

ANNALES

de la Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

33

2016



Anales de la Facultad de
DERECHO

Anales de la Facultad de
DERECHO

Universidad de La Laguna

DIRECTORA

María Victoria Sansón Rodríguez

SUBDIRECTOR

Francisco L. Hernández González

SECRETARIO DE LA REVISTA

Juan Antonio García García

CONSEJO DE REDACCIÓN

Marcel Bonnet Escuela (ULL), Erelvina de las Casas León (ULL),
Ulises Hernández Plasencia (ULL), Francisco Félix Clavijo Hernández (ULL),
Tomás López-Fragoso Álvarez (ULL), Margarita I. Ramos Quintana (ULL),
María Elena Sánchez Jordán (ULL), Ruth Martínón Quintero (ULL).

CONSEJO ASESOR

Andrea Bonomi (Université de Lausanne, Suiza), Francisco Clavijo Hernández (Universidad de La Laguna), José Manuel Díaz Lema (Universidad de Valladolid), Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Antonio Fernández de Buján (Universidad Autónoma de Madrid), José Luis Goñi Sein (Universidad Pública de Navarra), Tomás López-Fragoso Álvarez (Universidad de La Laguna), Cesare Maioli (Università di Bologna, Italia), María Elvira Méndez Pinedo (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 Salmorán (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

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

33

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, 2016

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

Agua subterránea: situaciones y relaciones jurídicas / Ground water as water resource, legal frame <i>Martín Orozco Muñoz</i>	9
Su statuto epistemologico e consolidamiento tecnico-giuridico dell'informatica forense / On the Epistemological Status and Technicolegal Consolidation of Digital Forensics <i>Raffaella Brighi</i>	39
La labor preventiva de la Corte Penal Internacional y su relación con el principio de complementariedad y la «responsabilidad para proteger» / Responsibility to protect and the preventive role of the International Criminal Court <i>José Luis Martín Delpón</i>	57
Il fenomeno dello sharenting nel nuovo paradigma dei rapporti genitoriali / Sharenting phenomenon in parental relationship's new paradigm <i>Serena Volpato</i>	81
La tutela dell'ambiente nella costituzione italiana / Protection of environment under the Italian constitution <i>Paola Carpineto</i>	99
Acuerdos extrajudiciales de pago: nueva regulación y evaluación de su eficacia / Schemes of Arrangement: New Regulation and Efficacy Assessment <i>Andrea Padrón Villalba</i>	127
La catena di custodia del materiale informatico: soluzioni a confronto / Chain of Custody of Digital Evidence: Comparing Solutions <i>Laura Bartoli</i>	145
Relaciones entre el gobierno de las corporaciones públicas: un caso de Eslovenia / Corporate governance in public institutions: a case study on the republic of Slovenia <i>Bojan Tičar</i>	163



ARTÍCULOS / ARTICLES

AGUA SUBTERRÁNEA: SITUACIONES Y RELACIONES JURÍDICAS

Martín Orozco Muñoz
Abogado del Estado (exc.)

RESUMEN

El agua subterránea se transforma de bien inmueble (agua-recurso), mientras permanece en el acuífero, a bien mueble (agua-producto), cuando es extraída. Sobre el agua-recurso —de carácter demanial o *res nullius*— sólo opera un derecho real de aprovechamiento a extraerla y a apropiarse de ella; sobre el agua-producto, una vez extraída, opera un derecho de propiedad. En los casos de cotitularidad, el derecho real de aprovechamiento corresponde a los comuneros o herederos, no a la persona jurídica, y son éstos los titulares del agua extraída, ya en *pro indiviso*, ya como derechos exclusivos sobre los volúmenes resultantes del adulamiento, operando tal atribución como contenido de un derecho real inmobiliario del partícipe sobre el caudal, no como rendimiento por la participación en el capital de entidades jurídicas. Tanto el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso como el agua-producto extraída pueden ser objeto de tráfico jurídico patrimonial, a título oneroso o gratuito, y a título transmisión de la titularidad o de mera cesión temporal.

PALABRAS CLAVE: agua subterránea, derechos reales, aprovechamiento, comunidad de bienes.

ABSTRACT

«Ground water as water resource, legal frame». The author reviews the legal frame related to water, water as a natural resource and water as a product and the rights the private persons are entitled over it.

KEYWORDS: water-resource, water-product, exclusive rights over water.



9

Nuestro Código Civil incluye a las aguas dentro del régimen de las «propiedades especiales», expresión que sirve de rúbrica al Título IV de su Libro II. Ello es así porque el agua o las aguas conforman un bien especial por naturaleza; su singularidad física, unida a su necesidad vital, trascienden a lo jurídico, de ahí que hablemos de instituciones jurídicas dotadas de especialidad y de ahí, igualmente, su declaración demanial por la Ley de Aguas de 1985.

Junto a la especialidad por el objeto, el Libro II del Código Civil también contempla una segunda especialidad del dominio y derechos reales, atendiendo a razones subjetivas, en referencia a las situaciones de cotitularidad (Título III, «de la comunidad de bienes»).

Ambas singularidades (objetiva y subjetiva) convergen circunstancialmente en las relaciones jurídicas sobre aguas cuando el derecho de aprovechamiento se ostenta en régimen de cotitularidad, situación ésta característica de los aprovechamientos sobre aguas subterráneas en Canarias¹.

Ante tales situaciones especiales, la función reguladora del legislador y la calificadora del operador jurídico se torna compleja, ya que se mueve en una constante opción o alternativa entre la aplicación de instituciones o categorías jurídicas generales, ideadas o concebidas para situaciones comunes, o la creación *ad hoc* de categorías jurídicas singulares, allí donde la aplicación de la categoría o institución general resulte imposible o forzada; y a dicha complejidad se une la distorsión ocasionada por una imprecisa terminología utilizada por el uso, que en ocasiones contamina al propio legislador e interfiere en una correcta denominación de la realidad jurídica, esto es, de las instituciones jurídicas.

El presente trabajo pretende abordar la calificación jurídica (I) del agua subterránea (como objeto de derechos), (II) de las situaciones jurídicas subjetivas que sobre ella se proyectan (derecho de aprovechamiento y derecho de propiedad), (III) de las posiciones de cotitularidad que recaen sobre dichas situaciones jurídicas subjetivas y (IV) de los negocios jurídicos de disposición sobre las situaciones jurídicas subjetivas y sobre el agua que constituye su objeto.

¹ Autores como Sánchez Jordán mantienen la existencia de un «Derecho especial de aguas canario, que encuentra su origen remoto en la evolución inmediatamente posterior a los repartimientos de tierras y aguas que siguen a la conquista de las islas, se consolida por vía consuetudinaria, recibe reconocimiento legal en 1956, se contempla en el EA de Canarias y en la LOTRACA, es reconocido en la DA 3.ª LAg estatal y culmina, por fin, con la LAg 1990» (Sánchez Jordán, M.E., «La titularidad (y el aprovechamiento) de las aguas en Canarias», en Bercovitz, R. y Martínez Simancas, J. (dir.), *Derechos Civiles de España*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 4052).

