con la pronuncia del 27/02/2020 n. 5378, la Cassazione, pur non affrontando precipuamente la questione relativa alla coesistenza dei due sistemi normativi di cui sopra, ha enucleato il principio secondo cui, il legislatore nazionale non condiziona il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno per gli stranieri che hanno fatto ingresso in Italia per ricongiungimento alla effettiva convivenza con il coniuge italiano, essendo ostativo a tale rilascio o rinnovo, analogamente a quanto previsto nel d.lgs. 30/2007, solo l'accertamento che il matrimonio è stato contratto allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato.

# Accoglienza ed integrazione degli immigrati nell'ordinamento italiano

Serenella Pierioni (\*)

**Sumario:** I. Premessa.— II. Il contesto normativo ed il contributo della giurisprudenza.— III. Misure di integrazione.— IV. Considerazioni conclusive.

## I. Premessa

“Migrare è espressione dell'intrinseco anelito alla felicità proprio di ogni essere umano” (1).

La caratterizzazione umanitaria sottesa al fenomeno migratorio, invero, sembra costituire il filo rosso che lega le differenti declinazioni giuridiche del fenomeno, con regolamentazioni necessariamente connesse alle ragioni che causano le migrazioni stesse.

Difatti, la generica espressione “migrante” non è che la sintesi di una eterogeneità di status giuridici, dovendosi più propriamente differenziare la posizione dello straniero che sceglie volontariamente di lasciare il proprio paese per venire in Italia da quella di colui che, invece, è costretto a lasciare il proprio Paese, per gravi situazioni che in esso si sono verificate, e a rifugiarsi in Italia. Seguendo la summa divisio operata dalla dottrina in materia, si distingue così la posizione del c.d. migrante volontario (o economico) da quella del c.d. migrante involontario (2).

Trattasi di una distinzione con effetti giuridici rilevanti per lo straniero, in quanto è al migrante volontario che, nelle sue linee essenziali, si ap-

plica la disciplina del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e s.m.i. Testo Unico sulla Immigrazione (T.U.I.) relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia (3), mentre al migrante involontario si applicano le diverse discipline (speciali nella specialità...), dettate per i rifugiati e persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, per il riconoscimento e revoca dello status di rifugiato e relative all'accoglienza dei richiedenti asilo (di recepimento delle normative comunitarie: d.lgs. n. 251 del 2007; d.lgs. n. 25 del 2008; d.lgs. n. 142 del 2015).

Per vero, la stessa giurisprudenza chiarisce che il concetto di “straniero regolarmente soggiornante” deve essere interpretato in modo estensivo (4), includendo anche lo straniero che ha in corso un procedimento amministrativo o giurisdizionale dal quale può derivare il rilascio del permesso di soggiorno. Se così non fosse si violerebbe l'articolo 6 della CEDU e l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Obiettivo della disciplina, pur non ancora pienamente realizzato, è quello di considerare la ‘materia immigrazione’ non più quale allarmante affare emergenziale, bensì come questione cui far fronte con soluzioni di ampio spettro, favorendo concretamente l'accoglienza e l'integrazione dello straniero.

## II. Il contesto normativo ed il contributo della giurisprudenza

Il diritto dell'immigrazione vede una continua evoluzione, sollecitata da situazioni emergenzia-

(\*) Professore aggregato di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

(1) PAPA FRANCESCO, “Accogliere e integrare gli immigrati”, in *Il Regno-Doc.*, 2017, 199 ss.

(2) Sulla distinzione tra migranti “forzati” e migranti “economici” TRIA, Lucia, “Stranieri, extracomunitari e apolidi. La tutela dei diritti civili e politici”, Milano, 2013, 402 ss.

(3) D.lgs. n. 286/98, Art. 2.

(4) Corte di Cassazione, 5 gennaio 2018, n. 164.

li determinate dall'imponente flusso migratorio, che sempre più interessa il nostro paese (5).

È proprio la natura essenzialmente emergenziale della normativa in materia che fa assumere alla medesima una caratteristica di forte specialità nell'ambito del diritto amministrativo (6). Nondimeno, è a tutti noto come il problema di fondo sia quello di coordinare le previsioni volte alla disciplina dei flussi migratori, per eliminare situazioni di potenziale pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico (7), con la tutela dei diritti fondamentali dei migranti ed in una prospettiva di integrazione medesimi nel nostro ordinamento. Invero, a partire dagli anni settanta è iniziata una graduale trasformazione del nostro Paese da terra di emigrazione a terra di immigrazione, verso cui si dirigono flussi sempre più intensi di immigrati. Solo a partire dagli anni novanta del secolo scorso, di fronte all'intensificarsi del fenomeno migratorio, si cerca di dare maggiore organicità alle norme sull'immigrazione e si adottano misure più incisive, poiché, oltre a regolamentare ingresso, soggiorno ed espulsione, si specifica quali sono diritti e doveri dello straniero, prevedendosi l'introduzione di una carta di soggiorno di durata illimitata (l.n. 40/1998). L'esigenza di armonizzare le varie norme sull'immigrazione, ha portato alla emanazione del Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (T.U.I.), successivamente modificato. Obiettivo comune è sempre stato quello di governare le emergenze poste dai flussi migratori, garantendo al tempo stesso adeguate condizioni di vita al cittadino straniero che risiede nel nostro Paese, favorendone l'integrazione e l'inserimento socio-culturale. In particolare, con

il Decreto Legge n. 195, convertito nella Legge n. 222 dell'ottobre 2002, si è resa possibile la regolarizzazione della posizione dei cittadini stranieri (unicamente lavoratori subordinati e dei collaboratori domestici) che hanno dichiarato, congiuntamente ai datori di lavoro, la loro condizione di occupati irregolari. Per fronteggiare, poi, il "fenomeno dell'immigrazione via mare", il più significativo nel nostro ordinamento, in particolare la recentissima normativa di cui al Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, stabilisce che il "divieto di navigazione" non opera nel caso in cui si svolgano attività di soccorso, immediatamente comunicate alle autorità italiane e allo Stato di bandiera. Per quanto riguarda la protezione internazionale degli stranieri, si prescrive il divieto di espulsione e respingimento nel caso in cui il rimpatrio determini, per l'interessato, il rischio di tortura. Con il decreto, si aggiunge a questa ipotesi il rischio che lo straniero sia sottoposto a trattamenti inumani o degradanti e se ne vieta l'espulsione anche nei casi di rischio di violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare. In tali casi, si prevede il rilascio del permesso di soggiorno per protezione speciale. Il provvedimento riforma anche il sistema di accoglienza destinato ai richiedenti protezione internazionale e ai titolari di protezione, con la creazione del nuovo "Sistema di accoglienza e integrazione". Le attività di prima assistenza continueranno ad essere svolte nei centri governativi ordinari e straordinari. Successivamente, il Sistema si articolerà in due livelli di prestazioni: il primo dedicato ai richiedenti protezione internazionale, il secondo a coloro che ne sono già titolari, con servizi aggiuntivi finalizzati all'integrazione.

Ancora trapela, tuttavia, dalle misure adottate negli ultimi anni e dagli strumenti normativi utilizzati (decreti legge...), quella non sopita fase emergenziale che continua ad interessare il nostro Paese nella materia de qua, pur nella innegabile difficoltà di conciliare l'esigenza di semplificazione e celerità che la materia richiede con il rispetto dei diritti fondamentali, quale quello della tutela giurisdizionale.

È quanto ha cercato di realizzare la legge 13 aprile 2017, n. 46, di conversione del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, che ha ridotto ad un solo grado di giudizio la procedura della richiesta di protezione internazionale, abolendo il secondo grado in caso di rigetto dell'istanza, ma preve-

(5) SAVINO, Mario, "La crisi dei confini", in Riv. Trim. Dir. Pub., 2016, 739 ss.

(6) SAVIO, Guido, "Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno", in AA.VV., Immigrazione, asilo e cittadinanza, Santarcangelo di Romagna, 2017, 15 ss.; CONSITO, Manuela, "I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale", in DIR. AMM., 2017, 412.

(7) PACE, Alessandro, "La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale", in www.rivistaic.it, 2015. La Corte di Giustizia UE, nel riaffermare l'autonomia del diritto europolitano rispetto al sistema dei diritti fondamentali della CEDU, riconosce largo spazio alle esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale che giustificerebbero il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. Corte di Giustizia UE, 15 febbraio 2016, causa C-601/15.

dendo l'istituzione di sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea (Ue), presso ciascun tribunale. Cattura l'attenzione questo profilo innovativo della normativa, relativo alla tutela giurisdizionale del migrante, basata comunque, sul noto sistema dualistico, costruito sulla tradizionale dicotomia che vede la devoluzione di talune controversie al giudice ordinario, quale giudice dei diritti soggettivi, e di altre al giudice amministrativo, quale giudice degli interessi legittimi (8). Difatti, il criterio di riparto della giurisdizione nelle controversie che riguardino gli stranieri non sembra univoco, non potendo fondarsi in via esclusiva né sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dell'Amministrazione, né sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Parrebbe, allora, che in questa materia il criterio del riparto sia affidato ad "una pluralità di criteri diversi o forse ad esigenze eminentemente pratiche" (9), come emerge dalla disamina che segue.

Nel caso di migrante volontario o economico l'art. 6°, comma 10, T.U.I. devolve alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie inerenti al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno sul territorio nazionale, ravvisandosi una situazione di interesse legittimo in capo allo straniero a fronte del potere riconosciuto alla p.a. di regolare l'ingresso e il soggiorno dello medesimo sul territorio nazionale sulla base, ovviamente, dei presupposti fissati dal legislatore. Parimenti al giudice amministrativo competono le controversie scaturenti dal c.d. lavoro irregolare, tesi, cioè, a regolarizzare la posizione di lavoratori assunti "in nero", ritenendosi che, anche in questi casi, all'Amministrazione compete una valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza delle condizioni per la regolarizzazione.

Alla cognizione del giudice ordinario (sezioni specializzate) sono invece devolute le controversie in materia di diniego del nullaosta al ricongiungimento familiare e del permesso di sog-

giorno per motivi familiari, nonché quelle relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'art. 30, comma 6, T.U.I. Siffatta deroga alla generale cognizione del giudice amministrativo sui permessi di soggiorno, viene giustificata dalla natura di diritto soggettivo fondamentale del diritto all'unità familiare, alla quale corrisponderebbe l'assenza di discrezionalità amministrativa e la qualificazione del provvedimento come atto dovuto (10). Sempre al giudice ordinario, ex art. 13, comma 8, T.U.I., è attribuita la giurisdizione in materia di respingimenti, espulsioni e relative misure di esecuzione, trattandosi di provvedimenti ablatori personali che incidono sulla libertà del soggetto ovvero su un diritto soggettivo primario, ad eccezione dei casi di espulsione per motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato, ovvero per motivi di prevenzione del terrorismo (11).

Nel caso di migrante involontario, invece, la tutela giurisdizionale è rimessa alle sezioni specializzate dei Tribunali ordinari competenti tra l'altro (a superamento di una annosa questione) per le controversie sul riconoscimento della protezione umanitaria (12). Sempre alle sezioni specializzate sono rimesse le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale emerge una decisa attenuazione degli automatismi espulsivi (legalità formale), assistendosi, da un lato, ad una maggiore discrezionalità da parte della p.a. nella valutazione dei presupposti sostanziali, ma a cui corrisponde, in sede giustiziale, il sindacato di ragionevolezza, appunto, della valutazione della posizione dello straniero da essa operata. La stessa giurisprudenza della Consulta ha da tempo tendenzialmente espunto dall'ordinamento valutazioni presunte in modo assoluto e astratto della pericolosità sociale del

(10) D'ANTONIO, Simona, "Il riparto di giurisdizione", cit., 559, nonché Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2005, n. 383.

(11) V., ex plurimis, Cass., Sez. Un., 27 luglio 2015, ord. n. 15693; Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88.

(12) DE SANTIS, Angelo D., "Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti", in Riv. Dir. Proc. 2017, 1220 e nt. 6, nonché Cass., Sez. Un., 19 maggio 2009, n. 11535.

(8) Ritenuta conforme a Costituzione da Corte Cost. ord., 18 dicembre 2001, n. 414 e Cass., Sez. I, 7 febbraio 2008, n. 2973.

(9) D'ANTONIO, Simona, "Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano", in Riv. Trim. Dir. Proc. Amm., 2017, 534.

cittadino extracomunitario, ai fini della permanenza nel territorio italiano (13). La giurisprudenza mostra, dunque, una radicale e palese avversione per quello che ha definito un diritto amministrativo “del sospetto” (14) nei confronti dello straniero, non giustificato neanche da ragioni di ordine pubblico tout court, che discrimina la posizione dello straniero da quello del cittadino solo in quanto tale, dovendo l'amministrazione verificare sempre se il comportamento fraudolento del cittadino straniero sia effettivamente tale nel caso concreto, dovendosi realizzare piuttosto un diritto amministrativo “del rispetto” dei suoi diritti fondamentali.

### III. Misure di integrazione

In questo senso, invero, si muove non solo la legislazione statale, ma anche quella regionale che sostiene le attività di programmazioni degli enti locali in materia.

È ormai venuto meno il criterio della cittadinanza come tradizionalmente inteso, per dare spazio alla c.d. cittadinanza sociale (15) quale fondamento della prestazione sociale o del servizio essenziale (i diritti sociali) (16) da erogare al richiedente integrato nel territorio nazionale, rectius nella collettività di appartenenza (a lui più vicina secondo il noto principio costituzionale di sussidiarietà verticale).

Fondamentale si prospetta, dunque, la fase successiva a quella dell'ingresso e della prima accoglienza, quel momento, cioè, in cui il migrante, insediato in un territorio, viene ad ‘integrarsi’ con la comunità locale. Corre l'obbligo di precisare, a tal fine, che integrazione, non è né assimilazio-

ne, né incorporazione, ma un processo bidirezionale, che si fonda sul reciproco riconoscimento della ricchezza culturale dell'altro. In questa prospettiva avranno bisogno di aiuto sia i nuovi arrivati che le popolazioni locali, sensibilizzandole ai processi integrativi, sicuramente non immediati, ma essenziali e che potranno realizzarsi grazie a programmi specifici, volti a favorire l'incontro. In tal senso opera il Sistema di protezione richiedenti asilo e rifugiati (Sprar), incentrato sulla diffusione territoriale dell'accoglienza attraverso modelli strutturali adeguati, non più a carattere straordinario. La rete Sprar potrà bensì diventare il sistema principale di accoglienza, nella prospettiva del graduale superamento del canale dell'accoglienza in emergenza, fino a giungere a realizzare la nuova frontiera della “accoglienza in famiglia”, importante innovazione del modello di accoglienza e accompagnamento all'inclusione nel nuovo contesto territoriale. Trattasi, difatti, di attivare un più diretto coinvolgimento della comunità locale: innovare, quindi, anche nella solidarietà, con nuove forme di ospitalità e di inclusione sociale degli asilanti.

Merita segnalare, soprattutto, la prevista possibilità di sperimentare e sviluppare iniziative complementari di accoglienza a favore dei rifugiati e dei richiedenti asilo per favorirne la riconquista dell'autonomia e l'integrazione sociale. Trattasi di un processo di crescita e di integrazione che coinvolge le famiglie insieme ai figli attraverso la creazione di sportelli di informazione e orientamento alle famiglie non comunitarie che hanno figli in età scolare, con il supporto del mediatore linguistico e culturale. Figura, questa, che riveste un ruolo decisivo, anche perché primo mediatore per eccellenza della propria comunità è lo straniero medesimo, il c.d. community mobilizer (facilitatore di comunità), che assolve a molteplici funzioni: interpretariato linguistico, informazione, accompagnamento, assistenza, formazione, consulenza, etc. Proprio per questo le Regioni in genere organizzano workshop finalizzati a formare un piccolo team di community mobilizers in grado di sensibilizzare i migranti in isolamento geografico sull'accesso ai servizi territoriali. Nel quadro di azione per l'integrazione, elaborati sempre a livello regionale, di peculiare rilievo, infine, i percorsi di alfabetizzazione linguistica e civica, quelli di formazione e aggiornamento del personale delle pubbliche amministrazioni.

---

(13) Corte Cost., sent. 6 luglio 2012 n. 172.

(14) Cons. St., Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5248.

(15) Cfr. BERLINGÒ, Vittoria, “L'humanitas e la fondamentalità del diritto: il ‘trattamento’ degli immigrati irregolari”, in *Dir. Amm.* 2017, 529 ss.; IMMORDINO, Maria, “Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati”, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); CARROZZA, Paolo, “Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali”, in AA.VV., “Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri”, Napoli, 2016, 57 ss.

(16) APOSTOLI, Adriana, “La svalutazione del principio di solidarietà”, Milano, 2012, 132; GUAZZAROTTI, Andrea, “I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 9 ss.



#### IV. Considerazioni conclusive

Per costruire una società multietnica e governare i flussi migratori, che sono ormai un dato strutturale e non transitorio della nostra epoca, non basta lo spirito di fratellanza ma serve uno sguardo lungimirante. Come è stato acutamente notato, il diritto alla sicurezza è inversamente proporzionale alla sicurezza dei diritti, poiché, quando le politiche securitarie non sono accompagnate da adeguati interventi sociali, si finisce con il rilevarne “l’inidoneità allo scopo” (17). È necessario, per il principio solidaristico in primis, consentire l’accesso anche dello straniero alle prestazioni sociali e ai livelli essenziali di assistenza, a parità di condizioni con i cittadini, poiché, se è consentito al legislatore regolare l’afflusso e la permanenza degli stranieri in Italia con determinate norme e secondo determinate condizioni, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con gli obblighi internazionali, “una volta, ... che il diritto a soggiornare alle condizio-

(17) Così RUOTOLO, Marco, “Sicurezza, dignità e lotta alla povertà”, ESI, 2012, 241.

ni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini” (18). È questa la strada intrapresa non solo dalla Corte costituzionale, ma anche dalla legislazione interna, ad ogni livello, e dalle stesse amministrazioni competenti, a livello statale, regionale o locale, che si vanno via via svincolando dal classico criterio della cittadinanza per rinvenire il fondamento della prestazione sociale o il presupposto del servizio essenziale (i cc.dd. diritti sociali) (19) da erogare al richiedente nel radicamento al territorio nazionale e nell’inserimento sociale da parte del richiedente stesso e, quindi, essenzialmente nel concetto di territorialità.

