

ANNALES

de la Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

34

2017



Anales de la Facultad de
DERECHO

Anales de la Facultad de
DERECHO
Universidad de La Laguna

DIRECTORA
María Victoria Sansón Rodríguez

SUBDIRECTOR
Francisco Lorenzo Hernández González

SECRETARIO DE LA REVISTA
Juan Antonio García García

CONSEJO DE REDACCIÓN
María Asunción Asín Cabrera (ULL), Marcel Bonnet Escuela (ULL),
Etelvina de las Casas León (ULL), Francisco Hernández González (ULL),
Ulises Hernández Plasencia (ULL), Margarita I. Ramos Quintana (ULL),
María Elena Sánchez Jordán (ULL), Tomás López-Fragoso Álvarez (ULL),
Ruth Martín Quintero (ULL).

CONSEJO ASESOR
Andrea Bonomi (Université de Lausanne, Suiza), Francisco Clavijo Hernández (Universidad de La Laguna), Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Antonio Fernández de Buján (Universidad Autónoma de Madrid), Tomás López-Fragoso Álvarez (Universidad de La Laguna), Cesare Maioli (Università di Bologna, Italia), María Elvira Méndez Pineda (University of Iceland, Islandia), Manuel Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca), María Ángeles Parra Lucán (Universidad de Zaragoza), Johann-Christian Pielow (Ruhr-Universität Bochum, Alemania), Carlos M.^a Romeo Casabona (Universidad del País Vasco), María del Carmen Sevilla González (Universidad de La Laguna), Esteban Sola Reche (Universidad de La Laguna), Rolando Tamayo Salmarán (Universidad Nacional Autónoma de México), Francisco José Villar Rojas (Universidad de La Laguna), Stefan Vogenauer (University of Oxford, Reino Unido).

EDITA
Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna
Campus Central. 38200 La Laguna. Santa Cruz de Tenerife
Tel.: 34 922 31 91 98

DISEÑO EDITORIAL
Jaime H. Vera
Javier Torres/Luis C. Espinosa

PREIMPRESIÓN
Servicio de Publicaciones

DOI: <http://doi.org/10.25145/j.anfade.2017.34>
ISSN: 0075-773X (edición impresa) / ISSN: e-2530-8319 (edición digital)
Depósito Legal: TF 734/81

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin permiso del editor.

Anales de la Facultad de
DERECHO

34

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, 2017

ANALES de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. —La Laguna: Universidad,
Servicio de Publicaciones, 1991-

Anual

Es continuación de: Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.

ISSN 0075-773X

1. Derecho-Publicaciones periódicas I. Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.
34(05)

La correspondencia relativa a la revista debe dirigirse a:

Anales de la Facultad de Derecho

Servicio de Publicaciones

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Campus Central

38200 LA LAGUNA (TENERIFE, ESPAÑA)

SUMARIO / CONTENTS

ARTÍCULOS / ARTICLES

Los fondos europeos: su gestión instrumental por los Estados miembros /
The European Funds: its Instrumental Management by the Member States
Claudia Hernández López..... 9

Nuclei familiari tra persone same-sex: l'esperienza giuridica italiana a con-
fronto con quella spagnola quadro introduttivo della problematica / Same-
sex unions in Spain and Italy
Elisa Dolzini..... 29

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA / COMMENTARY ON JURISPRUDENCE

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 856/2017, de 17 de mayo.
La exclusión de evaluación ambiental del dique de San Andrés / Supreme
Court Decision 856/2017, of May 17. The Exclusion of environmental As-
sessment of San Andrés Dike
Ángel Lobo Rodrigo..... 55

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN / COMMENTARY ON LEGISLATION

Aproximación a la regulación del consentimiento en el Reglamento Gene-
ral de Protección de Datos / The Consent to Data Processing in The New
European General Data Protection Regulation
Carlos Trujillo Cabrera..... 69

ARTÍCULOS / ARTICLES

LOS FONDOS EUROPEOS: SU GESTIÓN INSTRUMENTAL POR LOS ESTADOS MIEMBROS

Claudia Hernández López*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Los fondos europeos no solo son recursos destinados a financiar las políticas europeas; su evolución los ha transformado en poderosas herramientas de control e intervención. Cada vez más, los reglamentos que los regulan han ido limitando la autonomía de los Estados miembros y han convertido a sus Administraciones en meras gestoras de recursos. El presente trabajo analiza el impacto que tiene la normativa europea relativa a los fondos estructurales y de inversión sobre las Administraciones nacionales. En concreto, se estudia cómo la intensidad y extensión de la normativa pone en cuestión la operatividad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como del principio de autonomía institucional y procedimental sobre el que descansa, en principio, la ejecución del Derecho de la UE.

PALABRAS CLAVE: fondos europeos, autonomía, subsidiariedad, Estados miembros.

THE EUROPEAN FUNDS: ITS INSTRUMENTAL MANAGEMENT BY THE MEMBER STATES

ABSTRACT

European funds are not only resources destined to finance European policies; their evolution has transformed them into powerful control and intervention tools. Increasingly, the regulations that regulate them have been limiting the autonomy of the Member States and have turned their Administrations into mere resource managers. This paper analyzes the impact of European regulations on structural and investment funds on national administrations. In particular, it is studied how the intensity and extension of the regulation calls into question the operation of the principles of subsidiarity and proportionality, as well as the principle of institutional and procedural autonomy on which rests, in principle, the implementation of EU law.

KEYWORDS: European funds, autonomy, subsidiarity, Member States.

DOI: <http://doi.org/10.25145/j.anfade.2017.34.001>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 34; septiembre 2017, pp. 9-27; ISSN: e-2530-8319



INTRODUCCIÓN

Como es sabido, muchas de las políticas europeas deben su éxito a los fondos europeos¹. La política agrícola común –PAC– u otras como la de cohesión o la social no pueden ser explicadas sin hacer referencia al Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola –FEOGA–², al Fondo Europeo de Desarrollo Regional –FEDER–³ o al Fondo Social Europeo –FSE–⁴. Los fondos europeos han sido, por tanto, uno de los mecanismos claves para la consecución de algunos de los grandes objetivos de la UE⁵.

Para que un Estado pueda ser receptor de fondos europeos debe adoptar multitud de medidas y cumplir exigencias de todo tipo. Hace décadas, las obligaciones impuestas a los Estados miembros eran mínimas e iban orientadas a garantizar

* Profesora de Derecho Administrativo de la ULL.

¹ Aunque la expresión «fondos europeos» es muy amplia, normalmente se emplea para hacer referencia a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos –fondos EIE–, que son recursos que funcionan de modo conjunto con el fin de apoyar la cohesión económica, social y territorial; y a los instrumentos financieros de la política agrícola común –PAC–. Los fondos EIE son cinco: Fondo Europeo de Desarrollo Regional –FEDER–, Fondo Social Europeo –FSE–, Fondo de Cohesión –FC–, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural –Feader– y Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca –FEMP–. En períodos anteriores, las diferencias entre los fondos EIE y los de la PAC eran más grandes. Sin embargo, su regulación ha ido evolucionando y ha ganado uniformidad. De hecho, el Feader es uno de los fondos que tienen por objeto financiar la PAC, pero se integra en los fondos EIE y recibe un tratamiento normativo conjunto. Por ello, salvo algunas particularidades, su funcionamiento es idéntico a los fondos EIE.

² Creado por el Reglamento núm. 25, de 4 de abril, relativo a la financiación de la política agrícola común –DOCE núm. 30, de 20 de abril de 1962–. Actualmente el FEOGA se ha dividido en dos fondos distintos: Fondo Europeo Agrícola de Garantía –FEAGA– y Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural –Feader–. Regulados en el Reglamento (UE) 1306/2013 sobre la financiación, gestión y seguimiento de la Política Agrícola Común.

³ Se creó por medio del Reglamento (CEE) 724/1975, del Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Forma parte de los fondos estructurales desde el año 1986. Actualmente se regula en Reglamento (UE) 1301/2013 relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y sobre disposiciones específicas relativas al objetivo de inversión en crecimiento y empleo.

⁴ Se mencionó por primera vez en el Tratado Constitutivo (CEE) de 1957 –artículo 123–. La primera regulación específica al margen del Tratado fue el Reglamento del Consejo núm. 9 de 1960 –Règlement n.º 9 concernant le Fonds social européen, DOCE, núm. 56, 31 de agosto de 1960, pp. 1189 a 1198–. A raíz del acta única europea (1986) este fondo pasó a formar parte de los fondos estructurales. Actualmente se regula en el Reglamento (UE) 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, relativo al Fondo Social Europeo.

⁵ Sobre los fondos europeos véase Ordoñez Solís, D.: *Fondos estructurales europeos. Régimen jurídico y gestión administrativa*, Marcial Pons, 1997; del mismo autor, «La gestión de los Fondos Europeos», *Revista de Derecho de la UE*, núm. 20, 2011, pp. 117-149; Moreno Molina, A.M.: «Los medios económicos de la Administración pública comunitaria: la ejecución presupuestaria», Parejo Alfonso, L. y De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, T.: *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000, pp. 355-383; Molina del Pozo, C.F.: *Derecho de la Unión Europea*, Reus, 2015; Fuentetaja Pastor, J.A.: «Las competencias ejecutivas de la Administración europea en el ámbito de la Política Agrícola Común», *Revista de Derecho de la UE*, núm. 26, 2014, pp. 41-76; del mismo autor, *Derecho Administrativo europeo*, Civitas, 2015, entre otros.

la correcta aplicación de los recursos. Sin embargo, en cada período esas obligaciones han ido en aumento⁶. Cada vez más, la UE ha profundizado en la regulación de todo aquello que tenga que ver con los fondos europeos –pagos, organización, correcciones de irregularidades, controles, acciones a financiar, etc.–, limitando, en consecuencia, la autonomía de los Estados miembros.

Esa fuerte intervención obedece, principalmente, a dos razones. La primera es el régimen de ejecución de los fondos. El hecho de que se ejecuten en régimen de gestión compartida hace que los Estados miembros tengan especial protagonismo en todas las tareas. Por ello, la UE regula la actividad de los Estados y los orienta. No obstante, debe señalarse que la tendencia ha sido la de regularlo todo y sujetar a los Estados a una estrecha supervisión.

La segunda razón es la reciprocidad implícita en los fondos europeos. El deseo de los Estados de acceder a la financiación los lleva a cumplir punto por punto con todos los requerimientos europeos. Esto ha sido aprovechado por la UE para establecer numerosas exigencias. El máximo exponente de ello se encuentra en los reglamentos del último período (2014-2020). Por primera vez, se vincula la recepción de los recursos a la gobernanza económica de la Unión. Ya no basta con cumplir las intensas exigencias relativas a la gestión y control de los fondos sino que, además, el Estado debe cumplir con requerimientos de carácter económico que nada tienen que ver con los fondos europeos⁷.

Lo apuntado permite afirmar que los fondos no son únicamente recursos destinados a financiar políticas europeas. También son poderosos mecanismos de control e intervención sobre los Estados miembros. La UE no se limita a regular aquellas cuestiones que requieran uniformidad, también considera necesario que todos los Estados ejecuten y apliquen el Derecho de la UE en los términos exactamente definidos en la normativa. El grado de intervención es tal que, en todo lo relativo a los fondos europeos, los Estados parecen haberse convertido en meros gestores de recursos.

Esto no solo invita a repensar el fin perseguido por los fondos, sino que permite cuestionar la operatividad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que rigen el Derecho de la UE. Asimismo, pone en entredicho el principio de autonomía institucional y procedimental sobre el que descansa, en principio, la ejecución de los fondos europeos.

⁶ Desde el Tratado de Lisboa de 2007 –TFUE– se ha blindado la planificación periódica dentro de la UE. El artículo 312 prevé que «el MFP se establecerá para un período mínimo de cinco años» y «tendrá por objeto garantizar la evolución ordenada de los gastos de la Unión dentro del límite de sus recursos propios [...] el presupuesto anual de la Unión respetará el Marco Financiero Plurianual». El régimen jurídico del período actual se encuentra establecido en las normas aprobadas para el período 2014-2020 y en el marco financiero plurianual –MFP–. Véase el Reglamento (UE) 1311/2013 del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2014-2020.

⁷ Sobre esto véase Fuentetaja Pastor, J.A.: *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 534 y ss.



LAS CAUSAS DE LA INTERVENCIÓN EUROPEA: LA NECESIDAD DE CONSERVAR EL CONTROL TRAS EL PASO A LA GESTIÓN COMPARTIDA

De acuerdo con el reglamento financiero, en adelante REFIN⁸, la ejecución del presupuesto de la UE se puede hacer directamente, indirectamente y de forma compartida. Las diferencias entre los distintos modos de ejecución se encuentran, principalmente, en la forma en la que intervienen las Administraciones implicadas.

En el régimen de ejecución directa el peso lo lleva la Comisión, que se encarga de ejecutar los fondos íntegramente por medio de sus servicios. Hace varias décadas su uso era frecuente para la ejecución de determinados fondos como el Fondo Social Europeo –FSE– en la década de los ochenta, o el Fondo Europeo de Desarrollo Regional –FEDER– en los setenta. Ello era posible porque el volumen de recursos canalizados era menor que el actual y el número de Estados implicados también.

Sin embargo, el crecimiento de la UE hizo que este sistema empezara a ser considerado como demasiado complejo y lento, por lo que se pasó a la ejecución en régimen de gestión compartida⁹. En esta modalidad la Comisión delega competencias en los Estados miembros. Por ello, son estos los que tienen el protagonismo en la ejecución¹⁰. Ahí está la clave: el hecho de que sean los Estados los que, por delegación, lleven el peso de la ejecución ha generado en los mismos importantes consecuencias derivadas de la exhaustiva regulación europea.

Si se analiza la evolución de los reglamentos relativos a los fondos, se puede observar que con la llegada de la ejecución compartida la normativa empieza a crecer. Cada vez se ahonda más en cuestiones que afectan a las Administraciones nacionales. El grado de detalle de la normativa es tan intenso que se observa cierta tendencia de la UE a ejercer un control absoluto sobre el papel de los Estados en la ejecución y gestión de los fondos. La UE no se limita a marcar unas directrices de actuación, sino que ha desarrollado un amplio marco normativo que afecta a todas y cada una

⁸ Reglamento (UE) 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y sus normas de desarrollo.

⁹ Para una explicación detallada del paso de un sistema a otro y las causas que lo motivaron véase Ordóñez Solís, D.: «La gestión de los fondos...», ob. cit., p. 126 y ss. De la utilización del régimen de ejecución compartida da cuenta el artículo 4.7 del Reglamento (UE) 1303/2013, que establece que «La parte del presupuesto de la Unión asignada a los Fondos EIE se ejecutará en el marco de la gestión compartida entre los Estados miembros y la Comisión, según lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento Financiero, a excepción del importe de la ayuda del Fondo de Cohesión transferido al Mecanismo “Conectar Europa” al que se refiere el artículo 92, apartado 6 del presente Reglamento, las acciones innovadoras a iniciativa de la Comisión conforme al artículo 8 del Reglamento del FEDER, la asistencia técnica a iniciativa de la Comisión y la ayuda a la gestión directa en virtud del Reglamento FEMP».

¹⁰ Las previsiones del reglamento financiero en relación con la gestión compartida son completadas por los reglamentos de los fondos, en especial por el reglamento común a los fondos EIE –Reglamento (UE) 1303/2013–, donde se regulan con los papeles de la Comisión y de los Estados miembros en la ejecución de los fondos.



de las cuestiones relativas a los fondos¹¹. No se deja espacio para que los Estados miembros ejecuten los fondos con autonomía o de conformidad con su organización y procedimientos. Se regulan todos los aspectos y, lo que es más importante, se sujeta a los Estados a una estrecha supervisión por parte de la Comisión.

Un repaso superficial de la normativa vigente parece conceder libertad a los Estados para determinar cuáles son los procedimientos a seguir o las estructuras organizativas a utilizar. El REFIN, por ejemplo, contiene unas indicaciones relativas al régimen de gestión compartida que no concreta los métodos o las formas exactas a emplear: «... cuando se gestionen fondos de la Unión en régimen de gestión compartida los Estados miembros respetarán los principios de buena gestión financiera, transparencia y no discriminación y asegurarán la proyección pública de la acción de la Unión [...] al realizar las tareas relacionadas con la ejecución del presupuesto, los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias, incluidas medidas legislativas, reglamentarias y administrativas, para proteger los intereses financieros de la Unión»¹².

No obstante, si se va un paso más allá y se profundiza en la normativa específica de los fondos, se puede observar que la UE determina exactamente cómo deben ser las formas empleadas y los procedimientos a seguir. Constituyen ejemplo claro de ello los últimos considerandos del Reglamento (UE) 1303/2013, de disposiciones comunes. Ahí ya se anuncian ciertas obligaciones organizativas y procedimentales que, posteriormente, en ese mismo reglamento y en las normas específicas de cada fondo, se regulan aún más intensamente: «Es preciso que los Estados miembros designen una autoridad de gestión, una autoridad de certificación y una autoridad de auditoría funcionalmente independiente para cada programa operativo...»¹³.

En definitiva, se convierte a los Estados en una suerte de órganos propios de la UE que carecen de autonomía y se limitan a obedecer las previsiones contenidas en la normativa y las exigencias realizadas por la Comisión.

¹¹ Esto no es nuevo, desde el momento que los Estados intervienen en la ejecución del presupuesto de la UE, se producen lo que Moreno Molina ha descrito como «unas repercusiones tangibles en la organización de la Administración del Estado miembro, pues, en general han de establecerse órganos que gestionen específicamente esos recursos de los PGUE», Moreno Molina, A.M.: «Los medios económicos de la Administración...», ob. cit., p. 380.

¹² Artículo 59 del REFIN.

¹³ Considerando 106 del Reglamento (UE) 1303/2013, de disposiciones comunes.



EL PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS COMO MEROS GESTORES

1. EL «CÓMO» SE EJECUTAN LOS FONDOS: ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS

a) *Autoridades en la ejecución y control*

La primera manifestación de la intensa intervención de la UE se puede observar en las obligaciones que se imponen en materia de organización. Los reglamentos no solo contienen indicaciones generales acerca de cuestiones como la independencia que deben tener los organismos de control o la publicidad que debe darse a determinadas actividades, sino que imponen obligaciones concretas –composición de órganos, reglas de funcionamiento, procedimientos a seguir, etc.–.

En concreto, se prevé que para ejecutar los fondos europeos, los Estados miembros deben contar al menos con tres autoridades: una de gestión, una de certificación y una de auditoría¹⁴. Asimismo, se reconoce la posibilidad de disponer de los denominados organismos intermedios para que colaboren en la ejecución de los fondos¹⁵.

Como se puede observar, de entrada, se indica cuáles deben ser los organismos –autoridades–, pero, además, se determina qué características deben tener, qué funciones concretas deben desempeñar y conforme a qué procedimientos deben desarrollar su actividad. Por ejemplo, de acuerdo con el reglamento de disposiciones comunes, la autoridad de gestión es el organismo que se encarga, básicamente, de la gestión de uno o varios programas operativos, en adelante PO¹⁶. Puede tener

¹⁴ Véanse los artículos 123 y siguientes del Reglamento (UE) 1303/2013, de disposiciones comunes.

¹⁵ Además de las autoridades mencionadas, se pueden designar organismos intermedios. Estos organismos se encargan de desarrollar tareas bajo la responsabilidad de las autoridades de gestión o certificación. El objetivo principal es la descentralización de determinadas acciones. Mediante los mismos se facilitan las tareas administrativas y se permite, por ejemplo, que un grupo de subvenciones sean gestionadas por un organismo distinto a la autoridad de gestión, pero bajo la supervisión de esta última. Para que un sujeto –público o privado– pueda ser designado organismo intermedio debe proporcionar garantías de su solvencia y su competencia en el ámbito de que se trate, al igual que de su capacidad administrativa y de gestión financieras. Es frecuente designar a Administraciones locales o autonómicas como organismos intermedios o incluso a fundaciones o empresas especializadas. A modo de ejemplo véase la designación de la Fundación Escuela de Organización Industrial como Organismo Intermedio para tramitar y conceder subvenciones en el marco de los Programas Operativos de Empleo Juvenil y de Empleo, Formación y Educación, del Fondo Social Europeo, y de los Programas Operativos de Crecimiento Sostenible y Crecimiento Inteligente, del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el BOE de 14 de marzo de 2016 mediante Orden IET/326/2016, de 8 de marzo, por la que se autoriza a la Fundación Escuela de Organización Industrial a conceder subvenciones en el marco de los Programas Europeos del Fondo Social Europeo y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

¹⁶ Los PO son los documentos donde se concreta la ejecución de los fondos. Son elaborados por los Estados miembros. A modo de ejemplo puede observarse que, en España, en el caso del FEDER se han aprobado PO de cooperación territorial –transnacional, transfronterizo, interregional–, PO regionales y PO plurirregionales –de crecimiento inteligente, de crecimiento sostenible, de la inicia-

carácter nacional, regional o incluso local. Esta autoridad asume un papel central en la gestión de los fondos puesto que es la que tiene la responsabilidad de ponerlos en marcha con independencia de que luego otras autoridades, supervisen su actividad. Se encarga de seleccionar las operaciones y de gestionar el PO y lleva parte del control y la gestión financiera. A modo de ejemplo, puede observarse que en España se ha designado como autoridad de gestión del Fondo Social Europeo a la Unidad Administradora del Fondo Social Europeo –UAFSE–.

La manifestación más clara de la intensa intervención por parte de la UE se puede observar en las autoridades de control. Se obliga a los Estados miembros a disponer de una autoridad de auditoría a la que se atribuyen todo tipo de funciones relacionadas con el control de la ejecución de los fondos¹⁷. Esta autoridad, como es lógico, debe ser independiente orgánica y funcionalmente de las autoridades de gestión y certificación. En España, la Intervención General de la Administración del Estado tiene atribuida esta función¹⁸.

La labor de este organismo es clave para la supervisión y control de los fondos europeos y se desarrolla en los términos que ha definido la normativa europea. No solo debe tener las características orgánicas que describe la normativa y realizar las actividades señaladas, sino que, además, en multitud de acciones está sujeta a supervisión de la Comisión. De esta forma se acrecienta aún más el control que ejerce la UE sobre el Estado. Un ejemplo claro de ello es la posibilidad que tiene la Comisión de supervisar la estrategia de auditoría¹⁹.

Además de las autoridades explicadas, la normativa también establece la obligación de crear un comité de seguimiento. En efecto, tras la aprobación de un PO el Estado debe crear un órgano –comité de seguimiento–, encargado de hacer el seguimiento de la ejecución del programa. Aunque el Estado decide quiénes lo integran, su composición viene preestablecida por los reglamentos, que exigen que esté integrado por representantes de las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, por representantes de los organismos intermedios y por representantes de las autoridades locales, de las autoridades regionales y de los interlocutores

tiva PYME, etc.–. Pueden consultarse en la web de la Dirección General de Fondos Comunitarios: <http://www.dgfc.sggp.meh.es/sitios/dgfc/es-ES/ipr/fcp1420/p/Paginas/inicio.aspx>.

¹⁷ Sirva de ejemplo la función de garantizar que se realizan las auditorías destinadas a comprobar el funcionamiento eficaz de los sistemas de gestión y control de los PO. Véase el art. 127 del Reglamento (UE) 1303/2013, de disposiciones comunes.

¹⁸ Como ejemplo de su actividad en relación con los fondos europeos puede verse la Resolución de 5 de mayo de 2016, de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se publica el Convenio de colaboración entre la Intervención General de la Administración del Estado y la Ciudad de Melilla para la realización de funciones de control en relación con el fondo europeo de desarrollo regional y el fondo de cohesión, publicada en el *BOE* el 12 de mayo de 2016.