I. EL AGUA SUBTERRÁNEA COMO OBJETO DE DERECHOS

A) LOS ESTADOS JURÍDICOS DEL AGUA. TRANSFORMACIÓN DEL AGUA-RECURSO-INMUEBLE EN AGUA-PRODUCTO-MUEBLE

El principio físico de que la materia se transforma no se ajeno al Derecho, que tiene que acudir a las ficciones jurídicas para su comprensión y calificación. El agua subterránea en estado natural (a la que llamaremos agua-recurso) no tiene la misma naturaleza jurídica que el agua una vez extraída a la superficie y apropiada para un determinado uso privativo (a la que llamaremos agua-producto), aun cuando su composición sea la misma y aun cuando ésta provenga de aquélla, operándose una especie de transubstanciación donde se distinguen tres fases con trascendencia jurídica —el agua no hallada, el agua hallada aún no extraída y el agua extraída²—.

1. *Agua aún no hallada (agua-recurso desconocida e inapropiable)*

El agua que se encuentra en estado natural, anterior a su hallazgo y a su apropiación privativa por el hombre, es un bien inmueble y ajeno a toda propiedad privada:

- a) Se trata de un bien inmueble por así declararlo legalmente el art. 334.8 Cc (que incluye entre los bienes inmuebles a «las aguas vivas o estancadas»)³; pero aun de no existir tal declaración específica, su naturaleza inmobiliaria es consustancial a su integración en el suelo (las aguas superficiales) o en el subsuelo o acuífero (las aguas subterráneas), y viene dada por su adherencia o unión al suelo o a la tierra (arts. 334.1 Cc y 2, art. 10 TRLA)⁴ o al «yacimiento»

² Para esta clasificación seguimos el planteamiento ya clásico de Nieto, que distingue entre «aguas no alumbradas», «aguas alumbradas y no extraídas» y «aguas subterráneas alumbradas y extraídas» (Nieto, A., «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», en Nieto, A. (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario-II*, Cabildo Insular de Tenerife, S/C Tenerife, 1968, pp. 80-90); aunque acuñamos la terminología de Pérez Pérez, que distingue entre aguas no halladas, halladas no extraídas y extraídas (Pérez Pérez, E., «La figura del consorcio aplicada a la gestión de las aguas subterráneas», en RCDI, núm. 556, mayo-junio 1983, pp. 637-641), ya que el término «alumbrada» debe circunscribirse al agua extraída y no al agua meramente hallada, en consonancia con el Diccionario de la RAE, que acuña como acepción del verbo *alumbrar* la de «registrar, descubrir las aguas subterráneas y *sacarlas a la superficie*» (la cursiva es nuestra).

³ Un planteamiento contrario mantiene Nieto, para quien el supuesto del art. 334.8 Cc no comprende las aguas subterráneas, «puesto que éstas no son ni vivas ni estancadas, sino que en la Ley de aguas se encuentran rigurosamente separadas de ellas, ocupando un capítulo aparte, el IV» (Nieto, A., «Hacia una teoría consorcial de las comunidades de aguas canarias», en Nieto, A. (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario-III*, Cabildo Insular de Tenerife, S/C de Tenerife, 1969, p. 232).

⁴ Señala Pérez Pérez que «el agua subterránea, mientras es subterránea, mientras permanece bajo la tierra, debe ser considerada como bien inmueble» (núms. 1, interpretado ampliamente, y 2 del



subterráneo (art. 334.8 Cc). El carácter inmueble dimana, por tanto, de su proyección sobre la tierra pero no deja de ser una ficción jurídica, ya que el agua que corre y fluye es, por esencia, movable⁵.

- b) Las aguas en estado natural constituyen, por otra parte, bienes excluidos de la propiedad privada, ya por ser considerados bienes demaniales (art. 2a) TRLA), ya por tratarse de *res nullius* (como acontecía con las aguas subterráneas, antes de ser alumbradas, según la legislación anterior a la LA 1985 —v. gr. arts. 417 a 419 Cc—). Respecto a las aguas subterráneas aún no halladas, parte de la doctrina las llega a excluir, incluso, del concepto de bienes (*res*) por entender que «no se sabe si existen, no se conocen, por lo que no son *res* en sentido jurídico» y porque «si no son *res* no pueden ser *res nullius*»⁶. Nosotros, por el contrario, consideramos que, aun desconociéndose su existencia, si ésta se da, estamos ante bienes, aunque exista incertidumbre sobre su presencia, si bien no deja de tratarse de una cuestión meramente dogmática.

2. Agua hallada pero no extraída (agua-recurso aprovechable)

Una vez hallada, esto es, realizados los trabajos de perforación en el subsuelo que permiten acceder al acuífero donde el agua se encuentra, el agua mantiene los mismos caracteres de bien inmueble y de *res nullius* o demanial, según proceda, con la única matización de que mientras que el agua aún no hallada es inapropiable, el agua ya hallada es susceptible de un derecho real de aprovechamiento, que comprende la extracción o elevación a la superficie y el derecho a la apropiación del agua así extraída.

artículo 334 del Código Civil)» (Pérez Pérez, E., «Gestión comunitaria de acuíferos subterráneos», en Reyes López, M.J. (coord.), *Comunidad de Bienes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 1115).

⁵ «Tiene la propiedad de las aguas corrientes, por su especial naturaleza, un carácter especial. Se les considera inmueble por una ficción legal; mas, nada tan movable como ellas» (Orozco Batista, A., *Los alumbramientos de aguas en Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1926, p. 83).

⁶ Navarro, A.R. y Gómez, J.A., en Albaladejo, M. y Díez Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, tomo v, vol. 2.º [recuperado de <https://app.vlex.com/>]. Asimismo, para Nieto, «las aguas subterráneas antes de ser alumbradas [interpretados como halladas] no son bienes, y por tanto, no puede hablarse de muebles ni de inmuebles» (Nieto, A., *op. cit.*, III, p. 232).

3. Agua extraída (agua-producto)

En el último estadio, constituido por la extracción o alumbramiento⁷ del agua a la superficie —afloramiento—, el agua muta su naturaleza jurídica y su titularidad: pasa a ser bien mueble (agua-producto) y se convierte en objeto de un derecho de propiedad privada:

- a) Es bien mueble en cuanto que deja de formar parte natural o integrante de un terreno o de su subsuelo, pudiendo ser desplazada y dispuesta de un punto a otro (art. 335 Cc), condición predicable del agua desde que es depositada artificialmente, o de cualquier otra forma, es apropiada o dispuesta⁸, y aunque sea inmueble el depósito o conducto artificial en el que dicha agua se deposite o por la que discurra⁹.
- b) Es objeto de propiedad privada, en cuanto bien mueble separado (agua-producto) del inmueble constituido por el recurso natural (agua-recurso), derivándose tal derecho de propiedad de un previo derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso, que es el que faculta a su titular a extraer o desviar, del agua-recurso, volúmenes determinados de agua y a hacer suya el agua así extraída, derivada, captada, o aflorada procedente del manantial o del acuífero; no puede ser, al efecto, más explícito el art. 22 LA 1879:

Quando se buscare el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o por galerías, el que las hallare e hiciese surgir a la superficie del terreno será dueño de ellas a perpetuidad.