(18) Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306, in *Giur. Cost.*, 2008, 3338.

(19) BIONDI DAL MONTE, Francesca, “Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento straniero e prospettive sovranazionali”, Torino, 2013, 16.



## QUESTIONI DI GENERE



# L'equilibrio di genere negli organi di amministrazione e controllo in Italia

Eva R. Desana<sup>(\*)</sup>

Mia Callegari<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. Speriamo che sia femmina: le suggestioni della legge Golfo-Mosca.— II. L'equilibrio di genere nelle società quotate.— III. L'equilibrio di genere nelle società a controllo pubblico.— IV. Gli effetti della legge.— V. La proposta di Direttiva UE.— VI. Il modello di leadership e le nuove sfide.

## I. Speriamo che sia femmina: le suggestioni della legge Golfo-Mosca

Il volto dei Consigli di amministrazione delle società quotate e a controllo pubblico italiane è radicalmente cambiato con l'entrata in vigore della legge 120 del 12 luglio 2011, nota come legge Golfo-Mosca, che ha introdotto regole sull'equilibrio di genere nella composizione degli organi di amministrazione e controllo delle società

quotate e a controllo pubblico, modificando fra l'altro le norme del Testo Unico sull'Intermediazione Finanziaria, d.lgs. 58 del 1998 (TUF), dedicate appunto alla designazione dei componenti degli organi apicali delle società quotate. I medesimi principi sono stati poi ribaditi dall'art. 11, 4° comma del Testo Unico delle società Partecipate Pubbliche, d.lgs. 175 del 2016 e, di recente, rafforzati per le sole società quotate dalla legge di bilancio 2020 (n. 160 del 27 dicembre 2019).

Le disposizioni in questione muovono dal convincimento che esistono delle differenze tra genere femminile e maschile; rovesciano tuttavia l'impostazione tradizionale, di cui si trova eco anche nel dibattito in seno all'Assemblea costituente italiana, ove alcuni componenti avevano sostenuto che la donna fosse inadatta a ricoprire determinati ruoli in quanto più fragile ed emotiva dell'uomo (1). La legge Golfo-Mosca e le altre

---

(\*) Professoressa ordinaria di Diritto commerciale del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, titolare della cattedra di Diritto commerciale e di Diritto Fallimentare, avvocatessa cassazionista e socia fondatrice dello Studio legale associato Musumeci, Altara e Desana, arbitra della Camera Arbitrale del Piemonte e della Camera Arbitrale di Milano, amministratrice non esecutiva di Diasorin SpA (dal 22 aprile 2013 al 28 aprile 2016), componente del Comitato di gestione del CIRSDE, Centro interdisciplinare di ricerche e studi delle donne e di genere dell'Università degli Studi di Torino.

(\*\*) Professoressa ordinaria di Diritto commerciale del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino, titolare della cattedra di Diritto commerciale e di Diritto Bancario, avvocatessa cassazionista e socia fondatrice dello Studio legale associato Fenoglio Callegari di Torino, consigliera di amministrazione di Banca Interbancaria di Investimenti e Gestioni nel 2016, Consigliera di Amministrazione di Finpiemonte s.p.a. (dal 2020), Consigliera di Amministrazione di Enne 3 - Incubatore di impresa del Piemonte orientale, arbitra in materia bancaria e societaria.

---

(1) In Italia si è dovuto attendere il 1975 perché il legislatore adeguasse il diritto di famiglia alle norme costituzionali; prima della riforma del diritto di famiglia l'art. 144 del Codice civile (Cod. civ.) stabiliva che "il marito è il capo della famiglia la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo ovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza". L'accesso delle donne alla magistratura risale all'anno 1961; il suffragio è stato esteso alle donne con decreto luogotenenziale del 1° febbraio del 1945 e le donne hanno votato, per la prima volta, al referendum del 2 giugno 1946 relativo alla scelta tra la monarchia e la repubblica. In seno all'Assemblea costituente Giovanni Leone, futuro

previsioni esaltano, invece, la *gender diversity*: l'imposizione di quote di genere nella composizione degli organi di amministrazione e controllo diventa un efficace strumento per assicurare una maggiore obiettività nella selezione dei componenti degli organi sociali e maggiori livelli di efficienza all'interno degli stessi e non (o non soltanto) un modo per assicurare la parità di genere o una maggiore rappresentatività negli organi di tali società rispetto a coloro che ne eleggono i membri. Le norme in questione perseguono così l'esigenza di garantire una provenienza composta, sotto una pluralità di profili, dei soggetti chiamati a governare le società, nella speranza che il confronto e la contaminazione tra modelli culturali storicamente collegati a generi diversi possa contribuire a modificare le dinamiche del potere e soprattutto a porre rimedio a comportamenti troppo consolidati e garantiti da secoli di abitudini, raramente messe in discussione o controllate (2).

Le regole sono laconiche e si limitano a dettare alcune previsioni che governano, appunto, la scelta dei componenti di tali organi, senza soffermarsi esplicitamente sulle ragioni delle relative previsioni. Da esse dunque non traspare con chiarezza l'ampio dibattito che ha impegnato e tuttora interessa non solo i giuristi, ma ancora prima i sociologi e gli economisti sulla opportunità di introdurre disposizioni vinco-

Presidente della Repubblica, a proposito dell'accesso delle donne alla magistratura sostenne la necessità di escludere le donne dagli alti gradi della magistratura perché "è da ritenere che solo gli uomini possono mantenere quell'equilibrio di preparazione che più corrisponde per tradizione a queste funzioni" (Camera dei deputati, La Costituzione della Repubblica, cit., VI, 262). Aggiunse Giuseppe Cappi, poi divenuto presidente della Corte costituzionale, che "nella donna prevale il sentimento al raziocinio mentre nella funzione del giudice deve prevalere il raziocinio al sentimento" (ivi 263).

(2) Sul tema, V. DESANA, E. R. — MASSA FELSANI, F., "Democrazia paritaria e governo delle imprese. Nuovi equilibri e disallineamenti della disciplina", in *Federalismi.it*, cit., ps. 2 ss.; SARALE, M. — DESANA, E. — CALLEGARI, M., "La L. Golfo-Mosca n.120/2011 e la parità di genere. Profili sociologici e giuridici", in *Giur. it.*, 2015, ps. 2245 ss.; CALVOSA, L. — ROSSI, S., "Gli equilibri di genere negli organi di amministrazione e controllo delle imprese", in *Osservatorio dir. civ. e comm.* 2013, p. 3 ss. e MORERA, U., "Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche", in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 155.

lanti in materia di quote di genere. Il motivo conduttore di questo tipo di interventi è invece espresso nitidamente nella Direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (la c.d. CRD IV), ove nel Considerando n. 60 si legge che "per favorire l'indipendenza delle opinioni e il senso critico, occorre che la composizione degli organi di gestione degli enti sia sufficientemente diversificata per quanto riguarda età, sesso, provenienza geografica e percorso formativo e professionale, in modo da rappresentare una varietà di punti di vista e di esperienze" (3), e ove si sostiene come "l'equilibrio tra uomini e donne sia particolarmente importante al fine di garantire una rappresentazione adeguata della popolazione", evocando la necessità che anche "l'altra metà del cielo" (4) trovi il giusto spazio nelle posizioni di comando delle società (5).

## II. L'equilibrio di genere nelle società quotate

Gli articoli del TUF che regolano la composizione degli organi di amministrazione e controllo delle società quotate e su cui è intervenuta dapprima la legge Golfo-Mosca e poi la legge 160 del 2019 stabiliscono che gli statuti delle relative società devono prevedere apposite clausole che consentano di assicurare l'equilibrio di genere nei rispettivi organi, in modo che al genere sottorappresentato siano assegnati i 2/5 dei posti. Sono così introdotte quote rigide che operano in modo neutro, in quanto sono riferite al genere sottorappresentato e non necessariamente a quello femminile, anche se sino ad ora quello sottorappresentato è stato innegabilmente il c.d.

(3) Per un commento critico, v. ENRIQUES, L. — ZETZSCHE, D., "Quack Corporate Governance, Round III? - Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive", Working Paper No 249/2014, reperibile in <http://ssrn.com/abstract=2412601>.

(4) L'espressione è tratta da M. CALLEGARI — E. DESANA — M. SARALE, ob. cit., 2245.

(5) La Banca d'Italia, con l'aggiornamento n. 35 del 30 giugno 2021 alla propria Circolare 285 del 2013, ha imposto a tutte le banche di assicurare che negli "organi con funzione di supervisione strategica e di controllo, il numero dei componenti del genere meno rappresentato [sia] pari almeno al 33% dei componenti dell'organo".

“gentil sesso”. Altra peculiarità della legge italiana è che il vincolo legislativo ha durata temporanea; stando all’attuale formulazione introdotta dalla legge 160 del 2019, le relative disposizioni sono destinate ad operare per sei mandati (e dunque diciotto anni) a far data dai rinnovi successivi al 1° gennaio 2020.

La vigilanza sul rispetto delle disposizioni in materia è assegnata alla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), alla quale i nuovi articoli 147-ter, comma 1°-ter, 147-qua-ter, comma 1°-bis e 148, comma 1°-bis del TUF n. 58 del 1998 demandano il compito di diffidare le società i cui organi non rispecchino nella loro composizione l’equilibrio tra i generi ad ottemperare entro un periodo massimo di quattro mesi. Decorsa invano la prima diffida, la Consob dovrà applicare una sanzione amministrativa pecuniaria —che va da 20.000 euro a 200.000 euro per le violazioni che riguardano la composizione dell’organo di controllo e da 100.000 euro a 1 milione di euro per l’inosservanza delle disposizioni sull’equilibrio di genere negli organi amministrativi— e fissare alla società riottosa un nuovo termine ad adempiere (di tre mesi). Soltanto nel caso in cui perduri la violazione i componenti eletti decadranno dalla carica.

Le regole adottate sollevano qualche perplessità ad esempio sul diverso ammontare delle sanzioni a seconda dell’organo: valutata l’esperienza dei primi anni di applicazione della legge, tuttavia, risultano assicurare un elevato livello di effettività delle regole, cosicché le inefficienze stigmatizzate sono risultate, di fatto e fino ad ora, prive di sostanziale rilievo e la spada di Damocle costituita dal controllo della Consob e dalle sanzioni pecuniarie irrogabili sembra costituire un efficace meccanismo deterrente, di per sé idoneo a condurre sulla retta via anche le società con azioni quotate e i loro azionisti più “misogini”.

### III. L’equilibrio di genere nelle società a controllo pubblico

La legge 120 del 2011 è intitolata “modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamen-

tati”; a dispetto del titolo, riferito alle sole società quotate, però, il suo ambito di applicazione si estende anche alle “società a controllo pubblico”, cui è dedicato l’art. 3° della legge (6).

Successivamente al varo della legge Golfo Mosca, sono intervenuti due ulteriori provvedimenti che hanno interessato le società a controllo pubblico. Il primo è il regolamento di attuazione dell’art. 3° della legge Golfo— Mosca, costituito dal DPR 251 del 30 novembre 2012. Il secondo è rappresentato dal Testo Unico delle società a partecipazione pubblica, TUSPP, d.lgs. 175 del 2016.

Il primo intervento ha dettato in particolare le regole sulla vigilanza, assegnando la stessa alla Presidenza del Consiglio o al Ministero per le pari opportunità. Il secondo ha ribadito le regole sull’equilibrio di genere nelle società a controllo pubblico, stabilendo all’art. 11, 4° comma che “Nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico, le amministrazioni assicurano il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d’anno” e che “qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo statuto prevede che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge 12 luglio 2011, n. 120”.

La relativa disciplina interessa dunque le società (e non direttamente gli enti e agenzie pubbliche che le controllano) e presuppone semplicemente la ricorrenza di un dato formale: non rileva la natura della società, il suo oggetto o le sue dimensioni, ma la mera circostanza che essa sia soggetta al controllo delle pubbliche amministrazioni. Quanto alla nozione di controllo, si richiama l’art. 2359, commi 1° e 2° del Codice civile italiano (Cod. civ.), cosicché le società interessate dalla normativa non sono soltanto quelle controllate di diritto, ma anche quelle oggetto di un controllo di fatto, nonché quelle su cui le pubbliche amministrazioni esercitano un control-

(6) L’art. 3° della legge, infatti, al 1° comma, si limita ad estendere le sue disposizioni alle “società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni ai sensi dell’art. 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati”, demandando la sua attuazione ad un emanando regolamento.

lo in forza di particolari vincoli contrattuali (1° comma dell'art. 2359 Cod. civ.); il controllo inoltre può essere diretto o indiretto, stante l'espreso richiamo effettuato al 2° comma dell'art. 2359 Cod. civ., secondo cui "[...] si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta [...]". Il provvedimento interessa pertanto tutte le società di capitali direttamente o indirettamente controllate, di fatto o di diritto o in virtù di rapporti contrattuali, da pubbliche amministrazioni. Anche in questo caso, così come per le società quotate, le quote introdotte sono rigide. Tuttavia, per le società pubbliche, le percentuali sono rimaste quelle originariamente introdotte dalla legge Golfo-Mosca e dunque si attestano a 1/3 dei componenti degli organi di amministrazione e controllo. Per un difetto di coordinamento, la recente legge 160 del 2019 ha, infatti, innalzato le percentuali da assegnare al genere sotto rappresentato solo con riguardo alle società quotate.

Meno efficiente di quello operante per le società quotate risulta anche il sistema sanzionatorio previsto per l'equilibrio di genere nelle società pubbliche. Il DPR 251 del 2012, nel dare attuazione alla delega conferita dall'art. 3° della legge 120 del 2011 ha, infatti, privilegiato un meccanismo di sorveglianza accentrata, assegnando la vigilanza sul rispetto delle norme ad un organo politico, ovvero al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le pari opportunità, chiamati anche a riferire al Parlamento ogni tre anni sullo stato di applicazione della disciplina, nonché sull'attività di controllo svolta. A tal fine, l'art. 4° del DPR 251 prevede in capo alle società a controllo pubblico l'obbligo di comunicare al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro delegato per le pari opportunità la composizione degli organi sociali entro 15 giorni dalla loro nomina o dalla loro sostituzione, in caso di modificazione della composizione in corso di mandato.

Costituisce invece un'apprezzabile novità la previsione che consente a chiunque vi abbia interesse, tra cui rientrano indubbiamente le associazioni che promuovono la cultura di genere, segnalare il mancato rispetto delle disposizioni. Essa, traducendosi nell'attribuzione di un potere diffuso di "denuncia", sembra introdurre una forma di controllo democratico volto a bilanciare le carenze di un sistema sanzionatorio che è indub-

biamente meno efficace di quello predisposto per le società con azioni quotate.

Quanto al procedimento sanzionatorio, il DPR 251 si limita a prevedere che il Presidente del Consiglio dei ministri (o il Ministro delegato per le pari opportunità), nel caso in cui accerti il mancato rispetto della quota stabilita a favore del genere meno rappresentato, diffidi la società a ripristinare l'equilibrio fra i generi entro sessanta giorni; in caso di inottemperanza deve essere fissato un nuovo termine di sessanta giorni ad adempiere, con l'avvertimento che, decorso invano anche quest'ultimo, i componenti dell'organo interessato decadono e si deve provvedere alla sua ricostituzione nel rispetto delle quote di genere. Non sono però previste sanzioni pecuniarie, la cui esistenza potrebbe invece costituire un efficace strumento di dissuasione.

#### IV. Gli effetti della legge

È innegabile che la legge ha avuto un significativo impatto sulla corporate governance delle società con azioni quotate e che ha cambiato il volto degli organi di amministrazione e controllo. Nel rapporto sulla corporate governance presentato ad aprile 2021 dalla Consob e che fotografa la situazione degli organi delle società quotate riporta che, a fine 2020, la presenza femminile negli organi sociali degli emittenti quotati italiani ha raggiunto quasi il 39% degli incarichi di amministrazione e di controllo (rispettivamente il 38,8% negli organi di amministrazione e il 38,6% per gli organi di controllo); i tre quarti delle donne è amministratore indipendente; soltanto in 15 società, però, le donne ricoprono la carica di amministratore delegato e presiedono il board in soli 26 emittenti. I numeri delle donne negli organi apicali sono destinati a salire se si considera che la legge 120 del 2011 assicurava al genere sottorappresentato, a regime, un terzo degli incarichi, mentre con le modifiche apportate dall'ultima legge di bilancio (n. 160 del 2019) sarà necessario assicurare a tale genere due quinti delle cariche. Si è inoltre registrato l'abbassamento dell'età media dei consiglieri e il livello di istruzione media risulta più elevato.

#### V. La proposta di Direttiva UE

L'individuazione di correttivi alla sottorappresentazione delle donne negli organi sociali si è



posta all'attenzione anche dell'Unione Europea, che ha elaborato una Proposta di Direttiva sull'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa, oggetto delle prime disamine nel novembre del 2012. La Proposta di Direttiva ha ottenuto nell'ottobre 2013 i pareri favorevoli delle cinque commissioni parlamentari incaricate, nonché in data 20 novembre 2013 l'approvazione a larghissima maggioranza del Parlamento europeo, ma il Consiglio non ha raggiunto l'accordo.

Nel 2014 si sono registrati forti segnali di interesse e nel 2015 l'approvazione della Proposta di Direttiva è stata sollecitata da una con risoluzione non legislativa di 341 deputati nel contesto di una più generale strategia per la parità di genere (inserita tra i Sustainable Development Goals dell'ONU). L'iter è certamente altalenante: il 31 maggio 2017 è stato discusso in Consiglio un testo aggiornato di Proposta di Direttiva, con uno slittamento degli originari termini, oltre all'introduzione di nuovi strumenti di uniformazione. Poi di nuovo torpore... Il Parlamento ha discusso lo stato del fascicolo in seduta plenaria il 31 gennaio 2019 e ancora una volta ha chiesto che venisse sbloccato nel febbraio 2019 per aiutare ad eliminare il soffitto in vetro. Attualmente il fascicolo è stato incluso nell'elenco delle attività non concluse da trasferire all'attuale Commissione (2020-2024) e la Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, ha dichiarato nei suoi orientamenti politici che cercherà di costruire una maggioranza per sbloccare la direttiva; essa è una delle priorità della nuova strategia dell'UE sull'uguaglianza di genere 2020-2025 della Commissione europea adottata il 5 marzo 2020. Il 21 settembre 2020 le commissioni Affari legali, Diritti della donna e Parità di genere del Parlamento hanno tenuto un'audizione congiunta sulle donne nei consigli di amministrazione. Il tema è stato nuovamente dibattuto della plenaria del 5 ottobre 2020.