¹⁹ Tras la adopción de un PO, la autoridad de auditoría prepara una estrategia para realizar las auditorías –ahí se debe exponer la metodología de auditoría, el método de muestreo para auditar las operaciones y la planificación de auditorías en relación con el ejercicio contable en curso y los dos ejercicios contables siguientes, etc.–. Esta estrategia se debe presentar a la Comisión si se solicita. Se regula en el artículo 127.4 del Reglamento (UE) 1303/2013 de disposiciones comunes.



económicos y sociales. Asimismo, las reglas de funcionamiento de este órgano están perfectamente descritas en la normativa europea²⁰.

Como se puede observar, la regulación no establece unas indicaciones genéricas orientadas a garantizar la uniformidad en los Estados miembros, sino que define perfectamente los órganos con los que deben contar, su composición y funciones y, además, los sujeta a control y supervisión de la Comisión. En definitiva, los Estados miembros carecen de autonomía para escoger las estructuras organizativas empleadas para ejecutar y gestionar los fondos europeos.

b) *Las pautas procedimentales: el caso de los pagos*

La intensa intervención de la UE no solo se da en la vertiente orgánica de la ejecución de los fondos; los reglamentos también describen de forma pormenorizada los procedimientos a seguir por las Administraciones nacionales.

No se puede hablar de un procedimiento administrativo común aplicable a toda la ejecución, pero sí se pueden detectar numerosas pautas procedimentales. Los ejemplos son múltiples y se observan, sobre todo, cuando se describen las funciones que deben realizar las estructuras organizativas. Uno de los más claros es el relativo a los pagos –canalización de los recursos de los fondos a los Estados miembros y, posteriormente, a los receptores finales–. Este procedimiento se encuentra definido a lo largo de la normativa y permite observar cómo la UE no escatima a la hora de imponer trámites procedimentales de obligado cumplimiento²¹.

El sistema de pagos parte de dos ideas: la anticipación de los recursos a los receptores finales por parte de los Estados miembros –antes de recibir los recursos

²⁰ De acuerdo con los artículos 48 y siguientes del Reglamento (UE) 1303/2013, el comité de seguimiento debe reunirse por lo menos una vez al año y examinar la ejecución del programa y los avances en la consecución de sus objetivos. En su examen debe atender a los datos financieros, a los indicadores comunes y específicos del programa, en especial los cambios en los valores de los indicadores de resultados y los avances en la consecución de valores previstos cuantificados y, cuando proceda, a los resultados de los análisis cualitativos. Asimismo, debe examinar todas las cuestiones que afecten al rendimiento del programa. Este órgano puede formular observaciones a la autoridad de gestión acerca de la ejecución y evaluación del programa, incluidas acciones dirigidas a reducir la carga administrativa para los beneficiarios. Asimismo, la autoridad de gestión consultará al comité de seguimiento sobre la posible modificación del programa y será este el que decida si se puede modificar o no. Además de lo descrito, se obliga al comité a elaborar determinados informes para presentar a la Comisión. Para que la Comisión los admita deben contener las cuestiones que especifica la normativa. En caso de que se admita el informe realizado por el comité de seguimiento en cuestión, la Comisión lo examinará y transmitirá al Estado miembro sus observaciones en el plazo de dos meses a partir de la fecha de recepción de dicho informe, y en el plazo de cinco meses a partir de la fecha recepción del informe final de ejecución. Si la Comisión no hace ninguna observación en esos plazos, los informes se considerarán aceptados.

²¹ Además del procedimiento relativo a los pagos, a lo largo de los reglamentos se pueden encontrar indicaciones procedimentales en relación con la aprobación de los documentos estratégicos, la corrección de irregularidades, la realización de determinadas actividades de auditoría, etc.

de la UE— y la cofinanciación²². De acuerdo con esto, la financiación de actividades, acciones, objetivos o proyectos con cargo a los fondos es abonada inicialmente por los Estados miembros y, posteriormente, en virtud de la cofinanciación la UE reembolsa solo el porcentaje que corresponda en cada caso. Si, por ejemplo, el porcentaje de financiación en el Fondo Europeo de Desarrollo Regional —FEDER— para un proyecto es del 75%, se solicitará el reembolso del 75% del coste total del proyecto.

Todo el procedimiento de pagos está perfectamente definido en el reglamento de disposiciones comunes y en algunos artículos de los reglamentos específicos. Es un procedimiento largo y complejo y, al igual que ocurre con los aspectos organizativos, apenas se deja espacio a los Estados miembros para tomar decisiones con autonomía o aplicar sus propias normas de procedimiento.

El comienzo del procedimiento de pago se produce con la aprobación de un PO, que es un acto que produce efectos financieros: «la decisión de la Comisión por la que se adopte un programa constituirá una decisión de financiación a efectos del artículo 84 del Reglamento financiero y, una vez notificada al Estado miembro de que se trate, el compromiso jurídico a efectos del citado Reglamento»²³. Los compromisos presupuestarios de la Unión con respecto a cada PO se contraen por tramos anuales para cada fondo. Por ello, con independencia de que un Estado miembro tenga asignada una cantidad para el período 2014-2020, el sistema presupuestario funciona por años naturales, por lo que los compromisos de pago con cargo a los fondos se hacen siguiendo este esquema.

Los pagos revisten la forma de prefinanciación inicial, pagos intermedios y pago del saldo final. La prefinanciación inicial se abona una vez que la Comisión aprueba el PO por la que se adopte el programa. Este pago abarca todo el período de programación —superior a un año—²⁴. El importe recibido por este concepto solo

²² La cofinanciación implica que las acciones no se financian íntegramente con cargo a los fondos: un porcentaje del coste correrá a cargo del Estado miembro —o, en su defecto, de la Comunidad Autónoma o Entidad Local—. El objeto de este principio es «garantizar la apropiación de las políticas sobre el terreno», esto es, conseguir que el Estado miembro se implique y asuma parte de responsabilidad en las políticas y acciones fomentadas por la Unión integrándolas como propias. El porcentaje de actividad financiado con cargo al fondo europeo dependerá de la categoría de desarrollo de la región, que se determinará en el AA. A modo de ejemplo puede observarse que en el AA de España 2014-2020, las regiones se clasifican en las siguientes categorías: «más desarrolladas», «en transición» y «menos desarrolladas». Estas categorías vienen determinadas por cuestiones como los niveles de empleo, la formación, la pobreza, el PIB, etc. En las regiones con mayor nivel de desarrollo el porcentaje de financiación con cargo a la UE es inferior que en aquellas menos desarrolladas, en las que el porcentaje de financiación con cargo a la UE suele rondar el 80%. En suma, a menos desarrollo, más ayuda de la UE. Sobre esto véanse los considerandos 26 y 105 del Reglamento (UE) 1303/2013, de disposiciones comunes.

²³ El artículo 84 Reglamento (UE) 966/2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, establece que «el compromiso del gasto irá precedido de la adopción de una decisión de financiación por parte de la institución o las autoridades en las que esta haya delegado competencias».

²⁴ Los tramos y porcentajes de pago de la prefinanciación inicial se encuentran previstos en el artículo 134 del Reglamento (UE) 1303/2013 de disposiciones comunes.



se puede emplear para abonar los pagos a los beneficiarios relacionados con la ejecución del programa. Para ello, se pone inmediatamente a disposición del organismo responsable. El importe pagado como prefinanciación inicial se liquida totalmente de las cuentas de la Comisión, a más tardar, cuando se cierre el PO.

Respecto a los pagos intermedios y de saldo final son las normas específicas de los fondos las que establecen los requisitos para el cálculo del importe reembolsado por esos conceptos, por lo que se pueden encontrar algunas variaciones. Ese importe se calcula en función del porcentaje de cofinanciación específico aplicable al gasto²⁵. Para realizar los pagos intermedios, la autoridad de certificación debe presentar periódicamente una solicitud de pago que comprenda los importes anotados en su sistema contable en ese ejercicio. No obstante, podrá incluir tales importes, cuando lo considere necesario, en las solicitudes de pago presentadas en los siguientes ejercicios contables –por ejemplo, cuando haya un exceso de gasto–²⁶. El saldo final se pagará, a más tardar, en el plazo de tres meses tras la fecha de la aceptación de las cuentas del último ejercicio contable, o en el plazo de un mes tras la fecha de aceptación del informe de ejecución final si esta fecha es posterior²⁷.

Lo descrito solo son unas pinceladas de la extensa regulación del procedimiento de pagos y constituye una muestra de que la intensidad normativa también afecta a cuestiones procedimentales. La UE impone multitud de obligaciones a las Administraciones nacionales y condiciona a los Estados a la hora de decidir aspectos como, por ejemplo, la forma y el momento en que se abonan los recursos a los beneficiarios. Se limita, en definitiva, la autonomía para gastar los recursos de los que son receptores. El Estado se convierte en un mero gestor, con una capacidad de decidir muy reducida.

2. EL «PARA QUÉ» SE UTILIZAN LOS RECURSOS: LOS DOCUMENTOS ESTRATÉGICOS QUE LO EXPLICAN

Dado que los fondos se emplean para financiar multitud de actividades y que cada Estado tiene sus prioridades –condicionadas por su grado de desarrollo o su nivel de integración en la UE–, la normativa prevé que los Estados receptores

²⁵ El propio reglamento de disposiciones comunes establece las normas específicas en relación a este tema para los fondos EIE se encuentra prevista en los artículos 131 y siguientes. Se excluye de la aplicación de estos preceptos el Feader, cuyo sistema de pagos es el previsto para los fondos de la Política Agrícola Común –Reglamento (UE) 1306/2013 sobre financiación, gestión y seguimiento de la PAC–.

²⁶ Estas solicitudes deben incluir el importe total del gasto subvencionable en que hayan incurrido los beneficiarios al ejecutar las operaciones, según figure en el sistema contable de la autoridad de certificación, y el importe total del gasto público para la ejecución de las operaciones. El gasto subvencionable incluido en una solicitud de pago debe estar documentado con facturas pagadas o documentos contables de valor probatorio equivalente, excepto si se trata de las formas de ayuda simplificadas –sistemas que simplifican las cargas administrativas. En estos sistemas no se abona cada euro gastado, sino que hace un cálculo del gasto realizado, por ejemplo, por medio de estimaciones–.

²⁷ Véanse los artículos 134 y 138 del Reglamento (UE) 1303/2013, de disposiciones comunes.

deben elaborar unos documentos estratégicos que sirven para concretar cómo va a ser la ejecución de los fondos europeos.

Aunque formalmente los Estados deciden cómo van a gastar los recursos, esta elección se hace dentro del Marco Estratégico Común, en adelante MEC²⁸, que establece unos principios y objetivos dentro de los cuales deben moverse los Estados. Todas las decisiones que se adopten dentro de ese marco, además, deben explicarse en documentos estratégicos que son supervisados por la Comisión, la cual puede formular reparos u objeciones.

Esos documentos estratégicos son el Acuerdo de Asociación –AA– y los programas operativos –PO–. El AA responde al principio de gobernanza en varios niveles –basado en la participación de los socios de los Estados miembros a la hora de diseñar la gestión y ejecución de los fondos–. Este documento traduce los elementos del MEC al contexto nacional y establece compromisos firmes para conseguir los objetivos de la Unión a través de la programación de los fondos. Posee elementos esenciales, que se someten a la decisión de la Comisión, y otros que no requieren dicha decisión y pueden ser modificados por el Estado miembro. Abarca todas las ayudas de los fondos en el Estado miembro, es decir, es un único documento para un período y para todos los fondos. Basándose en el MEC, para el período 2014-2020, cada Estado ha elaborado un AA²⁹. A modo de ejemplo puede observarse que el AA de España para el período 2014-2020 se aprobó el 4 de noviembre de 2014. Se define como «un documento elaborado por un Estado miembro, con participación de socios y según el enfoque de una gobernanza en varios niveles, en el que se expone la estrategia de ese Estado miembro, las prioridades y disposiciones para utilizar los Fondos EIE de una manera efectiva y eficiente para perseguir la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y que la Comisión aprueba tras evaluarlo y dialogar con el Estado miembro de que se trate».

Los programas operativos –PO– son los documentos donde se concreta la ejecución de los fondos y constituyen la base para la ejecución del crédito presupuestario correspondiente. Su contenido viene determinado por el artículo 27 del Reglamento (UE) 1303/2013. Básicamente es el instrumento empleado para definir cómo se va

²⁸ El Marco Estratégico Común –MEC– es un documento, incorporado en forma de anexo al Reglamento (UE) 1303/2013, que tiene por objeto establecer unos principios rectores para facilitar el proceso de programación y la coordinación sectorial y territorial de la intervención de la Unión con cargo a los fondos EIE y con otros instrumentos y políticas europeos pertinentes en consonancia con las metas y los objetivos de la estrategia de la Unión. Este documento establece un marco para facilitar la preparación del Acuerdo de Asociación y los Programas Operativos con arreglo a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, y teniendo en cuenta las competencias nacionales y regionales para decidir sobre la política específica y adecuada y las medidas de coordinación. Véase el artículo 5 y el anexo I del Reglamento (UE) 1303/2013.

²⁹ De acuerdo con la normativa, este documento se elabora en colaboración con las autoridades locales y regionales, los interlocutores económicos y sociales y los organismos pertinentes representantes de la sociedad civil, incluidos los interlocutores medioambientales, las organizaciones no gubernamentales y los organismos encargados de promover la inclusión social, la igualdad de género y la no discriminación –artículo 5.2 del Reglamento (UE) 1303/2013–, de disposiciones comunes.



a gastar un fondo concreto en un territorio determinado o para explicar cómo se va a conseguir un objetivo por medio del fondo. Es el instrumento de ejecución por excelencia. Su elaboración corresponde a los Estados miembros en colaboración con los mismos sujetos que intervienen en el AA y deben ser presentados a la Comisión. Funcionan como una propuesta de gasto específica que realiza el Estado que, de ser aprobada por la Comisión, produce efectos financieros. A modo de ejemplo, puede observarse que en el caso del FEDER se han aprobado PO de cooperación territorial –transnacional, transfronterizo, interregional–, PO regionales y PO plurirregionales –de crecimiento inteligente, de crecimiento sostenible, de la iniciativa PYME, etc.–. Si se analiza un programa específico, se pueden contemplar las acciones concretas a desarrollar. Por ejemplo, en el apartado 2.A.6 del PO del FEDER para Andalucía –2014-2020–, se prevé el desarrollo de acciones determinadas que se van a financiar con cargo al fondo.

La obligación de los Estados de describir lo que van a hacer con los fondos en los documentos señalados pone el broche final a la dirección y control de la UE en general y de la Comisión en particular. En este ámbito la autonomía de los Estados receptores se reduce únicamente a escoger aquellas actividades que encajen en las exigencias contenidas en el MEC, en los reglamentos y en aquellas cuestiones planteadas por la Comisión.

EL MITO DE LA AUTONOMÍA DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. LA REDUCCIÓN A MÍNIMOS DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

Como ha quedado expuesto, los reglamentos europeos describen cada uno de los detalles relativos a la ejecución de los fondos. Desde los aspectos más generales de la organización hasta las cuestiones más concretas de las acciones a financiar, todo está perfectamente regulado. En general, los Estados están sujetos a todo tipo de obligaciones cuyo incumplimiento daría lugar, en última instancia, a una pérdida de los recursos. Todas esas obligaciones ponen en entredicho la vigencia y operatividad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El principio de subsidiariedad³⁰ se encuentra contemplado en el TFUE. En virtud del mismo, «en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción

³⁰ Para una explicación del principio de subsidiariedad véase Carro Martínez, A.: «La Unión Europea y el principio de subsidiariedad», *RAP*, núm. 126, 1991, pp. 217-252; Rodríguez-Arana Muñoz, X.: «Sobre el principio de subsidiariedad», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 110, 1994, pp. 11-42; Ortiz Díaz, J.: «El principio de subsidiariedad y la Unión Europea», *Anuario de derecho europeo*, núm. 4, 2004, pp. 63-72; Martínez López-Muñiz, J.L.: «El principio de subsidiariedad», Santamaría Pastor, J.A. (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010, pp. 1275-1310.

pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional y local, sino que, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, puedan alcanzarse mejor a escala de la Unión». Este principio, a su vez, va de la mano del principio de proporcionalidad, que determina que el contenido y la forma de la acción de la Unión «no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados»³¹.

Pues bien, de acuerdo con el considerando 129 del Reglamento (UE) 1303/2013, los fondos europeos son uno de esos ámbitos donde se requiere una intervención de la UE para alcanzar los fines perseguidos. Ello sirve para justificar la regulación europea de determinadas cuestiones, pero no la excesiva intervención. Pese a ello, el mismo considerando señala que el reglamento «no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo»³².

Ahora bien, tras la explicación realizada anteriormente, esto debe ser cuestionado. Salvo que fuera necesario que todos los Estados miembros gestionen y ejecuten exactamente igual los fondos europeos, no puede considerarse que se respeten estrictamente ambos principios. La extensión de la intervención europea en materia de fondos permite dudar de que la regulación sea la estrictamente necesaria para conseguir los objetivos.

Por un lado, es cuestionable que todos los aspectos contenidos en los reglamentos no puedan ser regulados por los Estados para conseguir los objetivos –subsidiariedad–. Por otro, no puede considerarse que la intervención europea sea la estrictamente necesaria. En determinados casos es excesiva y, por tanto, desproporcionada –proporcionalidad–.

En efecto, con los reglamentos de los fondos no solo se persigue corroborar que se cumplen los objetivos fijados, sino que, con el pretexto de conseguir precisamente eso, se regula todo.

Es cierto que numerosas cuestiones requieren una regulación general europea, pero el grado de detalle con el que se interviene en todas las vertientes de los fondos –organización, pagos, irregularidades, formas de ayuda, documentos estratégicos, objetivos, sujetos intervinientes, etc.– permite afirmar que la única finalidad de esta exhaustiva regulación no es otra que conservar el control sobre todo aquello que tenga que ver con la ejecución, gestión y control.

³¹ Ambos principios se encuentran en el artículo 5 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³² Considerando 129 del Reglamento (UE) 1303/2013, de disposiciones comunes: «Dado que el objetivo del presente Reglamento, a saber, reforzar la cohesión económica, social y territorial, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a la magnitud de las disparidades existentes entre los niveles de desarrollo de las diferentes regiones y al retraso de las regiones menos favorecidas, así como a la limitación de los recursos financieros de los Estados miembros y de las regiones, puede lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo».



Tal y como quedó apuntado, el paso a la gestión compartida conllevaría una pérdida del control sobre determinados asuntos que antes se gestionaban directamente por la Comisión. No obstante, la UE, lejos de aceptar esa situación, hizo una regulación detallada con el único fin de no perder el control y la dirección. Por ello, sí que podría considerarse que tal intervención es innecesaria en muchos aspectos y, en algunas cuestiones, excesiva. En consecuencia, puede afirmarse que pese a lo contenido en el considerando 129, los reglamentos de los fondos reducen a mínimos el respeto al principio de subsidiariedad y rompen, en determinadas cuestiones, con el principio de proporcionalidad.

2. LA FICCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL Y PROCEDIMENTAL

Otro de los principios que parece verse afectado con la amplia regulación de los fondos europeos es el de autonomía institucional y procedimental. De acuerdo con este principio, los Estados miembros preservan su libertad para escoger las estructuras organizativas y los procedimientos a la hora de ejecutar el Derecho de la UE³³.

A diferencia de los anteriores, este principio no se encuentra regulado en la normativa, sino que ha sido extraído de la jurisprudencia, que se refiere al mismo implícitamente. Muestra de ello fue la Sentencia Fleischkontor, de 1971, que reconoció que cuando las autoridades nacionales fueran responsables de la aplicación del Derecho europeo, dicha aplicación se realizaría respetando las formas y procedimientos del Derecho nacional³⁴. Posteriormente, el Tribunal de Justicia matizó que debía conciliarse con la aplicación uniforme del Derecho de la UE³⁵.

La doctrina se ha hecho eco del mismo, no sin dificultades, puesto que ha sido entendido de distintas formas. En principio, la idea que parece transmitirse cuando se menciona este principio, es que los Estados poseen siempre una parcela en la que pueden escoger formas y procedimientos para ejecutar el Derecho de la UE. Ahora bien, si se analiza tanto la normativa relativa a los fondos europeos como la de otros

³³ En relación con este principio véase Parejo Alfonso, L.: «El principio de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 50, 2012, pp. 172-204; Arzos Santisteban, X.: «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *RAP*, núm. 191, 2013, pp. 159-197.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 1971, Fleischkontor GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, 39/70: «Where national authorities are responsible for implementing a community regulation it must be recognized that in principle this implementation takes place with due respect for the forms and procedures of national law».

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia del 6 de junio de 1972, Schlüter & Maack v Hauptzollamt Hamburg-Jonas, 94/71: «As in the present case –it is for the national authorities to implement a community regulation; such implementation must as a matter of principle be carried out in accordance with the rules of form and procedure of national law. This principle of law must be reconciled with the need to apply community law uniformly so as to avoid unequal treatment».



sectores, es fácil observar cómo se incumple sistemáticamente³⁶. Es frecuente que la UE intervenga determinando cómo debe ser la organización o el procedimiento a seguir. No está claro qué aspectos se reservan al Estado o en qué casos se puede intervenir. Por ello, se ha considerado que es un principio rodeado de falta de claridad³⁷.

En el caso de los fondos europeos, que es lo que aquí interesa, la doctrina expresa que su ejecución descansa sobre este principio pero que, en determinadas cuestiones, se encuentra limitado por el alcance de la normativa europea³⁸. Ahora bien, si esto es así, la pregunta que procede realizarse es cómo opera este principio y hasta dónde puede intervenir el legislador europeo. Es decir, cuál es el espacio en materia procedimental y orgánica prohibido para el legislador europeo, si es que lo hay.

La realidad es que tras haber analizado la normativa europea, se puede afirmar con contundencia que la intervención en cuestiones organizativas y procedimentales no es puntual o excepcional, sino que es frecuente y exhaustiva. Por ello, es posible considerar, tal y como ya han defendido determinados sectores, que este principio está vacío de contenido y que se trata de una noción discutible³⁹.

³⁶ Además de los fondos EIE, se pueden señalar multitud de sectores donde la UE ha desarrollado procedimientos obligatorios para los Estados miembros. Ejemplo de ello son el Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, o el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea. De estos y otros ejemplos da cuenta el trabajo de Mir Puigpelat, O.: «Razones para una codificación general del procedimiento de la Administración de la Unión» en la obra colectiva coordinada por Fuertes López, M.: *Un procedimiento administrativo para Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 131-165; también Viñuales Ferreiro, S.: *El procedimiento administrativo de la Administración Europea*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015; en el mismo sentido, Martín Delgado, I.: «El procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, pp. 99-143. Este autor señala que el principio de autonomía institucional se está viendo matizado por algunas normas sectoriales y cita como ejemplo la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, «que obliga a los Estados miembros a cooperar con otros Estados miembros (asistencia mutua), a simplificar procedimientos administrativos, a crear puntos de acceso único y a establecer disposiciones relativas a determinados aspectos internos del procedimiento (derecho de información, empleo de medios electrónicos, plazos máximos para tramitar solicitudes, etc.)».

³⁷ «La causa de que ello sea así radica en que no se encuentra proclamado como tal en norma escrita (desde luego en ninguna de Derecho originario o de los Tratados) en cuanto resultado más bien del empleo por el Tribunal de Justicia...», Parejo Alfonso, L.: «El principio de la autonomía institucional y procedimental...» ob. cit., pp. 172-173.

³⁸ Para Ordoñez Solís, «la gestión de los fondos europeos se lleva a cabo por los Estados miembros de acuerdo con el principio de autonomía institucional y procedimental. No obstante, la regulación europea ha modelado paulatinamente los órganos administrativos estableciendo una cierta homogeneidad en esta ejecución o gestión compartida por la Comisión Europea y las autoridades nacionales», en Ordoñez Solís, D.: «La gestión de los...», ob. cit., p. 134. En el mismo sentido, aunque referido a otros sectores, se hace referencia a una «modulación» del principio de carácter «excepcional», en Parejo Alfonso, L.: «El principio de la autonomía...», ob. cit., p. 202.