- c) Al despejar la cuestión de la naturaleza mobiliaria y propiedad privada del agua-producto que bebemos o con la que regamos, nos queda por resolver la cuestión de si la misma es calificable jurídicamente como fruto¹⁰ del

⁷ A los efectos del presente trabajo, utilizamos el concepto de agua «alumbrada» como el agua efectivamente extraída a la superficie, en consonancia con el art. 418 Cc o el art. 5 Ley 27 diciembre 1956. El Diccionario de la RAE también parte, según vimos, de dicha significación al conceptuar el alumbrar como sacar las aguas subterráneas a la superficie.

⁸ «No es inmueble el agua de un estanque que se forme accidentalmente, ni la encerrada en un aljibe o en una cañería» (Biondi, B., *Los bienes*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 112).

⁹ «Otra cuestión es ver si el aljibe, el canal, la cañería, como *pertenencias* son inmuebles: pueden ser tales, pero el agua encerrada en el aljibe o que discurra por la cañería es mueble» (Biondi, B., *op. cit.*, p. 113). Aun cuando el art. 408, último párrafo, Cc señala que forman parte integrante de la heredad, a la que vayan destinada las aguas, el agua que pase por la acequia o acueducto, hay que interpretar que tal calificación como «parte integrante» no se hace en sede de distinción entre bien mueble o inmueble sino a los efectos de atribuir los derechos sobre el agua y sus conducciones en favor del predio dominante, en los casos de servidumbre de acueducto.

¹⁰ Entre otros, Pérez Pérez, E., *op. cit.*, p. 1116. Dentro de la categorización del agua como fruto, para Guimerá Perea, el agua adulada constituye un «fruto desprendido», un «fruto de la tierra en que nace, de la cual se separa», equiparándola a los plátanos o tomates cosechados (Guimerá Perea, M., *Régimen jurídico de las aguas en Canarias*, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1960,



agua-recurso de la que en su día fue extraída, si es parte integrante (*pars*) de la misma¹¹, o si se trata de un bien completamente distinto del agua-recurso¹². En nuestra opinión, cabe concebir al agua extraída como parte integrante o *pars* del agua-recurso o manantial de la que fluye, dada su identidad material, al igual que acontece con las minas; si bien, como veremos, en cuanto a su régimen jurídico existe una evidente asimilación a los frutos, lo que no implica su confusión con éstos.

B) ACTO Y MOMENTO DE LA TRANSFORMACIÓN: LA *SEPARATIO* Y *PERCEPTIO* DEL AGUA-PRODUCTO

La transformación de la naturaleza jurídica del agua-recurso en agua-producto, o, lo que es lo mismo, en nuestro caso, de bien inmueble en bien mueble, se opera a través de un hecho jurídico concreto, constituido por la separación (*separatio*), y que opera, tratándose de aguas, a través de las actuaciones de derivación, extracción o captación del agua-producto respecto del manantial o masa de agua subterránea existente en el acuífero.

Dicho efecto transformador, anudado a la separación, no es exclusivo del agua, ya que lo encontramos con frecuencia en nuestro ordenamiento jurídico en materia de frutos, en alusión a los «árboles, plantas y frutos pendientes», que son bienes inmuebles «mientras estuvieren unidos a la tierra» (art. 334.2 Cc), pasando luego a mueble (art. 451.2 Cc), o los minerales, que son inmuebles «mientras su materia permanece unida al yacimiento» (art. 334.8 Cc). Señala al respecto Delgado Echeverría que es la separación la que produce «la constitución del fruto en cosa independiente, disociándose de la cosa-madre y dejando con ello de ser parte

pp. 77-78). Por su parte, Nieto defiende igualmente la condición de fruto, pero no de la tierra sino del caudal, cuando éste sea renovable: «El agua—mueble será *pars* del caudal cuando se trate de una bolsa incomunicada, que no se autoalimente y que por tanto se agote con el consumo. En cambio, el agua-mueble será un fruto —natural o industrial (art. 355 Cc)— cuando su individualización resulte de un caudal que se autoalimente, y que por tanto no se extinga con el consumo ordinario y racional», señalando más adelante que mientras el «caput aquae» es un bien inmueble, el agua alumbrada es un bien mueble, «un fruto del caput» (Nieto, A, *op. cit.*, III, p. 235).

¹¹ Es la tesis de González Pérez, quien al clasificar los derechos reales administrativos contempla el derecho de aprovechamiento de aguas dentro de los *derechos que implican consumo de la cosa*, por entender que «el caudal de agua concedido no es un fruto o producto de la corriente, sino una parte integrante de la misma, que se consume» (González Pérez, J., *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 44-45).

¹² Nos encontramos ante el clásico dilema de aplicar institutos generales o crear una figura específica *ad hoc*. Esta segunda es la postura de Biondi, para quien «la naturaleza del agua es muy particular y no sirven esquemas comunes. La facultad de uso implica atribución de la facultad de derivar el agua, y por tanto apropiársela, sin que la masa de agua resulte idealmente disminuida, y sin que el agua derivada se pueda considerar ni como fruto ni como parte del todo. El agua es una entidad distinta del manantial, que es siempre agua» (*op. cit.*, p. 326).



integrante de la misma»¹³; o, en palabras de López Vilas, es la separación la que «pone término a esa unión con la *res frugífera*, pasando a constituir tales bienes la consideración y categoría de productos efectivos y autónomos»¹⁴.

La realización de tal acto o hecho de derivación, extracción, captación o cualquier otro hecho similar a la separación tiene no sólo el efecto de transformar la naturaleza del bien sino, asimismo, su titularidad, ya que la separación del agua-producto respecto del agua-recurso lleva anudada la atribución de la propiedad de ésta última, mediante su percepción (*perceptio*)¹⁵; al igual que acontece con la percepción de los frutos naturales por quien no es propietario (poseedor de buena fe, usufructuario) de la cosa frugífera (art. 451.2 y 471 Cc), cabe afirmar, con Miquel González¹⁶, que se unifican, en un solo acto, la separación y la percepción: «La independización del fruto de la cosa madre es determinante del momento de la adquisición de la propiedad»¹⁷, criterio que, en relación con las aguas subterráneas, expresó Nieto, al afirmar que «las aguas sólo son apropiadas desde el momento de su extracción o diferenciación de la masa líquida que las alimenta»¹⁸.

C) TÍTULO JURÍDICO DE LA TRANSFORMACIÓN Y ADQUISICIÓN: EL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO

La realización de la actividad material de separación del agua-producto respecto del agua-recurso y la adquisición de la propiedad sobre aquella, una vez separada o derivada de ésta, tiene como título jurídico un derecho real de aprovechamiento sobre el agua-recurso (ya sea ésta demanial o *res nullius*), que es el que faculta a realizar tal separación (mediante la extracción o afloramiento) y a apropiarse del agua separada o derivada. De la naturaleza y contenido de tal derecho nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

¹³ Delgado Echeverría, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», en *Anuarios de Derecho Civil*, 1975, p. 583.

¹⁴ López Vilas, R., en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, tomo I, p. 1005.

¹⁵ Vid. D'Ors, J.A., *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Navarra, 2010, pp. 234-235.

¹⁶ Miquel González, J.M., en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*. Madrid, 1991, tomo I, p. 1217.