Sino ad ora, tuttavia non si è giunti ad una sua approvazione. Nonostante l'ampio consenso in tutta l'UE a favore dell'adozione di misure per migliorare l'equilibrio di genere nei consigli di amministrazione delle società, infatti, non tutti gli Stati membri sostengono la legislazione a livello dell'UE e alcuni Stati membri ritengono che le misure vincolanti a livello dell'UE non siano il modo migliore per perseguire l'obiettivo. I parla-

menti nazionali della Danimarca, dei Paesi Bassi, della Polonia, della Svezia e della Repubblica ceca hanno presentato pareri motivati secondo cui la Proposta non rispetterebbe il principio di sussidiarietà ed alcune delegazioni continuano a preferire misure nazionali o misure non vincolanti a livello dell'UE.

Da una relazione della Vicepresidente Vera Jourová (25 maggio 2020) emerge che 18 Stati membri ora sostengono la proposta e il sostegno della Germania sarebbe sufficiente per consentire al Consiglio di raggiungere un voto a maggioranza qualificata per garantire un approccio comune. 8 Stati membri dell'UE (Danimarca, Grecia, Croazia, Ungheria, Paesi Bassi, Polonia, Svezia e Slovacchia) continuano ad opporsi alla proposta, alcuni perché hanno già una legislazione sulle quote in vigore.

Il tema è stato nuovamente dibattuto della plenaria del 6-8 ottobre 2020 ed è al centro della Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sulla Strategia dell'UE per la parità di genere, che esprime un chiaro favore per l'introduzione di misure vincolanti come le quote come correttivo alla disuguaglianza di genere (osservazione 78). Del resto, l'art. 23 Carta dei Diritti fondamentali riconosce che il divieto di discriminazioni fondate sul sesso ex art. 21 non osta all'adozione di strumenti che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sotto rappresentato, tant'è che l'art. 157, par. 3 TFUE attribuisce al Parlamento europeo ed al Consiglio il potere di "adottare misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego". E la conformità è rafforzata dalla neutralità della misura, che accomuna la scelta del legislatore unionale a quella espressa dalla Legge Golfo-Mosca prima e dal Decreto Bilancio 2020 poi, evitando anche discriminazioni al contrario. Sulla base di tali principi, la Risoluzione del 21 gennaio 2021 sollecita a "superare urgentemente l'impasse in seno al Consiglio e adottare la diret-

tiva proposta relativa alla presenza delle donne nei consigli di amministrazione" (7).

A dispetto dei progressi e delle intenzioni, il disequilibrio di genere nel governo delle società europee rimane evidente. Secondo gli ultimi dati dell'EIGE dell'ottobre 2020, le donne raggiungono il 29,5% dei membri degli organi di amministrazione nelle società quotate censite nell'Unione Europea, con un incremento rispetto al 2019 di un solo punto percentuale. La Francia rimane l'unico Stato in cui le società quotate e di grandi dimensioni hanno numeri conformi alla soglia indicata nella Proposta di Direttiva nella composizione dei boards; Italia, Svezia e Belgio raggiungono il 38%, ma le donne sono meno di un quinto negli organi di amministrazione di dieci stati dell'Unione e un decimo in Estonia, Malta e Ungheria.

Complessivamente la Proposta di Direttiva conferma l'intenzione di assicurare agli Stati membri sufficiente libertà per stabilire come realizzare al meglio gli obiettivi previsti, offrendo un quadro piuttosto flessibile e un periodo di adattamento sufficientemente lungo. Del resto la varietà dell'attuale panorama, con 7 Paesi che hanno adottato l'imposizione normativa delle quote di genere (Francia, Belgio, Italia, Germania, Austria, Portogallo e Grecia - aggiuntasi nel 2020), 9 Stati con un approccio attenuato (Danimarca, Irlanda, Spagna, Lussemburgo, Olanda, Polonia, Slovenia, Finlandia e Svezia) e i residui 11 (Bulgaria, Cecoslovacchia, Estonia, Croazia, Cipro, Lettonia, Lituania, Malta, Ungheria, Romania e Slovacchia) ancora privi di interventi volti a correggere la disparità, parrebbe giustificare l'opzione per un modello flessibile, contemplando un periodo di adozione sufficientemente ampio, anche se ciò andrà temperato con l'esigenza di contenere i tempi necessari a colmare i grandi di genere tuttora esistenti.

---

(7) Del resto, secondo le stime di Bruxelles, il miglioramento dell'uguaglianza di genere potrebbe portare a un aumento del PIL fino a 3,15 trilioni di euro entro il 2050. Al di là del valore etico del perseguimento della parità di genere, sono dati che non possono essere ignorati, ampiamente sottolineati nei negoziati su Bilancio e Recovery fund e sul Quadro finanziario pluriennale, 2021-2027, nonché nella Conferenza sul futuro dell'Europa cui è stata dedicata la Plenaria del Parlamento Europeo del 19 giugno scorso, cui seguiranno le sessioni del prossimo ottobre.

Occorre dunque attendere ancora. Ma non può sfuggire l'attualità dei temi e l'urgenza dell'iniziativa legislativa. Non a caso il 4 marzo 2021 la Commissione Europea ha presentato una Proposta di Direttiva in tema di trasparenza salariale e migliore applicazione della parità retributiva, che potrebbe rappresentare un altro importante passo avanti nel percorso verso la parità di genere. E se abbiamo posto in luce quanto appaia altalenante e faticoso questo percorso, esso si presenta tanto più irto di ostacoli nell'attuale momento storico, segnato dalla recessione provocata dall'emergenza covid-19, non a caso ribattezzato il virus della disuguaglianza perché acuisce le disuguaglianze di genere ed espone le donne a un maggiore rischio di povertà.

## VI. Il modello di leadership e le nuove sfide

L'analisi delle disposizioni sull'equilibrio di genere solleva infine un'ultima questione che attiene al modello di leadership che le donne devono portare all'interno dei Consigli affinché le conquiste rappresentate dalla legge Golfo-Mosca (e dalle successive modifiche) e dalla futura Direttiva non siano soltanto formali. L'auspicio è che il genere femminile mostri maggiore sensibilità di quella che è stata riservata finora ai temi dell'ambiente, dell'ecologia, della sostenibilità, delle energie rinnovabili, al rispetto dei diritti umani e alla effettiva parità di genere all'interno dell'organizzazione aziendale, anche declinata come conciliazione tra vita e lavoro. Sul punto un'importante occasione potrebbe essere rappresentata dal d.lgs. n. 254 del 30 dicembre del 2016, di attuazione della Direttiva 2014/95/UE che, come noto, impone alle società tenute a redigere la dichiarazione di carattere non finanziario, di includervi informazioni riguardanti, fra l'altro, almeno le seguenti:

a) l'utilizzo di risorse energetiche, distinguendo fra quelle prodotte da fonti rinnovabili e non rinnovabili, e l'impiego di risorse idriche; b) le emissioni di gas ad effetto serra e le emissioni inquinanti in atmosfera; c) l'impatto, ove possibile sulla base di ipotesi o scenari realistici anche a medio termine, sull'ambiente nonché sulla salute e la sicurezza; d) aspetti sociali e attinenti alla gestione del personale, incluse le azioni poste in essere per garantire la parità di genere, le misure volte ad attuare le convenzioni di organizzazioni internazionali e sovranazionali in materia, e le modalità con cui è realizzato il dialogo con le parti sociali; e) ri-

spetto dei diritti umani, le misure adottate per prevenirne le violazioni, nonché le azioni poste in essere per impedire atteggiamenti ed azioni comunque discriminatori; f) la lotta contro la corruzione sia attiva sia passiva **(8)**.

In questa prospettiva, si può ricordare la risposta data da Virginia Woolf (in *Le Tre Ghinee* 1938) ad un avvocato che le chiedeva cosa si dovesse fare per prevenire la guerra e come le donne po-

---

(8) Le previsioni in futuro diventeranno ancora più stringenti se sarà approvata la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2013/34/UE, la Direttiva 2004/109/CE, la Direttiva 2006/43/CE e il Regolamento (UE) n. 537/2014, per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, COM (2021) 189 final 2021/0104 (COD). La Proposta prevede che la Dichiarazione di carattere non finanziario prenderà il nome di Comunicazione societaria sulla sostenibilità e si applicherà a tutte le grandi società, anche non quotate.

tessero contribuire: “entrambi siamo decisi a fare il possibile per distruggere il male [...]. Voi con i vostri metodi. Noi con i nostri. E poiché siamo diversi, i nostri metodi saranno diversi. Ma è chiaro che la risposta alla vostra richiesta non può essere che una: il modo migliore per aiutarvi a prevenire la guerra non è di ripetere le vostre parole e di seguire i vostri metodi, ma di trovare nuove parole e inventare nuovi metodi”. Anche nella materia della corporate governance, e più in generale nella disciplina del mercato, ma anche nella gestione dell'emergenza in corso, le recenti crisi dimostrano che è giunto il momento di aprire a nuovi metodi e a nuove parole **(9)**.

---

(9) Sull'argomento, CALLEGARI, M. — DESANA, E. — SARALE, M., “Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata” in corso di pubblicazione in Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.



# AMMINISTRATIVO



# Comparazione di interessi nel processo amministrativo dell'emergenza ed il ruolo della discussione in sede cautelare (\*)

Andrea Rallo (\*\*)

**Sumario:** I. Gli interventi del Governo sul Processo amministrativo nel lockdown.— II. Le reazioni (eccessive) alla soppressione temporanea della discussione orale.— III. Il giudice amministrativo decide anche senza (poter) sentire gli avvocati.— IV. La configurazione di un “diritto” processuale alla discussione orale nella fase cautelare.

## I. Gli interventi del Governo sul Processo amministrativo nel lockdown

Nel profondo sconcerto che ha suscitato in ciascuno, e sotto più profili, lo “scontro” individuale e collettivo con le ragioni dell'emergenza COVID-19 e con le conseguenti, insistentemente quotidiane, interferenze mediatiche e normative intervenute nelle vite personali e professionali, poco in effetti hanno inciso —ovviamente, per gli addetti ai lavori— le norme emergenziali sul processo amministrativo, se non limitatamente al rinvio dei termini processuali e ad alcuni aspetti della fase cautelare dinanzi al Giudice amministrativo.

Nella valutazione retrospettiva degli interventi normativi, e conseguentemente operativi, franati

---

(\*) Già pubblicato in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post-Covid19*, III, Stato Diritti Tutele, Napoli, 2020, ps. 1037 ss.

(\*\*) Nato a Napoli nel 1960 e laureato in Giurisprudenza all'Università Federico II, Avvocato di Magistrature Superiori, diviene Professore Associato di Diritto Amministrativo nel 2000 e Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, nel 2005. Attiva tra le prime in Italia, la Cattedra di Diritto dell'Ambiente, che insegna tuttora insieme con i corsi di Diritto Amministrativo. E' Socio dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo e Socio Fondatore dell'Associazione Italiana di Diritto dell'Ambiente.

improvvisamente sul tessuto produttivo e sociale italiano (basti pensare al solo impatto del cd. smart working, per chi è stato fortunato!) e sulle libertà individuali (il cd. lockdown) a partire dal 23 febbraio 2020 (con il primo D.L. n. 6), le poche disposizioni sul processo amministrativo dettate in questo frangente, giustamente differenziate dalle regole contestualmente stabilite per le altre giurisdizioni, non sono in fondo di particolare momento, né verranno certo ricordate in un prossimo futuro, come invece di sicuro accadrà per molti altri momenti dell'esperienza di vita di ognuno.

Certo, alcuni aspetti dei vari Decreti Legge sono stati singolari ed hanno reso spesso inintelligibili ad una prima (e seconda, anche ...) lettura le norme ivi contenute: a cominciare dal pedante spezzettamento dei periodi di vigenza delle disposizioni (soprattutto con l'art. 84 del DL 18/20); ovvero alla non semplice dicotomia tra rito camerale e rito camerale cautelare; ecc.: prova ne è che il Presidente del Consiglio di Stato si è visto costretto ad intervenire con due Direttive interpretative per riportare —ma non era facile— ad una certa unità l'applicazione delle disposizioni normative, che lasciavano eccessivo spazio all'interpretazione dei singoli Collegi (1).

---

(1) Si tratta delle Direttive del Presidente Patroni Grif del 19 marzo 2020 n. 1454 (in merito all'interpretazio-

Ma nella sostanza, ferma restando la sensazione che l'art. 84 abbia spesso inutilmente complicato una situazione che poteva essere forse gestita molto più semplicemente, a partire dal 15 aprile tutto è ritornato in un alveo di normalità, seppure con il perdurare di un unico fattore derogatorio principale: i ricorsi passano in decisione senza la presenza degli avvocati delle parti (2), sostituita dalla facoltà (oltre al consueto scambio di memorie e repliche ex art. 73 CPA), di presentare brevi note entro due giorni dall'Udienza (per

ne dell'art. 84 del D. 17/03/2020 n. 18, che ha abrogato l'art. 3° del DL 11 dell' 08/03/2020) e del 20/04/2020 n. 7400 (in merito all'interpretazione dell'art. 84, co. 5, del DL 18/2020), cui si aggiungono quelle del mese di maggio 2020 in materia di PAT e di Discussione da remoto in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it). Se una critica può essere mossa alle Direttive presidenziali è solo quella di essere state —dichiaratamente— poco “impositive” nei confronti dei diversi Collegi, riconoscendo a ciascun Presidente la possibilità di decidere in autonomia. Questa impostazione, se pure estremamente rispettosa delle prerogative presidenziali dei singoli Collegi, ha però esposto il settore, soprattutto nelle primissime settimane, ad una proliferazione di “riti”, a seconda delle scelte dei singoli Presidenti. Si v. anche M. A. SANDULLI, I primi “chiarimenti” del Presidente del Consiglio di Stato sul “Decreto Cura-Italia”, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it)

(2) “La discussuon orale a été supprimée” come seccamente affermato (ma perché mai in lingua francese?) nella Risposta del Consiglio di Stato Italiano del 24 marzo 2020 alla Richiesta di Informazioni proveniente dal Conseil d'Etat per uno scambio di informazioni. Questo scambio di informazioni è davvero molto interessante ed è (con sincero apprezzamento) pubblicato insieme con quelli con Germania e Polonia (in lingua inglese) e Spagna (in lingua italiana) e denota l'attenzione dei massimi vertici della giustizia amministrativa per quello “spazio giuridico comune europeo” che tanto occorre difendere (cfr. [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), sezione “Emergenza coronavirus”, Dialogo con Corti Straniere). In particolare, nella risposta italiana al Conseil d'Etat —che domandava se ci fossero già state Pronunce in merito— si legge una lunga disamina delle Decisioni cautelari del TAR Campania in merito alle prime impugnazioni delle disposizioni limitative alle libertà di circolazione dei cittadini (mesures de confinement décidées par les autorités). Per un confronto con l'esperienza francese, si v. anche L. VIOLA, C'è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d'antico: brevi considerazioni sull'eliminazione dell'udienza di discussione, in [lexitalia.it](http://lexitalia.it). Si v. anche l'accurata, aggiornata ed approfondita Rassegna comparata di documentazione e interventi di Stati e organizzazioni internazionali in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19 a cura di A. COIANTE in [federalismi.it](http://federalismi.it); [ildiritto dell'economia.it](http://ildiritto dell'economia.it)

le Camere di Consiglio cautelari, non vi è novità, potendo “le parti” depositare memorie e documenti fino a 2 giorni prima della trattazione) e continuando la “prova” del processo amministrativo a formarsi all'esterno e non all'interno del processo (3).

Su questo punto, apparentemente di poco momento e destinato, come pare, a venir meno dal 31 maggio 2020, con l'attivazione (quantomeno) delle udienze da remoto in modalità telematica (art. 4° DL 30/04/2020 n. 28), e comunque mai prima diffusamente trattato (4), dottrina e giurisprudenza hanno avviato un ampio dibattito a tutela dell'oralità nel diritto processuale amministrativo, facendo assumere alla discussione in udienza (con ciò intendendo anche le Camere di Consiglio) quasi un valore di principio, o —quantomeno— di cardine del “giusto” processo, ai sensi degli artt. 111 Cost. e 2 CPA (5).

## II. Le reazioni (eccessive) alla soppressione temporanea della discussione orale

Per quanto questa comune “guerra” non abbia invero attualmente alcun nemico e sembri più che altro una difesa anticipata rispetto a futuribili sce-

(3) Il che, secondo alcuni attenti interpreti, avrebbe permesso al processo amministrativo di “sopravvivere” all'emergenza Covid-19 con maggiore facilità rispetto al processo civile e soprattutto penale, cfr. la Relazione (inedita) del dr. G. CORCIUOLO, Presidente della II Sezione: “Giustizia Amministrativa in Campania Fase Emergenziale e Prospettive Future”, Commissione Diritto Amministrativo Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, 15 maggio 2020;

(4) Anche per la “rapidità” spesso imposta dai Presidenti dei Collegi alle discussioni cautelari. Discussione che peraltro il Codice, come da tradizione, ma contrariamente alla prassi, ammette solo come “possibilità” (art. 55, co. 7, CPA) e non come “doverosità”, a differenza dell'Udienza di merito (art. 73, co. 2, CPA). Un diritto a mio avviso è invece rinvenibile laddove il Collegio pervenga alla decisione di definire il giudizio con Sentenza Breve: qui il Codice (art. 60 CPA) impone di sentire le parti, che potrebbero contestare tale decisione per presentare motivi aggiunti, documenti o repliche. Infatti sia Cons. St., II, 15/05/2020 n. 3109, sia TAR Lazio, Ibis, Ord. 04/05/2020 n. 4644 rinviando l'udienza ad altra data, dopo aver rilevato d'ufficio l'esistenza di una ragione di inammissibilità, per non aver potuto “avvertire” le parti in udienza.