³⁹ Respectivamente, Mir Puigpelat, O.: «La Codificación del procedimiento administrativo en la Unión Europea», Velasco, Schneider (coord.): *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, 2008, p. 59 y ss.; Arzos Santisteban, X.: «La Autonomía Institucional...», ob. cit., p. 160.



En efecto, tal y como ya ha planteado un sector doctrinal, la autonomía institucional no es un verdadero principio que oriente la ejecución del Derecho de la UE. No se encuentra regulado en la normativa y la jurisprudencia de décadas recientes no se ha hecho eco expreso ni implícito del mismo. La extensa intervención en materia de procedimientos u organización no es un problema puntual que afecte a los fondos europeos, es una cuestión habitual que afecta a multitud de sectores. Los únicos principios que realmente van a delimitar la intervención de la UE en los términos descritos son los de subsidiariedad y proporcionalidad.

Por tanto, por mucho que se afirme que la ejecución de los fondos se asienta sobre este principio, no se puede aseverar que opere ni que rijan la ejecución del Derecho de la UE, ni en los fondos ni en otros sectores. Ello no quiere decir que los Estados miembros no tengan autonomía para escoger las formas y procedimientos para ejecutar del Derecho de la UE, pero ello estará supeditado a que la UE no regule expresamente cómo debe desarrollarse una actividad –orgánica y procedimentalmente–. Solo en ese plano puede entenderse que este principio despliega sus efectos.

OTRA MANIFESTACIÓN DEL DEBILITAMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LA VINCULACIÓN DE LOS FONDOS A LA GOBERNANZA ECONÓMICA

La reciprocidad implícita en los fondos europeos a la que antes se hacía referencia los convierte en mecanismos idóneos para imponer obligaciones a los Estados receptores. Esta idea se ha acentuado en el último período (2014-2020). Esta etapa comenzó en un contexto de profunda crisis económica. Por ello, cuando se tramitaron y aprobaron los nuevos reglamentos se conectó la política de cohesión con la gobernanza económica de la UE. En concreto, se vinculó la recepción de fondos europeos a los rescates y ayudas económicas recibidas por los Estados integrantes de la UE.

Por primera vez los fondos comenzaron a desempeñar funciones orientadas a solventar los problemas económicos de los Estados miembros. La finalidad de los mismos nunca ha sido dar apoyo a las dificultades económicas de los Estados; siempre se han centrado en favorecer la cohesión de la UE y el desarrollo en determinados ámbitos. Sin embargo, dado que desde 2008 se comenzaron a adoptar numerosas medidas para afrontar la crisis, en el siguiente período se vincularon los fondos a la gobernanza económica⁴⁰. Con este nuevo enfoque no solo se perseguía dar coherencia al sistema y reorientar los recursos cuando fuera necesario; también

⁴⁰ Sobre esto véase Fuentetaja Pastor, J.: Derecho administrativo..., ob. cit., p. 534 y ss.

se buscaba presionar a los Estados para cumplir los compromisos adoptados en el marco de los programas de ajuste económico⁴¹.

Las medidas que vinculan los fondos a la gobernanza económica se encuentran previstas en los artículos 23 y siguientes del Reglamento 1303/2013: a) modificación del acuerdo de asociación y de los programas operativos a instancia de la Comisión; b) incremento del porcentaje de cofinanciación; y c) asistencia técnica. Solo la segunda y la tercera se pueden considerar mecanismos de ayuda a los Estados miembros; la primera, en cambio, habilita un conjunto de herramientas que más que de ayuda se pueden considerar se control o intervención⁴².

En efecto, la primera de las medidas previstas permite que la Comisión, por recomendación del Consejo, solicite a un Estado miembro que modifique su acuerdo de asociación –AA– y sus programas operativos –PO–. La finalidad es adaptar estos documentos a recomendaciones económicas del Consejo para maximizar el impacto de los fondos en los Estados que reciban ayuda financiera⁴³. La idea es que el Estado modifique la documentación para ajustarse a las exigencias de la Comisión –previa recomendación del Consejo–.

⁴¹ Se consideran sujetos a un programa de ajuste los Estados que, por ejemplo, fueron receptores de recursos en el marco del mecanismo de ayuda financiera a la balanza de pagos –apoyo a la balanza de pagos–. Este instrumento se ha puesto en marcha en numerosas ocasiones. Algunos de los receptores han sido Rumanía, Hungría y Letonia. A modo de ejemplo puede observarse que en el caso de Hungría el programa se puso en marcha en 2009 y se concedió una cuantía de 6500 millones de euros a través del mecanismo de ayuda a la balanza de pagos que fue apoyada por un préstamo del Fondo Monetario Internacional por importe aproximado de 12 500 millones de euros y una ayuda del Banco Mundial de 1000 millones de euros. Respectivamente, Decisión del Consejo de 22 de octubre de 2013 por la que se concede asistencia mutua a Rumanía (2013/532/UE); Decisión del Consejo de 22 de octubre de 2013 por la que se concede a Rumanía una ayuda financiera a medio plazo de carácter preventivo de la Unión (2013/531/UE); Decisión del Consejo de 4 de noviembre de 2008 por la que se concede ayuda financiera comunitaria a medio plazo a Hungría (2009/102/CE); y Decisión del Consejo de 20 de enero de 2009 por la que se concede asistencia mutua a Letonia (2009/289/CE).

⁴² Las otras medidas previstas sí son de ayuda. A modo de ejemplo puede observarse que una de las contenidas en la normativa permite incrementar el porcentaje de financiación con cargo a la UE. Tal y como se explicó anteriormente, las acciones financiadas con cargo a los fondos se cofinancian, es decir, solo una parte se abona con cargo a los fondos; el resto lo asume el Estado miembro. Pues bien, el reglamento de disposiciones comunes prevé la posibilidad de incrementar el porcentaje de cofinanciación cuando un Estado se encuentre en un programa de ajuste –a petición de del Estado–, en diez puntos porcentuales por encima del porcentaje de cofinanciación aplicable a cada prioridad, en el caso del FEDER, el FSE y el Fondo de Cohesión, o a cada medida, en el caso del Feader y el FEMP. El fin último de esta previsión es descargar el gasto que supone para el Estado percibir fondos europeos. En este caso, es una medida de ayuda más que de intervención o control.

⁴³ En este último supuesto el Estado miembro debe cumplir una de las siguientes condiciones previstas en el artículo 23: se ha puesto a su disposición ayuda financiera de la Unión de conformidad con el Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo (30); se ha puesto a su disposición ayuda financiera de conformidad con el Reglamento (CE) 332/2002 del Consejo (31); se ha puesto a su disposición ayuda financiera que desencadena un programa de ajuste macroeconómico de conformidad con el Reglamento (UE) 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (32) o una decisión del Consejo de conformidad con el artículo 136, apartado 1, del TFUE.



Cuando el Estado no adopte medidas eficaces en respuesta a la solicitud de la Comisión, esta podrá proponer al Consejo que suspenda una parte o la totalidad de los pagos correspondientes a los programas o prioridades afectados. No obstante, cuando proceda, podrán tenerse en cuenta circunstancias excepcionales de un Estado miembro, como, por ejemplo, la contracción de su PIB real durante dos o más años consecutivos anteriores a la solicitud de reprogramación⁴⁴.

Como se puede observar, la modificación de los documentos estratégicos no es una medida de ayuda a los Estados miembros, más bien es una medida de control o intervención que permite a la UE imponer obligaciones bajo la amenaza de suspender los pagos. Es cierto que el establecimiento de este tipo de medidas permite dar coherencia a toda la financiación recibida desde la UE. No obstante, también es cierto que la finalidad de los fondos nunca ha sido la de solucionar problemas económicos generales de los Estados receptores, sino que siempre han estado vinculados únicamente a la cohesión económica y social.

Una de las cuestiones que permiten afirmar que esta medida es de control y no de ayuda opcional para un Estado es que se establece de forma coercitiva. Los Estados deben aceptarla obligatoriamente. De esta forma, cuando estén sujetos a un programa de ajuste económico no solo deberán cumplir con las exigencias derivadas del mismo, normalmente contenidas en un acuerdo –Memorando de Entendimiento–, sino que deberán atender los requerimientos vinculados a fondos europeos. Esto puede llevarlos a tener que modificar sus documentos estratégicos y, en definitiva, a gastarse los recursos tal y como indican la Comisión y, en su caso, el Consejo.

Por consiguiente, cabe afirmar que lo que subyace bajo algunas de estas medidas vinculadas a la gobernanza económica no solo son mecanismos de ayuda: son medidas de intervención, control y dirección que aprovechan la reciprocidad contenida en los fondos para imponer obligaciones a los Estados miembros.

CONCLUSIONES

La fuerte europeización de las Administraciones nacionales es un hecho objetivo e indiscutible. Los fondos europeos no son más que una muestra de ello.

Actualmente, el proceso de integración está tan avanzado que las normas vigentes no solo persiguen una aplicación uniforme del Derecho europeo; también establecen mecanismos para conseguir una interpretación y ejecución idéntica en todos los Estados miembros. Ello no solo pasa por regular cuestiones que afectan a la organización y procedimientos internos, sino por someter esa aplicación del Derecho de la UE a un control permanente.

⁴⁴ La normativa no establece ningún calendario específico para que la Comisión adopte la propuesta de levantar la suspensión de pagos una vez que el Estado miembro haya adoptado medidas eficaces. En cualquier caso, adoptará la propuesta inmediatamente después de la aprobación del acuerdo de asociación y de los programas revisados.

En el caso de los fondos, esa tendencia a intervenir intensamente ha alcanzado su máximo tras la crisis económica. La sujeción de los Estados miembros a programas de ajuste económico, unida a la necesidad de acceder a los recursos canalizados por los fondos, los aboca a acatar directrices en cuestiones que antes regulaban de forma autónoma. La UE no solo regula todas las cuestiones relacionadas con la gestión y control de los fondos europeos, sino que también impone obligaciones a los Estados que nada tienen que ver con los fines perseguidos por los fondos.

Esa fuerte intervención puede ser discutida por innecesaria o contraria a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pero lo cierto es que no es excepcional. Se enmarca en la tendencia a unificar los ordenamientos de los Estados miembros en aras de la consecución de objetivos comunes. Materias como la contratación pública ya han dejado de pertenecer a la esfera de autonomía de los Estados y han pasado a estar perfectamente delimitadas por la UE. Asimismo, se pueden señalar multitud de cuestiones, como, por ejemplo, el procedimiento administrativo, en las que se trabaja intensamente tratando de buscar elementos comunes con el fin último de garantizar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho europeo⁴⁵.

En definitiva, las relaciones con la UE ya no se caracterizan por una intervención mínima o subsidiaria. Esto facilita la aplicación del Derecho europeo, pero también pasa por restar autonomía a los Estados miembros y por acomodar las normas y costumbres nacionales a las exigencias europeas.

RECIBIDO: febrero de 2018, ACEPTADO: abril de 2018

⁴⁵ Sobre la intervención europea en contratación pública, vid., por todos, los trabajos del X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo de Gimeno Feliu, J.M., Gallego Córcoles, I., Moreno Molina, J.A. y Hernández González, F.L.: *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, 2015. Sobre el procedimiento administrativo europeo véase Viñuales Ferreiro, S.: *El procedimiento administrativo...*, ob. cit.; también los trabajos de obra colectiva coordinada por Fuertes López, M.: *Un Procedimiento Administrativo...*, ob. cit.



NUCLEI FAMILIARI TRA PERSONE SAME-SEX: L'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA A CONFRONTO CON QUELLA SPAGNOLA QUADRO INTRODUTTIVO DELLA PROBLEMÁTICA

Elisa Dolzini
Università di Bergamo

RESUMEN

Este trabajo analiza, comparativamente, las diferencias temporales y conceptuales que han caracterizado la respuesta legislativa de España e Italia a la regulación de uniones entre personas del mismo sexo. La normativa y la jurisprudencia han evolucionado de forma distinta y, pese a las afinidades socioculturales y jurídicas existentes entre ambos Estados, sigue habiendo diferencias significativas que se extienden también a la regulación de las adopciones por parejas del mismo sexo.

PALABRAS CLAVE: matrimonio homosexual, adopción.

SAME-SEX UNIONS IN SPAIN AND ITALY

ABSTRACT

This paper analyzes, comparatively, the temporal and conceptual differences that have characterized the legislative response of Spain and Italy to the regulation of unions between people of the same sex. Regulations and jurisprudence have evolved differently and, despite the existing socio-cultural and legal affinities between both States, there are still significant differences that also extend to the regulation of adoptions by same-sex couples.

KEYWORDS: Same sex marriage, adoption.

DOI: <http://doi.org/10.25145/j.anfade.2017.34.002>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 34; septiembre 2017, pp. 29-52; ISSN: e-2530-8319



QUADRO INTRODUTTIVO DELLA PROBLEMÁTICA

L'Italia, paese di eccellente e prestigiosa tradizione giuridica, da cui spesso la dottrina spagnola ha attinto per l'evoluzione dei propri orientamenti, si trova, con riferimento alle unioni omoaffettive, fanalino di coda¹ nel panorama giuridico europeo².

La Spagna, paese di radici socio-culturali affini e molto simili a quelle italiane, e nel quale è forte, come in Italia, l'influenza della tradizione cattolica nelle scelte politico-legislative, aveva, già a partire dal 2005, legiferato circa dette unioni, ampliando l'istituto del matrimonio già costituzionalmente e codicisticamente disciplinato, in modo da ricomprendere nello stesso la possibilità per persone dello stesso genere di contrarre tra loro matrimonio (estendendo così anche a dette coppie la possibilità di adozione filiale).

Nonostante l'Italia non sia certo da considerare un Paese giuridicamente arretrato, ovvero insensibile alle questioni etiche e bioetiche (si pensi al recente orientamento giurisprudenziale nazionale a proposito della fecondazione eterologa e al recente decreto di aggiornamento delle linee guida della legge n. 40/2004³), per ragioni che in questa sede non rileva analizzare specificamente –si evidenzi, ad ogni modo, il quadro di equilibri politici precari che hanno caratterizzato la più recente storia nazionale–, solo nell'anno appena conclusosi⁴ il Parlamento italiano (con un

¹ L'Italia, dopo un lungo periodo di inerzia legislativa, è l'ultimo Paese dell'Unione Europea ad aver legiferato circa le unioni omoaffettive: dopo l'intervento legislativo italiano, il vuoto permase oggi solamente in Bulgaria, Lettonia, Lituania e Romania; altresì in Slovacchia e Polonia, dove però giace in Parlamento un disegno di legge.

² Per un approfondimento in ottica non solo nazionale, ma comparatistica si cfr.: «Famiglia e matrimonio», vol. I, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da Paolo Zatti, Seconda ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 793 e ss.

³ La legge n. 40/2004, rubricata «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», è stata modificata prima dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009 –che ha eliminato il numero massimo di embrioni trasferibili in un unico impianto– e poi dalla sentenza 162/2014 –che ha eliminato il divieto di fecondazione eterologa, rendendo pertanto così legale e fruibile detta pratica medica, pratica ad oggi ancora non consentita dalla legislazione spagnola.

⁴ Per comprendere l'ingente ritardo dell'intervento legislativo nazionale (pacificamente inficiato dalla posizione conservatrice delle correnti politiche maggiormente numerose, storiche e con rilevante peso politico) rispetto al quadro europeo in cui si inserisce la tradizione giuridica italiana, è significativo riflettere sul fatto che, già nel 1989, in Danimarca (Paese avanguardista e, per così dire, «pioniere» nelle questioni bioetiche, in generale, e, in particolare, nella tutela dei diritti delle coppie same-sex) era possibile registrare le Unioni omoaffettive e, nel 1999, la legge n. 360 introduceva nella legislazione danese la stepchild adoption per il partner registrato che intendesse adottare il figlio minore del proprio partner, salvo che questi fosse stato già adottato in un altro Paese –Merin Y. Equality for same-sex Couples: the legal Recognition of Gay Partnership in Europe and the United States, University of Chicago Press, Chicago, 2002, p. 61 e ss.–; in Italia, nello stesso anno (1999), uno dei più diffusi manuali di diritto di famiglia con riferimento alle unioni omoaffettive così si esprimeva: «un simile fenomeno non pare possa essere reputato *contra legem*», invero, non pare potersi procedere oltre un «atteggiamento di indifferenza dell'ordinamento»- Quadri E., Famiglia e Ordinamento civile, seconda ed., Giappichelli, Torino, 1999, p. 32 e ss.



iter tormentato conclusosi con approvazione della legge sottoposta all'apposizione della fiducia da parte del Governo in entrambe le Camere) ha disciplinato, nel maggio scorso, le unioni omoaffettive, con la legge n. 76/2016 rubricata: «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze». Undici anni di ritardo, quindi, rispetto all'intervento legislativo spagnolo, decisamente più rivoluzionario (rispetto a quello italiano) che, rompendo con la tradizione dottrinale e giurisprudenziale, non decide per una legge ad hoc che disciplini le unioni tra persone dello stesso sesso, bensì, con la legge (ley) n. 13/2005, estende alle stesse la possibilità di contrarre matrimonio: audace decisione politica con note e decisive ripercussioni sociali –negli anni successivi all'introduzione di detta legge– circa la considerazione delle unioni omoaffettive (ripercussioni sociali che a loro volta influenzano la considerazione giuridico-politica dell'istituto all'interno della società; quelli ora citati sono, infatti, aspetti correlati tra loro che si influenzano a vicenda dando così vita, a seconda delle circostanze, a circoli viziosi/virtuosi).

Tornando all'Italia, ai plurimi moniti della giurisprudenza di legittimità, della Corte Costituzionale e della Corte Edu, che insistentemente sollecitavano il Parlamento italiano al fine di colmare questo vuoto legislativo⁵ –e culminati in una condanna per l'Italia con la sentenza Oliari e al. C. Italia⁶–, il Parlamento

⁵ Non staremo, per motivi di pertinenzialità, ad analizzare né la problematica della registrazione dei matrimoni same-sex contratti all'estero e dell'annullamento, nel 2015, –su ordine del Ministro dell'Interno italiano Angelino Alfano- da parte della prefettura di dette registrazioni, effettuate dai sindaci di alcune città italiane tra cui Roma, contenzioso risolto con sentenza del CDS n. 5029/2015 –Per una miglior comprensione della problematica si cfr. sul punto: Sánchez Jordán, «El matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero y su reconocimiento en Italia: un debate abierto», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil 9/2015, p. 59 e ss.–; né si analizzerà l'eventuale possibilità (negata) per i succitati matrimoni di essere riconosciuti con sentenza in Italia. Si evidenzia sul punto la sentenza della Corte di Cassazione n. 4184/12, che riconosce l'esistenza (pur improduttiva di effetti giuridici per l'ordinamento italiano) del matrimonio omosessuale contratto all'estero, richiamando nella propria decisione la sentenza Schalk e Kopf c. Austria del 2010 (ricorso n. 30141/04). La Corte EDU qui rigetta la possibilità che il riferimento testuale a «uomini e donne» contenuto nell'art. 12 CEDU possa essere superato con un'interpretazione evolutiva della norma, pur evidenziano come l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non menzioni la differenza sessuale tra i coniugi come condizione necessaria per contrarre matrimonio. I giudici affermano (come nella successiva sentenza citata Oliari c. Italia) che spetta alla legislazione nazionale disporre nel senso dell'introduzione del matrimonio omosessuale ovvero altra forma di tutela dell'unione omosessuale, sottolineando come dall'interpretazione della CEDU non possa derivare, allo stato attuale, alcuna censura nei riguardi dello stato che decidesse di non procedere in questo senso. Pur non riconoscendo quindi, una violazione dell'art. 14 CEDU nella non previsione da parte della legislazione statale della possibilità di contrarre matrimonio per la coppie omosessuali, evidenzia come lo Stato debba prevedere un istituto a tutela delle unioni omoaffettive, affermando che le unioni omosessuali si trovano in una situazione simile a quella delle coppie eterosessuali quanto all'esigenza di riconoscimento e protezione giuridica della relazione.

⁶ CEDU 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11: condanna, assunta a maggioranza, dell'Italia per inadempimento di obbligazione consistente nell'introduzione nella legislazione nazionale di una disciplina normativa delle unioni same-sex; Corte Edu che lascia al libero apprezzamento dei singoli Stati la scelta del tipo di intervento legislativo (apertura ed estensione dell'istituto del matrimonio tra persone dello stesso genere ovvero legislazione ad hoc circa l'unione omoaffettiva), ma



nazionale ha risposto, dopo lungo ed acceso dibattito politico-sociale (dibattito sorto, socialmente, molti anni or sono, ma giunto all'agenda politica con evidente e già evidenziato ritardo), con una legge più che mai frutto del compromesso tra le diverse forze politiche, che disciplina le unioni civili (omosessuali) e le convivenze di fatto (eterosessuali ovvero omosessuali). Rileva sottolineare, ad abundantiam, che la natura compromissoria del risultato legislativo, si può facilmente evincere non solo dai contenuti della legge 76/2016, ma anche dal fatto che, ai fini dell'approvazione di detta legge, dalla stessa –in ultima battuta– sia stato stralciato quello che nel disegno di legge (d.d.l. Cirinnà) fu l'art. 5. Esso si riferiva alla possibilità, per l'unito civilmente, di adottare, previo parere giudiziario, il figlio naturale ovvero adottivo del partner a lui/lei unito civilmente (stepchild adoption)⁷ –si specifica, ad ogni modo, che nella legge approvata è rimasto, all'art. 1 c. 20, ultimo periodo⁸, un rimando alla legge sull'adozione n. 184/83, che si andrà ad analizzare in seguito–.

Rileva puntualizzare, per completezza di informazione, come dalla legge sia stato espunto altresì il dovere di fedeltà reciproco tra i partner (il motivo dello stralcio è alquanto nebuloso).

Resta quindi precluso, alle persone che intrattengono una relazione omo-affettiva e che vogliono dare valenza civile alla propria unione, l'istituto del matrimonio, così come costituzionalmente disciplinato; d'altro canto, la legge in esame equipara espressamente la locuzione «unito civilmente» alla parola «coniuge» tutte le volte che essa compare nel codice civile; equivalenza giuridica che non sussiste, però, con riferimento alle norme che disciplinano l'adozione, disciplina da cui gli uniti civilmente rimangono esclusi. Come precedentemente accennato, infatti, la disciplina dell'adozione, per le unioni, non solo non è stata prevista, ma l'unico riferimento diretto all'istituto dell'adozione contenuto nella legge (attraverso l'istituto della «stepchild adoption») è stato stralciato; toccherà quindi, verosimilmente –come già è avvenuto fino all'avvento legislativo–, alla giurisprudenza farsi carico di questa delicata problematica, con un'ulteriore complicazione da affrontare: ora i giudici dovranno decidere non solo nel silenzio della legge, ma anche con la consapevolezza che il potere legislativo, non solo non ha disciplinato la materia dell'adozione nell'ambito

che condanna, come successo con l'Italia, l'inerzia parlamentare e il vuoto legislativo. Si evidenzia, infatti, come il già citato art. 9 della dei diritti fondamentali dell'Unione Europea garantisca il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

⁷ Detto articolo, modificando la legge n. 184/83 sulle adozioni, avrebbe consentito all'unito civilmente di adottare il figlio naturale del partner; l'espunzione di detto articolo dal testo di legge è stato il fulcro del discrimine tra approvazione/non approvazione della legge Cirinnà, tanto che si è resa necessaria la presentazione in Senato di un maxiemendamento (causa della peculiare struttura legislativa –un articolo, 69 commi–) unitamente, come già precedentemente specificato, all'apposizione della fiducia (doppia) all'approvazione della legge da parte del Governo.

⁸ Art. 1, c. 20, ultimo periodo, l.n. 76/2016: «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».



dell'unione civile, ma ha anche stralciato la stepchild adoption dal disegno di legge (d.d.l. Cirinnà) al fine dell'approvazione dello stesso⁹.