¹⁷ Matiza Delgado Echeverría que en el Derecho Romano «el poseedor de buena fe adquiriría los frutos por *separatio*, pero no así el usufructuario o arrendatario, que sólo los hacían suyos por la *perceptio*, es decir, la aprehensión material de los mismos. En nuestro Derecho —continúa el autor—, la norma citada del artículo 451 Cc identifica separación y percepción con alcance, en principio, a todas las hipótesis de percepción de frutos: así el enfiteuta o el usufructuario» (*op. cit.*, p. 584).

¹⁸ Nieto, A., *op. cit.*, tomo II, p. 85, nota 1.



II. LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOBRE EL AGUA

Determinada la naturaleza jurídica del agua y su transformación jurídica, procede analizar el tipo de situación jurídica subjetiva de poder que sobre la misma se proyecta, pudiendo hablarse de dos situaciones jurídicas subjetivas de poder distintas (ambas bajo la modalidad de derechos subjetivos¹⁹), y que se proyectan, respectivamente, sobre los dos estados mencionados del agua; distinguimos, por tanto, un derecho real de aprovechamiento sobre el agua-recurso y un derecho de propiedad sobre el agua-producto.

A) DERECHO REAL INMOBILIARIO DE APROVECHAMIENTO SOBRE EL AGUA-RECURSO-INMUEBLE

1. *Proyección sobre el agua-recurso*

A los efectos de analizar las situaciones jurídicas subjetivas sobre el agua subterránea nos interesa analizar las fases del agua hallada y del agua extraída. Por el contrario, respecto al agua-recurso aún no hallada no cabe concebir ninguna suerte de situación jurídica subjetiva, ya que la misma no es susceptible de apropiación. Nos movemos en el consabido ámbito de los *res communes omnium*, respecto de los cuales el ordenamiento puede optar por calificarlos como *res nullius* o como integrantes del demanio público, pero sobre el que no cabe concebir una relación de dominio *stricto sensu*, al no ser susceptible de posesión ni apropiación (art. 333 Cc). Lo que el ordenamiento sí contempla son derechos o facultades para su investigación (art. 417 Cc, 74.1 TRLA y 75 LACan) y, en su caso, para su hallazgo (art. 22 LA 1879, 74.3 TRLA, 75 y 77, DT3.^a y 4.^a LACan), pero será sólo a partir de dicho hallazgo cuando el agua comience a ser un bien jurídicamente apropiable, nunca antes.

Una vez hallada, esto es, localizada en su existencia, el ordenamiento concede un derecho de aprovechamiento sobre la misma, concretado en el derecho a extraer (alumbrar) dicha agua y a hacerla propia (arts. 418 Cc, 59 a 61 y DT1.^a a 4.^a TRLA y 79 y DT3.^a y 4.^a LACan). Sobre dicha agua-recurso hallada no opera, por tanto, un derecho de propiedad, concebido en los términos clásicos del art. 348 Cc, siendo, al efecto, sintomático que tanto el Código Civil como la legislación especial de aguas apelen constantemente al concepto de «aprovechamiento» o «derecho de aprovechamiento» de las mismas, ya sean públicas o privadas²⁰ (arts. 409 a 416 Cc.

¹⁹ Seguimos la concepción de derecho subjetivo de De Castro y Bravo, para quien el derecho subjetivo es «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, F. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, tomo I, p. 610).

²⁰ Sin embargo, en la acepción del Diccionario de la RAE el término *aprovechamiento* se circunscribe a las aguas públicas: «Derecho por ley, concesión o prescripción de utilizar para usos comunes o privativos aguas de dominio público».



arts. 12, 54, 60, 63, 75, 88, DDTT 1 a 4.º, 6.ª, 10.ª TRLA, Título v, arts. 73 y 79 y DDTT 2.ª a 4.ª LACan, DT2.ª LPHN), apelación ésta que constatamos, igualmente, en todos aquellos sectores del ordenamiento donde se quiere modular o matizar el contenido clásico del derecho propiedad, atendiendo a la propia singularidad del objeto²¹ —como acontece con las legislaciones sobre minas (aprovechamiento minero: arts. 1, 2 LM) o sobre montes (aprovechamiento forestal: art. 36 LMon) o como acontece con la propiedad urbanística (que gira en torno al concepto central del aprovechamiento urbanístico (v.gr. art. 65.1 TRLS, art. 4 RD 1093/1997, 4 julio)—.

2. Diferencia con el derecho de propiedad

La cuestión nominal de identificar a un derecho real como de «aprovechamiento» y como «propiedad» sobre el agua-recurso no es baladí, ya que refleja una distinción relevante entre ambos.

Cuando el derecho de aprovechamiento dimana de una concesión administrativa sobre el agua-recurso es evidente que no nos encontramos ante un derecho de propiedad sino, simplemente, ante una concesión demanial, esto es, ante un derecho real administrativo sobre bien demanial.

Pero aun en los supuestos en que el derecho de aprovechamiento se proyecte sobre aguas subterráneas no demaniales (v. gr. art. 22 y 23 LA 1879), tampoco podemos considerar que nos hallemos ante un dominio o derecho de propiedad, en sentido estricto, de su titular sobre el agua-recurso, ya que las facultades que el art. 348 Cc reconoce a todo propietario y que identifican el dominio se encuentran esencialmente limitadas y desdibujadas en el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso, excediendo, además, tales limitaciones de una mera delimitación por la función social de la propiedad *ex* art. 33 CE. Tales limitaciones son dos, en esencia:

- a) limitación temporal, que circunscribe el aprovechamiento a un periodo de tiempo determinado para la captación y extracción del recurso (v. gr. art. 79.1 y DT1.ª a 3.ª, bis TRLA, art. 97 RDPHE, art. 79.1 y DT3.ª y 4.ª LACan); y
- b) limitación cuantitativa, que se concreta en restringir el caudal máximo susceptible de extracción, identificado como caudal aforado (v. gr. DT2.ª.3, 3.ª.3 y 3.ª, bis TRLA, art. 79.2 LACan).

Por ello, más que hablar de un derecho de propiedad sobre el recurso natural, o de un derecho de propiedad «especial» sobre el mismo, preferimos hablar de un *sui generis* derecho real de aprovechamiento, aun cuando éste sea de naturaleza privada.

²¹ «... caso de aceptarse, la propiedad del agua no puede ser idéntica a la propiedad de una cosa específica e individualizable, es algo que se desprende de la propia naturaleza física del agua, especialmente de la corriente: se trata de un elemento pasajero en constante renovación, que dificulta poder afirmar que se ostenta la propiedad de concretas moléculas» (Capilla Roncero, F., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, p. 1124).