(5) Il Convegno Webinar del 24 aprile 2020 organizzato da M. A. SANDULLI e F. FRANCARIO, Processo amministrativo e COVID-19 è disponibile sul sito <https://www.youtube.com/watch?v=qv33zNnY6I8>.



nari di “semplificazione” processuale che potrebbero condurre (in mera ipotesi) ad una riduzione o addirittura all’eliminazione della discussione orale nel processo amministrativo, nondimeno essa affronta una problematica di sicuro interesse per la Giustizia Amministrativa nel suo insieme ed in particolare per l’effettività della tutela delle parti dinanzi al Giudice amministrativo (6).

C’è anzi da domandarsi come mai una simile “battaglia” non sia stata affrontata quotidianamente per quei vulnera al diritto di difesa che sono già operativi e di volta in volta molto farisaicamente giustificati: mi riferisco alla pedanteria nella definizione del numero di pagine, caratteri, righe, ecc. che “qualificano” l’applicazione del (falso) principio di sinteticità degli atti (artt. 3, co. 2, 13 ter CPA e Decreti attuativi vari); all’importo dei contributi unificati non solo per il processo in materia di contratti pubblici (7); agli obblighi di contestazione di atti della stessa area procedimentale mediante motivi aggiunti ampliativi o difensivi; alla sostanziale pregiudiziale amministrativa per il risarcimento reintrodotta sub specie di art. 1227 c.c.; alla dimidiazione dei termini; alla domiciliata discrezionale presso l’Avvocatura dello Stato; ecc.

(6) Per la dottrina si vedano da ultimi: N. PAOLANTONIO, Il processo amministrativo dell’emergenza: sempre più speciale, in *Iamministrativista.it*; F. VOLPE, Il processo amministrativo ai tempi del coronavirus, in *lexitalia.it*; F. FRANCARIO, L’emergenza coronavirus e la “cura” per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo; M.A. SANDULLI, Sugli effetti pratici dell’applicazione dell’art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l’incertezza del Consiglio di Stato sull’appellabilità dei decreti monocratici; Un brutto risveglio? L’oralità “condizionata” del processo amministrativo, in *L’amministrativista.it*; F. SAITTA, Sulla decisione di prevedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell’emergenza epidemiologica da Covid-19: Il processo cautelare alle prese con la pandemia in *lexitalia.it*; C. ZUCHELLI, Sull’udienza telematica, tutti in *federalismi.it*; C. SALTELLI, Note sulla tutela cautelare dell’art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18, N. DURANTE, Il lockdown del processo amministrativo; G. VELTRI, Il processo amministrativo. L’oralità e le sue modalità in fase emergenziale; C. VOLPE, Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive; Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione? S. TARULLO, L’udienza telematica nel processo amministrativo: per non dover rimpiangere un’occasione perduta, tutti in *giustizia-amministrativa.it*

(7) V. Corte Giust. UE, V, 06/10/2015 in C-61/14, in *curia.europa.eu*.

A mio giudizio questi argomenti avrebbero meritato quotidiane prese di posizione, ben più di un’ipotetica riduzione della presenza delle parti nelle Camere di Consiglio cautelari. Tanto più che —ferma restando la critica di un’eccessiva farraginosità delle prime norme— il legislatore emergenziale, per tutto il periodo 22 febbraio/31 maggio ha sempre garantito l’accesso alla tutela cautelare, anche nel momento più buio e drammatico della pandemia, dimostrando su questo punto una non frequente attenzione.

Non può infatti non darsi atto che la scelta (nei DD. LL.: 11/20 e 18/20) di accentrare nella mani del Presidente del Consiglio di Stato o dei TAR la tutela cautelare, modificando il DNA dell’art.56 CPA fino a renderne la natura del decreto Presidenziale non più a tutela della sola estrema gravità ed urgenza, ma a tutela dell’ordinario danno grave ed irreparabile incombente sul cittadino, stirandone altresì l’efficacia sino a quando si fossero potuti riunire nuovamente i Collegi per la Decisione cautelare “ordinaria” ex art. 55 (8), dimostra la chiara volontà del legislatore dell’emergenza di non lasciare mai il cittadino privo di quella tutela giurisdizionale d’urgenza (9) avverso l’attività ed i comportamenti della p.A., in applicazione degli artt. 24 e 113 Cost. e di cui l’azio-

(8) La “soluzione” collegiale, passato il periodo di strettissima emergenza, risulta “preferito” dai Presidenti, laddove le questioni attengano a diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Cfr Decreto Pres. 2 III TAR Lazio, 15/05/2020 n. 3829: “Considerato che la delicatezza della questione controversa, involgendo più interessi di stampo costituzionale, ne rende fortemente opportuno il vaglio collegiale”, in *giustizia-amministrativa.it*.

(9) Estesa persino all’appello dei Decreti Presidenziali: cfr. per tutte l’interessante Decreto del Presidente Frattini (Cons. St, III, n. 1553 del 30/03/2020) con il quale, nel richiamare l’ammissibilità in sede di Appello al Consiglio di Stato dei Decreti Presidenziali ex art. 56 CPA solo per questioni che attengono all’ipotetica perdita definitiva di un bene della vita corrispondente ad un diritto costituzionalmente garantito, ha dichiarato ammissibile l’appello di un bracciante agricolo che impugnava l’impedimento ad attendere al proprio lavoro (ha invece dichiarato inammissibile l’appello cautelare in altro caso riguardante la tutela di un diritto non assistito dalla garanzia costituzionale: cfr. Decreto Cons. St. Presidente III, 2128 del 24/04/2020). Ciò tuttavia dimostra che il processo cautelare è andato avanti anche nei periodi di maggior gravità dell’epidemia, sia pur —correttamente— accentrandolo nelle mani del Presidente del Collegio (artt. 3 DL 11/20 e 84 DL 18/20). Sul punto si v. M.A. SANDULLI, op. ult. cit.

ne cautelare costituisce espressione propria ed inderogabile (10).

Che poi, stante il lockdown per limitare il contagio, la discussione orale sia stata “sopprimere” nel periodo 8 marzo-31 maggio, sostituendola con le “brevi note” da depositare entro 2 giorni dalla Camera di Consiglio, non sembra costituire alcun fondamentale *vulnus* né danno per il processo cautelare dinanzi al Giudice Amministrativo (11).

### III. Il giudice amministrativo decide anche senza (poter) sentire gli avvocati

La “battaglia senza nemici” per la difesa dell’oralità nel processo amministrativo, ha dato luogo tuttavia ad un momento utile per riflettere sia sulla funzione della tutela cautelare, anche in momenti di emergenza; sia sulla funzione del difensore e dell’oralità nella discussione cautelare.

Se si esamina la giurisprudenza sviluppata-si all’indomani del lockdown iniziato con il DL 23/02/2020 n. 6 (12) si vede chiaramente come, pur in quest’occasione drammatica, ed anche in assenza di discussione orale, il giudice amministrativo abbia avuto un ruolo decisivo non solo nel rendere giustizia per la singola questione, ma anche nell’inquadrare la situazione politico-istituzionale e nel graduare gli interessi pubblici e privati di volta in volta coinvolti (13).

(10) Com’è noto, la Corte Costituzionale ha più volte affermato l’indissolubile centralità del momento cautelare nell’ambito della tutela nei confronti della p.A.: cfr per tutte Corte Cost. 07/07/2010 n. 241; 11/07/2012 n. 180; 27/12/2012 n. 316; 15/07/2016 n. 179; 25/06/2019 n. 160, in [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it).

(11) In questi termini, ed ampiamente, cfr. TAR Campania, I, 29/05/2020 n. 2074.

(12) Il che è agevole: molti siti e riviste telematiche vi hanno dedicato appositi Focus di raccolta ed approfondimento. A cominciare dal sito ufficiale della giustizia amministrativa ([giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)), a [federalismi.it](http://federalismi.it), per non escludere né [giustamm.it](http://giustamm.it); né [lexitalia.it](http://lexitalia.it) dove è pubblicato altresì U. FRANGIPANE, Una prima rassegna della giurisprudenza amministrativa nel periodo emergenziale Covid-19, 2020

(13) Nel prosieguo di queste pagine, per ragioni di spazio editoriale, mi asterrò dal commentare le molte interessanti decisioni, che sono ampiamente reperibili nei siti e nei Focus di raccolta normativo/giurisprudenziale richiamati nella Nota 9. Rilevo solo che la comparazione

E ciò è avvenuto a tutti i “livelli”; a cominciare dal già citato Decreto monocratico di Appello 1553/20 della III Sezione, sino alla Sezione consultiva per l’annullamento governativo degli atti degli enti locali.

Con il Decreto Presidenziale 1553/20 cit., oltre all’ammissibilità condizionata dell’appello cautelare sui provvedimenti monocratici, si sono affermati essenziali capisaldi della comparazione degli interessi. Ha infatti affermato il Giudice che, “per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona —dal libero movimento, al lavoro, alla privacy— in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall’Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo; (che) per queste ragioni, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell’interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell’Italia oggi non superabile”.

Si tratta, come si vede, di un intervento di qualificazione degli interessi individuali in forma re-

degli interessi in sede cautelare è stata ampiamente assicurata dai Presidenti nei Decreti Monocratici da questi emessi nel periodo emergenziale, con una indubbia e condivisibile prevalenza dell’interesse pubblico rappresentato dai DPCM e dalle Ordinanze Regionali limitative dei diritti (soprattutto) di libera circolazione e di libera iniziativa economica (ma con svariate “incursioni” nei diritti personalissimi: cfr. Decr. Pres. TAR Lazio, I, n. 3453 del 29/04/2020 che correttamente respinge la richiesta cautelare di partecipazione alle cerimonie religiose), ma anche con significativi accoglimenti delle domande cautelari in caso di ingiustificata applicazione delle stesse (Decr. Pres. TAR Lombardia, I, 23/04/2020 n. 634, in tema di consegna a domicilio di alcuni prodotti merceologici). Inoltre —quanto all’oralità— questa può essere garantita anche dalla sensibilità del Giudicante in casi di indubbia complessità giuridica e delicatezza degli argomenti trattati (si v. Decreto Pres. TAR Molise n. 104 del 09/05/2020, dove viene dato atto di aver sentito “in via informale, ai sensi dell’art. 56, co.2 del cpa, mediante collegamento da remoto, i difensori delle parti costituite” (tutti i Decreti sopra richiamati sono disponibili dal sito [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)).

cessiva rispetto all'interesse pubblico generale al contenimento della pandemia.

Sotto questo profilo, il complesso Parere n. 735 del 07/04/2020, adottato dalla I sezione del Cons. Stato (Pres. Torsello, Est. Carpentieri) sulla richiesta (n. Affare 00260/2020) di annullamento straordinario ex art. 138 D. Leg.vo 267/2000, espone con grande chiarezza ed efficacia quali siano i limiti dell'azione degli enti locali, in questo caso, il Sindaco di Messina, ed i limiti ai poteri di Ordinanza (Divieto di attraversamento dello Stretto e di transito attraverso il Comune di Messina senza previa registrazione online con dati personali ed indicazione della provenienza, destinazione e motivo del trasferimento.

In questo caso, la I Sezione ha ritenuto illegittima (meglio sarebbe stato dichiararla nulla —o inesistente— per violazione del principio di legalità ex art. 23 Cost.?) l'Ordinanza Sindacale, avendo essa travalicato i limiti di azione dei poteri locali, poiché nelle “emergenze di carattere nazionale, dunque, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali” (14).

In mancanza di “copertura” legislativa dunque, la compressione delle libertà fondamentali costituzionalmente garantite diviene intollerabile (15): infatti a dire della Sezione Consultiva “l'ordinanza in esame si pone dunque in con-

(14) N. PIGNATELLI, Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza sindacale: il Covid-19 non “chiude” lo Stretto di Messina, in *giustizia-amministrativa.it*.

(15) Sul punto si v. F. LOMBARDO, L'eterno contrasto tra Autorità e Libertà, in *lexitalia.it*. Secondo R. DE NICTOLIS, Il processo amministrativo ai tempi della pandemia, in *giustizia-amministrativa.it*, “Il sacrificio di diritti e libertà individuali, riconosciuti e garantiti dalla Costituzione e protetti mediante riserva di legge, in primis della libertà di circolazione (per la quale la riserva di legge è ritenuta relativa) e della libertà di impresa, nella ponderazione con il bene primario della vita e della salute, è giustificato dal principio di precauzione e incontra a sua volta un limite invalicabile nel principio di proporzionalità e in quello di pertinenza e appropriatezza”.

trasto con il principio di uguaglianza espresso dall'art. 3° Cost., poiché introduce una irragionevole disparità di trattamento nei confronti delle persone che per motivi legittimi hanno necessità di attraversare lo Stretto, rispetto alla generalità dei cittadini sul restante territorio nazionale. Ma soprattutto l'ordinanza in questione, nella parte in cui introduce, senza alcuna base di legge, un potere comunale di previa autorizzazione all'ingresso e al transito sul territorio comunale... si pone in contrasto diretto ed evidente con la libertà personale e la libertà di circolazione” previste dalla Costituzione (artt. 13 e 16).

Ma il Giudice amministrativo, pur avvertendo un certo imbarazzo (16) (che credo non “sincero”) ha comunque (correttamente e coraggiosamente) assunto anche il ruolo di mediatore tra valori costituzionali contrapposti: è indubitabile che il TAR Catanzaro non si sia tirato indietro sulla complessa e scomoda impugnazione dell'Ordinanza del Presidente della Regione Calabria di “riapertura” di tutte le attività imprenditoriali, in anticipo rispetto alle decisioni del Consiglio dei Ministri. E il Giudice ha ritenuto che “spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus COVID-19, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3°, comma 1 d.l. n. 19 del 2020, che però nel caso di specie è indiscusso che non risultino integrità” (17).

(16) Cfr. TAR Catanzaro, 09/05/2020 n. 851, in *giustizia-amministrativa.it*: “non è compito del giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e, dunque, stabilire quale contenuto debbano avere, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco, i provvedimenti amministrativi”.

(17) Che aggiunge: “le restrizioni dovute alla necessità di contenere l'epidemia sono state adottate, e vengono in questa seconda fase rimosse, gradualmente, in modo che si possa misurare, di volta in volta, la curvatura assunta dall'epidemia in conseguenza delle variazioni nella misura delle interazioni sociali. Un tale modus operandi appare senza dubbio coerente con il principio di precauzione, che deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica. Si badi, che detto principio, per cui ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3

#### IV. La configurazione di un "diritto" processuale alla discussione orale nella fase cautelare

Quanto precede dimostra il ruolo centrale avuto dal Giudice amministrativo in questo particolare momento storico, e pertanto processuale; né ci si immagina che questa "funzione" si attenui con le fasi 2 e 3 (18).

Come anche si può osservare, nessuna questione processuale centrale ha coinvolto il processo cautelare e tanto meno la sua fase di discussione orale. Fase che invece è balzata prepotentemente al centro di un dibattito tra dottrina, giurisprudenza e avvocatura... che però si sono trovati tutti d'accordo nel sottolinearne la imprescindibile necessità, sia pur attualmente sospesa per le evidenti ragioni di contenimento dei contagi da coronavirus (19).

A me sembra che il tutto sia stato ingenerato dalle Ordinanze della VI Sezione del Consiglio di Stato nn. 2538 e 2539 del 21/04/2020 (20), che hanno accordato all'appellante un rinvio della Camera di Consiglio di quasi 7 mesi, onde consentire ai suoi difensori —che ne avevano fatto richiesta— di discutere oralmente l'istanza annessa al ricorso.

Queste Ordinanze hanno però affrontato fonditus la questione della partecipazione alle Camere di Consiglio ed alle udienze dei difensori delle parti, concludendo per la doverosità di que-

ottobre 2019, n. 6655), deve necessariamente presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione (Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5)?

(18) Come ampiamente messo in luce da M. A. SANDULLI, Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo, in *giustiziainsieme.it*

(19) E' appena il caso di ricordare che la discussione orale era ampiamente prevista —sia pure come semplice "facoltà" sin dal T.U. C. di S. del 26/06/1924 n. 1054 ("dopo la relazione, se le parti si facciano rappresentare da un avvocato, questo può essere ammesso a svolgere succintamente il proprio assunto" — art. 41); divenuto poi un "diritto" con la moderna legge TAR n. 1034 del 06/12/1971 ("i difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta" art. 21). Il Codice del 2010, a propria volta, prevede più volte la discussione orale agli artt. 55, 60 e 73.

(20) In *giustizia-amministrativa.it*.

sta partecipazione per una pluralità di inesplorati aspetti.

a) in primo luogo si nega che il processo amministrativo sia connotato da un principio di oralità "forte" (come ad esempio avviene per il processo penale), ben potendo essere "meramente cartolare e le parti decidere di neppure comparire in udienza";

b) tuttavia si tratta di una libera scelta difensiva, che non può tradursi ope legis in un "contraddittorio cartolare 'coatto'" che negherebbe alle parti il diritto a "potersi confrontare direttamente con il proprio giudice";

c) quest'opzione interpretativa, a dire della VI Sezione, è l'unica conforme a Costituzione: il negare accesso al diritto all'oralità difensiva violerebbe il canone del "giusto processo" di cui all'art. 111, co. 2, Cost., per aversi in tale ipotesi un contraddittorio limitato nell'interlocuzione diretta tra parti e giudice;

d) in questo senso militerebbero: non solo l'interpretazione della CEDU in tema di art. 6°, par. 1, della Carta (nella parte in cui la mancanza della discussione orale potrebbe rivelarsi di ostacolo all'affermazione delle proprie ragioni), ma si porrebbe anche un "contrasto con il principio della pubblicità dell'udienza", laddove mancassero contemporaneamente pubblico e difensori.