Nonostante questa possa essere definita come la più grande riforma del diritto di famiglia italiano dopo il 1975, essa consta di un passaggio giuridicamente evolutivo solo eventualmente prodromico al raggiungimento di un quadro legislativo come quello spagnolo con riferimento alle unioni same-sex; pur partendo –entrambi gli Stati– da un dato costituzionale molto simile (anzi, da un punto di vista meramente letterale quello spagnolo pare essere dotato di cornice semantica ancora più «stringente» di quella ascrivibile al dettame italiano), il Parlamento spagnolo ha scelto di ampliare l'istituto del matrimonio offrendo anche alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre il suddetto, estendendo, pertanto, alle medesime, i diritti –e lo status sociale– in esso contenuto.

Vediamo quindi come, due Paesi di tradizioni storico-socio-giuridico-culturali simili e affini abbiano scelto, per il riconoscimento delle unioni same-sex, rispettivamente –nella gamma delle soluzioni possibili offerte dalla Corte Edu– soluzioni antipodiche.

La Corte infatti, come precedentemente specificato in nota, pur lasciando al libero apprezzamento dei singoli Stati le modalità di risoluzione del vuoto legislativo in esame, condanna l'inerzia legislativa e chiede che gli Stati riconoscano le unioni omoaffettive.

L'Italia, con l'intervento legislativo del maggio scorso, riconosce una tutela a dette unioni, se non minima, quantomeno inferiore rispetto a quella riconosciuta alle stesse dal Parlamento spagnolo, che riconosce alle relazioni omoaffettive il massimo grado di tutela possibile, aprendo alle stesse l'istituto del matrimonio, ex art. 32 della Costituzione spagnola.

IL DIRITTO AL RICONOSCIMENTO GIURIDICO DELLE RELAZIONI OMOAFFETTIVE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: I DUE PAESI A CONFRONTO

1. LA SENTENZA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 198/2012

Il Plenum del Tribunal Constitucional de España¹⁰ ha respinto (dopo sette anni, a riprova, in Spagna come in Italia, della criticità socio-politica della tematica in esame, ma con prese di posizioni di indubbio coraggio), con la sentenza n. 198/2012, il recurso de inconstitucionalidad (ricorso in via diretta)¹¹ n. 6864-2005,

⁹ Circa le problematiche derivanti da ingerenza e commistione di poteri, si cfr.: A. Cerri, «Poteri (divisione dei)», voce in Enc. Giur., Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, 1 e ss. (ad vocem)

¹⁰ D'ora in avanti TC.

¹¹ Le modalità di ricorso al Tribunal Constitucional differiscono da quelle con cui ricorrere alla Corte Costituzionale; l'art. 32 della LOTC (Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional)



proposto dalla minoranza parlamentare avverso la legge n. 13/2005, che ha esteso la possibilità di contrarre matrimonio alle coppie omosessuali, modificando il Código Civil, e non già –come dagli stessi sostenuto– l’art. n. 32¹² della Constitución Española (detti parlamentari lamentano nel ricorso l’interpretazione creativa –anche in Spagna, come in Italia, vietata– della stessa).

Senza ora analizzare tutti i motivi di ricorso, rileva sottolineare tra questi quello in cui i ricorrenti si dolgono, con l’introduzione della succitata Ley –e con la stessa del nuovo art. 44, c. 2,¹³ del Código Civil– della violazione –in termini di interpretazione creativa (ivi sopra citata)– dell’art. 32, c. 1, della Constitución Española, che fa espresso riferimento all’uomo e alla donna, deducendo da tale espressione una riserva costituzionale del matrimonio a favore delle sole coppie eterosessuali, pertanto non già superabile con riserva di legge ordinaria, bensì solo con una riforma costituzionale.

A sostegno di questo orientamento, affermano altresì come la decisione del legislatore in questa sede impugnata non sia conforme al concetto di garantía institucional¹⁴, che pur non assicurando un contenuto fissato e immodificabile di un determinato istituto, proprio in virtù della centralità sociale dello stesso –istituto che, pertanto, con la stessa società cresce e si evolve– deve vedere garantito e conservato il proprio nucleo identificativo, da un punto di vista ontologico (proprio per l’immagine, il «vestito», che nella coscienza sociale di ogni tempo e luogo gli è stato «cucito» addosso).

Orbene, il TC, con un dispositivo ricco di riferimenti sovranazionali e di diritto comparato, in risposta al motivo di impugnazione sopra esposto afferma, primariamente, che l’art. 32 CE ha un duplice contenuto: esso si riferisce al matrimonio quale garanzia costituzionale, e al matrimonio come diritto costituzionale. Specifica, altresì, che, se è vero che il concetto di garantía constitucional richiede che all’istituto coperto da detta garanzia sia conferita una tutela tale da non inficiarne l’immagine che dello stesso viene riflessa, è opportuno analizzare se la legge impugnata abbia

consente alla minoranza parlamentare –che ha votato avverso l’approvazione di una legge– di ricorrere in via diretta avverso la stessa entro il termine perentorio di tre mesi dalla sua pubblicazione. Per un approfondimento sul sistema di giustizia costituzionale spagnolo si cfr.: R. Romboli, R. Tarchi «Giustizia Costituzionale in Spagna» in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, (a cura di), Esperienze di giustizia costituzionale, II, Giappichelli, Torino, 2000, p. 323 e ss.

¹² Art.32 della Constitución Española: «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

¹³ Art. 44, CC: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

¹⁴ La teoria istituzionale, ripresa da Carl Schmitt, viene per la prima volta introdotta nella dottrina giuridica spagnola nell’ambito del dibattito sulle autonomie locali, e ha come obiettivo la delimitazione delle istituzioni giuridiche, al fine di stabilire il senso dei concetti utilizzati dal diritto positivo. Si cfr. sul punto: R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 544-546.



«stravolto» la proiezione dell'istituto del matrimonio nell'ordinamento giuridico e, quindi, se il significato del matrimonio in sede legale sia conforme al significato del medesimo in sede costituzionale, alla luce della Ley n. 13/2005.

Riferendosi anche all'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte Edu dell'art. 12¹⁵ della Convenzione, il TC spiega come la nuova interpretazione non sia creativa, bensì evolutiva. Infatti, la stessa non è in contrapposizione con il passato, ma, confermando le proprie radici tradizionali, si evolve ampliandosi. Infatti, sostiene il TC, a seguito di un'evidente evoluzione socio-culturale, non solo nazionale, bensì di respiro più ampio, lungi dal venire meno della garanzia istituzionale, il matrimonio è oggi «una comunità di affetto che genera un vincolo, una società di reciproco aiuto fra due persone che occupano una medesima posizione giuridica all'interno di detta istituzione e che volontariamente decidono di unirsi in un progetto di vita familiare comune».

2. L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE COSTITUZIONALE ITALIANA È, INVECE, DI TUTT'ALTRO TENORE

Se il Tribunal Constitucional è intervenuto in seguito ad atto legislativo, la Corte Costituzionale è intervenuta in forza di un vuoto legislativo, auspicando e chiedendo un intervento parlamentare, pur ribadendo, con la sentenza 138/2010 prima, e con la sentenza 170/2014 poi, che il matrimonio è istituto riservato alle sole coppie eterosessuali.

Le due sentenze definiscono e consolidano, allo stesso tempo, lo status costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna, e lo status costituzionale dell'unione omosessuale, quali istituti di pari rango costituzionale ma ontologicamente diversi.

Pur specificando come un'estensione dell'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali risulterebbe *contra legem*, in quanto l'art. 29 Cost.¹⁶ riserva l'istituto del matrimonio alla famiglia quale comunità formata da un uomo e una donna, così come consolidatosi nella tradizione (e un'interpretazione diversa, nel senso prima espresso, sarebbe creativa, e pertanto vietata), le due sentenze chiamano (più flebilmente nel 2010, a gran voce nel 2014) l'intervento del legislatore¹⁷, quale

¹⁵ Art. 12: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto». Nonostante il dettame letterale, la Corte, attraverso un'interpretazione evolutiva, si è espressa, più volte, sulla conformità a Convenzione del matrimonio omosessuale.

¹⁶ Contra: M. Segni, «Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione», in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, CEDAM, II, 707 e segg., spec. 714-715.

¹⁷ Dette sentenze sono state molto rilevanti (insieme alla sentenza della Corte Edu Oliari c. Italia di cui si è precedentemente parlato) al fine di sanzionare l'inerzia del legislatore e sollecitarne l'intervento; basti pensare che il comma 1 della legge n. 76/2016 è la pedissequa ripetizione di uno stralcio della sentenza 138/2010.



organo deputato a definire la cornice giuridica entro cui inquadrare le relazioni omoaffettive, specificando come le differenze tra i due regimi (matrimonio e unione civile) debbano superare il vaglio dell'art. 3 Cost. (criterio della ragionevolezza)¹⁸. Alle unioni omoaffettive si devono pertanto estendere tutte quelle tutele giuridiche sancite per l'istituto del matrimonio con riferimento agli ambiti in cui i due tipi di relazione risultano omogenee¹⁹, per una piena attuazione dei diritti fondamentali costituzionalmente previsti a tutela delle relazioni omoaffettive.

IL CONTENUTO LEGISLATIVO DELLA LEGGE CIRINNÀ

Se pare inutile in questa sede indugiare sull'esplicitazione del contenuto dell'istituto del matrimonio spagnolo (che si può dare per pacifico, in quanto pressoché sostanzialmente assimilabile a quello dell'istituto del matrimonio italiano –fatto salvo quanto previsto dal Código Civil spagnolo e dal Codice Civile italiano relativamente al nome familiare e alle modalità di scioglimento del matrimonio–), risulta, invece, interessante comprendere come si sviluppi –dal punto di vista contenutistico– la legge del Parlamento italiano n. 76/2016, disciplinando la stessa ad hoc le unioni omoaffettive²⁰.

1. COSTITUZIONE DELL'UNIONE CIVILE E PERFEZIONAMENTO DELLA STESSA

Peculiare è il fatto che il legislatore, a differenza di quanto avviene per il matrimonio all'art. 107 c.c., primo comma²¹, non indichi nella legge n. 76/2016 il momento in cui si perfeziona l'unione civile. L'art. 1, secondo comma, della legge, infatti, recita: «Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza

¹⁸ Ciò sta a significare, molto brevemente, che una disegualianza per esser costituzionalmente legittima, deve essere ragionevole.

¹⁹ Sentenza 138/2010: «[...] Nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento delle unioni suddette»; a detto virgolettato, la sentenza 170/2014 aggiunge come sia, ad ogni modo, «riservata alla Corte Costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni».

²⁰ Ogni volta che ci riferiremo in questa sede alla legge sopra citata, ci si riferirà sempre alla prima parte della stessa. Non emergerà in analisi, infatti, la seconda parte della legge, quella sulle convivenze, ciò essendo, per così dire, il mero riconoscimento giuridico di una situazione di fatto socialmente rilevante, ma indipendente dal genere sessuale e pertanto poco rilevante in questa sede d'analisi (e che tra l'altro necessiterebbe di ulteriori parametri di comparazione alla luce dell'evoluzione legislativo-giurisprudenziale italiana e spagnola).

²¹ L'art. 107, primo comma, c.c. stabilisce che: «nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale di stato civile, alla presenza di due testimoni [...]; riceve da ciascuna delle parti personalmente, una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio».



di due testimoni». Rimane dubbio e non esplicitato quindi –a differenza di quanto avviene nell’articolo del codice ivi sopra citato, ove si esplicita che il momento del perfezionamento del matrimonio è da rinvenire nella dichiarazione dell’ufficiale di stato civile successiva alle rispettive dichiarazioni dei nubendi– il momento in cui l’unione è perfezionata²². Non rispondono all’esigenza di esplicitare il momento in cui l’unione è perfezionata nemmeno gli altri commi dell’unico articolo della legge che disciplina l’unione civile, i quali si limitano ad indicare che detta unione è certificata dal relativo documento che l’attesta, che spetta all’ufficiale di stato civile la registrazione di detto atto nell’archivio di stato civile e che dalla costituzione di detta unione derivano diritti e doveri reciproci, non specificando però in nessun comma il momento in cui la stessa si perfeziona²³.

La dottrina, pertanto, si interroga circa la possibilità –alla luce di una legge che in più punti non appare di chiara interpretazione– dell’applicazione alla stessa di un’interpretazione analogica mutuata dalle norme sull’istituto del matrimonio (così come codicisticamente disciplinato). Infatti, se è pur vero che l’art. 1, ventesimo comma²⁴, della legge in esame esclude l’applicazione diretta delle norme del codice civile non espressamente richiamate, ciò non pare implicare la preclusione della

²² A titolo comparatistico, si specifica come nella legislazione spagnola, il código civil specifichi all’art. 61 come il matrimonio produca effetti a partire dalla sua celebrazione, intendendo pertanto la stessa quale momento in cui il matrimonio si perfeziona. Art. 61, c. 1 «El matrimonio produce efectos civile desde su celebración»; il secondo comma specifica ulteriormente che: «Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil». Ad una prima lettura, sulla scorta della redazione dell’articolo, sembrerebbe che con l’iscrizione del matrimonio ci sia un’ulteriore effettività/efficacia dello stesso, lettura sorretta anche dal terzo comma: «El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por tercera personas». Dottrina e giurisprudenza sono però unanimi nel considerare la necessità dell’iscrizione solamente ad probationem tantum, vale a dire quale prova verso i terzi dell’esistenza del vincolo giuridico. Per un approfondimento sul punto si cfr.: J. Díez del Corral Rivas, «Comentario al art. 61», Comentarios del Código Civil, tomo I, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch, Tirant lo Blanch, Madrid, 1993, art. 61, p. 300 e ss.

²³ Art. 1, terzo comma, legge n. 76/2016: «L’ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell’archivio dello stato civile»; Art. 1, nono comma: «L’unione civile tra persone dello stesso sesso è certificata dal relativo documento attestante la costituzione dell’unione, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l’indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e alla residenza dei testimoni»; Art. 1, undicesimo comma: «Con la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri»; non viene mai esplicitato, però, quando si perfeziona la costituzione dell’unione esplicitata.

²⁴ Art. 1, c.20, l. n. 76/2016: «Al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti; inoltre, l’art. 1, c. 21, prevede: «Alle parti dell’unione civile



possibilità di applicazione in via analogica delle stesse, ai sensi dell'art. 12, secondo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile (avendo lo stesso portata generale, è pacificamente applicabile ogni volta che si tratti di interpretare una legge che non abbia portata eccezionale ovvero temporanea).

Si potrà quindi ricorrere all'applicazione analogica dell'art. 107, primo comma c.c. –in risposta al quesito di cui sopra circa il momento in cui si perfeziona l'unione civile– che disciplina l'atto di matrimonio e identifica nella dichiarazione dell'ufficiale di stato civile il momento in cui lo stesso si perfeziona; con lo stesso metodo interpretativo pare si possa procedere per tutti quegli ambiti dove la legge sia scarna e non sufficientemente esplicita nel disciplinare aspetti da cui non è possibile prescindere (a scopo esemplificativo: l'interprete può, eventualmente, soprassedere sul fatto che la legge sull'unione nulla dica e preveda circa le formalità richieste precedenti l'atto di unione (pubblicazioni), ma non può certamente soprassedere e, quindi, necessita di colmare –attraverso applicazione analogica– il silenzio della legge con riferimento alle modalità e ai requisiti di opposizione all'unione civile –invece regolati per il matrimonio agli artt. 102-104 c.c.

L'applicazione in via analogica delle norme dettate dal codice per l'istituto del matrimonio conosce dei limiti ontologici e formali²⁵, da analizzare caso per caso: ad esempio, pare non ci siano limiti all'applicazione analogica dell'art. 111 del codice civile, che disciplina il matrimonio per procura, così come non paiono esserci limiti –sulla scorta della ratio della norma– circa l'applicazione analogica dell'art. 84 c.c. che si riferisce alla possibilità di contrarre matrimonio prima della maggiore età (al ricorrere di determinate circostanze lasciate all'apprezzamento del giudice) e, pertanto, con esso, la possibilità di applicazione –in caso di unione contratta in violazione dell'art. 84 c.c. – dell'art. 117, c. 2, circa l'impugnazione dello stesso al fine di chiederne l'annullamento, ovvero –conseguentemente/alternativamente e in caso ricorrano i presupposti– degli artt. 390ss. c.c. circa l'emancipazione del minore; non si potranno, invece, applicare analogicamente le norme in tema di obblighi derivanti dall'unione civile, essendo state dettate in tema norme ad hoc nella legge n. 76/2016; non sembra, altresì, vi sia spazio per l'applicazione analogica dell'art. 107 nella parte in cui prevede la lettura ai nubendi degli artt. 143, 144, 147 c.c. da parte dell'ufficiale di stato civile, in quanto la legge in esame –nella descrizione della costituzione dell'unione– non pare, in questi termini, lacunosa, bensì semplificata. Ad ogni modo, la mancata previsione della lettura durante la costituzione dell'unione degli articoli sopra citati desta alcune perplessità, essendo ormai pacifico in dottrina e giurisprudenza che la lettura ad alta voce degli stessi da parte di un pubblico

tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del libro secondo del codice civile».

²⁵ Sull'opportunità di inserire la legge Cirinnà nel codice, anziché disciplinare le unioni civili con legislazione esogena, ovvero sull'opportunità di richiamare direttamente la disciplina del matrimonio per disciplinare dette unioni si confronti: G.Lorio, «Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto: appunti e proposte sui lavori in corso», in *Nuove leggi civ.comm.*, 5, 2015, p. 1014 e ss.





ufficiale sottenda un interesse pubblico (quindi generale ed astratto) per l'istituto in quanto tale; se questa è la ratio primaria, se non esclusiva, della lettura in esame, allora tale omissione normativa potrebbe eventualmente –pur essendo chiara e pacifica la lettura dell'art. 3 della Costituzione offertaci dalla Corte Costituzionale con riferimento all'istituto del matrimonio, rispetto ad un istituto che riconosca l'unione omoaffettiva– esporsi al rischio di essere sottoposta a giudizio di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza –sulla scorta dell'irragionevolezza della disparità di trattamento– con riferimento alla dignità ed importanza riconosciuti al nucleo familiare a prescindere dal nomen iuris ad esso attribuito.

E' pacifico come il ricorso al procedimento analogico non possa essere prospettato con riferimento alle norme sull'adozione, essendo indubbio ed esplicito sul punto l'art.1, ventesimo comma, nella sua ultima parte: «La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»²⁶.

Infine, si sottolinea come la legge n.76/2016, oltre a non richiedere l'adempimento di formalità precedenti la costituzione del vincolo (si pensi qui alle pubblicazioni matrimoniali), nulla dispone circa l'eventuale possibilità di opposizione all'unione civile. Si può quindi, in questa ulteriore circostanza, ipotizzare –sulla base della ratio sui cui si fonda detto istituto– la possibilità di applicazione analogica delle norme codicistiche (artt. 102-104 c.c.) che lo regolamentano. La disciplina, infatti, pur essendo legata da un punto di vista formale alla disciplina sulle pubblicazioni, fonda la sua ratio, ex art. 102 c.c., nella possibilità –per i terzi di cui agli articoli sopracitati– di poter impedire il matrimonio tra due persone in presenza di condizioni ostative; esigenza, quindi, che sussiste anche in caso di unione civile.

2. CAUSE DI IMPEDIMENTO ALLA COSTITUZIONE DI UNIONE CIVILE E CAUSE DI NULLITÀ DELLA STESSA: DIFFERENZE E ANALOGIE CON L'ISTITUTO DEL MATRIMONIO

Con riferimento alle cause di impedimento alla costituzione di un'unione civile, il legislatore non ha scelto la strada più sistematica del richiamo –in quanto compatibile– delle norme codicistiche sul matrimonio rubricate «condizioni necessarie per contrarre matrimonio»²⁷, ma ha, invece, espressamente stabilito e tipizzato dette cause impeditive all'art. 1 c. 4, della legge n. 76/2016 (pur essendo detta norma, da un punto di vista contenutistico, pressoché un duplicato di quanto già previsto nel codice circa le cause impeditive nella disciplina matrimoniale).

²⁶ Come già specificato in nota nel precedente paragrafo, si analizzerà in altro paragrafo la problematica delle adozioni da parte delle coppie same-sex e i limiti alla stessa, in chiave comparativa con la legislazione spagnola e a quanto esplicitato dal Tribunal Constitucional nel 2012.

²⁷ Libro I, Titolo VI, capo III, sezione I del Codice civile.

Senza ora entrare nel dettaglio della norma ivi sopra descritta, rileva sottolineare altresì come, in ottica comparata con la disciplina prevista dal Codice civile circa l'istituto del matrimonio, l'art. 1, c. 5²⁸, preveda che all'unione civile si applichino gli artt. 65 e 68 c.c. –nonché le disposizioni di cui agli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del codice civile–; da qui, l'art. 1 c. 6, dispone che: «L'unione civile costituita in violazione di una delle cause impeditive di cui al comma 4, ovvero in violazione dell'articolo 68 del codice civile, può essere impugnata da ciascuna delle parti dell'unione civile, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarla un interesse legittimo e attuale. L'unione civile costituita da una parte durante l'assenza dell'altra non può essere impugnata finché dura l'assenza²⁹».

La norma non pare correttamente formulata, in quanto la norma di cui all'art. 68 c.c. non contiene prescrizioni violabili per il tramite della costituzione di unione civile; la norma di cui sopra è, quindi, da intendersi in combinato con il comma precedente –che dispone per l'unione civile l'applicazione diretta dell'art. 65 c.c.–. Pertanto, l'unione civile costituita ai sensi dell'art. 65 c.c. (nuova unione costituita dopo che la sentenza di dichiarazione di morte presunta del precedente unito sia divenuta eseguibile) è da considerarsi nulla ogni qualvolta che la persona di cui sia stata dichiarata la morte presunta torni ovvero sia accertata la sua esistenza.

Rileva evidenziare come il legislatore non abbia contemplato nella disciplina altre due fattispecie:

- il caso di persona sposata che contragga unione civile in seguito a dichiarazione di morte presunta del coniuge, ovvero il caso di persona che abbia contratto unione civile e in seguito a dichiarazione di morte presunto del civilmente unito, si sposi.
- Invero, anche in siffatte fattispecie, per colmare il vuoto normativo è possibile ipotizzare l'applicazione analogica degli artt. 65 e 68 c.c., quale argomento a contrario sulla scorta di quanto, invece, è espressamente previsto con riferimento alle cause impeditive alla costituzione di unione civile (art. 1, c. 4, lett. a) l. n. 76/2016)³⁰.
- In conclusione, con riferimento alle cause di nullità dell'unione civile, urge evidenziare quanto espressamente previsto all'art. 1, c. 7, della legge in esame³¹,

²⁸ Art. 1, c. 5, l. n. 76/2016 «La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al comma 4, comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano gli articoli 65 e 68, nonché le disposizioni di cui agli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del codice civile».

²⁹ L'ultima parte di detta norma ricalca il contenuto dell'art. 117 c. 3, c.c., con riferimento al matrimonio.

³⁰ Art. 1, c. 4, lett. a) l.n. 76/2016: «Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso: a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso».

³¹ Art. 1, c. 7, l. n.76/2016: «L'unione civile può essere impugnata dalla parte il cui consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità determinato da

e in particolare il richiamo che detto comma attua dell'art. 122 c. 3, c.c. (esso richiama, di detto comma, solo i punti 2, 3 e 4).

Orbene, detto articolo 122, c.c., sancisce:

«Il matrimonio può essere impugnato da quello dei coniugi il cui consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo sposo.

Il matrimonio può altresì essere impugnato da quello dei coniugi il cui consenso è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge.

L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altro coniuge, si accerti che lo stesso non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi:

- 1) l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale;
- 2) l'esistenza di una sentenza di condanna per delitto non colposo alla reclusione non inferiore a cinque anni, salvo il caso di intervenuta riabilitazione prima della celebrazione del matrimonio. L'azione di annullamento non può essere proposta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile;
- 3) la dichiarazione di delinquenza abituale o professionale;
- 4) la circostanza che l'altro coniuge sia stato condannato per delitti concernenti la prostituzione a pena non inferiore a due anni. L'azione di annullamento non può essere proposta prima che la condanna sia divenuta irrevocabile;
- 5) lo stato di gravidanza causato da persona diversa dal soggetto caduto in errore, purché vi sia stato disconoscimento ai sensi dell'art. 233, se la gravidanza è stata portata a termine.