La diferenciación entre el derecho de propiedad y el de aprovechamiento en su proyección sobre las aguas se plasma en la STC 227/1988, al señalar:

sin perjuicio de su calificación legal como aguas «de dominio privado», la legislación anterior a la nueva Ley de Aguas *no establecía sobre ellas un derecho de propiedad reconducible al régimen general definido en el art. 348 del Código Civil [...]*, y en los preceptos concordantes. La propiedad privada de determinadas aguas terrestres era ya en aquella legislación una «propiedad especial» (Título IV del Libro Segundo del Código Civil), sometida a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario. ...En consecuencia, según la legislación general derogada por la Ley de Aguas ahora impugnada, *el «dominio privado» sobre determinadas aguas superficiales se limitaba a una facultad de apropiación o de aprovechamiento privativo preferente, accesoria a la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio, si bien este derecho o facultad cede ante los derechos consolidados por el tiempo de otros particulares sobre las aguas que el dueño de aquel predio no haya aprovechado o cuyo aprovechamiento interrumpa.*

Por lo que se refiere a las *aguas subterráneas*, *...una cosa es la propiedad de las aguas ya alumbradas (art. 418 del Código Civil) y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas.* Este último, igualmente accesorio a la propiedad del predio en cuyo subsuelo se hallen las aguas, es también un *derecho estrictamente limitado y condicionado* a que no se distraigan o aparten «aguas públicas o privadas de su corriente natural» (art. 23 de la Ley de Aguas de 1879), a cuyo efecto la Ley fijaba una serie de garantías y condiciones —régimen de distancias, autorizaciones, suspensiones—, que ha sido completado en sentido limitativo por una prolíja legislación posterior [la cursiva es nuestra].

3. Características del derecho real de aprovechamiento

Las características de tal derecho de aprovechamiento sobre las aguas halladas son las siguientes:

- a) *Derecho real inmobiliario.* Se trata, en primer lugar, de un derecho real inmobiliario, en cuanto se proyecta sobre un bien inmueble (el agua del acuífero o agua-recurso), y como tal derecho real inmobiliario ostenta la naturaleza de bien inmueble (art. 334.10 Cc).
- b) *Derecho real público o privado.* En función de la naturaleza de las aguas objeto de aprovechamiento y del título que otorga el derecho a su apropiación, cabe diferenciar entre:
 - i) *Derecho de aprovechamiento administrativo.* Nos encontramos ante un derecho de aprovechamiento de naturaleza administrativa cuando el aprovechamiento se proyecta sobre un bien demanial, siendo irrelevante al efecto que el título de otorgamiento sea concesional (art. 52.1 TRLA, arts. 73.2 LACan y 67 y ss. RDPHC, 64 RH), autorizatorio (art. 73.3, *in fine*, LACan) o legal (art. 54 TRLA, art. 73.3 LACan). Dentro de

la clasificación de derechos reales nos hallamos ante un derecho real administrativo²², limitado, de aprovechamiento privativo de un bien demanial (art. 52 TRLA), englobable en la categoría de *iura in re aliena*.

ii) *Derecho de aprovechamiento privado*²³. Existirá un derecho de aprovechamiento de naturaleza privada cuando el recurso hidráulico no tiene la condición de público, por ser *res nullius* (donde estarían encuadrados los aprovechamientos sobre aguas subterráneas contemplados en el art. 417 y 418 Cc y 22 LA 1879, amparados actualmente en la DT3.^a TRLA y DT3.^a LACan).

c) *Derecho inscribible en el Registro de la Propiedad*. El Registro de la Propiedad inscribe derechos reales inmobiliarios y, como tal, el derecho real de aprovechamiento sobre aguas halladas es inscribible (art. 2.1 y 2 LH), haciendo referencia al mismo los arts. 64 a 66 RH, aunque con redacción imprecisa. El art. 64 RH contempla la inscripción del derecho concesional de aprovechamiento sobre aguas públicas, reconociendo así su naturaleza de derecho real inmobiliario, remitiéndose al art. 31 RH, donde se regula la inscripción de «concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles». El art. 66 RH, por su parte, regula con carácter general la inscripción de derechos sobre aguas privadas (superficiales o subterráneas) y contempla, en su párrafo cuarto, la inscripción de derechos sobre aguas subterráneas, derechos que se concretan, en su proyección inmobiliaria, en el derecho de aprovechamiento sobre el agua hallada, si bien el Reglamento no utiliza aquí el término de aprovechamiento (que reserva para las aguas públicas —art. 64 RH—), sino que habla de «aguas privadas» o «aguas de dominio privado», en alusión implícita, entendemos, al derecho de aprovechamiento sobre las mismas, y en consonancia con la terminología sustantiva de los arts. 408 y 424 Cc.

d) *Contenido: facultades de separatio y perceptio del agua*. En cuanto a su contenido, el derecho de aprovechamiento sobre el agua subterránea radica en las facultades de separar y de apropiarse del agua separada.

i) La facultad de separar (*separatio*) consiste en extraer, derivar, desviar o captar el agua que permanecía en el acuífero, lo que implica su separación física

²² Define González Pérez tales derechos como «los derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público» (*op. cit.*, p. 29).

²³ Aunque parezca un juego de palabras, procede diferenciar los conceptos de derecho de aprovechamiento privado, derecho de aprovechamiento privativo y titularidad privada del derecho de aprovechamiento: el primero hace referencia a la naturaleza no demanial (ya privada, ya como *res nullius*) del recurso objeto del mismo, ya que si fuera demanial nos hallaríamos ante un derecho de aprovechamiento administrativo; el segundo hace referencia al carácter excluyente o no del aprovechamiento frente a otros posibles usos y aprovechamientos del mismo recurso (arts. 50 a 52 TRLA); y el tercero hace referencia, simplemente, a la naturaleza pública o privada de la persona o entidad que ostenta la titularidad del derecho de aprovechamiento, que puede ser una entidad tanto pública como privada (art. 73.1 LACan).



(y consecuente mutación de la naturaleza inmobiliaria a mobiliaria) y facilita su posterior apropiabilidad o disfrute privativo.

- ii) La facultad de apropiarse (*perceptio*) es la facultad de hacer suya el agua efectivamente separada, captada o aflorada del acuífero (arts. 22 y 23 LA 1879) —a menos que el aprovechamiento se reduzca al mero uso, no consuntivo, de dicha agua (como puede acontecer en el ámbito demanial, según establece el art. 52.1 TRLA)—.

B) DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL AGUA-PRODUCTO-MUEBLE

El derecho de aprovechamiento sobre el agua subterránea o agua-recurso contiene, como elemento esencial, la facultad de apropiarse del agua extraída y tal facultad da lugar, en su ejercicio, a la adquisición del derecho del dominio sobre el agua así extraída (agua-producto): el titular del derecho real de aprovechamiento sobre el agua-recurso pasa a ser propietario del agua-producto, con el conjunto de facultades que identifican el derecho de propiedad, como son la facultad de goce, disposición y defensa (art. 348 Cc), y salvando siempre la función social (art. 33 CE).

La relación entre derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso y derecho de propiedad sobre el agua-producto es la misma que existe entre un derecho de usufructo sobre bien inmueble y el derecho de propiedad sobre sus frutos²⁴: el usufructuario tiene el derecho a percibir tales frutos (contenido del derecho de usufructo —art. 467 Cc—), y en ejercicio de tal derecho los adquiere y pasa a ostentar la propiedad sobre los mismos (art. 471 Cc): usufructo sobre el inmueble y propiedad sobre los frutos son, por tanto, situaciones jurídicas distintas, de la misma forma —y en paralelo— que lo son el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso y el derecho de propiedad sobre el agua-producto.