Su questi punti in realtà concordano tutti gli interpreti, siano essi Giudici, Professori o Avvocati (21): ma io credo concordi anche il legislatore dell'emergenza, che infatti si è affrettato a predisporre un sistema di udienze da remoto a partire dal 31 maggio e sino al 31 luglio (data che sarà presumibilmente prorogata al termine della fase di contenimento del contagio), ai sensi dell'art. 4° del DL 28/2020: perché la comparazione degli interessi e la dialettica immediata richiedono l'oralità e la contestualità di argomentazioni, difese e repliche.

C'è dunque da chiedersi la ragione di questa attenzione per la discussione orale: discussione che peraltro, è stata giustamente dequotata

(21) V. sopra nota n. 4.

da attenta dottrina ed esperta avvocatura (22): del resto, si è appena visto nelle note che precedono come la sua mancanza non impedisca al Giudice di procedere comunque ad un'efficace valutazione degli interessi in gioco (23).

In realtà, la necessità della presenza degli avvocati si rivela soprattutto: per le udienze di merito, nel caso di questioni pregiudiziali di cui all'art. 73 CPA; per le Camere di Consiglio, per "concordare" il prosieguo del giudizio appena instaurato (24), tenendo anche conto che, ai sensi dell'art. 55, co. 1 CPA, non esiste più alcun principio di tipicità degli esiti e del contenuto delle misure cautelari, con conseguente opportunità dell'interlocuzione con le parti prima che il Collegio definisca la misura cautelare più idonea per il caso concreto.

Questa riflessione porta con sé la possibilità di individuare la vera ragione dell'indispensabilità della discussione orale nel processo amministrativo, e —più specificamente— nella fase cautelare.

Se si richiama per un momento una risalente ma lucidissima dottrina sul processo amministrativo, ci si accorge di quanto sia stata da tempo avvertita —sia dal giudice (25) che dagli interpreti (26)— la necessità che il processo cautelare costituisca l'indispensabile momento

(22) C. E. GALLO, *Manuale di Giustizia Amministrativa*, Torino, 2010, 342 è tra i pochi a dedicare qualche riflessione alla trattazione orale nel processo amministrativo. L'A. giustamente prende atto del "ridotto ruolo della discussione", che si sostanzierebbe ormai in una mera ripetizione degli scritti difensivi, resi amplissimi dal proliferare di strumenti di ricerca e scrittura informatici!

(23) In linea del resto con quanto avviene per i Decreti Presidenziali ex art. 56 CPA: cfr Decreto Pres. TAR Molise 10/06/2020 n. 123.

(24) Oltre all'accoglimento, al rinvio o al rigetto dell'istanza cautelare, possono esservi esiti diversi: fissazione a breve dell'udienza di merito; necessità istruttorie; definizione immediata con Sentenza breve, ecc.

(25) Cfr F. BRIGNOLA, *Il giudizio cautelare*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, ATTI del Congresso tenutosi a Napoli il 24-27 aprile 1980, a cura di V. SPAGNUOLO VIGORITA, Napoli, 1983, 161.

(26) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 319.

del "confronto tra il danno privato e quello pubblico" e che per questa ragione richiedeva una "valutazione ponderale particolarmente delicata".

Ecco perché tutte le parti processuali, dai Giudici ai ricorrenti, dalle Amministrazioni ai controinteressati ed interventori, richiedono concordemente che tutti siano contestualmente presenti in Camera di Consiglio: sono lì per rappresentare il "fatto", e dunque per richiedere con immediatezza un primo giudizio sul "rapporto" e non solo sull'atto, secondo l'assunto secondo cui "il giudizio cautelare... è un giudizio preliminare (di accettabilità dell'azione)", ben potendo comportare "soluzioni che garantiscano direttamente e prima ancora del giudizio di merito l'adempimento, la prestane o l'accertamento" (27).

Nella sostanza, se è vero che nel processo amministrativo, soprattutto cautelare, "l'opera del giudice consiste in una continua tessitura dal fatto al diritto e viceversa... sulla via di una successiva approssimazione al punto focale dell'indagine" (28), allora non (solo) il diritto di difesa ed il contraddittorio, ma il sistema intero di giustizia richiede che il Giudice sia accompagnato lungo questo percorso di approssimazione del diritto al fatto e pertanto necessiti, come le altre parti del processo, di un incontro —pur non indispensabile in sé— con chi rappresenta i diversi "fatti" sottoposti all'esame della giustizia amministrativa. Solo così si potrà realizzare quell' "accesso alla realtà attraverso il processo cautelare" (29): realtà (ovviamente, solo processuale) che non può mai rappresentarsi senza la partecipazione attiva e contestuale di tutti gli attori sul medesimo palcoscenico.

Il tutto è ben applicato e correttamente sintetizzato da TAR Bologna (Decreto 102 del 05/06/2020), secondo il cui Presidente "l'interesse a sentire le parti ex art. 73, secondo comma c.p.a. appare in base al regime giuridico processuale descritto dalla normativa emergenziale di

(27) F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1989, 258 e 262.

(28) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Torino, 2000, 287.

(29) Così V. SPAGNUOLO VIGORITA, op. ult. cit., 320.

cui sopra una opzione assolutamente prevalente rispetto al passaggio in decisione della istanza di sospensiva allo stato degli atti (senza cioè discussione) —poiché— la discussione orale costituisce estrinsecazione del diritto di difesa assoluta-

mente incompressibile; —soprattutto quando— la natura della controversia, gli interessi in gioco e lo stato dei fatti depongono inequivocabilmente a ritenere ammissibile oltreché consigliabile la discussione orale sia pure da remoto”.

**T** RIBUTARIO





# Sul divieto di cumulo tra sanzioni penali e tributarie nella prospettiva della riforma dell'ordinamento tributario italiano

Simone Francesco Cociani (\*)

**Sumario:** I. Premessa.— II. L'evoluzione dei rapporti tra sistema penale tributario e sistema amministrativo tributario.— III. La crisi del principio di specialità.— IV. La sovrapposizione di procedimenti e il cumulo di sanzioni nella prospettiva del principio del ne bis in idem secondo la Corte EDU.— V. Segue. La sovrapposizione di procedimenti e il cumulo di sanzioni nella prospettiva del principio del ne bis in idem secondo la Corte di Giustizia.— VI. Il ne bis in idem nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale.— VII. L'indifferibilità di un intervento legislativo.

## I. Premessa

L'affermazione nella giurisprudenza CEDU e CGUE del principio del ne bis in idem ha messo in luce sia i limiti del c.d. "doppio binario" sanzionatorio, sia la crisi del principio di specialità e, più in generale, la criticità dei rapporti tra sanzioni amministrative e sanzioni penali.

## II. L'evoluzione dei rapporti tra sistema penale tributario e sistema amministrativo tributario

La declaratoria d'incostituzionalità (1) della c.d. "pregiudiziale tributaria" di cui all'art. 21 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, che a sua volta prevedeva, quale condizione di procedibilità (per i soli tributi diretti), l'intervenuta definitività dell'accertamento dell'imposta, indusse il legislatore a varare la legge 7 agosto 1982, n. 516 (di conversione del d.l. 429/1982) con cui accolse la soluzione di scollare gli illeciti penali dalle fat-

tispecie di evasione, scegliendo di far coincidere i reati, prevalentemente, con semplici fattispecie prodromiche rispetto all'evasione. In quest'ottica la legge 516/1982 introdusse così il principio del c.d. "doppio binario", secondo il quale il processo penale (che aveva ad oggetto fattispecie prodromiche rispetto all'evasione) poteva aver inizio senza attendere il definitivo accertamento dell'imposta evasa. D'altra parte, anche il procedimento amministrativo poteva aver inizio autonomamente rispetto al procedimento penale.

Altrettanto noti, però, sono i guasti che un simile sistema determinò (2). Basti pensare alla criminalizzazione dei meri inadempimenti contabili di natura formale (c.d. "reati bagatellari") che, ingolfando le procure, portarono ad una depenalizzazione di prassi, lasciando altresì sostanzialmente impuniti i comportamenti realmente evasivi. Il sistema penale tributario aveva così perduto la sua funzione deterrente, anche perché la relativa sanzione non risultava realmente ancorata al principio di offensività.

(\*) Professore associato di Diritto tributario, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

(1) Cfr. Corte. Cost., 12 maggio 1982, n. 88.

(2) Cfr. MUSCO, Enzo — ARDITO, Francesco, "Diritto penale tributario", Torino, 2016, passim.

A questo stato di cose cercò di rimediare la riforma penale tributaria attuata con d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 con la quale il legislatore dispose l'abrogazione di un'ampia serie di reati prodromici, di mero ostacolo al corretto adempimento dell'obbligo tributario, e, nel contempo, scelse di limitare la risposta repressiva di tipo penale a quei comportamenti ritenuti effettivamente pericolosi in termini evasione e di frode fiscale. Peraltro, al fine di restituire al sistema penale la sua funzione di extrema ratio, il legislatore scelse di introdurre un sistema di soglie quantitative il cui superamento costituiva condizione di punibilità della maggior parte dei comportamenti da esso preveduti come penalmente rilevanti.

Nel frattempo, la disciplina dell'illecito amministrativo tributario si era caratterizzata per una progressiva assimilazione a quella dell'illecito penale, e ciò proprio in ragione dell'estensione al primo di buona parte delle categorie sostanziali del secondo (basti pensare all'introduzione, anche in ambito amministrativo tributario, dei principi di personalità, imputabilità e colpevolezza).

Tuttavia, la spinta verso un diritto penale tributario "minimo" previsto dal d.lgs. 74/2000 esaurì ben presto la sua forza propulsiva. Difatti, poco dopo, il legislatore cominciò ad espandere il catalogo delle fattispecie criminose, giungendo a sanzionare anche la c.d. "evasione di necessità" (es. omesso versamento di Iva e ritenute) e tornando così a criminalizzare meri inadempimenti, per giunta senza che fosse richiesto l'elemento psicologico del dolo specifico. Agli interventi appena accennati, di lì a poco, ne fecero seguito altri, nel senso di: i) escludere la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena oltre una certa soglia di evasione; ii) abbassare le soglie di punibilità; iii) eliminare le ipotesi attenuate per i reati di utilizzazione ed emissione di fatture per operazioni inesistenti; iv) aumentare i termini di prescrizione; v) introdurre una condizione ostativa all'applicazione della pena su richiesta delle parti (3); vi) criminalizzare sia la condotta di esibizione o trasmissione all'a.f. di documenti falsi, a prescindere dalle conseguenze, sia la condotta del contribuente consistente nel rendere dichiarazioni mendaci all'a.f. in pre-

senza di uno dei delitti previsti e puniti dal d.lgs. n. 74/2000 (4). Ancora, con il d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, il legislatore procedette poi a: i) rivedere le principali fattispecie criminose; ii) innalzare le soglie di punibilità delle singole fattispecie delittuose; iii) prevedere cause di non punibilità (ovvero attenuanti) per il contribuente che si fosse ravveduto entro determinati termini temporali; iv) collocare l'istituto della confisca per equivalente all'interno del d.lgs. n. 74/2000. Senonché, più recentemente, con il d.l. n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito in l. n. 157 del 19 dicembre 2019, il legislatore è ancora una volta intervenuto sul d.lgs. n. 74/2000, principalmente, per quanto in questa sede interessa, inasprendo le sanzioni detentive, abbassando le soglie di rilevanza penale, di tal guisa ampliando il perimetro delle fattispecie aventi rilevanza criminale e, infine, estendendo anche ai delitti tributari la confisca c.d. "allargata", o per sproporzione. Con lo stesso d.lgs. n. 124/2019, dopo un dibattito durato anni, il legislatore ha altresì esteso la responsabilità amministrativa degli enti pure a taluni reati tributari previsti dal d.lgs. n. 74/2000, quali: la dichiarazione fraudolenta mediante fatture per operazioni inesistenti (art. 2°), la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3°), l'emissione di fatture false (art. 8°), l'occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10) e la sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11). Da ultimo, il recente d.lgs. n. 75/2020, di attuazione della legge delega n. 117/2019, volta a trasporre la direttiva UE n. 1371/2017 (c.d. "Direttiva PIF", a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea), è ulteriormente intervenuto sul corpo del d.lgs. n. 74/2000, nel senso di prevedere un'eccezione alla non punibilità del delitto tentato di cui agli artt. 2, 3 e 4 del medesimo d.lgs. n. 74/2000, quando le relative condotte siano anche qualificate dalla presenza di sistemi fraudolenti transfrontalieri tali da consentire l'evasione dell'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro.

Quanto sopra, se da, un lato, ha reso evidente la funzione servente impropriamente assegnata al sistema penale tributario rispetto agli interessi erariali, dall'altro, ha certamente incrinato il principio di separatezza ed autonomia dei pro-

(3) Cfr. d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

(4) Cfr. d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

cedimenti penale ed amministrativo, invece posto alla base della riforma del 2000.

### III. La crisi del principio di specialità

La separazione tra sistema penale tributario rispetto al sistema amministrativo tributario, pur in presenza della stessa funzione di tutela degli interessi finanziari dello stato ad entrambi i sistemi attribuita, cui si deve aggiungere la costruzione del modello sanzionatorio amministrativo tributario sulla base di quello penale di cui si è appena fatto cenno, indussero il legislatore della riforma attuata con il d.lgs. n. 74/2000 a rifiutare il principio del cumulo fra sanzioni amministrative e penali (di cui all'art. 10 della l. n. 516/1982) e recepire il principio di specialità, già in allora espresso nell'art. 9° della l. n. 689/1981 in materia di sanzioni amministrative. Fu così che, in attuazione della delega legislativa, l'art. 19 del d.lgs. n. 74/2000 affermò che quando uno stesso fatto è punito da una disposizione che prevede una sanzione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa si applica la disposizione speciale.

Tale principio di specialità, dunque, avrebbe dovuto evitare che uno stesso soggetto potesse essere chiamato a rispondere due volte per il medesimo fatto. Peraltro, stante la maggiore ricchezza di contenuto della fattispecie penale rispetto a quella amministrativa, il principio in discorso avrebbe dovuto portare all'applicazione della sola sanzione penale [perché appunto caratterizzata da elementi specializzanti (5)] rispetto a quella amministrativa. Senonché, la giurisprudenza di legittimità ha dato una lettura particolarmente restrittiva del principio di specialità, fino a giungere ad una sostanziale disapplicazione dello stesso (6). Più in particolare, come messo in evidenza dalla consolidata giurisprudenza della Corte cassazione, tra l'illecito amministrativo e quello penale non vi sarebbe un rapporto di specialità, bensì di progressione (7), con il ri-

(5) Es.: presenza del dolo di evasione, di soglie quantitative di punibilità, di specifiche modalità di condotta, ecc.

(6) LANZI, Alessio — ALDROVANDI, Paolo, "Diritto penale tributario", Milano, 2020, 154 ss.

(7) Cfr., ex multis., Cass. pen., ss. uu., 28 marzo 2013, n. 37424 e 37425 su cui, criticamente, GIOVANNINI, Alessandro, "Le sanzioni omesso versamento dell'IVA davanti alla Corte di giustizia," in Corr. Trib., n. 6, 2016, 439.

sultato di rendere applicabili allo stesso soggetto, per il medesimo fatto naturalistico, entrambe le sanzioni (amministrativa e penale).

Invero, lo stesso legislatore aveva già circoscritto il principio in discorso per mezzo della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 19 predetto, laddove si prevede che permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa nei confronti degli obbligati solidali, di cui all'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 472/1997, purché non siano persone fisiche concorrenti nel reato. Tale temperamento del principio di specialità risulta spiegato —nella stessa Relazione governativa al d.lgs. n. 74/2000— attraverso la constatazione che, talvolta, la sanzione amministrativa (specie quando di elevato ammontare) risulta maggiormente afflittiva (e dunque è altresì dotata di maggior deterrenza) rispetto a quella penale, perché, in concreto, quest'ultima può risultare suscettibile di sospensione condizionale, ovvero in quanto irrogabile in capo a meri prestanome. Peraltro, il medesimo legislatore, con l'art. 7° del d.l. 269/2003, aveva poi posto le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti personificati esclusivamente a carico della persona giuridica (con ciò restringendo l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 19, comma 2, predetto, ora applicabile, ad esempio, alle società di persone).

Sicché, per effetto della novella del 2003, per quanto concerne le persone giuridiche, stante la ontologica differenza tra i soggetti attivi cui le relative sanzioni risultano ascrivibili (essendo cioè la sanzione amministrativa destinata ad appuntarsi sulla persona giuridica mentre quella penale è destinata ad appuntarsi in capo alla persona fisica), il principio di specialità non opera; così come non opera —ex art. 19, comma 2— nel caso di violazione fiscale commessa da società di persone.

### IV. La sovrapposizione di procedimenti e il cumulo di sanzioni nella prospettiva del principio *delnebis inidem* secondo la Corte EDU

Il difficile rapporto tra sistema penale tributario e sistema amministrativo tributario, nelle rispettive dimensioni procedurali e processuali, da un lato, e sostanziali, dall'altro, dà spesso luogo ad una pluralità di procedimenti (cfr. art. 21 d.lgs. n. 74/2000) e ad un cumulo di sanzio-

ni, in conseguenza dello stesso fatto naturalistico (8). Tali duplicazioni, pur avendo in passato positivamente superato l'esame di costituzionalità, sebbene in una prospettiva meramente interna (9), sono comunque tali da porsi in contrasto con il principio del *ne bis in idem* in entrambe le sue declinazioni: sostanziale (ne bis puniri) e, processuale (ne bis vexari), così come affermato dall'art. 4° del Protocollo VII della Convenzione Edu, nonché dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, come interpretati, rispettivamente, dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE.

Più in particolare, come noto, la Corte di Strasburgo ha significativamente dilatato il campo di applicazione dell'art. 4°, Protocollo VII, CEDU fino a ricomprendere le ipotesi di cumulo di sanzioni penali e sanzioni qualificate come amministrative nel diritto nazionale, ove irrogate allo stesso soggetto per i medesimi comportamenti (10) (ne bis puniri); e ciò ha affermato la Corte EDU facendo leva sulla funzione deterrente e punitiva delle sanzioni amministrative tributarie (11), dal canto loro esaminate nel rispetto dei principi penalistici fissati dall'art. 6°, comma 1, del Trattato (12). In altre parole, sulla base di tre appositi criteri, alternativi fra loro (ovvero: la qualificazione giuridica dell'infrazione e del relativo procedimento nel diritto nazionale applicabile, la natura stessa dell'infrazione e la finalità ed il grado di severità della sanzione) (13),

(8) Sia consentito rinviare a COCIANI, Simone Francesco, "Sul divieto di cumulo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative in materia tributaria", in Riv. Dir. Trib., 2015, I, 405 ss., ove riferimenti bibliografici.