L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che siano cessate la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore».

Dal richiamo legislativo all'articolo 122, c. 3, c.c., ivi sopra riportato, è stato ommesso il richiamo dei punti 1) e 5); se può apparire comprensibile la ragione per cui possa esser stato espunto quest'ultimo numero –partendo dalla considerazione che

cause esterne alla parte stessa. Può essere altresì impugnata dalla parte il cui consenso è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali dell'altra parte. L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che è cessata la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore. L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altra parte, si accerti che la stessa non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi: a) l'esistenza di una malattia fisica o psichica, tale da impedire lo svolgimento della vita comune; b) le circostanze di cui all'articolo 122, terzo comma, numeri 2), 3) e 4), del codice civile.



una coppia omosessuale non può, mediante mero accoppiamento sessuale, procreare un figlio—, non si comprende la ragione dell'espunzione del numero 1) dal richiamo del comma in esame.

La norma di cui al punto 1, come evidenziato in dottrina, si riferisce a tutti quei comportamenti, alle menomazioni fisiche ovvero a tutti quegli atteggiamenti psicologici patologicamente anomali riferibili alla sfera sessuale, in grado di interferire irreversibilmente con la vita sessuale di una coppia, come il sadismo ovvero la ninfomania³².

Pur non volendo apparire incauti, l'omesso richiamo al punto 1 della norma di cui all'art. 122, c. 3, c.c., pare passibile di esposizione a censura di incostituzionalità, stante l'apparente carattere discriminatorio della norma: non si comprende, infatti, quale possa essere il criterio di ragionevolezza applicato a questa diversità di trattamento con riferimento alle cause di nullità da riferirsi ai due istituti (matrimonio e unione civile) ai sensi e nei modi previsti dall'art. 3 Cost., secondo cui le patologie sopra esposte possano essere causa di nullità della costituzione di matrimonio, ma non già di unione civile.

Proseguendo nella disamina della legge di recente introduzione, menzione specifica merita l'art. 10, c.10, l. n. 76/2016: «Mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile» (quanto disposto in quest'ultima parte della norma può verificarsi solo in caso le due persone costituenti l'unione abbiano cognome diverso).

Tale disposizione risponde indubbiamente ad una visione più moderna della disciplina sul cognome familiare, che in questa sede ci si auspica possa influenzare un dibattito politico (già esistente) circa la modifica dell'art. 143 bis c.c., figlio di un orientamento superato, decisamente poco coerente con l'affermazione della parità—formale e sostanziale— dei coniugi all'interno del nucleo costituito.

Pur se, in seguito, ci sarà modo di evidenziare altri punti critici della legge, potenzialmente passibili di censura costituzionale, è opportuno evidenziare come alla norma prevista sulla scelta del cognome comune, si possa attribuire valore simbolico, oltre che normativo: tale possibilità attribuisce agli uniti civilmente di scegliere e stabilire un «cognome familiare», riconoscendo così agli stessi la possibilità di essere riconosciuti, normativamente e socialmente, come nucleo e non già solamente come relazione omoaffettiva tra due persone giuridicamente rilevante. Proseguendo in questo senso rileva, però, sottolineare—in tema di cognome familiare—, il vuoto legislativo contenuto nella legge n. 76/2016, laddove non abbia espressamente richiamato i commi terzo e quarto dell'art. 5, legge n. 898/70 rubricata «Disciplina dei casi scioglimento del matrimonio».

³² Per un approfondimento ricognitivo dei caratteri tipici di cosa possa essere definito deviazione sessuale, si cfr. sentenza Cass. n. 3407/2013.



Essi stabiliscono, rispettivamente, che: «Il tribunale, con la sentenza con cui pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, può autorizzare la donna che ne faccia richiesta a conservare il cognome del marito aggiunto al proprio quando sussista un interesse suo o dei figli³³ meritevole di tutela» e «La decisione di cui al comma precedente può essere modificata con successiva sentenza, per motivi di particolare gravità, su istanza di una delle parti».

Orbene, dato il contenuto ontologico del cognome familiare ivi sopra esplicitato, non si comprende come, nei casi in cui sussista un interesse meritevole di tutela, non sia da considerare discriminatorio –e pertanto eventualmente costituzionalmente censurabile– la non estensione –anche eventualmente analogica– della possibilità di conservare il cognome scelto ai sensi dell'art. 1, c. 10, della legge n. 76/2016³⁴.

Continuando in ottica comparativa con l'istituto del matrimonio e la disciplina codicistica e legislativa che lo riguarda, la legge n. 76/2016 stabilisce piena equiparazione dell'unione civile e dell'istituto del matrimonio con riferimento al regime patrimoniale; non così, invece, con riferimento agli obblighi per i contraenti derivanti dalla costituzione di unione civile.

Infatti, la legge in esame sulle unioni civili, pur ricalcando –da un punto di vista contenutistico– per la maggior parte le norme codicistiche in tema di diritti e doveri reciproci dei coniugi (comprese quelle concernenti gli alimenti)³⁵, non ha

³³ Ad abundantiam, si evidenzia come la disciplina italiana, con riferimento alla scelta del cognome familiare, sia superata e necessiti di intervento legislativo. A titolo esemplificativo, si cfr. Corte Edu, sez. II, 77/2014: «La normativa italiana che assegna ai figli legittimi il cognome del genitore di sesso maschile viola l'art. 14 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, in combinato disposto con l'art. 8 della stessa convenzione; la normativa predetta va, quindi, modificata». In comparazione, invece, con la disciplina spagnola, quest'ultima è decisamente più avanzata e in linea con la normativa europea e le politiche di genere: in Spagna vige, infatti, la regola del «doppio cognome», per cui ogni figlio porta il primo cognome di entrambi i genitori, nell'ordine deciso in accordo tra di essi (in caso di disaccordo, è attribuito al figlio il primo cognome del padre insieme al primo cognome della madre; raggiunta la maggiore età, lo stesso può proporre istanza per invertire l'ordine dei cognomi). In caso di adozione omogenitoriale ovvero di riconoscimento del figlio naturale da parte di uno solo dei genitori, lo stesso prenderà i due cognomi del genitore. Si cfr. sul punto art. 109 del Código Civil (modificato dalla l. n. 40/99) e gli artt. 53-56 de la Ley sobre el Registro Civil del 1957 –si specifica come già prima della modifica del '99, i cittadini spagnoli da sempre hanno il primo cognome del padre e il primo cognome della madre, rispettivamente in quest'ordine–.

³⁴ Con riferimento a siffatta fattispecie, essendo il cognome uno degli elementi identificativi della personalità dell'individuo, di cui alcuni aspetti potrebbero essere stati acquisiti, ovvero consolidati, durante il tempo e a causa dell'unione, si potrebbe ipotizzare, –alla luce del vuoto legislativo e in caso non si applichino per analogia i commi 3 e 4 dell'art. 5 della legge n. 898/70– un'azione giudiziaria a tutela del diritto al nome ai sensi degli art. 2 Cost. e 7 c.c. Si cfr. sul punto: AA. VV., Unioni civili e convivenze di fatto L. 20 maggio 2016, n. 76, a cura Marilena Gorgoni, Maggioli, 2016, p. 111 e ss.

³⁵ Art. 1, c. 19, l. n. 76/2016: «All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni di cui al titolo XIII del libro primo del codice civile, nonché gli articoli 116, primo comma, 146, 2647, 2653, primo comma, numero 4), e 2659 del codice civile.



previsto, per gli uniti civilmente, gli obblighi reciproci di fedeltà e di collaborazione nell'interesse della famiglia³⁶ (previsti dall'art. 143, c. 2, c.c.).

Si provi, pertanto, in questa sede, a comprendere le ragioni implicite (discriminatorie?) celate dietro a tale scelta, e a quali conseguenze può condurre tale vuoto legislativo.

L'intento del legislatore pare esser quello –quantomeno nell'ambito di analisi di cui ora ci si andrà ad occupare– di tenere su due livelli distinti l'istituto del matrimonio e quello dell'unione civile, dove solo dal primo pare nascere una vera e propria famiglia; questo è ciò che pare emergere da un'analisi del dato letterale di quanto trasposto nell'art. 1, c. 11, della legge n. 76/2016 di ciò che è contenuto nell'art. 143 c.c.: se qui, infatti, si parla di «bisogni della famiglia», nella norma di cui al comma 11 –che ricalca pressoché pedissequamente il testo dell'art. 143 c.c.– pare esser frutto di una puntuale scelta legislativa (e non di una «svista») il fatto che si parli solamente di «bisogni comuni», senza menzionare mai, all'interno del dettame legislativo di detto comma, il termine «famiglia», che, invece, nel testo dell'articolo 143 c.c. di cui sopra, compare ben due volte³⁷.

Scelta che il legislatore persegue (parzialmente) anche nel comma successivo: se è pur vero, infatti, che in questo comma sancisce che l'unione civile vada a costituire una «vita familiare», è pur vero che, nella trasposizione in detta norma dell'art. 144 c.c., tralascia di utilizzare il termine «famiglia» ogni qualvolta nello stesso venga utilizzato, omettendolo o sostituendolo nuovamente con l'aggettivo «comune»³⁸.

³⁶ Obbligo che sfugge ad un rigido inquadramento, e del cui contenuto non è semplice fornire una cornice. Su detto obbligo, due orientamenti opposti: l'uno che lo considera mera ripetizione, per così dire riassuntiva, degli obblighi imposti ai coniugi (si cfr. S. Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 154 e ss.); l'altro che, invece, considera l'obbligo di collaborazione familiare quale obbligo autonomo, contenente un *quid pluris* rispetto a quanto previsto dagli altri obblighi codicisticamente previsti per i coniugi, essendo lo stesso da riferire alle esigenze della famiglia considerata nella sua unità (M. Paradiso, «I rapporti personali tra coniugi, artt. 143-148», in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 49 e ss.). Lo stralcio potrebbe essere quindi dovuto, nel primo caso, alla volontà di non reiterare un'inutile ripetizione; nell'altro caso, in coerenza con quanto finora sostenuto e sulla scorta delle scelte legislative finora analizzate, tale stralcio sarebbe, in ottica sistematica, l'ennesima eliminazione di ogni riferimento al concetto di «famiglia», quale nucleo emergente dalla costituzione di unione civile.

³⁷ Art. 143 c.c. «Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco della fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia»; si cfr. con: Art. 1, c. 11, l. n. 76/2016: «Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni».

³⁸ Art. 1, c. 12, l. n. 76/2016: «Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato»; si cfr. con: Art. 144 c.c.: «I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la

Tanto premesso, la ragione di tale atteggiamento legislativo pare ravvisabile solo in termini «discriminatori», espressione –pare– della volontà (schizofrenica, dato l'uso dell'aggettivo «familiare», ma non già della parola «famiglia», come a voler indicarne significati differenti) di non voler definire «famiglia»³⁹ quanto costituito mediante un'unione omoaffettiva.

Una giustificazione a tale decisione politica non sembra ravvisabile nemmeno ipotizzando che la stessa sia figlia della ricerca di coerenza, continuità e sistematicità con lo stralcio dalla legge n. 76/2016 della «Stepchild Adoption», essendo in dottrina e giurisprudenza pacifico che l'istituto del matrimonio non è ristretto né vincolato alla capacità coeundi e generandi dei nubendi, salvo quanto disposto dall'art. 122, c. 2 e c. 3 n. 1), c.c.⁴⁰ (a meno che non si voglia interpretare l'omesso richiamo, precedentemente evidenziato, nella legge n. 76/2016, del punto 1) del terzo comma dell'art. 122 c.c., in combinato con l'omissione ripetuta in detta legge del termine «famiglia» quale conseguenza alla costituzione di unione civile, come a voler intendere che nell'idea del legislatore, del '42 prima, e del '75 poi (riforma del diritto di famiglia), si volesse intendere che il termine «famiglia» sia da ascrivere solo a coppie potenzialmente in grado di generare vita, e che, quindi, il termine «famiglia» plurimamente diffuso e profuso nelle norme sul matrimonio non sia da riferire a quelle coppie che decidono di contrarre matrimonio pur difettando l'uno, l'altro, ovvero entrambi, di capacità coeundi ovvero generandi, costituendo le stesse eccezione/deviazione dallo modello tipico normativamente disciplinato.

In altri termini; le coppie omoaffettive non possono, da un punto di vista meramente biologico-naturale, generare vita e, pertanto, parrebbe che il legislatore non voglia considerare con il termine «famiglia» ciò che consegue all'unione civile delle stesse, negando alle stesse altresì la possibilità di annullamento dell'unione ai

residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato».

³⁹ Per una visione del concetto di famiglia in chiave «moderna», un archetipo modificato ed evolutosi con realtà sociale: F. Gazzoni, «Dal concubinato alla famiglia di fatto», Giuffrè, Milano, 1983, p. 151 e ss.; L. Balestra, «L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive», in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., Giuffrè, 2011, 1105 e segg., spec. 1115-1116.

⁴⁰ Il diritto civile italiano non considera l'impotenza, sia coeundi che generandi, un impedimento al matrimonio, salvo che il consenso allo stesso sia viziato da errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge. L'impotenza può pertanto divenire motivo di invalidità in caso sia ignorata dall'altro coniuge e qualora quest'ultimo ritenga che detta qualità sia da considerare errore essenziale viziante il consenso. Detto errore, ai sensi dell'art. 122 c. 3, si considera «essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altro coniuge, sia accertato giudizialmente che lo stesso non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi, tra gli altri: l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di una anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale [...]». Per un approfondimento sul punto si veda inoltre: A. Figone, «Sulla nullità del matrimonio per impotenza a generare, nota a Corte d'Appello Napoli, 13 aprile 1995», V, in *Famiglia e diritto*, IPSOA, 1996, I, p. 340 e ss.



sensi del punto 1) c. 3, dell'art. 122 c.c. (che coinvolge non solo l'impotenza, ma, invero, anche le deviazioni e le patologie psicologico-sessuali⁴¹).

3. OBBLIGO DI FEDELTA': LA MANCATA PREVISIONE DELLO STESSO PER GLI UNITI CIVILMENTE

Pur non essendo mai stati esplicitati i motivi dell'omissione dell'obbligo di fedeltà dai doveri degli uniti civilmente, questa non può esser considerata una mera dimenticanza del legislatore, essendo invece detto obbligo previsto nel disegno di legge e successivamente stralciato, così come l'istituto della stepchild adoption, ai fini dell'approvazione della legge che li conteneva.

Pur non volendo considerare i due stralci alla legge collegati tra loro, è pacifico che il filo invisibile che gli stessi ricollega è da rinvenire nel tipo di relazione che il legislatore pare consideri sussistere alla base dell'unione civile: una relazione meno vincolante, e forse, anche (o solo?) per questo, inadatta a ricreare quell'ambiente familiare stabile necessario ai fini dell'esito positivo di una richiesta di adozione, che si basa esclusivamente sul soddisfacimento degli interessi del minore, per il suo pieno e libero sviluppo⁴².

Se, pertanto, il significato della mancata previsione dell'obbligo di fedeltà sia da ascrivere ad una aprioristica (e non adeguatamente motivata) presa di posizione legislativa che rinvenga ex se in un'unione omoaffettiva una relazione meno vincolante, si esporrebbe l'art. 1, c. 11, l. n.76/2016, a censura di incostituzionalità, –nella parte in cui non prevede l'obbligo di fedeltà– in quanto quello di cui sopra, se non motivato altrimenti, costituirebbe assunto discriminatorio.

E' stato sostenuto da alcuni parlamentari (e depositato in un d.d.l. di una sola riga il 25 febbraio del 2016, data precedente all'approvazione della legge n. 76/2016, che risale, come già più volte specificato, al mese di maggio), che tale previsione, lungi dall'essere discriminatoria, è, anzi, un modello da seguire⁴³; il

⁴¹ Non si vuole prendere in considerazione in questa sede la possibilità che il legislatore non abbia previsto la possibilità di annullamento dell'unione civile in caso di errore sulla deviazione sessuale del partner per il fatto di aver catalogato l'omosessualità stessa quale deviazione da un comportamento e orientamento sessuale prevalente, in quanto ciò sarebbe contrario ai diritti sanciti nella Carta Costituzionale, oltre che nelle normative comunitarie e nei Trattati internazionali.

⁴² Ricordiamo che il diritto italiano e comunitario, a prescindere dall'orientamento sessuale dell'adottante/adottanti, non prevede un diritto ad essere genitori (pur prevedendo la generale libertà di autodeterminarsi, da contemperare con altri interessi di pari rango [...] sentenza della C. Cost. n. 152/2014, si veda infra); bensì, prevede un diritto del minore ad avere una famiglia: si cfr. artt. 30 e 31, Cost., legge n. 184/83 (e successive modifiche: l. n. 149/2001, che recepisce i principi contenuti nella Convenzione sulla tutela dei diritti dell'infanzia del 1989), Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 24.

⁴³ In Spagna, il dovere di fedeltà, seppur previsto, ha perso significato giuridico (e sociale) non potendo più essere, oggi, causa di addebito della separazione. La riforma del 2005, infatti, modifica la disciplina della separazione e del divorzio, introducendo il divorzio senza causa, eliminando cos',

risultato di una legge «moderna», contro, invece, una disciplina ormai obsoleta a fronte dell'equiparazione –con legge n. 219 del 2012– tra figli naturali e legittimi e del cambiamento dei costumi sessuali.

Ad abundantiam, si specifica come tale d.d.l –il cui contenuto, come prima specificato, è di una sola riga, che così recita: «Togliere dall'articolo 143 del Codice Civile il riferimento all'obbligo reciproco di fedeltà tra i coniugi»– sia stato proposto nella medesima seduta in cui è stato discusso il maxi-emendamento (poi approvato) al d.d.l Cirinnà, oggi divenuto, con dette modifiche, legge n. 76/2016.

Ora, pur non volendo cedere a dietrologie, il ragionamento pare quantomeno contraddittorio.

In giurisprudenza è ormai pacifico che l'obbligo di fedeltà non è più strettamente legato alla fedeltà sessuale, bensì esso coinvolge il più ampio dovere di lealtà; la violazione dell'obbligo di fedeltà può oggi esser persino slegata dalla consumazione carnale, potendo aver valore giudiziale finanche una relazione amorosa platonica⁴⁴.

La Cassazione ha definito il dovere di fedeltà come l'obbligo che «consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere intesa soltanto come astensione da

di fatto, il dovere di fedeltà da un punto di vista sostanziale, non essendo più possibile sanzionare il medesimo quale motivo di addebito della separazione (rileva oggi solo come eventuale motivo di diseredazione). Detta riforma prevede, in tema di scioglimento del vincolo, la medesima disciplina prevista in Italia per le Unioni civili: domanda unilaterale, senza necessità di motivazione della stessa, e il decorrere di 3 mesi a partire dal momento della richiesta al fine di ottenere lo scioglimento del vincolo (matrimoniale in Spagna, di unione civile in Italia. Se da un lato quindi, si ravvisa nella legge Cirinnà un allineamento con il resto d'Europa per modalità e tempistiche dello scioglimento del vincolo, d'altro canto si ravvisa (un'ennesima e immotivata) differenza di trattamento passibile di censura costituzionale, rispetto a quanto previsto per l'istituto del matrimonio dalla legge italiana sul divorzio n. 898/70 (e successive riforme). Se è pur vero che nel 2015 sono stati rivisti (in diminutio) i tempi necessari all'ottenimento del divorzio in seguito a separazione, è pur sempre vero che detti tempi e le modalità di scioglimento del vincolo non sono i medesimi richiesti per lo scioglimento del vincolo di unione civile (per lo scioglimento del matrimonio è necessario un tempo di separazione di 6 mesi, che «attenua» ma non elimina il vincolo matrimoniale; separazione non richiesta per l'ottenimento dello scioglimento dell'unione civile; è inoltre prevista, per gli uniti civilmente, la possibilità di «divorzio rapido» ai sensi degli artt. 6 e 12 della legge 64/2004). Si veda sul punto: Gilda Ferrando, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2013, inserto di aggiornamento settembre 2016 dal titolo: «Unioni civili e convivenze» pubblicato da Zanichelli, Torino, 2016. Ad abundantiam, a titolo comparatistico e con riferimento al precedente evidenziato dovere di fedeltà, rileva sottolineare come l'equiparazione giuridica tra figli naturali e legittimi in Spagna sia avvenuta nel 1981, 31 anni prima che in Italia. Per un approfondimento di queste tematiche si cfr: G. García Cantero, in Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, t. 5-II, Madrid, 1995; C. Martínez de Aguirre Aldaz, P. de Pablo Contreras, M. Pérez Álvarez, *Curso de derecho civil*, volumen IV, *Derecho de Familia*, 5.ª edición, Madrid 2016, p. 326 e ss.

⁴⁴ Sul punto, Cass. 8929/2013: «la relazione di un coniuge con estranei rende addebitabile la separazione, ai sensi dell'art. 151 c.c., non solo quando si sostanzii in un adulterio ma anche quando, in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà e comportamenti offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge [...]».



relazioni sessuali extraconiugali. La violazione dell'obbligo di fedeltà può assumere rilievo anche in assenza della prova specifica di una relazione sessuale extraconiugale intrapresa da un coniuge, essendo sufficiente l'esternazione di comportamenti tali da ledere il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi ferendo la sensibilità e la dignità di colui o colei che subisce gli effetti di quei comportamenti. Ciò può avvenire anche dopo l'insorgere dello stato di separazione non essendo da escludere che questa lasci sussistere tra i coniugi una (magari limitata) solidarietà, tale da giustificare la permanenza dell'obbligo di fedeltà [...]»⁴⁵.

Detto dovere, pertanto, lungi dall'essere obsoleto, si è nel corso del tempo modificato (radicalmente con la riforma del diritto di famiglia del 1975, che ha novellato gli artt. 143-144-145 c.c., e poi, successivamente, gradualmente, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale) fino a diventare qualcosa di più complesso e ampio del mero dettame letterale che detto dovere prevede: «la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune [...]. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda»⁴⁶.

Sulla scorta di quanto finora esplicitato, non si comprende pertanto come detto dovere possa essere considerato vetusto e simbolo di un retaggio culturale superato. Pare, anzi, elemento cardine e fondante del funzionamento del matrimonio, così come ontologicamente definito. Parrebbe pertanto opportuno che detto dovere non solo non sia eliminato dalla previsione dell'art. 143 c.c., bensì esteso agli uniti civilmente. Eventualmente, sulla base dell'evoluta interpretazione giurisprudenziale dello stesso, si potrebbe auspicare un intervento legislativo al fine di sostituire il dovere

⁴⁵ Cass. n. 9287/1997.

⁴⁶ Così, Cass. n. 15557/2008. Ad abundantiam, si consideri che qualsiasi violazione degli obblighi di cui all'art. 143, per essere fonte di addebito di separazione dev'essere causa e non conseguenza della crisi matrimoniale, e le singole violazioni dei partner sono da valutare complessivamente. Sul punto si cfr., ex multis,; – Cass. 6697/2009: «Il giudice del merito non può fondare la pronuncia di addebito della separazione sulla mera inosservanza, da parte di uno dei coniugi, dei doveri di cui all'art. 143 c.c., ma deve verificare la effettiva incidenza delle relative violazioni, nel determinarsi della situazione di intollerabilità della convivenza [...] Di fronte ad un comportamento contrario ai doveri del matrimonio da parte di entrambi i coniugi, la condotta dell'uno non può essere giudicata senza un suo raffronto con quella dell'altro, perché solo tale comparazione consente di riscontrare se e quale incidenza le stesse abbiano rivestito, nel loro reciproco interferire, nel verificarsi della crisi coniugale [...]»; – Cass. 27730/2013: «In tema di separazione personale tra coniugi, il giudice non può fondare la pronuncia di addebito sulla mera inosservanza dei doveri di cui all'art. 143 cod. civ., dovendo, per converso, verificare l'effettiva incidenza delle relative violazioni nel determinarsi della situazione di intollerabilità della convivenza. [...] In particolare, l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale in tanto può giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile, in quanto determini la situazione d'intollerabilità del protrarsi della convivenza coniugale ma non anche se intervenga dopo che questa situazione sia già maturata e dunque in un contesto di disgregazione della comunione materiale e spirituale [...]».



di fedeltà, nel suo tenore letterale, con il più puntuale ed ampio dovere di lealtà: un intervento legislativo, quindi, non già in chiave eliminativa, bensì modificativa ed ampliativa; la previsione di un dovere di lealtà, ancor più ontologicamente complesso, complessivo e totalizzante rispetto al tenore letterale del dovere di fedeltà (la cui interpretazione giurisprudenziale deriva non già da mera interpretazione letterale, ma anche e soprattutto da interpretazione sistematica ed estensiva).