Este derecho de propiedad sobre el agua-producto se ostenta, además, con independencia de la naturaleza demanial o *res nullius* del agua-recurso del que aquélla se haya obtenido: el derecho de aprovechamiento consuntivo puede ser administrativo o privado pero dará lugar siempre a la adquisición de un derecho de propiedad sobre el agua captada o extraída, con lo que ésta deja de ser demanial.

Procede, pues, diferenciar claramente ambos conceptos (derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso y el derecho de propiedad sobre el agua producto), distinción que hacemos con arreglo a los siguientes criterios:

²⁴ Realizamos dicha equiparación a efectos conceptuales pero sin que ello suponga identificar el agua-producto como un fruto, *stricto sensu*, ya que, como hemos indicado, el agua extraída no es fruto sino parte integrante de la masa o caudal de agua del acuífero, al igual que el mineral no es fruto sino parte integrante de la mina.



- a) *Por su objeto*: el derecho de aprovechamiento se proyecta sobre el agua-recurso, mientras que el derecho de propiedad se proyecta sobre el agua-producto (una vez derivada, extraída o, de cualquier forma, separada del agua-recurso).
- b) *Por su contenido*, el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso comprende la facultad de extraer un determinado volumen del acuífero y de adquirir la propiedad del agua así extraída; el derecho de propiedad que surge sobre dicha agua, una vez adquirida, comprende las facultades de uso (*ius utendi*), disfrute (*ius fruendi*), y disposición (*ius disponendi*) del agua extraída, comprensiva tanto de su transmisión a terceros como de su uso consuntivo —*ius abutendi*— (art. 52.1 TRLA, 36.2 LACan), con las limitaciones legales que en cada caso resulten aplicables.
- c) *Por el título o hecho adquisitivo*: el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso se constituye por acto jurídico concesional, autorizador o por la realización del supuesto de hecho previsto en la Ley; el derecho de propiedad sobre el agua-producto no forma parte, como vimos, del derecho de aprovechamiento ni, por tanto, surge con la constitución de aquél, sino con ocasión de su ejercicio²⁵: una vez ejercido el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso, y operada la *separatio* y la *perceptio* (que se instrumentan en unidad de acto), surge el derecho de propiedad sobre el agua producto, de la misma forma que el usufructuario se convierte en propietario de los frutos (art. 471 Cc) una vez ejercido el derecho de usufructo (con su facultad de disfrute) sobre la cosa-madre (v. gr. art. 467 Cc)²⁶.

Esta adquisición del derecho de propiedad sobre el agua, una vez extraída, nos reafirma en nuestra idea de que sobre el agua-recurso no existe ningún derecho de propiedad por el titular del derecho de aprovechamiento, ya que si así fuera tendríamos que hablar de un único derecho de propiedad que se proyecta, sin solución de continuidad, sobre el agua-recurso y sobre los productos de la misma, ostentando el propietario de aquélla el derecho sobre ésta, ya por considerar que se trata del mismo bien (antes unido al manantial y ahora separado), ya por considerar que el agua producto es un mero fruto del agua-recurso, ostentando el propietario de ésta el derecho a aquélla en función de la mal llamada accesión discreta del art. 354 Cc. Sin embargo, como afirmó la STC 227/1988, «una cosa es la propiedad de las aguas ya

²⁵ En relación con el art. 23 LA 1879, señala Orozco Batista que el derecho del propietario del terreno lo es a alumbrar y apropiarse de las aguas existentes debajo de la superficie de su finca, enfatizando que dicho precepto «habla de apropiarse, de hacer suyo lo que antes no lo era. La Ley —sigue el autor citado— otorga al dueño de la tierra ese derecho, mas si no lo ejercita con su trabajo, jamás será dueño de las aguas que bajo su finca crucen» (Orozco Batista, A., *Los alumbramientos de aguas en Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1926, p. 85).

²⁶ Afirma, al efecto, López Vilas que «a tenor de la regulación contenida en nuestro CC, separados o alzados de la res frugifera los frutos correspondientes, la titularidad de los mismos pasará a quien ostente el “ius fruendi” (poseedor, usufructuario, arrendatario, propietario...), configurándose y valorándose esa “separación” o “alzamiento” como si fuera la *perceptio* romana o toma de posesión» (*op. cit.*, p. 1005).

alumbradas y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas», pudiendo afirmarse que el derecho de propiedad sobre aquéllas sólo nace cuando se produce su separación de la masa o manantial de agua ubicado en el acuífero, esto es, a partir de su captación o extracción; opera en el mismo sentido el derecho del poseedor de buena fe o del usufructuario a hacer suya la propiedad de los frutos naturales del inmueble, cuando tales frutos se separan del mismo (arts. 452.2, 471 Cc), ya que con anterioridad a dicha separación los frutos, como el inmueble en el que se integran, mantienen la titularidad del propietario no poseedor o del nudo propietario, ostentando el poseedor o usufructuario un mero derecho de aprovechamiento sobre el inmueble, que les permite hacer suyos los frutos que dicho inmueble produzca²⁷.

III. TITULARIDAD DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS SOBRE EL AGUA. ANÁLISIS DE LA COTITULARIDAD (COMUNIDAD DE BIENES)

A) EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO EN RÉGIMEN DE COTITULARIDAD

El titular de un derecho real de aprovechamiento de aguas subterráneas es la persona física o jurídica a la que el correspondiente título —administrativo o legal— atribuya tal derecho real.

Cuando el derecho de aprovechamiento pertenece a varios se produce una situación de cotitularidad, que nuestro ordenamiento anuda *ex lege* a la comunidad de bienes, ya que, según dispone el art. 392 Cc, «hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece pro indiviso a varias personas»; cabe afirmar, por tanto, con Miquel González, que la comunidad de bienes es «un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad» y que, por tanto, «no cabe que dos personas sean cotitulares de un mismo derecho pro indiviso y no estén en comunidad» y, al mismo tiempo, «no cabe que dos personas sin ser cotitulares del mismo derecho estén en comunidad»²⁸.

Tratándose del derecho real de aprovechamiento de aguas, la cotitularidad se traduce en que cada comunero es cotitular de un único derecho, indiviso, de aprovechamiento. Ahora bien, a la hora de hacer compatible la pluralidad de sujetos

²⁷ Los frutos separados —afirma Maluquer de Motes Bernet— «se contemplan como una cosa independiente y que se obtienen siempre por medio de su percepción, o sea, por medio de un acto propio de apoderamiento. Esta situación se produce cuando la cosa no la posee el propietario, y se corresponde siempre a toda situación donde existe un poseedor legítimo que no es propietario, como acontece con el usufructuario, quien «necesita un acto de separación, a diferencia del propietario, al que se le atribuyen los frutos automáticamente. Acto de separación que viene legitimado por un título, que es el de usufructo (...). La percepción es, pues, el mecanismo de adquisición, y constituye el título de adquisición (...) en favor de quien no es propietario» (*op. cit.*, p. 1264).