(9) Cfr. Corte cost., ord. n. 409/1991.

(10) Cfr. Corte EDU, II, sez., 4 marzo 2014, causa Grande Stevens c. Italia, nonché Corte EDU, sent., 20 maggio 2014, Pirttimäki c. Finlandia; Nykänen c. Finlandia e Corte EDU, sent., 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia.

(11) Cfr. Corte EDU, 23 luglio 2002, causa Janosevic c. Svezia; Corte EDU 23 luglio 2002, causa Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia.

(12) Su cui, di recente, si veda ALFANO, Roberta, "Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente", Napoli, 2020, 228 ss., da consultare anche per i riferimenti di giurisprudenza e dottrina.

(13) La stessa Corte EDU ha in verità precisato che l'alternatività dei criteri "non impedisce di adottare un approccio cumulativo, se l'analisi separata di ogni criterio

i giudici di Strasburgo hanno qualificato come (sostanzialmente) "penali" numerose sanzioni che, negli ordinamenti dei singoli stati aderenti al Trattato, risultavano (formalmente) definite come "amministrative" (14).

Nella stessa prospettiva la Corte ha poi censurato la violazione del principio in discorso anche nella sua dimensione processuale (ne bis vexari) (15), ancorché, in precedenza, avesse ritenuto accettabile una qualche duplicazione di procedimenti (penale e amministrativo), allorquando fosse stato possibile constatare un collegamento sufficientemente stretto fra gli stessi da un punto di vista sostanziale (16). Più in dettaglio, per quanto concerne la dimensione processuale del principio in discorso, la Corte ha negato il collegamento tra i due procedimenti — e quindi ha escluso qualsiasi giustificazione rispetto alla violazione del *ne bis vexari* — allorquando ha ritenuto che il protrarsi dei due procedimenti per un periodo di quasi dieci anni (di cui solo uno dei quali comune ad entrambi) avesse in realtà esposto gli autori della violazione ad incertezza giuridica per un significativo lasso di tempo, tale da risultare incompatibile con il principio del *ne bis vexari* (17).

#### V. Segue. La sovrapposizione di procedimenti e il cumulo di sanzioni nella prospettiva del principio del *ne bis in idem* secondo la Corte di Giustizia

Come accennato, anche la Corte di Giustizia UE non ha mancato di intervenire sul *ne bis in idem*, peraltro sin dagli anni Sessanta del secolo scorso. In ogni caso, specie dopo l'affermazione

non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un'accusa in materia penale". Cfr. C. EDU Sentenza Zolotukhin, par. 52; sentenza Grande Stevens, par. 94; sentenza Pirttimäki, par. 46.

(14) Cfr. Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, causa Engel c. Paesi Bassi e, successivamente, sent., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia.

(15) Cfr. C. EDU, sent., 18 maggio 2017, causa Jóhannesson c. Islanda.

(16) Cfr. C. EDU, sent., 15 novembre 2016, causa A e B c. Norvegia.

(17) Cfr. C. EDU, sent., 18 maggio 2017, causa Jóhannesson c. Islanda. In dottrina PISTONE, Pasquale, "Diritto tributario europeo", Torino, 2020, 119.

del principio in parola nell'art. 50 della CDFUE (che, come noto, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 6° del Trattato sull'Unione Europea, ha lo stesso valore giuridico dei trattati), il *ne bis in idem* ha assunto un particolare rilievo in tutti i settori di legislazione secondaria della UE e, quindi, anche in ambito tributario.

Volendo ora dar brevemente conto della lettura del *ne bis in idem* così come proposta dalla Corte di Giustizia, è senz'altro possibile riferire come i giudici di Lussemburgo abbiano affermato che è lecito ad uno Stato membro imporre ad un soggetto passivo, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una prima sanzione qualificata in diritto nazionale come "amministrativa" e successivamente una seconda sanzione qualificata come "penale", a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che deve essere verificata dal giudice nazionale alla luce dei tre criteri Engel di cui sopra (18). Conseguentemente, nella dimensione processuale, nel caso in cui "la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'art. 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona" (19). Peraltro, successivamente, la medesima Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare che le leggi nazionali che prevedono sanzioni tributarie qualificate come amministrative e sanzioni tributarie penali, miranti entrambe a prevenire e/o a reprimere infrazioni IVA per assicurare la riscossione di tale imposta, costituiscono un'attuazione degli artt. 2 e 273 della direttiva IVA 2006/112/UE e dell'art. 325 TFUE e, di conseguenza, costituiscono anche un'attuazione del diritto dell'Unione ex art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali. Ciò posto, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 50 della Carta, e del principio del *ne bis in idem* ivi contenuto, sia le norme di diritto nazionale che disciplinano i procedimenti sanzionatori amministrativi per violazioni della legislazione IVA, sia le norme che disciplinano i procedimenti penali aventi ad oggetto i reati IVA (20).

(18) Cfr. C. Giust., sent., 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Akerberg Fransson, punto 37.

(19) Cfr. C. Giust., sent., 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Akerberg Fransson, punto 34.

(20) Cfr. Corte Giust., sent., 5 aprile 2017, causa C-217/15 e C-350/15, Orsi e Baldetti, punto 16. Deve tuttavia preci-

Tuttavia, va altresì rilevato che la Corte di Giustizia, nella sua più recente giurisprudenza, sembra aver attenuato la portata delle proprie precedenti pronunce. Difatti, più in particolare, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che vi possono essere ragioni di interesse pubblico tali da giustificare una limitazione rispetto all'applicazione del principio del *ne bis in idem*. E, a tale riguardo, la riscossione integrale dell'IVA e la lotta contro le frodi, aventi ad oggetto tale "risorsa propria" del bilancio dell'Unione, costituiscono un obiettivo di interesse pubblico idoneo a giustificare un cumulo di procedimenti e di sanzioni "di natura penale" (21). Peraltro, in tal caso, entrambe le categorie di procedimenti e di sanzioni devono riguardare "scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato...", talché il legislatore di uno stato membro può, con la previsione di sanzioni qualificate come "amministrative" nel diritto nazionale, legittimamente mirare a "dissuadere e reprimere qualsiasi inadempimento, intenzionale o meno, alle norme afferenti alla dichiarazione e alla riscossione dell'IVA" e, allo stesso tempo, con la previsione di sanzioni penali, può altresì mirare a "dissuadere e reprimere inadempimenti gravi alla normativa IVA, i quali sono particolarmente deleteri per la società e giustificano l'adozione di sanzioni penali più rigorose", sempreché la risposta complessivamente prevista, sia in termini di cumulo di sanzioni che di procedimenti, risulti non irragionevole e sproporzionata rispetto al fatto posto in essere (22). A quest'ultimo riguardo la Corte di Giustizia, sebbene con riferimento ad un cumulo di sanzioni e procedimenti non derivanti da una violazione di carattere tributario, ha poi chiarito che qualora venga pronunciata nei confronti degli autori di una violazione amministrativa —costituente anche reato— una sentenza penale definitiva di condanna, la relativa sanzione penale in senso

sarsi che, nel caso ora citato, la Corte ha poi ritenuto non sussistente alcuna violazione in ragione della mancata medesimezza della persona oggetto delle due sanzioni e dei relativi procedimenti (trattandosi di violazioni fiscali poste in essere da una società di capitali cui era stata irrogata la sanzione amministrativa, mentre quella penale era stata irrogata alla persona fisica legale rappresentante).

(21) Cfr. Corte Giust., sent., 20 marzo 2018, causa C-524/15, Menci.

(22) Cfr. Corte Giust., sent., 20 marzo 2018, causa C-524/15, Menci, 42 ss. e 58 s.

stretto deve assorbire per intero la pretesa punitiva dello Stato nella sua dimensione amministrativa, nel senso che deve essere precluso all'amministrazione competente di infliggere una sanzione amministrativa per la medesima condotta illecita già penalmente sanzionata, così come deve essere impedito all'eventuale secondo giudice di proseguire il processo avente ad oggetto la legittimità della sanzione amministrativa (23). Ancora, specie per quanto attiene alla dimensione procedimentale (ne bis vexari), si noti come la Corte di Giustizia abbia altresì avuto modo di chiarire che l'art. 50 della CDFUE va interpretato nel senso che esso preclude, dopo una sentenza penale di assoluzione, la prosecuzione di un procedimento avente ad oggetto l'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura penale, talché il giudice di detto procedimento deve chiudere il secondo processo senza procedere ad alcun ulteriore apprezzamento della condotta che ha integrato l'illecito penale, con l'annullamento in limine del provvedimento di irrogazione della sanzione amministrativa (24).

#### **VI. Il ne bis in idem nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale**

Riferita la posizione delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo sul tema del ne bis in idem, conviene ora accennare che anche la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, seppur con una certa prudenza, ha finalmente mostrato di essere senz'altro consapevole dei problemi che il principio in discorso pone rispetto all'ordinamento interno (25). Limitando le considerazioni alle pronunce rese con riferimento alle violazioni di norme tributarie, la Corte afferma chiaramente che, sebbene la regola affermata con la sentenza sul caso A e B contro Norvegia renda meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di bis in idem alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto, tuttavia

(23) Cfr. Corte Giust., sent. 20 marzo 2018, causa C-537/16, Garlsson.

(24) Cfr. Giust., sent. 20 marzo 2018, causa C 596/16 e C 597/16, Di Puma e Zecca. Sui profili procedimentali nella prospettiva della giurisprudenza comunitaria si veda, di recente, FAZIO, Adriano, "I rapporti tra processo tributario e processo penale: la crisi del principio del 'doppio binario' nella prospettiva dello scambio internazionale di informazioni fiscali", in *Dir. Prat. Trib.*, 2020, I, 1955 ss.

(25) Cfr. Corte cost. n. 112/2016.

non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato regime temporale e materiale a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedimentali (26). Peraltro, in questo percorso di progressivo avvicinamento alle posizioni espresse dalla Corte EDU, la Consulta non ha rinunciato a (più volte) sollecitare il legislatore a farsi carico del problema di compatibilità delle norme interne rispetto alle disposizioni della Convenzione EDU che, come noto, nell'interpretazione delle stesse ad opera della Corte di Strasburgo, costituiscono, quali norme interposte, il parametro di scrutinio di cui all'art. 117 Cost., nella parte in cui esso impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, così condizionando il grado di rilevanza e la stessa valutazione dei profili di legittimità costituzionale delle norme interne (27).

Quanto al ne bis vexari, la Corte evidenzia che, pur in presenza di una pluralità di istituti e previsioni normative che permettono una regolamentazione dei rapporti tra procedimento amministrativo e procedimento penale in materia tributaria, è ipotizzabile che il contribuente possa essere sottoposto per lungo tempo a due giudizi per il medesimo fatto. E qualora il contribuente subisca un aggravio sanzionatorio, nell'ipotesi in cui il mancato raccordo fra giudizio penale e giudizio amministrativo si estenda anche alla fase di determinazione della pena, in tali circostanze, per la Consulta, potrebbe essere ipotizzata una violazione del principio del ne bis in idem. Pur tuttavia, la valutazione dell'esistenza di siffatti presupposti e delle predette condizioni deve essere

(26) Cfr. Corte cost. n. 43/2018. Nella pronuncia in questione la Corte ha tuttavia escluso qualsivoglia violazione del ne bis in idem, per l'effetto ritenendo come il concorso fra la pena della reclusione prevista per i reati di cui al D.lgs. n. 74/2000 e le sanzioni pecuniarie applicate in sede amministrativa, permetta di esprimere la ferma riprovazione dell'ordinamento a fronte di condotte gravemente pregiudizievoli per gli interessi finanziari nazionali ed europei. Per la Corte, infatti, l'espressa previsione della sanzionabilità in via amministrativa di una violazione fiscale che sia punita anche in sede penale esclude ogni violazione del principio in discorso. Cfr. Corte cost. 43/2018.

(27) Cfr. LANZI, Alessio — ALDROVANDI, Paolo, "Diritto penale tributario", cit., 163.

rimessa al singolo giudice, che ha la competenza ad accertare —ferma un’attenta analisi delle circostanze del procedimento principale— che l’onere gravante sull’interessato dall’applicazione della normativa e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni non sia eccessivamente gravoso e, dunque, sproporzionato rispetto alla gravità del fatto commesso.

### VII. L’indifferibilità di un intervento legislativo

Quanto precede suggerisce di rinnovare l’invito al legislatore, peraltro da più parti formulato anche in dottrina (28), di provvedere a più attentamente regolare i rapporti tra sistema penale tributario e sistema amministrativo tributario, meglio definendo ciascuna tipologia di illecito al fine di evitare un cumulo di sanzioni e di procedimenti privo di ragionevolezza e proporzionalità. A tal fine si potrebbe quindi —recuperando l’intuizione già posta alla base della precedente delega fiscale di cui alla legge. n. 23/2014— opportunamente restringere il perimetro degli illeciti tributari, penalmente rilevanti, alle sole ipotesi più gravi e, nel contempo, limitare alla sola sanzione amministrativa tributaria le risposte a quelle violazioni consistenti nell’omesso versamento di somme dichiarate, ovvero a quegli illeciti privi di connotazioni frodatricie, se del caso, opportunamente graduando la risposta sanzionatoria amministrativa anche attraverso il ricorso alla categoria delle sanzioni interdittive (29).

Allo stesso tempo, si rende opportuno esplicitamente affermare il principio del *ne bis in idem* (in entrambe le sue declinazioni: *ne bis puniri* e *ne bis vexari*), anche all’interno dell’ordinamento tributario italiano, evitando così il cumulo tra sanzioni e procedimenti amministrativi e penali che, attualmente, come sopra esposto, danno luogo ad una complessiva risposta punitiva in

(28) Da ultimo si veda ALFANO, Roberta, “Sanzioni amministrative tributarie e tutela del contribuente”, cit., 268.

(29) Cfr. GALLO, Franco, “Il *ne bis in idem* in campo tributario: un esempio per riflettere sul “ruolo” delle alte corti e sugli effetti delle loro pronunzie”, in *Rass. Trib.*, 4, 2017, 915, ove si ipotizza il ritorno alla regola dell’alternatività dei due tipi di sanzioni accolta, a suo tempo, dalla Legge n. 4/1929, per l’effetto limitando la risposta penale ai soli illeciti tributari rilevatori di un grave disvalore sociale, mentre, in tutti gli altri casi, prevedendo l’irrogazione di una sanzione amministrativa.

capo al contribuente, in non pochi casi a dir poco eccessiva e, comunque, sproporzionata.

A ciò si aggiunga che, come anticipato, oltre al cumulo tra sanzioni amministrative e penali di tipo detentivo in dipendenza di uno stesso fatto naturalistico si possono oggi cumulare, in capo allo stesso soggetto, anche sanzioni penali di tipo amministrativo. E ancora, la confisca obbligatoria per tutti i delitti tributari previsti dal d.lgs. n. 74/2000, che deve essere (sempre) ordinata anche nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell’art. 444 c.p.p., non operando tale misura solo limitatamente alla parte del profitto o del prezzo del reato corrispondente alle imposte che —secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità— il contribuente abbia effettivamente versato all’erario (art. 12-bis d.lgs. n. 74/2000), costituisce un altro fattore che di possibile ulteriore aggravamento del cumulo. Pertanto, l’impropria funzione servente, a tutto vantaggio degli interessi erariali, dal legislatore assegnata al sistema penale, ha certamente contribuito a snaturare la funzione di *extrema ratio* tradizionalmente attribuita alla sanzione penale. Talché occorre quindi restituire razionalità, sistematicità, efficacia ed efficienza al sistema sanzionatorio nel suo complesso, senza eccessivamente (*rectius*: sproporzionatamente) conculcare i diritti del contribuente rispetto al quale la relativa tutela è ormai “multilivello”.

Pertanto, nella prospettiva, quanto meno, del riordino del sistema sanzionatorio, è certamente necessario tenere in adeguata considerazione i principi del diritto europeo, così come innervati dalla ormai consolidata giurisprudenza delle Corti EDU e di Giustizia UE.

Al riguardo, pare quindi opportuno affermare —sebbene con espressioni volutamente generali e atecniche (e perciò maggiormente coerenti con la giurisprudenza della Corte EDU)— il diritto di chiunque a non essere perseguito o condannato per uno stesso fatto per il quale è già stato esentato da pena o sanzionato a seguito di una sentenza definitiva.

Allo stesso tempo, occorrerebbe altresì procedere ad un’opera di analisi e revisione delle risposte sanzionatorie previste dal nostro ordinamento, allo scopo di limitare il ricorso alla san-

zione penale alle sole fattispecie più gravi, connotate da mendacio e/o frodolenza (nel senso penalistico del termine), rimettendo alla sanzione amministrativa l'affermazione del disvalore sociale di quelle condotte —pur sempre offensive per gli interessi erariali— tuttavia connotate dall'assenza di qualsivoglia malizia. E' questo il caso, ad esempio, dei reati di omesso versamento di ritenute Irpef o di omesso versamento dell'Iva (di cui, rispettivamente, agli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74/2000) che si caratterizzano per la mancanza dell'elemento soggettivo del dolo. Difatti, le condotte relative alle figure delittuose da ultimo richiamate, ormai, possono essere tempestivamente ed efficacemente contrastate con i mezzi (tecnico-informatici) di cui l'a.f. già dispone e, invero, non sembrano più attuali le ragioni che, un tempo, avevano indotto il legislatore a criminalizzare tali fattispecie. Ancora, non va trascurato che l'attuale fase negativa del ciclo economico è destinata a riflettersi sul numero delle condotte di omesso versamento di ritenute Irpef e di Iva che, in quanto rilevanti penalmente pur in assenza di dolo, rischiano di dar luogo a numerosissimi casi di applicazione della sanzione penale e della relativa obbligatoria confisca (da sequestro preceduta) in capo al medesimo contribuente già esposto alla sanzione amministrativa tributaria. A quest'ultimo riguardo, per quanto concerne la (invero da più parti auspicata)

depenalizzazione di tali condotte caratterizzate dall'assenza del dolo, non si creda che un simile intervento possa costituire un incentivo all'evasione, se, invece, si osserva che, già ora, la sanzione penale non trova concreta applicazione nelle ipotesi prevedute, ad esempio, all'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000 che, di fatto, limita la reazione dell'ordinamento alla sola sanzione amministrativa tributaria allorché il contribuente abbia i mezzi per estinguere integralmente —sebbene prima dell'avvio del processo penale— il proprio debito tributario, comprensivo di sanzioni e interessi.