La non previsione del dovere di fedeltà (ovvero la non previsione di un dovere di lealtà, che lo stesso contenga) per gli uniti civilmente appare, pertanto, non solo formalmente discriminatoria, ma anche sostanzialmente discriminatoria: l'unito civilmente non può ottenere tutela avverso il partner, né quest'ultimo sarà sanzionato in caso di violazione di detto obbligo, giacché non previsto per gli uniti civilmente dalla legge n. 76/2016.

L'unica tutela invocabile per il contraente dell'unione civile rimane, pertanto, ove ne sussistano i presupposti, quella aquiliana, ex art. 2043 c.c. (dato il presupposto necessario al verificarsi della fattispecie, consistente nel danno ingiusto –seppur patrimoniale o non patrimoniale– si restringe –di molto– il ventaglio delle fattispecie sanzionabili)⁴⁷.

Non solo un numero inferiore di fattispecie tutelate in caso di separazione con addebito per gli uniti civilmente rispetto a coloro che hanno contratto matrimonio, ma anche tempi e modalità di scioglimento dell'unione differenti rispetto al matrimonio. L'art. 1, c. 24, l. n. 76/2016 prevede, infatti, che: «L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione». Disciplina che, pur ricalcando quanto previsto per il matrimonio dal Código Civil spagnolo e nell'ottica di una semplificazione dello scioglimento del vincolo (matrimonio ovvero unione civile) che non interessa solo l'Italia, bensì l'Europa, presenta comunque tratti di censurabilità costituzionale. Se è pur vero che il legislatore ha recentemente abbreviato i termini per giungere al matrimonio, abbreviando i termini della separazione (consensuale ovvero giudiziale), è pur vero che rimane, ad oggi, incomprensibile la disparità di trattamento, sia con riferimento a quanto previsto all'art. 1 c. 24, l. n. 76/2016, di cui sopra (disciplina assente per l'istituto del matrimonio in Italia), sia con riferimento ai differenti termini previsti tra manifestazione della volontà di separazione e domanda di scioglimento del vincolo giuridico (3 mesi per le unioni civili, 6 o 12

⁴⁷ Sulla risarcibilità dei danni ex art. 2043 c.c. per violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 143, c. 2, c.c. si cfr., ex multis, Cass. 18853/2011; si potrebbe, inoltre, ipotizzare che la giurisprudenza inauguri un'interpretazione dell'art. 1 c. 11, l. n. 76/2016, che, se la fattispecie lo consenta, riconduca il tradimento alla violazione dell'obbligo di assistenza morale. Sull'obbligo di assistenza morale e ciò che ad esso possa essere ricondotto si veda: P. Zatti, «I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi», in Tratt. Rescigno, UTET, Torino, 1982, p. 45.



mesi per il matrimonio a seconda, rispettivamente, che la separazione sia consensuale ovvero giudiziale)⁴⁸.

LA DISCIPLINA DELL'ADOZIONE PER LE COPPIE SAME SEX: SPAGNA VS. ITALIA

E' possibile, ad oggi, affermare che la disciplina nei due Stati sia agli antipodi.

Se, infatti, in Spagna, con la sentenza del 2012, il Tribunal Constitucional ha ribadito la legittimità costituzionale della normativa che estende l'applicazione della disciplina dell'adozione congiunta anche alle coppie omosessuali, in Italia detta disciplina (nella sola declinazione della Stepchild Adoption) è stata stralciata dal disegno di legge, al fine della sua stessa approvazione.

Con sentenza del 6 novembre n. 198 del 2012 il TC ha, infatti, stabilito che la nuova redazione dell'art. 117, c. 4, del Código Civil, è conforme a quanto previsto all'art. 39⁴⁹, della Constitución Española: dato che l'ordinamento spagnolo prevede che il giudice, nell'emettere sentenza, ha il dovere di valutare l'interesse

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 81 del Código Civil, i termini per richiedere la separazione in Spagna sono i medesimi previsti in Italia per lo scioglimento dell'unione civile; l'articolo comprende inoltre la medesima possibilità disciplinata dall'art. 1, c. 24 l. n. 76/2016 con riferimento alla possibilità di espressione di volontà disgiunta soggetta ai medesimi termini: «Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación». Oggi, in Spagna, successivamente alla riforma del 2005, non è più necessario un periodo di separazione per chiedere il divorzio, né che lo stesso sia motivato. E' sufficiente che al momento della richiesta, anche unilaterale, siano passati 3 mesi dal momento della celebrazione del matrimonio. Pertanto l'art. 81, oggi, viene richiamato dall'art. 86, meramente per stabilire circostanze e requisiti in caso di separazione (come già sottolineato, non più necessaria, preordinata né prodromica alla richiesta di divorzio). Il Código Civil così stabilisce: – art. 86: «Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81»; – Altresí, art.85: «El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio».

⁴⁹ L'art. 39 della Constitución española così recita: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio,



dell'adottato e l'idoneità dell'adottante/adottanti⁵⁰, il TC considera che l'interesse del minore venga preservato, sia che lo stesso sia adottato da una famiglia di orientamento eterosessuale ovvero omosessuale, specificando, per così dire «a garanzia» della propria posizione e a «rassicurazione» delle posizioni contrarie alla decisione medesima –plurimamente– che l'interesse ultimo rimane sempre quello del minore. Il TC specifica, inoltre, come l'adozione a titolo individuale fosse già contemplata dall'ordinamento spagnolo, e tra i requisiti per la valutazione dell'idoneità dell'adottante, non sussista l'aver contratto matrimonio ovvero l'orientamento sessuale del medesimo.

In Italia, al contrario, agli uniti civilmente non è consentito accedere, ex art. 1, c. 20 (primo e secondo periodo),⁵¹ legge n. 76/2016 all'istituto dell'adozione ex l. n. 184/83 (e successive modifiche) –fatto salvo, ai sensi dell'art. 1, c. 20, ultimo periodo⁵², quanto previsto per i casi di adozioni in casi particolari di cui all'art. 44 della legge n. 184/83⁵³.

durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁵⁰ Il TC specifica, ad ogni modo, che non esiste, ad oggi, un diritto fondamentale ad adottare, bensì un diritto ad essere adottati, citando, altresì, la sentenza della Corte EDU «Fretté c. Francia», ricorso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002: «L'adozione è dare una famiglia a d un figlio, non un figlio ad una famiglia. Lo Stato deve assicurarsi che le persone scelte come adottanti siano quelle che possono offrire, da tutti i punti di vista, le condizioni di accoglienza più favorevoli»; e ancora «Le autorità nazionali [...] dispongono di un ampio margine quando sono chiamati a pronunciarsi in questo ambito [...] le autorità nazionali sono, in principio, in una posizione migliore rispetto a quella di una giurisdizione internazionale per valutare le sensibilità e i contesti locali». Si evidenzia inoltre come altra sentenza della Corte Edu –E.B. c. Francia, ricorso n. 43546/02, sentenza del 22 gennaio 2008– sancisca come il diniego di concedere l'autorizzazione all'adozione di un bambino, in ragione dell'orientamento sessuale dell'adottante, costituisca violazione dell'art. 14 CEDU (letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU), in un sistema normativo –nel caso di specie quello francese– che consente l'adozione da parte dei single.

⁵¹ Art. 1, c. 20, l. n. 76/2016, primo e secondo periodo: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184». Si segnala, inoltre, la sentenza CtEDU (Grande Camera della Corte Europea per i diritti dell'uomo) del 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria, che dichiara non conforme a CEDU la previsione contenuta nella legislazione nazionale austriaca che consentiva l'adozione alle coppie eterosessuali, anche se non coniugate, ma non già a coppie omosessuali non coniugate, ravvisando in detta previsione legislazione una violazione del combinato disposto degli art. 8 e 14 della Convenzione, rilevando così una discriminazione a causa dell'orientamento sessuale dell'adottante.

⁵² Art. 1 c. 20, l. n. 76/2016, ultimo periodo: «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

⁵³ Tale espresso rinvio legale –secondo l'interpretazione corrente– sembrerebbe, ad ogni modo, avallare la tesi secondo cui la lettura dell'art. 44, lett. d), della legge n. 184/83 prevalente in



CONCLUSIONI

Dall'analisi sopra esplicitata si evidenzia quindi come la disciplina legislativa nazionale italiana, pur se a tratti passibile di censura costituzionale, è conforme alla normativa europea e alla giurisprudenza della Corte Edu, pur nella consapevolezza che essa riconosce pressoché solamente i minimi livelli di tutela previsti a livello internazionale.

La Spagna, di contro, pur essendo lo stesso Paese dell'area mediterranea con radici storico-giuridico-culturali affini a quelle italiane, è, nella tematica in esame, agli antipodi.

Con la ley n. 13/2005, riconosce (tra i primi Paesi in Europa a farlo) il massimo livello di tutela alle coppie omosessuali, equiparando le stesse e da un punto di vista formale, e da un punto di vista sostanziale, alle coppie eterosessuali, e, più in generale disponendo di una disciplina del diritto privato di famiglia caratterizzata da una visione moderna dello stesso, conforme e coerente con l'evoluzione sociale del concetto di famiglia e dei nuclei in cui la stessa si forma e si sviluppa.

Ad ogni modo, in conclusione, pur nel libero apprezzamento comunitariamente concesso e previsto per ogni legislazione nazionale, ciò che rileva sottolineare è l'uniformarsi e il convergere dei Paesi di matrice europea nel riconoscimento dei diritti fondamentali per lo sviluppo del sé nelle formazioni sociali, unitamente al concreto tentativo (non –ancora– ovunque compiuto) di eliminare dall'ordinamento (e dalla società?) le discriminazioni concernenti l'orientamento e le scelte riguardanti la sfera sessuale, impeditive di un pieno sviluppo dell'individuo in ogni ambito della propria personalità.

RECIBIDO: diciembre de 2017, ACEPTADO: abril de 2018

giurisprudenza debba essere mantenuta pur al netto dello stralcio dalla Legge Cirinnà della «Stepchild Adoption». Infatti, la Corte di cassazione n. 12962/2012 ha ritenuto ammissibile l'adozione del figlio del partner non già in base alle lett. b) dell'art. 44, ma alla luce di un'interpretazione della lett. d) dell'art. 44 della legge n. 184/83, secondo la quale: «la nozione di «impossibilità di affidamento preadottivo», va intesa non solo come impossibilità «di fatto», ma anche come impossibilità «di diritto» –intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione «piena» – e sempre che risulti accertato in fatto– secondo il disposto dell'art. 57, l. adoz. –che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma «minor», corrisponda al preminente interesse del bambino, in quanto formalizzazione di una relazione affettiva già esistente e valutata nel corso dell'istruttoria come elemento positivo nella sua crescita [...]».



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA /
COMMENTARY ON JURISPRUDENCE

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 856/2017, DE 17 DE MAYO. LA EXCLUSIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL DIQUE DE SAN ANDRÉS

Ángel Lobo Rodrigo*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La evaluación ambiental de proyectos ha sido una importante meta alcanzada no sin esfuerzo cuyo principal objetivo es la valoración de los efectos de determinados proyectos (y más tarde planes y programas) en el medio ambiente. No es necesario subrayar la importancia de esta técnica para prevenir posibles afecciones ambientales de proyectos que tengan la potencialidad de incidir en el medio ambiente y, por tanto, el cambio de enfoque que supuso su aparición**. Sin embargo, y desde sus comienzos, se entendió que una serie de proyectos debían estar excluidos de la técnica de la evaluación ambiental. La sentencia que pasamos a comentar puede iniciar la senda de una interpretación no restrictiva de los supuestos de exclusión de evaluación ambiental.

PALABRAS CLAVE: proyecto, evaluación ambiental, exclusión.

SUPREME COURT DECISION 856/2017, OF MAY 17. THE EXCLUSION
OF ENVIRONMENTAL ASSESSMENT OF SAN ANDRÉS DIKE

ABSTRACT

The environmental impact assessment (EIA) of projects has been an important goal that has been achieved with great effort. However it has been understood that a number of projects should be excluded from this environmental technic, for instance repair works on infrastructures damaged as a result of catastrophic events, emergency works, national defense or civil protection projects or activities, etc. The Supreme Court decision commented in this research could be the path for a non-restrictive interpretation of the environmental exclusion cases that could endanger the application of the institution of the environmental impact assessment.

KEYWORDS: enviromental evaluation, enviromental assesment exclusion cases.

DOI: <http://doi.org/10.25145/j.anfade.2017.34.003>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 34; septiembre 2017, pp. 55-66; ISSN: e-2530-8319



LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 856/2017,
DE 17 DE MAYO. LO EXTRAORDINARIO
SE TORNA ORDINARIO

A) EL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 856/2017, DE 17 DE MAYO

El supuesto de hecho de la referida sentencia se puede resumir, de una forma descarnada y directa, en los siguientes puntos:

Proyecto de obra que consiste en la construcción de un dique de 350 metros de largo situado a más de 90 metros en paralelo a la costa y de 4 metros de altura apoyado por otro dique de 90 metros perpendicular a la costa para evitar la invasión del mar (fundamentalmente afectante a la avenida y fachada marítima del barrio de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife) promovido por la Autoridad Portuaria al tratarse de una zona afectada a dicho servicio.

El fenómeno que se pretende evitar es perfectamente predecible con una anterioridad superior a cinco días y se produce de forma muy esporádica (normalmente una vez cada tres años).

Con ocasión de la tramitación de la obra proyectada se incoó el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental ordinario mediante la Resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife relativa a la apertura del Trámite de información pública del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto conjuntamente con el correspondiente Proyecto mediante anuncio publicado en el *BOE* de 31 de mayo de 2014.

El 27 de junio de 2014 el Consejo de Ministros decide cambiar la tramitación ordinaria del proyecto, excluyéndolo del trámite ordinario de evaluación ambiental a través de la correspondiente Declaración de Emergencia de la obra, sin mediar situación de catástrofe alguna, ni de riesgo catastrófico o de otra índole, entre el trámite de información pública descrito en el punto anterior y la referida Declaración de Emergencia.

Dicho acuerdo del Consejo de Ministros no fue publicado, tal y como exige la Ley, hasta la resolución de Puertos del Estado de 24 de febrero de 2015 (*Boletín Oficial del Estado* n.º 66, de 18 de marzo de 2015) esto es, con casi 9 meses de retraso. El acuerdo contenía una motivación insuficiente y, entre otras cosas, no justificaba por qué se cambió la tramitación ordinaria del expediente por un procedimiento excepcional.

En el intervalo entre el anuncio del Consejo de Ministros (junio de 2014) y su tardía publicación en el *BOE* (18 de marzo de 2015) se procede a la licitación de la obra por el procedimiento de urgencia y no por el de emergencia como es

* Contratado doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna.

** La evaluación del impacto ambiental surge en el fin de los años 60 en Estados Unidos con el nombre de «environmental impact assessment» (EIA). En 1969 se aprueba la «National Environmental Policy Act», (NEPA), que constituye el primer ejemplo de normativa de evaluación ambiental.

normal y lógico para situaciones supuestamente catastróficas o de emergencia (Resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2014 por la que se convoca procedimiento abierto, para la adjudicación de las obras de Protección del frente litoral de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife, *Boletín Oficial del Estado* n.º 183, de 29 de julio de 2014). Posteriormente, la Autoridad Portuaria adjudica la obra a la empresa Sacyr Construcción S.A. (Resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 7 de octubre de 2014 por la que se hace pública la formalización del contrato de las obras de «Protección del frente litoral de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife», *Boletín Oficial del Estado* n.º 250, de 15 de octubre de 2014), todo ello, subrayamos, sin haberse publicado la correspondiente Declaración de Emergencia de la obra en el *Boletín Oficial del Estado*, tal y como establece el art. 8.4 apartado b) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación de Impacto Ambiental.

El proyecto se pretende ubicar a escasos metros de una zona que ya fue objeto de una Declaración de Impacto Ambiental mediante la resolución de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente de 17 de septiembre de 2014, esta vez sobre el denominado puerto deportivo de San Andrés, Tenerife (*Boletín Oficial del Estado* n.º 239, de 2 de octubre de 2014). Dicha Declaración de Impacto Ambiental resultó ser desfavorable al afectar a una Zona de Especial Conservación denominada Sebadales de San Andrés (Código ES7020120)¹. La zona señalada en la referida Declaración de Impacto Ambiental coincide, justamente, con el lugar en el que se pretende ubicar el dique de San Andrés.

Ante este supuesto de hecho, dos asociaciones ecologistas, concretamente ATAN (Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza) y la Federación Ben Magec-Ecologistas en Acción, deciden emprender acciones legales contra el referido proyecto.

¹ La mencionada declaración resalta que «además de este impacto, otras dos actuaciones pudieran tener impactos acumulados o sinérgicos con el proyecto: la tercera fase de defensa del ensanche de la explanada de la dársena de pesca del puerto de Santa Cruz de Tenerife, ya finalizada, y el proyecto de protección del frente litoral de San Andrés, Santa Cruz de Tenerife, en fase de evaluación». Asimismo, la antedicha Resolución resalta en su punto 5.3, dedicado a la valoración del órgano ambiental sobre los impactos ambientales significativos del proyecto, que «aunque no parece que la ejecución del proyecto afecte directamente a estos hábitats dentro de los límites de la ZEC Sebadal de San Andrés, la consideración realizada para el conjunto de sebadales se puede extender a este espacio protegido, teniendo en cuenta que el principal objeto de protección del espacio es el hábitat de interés comunitario 1110 Bancos de arena cubiertos permanentemente por agua marina, poco profunda y, dentro de ese hábitat, las praderas de *Cymodocea nodosa*. Estas praderas se extienden, presentando incluso una mayor densidad de plantas, por fuera de los espacios actualmente protegidos, por lo que la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar considera que sería deseable proteger los escasos sebadales existentes fuera de la zona protegida y plantear una ampliación de las zonas de la Red Natura 2000 para que esté suficientemente representado ese tipo de hábitat natural de interés comunitario».



B) LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Presentado de forma sucinta el supuesto de hecho, nos adentramos a comentar el proceso judicial que concluye con la sentencia del Tribunal Supremo 856/2017, de 17 de mayo. Para ello estudiaremos como dos piezas con identidad propia el auto acaecido sobre las medidas cautelares y la resolución recaída sobre el fondo del asunto.

Las medidas cautelares.

El auto del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2015 resuelve las medidas cautelares solicitadas en la demanda de fecha 19 de mayo de 2015 por la que se interpone recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declara excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto «Protección del frente litoral de San Andrés». En dicho escrito, mediante su otrosí digo primero, se solicitaba la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la obra de ejecución del precitado proyecto.

En la demanda se aducía que el acuerdo recurrido y que excluía el proyecto de evaluación ambiental no obedece, tal y como establece la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en su art. 8.3 apartado b), a obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia cuanto a la conveniencia de suprimir los obstáculos ambientales que pudieran impedir la ejecución de las obras. Desechado que se trata de un proyecto para reparar una infraestructura, sostiene que no hay urgencia en la tramitación de la obra debido a las siguientes razones: a) la publicación del acuerdo impugnado, de 27 de junio de 2014, no se produjo hasta ocho meses más tarde, el 18 de marzo de 2015; b) no se ha empleado el procedimiento de contratación de emergencia previsto en el artículo 113 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y c) las obras de emergencia responden siempre a situaciones catastróficas ya acaecidas y cuya ejecución no puede demorarse, no a un riesgo futuro.

Asimismo, en la demanda se afirma que el daño ambiental que se produciría con la ejecución de las obras no es hipotético, sino real, y se encuentra contrastado por la propia Administración, ya que la Secretaría de Estado de Medio Ambiente aprobó por resolución de 17 de septiembre de 2014 una Declaración de Impacto Ambiental desfavorable respecto al proyecto de modificación del puerto deportivo de San Andrés (Tenerife), que se pretendía construir en la misma zona. En dicha declaración se puso de relieve que si bien determinados sebadales con praderas de *Cymodocea nodosa* ya protegidos no resultan directamente afectados, se apreciaba la conveniencia de ampliar dicha protección justamente extendiéndose hacia la zona en la que se pretende ubicar las obras.

El Tribunal Supremo lleva a cabo el correspondiente juicio de ponderación entre los intereses implicados y razona, con base a los argumentos del acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014 (una alusión genérica a la presencia de riesgos para los intereses económicos y para la vida de las personas), que «la existencia de tales riesgos, cuya realidad no se puede negar, hace que deban prevalecer los intereses generales asociados a la prevención de los mismos, especialmente en cuanto pueden afectar a personas», denegando, de esta forma, la suspensión de la ejecución de la obra.



Pues bien, si ciertamente el sentido de la resolución de las medidas cautelares depende de una adecuada ponderación de los intereses en juego, se echa de menos una verdadera confrontación de dichos intereses por parte del Tribunal, pues se limita a reproducir los datos del mencionado acuerdo del Consejo de Ministros sin enfrentarlos a los documentos presentados por los recurrentes, en los que se acredita la previsibilidad del fenómeno de inundación del pueblo por el mar con al menos siete días de antelación (por lo que el riesgo para la vida humana queda descartado y los riesgos económicos matizados al poderse implementar medidas de prevención) y se acreditan de forma fehaciente los daños que la obra puede provocar al medio ambiente, mediante una Declaración de Impacto Ambiental de la propia Administración actuante.

En esta ponderación pretendidamente técnica, el Tribunal no valora, a nuestro entender, los documentos presentados por la parte recurrente (la parte demandada no presentó prueba alguna). En este punto creemos que se debería haber acudido a un perito de oficio para ponderar, con más elementos de juicio, los intereses en juego, tal y como dispone el art. 60.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a cuyo tenor «el Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto». Aunque este precepto está referido a la tramitación del proceso encaminado a dictar sentencia, se puede entender de aplicación al proceso de toma de decisión en un auto de medidas cautelares.

El voto particular sobre el auto emitido por el magistrado D. Eduardo Calvo Rojas² se decanta con claridad en sentido contrario al auto. En un voto particular que sorprende por su tono categórico, el mencionado magistrado va desgranando las razones por las que, a su entender, el Tribunal Supremo debió acceder a la suspensión de la ejecución de la obra:

Primera: siendo requisito necesario para la adopción de una medida cautelar que la ejecución del acto «... pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso» (artículo 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), parece innegable que se cumple, pues al ejecutarse la obra de construcción del espigón quedaría privada de toda eficacia y virtualidad una sentencia que estimase el recurso y declarase la ilegalidad de la obra por no haberse sometido esta a previa evaluación ambiental.

Segunda: no se puede argumentar la exclusión de evaluación por razones de urgencia de la obra cuando la propia Administración tardó más de ocho meses y medio en publicar el acto administrativo³, tiempo más que suficiente para haber llevado a cabo la propia evaluación ambiental.

² Curiosamente el referido magistrado no forma parte del Tribunal que redactó la sentencia.