²⁸ Miquel González, J.M., en Albaladejo, M. y Díez Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid., Edersa, tomo v, vol. 2.º, recuperado de <https://app.vlex.com/>.

con la unidad del derecho que se ostenta, el sistema jurídico realiza una división ideal del mencionado derecho indiviso, distribuyéndolo en diferentes «partes» (art. 399 Cc) o «cuotas» (art. 393 Cc), que representan la porción ideal, en datos matemáticos (art. 54.1 RH), atribuida a cada titular sobre tal derecho.

Dicha división ideal por cuotas tiene un doble cometido práctico: por un lado, permite cuantificar el interés de cada comunero sobre el derecho único detentado en cotitularidad, presumiéndose que dicho interés es igual mientras no se haya previsto lo contrario (art. 393 Cc); por otro lado, permite diferenciar la situación jurídica subjetiva de cada comunero a fin de dotarla de cierta autonomía en el tráfico jurídico, lo que permite la cesión o disposición (art. 399 Cc) de su respectiva parte o cuota.

Partiendo de la indicada relación entre la parte y el todo de un único derecho de aprovechamiento, cabe dar un paso más en nuestro proceso de calificación y afirmar:

- que la cuota parte de cada comunero representa la titularidad²⁹ de cada uno de ellos sobre el derecho único de aprovechamiento sobre el agua, extremo que se manifiesta en el art. 112.3 LACan, al señalar que en la transmisión de participaciones de comunidades de aguas se produce «la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario», lo que explica claramente que en la comunidad cada uno de los partícipes es cotitular del derecho real de aprovechamiento sobre el recurso; y
- que la naturaleza de tales cuotas (en cuanto partes ideales de un todo) es la misma que la del todo (derecho de aprovechamiento) de la que forman parte. Por tanto, si el derecho real de aprovechamiento es un derecho real inmobiliario, cada una de sus cuotas partes presentan idéntica naturaleza inmobiliaria, extremo que queda plasmado en los arts. 54.1, 68 RH y, especialmente, en el art. 66 RH, que recoge y desarrolla lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 1956, y que con ocasión de la regulación de las inscripciones de aprovechamientos de aguas en favor de heredades, heredamientos y otras comunidades señala que

cada copartícipe o comunero podrá inscribir a su nombre como finca independiente o, en su caso, en el folio de la finca que disfrute del riego, la cuota o cuotas que le correspondan en el agua y demás bienes afectos a la misma con referencia a la inscripción principal.

Sin embargo, deberá abrirse siempre folio especial cuando se inscriban las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas.

²⁹ Se acuña el concepto de titularidad que ofrece De Castro, que lo define como «la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen» (De Castro y Bravo, F. *op. cit.*, tomo I, p. 630).



B) DIVISIÓN E INDIVISIÓN DEL AGUA. SU TRASCENDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN DE COTITULARIDAD EN EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO Y DE PROPIEDAD SOBRE EL AGUA

1. *Indivisión del agua antes y durante el proceso de extracción*

Al concebir una situación de cotitularidad sobre un derecho real de aprovechamiento procede analizar si el objeto de tal derecho es o no indiviso.

Señalamos en su momento que el derecho de aprovechamiento se proyecta sobre el agua subterránea hallada y se concreta en la facultad de extraer, derivar, desviar o captar el agua del acuífero —lo que implica su separación física (*separatio*) del resto de la masa de agua que permanece en el acuífero—, y en la facultad de apropiarse (*perceptio*) del agua efectivamente separada, captada o aflorada (art. 22 LA 1879), facultad ésta cuyo ejercicio efectivo dará lugar a la adquisición del derecho de propiedad sobre el agua efectivamente separada y apropiada.

Pues bien, consideramos que el ejercicio de tales facultades se proyecta sobre un bien indiviso *de facto* (aunque no indivisible), como es el agua cuando permanece en el acuífero o durante su proceso de extracción desde el acuífero hasta la superficie, conformando una masa o gruesa unitaria donde no se distinguen partes físicas o separadas, constituyendo, por tanto, dicha gruesa del agua el objeto sobre el que los comuneros ostentan, en régimen de cotitularidad en *pro indiviso*, un único derecho de aprovechamiento.

2. *División del agua extraída y sus efectos: de la cotitularidad en pro indiviso de un único derecho de propiedad sobre la gruesa a la pluralidad de derechos de propiedad exclusivos sobre volúmenes concretos resultantes de la división*

Una vez extraída y percibida el agua, en ejercicio del derecho real de aprovechamiento, los titulares de tal derecho de aprovechamiento adquieren, según expusimos anteriormente, su propiedad, y sobre ello debemos preguntarnos qué tipo de propiedad adquieren los comuneros, pudiendo darse dos alternativas: i) un derecho único de propiedad, en régimen de cotitularidad en *pro indiviso*, sobre el conjunto de la gruesa de agua extraída o alumbrada, o ii) tantos derechos de propiedad como comuneros, proyectados —tales derechos— sobre las distintas partes medibles (volumen de agua) en que se divide el caudal extraído.

La concurrencia de una u otra situación dependerá exclusivamente de si se ha producido o no la división (*divisio*) o aduamiento del caudal o gruesa de agua extraída entre los distintos comuneros: antes de tal división existirá una situación de cotitularidad del dominio sobre la masa de agua indivisa extraída, en su conjunto; después de la división, cada cotitular del derecho de aprovechamiento ostentará un derecho exclusivo de propiedad sobre el volumen de agua asignado en la división (en proporción a su respectiva cuota de participación en el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso).

Consecuentemente, si la *perceptio* y la *separatio* transforman el agua de bien inmueble (agua-recurso) en bien mueble (agua-producto) y conllevan la atribución de



la propiedad de ésta al titular del derecho real de aprovechamiento sobre aquélla, la *divisio*, con la denominación de adulamamiento³⁰, es el acto que implica, en situaciones de cotitularidad, el pase de una situación de cotitularidad, en *pro indiviso*, sobre la gruesa de agua extraída, a un derecho de propiedad exclusivo de cada partícipe sobre un volumen³¹ concreto de dicha agua. Así lo expresa Guimerá Peraza, quien define el adulamamiento como «un reparto del agua común de la gruesa entre los partícipes, a quienes pertenece por avas partes indivisas (...), atribuyendo a cada uno el dominio de su porción»³², lo que determina que, tras el adulamamiento, existirá una «propiedad, singular y exclusiva, de cada heredero o comunero sobre la porción concreta de agua que se le adjudique, en el tiempo y forma que se le haya repartido»³³.

C) PERSONALIDAD JURÍDICA *VERSUS* COTITULARIDAD

1. *La aparente contradicción*

El régimen de cotitularidad expuesto en los apartados anteriores exige abordar la cuestión de la personalidad jurídica de los heredamientos y comunidades de aguas, atribuida en la Ley de 27 de diciembre de 1956, de Heredamientos de Aguas del Archipiélago Canario. No se trata aquí de mediar ni añadir argumento alguno a la cuestión de la naturaleza jurídica de tales comunidades³⁴, sino de resolver la contradicción que supondría atribuir a los partícipes, en régimen de cotitularidad o comunidad, los derechos subjetivos sobre el agua, y atribuir esos mismos derechos

³⁰ No existe entrada en el *Diccionario de la lengua española* de este término, pese a su evidente utilización en Canarias para hacer referencia al acto de división o reparto de las aguas. Para Guimerá Peraza, el término *adulamamiento* indica «distribución o reparto entre los herederos de la totalidad de la gruesa de las aguas» (Guimerá Peraza, M., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 68). Por su parte, señala Granero Martín que «derivado del vocablo árabe «daula» (rotación o turno de riego), aparece la palabra «dula» usada en las Islas Canarias para designar la medida de agua, y siendo «adulamamiento» el proceso por el que la gruesa de cada canal es dividida en partes, a las que se les asigna un valor en «suertes de tierra» a las que riega» (Granero Martín, F., *Agua y territorio. Arquitectura y paisaje*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003, p. 74).