Viceversa, qualora volesse aumentarsi il grado di deterrenza del sistema sanzionatorio amministrativo tributario, si potrebbe opportunamente prevedere di accompagnare —nei casi più gravi— la sanzione amministrativa di tipo pecuniario a sanzioni amministrative di tipo interdittivo (es.: chiusura dei locali, inibizione a contrarre con la p.a., sospensione dall'iscrizione in albi o elenchi, ecc.), probabilmente più efficaci —sotto il profilo della loro capacità di dissuasione— rispetto a quelle penali, la cui deterrenza, ormai, è sostanzialmente rimessa, come osservato, oltre che al d.lgs. n. 231/2001, agli istituti del sequestro e della obbligatoria confisca (cfr. artt. 12-bis e 12-ter d.lgs. n. 74/2000) che, per parte loro, hanno assunto un rilievo del tutto abnorme e, a volte, perfino sproporzionato rispetto alla reale portata dell'offesa.



**CIVILE**



# Diligenza e responsabilità

## Confronto fra l'art. 1786 del Codice civile italiano e l'art. 1358 del Codice civile argentino (\*)

Ulrico Agnati (\*\*)

**Sumario:** I. Introduzione.— II. Le fondamenta giusromanistiche.— III. La diligenza “que usa para sus cosas” del Codice argentino vigente.— IV. La diligenza del buon padre di famiglia nel Codice italiano vigente.— V. Tra passato e presente, tra codici e prassi.

### I. Introduzione

Queste pagine sono dedicate a una comparazione tra il codice civile argentino e quello italiano, che stabiliscono differenti criteri di imputazione della responsabilità in capo al depositario. I due articoli che costituiscono l'oggetto primario dell'indagine —l'art. 1358 (Obligación del depositario) del Código Civil y Comercial Argentino e l'art. 1786 (Diligenza nella custodia) del Codice Civile Italiano— rappresentano due diversi modi di intendere il rapporto contrattuale che affondano le radici in un lungo percorso storico-giuridico, del quale darò brevemente conto, al fine di valutare le origini e le implicazioni dei due diversi regimi della responsabilità. Con questo obiettivo si analizzeranno le fondamenta giusromanistiche del rapporto contrattuale

nascente dal deposito (§ 2); sarà poi considerata (a) la soluzione offerta dall'art. 1358 del Cód. Civ. y Com. Argentino in connessione con i suoi precedenti giusromanistici e medievali e nel contesto della sistematica codicistica relativa alla responsabilità del debitore (§ 3) e, nel paragrafo successivo (§ 4), la differente soluzione adottata dall'art. 1786 del Codice Civile Italiano. Alcune considerazioni finali di comparazione e sintesi saranno svolte con riferimento a un contesto geografico più ampio e riflettendo sulla prassi e le sue ragioni, che vediamo imporsi nei tribunali al di là della lettera codicistica (§ 5).

### II. Le fondamenta giusromanistiche

Nel diritto romano il deposito è un contratto in cui la consegna della cosa (res) rappresenta l'elemento strutturale da cui nascono le obbligazioni. Ciò accade anche per il mutuo, il comodato e il pegno, che, con il deposito, costituiscono la categoria dei ‘contratti reali’ (1).

I contratti reali prevedono come obbligazione principale la restituzione della res, ma la responsabilità della parte debitrice per il mancato adempimento dell'obbligazione è differente a seconda dei singoli contratti reali.

Il mutuatario, ad esempio, in quanto tenuto alla restituzione di un equivalente dello

(\*) A Giovanni Bonilini.

(\*\*) (1968) Insegna ‘Fondamenti del diritto europeo’, ‘Cultura giuridica europea’, ‘Diritti e culture’ presso il Dipartimento di economia, società e politica dell'Università di Urbino, dove è anche Presidente del Presidio della Qualità di Ateneo. È membro del Collegio dei Docenti del Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Modena e di Reggio Emilia, membro del Comitato di Direzione di Tesseræ Iuris e del Comitato scientifico di Studi Urbinati, A Scienze giuridiche, politiche ed economiche. Si occupa di diritto romano e dei diritti europei, in prospettiva storica e con riferimento all'attualità, in relazione a numerosi istituti, alle fonti di produzione del diritto, al pensiero giuridico; di istituzioni e diritto dell'Unione europea; dei rapporti tra diritto, politica e religione.

(1) Vedi, per tutti, MARTINI, R. — PIETRINI, S. — AGNATI, U., “Appunti di diritto romano privato”, Padova, 2020., 124 ss.

stesso genere, rimane obbligato anche in caso di perimento fortuito della res, perché *genus numquam perit*.

Il comodatario riceve a titolo gratuito una cosa infungibile e non consumabile: la mancata restituzione della res commodata comporta sempre la responsabilità del comodatario, a meno che questa non perisca per forza maggiore (per esempio: naufragio, incendio, rapina). Il comodatario è tenuto ad applicare una diligenza che Giustiniano chiama *exacta* o *exactissima*. La particolare attenzione dovuta dal comodatario va in parallelo con il gravoso criterio di imputazione della sua eventuale responsabilità per inadempimento ed è giustificata dal vantaggio che deriva al comodatario dal contratto. In ragione di tale vantaggio Gaio (Inst. 3.206) afferma che il comodatario deve rispondere anche in caso di inadempimento dovuto a furto della res commodata (2).

In diritto romano il criterio dell'*utilitas contrahentium* funge da parametro per misurare la responsabilità del debitore (3).

In un passo del giurista Ulpiano trasmesso dal Digesto di Giustiniano (4) si osserva che i criteri

(2) Si profila, in questo modo, una sorta di responsabilità di carattere oggettivo, detta custodia, che prescinde dal profilo psicologico del debitore ed è legata al mero fatto dell'inadempimento.

(3) NAVARRA, M., "Utilitas contrahentium e sinallagma in La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano", II, a cura di L. Garofalo, Padova 2007, 225-255; SANTUCCI, G., "Utilitas contrahentium: note minime su una regola che cacciata dalla porta rientrò dalla finestra" in Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, III, a cura di R. Fiori, Napoli 2008, 277-311.

(4) Digesta Iustiniani 13.6.5.2-3 (Ulpianus 28 ad ed.) 2. "[...] Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolum praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolum et culpa praestatur. 3. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum

di imputazione della responsabilità variano nei diversi contratti in connessione all'utilità che le parti ottengono da ciascun contratto. Il giurista porta l'esempio del deposito, nel quale il criterio di responsabilità è il dolo, e scrive: "poiché al depositario non deriva alcuna utilità, giustamente egli risponde soltanto per dolo, sempre che non si stabilisca anche un compenso (e allora... si risponde anche per colpa) o se è stato stabilito fin dall'inizio che il depositario risponde sia per colpa che per ogni rischio". Ulpiano procede osservando che "si risponde per dolo e colpa nei rapporti dai quali deriva una qualche utilità per entrambe le parti, come nella compravendita, nella locazione, nella dote, nel pegno, nella società". Anche la responsabilità del comodatario è valutata alla luce del fatto che tale contratto "comporta usualmente un'utilità solo per il comodatario".

Il depositario riceve a titolo gratuito la res del deponente al fine di custodirla e con l'obbligo di restituirla nello stato in cui l'aveva ricevuta. Il contratto è dunque nell'interesse del deponente e secondo Gaio (Inst. 3.206-207), Ulpiano e Giustiniano il depositario risponde del mancato adempimento soltanto per dolo, per volontario inadempimento, come emerge già dall'intento della formula della *actio depositi in factum* (5).

### III. La diligenza "que usa para sus cosas" del Codice argentino vigente

Veniamo ora a quanto stabilito in merito alla responsabilità del depositario nel Código Civil y Comercial de la Nación, promulgato nel 2014 (6). L'efficace e sintetica stesura codicisti-

*praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit*".

(5) Gaius, Inst. 4.47; LENEL, O., "Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung", Leipzig 1927, 289; LONGO, C., "Corso di diritto romano. Il deposito", Milano 1933; BEDUSCHI, C., "Le azioni da deposito", Trento 1989; VARVARO, M., "Latior culpa dolum est", "Index" 35, 2007, 233-239.

(6) Sugli artt. 1721 e 1725 del Cód. Civ. y Com. Argentino, che contengono i principi generali in materia di attribuzione della responsabilità, vd. LOCOCO, J. J., "La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino" in Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano, a cura di R. Cardilli, D. F. Esborraz, Padova 2017, 539-557, in part. 546, e LANNI, S., "La valutazione della negligenza del debitore nel nuovo Codice

ca permette di utilizzare direttamente la lettera della legge per descrivere il contratto di deposito. Esso, secondo l'articolo 1356 (Definición) si ha "cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos". Importante ricordare che in base all'art. 1357 "el depósito se presume oneroso".

Per il nostro tema è fondamentale l'art. 1358 (Obligación del depositario): "El depositario debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión. No puede usar las cosas y debe restituirlas, con sus frutos, cuando le sea requerido". Si tratta di una diligenza misurata sul soggetto; tale diligenza deve corrispondere a caratteristiche di condotta usuale o professionale di quel singolo e concreto depositario.

Come si è accennato (§ 2), in diritto romano il depositario risponde per dolo. La diligenza quam in suis rebus (di seguito: d.q.i.s.r.), che può essere tradotta con le parole del Codice argentino come "la diligenza que usa para sus cosas", viene in rilievo in relazione al depositario in un frammento conservato nel Digesto. Questo passo fondamentale, anche se sospettato di interpolazione, è D. 16.3.32 (Cels. 11 dig.), che traduco: "Ciò che diceva Nerva, che una colpa molto grave è dolo, non trovava d'accordo Proculo; a me (Celso) sembra verissimo. Infatti, anche se qualcuno non è diligente come richiede la natura degli uomini —a meno che si prenda cura della cosa depositata nel modo che gli è

usuale— non manca di dolo. E infatti per le cose depositate non potrà adottare in buona fede una minore diligenza che per le proprie" (7).

Il ragionamento di Celso, nella redazione pervenutaci, è il seguente: il depositario che non applica alle cose depositate la diligenza impiegata per le cose proprie non può essere in buona fede e quindi è in dolo; però, se la diligenza da lui applicata alle cose depositate è la sua diligenza abituale, e questa è inferiore a quella richiesta dalla natura degli uomini, non c'è una disparità di trattamento fra le cose proprie e quelle depositate. E quindi in base alla sua insufficiente diligenza —che è però abituale— non si può presumere il dolo.

La mancata applicazione di d.q.i.s.r. può fungere da elemento diagnostico per individuare il dolo presunto nella condotta del depositario. La d.q.i.s.r. può fungere anche da esimente per la responsabilità del depositario: infatti, in caso di sua negligenza verso la res deposita che tuttavia corrisponda al suo consueto standard di diligenza o negligencia, cade la presunzione di dolo (fraus) e di conseguenza viene meno l'imputabilità del depositario in forza del dolo presunto.

In queste riflessioni può ritrovarsi l'antecedente remoto della scelta del legislatore argentino contenuta nell'art. 1358. Tuttavia, credo che in questo filone dottrinale la Summa Codicis di Azone (composta nel primo decennio del XIII secolo) abbia contribuito a delineare la responsabilità del depositario in mancanza della "diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión". La Summa Codicis prende spunto dal Codex Iustinianus per elaborare una trattazione completa del Corpus Iuris, riordinandone il materiale 'per problemi' connessi agli istituti e producendo una sorta di 'manuale per l'udienza'. La disamina del deposito condotta da Azone è suddivisa in 42 punti e offre un quadro nitido e incisivo dell'istituto, scegliendo la prospettiva dell'azione (non del contratto). Il tema della responsabilità nel rap-

---

civile e commerciale argentino in Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano", a cura di R. Cardilli, D.F. Esborraz, Padova 2017, 559-572 (con bibliografia e richiamo agli artt. 512, 902 e 909 del precedente codice argentino). Per un quadro generale della responsabilità vd. ALTERINI, A. A. — AMEAL, O. J. — LÓPEZ CABANA, R. M., "Derecho de obligaciones: civiles y comerciales", Buenos Aires, 2004. Per contestualizzare: "Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi", a cura di C. Masi Doria, C. Cascione, Napoli, 2013; D. F. Esborraz, "L'influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina", in Il modello giuridico —scientifico e legislativo— italiano fuori dell'Europa, Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, a cura di S. Lanni, P. Sirena, Napoli 2013, 127-165; CARDILLI, R., "Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico romanistico in Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano", a cura di R. Cardilli, D.F. Esborraz, Padova 2017, 763-785.

---

(7) Digesta Iustiniani 16.3.32 (Celsus 11 dig.): "Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem si quam suis rebus diligentiam praestabit".

porto di deposito è svolto nei paragrafi numerati da 25 a 31 **(8)**.

Il frammento D. 16.3.32 (Cels. 11 dig.), che abbiamo sopra considerato, è considerato legge dai giuristi medievali, che lo indicano come *lex quod Nerva*, dalle sue parole iniziali. La *Summa Codicis* di Azone, riguardo alla *lex quod Nerva*, dice nel § 27 **(9)**: “La colpa grave si presume dolo con riferimento al depositario, perché sebbene possa non essere così diligente come richiede la natura umana o l’uso corrente, non

(8) Per un quadro dottrinale: TALAMANCA, M., “Colpa civile (storia). Sez. II. Diritto intermedio in *Enciclopedia del Diritto*”, VII, Milano 1960, 525; BELLOMO, M., “Diligenza b) Diritto intermedio in *Enciclopedia del diritto*”, XII, Milano 1964, 528-539; BELLOMO, M., “Dolo. II. Diritto intermedio a) Civile in *Enciclopedia del diritto*”, XIII, Milano 1964, 725-731; BIROCCHI, I. — PETRONIO, U., “Responsabilità contrattuale b) Diritto intermedio in *Enciclopedia del diritto*”, XXXIX, Milano 1995, 1060-1072; OBARRIO MORENO, J. A., “La responsabilidad del depositario y su recepción en las fuentes y en la doctrina medieval” in *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno. IV congreso internacional y VII congreso iberoamericano de derecho romano*, coord. A. Murillo Villar, Burgos 2001, 591-602; MERCOGLIANO, F., “Diligentia quam in suis” per i giuristi romani classici”, *Index*” 19, 1991, 379 ss.; AGNATI, U., “Il commento di Bartolo da Sassoferrato alla *lex quod Nerva* (D. 16.3.32). Introduzione, testi e annotazioni”, Torino 2004, 20 ss.; MAGANZANI, L., “La diligentia quam in suis del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali: casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica”, Milano 2006; VÖLKL, A., “Zur diligentia quam in suis des Verwahrers”, in *Festschrift für H. Hausmaninger zum 70. Geburtstag*, Wien 2006, 293 ss.; SANTUCCI, G., “Diligentia quam in suis”, Trento 2008.

(9) “*Summa Azonis, locuples iuris ciuilis thesaurus. Hactenus deprauatissima, nunc autem iugi sedulitate & exquisito studio d. Henrici Dresij ll. licentiati, in octies mille, & amplius loci, ex fide emendata ... Accessere in super eiusdem Azonis quaestiones, quae Brocardicae appellantur, a doctissimis diu desideratae, & tenebris iam erutae, nunc primum in lucem editae...*” Venetiis, apud Gasparem Bindonum, 1584, col. 383-384: 27. “Praesumitur autem lata culpa dolus circa depositarium, quia licet non sit adeo diligens ut natura desiderat vel ut homines consueverunt esse diligentes, si tamen curam in deposito non praestet ad modum suum, id est, quem observat in rebus suis propriis, fraude non caret; nec enim salva fide minorem depositis rebus diligentiam praestabit quam suis. Absesse enim praesumitur bona fides, cum res suas habet salvas et res depositae non apparent, ut infra eodem l. quod Nerva et infra locati. l. I (D. 19.2.1). Exemplum pone si res suas reponebat in arca bene clausa, res autem depositas relinquebat in domo super bancas”.

manca di frode se non risulta che presta nel deposito la diligenza ‘a suo modo’, cioè quella che riserva alle proprie cose; infatti non può riservare minor diligenza alle cose depositate che alle sue senza venire meno alla buona fede. Si presume dunque che egli manchi di buona fede ogni qualvolta le sue cose sono salve e quelle in deposito sono andate perdute. Facciamo un esempio: il depositario ripone le sue cose in una cassa ben chiusa mentre lascia le cose depositate in casa sopra un tavolo”.

Azone fa emergere una dialettica regola-eccezione contenuta nel testo celsino. La d.q.i.s.r. vale come scusante per il depositario che sia diligente meno della media o delle attese degli uomini; viceversa è la disparità nel trattare le proprie cose e quelle ricevute in deposito che fa sorgere la presunzione di dolo. La diligenza deve essere misurata dunque concretamente, in relazione a quella specifica persona che nel contratto svolge il ruolo di depositario.

Nel codice argentino vigente si registra la medesima attenzione e, nella condivisione di queste basi dottrinarie remote, ma radicate, viene in rilievo la d.q.i.s.r. e la diligenza dovuta alle specifiche competenze professionali del depositario, come scolpito nell’art. 1358 (*Obligación del depositario*) **(10)**.