³ El magistrado autor del voto particular formula la siguiente reflexión: «Si tan urgente era la obra que no podía soportar el trámite de evaluación ambiental, ¿por qué se pierde tanto tiempo en la publicación del acuerdo? Por lo demás, un procedimiento de evaluación ambiental realizado con



Tercera: el auto señala que la supresión de la necesidad de realizar el estudio de impacto ambiental no implica la ausencia de medidas correctoras del medio ambiente, pues estas se contemplan en el estudio realizado por la Autoridad Portuaria que es órgano sustantivo de la obra. Sin embargo, el magistrado autor del voto particular discrepa al entender que se trata de un razonamiento escasamente consistente, «pues la previsión de algunas medidas correctoras de ninguna manera suple la ausencia de evaluación ambiental, que es trámite preceptivo según la normativa estatal y comunitaria europea de aplicación y del que, como es sabido, debe formar parte el correspondiente «estudio de alternativas, (...) y nada de esto se ha llevado a cabo, por lo que dichas medidas correctoras son claramente insuficientes».

En definitiva, se trata de un auto muy discutible y en este caso discutido en el seno del propio Tribunal Supremo.

1) *La resolución sobre el fondo del asunto*

Recapitulando los hechos, se impugna por parte de unas asociaciones ecologistas la resolución del Consejo de Ministros por la que se excluye de evaluación ambiental la ejecución de un dique de importantes dimensiones frente al pueblo de San Andrés, a escasos metros de una Zona de Especial Conservación, ignorando un procedimiento de evaluación ambiental ordinario sobre la misma obra en plena tramitación y en una zona en la que un proyecto de parecidas características ya había sido objeto de una Declaración de Impacto Ambiental negativa.

Partiendo de las situaciones descritas, y dado el carácter excepcional señalado en la Ley respecto a la no aplicación a proyectos de la técnica de la evaluación ambiental⁴, se antojaba, *a priori*, complicado que el caso del dique de San Andrés concluyera con una sentencia que no fuera la nulidad de pleno derecho del acuerdo

la debida diligencia podría haberse tramitado y resuelto en menos tiempo del que se perdió con la tardanza en la publicación del acuerdo».

⁴ Por la importancia del precepto para la resolución del caso, reproducimos a continuación el art. 8.3 de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental: «El Consejo de Ministros, en el ámbito de la Administración General del Estado, y el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma, en su respectivo ámbito de competencias, podrán, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En particular, el Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado y, en su caso, el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma en su respectivo ámbito de competencias, con arreglo a lo previsto en el apartado anterior y caso por caso, podrá determinar si procede la exclusión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en proyectos de: a) Construcción de centros penitenciarios, o en aquellos proyectos declarados de especial interés para la seguridad pública por las administraciones competentes. b) Obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia».



del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, por el que se declaraba excluido del procedimiento de evaluación de impacto ambiental dicho proyecto. Sin embargo, el Tribunal Supremo certificó la legalidad del acuerdo en base a las siguientes consideraciones que pasamos a analizar:

Primera: el Tribunal Supremo entiende en su Fundamento Jurídico Segundo que el art. 8.3 de la Ley de Evaluación Ambiental establece la circunstancia habilitante para la exclusión de la evaluación de proyectos de forma genérica en el párrafo primero del apartado 3 («supuestos excepcionales»), para después proceder en el segundo párrafo a enumerar, a modo simplemente enunciativo (con una enumeración ejemplificadora, sostiene el Tribunal), los casos de centros penitenciarios o proyectos de interés para la seguridad pública, las obras de reparación de infraestructuras críticas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y las obras de emergencia, pero en ningún caso considera tales circunstancias como supuestos tasados para la exención de la evaluación de impacto ambiental. La expresión «en particular» apela, a juicio del Tribunal Supremo, a la introducción de una serie de supuestos que constituyen un *numerus apertus* de casos que no pretenden cerrar las materias objeto de exclusión de evaluación ambiental.

La interpretación realizada por el Tribunal Supremo del art. 8.3 de la Ley de Evaluación ambiental es, cuando menos, cuestionable. El precepto tiene una innegable vocación de excluir, y además con carácter excepcional, proyectos que deberían ser objeto de una evaluación ambiental y, por tanto, entendemos que la voluntad del legislador fue en todo momento la de establecer una lista de *numerus clausus*, esto es, de supuestos tasados a los que se podría aplicar esta posibilidad, repetimos, excepcional.

Avala esta postura el hecho de que en el mismo artículo estudiado, en particular en los apartados uno y dos, se citan los supuestos de planes y programas excluidos de evaluación ambiental estratégica⁵ y los proyectos excluidos⁶ de evaluación ambiental, respectivamente, como un listado de *numerus clausus* y no como *numerus apertus*. El apartado tres no puede ir en sentido contrario a los apartados precedentes, y no se entendería que el legislador optara por establecer una enumeración ejemplificadora de dos supuestos excepcionales, no se sabe exactamente con qué finalidad, frente a la técnica utilizada en los apartados uno y dos del art. 8.

Es más, el hecho de que uno de los supuestos sea un caso tan particular como es el caso de la construcción de centros penitenciarios, lejos de subrayar el carácter abierto y meramente ejemplificativo de la lista, determina exactamente lo contrario.

⁵ El referido precepto dispone que «esta Ley no se aplicará a los siguientes planes y programas: a) Los que tengan como único objeto la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia. b) Los de tipo financiero o presupuestario».

⁶ «a) Los relacionados con los objetivos de la defensa nacional cuando tal aplicación pudiera tener repercusiones negativas sobre tales objetivos. b) Los proyectos detallados aprobados específicamente por una Ley. Estos proyectos deben contener los datos necesarios para la evaluación de las repercusiones de dicho proyecto sobre el medio ambiente y en la tramitación de la Ley de aprobación del proyecto se deben cumplir los objetivos establecidos en esta Ley».





La inclusión de dicho supuesto en la Ley 21/2013 de evaluación ambiental se debe a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, correspondiente al recurso 110/2009 por el que se impugna la resolución de 12 de diciembre de 2008, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 2008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un nuevo centro penitenciario en la ciudad de Pamplona (Navarra). Esta sentencia supuso la anulación del mencionado acuerdo. La normativa de aplicación⁷ no señalaba en ningún momento a este tipo de centros; es más, ni tan siquiera incluía un listado de casos excluidos de evaluación ambiental sino simplemente una referencia genérica a supuestos excepcionales. El hecho de que la Ley 21/2013 sí lo haga, independientemente del reproche que se pueda formular a un legislador que produce una norma al dictado de lo acaecido en una sentencia, indica de forma palmaria la importancia de incluir casos tasados para asegurar, de esta forma, que sean objeto de exclusión de evaluación ambiental.

En cuanto a los aspectos formales, estudiamos, principalmente, el cambio de un procedimiento ordinario de evaluación ambiental a otro extraordinario que supone su exclusión de evaluación ambiental y la importancia de la motivación del acuerdo del Consejo de Ministros.

No existe referencia alguna en el acuerdo impugnado a la existencia de un procedimiento de evaluación ambiental ordinario en pleno desarrollo y que se encontraba, en el momento de producción del acuerdo objeto de la sentencia, en un avanzado estado, esto es, en plena fase de exposición al público del estudio de impacto ambiental y del proyecto para que se pudieran formular alegaciones a los referidos documentos. No se trataba, como suele suceder en estos casos, de un acuerdo del Consejo de Ministros tomado ante una situación catastrófica o de urgencia que no admite demora y que debe prescindir de la incoación del procedimiento ordinario, más garantista pero más largo y complejo⁸, sino, muy al contrario, de

⁷ La Disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, al tratar la exclusión de proyectos del trámite de evaluación de impacto ambiental por motivos excepcionales disponía en su apartado primero que «el Consejo de Ministros, en el ámbito de la Administración General del Estado, y el órgano que determine la legislación de cada comunidad autónoma, en su respectivo ámbito de competencias, podrán, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado del trámite de evaluación de impacto ambiental. En tales casos, se examinará la conveniencia de someter el proyecto excluido a otra forma de evaluación».

⁸ En este sentido debemos subrayar que los Acuerdos del Consejo de Ministros por los que se ha declarado la exclusión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de los últimos cinco años responden todos a la necesidad de paliar un daño objetivo provocado por las fuerzas de la naturaleza (fundamentalmente destrozos producidos por temporales de mar y por avenidas de ríos) y no a una infraestructura motivada por razones preventivas. En este sentido sirvan para acreditar esta afirmación la resolución de 20 de junio de 2014, de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, por el que se declaran excluidas del trámite de evaluación ambiental las obras de emergencia producidas por los temporales del mes de febrero de 2014 en la Comunidad Autónoma del País Vasco, *Boletín Oficial del Estado* n.º 158, de 30 de junio de 2014, y la Resolución de 22 de septiembre

cambiar, por razones estratégicas, el procedimiento ordinario por otro excepcional. La fundamentación de dicho cambio debe ser parte nuclear del cuerpo del acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2014, y, sin embargo, no existe dicha fundamentación en el contenido de ese acuerdo; es más, ni siquiera se subraya, al menos, qué urgencia repentina pudo acaecer entre el inicio del procedimiento ordinario de evaluación ambiental y el acuerdo del Consejo de Ministros que merezca este giro copernicano hacia un nuevo procedimiento que supone la exención de evaluación ambiental del proyecto. Este hecho se explica menos cuando el cambio a un procedimiento carente de evaluación ambiental se produce en un ámbito de gran importancia y sensibilidad ecológica por la presencia de una Zona de Especial Protección como es la de los Sebadales de San Andrés.

En este sentido el Tribunal Supremo razona que «No obsta a lo anterior el que el procedimiento se iniciase en su modalidad ordinaria y que en un momento posterior se decidiese hacer uso de la previsión del artículo 8.3 de la Ley de Evaluación Ambiental. El hecho de que los fenómenos catastróficos en cuestión suelen producirse en el mes de septiembre, puede explicar que en un determinado momento se entendiese conveniente avanzar las obras con mayor rapidez para tratar de finalizarlas antes de dicha fecha». Por tanto, el Tribunal Supremo avala en esta sentencia que un acto administrativo que debe contener elementos de justificación de gran calado⁹ no motive a qué se debió el cambio de un procedimiento ordinario de evaluación ambiental a uno excepcional¹⁰, y que despache esta cuestión de vital importancia con una párrafo que tiene más que ver con una suposición que con un verdadero razonamiento jurídico.

II) *La contratación administrativa de la obra*

Recordemos que, según los hechos descritos y no discutidos en la sentencia, en el intervalo entre el anuncio del Consejo de Ministros (junio de 2014) y el anuncio de exclusión del proyecto de evaluación ambiental con su tardía publicación en el

de 2010, de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 30 de julio de 2010, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto Obras de emergencia recuperación de las arenas de las playas dañadas por los temporales 2009-2010 en la provincia de Cádiz y se toma razón de la ejecución de las obras correspondientes, por importe de 1 500 000 euros, *Boletín Oficial del Estado* n.º 241, de 5 de octubre de 2010.

⁹ No en vano el apartado cuarto del art. 8 de la Ley 21/2013, que describe el procedimiento que debe seguir la Administración para proceder a dicha exclusión, subraya la necesidad de dicha motivación disponiendo en la letra b) que «El acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente. Adicionalmente, se pondrá a disposición del público la información relativa a la decisión de exclusión y los motivos que la justifican, y el examen sobre las formas alternativas de evaluación del proyecto excluido».

¹⁰ De hecho, en la demanda se exhiben dos documentos de la propia Autoridad Portuaria en los que declaraba que no veía la existencia de una situación de urgencia y por lo tanto no apreciaba la necesidad de excluir el proyecto de evaluación ambiental.



BOE (18 de marzo de 2015) se procede a la publicación de la licitación de la obra (julio de 2014) por el procedimiento de urgencia, y no por el de emergencia como es normal y lógico para situaciones supuestamente catastróficas o de emergencia, y a la posterior adjudicación a la empresa Sacyr Construcción S.A. de dicha obra (octubre de 2014), todo ello, subrayamos, sin mediar la correspondiente publicación de la Declaración de Emergencia de la obra en el *Boletín Oficial del Estado*, tal y como exige el art. 8.4 apartado b) de la Ley 21/2013, de Evaluación de Impacto Ambiental.

El Tribunal Supremo entendió ajustado a la legalidad que un proyecto que se excluye de evaluación ambiental porque debe ser ejecutado de inmediato sea objeto de una tramitación administrativa respecto a su contratación que no busca acortar los plazos, aunque ello suponga una demora en la realización de la obra¹¹.

Asimismo, y lo que es más preocupante, el Tribunal Supremo avala que se proceda a la licitación de la obra sin que exista en el mundo del derecho un acto administrativo que sirva de cobertura para la ejecución de la obra, calificando este hecho de «anomalía», o, para ser más precisos desde el punto de vista jurídico, como una irregularidad no invalidante. Sin embargo, debemos subrayar que el acto administrativo no despliega sus efectos y, por lo tanto, no existe para el mundo jurídico hasta, en este supuesto, su publicación, que además viene mandatada por la Ley de evaluación ambiental (art. 8.4, sobre la necesidad de publicar en el *BOE* el acuerdo de exclusión y los motivos que lo justifican). Pues bien, el Tribunal Supremo da por bueno que el anuncio que aparece en la web de la Moncloa en el que se da un mero tratamiento periodístico a las cuestiones tratadas semanalmente en el Consejo de Ministros sea suficiente para legitimar un procedimiento de contratación administrativa de una obra, otorgando efectos jurídicos a una publicación que en ningún caso sustituye al *BOE* y que no cumplía con las exigencias legales puesto que no contenía los motivos justificantes de la exclusión de la obra. Se trata de un peligroso salto al vacío por parte del Tribunal Supremo cuyas consecuencias prácticas pueden

¹¹ El Tribunal Supremo razona en el Fundamento Jurídico Tercero que «el que la licitación se efectuase por el procedimiento ordinario resulta irrelevante, pues aunque en casos de extrema urgencia sería lo lógico emplear el procedimiento de urgencia, ello no resulta obligado por el hecho de haber acordado prescindir del informe de evaluación ambiental. En el caso de autos, puede explicarse la utilización del procedimiento de contratación ordinario tanto porque se considerara que era suficiente como para acabar en plazo las obras como por la propia circunstancia de no haberse publicado todavía el acuerdo impugnado del Consejo de Ministros, puesto que era dicho acuerdo el que expresamente justificaba la necesidad de actuar con prontitud para finalizar las obras antes de finales de agosto o principios de septiembre». Es decir, que el haber acudido a un procedimiento de contratación más dilatado en el tiempo se justifica en la sentencia razonando que podría ser conveniente pero no era obligatorio acudir a la tramitación de urgencia y que, de alguna forma, así se ganaba tiempo para que se procediera a la publicación del acuerdo que justificara la necesidad de actuar con prontitud. Lo cierto es que la publicación de la resolución fue de alguna forma provocada por los propios recurrentes al comunicar tanto a la Autoridad Portuaria como a la empresa adjudicataria del contrato la posibilidad de presentar una querrela criminal por daños contra el medio ambiente ante el anuncio de que se iba a comenzar la obra en el mar sin existir acto administrativo alguno publicado que legitimara la ejecución de dicha obra.

ser muy graves y atentan contra los elementos básicos que conforman la teoría general del acto administrativo¹².

III) *Aportaciones de lege ferenda*

Ante las graves consecuencias que se pueden derivar a partir de esta sentencia, nos permitimos realizar unas aportaciones de *lege ferenda* que puedan reconducir futuras situaciones.

Primera: el Tribunal Supremo no está habituado a llevar a cabo una verdadera valoración de los medios de prueba dados el carácter eminentemente casacional de este Tribunal y una jurisprudencia asentada que apunta que «cualquier alegación referida a una desacertada apreciación de la prueba debe partir de la premisa de que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los hechos relevantes para decidirlo incumben en exclusiva a la Sala sentenciadora, que no puede ser suplantada o sustituida en tal actividad por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no constituye motivo de casación en este orden contencioso-administrativo». La regla general descrita solamente se rompe en casos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba; la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba, ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, o a la formulación de presunciones; o, en fin, cuando se alegue que el resultado de dicha valoración es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad. El hecho de que el Tribunal Supremo actuara en este caso en primera y única instancia y no como tribunal casacional y, por tanto, pudiendo entrar de lleno en la valoración de las pruebas documentales presentadas no hace sino subrayar lo dicho en líneas anteriores, esto es, la falta de costumbre del mencionado Tribunal en cuanto a la valoración real de las pruebas.

En este sentido se propone que cuando el Tribunal Supremo actúe en primera y única instancia, y para el caso de que se presenten pruebas documentales, se pronuncie sobre cada una de las piezas probatorias.

Segunda: se debe evitar, como en el caso estudiado, que el mismo magistrado ponente de las medidas cautelares sea el ponente de la sentencia. Este hecho, que resulta algo habitual en la organización del reparto de asuntos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, va en contra de las garantías que se deben implementar para la consecución de un juicio justo. Independientemente de que la decisión final sea

¹² El Tribunal Supremo señala en el Fundamento Jurídico Tercero que «no puede considerarse que el retraso en la publicación del acuerdo o la licitación del proyecto por el procedimiento ordinario sin la previa publicación del acuerdo supongan la ausencia total y absoluta de procedimiento. Procedimiento hubo y en él se inserta el acuerdo impugnado, siendo sin duda la publicación meses después de aprobarse una anomalía, pero en modo alguno esencial y que equivalga a la ausencia de procedimiento».



colegiada, el hecho descrito solamente responde, a nuestro entender, a la precariedad de recursos humanos y materiales que aquejan a la justicia española, favoreciendo un caldo de cultivo en el que el magistrado que haya entendido del asunto desde el principio (como es el caso del auto de medidas cautelares) sea también el ponente de la sentencia.

Difícilmente un magistrado, como es el caso, que ha tomado la importante decisión de no suspender la ejecución de una obra (o al contrario) va a dictar una resolución judicial anulando el acuerdo impugnado, con la consiguiente retroacción al momento anterior de la producción del acto y, por consiguiente, la *restitutio in natura* o restablecimiento de lo ejecutado a la realidad anterior. Es más, incluso la habitual implementación por parte de los jueces y tribunales del principio de *fumus bonis iuris*, que no discutimos aquí, nos llevaría a la conclusión de que el magistrado ponente ya empieza a vislumbrar cuáles son los argumentos jurídicos que avalan la no suspensión de la obra y que exhibirá con posterioridad en la sentencia. Por otra parte, la existencia de un voto particular, añadimos, muy beligerante respecto a la resolución adoptada, en el auto que decidió sobre las medidas cautelares, debió motivar, en su momento, que fuera un magistrado distinto el ponente de la sentencia. Se trata, al fin, de una técnica utilizada en el ámbito sancionador administrativo (la diferenciación entre órgano instructor y decisor) que, *mutatis mutandis*, entendemos de aplicación para este tipo de casos en los que una decisión sobre las medidas cautelares puede comprometer la objetividad de la resolución sobre el fondo del asunto.

En este sentido se propone una modificación de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, en el sentido apuntado en aras de garantizar una mayor objetividad de la justicia.

En definitiva, y de forma sintética, la sentencia comentada avala, entre otras cosas, que se excluya un proyecto de obra de evaluación ambiental en una zona con una Declaración de Impacto Ambiental negativa, sin haberse declarado concluida una evaluación ambiental ordinaria ya iniciada y que se ejecute dicha obra mediante un contrato adjudicado sin que haya existido previamente acto administrativo alguno que legitimara dicha exención.

Malos tiempos para la lírica.

RECIBIDO: marzo de 2018, ACEPTADO: abril de 2018



COMENTARIO DE LEGISLACIÓN /
COMMENTARY ON LEGISLATION

APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Carlos Trujillo Cabrera*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El 25 de mayo de 2018 entró en vigor el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, que modifica en gran medida el régimen que hasta ahora se venía aplicando por la Directiva 95/46/CE y la Ley Orgánica de Protección de Datos que la transponía. El presente trabajo realiza una aproximación inicial al tratamiento que del consentimiento se ha venido realizando en la referida normativa en materia de protección de datos, y en qué medida ese tratamiento va a verse modificado como consecuencia de la aprobación del Reglamento, con la finalidad de determinar si dichas modificaciones constituyen o no una mejora a la protección de los titulares de los datos sometidos a tratamiento.

PALABRAS CLAVE: tratamiento de datos, consentimiento, reglamento general de protección de datos.

THE CONSENT TO DATA PROCESSING IN THE NEW EUROPEAN GENERAL DATA PROTECTION REGULATION

ABSTRACT

On 25th May 2018, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, which greatly modifies the regime that has so far been applied by Directive 95/46/EC and the *Ley Orgánica de Protección de Datos* that transposed it, entered into force. This paper provides an initial approach to the processing of consent in the aforementioned legislation on data protection, and the extent to which such processing will be modified as a result of the adoption of the Regulation, in order to determine whether or not such modifications constitute an improvement in the protection of the data subjects subject to processing.

KEYWORDS: personal data processing, consent, european law.

DOI: <http://doi.org/10.25145/j.anfade.2017.34.004>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 34; septiembre 2017, pp. 67-75; ISSN: e-2530-8319



INTRODUCCIÓN

Desde principios de los años setenta, los avances experimentados a la hora de recoger y tratar datos han puesto de manifiesto la necesidad de establecer mecanismos jurídicos que permitan proteger a las personas de los riesgos que se derivan de un posible tratamiento indebido de sus datos personales. Desde esta perspectiva, la privacidad de los datos personales ha estado estrechamente relacionada con la denominada autodeterminación informativa¹, argumentando que las personas deberían poder determinar de forma independiente qué tipo de información sobre sí mismas se puede recopilar y tratar, así como las circunstancias y condiciones de dicha recopilación y tratamiento.

Con esta finalidad, las normas en materia de protección de datos han tenido precisamente como objetivo el garantizar la autodeterminación de las personas, fundamentalmente a través de la posibilidad de tomar una decisión con conocimiento de causa y de optar por aceptar o rechazar las condiciones de recogida y tratamiento de datos, expresando libremente –o denegando– su consentimiento con conocimiento de causa.

El presente trabajo pretende únicamente realizar una aproximación inicial al tratamiento que de dicho consentimiento se ha venido realizando en la normativa en materia de protección de datos (tanto en la europea como en la estatal), y en qué medida ese tratamiento va a verse modificado como consecuencia de la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos, cuyos efectos comenzarán a desplegarse el próximo 25 de mayo de 2018, con la finalidad de determinar si dichas modificaciones constituyen o no, en realidad, una mejora a la protección de los titulares de los datos sometidos a tratamiento, como el Reglamento parece afirmar.

EL CONSENTIMIENTO COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

El derecho a la protección de datos personales encuentra su primer antecedente en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el que se afirmaba que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o

* Prof. ayudante doctor (acreditado contratado doctor).

¹ Fórmula tomada de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo, y que hace referencia al control que ofrece a las personas sobre el uso que puedan hacer terceros de información sobre ellas mismas. A pesar de no estar recogida como tal en el Derecho positivo, ha tenido gran aceptación en la doctrina. *Vid.*, en este sentido, P.L. Murillo de la Cueva, «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad», en P.L. Murillo de la Cueva y J.L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 11 y ss.

a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques», y fue posteriormente recogido en numerosos cuerpos normativos, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales o el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, o el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, en el que solo se consideraba lícita la utilización de estos datos por un tercero cuando los mismos se hubieran obtenido con el consentimiento inequívoco de los afectados, debidamente informados, o con autorización legal explícita².

En el caso concreto de España, la primera referencia se encuentra en el artículo 18.4 de la Constitución española, que dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», y cuyo mandato dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD).

Sin embargo, en el año 1995 se aprobó el que sería a partir de entonces el texto europeo de referencia en materia de protección de datos personales, la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta Directiva fue transpuesta en España de la mano de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo.

Ambas normas tomaron como base el art. 18.4 CE, tal y como refrendó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000 [RTC 2000, 292], en la que afirmaba que en varias decisiones anteriores el Tribunal ya había declarado que el art. 18.4 CE contenía, en los términos de su Sentencia 254/1993 [RTC 1993, 254], un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, era en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”», lo que se ha dado en llamar «libertad informática» (F. 6, reiterado luego en numerosas sentencias posteriores [RTC 1994, 143; RTC 1998, 11; RTC 1998, 94; RTC 1999, 202]).