(10) Il *Código Civil español* non pare rappresentare un’ispirazione per questa scelta del legislatore argentino. Infatti, si legge nel *Código Civil español*, art. 1766: “El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad, en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el tít. I de este libro”. Il Titolo I, nella Sección 2.<sup>a</sup> De la pérdida de la cosa debida, contiene articoli che delineano regole di carattere generale. Vd. Art. 1182: “Quedarà extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando esta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse este constituido en mora”. Art. 1183: “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1096”. Art. 1184: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible. Art. 1185: “Cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá al deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, este se hubiese sin razón

#### IV. La diligenza del buon padre di famiglia nel Codice italiano vigente

L'art. 1176 del Codice civile italiano, promulgato nel 1942 e attualmente vigente, con il primo comma impone al debitore di adempiere applicando il criterio astratto della diligenza del buon padre di famiglia (11); nel secondo comma indica il grado di diligenza richiesto al professionista (12).

Lo stesso Codice impone al depositario la diligenza astratta del buon padre di famiglia, come si legge nell'art. 1768 c.c. (Diligenza nella custodia): "Il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia. Se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore" (13). La situazione del depositario è appiattita su quella del debitore generico, scolpita nell'art. 1176. Ciò è stabilito nonostante la presunzione generale di gratuità del contratto di deposito (14). La diligenza del buon padre di famiglia è preferita alla d.q.i.s.r. in

negado a aceptarla". Art. 1186: "Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esta".

(11) Sul modello del buon padre di famiglia vedi CANATA, C. A., "Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)", Riv. trim. dir. proc. civ., 35, 1981, 1005 ss.; sull'applicazione dell'art. 1176 vedi FERCIÀ, R., "Dovere di diligenza e «rischi funzionali»", Napoli 2005, 85 ss. Il modello, medio e astratto, del bonus et diligens pater familias si trova nel Code Napoléon con il *bonne père de famille* e nel Código civil spagnolo con *diligente padre de familia*. Anche nel § 276 del BGB, sebbene non si faccia menzione del padre di famiglia, il modello di riferimento è caratterizzato da astrattezza e medietà.

(12) Art. 1176 (Diligenza nell'adempimento): "Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata".

(13) Sul significato di "minor rigore" e sulla possibile connessione con la diligenza in concreto vd. SANTUCCI, G., "«Diligentia quam in suis» e valutazione della responsabilità per colpa «con minor rigore» nel codice civile italiano" in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 355-387.

(14) Art. 1767 (Presunzione di gratuità): "Il deposito si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale

quanto quest'ultima —secondo la Relazione del ministro gardasigilli— "non dava alla responsabilità del debitore una base certa, come la dà la diligenza in astratto, e poteva anche spingere senza ragione verso una responsabilità più rigorosa" (15).

Per valutare la soluzione vigente in Italia è utile considerare il codice precedente, ovvero il Codice civile del Regno d'Italia del 1865, ispirato al Code Napoléon del 1804, in cui l'art. 1843 stabiliva: "Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie". La d.q.i.s.r. richiesta al depositario rappresenta un'eccezione al regime generale dettato dall'art. 1224 dello stesso codice del 1865, del quale riporto il testo: "La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti, o d'ambidue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'articolo 1843. Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice". Si riscontra un tentativo di mediazione tra Azzone e la tradizione del diritto romano da un lato e una differente impostazione, le cui radici ritengo siano da individuare nella Glossa accursiana, della quale dirò brevemente.

Accursio (16), allievo di Azzone, distaccandosi dal proprio maestro sancisce e trasmette alla successiva riflessione giuridica una lettura in senso oggettivo della responsabilità del depositario, da confrontare con la diligenza comune (parametro astratto), interpretazione che in-

del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti".

(15) Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli, Roma 1943, n. 559, 345 s., su cui vd. SANTUCCI, G., "Diligentia quam in suis", Trento 2008, 91.

(16) FIORELLI, P., "Accorso" in *Dizionario Biografico degli Italiani*, I, Roma 1960, 116-121; ASTUTI, G., "La Glossa accursiana" (1963) ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, I, a cura di G. Diurni, Napoli 1984, 277-364; WEIMAR, P., "Accursius" in *Lexicon des Mittelalters*, I, München-Zürich 1977; MORELLI, G., "Nuovi documenti per una biografia di Accursio", *Rivista di storia del diritto italiano* 2004, 17-51.

fluenzerà le concezioni moderne della responsabilità in generale (17).

La glossa *nam et si quis* (18) considera l'applicazione di una d.q.i.s.r. inferiore alla diligenza ordinaria. Accursio afferma di ritenere responsabile anche chi applica la d.q.i.s.r. alle cose depositate, nel caso tale *diligentia* sia inferiore alla media. La d.q.i.s.r. non opera da esimente e rileva soltanto l'applicazione di una diligenza inferiore all'ordinario, che ha come risultato la responsabilità del debitore.

Per sostenere tale tesi, Accursio non allega la *lex quod Nerva*, dunque non impiega come modello la responsabilità del depositario. Egli, infatti, ricorre alla *lex si constante § si maritus*, cioè D. 24.3.24.5 (19), un frammento di Ulpiano; esso tratta del marito che, abituato a maltrattare i propri schiavi, maltratta anche gli schiavi dotali, sui quali la moglie vanta aspettative di restituzione. Tale condotta del marito non è giustificata perché, scrive Ulpiano, "la crudeltà, che è da rimproverare con riferimento ai servi propri, deve essere punita nei confronti dei servi altrui, cioè dei servi dotali" (20). Nel caso particolare

(17) AGNATI, U., "Responsabilità del depositario e del debitore. D. 16.3.32 (*lex quod Nerva*) nelle interpretazioni di Azzone e Accursio", *Studia et documenta historiae et iuris* 75, 2009, 322-356.

(18) "Gl. *nam et si quis*. Quasi dicat et si forte aliquis non sit ita diligens sicut homines solent esse, fraude non caret: nisi ad suum modum, quem scilicet tenet in rebus suis, curam praestet in deposito. Sed quid si tantum praestet in deposito quantum in rebus suis: sed in suis non tantum quantum natura hominum desiderat? Respon. tenetur: quia est lata culpa, ut infra soluto ma. l. si constante § si maritus (D. 24.3.24.5). Accursius. Il testo della Glossa è tratto da: *Corpus iuris civilis prudentum responsa Caesarumque rescripta complectens...*, Lugduni (Compagnie des Libraires de Lyon) 1600, coll. 1340-1341.

(19) D. 24.3.24.5 (Ulpianus 33 ad ed.): "Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigit, quam rebus suis exiget, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus".

(20) Sul tema della restituzione della dote: VARVARO, M., "Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae", Torino 2006.

considerato in questo frammento l'applicazione della d.q.i.s.r. non funziona da esimente della responsabilità. Attingendo alla *lex si constante*, Accursio può annullare, allegando una diversa legge, l'esimente trovata nella *lex quod Nerva*.

L'interesse di Accursio non è rivolto unicamente alla responsabilità del depositario. Con il richiamare un caso assai differente come quello del rapporto intercorrente tra marito e moglie riguardo ai beni dotali, Accursio amplia in modo rilevante i confini del proprio ambito di analisi, superando il profilo specifico del contratto di deposito.

La glossa *minorem* (21) procede nella 'riscrittura' della *lex quod Nerva*, interpretando tutti i rimandi a una responsabilità misurata in base al singolo depositario (*culpa valutata in concreto*) come rimandi a una diligenza media (*culpa valutata in abstracto*). La comparazione contenuta nell'ultimo periodo della *lex quod Nerva* deve essere effettuata tra la condotta del depositario verso le cose depositate e quella dello stesso verso le proprie (d.q.i.s.r.); per la Glossa, invece, la condotta tenuta dal depositario va confrontata con la diligenza ordinaria. L'esimente non scusa più il depositario meno diligente della media, ma in buona fede, perché maltratta le cose depositate come maltratta le proprie (d.q.i.s.r.). La regola che viene enunciata dalla Glossa accursiana è che il depositario è in ogni caso responsabile se non applica la diligenza media (*ut alii homines*; o *diligentia quam natura hominum desiderat*).

In sintesi l'interpretazione della glossa accursiana: (a.) privilegia la culpa in abstracto per chiamare a rispondere anche il debitore la cui diligenza abituale è inferiore alla media e (b.) considera la culpa in concreto quando il debitore più diligente della media applica all'oggetto del contratto una diligenza ordinaria e non la d.q.i.s.r.

È rilevante la differenza tra quanto stabilisce la Glossa e quanto contenuto nel frammento celsino. Tale differenza si può forse spiegare in

(21) "Gl. *minorem*. quam debet: ut si in suis non est diligens ut alii homines. Sed quid si in suis est diligentissimus in depositis est ut alii homines? Videtur esse in fraude: ut ibi, nisi tamen et cetera".



ragione del fatto che per diritto romano il deposito normalmente è un contratto da cui il solo deponente trae utilità; e il deponente, se affida liberamente le proprie cose a una persona di fiducia poco diligente, non può far altro che dolersi con sé stesso (*de se queri debet*). Di contro la Glossa parla di depositario, ma, in effetti, affronta il problema della responsabilità nel suo complesso. In una prospettiva più generale e astratta l'obiettivo è quello di non concedere giustificazioni a comportamenti negligenti, cioè al di sotto della media della diligenza comune, come pure imporre al debitore l'applicazione della d.q.i.s.r. se egli applica alle sue cose una diligenza sopra la media.

### V. Tra passato e presente, tra codici e prassi

Il Codice argentino vigente presenta nell'art. 1358 una scelta assimilabile a quella del legislatore italiano del 1865. In ragione di questa simiglianza, potrà essere utile indagare in estrema sintesi come è stato applicato nei tribunali italiani l'art. 1843 del Codice civile italiano del 1865, e domandarsi la ragione del perché del cambiamento del criterio di imputazione della responsabilità intercorso nel diritto civile italiano tra l'art. 1843 del 1865 e l'art. 1786 del 1942.

Considerando cursoriamente le principali decisioni delle Corti del Regno d'Italia, si osserva che la d.q.i.s.r. imposta dall'art. 1843 fu superata nella prassi, restando in sostanza relegata alla lettera codicistica. Nel decidere la causa, infatti, i giudici presupponevano correntemente che la diligenza riservata dal depositario alle cose proprie fosse la diligenza del buon padre di famiglia: in altri termini, veniva presupposto che il depositario fosse un buon padre di famiglia. In tal modo la valutazione dell'adempimento del depositario veniva ricondotta al parametro dettato dall'art. 1224, che prescriveva in termini generali che nell'adempimento dell'obbligazione il debitore applicasse la diligenza "di un buon padre di famiglia". E la condotta del depositario, in quanto buon padre di famiglia, veniva valutata in base al parametro astratto anche quando la lettera dell'art. 1843 indicava come parametro la d.q.i.s.r. (22).

(22) Documenta in modo sintetico questa prassi la nota che Bruno, curatore di un'edizione del Codice civile del Regno d'Italia illustrato con le principali decisioni

Questa testimonianza della prassi che si sviluppa intorno al Codice del 1865 è rilevante. Essa attesta la predilezione da parte dei pratici (cui la Glossa accursiana si rivolge, ricambiata con adesioni dapprima spontanee, in seguito anche sancite da disposizioni statutarie e legislative) di un parametro di riferimento astratto: il giudice trova più agevole e celere rifarsi a un'idea comunemente condivisa di diligenza piuttosto che cercare prove per misurare nel caso concreto la diligenza propria di un singolo debitore chiamato in giudizio.

È stato recentemente osservato che il Codice argentino è ricco di indicazioni in merito alla diligenza, che riflettono vari parametri; tuttavia, è possibile individuare un "denominatore comune" che consiste nella "diligencia exigible" nella circostanza della singola relazione giuridica" (23). Il Codice argentino vigente non accoglie il parametro astratto della diligenza del buon padre di famiglia e "richiama l'operatore del diritto ad una continua misura della buona fede e della diligenza, relazionando le stesse alle singole circostanze" (24).

delle Corti del Regno, dedica all'art. 1843: "Ma qui il legislatore ha supposto che ognuno nella custodia delle cose proprie usi la diligenza del buon padre di famiglia; non è quindi sufficiente che egli dimostri uguale trattamento da lui adoperato nella custodia delle cose sue e di quelle affidategli; e se il magistrato riconosca che tale custodia non fu diligente, il depositario è responsabile del danno sopravvenuto (C. Torino, 11 settembre 1903, Gennaio c. Paracca e altri - L. 1904, 230)"; vd. BRUNO, A. in Codice civile del Regno d'Italia illustrato con le principali decisioni delle Corti del Regno, p. 599 nt. 1, Firenze 192713.

(23) LANNI, S., "La valutazione della negligenza del debitore", cit., 562. A questo proposito è centrale l'art. 1725 (Valoración de la conducta): "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

(24) LANNI, S., "La valutazione della negligenza del debitore", cit., 564.

Il legislatore argentino non prospetta semplificazioni per l'operatore del diritto, ma gli impone un'analisi in concreto dei singoli rapporti e dei singoli casi. È così che si apre lo spazio per accogliere, recependolo dall'alveo di una tradizione dalle radici remote (che va da Celso ad Azone), il criterio della d.q.i.s.r. per valutare la responsabilità del depositario.

Valorizza, inoltre, l'utilitas contrahentium per determinare il grado di diligenza richiesto. Ogni singolo rapporto deve essere disciplinato in modo appropriato, in relazione alla specificità di quel rapporto (per esempio, tornando ai contratti reali di cui si è detto, il deposito non può essere ben regolato applicando a esso quanto stabilito per il comodato); e, allo stesso modo, ogni contratto regolato in maniera ottimale a partire dall'equilibrio tra le sue componenti in astratto, una volta versato nella realtà del singolo caso dovrà nuovamente essere valutato per la specificità delle parti che, concretamente, hanno posto in essere quel rapporto.

Su questi temi i nuovi codici civili latinoamericani hanno imboccato questa strada di equilibrio nel rapporto scolpito legislativamente e di concretezza nella valutazione della responsabilità nei singoli casi. Per questo in essi generalmente non si riscontra il criterio della diligenza secondo il modello astratto del buon padre di famiglia (25).

Questa uniformità — frutto della progressiva armonizzazione della lettera codicistica in ambito latinoamericano — presenta un'eccezione. Tale impostazione generale, infatti, non è accolta nel Código Civil della Bolivia, approvato dal DL 12.760 del 06/08/1975. Su tale codice il Codice civile italiano ha esercitato una profonda influenza (26). Nel Código Civil boliviano, infatti, l'art. 302 (Diligencia del deudor), che norma in generale la diligenza del debitore, stabilisce nel

(25) LANNI, S., "La valutazione della negligenza del debitore", cit., 566.

(26) Sintesi storica: QUISBERT, E., "Codificación del Derecho civil boliviano", La Paz, Bolivia, 2010; vd. anche KOTEICH KHATIB, M., "Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual. Una mirada a los Códigos y sus fuentes romanas" [https://www.academia.edu/34637392/Los\_criterios\_de\_imputacion\_n\_de\_la\_responsabilidad\_contractual].

primo comma: "En el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia de un buen padre de familia" (27).

Nel caso del deposito il Codice boliviano, tuttavia, stabilisce la gratuità del contratto (28) e indica la d.q.i.s.r. quale parametro per l'imputazione della responsabilità del depositario. Si legga l'art. 844. (Diligencia en la custodia): "En el depósito gratuito el depositario debe emplear en la custodia de la cosa depositada la diligencia que pone en la guarda de las propias". Viene in rilievo, con un ampliamento della responsabilità, il buon padre di famiglia nell'articolo successivo, l'art. 845 (Extensión de la diligencia): "El depositario empleará la diligencia de un buen padre de familia: 1. Si se ha ofrecido espontáneamente para recibir el depósito. 2. Si el depósito se ha hecho también en su interés, sea por el uso del depósito, sea por la retribución u otro motivo. 3. Si se ha convenido expresamente en que responderá por toda clase de culpa".

Per il deposito la scelta boliviana è articolata e disegna un'eccezione al regime generale. Nel Codice civile italiano, invece, la situazione del depositario è appiattita su quella del debitore generico, scolpita nell'art. 1176; e ciò è stabilito nonostante la presunzione generale di gratuità del contratto di deposito (29). Il legislatore argentino, di contro, si colloca all'estremo opposto: presume l'onerosità del contratto (30) e stabilisce la valutazione della responsabilità del depositario in base alla diligenza in concreto.

La soluzione italiana e boliviana che ricorre al parametro astratto della diligenza del buon padre di famiglia per valutare la responsabilità del

(27) Vedi anche Cód. Civil boliviano. Art. 302.2: "Cuando la prestación consista en el ejercicio de una actividad profesional, la diligencia en el cumplimiento debe valorarse con arreglo a la naturaleza de la actividad que, de acuerdo al caso concreto, correspondería ejecutarse".

(28) Cód. Civil boliviano Art. 840. (Retribución): "I. Se presume que el depósito es gratuito. II. Sin embargo el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, cuando así se ha convenido o cuando ello resulte de una actividad profesional o de las circunstancias".

(29) Art. 1767 (Presunzione di gratuità); per il testo vedi sopra nt. 14.

(30) Art. 1357 (Presunción de onerosidad) per il testo vedi sopra all'inizio del § 3.

debitore non è scomparsa nella dottrina e nella prassi latinoamericana corrente, anche laddove i Codici nazionali dettano la disciplina della diligenza in concreto. Infatti il buon padre di famiglia si ripresenta nelle decisioni delle corti e nella riflessione degli studiosi (31). La scelta di Accursio tende dunque a emergere nella vita quotidiana del diritto, al di là della lettera codicistica, come già accaduto sotto il regime del Codice italiano del 1865. Questo fenomeno carsico avviene in ragione della semplicità e della efficacia della soluzione astratta accursiana nel gestire il rapporto, non nella sua fisiologia, ma

---

(31) LANNI, S., "La valutazione della negligenza del debitore", cit., 567 e 572.

quando insorge una patologia che richiede l'intervento dell'organo giudicante.

Il tema merita un ulteriore approfondimento, da condurre sulla base della sistematica raccolta e studio delle decisioni (e delle motivazioni) delle corti latinoamericane. Ciò consentirà di verificare non soltanto quale sia la soluzione che prevale, ma anche in che misura l'una prevale sull'altra; e sarà utile mettere ulteriormente a fuoco le ragioni attuali di successo della diligenza in astratto. Su questa base si potrà, infine, considerare l'opportunità di un allineamento tra il diritto dei codici e il diritto vivente — da intendersi come l'esito giudiziale dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del significato normativo di una specifica disposizione.