A partir de esta afirmación, establecía el Tribunal Constitucional que la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación posee una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. De esta manera, esa llamada «libertad informática» constituye un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que

² P.L. Murillo de la Cueva, *op. cit.*, p. 26.



determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

De esta manera, el contenido esencial³ del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

EL CONSENTIMIENTO EN LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, Y EN SUS NORMAS DE DESARROLLO

La propia Directiva 95/46/CE, de la que trae causa la vigente LOPD, dispone que todo tratamiento de datos personales exige una base jurídica que lo legitime. Tales bases jurídicas están tasadas en su artículo 7, que solo considera como legítimas la existencia de consentimiento inequívoco del afectado o bien que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte, el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, la protección del interés vital del interesado, el cumplimiento de una misión de interés público, o la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento.

De lo indicado hasta ahora resulta evidente que el principio del consentimiento constituye uno de los pilares esenciales del derecho fundamental a la protección de datos⁴, de tal manera que el mismo solo podrá ser obviado en los casos en que una norma con rango de Ley así lo justifique⁵. Tal es el sentido que se desprende del artículo 6 LOPD cuando afirma que «el tratamiento de datos de

³ J. Plaza Penadés, «El nuevo modelo de protección de datos personales europeo y el modo de obtener un consentimiento lícito», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 44, Navarra, 2017, p. 26.

⁴ J. Morales Barceló, «Big Data y protección de datos: especial referencia al consentimiento del afectado», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 44, Navarra, 2017, p. 151.

⁵ J. Álvarez Hernando, *Practicum Protección de Datos 2018*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 94.

carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa».

En este sentido, tanto el artículo 2 de la Directiva 95/46/CE como los artículos 3.h) LOPD y 5.1.d) de su Reglamento definen el consentimiento como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen».

Por tanto, para que el consentimiento pueda constituir una base jurídica legítima para el tratamiento de datos personales, es necesario que el mismo cumpla con una serie de requisitos. En primer lugar, el consentimiento debe ser libre, sin que exista, por tanto, ningún tipo de coacción, coerción o imposición. Además, el consentimiento debe ser inequívoco⁶, y, por tanto, sin que haya dudas acerca de que el mismo se ha producido⁷. Nótese, sin embargo, que la necesidad de que sea inequívoco no afecta a la forma en que pueda manifestarse, no siendo necesario que el consentimiento se preste de forma expresa⁸ o de forma escrita⁹, salvo que nos encontremos ante el tratamiento de datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias¹⁰, en cuyo caso el artículo 7.2 LOPD exige que el consentimiento sea expreso y por escrito¹¹, y siempre que, previamente, se informe al titular de los datos de que no está obligado a proporcionarlos (artículo 7.1 LOPD).

Por último, es necesario que el consentimiento sea específico, esto es, referido a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima; y que sea informado, de manera que el afectado debe conocer y ser plenamente consciente, con anterioridad al tratamiento, de su existencia y de las finalidades para las que se produce.

De los anteriores requisitos que deben configurar el consentimiento válidamente emitido se deriva la posibilidad de que el consentimiento, salvo en el caso de datos sensibles, pueda ser tácito, entendido como tal aquel consentimiento que se deriva de una falta de actividad por parte de un interesado que es consciente y conoce que se está produciendo un tratamiento con sus datos personales. No obstante lo

⁶ J.M. Fernández López, «Artículo 6. Consentimiento del afectado», Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Aranzadi, 2010, p. 454 y ss.

⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de 13 de abril de 2005 (JUR 2006, 238672), que destaca cómo el requisito de inequívoco, derivado de la Directiva 95/46/CE, constituye una novedad respecto de la anterior regulación contenida en la LORTAD.

⁸ Regulado con mayor detalle en el artículo 14 del Reglamento de la LOPD. *Vid.* J. Zabía de la Mata, «Artículo 14. Forma de recabar el consentimiento», Protección de Datos. Comentarios al Reglamento, Lex Nova, 2008, p. 193 y ss. Igualmente, dispone el Informe Jurídico 000/2000, de la Agencia Española de Protección de Datos, que «de lo que se ha indicado se desprende que de las características del consentimiento no se infiere necesariamente su carácter expreso en todo caso, razón por la cual en aquellos supuestos en que el legislador ha pretendido que el consentimiento deba revestir ese carácter, lo ha indicado expresamente...».

⁹ De acuerdo con el Informe Jurídico 0081/2009, de la Agencia Española de Protección de Datos, pág. 3, «para que pueda hablarse de consentimiento inequívoco se exige la realización de una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento».

¹⁰ P.L. Murillo de la Cueva, *op. cit.*, p. 51.

¹¹ P.L. Murillo de la Cueva, *op. cit.*, p. 50.



anterior, dicho consentimiento tácito debía ser tratado «con gran delicadeza» cuando estaban en juego «derechos constitucionales básicos»¹².

EL CONSENTIMIENTO EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LOS POSIBLES PROBLEMAS QUE PUEDEN DERIVARSE

El *Diario Oficial de la Unión Europea* publicó el 4 de mayo de 2016 el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; más conocido por el nombre «Reglamento General de Protección de Datos». Aunque de acuerdo con su artículo 99, el RGPD entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOUE*, se establecía en el apartado segundo de dicho precepto que será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

El RGPD regula en su artículo 4.11 el concepto de consentimiento del interesado en los siguientes términos: «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». De esta manera, resulta evidente que el consentimiento solo puede expresarse de dos formas: bien mediante una declaración, o bien mediante una acción, en ambos casos debiendo ser clara y afirmativa. Por ello, el consentimiento tácito ya no sería posible¹³. Por su parte, el considerando (32) del RGPD refuerza esta afirmación al aclarar determinadas situaciones que no pueden tener la consideración de consentimiento: el silencio, las casillas previamente seleccionadas o la inacción¹⁴. Por tanto, el RGPD exige que el consentimiento sea siempre expreso y que el mismo abarque a todas las finalidades que vaya a tener el tratamiento de los datos.

Tal y como indica el RGPD en sus primeros considerandos, fundamentalmente los (6), (7), (8) y (9), la finalidad del mismo no es otra que reforzar la protección jurídica de las personas que se mueven en un mundo cada vez más tecnológico y globalizado, en el que los datos personales son utilizados por empresas privadas y autoridades públicas a una escala sin precedentes, y en el que la inseguridad jurídica es cada vez mayor en relación con la protección que se dispensa a las personas físicas, especialmente en sus actividades en línea; lo que se pretende conseguir, entre otras medidas, reforzando el control que el titular de los datos tiene sobre el tratamiento que de los mismos se haga, de tal manera que será necesario su consentimiento expreso

¹² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Primera, de 7 de julio de 2000 (RJCA 2001, 73).

¹³ B. Adsuara Varela, «El consentimiento», en J.L. Piñar Mañas (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Zaragoza, 2016, p. 152.

¹⁴ J. Plaza Penadés, *op. cit.*, p. 37.

para poder llevar a cabo un tratamiento de datos que no se encuentre autorizado por una norma con rango legal.

Este énfasis en la autodeterminación informativa en materia de protección de datos puede parecer, inicialmente, el camino correcto¹⁵, pero parte, a mi juicio, de una idea errónea acerca de cómo actúan los titulares de datos, especialmente en sus relaciones y actividades en línea, donde suelen prestar su consentimiento siempre que se les pide, sin entender a qué y por qué están consintiendo realmente. Consideran en este sentido algunos autores¹⁶ que lo anterior es muestra de una desconexión entre la teoría jurídica, que presupone un titular de los datos racional e informado que toma decisiones conscientes, y la realidad práctica, en la que los titulares de los datos simplemente otorgan su consentimiento sin entender a qué están consintiendo, lo que implica riesgos tanto para los titulares (que pueden consentir involuntariamente a tratamientos no deseados de datos) como para los responsables del tratamiento (que no pueden confiar plenamente en el consentimiento que obtienen). De esta manera, se disminuye el control que los titulares tienen sobre sus datos personales, se crea una falsa sensación de confianza y, en última instancia, se aumentan los riesgos para la privacidad¹⁷.

Como bien se ha señalado¹⁸, cuando se solicita al titular su consentimiento para el tratamiento de datos se le está en realidad advirtiendo que puede tener lugar una transformación potencialmente dañina o legalmente significativa que requiere la atención plena del individuo. Pero en la práctica, lo cierto es que los usuarios rara vez leen los avisos de privacidad, o no los comprenden totalmente, y sin embargo consienten el tratamiento de los datos personales.

Precisamente por ello, la regulación del consentimiento que pretende llevar a cabo el RGPD puede producir, fundamentalmente, dos efectos¹⁹:

1. Una sobrecarga de consentimientos, pues siempre tendrá que ser expreso, lo que implicará una disminución del efecto psicológico que su prestación lleva aparejada, de suerte que se reducirán los efectos del consentimiento como mecanismo de protección contra la divulgación no autorizada de datos.
2. Una sobrecarga de información, pues dada la gran complejidad del tratamiento de datos y los requisitos legales en materia de transparencia y notificación, los avisos de privacidad suelen ser textos largos, difíciles y de alto contenido técnico-jurídico, que, buscando evitar o reducir al mínimo la responsabilidad

¹⁵ M.A. Davara Rodríguez, «Reglamento Europeo sobre protección de datos», *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 2016, p. 3.

¹⁶ B.W. Schermer, B. Custers y S. van der Hof, «The crisis of consent: how stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection», *Ethics and Information Technology*, volumen 16, número 2, Berlin, 2014, p. 171.

¹⁷ B.W. Schermer, B. Custers y S. van der Hof, *op. cit.*, p. 172.

¹⁸ B.W. Schermer, B. Custers y S. van der Hof, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹ B.W. Schermer, B. Custers y S. van der Hof, *op. cit.*, p. 176 y ss.



del responsable del tratamiento de los datos, se hacen tremendamente difíciles de entender por la generalidad de las personas a las que van dirigidos.

Lo anterior socava la noción básica de consentimiento, pues lo cierto es que el consentimiento no es plenamente informado si la persona que lo presta es incapaz de comprender las consecuencias que van aparejadas. En este sentido se manifiesta la ya citada STC 292/2000, al afirmar (FJ 6.º) que «el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos [...]. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin». A ello debe añadirse que, al menos en las actividades en línea, lo normal es que la solicitud de consentimiento se realice mientras el titular de los datos está inmerso en un proceso de toma de decisiones completamente diferente²⁰, como la reserva de las vacaciones, de manera que su no otorgamiento implicaría la privación de las mismas, especialmente si se tiene en cuenta que la mayoría de los servicios en línea utilizan los datos personales como pago por la prestación de un servicio que, en apariencia, resulta gratuito (especialmente notorio en las redes sociales, como Facebook o Instagram). En un contexto como este, en el que el titular de los derechos no tiene más opciones que otorgar el consentimiento, y disfrutar del servicio que desea, o no otorgarlo, y no poder por tanto acceder a ese servicio, resulta evidente que la idea de libertad en la prestación del consentimiento que exigen tanto la Directiva 95/46/CE como el RGPD se ve profundamente mermada, especialmente si, como establece el apartado 4 del artículo 7 del Reglamento, «al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato».

De esta manera, la sobrecarga de consentimiento y la sobrecarga de información conllevan una desensibilización del consentimiento, por cuanto los titulares no toman decisiones activas e informadas cuando se les pide el consentimiento, sino que se limitan a darlo sin sopesar sus posibles consecuencias²¹.

²⁰ B.W. Schermer, B. Custers y S. van der Hof, *op. cit.*, p. 177.

²¹ «The N&C [Note and Consent] mechanism is grounded on the assumption that the expression of consent by ticking a case signifies user knowledge and conscious acceptance of the contractual clauses of every service she utilizes. Such assumption seems more than questionable. Indeed, studies have demonstrated that individuals should spend 8 h a day for 76 days every year to read the ToS and PPs of the websites they visited on average». L. Belli, M. Schwartz y L. Louzada, «Selling your soul while negotiating the conditions: from notice and consent to data control by design», *Health and Technology*, volumen 7, número 4, Berlín, 2017, p. 456.



CONCLUSIONES

Parece evidente que en la actualidad, con la presencia del *big data*, las redes sociales y el denominado internet de las cosas, la necesidad de recabar un consentimiento individualizado del titular de los datos para cada procesamiento de los mismos que se pretenda llevar a cabo resulta complicado²². Siguiendo esta línea de pensamiento, no resulta aconsejable hacer descansar el grueso de la protección que se pretenda dispensar al titular en el consentimiento individual²³.

Frente a ello, se han postulado diversas hipótesis respecto a la mejor manera de acompañar este principio general del tratamiento basado en el consentimiento, bien sea pronunciándose a favor de una vuelta al consentimiento presunto²⁴, bien lo sea a favor de utilizar mecanismos adicionales de tutela que minimicen el número de datos personales tratados y aseguren que, por defecto, solo se tratarán los datos personales imprescindibles y necesarios para cada objetivo o finalidad específica del tratamiento²⁵: son los llamados mecanismos de privacidad desde el diseño («Privacy by Design» o PbD en inglés).

A esta última hipótesis obedece precisamente el artículo 25 del Reglamento General de Protección de Datos, a cuyo tenor el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la pseudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del Reglamento y proteger los derechos de los interesados. De esta manera, se busca que solo sean objeto de tratamiento los datos personales necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento, afectando así a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad; y garantizando, en

²² P. de Hert y V. Papakonstantinou, «The New General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?». *Computer Law and Security Review*, núm. 32, 2016, p. 187, consideran que la idea es «absurda».

²³ S. Fischer-Hübner, C. Hoofnagle, I. Krontiris, K. Rannenberg y M. Waidner, «Online Privacy: Towards Informational Self-Determination on the Internet», *Manifesto from Dagstuhl Perspectives Workshop 11061*, 2011, p. 1 y ss.

²⁴ Para B.W. Schermer, B. Custers y S. van der Hof, *op. cit.*, p. 172, un beneficio añadido de este modelo de consentimiento es que reintroduce una medida de riesgo en el sistema de protección de datos, de manera que a partir del momento en que los interesados ya no puedan basarse en solicitudes de consentimiento expreso para advertirles siempre, es posible que se vean incentivados a prestar más atención a sus interacciones (especialmente las que se realicen *online*) y al papel de los datos personales en estas interacciones. Por ello, cuando los interesados se enfrenten a solicitudes de consentimiento expreso, el efecto de advertencia será mayor, pues serán conscientes de que la misma se produce por cuanto los datos solicitados o el uso que se les va a dar reviste una especial trascendencia.

²⁵ R.M. García Pérez, «La protección de datos de carácter personal del consumidor en el Mercado único digital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 301, 2016, p. 11.



particular, que por defecto los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas.

El problema, sin embargo, radica en que la implementación de estas medidas por parte del responsable se supedita al principio de proporcionalidad que se vincula, por una parte, a la tecnología disponible (las «Privacy-Enhancing Technologies» o PETs²⁶) y, por otra parte, a los costes de implantación, por lo que su efectividad parece hacerse depender de la capacidad económica del responsable y de su coste en relación con la cuenta de resultados de la empresa o entidad²⁷.

Será necesario, por tanto, esperar a que el citado Reglamento empiece a ser aplicado para poder determinar si las medidas implantadas por el mismo son suficientes y adecuadas para la finalidad pretendida por el legislador europeo o si, por el contrario, es necesario proceder a una revisión de las mismas.

RECIBIDO: marzo de 2018, ACEPTADO: abril de 2018



²⁶ L. Belli, M. Schwartz y L. Louzada, *op. cit.*, p. 457, si bien consideran (*op. cit.*, p. 459 y ss.) que los mecanismos de PbD no son suficientes por sí solos, y necesitan del complemento que otorgan los mecanismos de *Data Control by Design* (DCD), que son aquellos que se sustentan sobre la base de favorecer la proactividad del individuo, otorgándole las herramientas técnicas necesarias para evitar, *ab initio*, la recolección y el tratamiento de datos.

²⁷ J. Villarino Marzo, «La privacidad desde el diseño en la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 32, 2013, p. 45 y ss. En el mismo sentido, R.M. García Pérez, *op. cit.*, loc. cit.

REVISORES

María Dolores ADAM MUÑOZ (Universidad de Córdoba)
Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR (Universidad de Zaragoza)
Antonio CAYÓN GALIARDO (Universidad Complutense de Madrid)
María del Pilar DIAGO DIAGO (Universidad de Zaragoza)
María José FERNÁNDEZ PAVÉS (Universidad de Granada)
Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza)
Pedro GONZÁLEZ DE LA FE (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Andrés GONZÁLEZ SANFIEL (Universidad de La Laguna)
Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA (Universidad de La Laguna)
Mar JIMENO BULNES (Universidad de Burgos)
Arantza LIBANO BERISTAIN (Universidad Autónoma de Barcelona)
José Luis LINARES PINEDA (Universidad de Girona)
Cesare MAIOLI (Università di Bologna)
José María MIQUEL GONZÁLEZ (Universidad Autónoma de Madrid)
Cristóbal MOLINA NAVARRETE (Universidad de Jaén)
María del Carmen NÚÑEZ LOZANO (Universidad de Huelva)
Javier PLAZA PENADÉS (Universidad de Valencia)
Encarnación RICART MARTÍ (Universidad Rovira y Virgili de Tarragona)
Gloria Pilar ROJAS RIVERO (Universidad de La Laguna)
Dulce María SANTANA VEGA (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Eloy RUILOBA GARCÍA (Universidad de Málaga)
Gumersindo RUIZ BRAVO DE MANSILLA (Universidad de Málaga)
Ambrosio SAMPERE FLORES (Universidad de Murcia)
María Elena SÁNCHEZ JORDÁN (Universidad de La Laguna)
José Luis SÁNCHEZ-PARODI PASCUA (Universidad de La Laguna)
Dulce María SANTANA VEGA (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
José María SOUVIRÓN MORENILLA (Universidad de Málaga)
José SUAY RINCÓN (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
José Manuel VENTURA VENTURA (Universidad de La Rioja)
Francisco VILLAR ROJAS (Universidad de La Laguna)
María ZAMBONINO PULITO (Universidad de Cádiz)

INFORME DEL PROCESO EDITORIAL DE *ANALES DE LA FACULTAD
DE DERECHO* DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA 34, 2017

El equipo de dirección se reunió a finales del mes abril de 2018 para tomar decisiones sobre el proceso editorial del número 34 de AFDULL. El tiempo medio transcurrido desde la recepción, evaluación, aceptación, edición y publicación final de los trabajos fue de seis meses.

Estadística:

Núm. de trabajos recibidos: 6.

Núm. de trabajos aceptados para publicación: 4 (67%).

Media de revisores por trabajo: 2.

Media de tiempo entre envío y aceptación: 4 meses.

Media de tiempo entre aceptación y publicación: 3 meses.

Los revisores varían en cada número, en atención al tema de los trabajos presentados.

NORMAS DE SELECCIÓN DE ORIGINALES PARA SU PUBLICACIÓN EN LOS ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA ULL

(Adoptadas por el Consejo de Redacción en su sesión de 9 de abril de 2018;
pendientes de ratificación por la Junta de la Facultad de Derecho)

PRIMERA. La revista se publica en formato digital, en un número anual, con dos fascículos semestrales a través de la plataforma de gestión de revistas *on line* de la Universidad de La Laguna: <http://revistas.webs.ull.es/index.php/derecho>. Los trabajos que se presenten al proceso de selección para su publicación deberán cumplir las siguientes normas:

- a) *Plazo y forma de presentación.* La revista tiene permanentemente abierta su convocatoria de propuestas de publicación. Las propuestas podrán ser sometidas a consideración por sus autores a través de la plataforma de gestión de revistas *on line* de la Universidad de La Laguna: <http://revistas.webs.ull.es/index.php/derecho>.
- b) *Autores.* Solo podrán presentar trabajos en la revista aquellas personas que reúnan la cualidad titulados en alguna de las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, Máster y Doctorado, o categorías equivalentes. Los autores deberán identificar su categoría académica y/o profesional, así como cuál es la institución a la que pertenecen.
- c) *Temática.* Los trabajos deben ser investigaciones de contenido jurídico. Excepcionalmente y de manera subsidiaria podrán incluirse trabajos de materias afines si los miembros del Consejo de Redacción asistentes unánimemente así lo consideran.
- d) *Estructura y formato de los trabajos.*

I. Para la sección Artículos: los trabajos no deben exceder de los 60 000 caracteres con espacios (unas 20 páginas) y tendrán un título (en español e inglés), como mínimo tres palabras clave (en español e inglés), un resumen (en español e inglés). No deberá incluirse ni sumario ni bibliografía final. Las propuestas de publicación se presentarán en archivo en formato editable: Word o rtf.

II. Para la sección Comentarios, de legislación y jurisprudencia: los trabajos no deben exceder de los 30 000 caracteres con espacios (unas 10 páginas) y tendrán un título (en español e inglés), como mínimo tres palabras clave (en español e inglés), un resumen (en español e inglés). No deberá incluirse ni sumario ni bibliografía final. Las propuestas de publicación se presentarán en archivo en formato editable: Word o rtf.

III. El formato del texto principal será Times New Roman, a espacio y medio, tamaño de letra 12; y para las notas a pie de página es Times New Roman, a un espacio y con tamaño de letra 10. Las normas para las citas son las siguientes: A) Artículos de revistas. Ejemplo: SAAVEDRA RUIZ, J., «La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 10, 1994, p. 13 y ss. B) Libros/monografías. Ejemplo: ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997.

- e) *Idioma.* Los trabajos deberán estar escritos en lengua española, o en alguna lengua extranjera de relevancia en el ámbito jurídico siempre que la revista cuente con revisores que conozcan la lengua extranjera y sean expertos en el área de conocimiento de la propuesta presentada. En todo caso, el título, las palabras clave y el *abstract* deberán presentarse en español e inglés.

f) *Originalidad de los trabajos*. Todos deben ser inéditos y no deben estar pendientes de publicación en otra revista o libro.

SEGUNDA. La presentación de un trabajo en la revista *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna* conlleva el conocimiento y la aceptación de las siguientes normas por parte de los autores:

1. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción, así como que consientan su inclusión en bases de datos, catálogos, bibliotecas, índices o servidores que permitan la mayor difusión de las investigaciones. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.
2. De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la revista con las opiniones mantenidas por los autores.

TERCERA. Se asignará uno o dos evaluadores, preferiblemente externos, por cada uno de los originales presentados, según la materia sobre la que versen los mismos, para que informen en el plazo que se establezca sobre la conveniencia de su publicación. La evaluación será anónima en todo momento, de manera que los autores no conocerán quién evaluó su trabajo ni el evaluador conocerá quién es el autor.

CUARTA. Pese a ser la evaluación anónima, en el caso de concurrir causa de abstención en alguno de los miembros propuestos o cuando este lo proponga de manera motivada, se podrá designar a otro/s evaluador/es experto/s en la materia que se evalúa.

QUINTA. Cada evaluador rendirá su informe teniendo en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones; así como la adecuación a las normas de publicación. Los informes tendrán carácter confidencial y reservado.

SEXTA. Una vez transcurrido el plazo para presentar los informes de evaluación, se reunirá el Consejo de Redacción, al que se dará cuenta del punto en el que se encuentra el proceso, llevándose a cabo la valoración del resultado de las evaluaciones. Cuando exista contradicción entre los informes emitidos, el Consejo de Redacción designará a un tercer experto en la materia, para que proceda a una nueva evaluación.

SÉPTIMA. Se trasladará al autor el resultado de la evaluación y, en su caso, las modificaciones sugeridas por los expertos, con la advertencia de que el Consejo de Redacción se reserva el derecho a no publicar el original presentado cuando no se observaren las modificaciones propuestas por los expertos.

OCTAVA. Cuando algún miembro del Consejo de Redacción fuere autor del original presentado deberá ausentarse de las votaciones.



ULL | Universidad
de La Laguna