³¹ Como unidades de medida tradicionales cita Guimerá Peraza las de *pipas* (en Tenerife y La Palma), a razón de 480 o 500 litros; *azada* o *hazada* (en Gran Canaria), a razón de 10 litros por segundo, en 12 horas, o a razón de 8 litros por segundo, en 12 horas; *cuarta* o *surco* (también en Gran Canaria), que representan la cuarta y octava parte de una azada (*Régimen Jurídico*, p. 71 y ss.).

³² *Ibid.*, p. 78.

³³ Guimerá Peraza, M., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 67.

³⁴ Sobre la cuestión *vid.*, entre otros, Nieto, A., «Las comunidades de aguas canarias en 1956», en Nieto, A. (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, III, Santa Cruz de Tenerife, 1969; Guimerá Peraza, M., «Pérez Serrano y la Ley de Aguas de 1956», en *Tres estudios sobre aguas canarias*, Aula de Cultura de Tenerife, S/C de Tenerife, 1970; Clavijo Hernández, F. y Núñez Pérez, G., «La imposición sobre el agua: aplicación en Canarias», en *El agua en Canarias-Factor polémico*, Ministerio de Industria y Energía, S/C de Tenerife, 1981; García Padrón, M., *Temas de actualidad sobre las comunidades de aguas canarias*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, S/C de Tenerife, 1982; Sánchez Jordán, M.E., *op. cit.*, pp. 4039-4042; Pérez Pérez, E., *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 283-291.



a una persona jurídica, distinta de los miembros que la integran (art. 7.1 Ley 1956), en régimen, por tanto, de titularidad única o exclusiva.

La Ley 1956 no resuelve tal contradicción, sino que la introduce, toda vez que al mismo tiempo que se atribuye a cada partícipe una cuota parte indivisa sobre el agua (art. 5.1, *in fine*, Ley 1956) y se habla de «participaciones y fracciones en que se divide» el caudal de agua (art. 5.1 Ley 1956), se menciona como bienes integrantes del «patrimonio de la agrupación» a las «fuentes y manantiales mientras no se alumbren y dividan» (art. 5.2 Ley 1956).

Para salvar tal contradicción de la Ley 1956 entiendo que debemos partir de la diferenciación esencial entre el derecho (aprovechamiento, dominio) y su objeto (agua-recurso, agua-producto), llevándonos a las consideraciones que seguidamente exponemos.

2. Titularidad de los derechos sobre el agua en el régimen de comunidad

a) Agua-recurso hallada aún no extraída

En cuanto al derecho de aprovechamiento —que, recordemos, tiene por objeto el agua hallada aún no extraída—, ni el legislador de 1956 ni el legislador actual en materia de aguas han pretendido, en absoluto, alterar el régimen de cotitularidad cuando concurra una comunidad de aguas, y atribuyen expresamente a cada partícipe el derecho a su cuota parte sobre tal derecho, nunca a la comunidad-persona jurídica.

Son concluyentes, al respecto, los arts. 5.1 Ley 1956 y 66.5 RH, preceptos ambos que sólo pueden referirse a tal derecho de aprovechamiento del partícipe, ya que se trata, en ambos casos, de preceptos que regulan la inscripción registral —que es de derechos, no de objetos— y en ambos se hace referencia a la cuota que les corresponda, a los partícipes, en el «agua», término éste que sólo puede remitir al agua hallada no extraída —sobre la que se proyecta el derecho de aprovechamiento— porque es la única que es inmueble y, por tanto, amparable por una inscripción en el Registro de la Propiedad —que sólo publica derechos sobre bienes inmuebles—. Tal criterio se confirma en el art. 112 LACan, al señalar que «en la transmisión de participaciones de comunidades u otras personas jurídicas se produce la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario»: en caso de comunidad, por tanto, el derecho de aprovechamiento pertenece, en *pro indiviso*, a cada comunero, nunca a la comunidad como persona jurídica.

Dicha ausencia de pretensión de alteración del régimen de cotitularidad en el derecho de aprovechamiento se evidencia, igualmente, en el Preámbulo de la Ley 1956, que justifica la atribución de la personalidad jurídica a las comunidades no como instrumento para una hipotética alteración del régimen de titularidad del partícipe, en favor de la comunidad, de los derechos sobre el agua, sino como mero instrumento para agilizar la gestión *ad extra* y *ad intra* de dicha comunidad.

En consecuencia, si el derecho real de aprovechamiento, cuando se ostenta en régimen de comunidad, pertenece, en *pro indiviso*, a los partícipes —nunca a la comunidad-persona jurídica— y tal derecho de aprovechamiento —según expusimos también al inicio del presente trabajo— se proyecta sobre el agua-recurso,



de naturaleza inmobiliaria y que es *res nullius* o es demanial, pero nunca objeto de propiedad privada, llegamos a la conclusión de que la comunidad-persona jurídica no puede ser dueña del agua aún no extraída (no alumbrada, en la terminología de la Ley 1956) ni dividida, ya que dicha agua o no es de nadie o, en su caso, es demanial, y sobre la misma sólo existe un derecho real de aprovechamiento cuyos titulares, según la misma Ley, son los partícipes, no la comunidad.

En consecuencia, la mención de tales fuentes y manantiales no alumbrados como integrantes del patrimonio de la comunidad-persona jurídica es, en nuestra opinión, un claro error del legislador (*verba legis non sunt lex*), ya que sería absurdo imaginar que con una Ley especial que pretende, simplemente, regular el régimen de cotitularidad de los derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas en Canarias, se pretendiera alterar el régimen jurídico sustantivo de titularidad de las aguas subterráneas (siempre demanial o como *res nullius*) contenido en el Código Civil y en la legislación especial, y considerar que cuando estemos ante una comunidad de aguas, y por este solo hecho, el agua deja de ser demanial o *res nullius* y pasa a ser propiedad de dicha comunidad; obviamente, tal conclusión no se sostiene, ya que ni responde a la finalidad de la Ley ni sería razonable que el régimen de sustantivo del agua subterránea estuviera condicionado a la forma jurídica adoptada por quien la aprovecha.

b) Agua extraída y dividida

No cabe la menor duda de que la voluntad del legislador es conferir, en todo caso, a los partícipes los derechos sobre el agua una vez «alumbrada y dividida» —al ser dichos partícipes los titulares de las «participaciones y fracciones» del derecho real de aprovechamiento (arts. 5.1 Ley 1956 y 6.5 RH y actual art. 112 LACan)—, planteamiento que se confirma en el art. 7.2 Ley 1956 al afirmar que cada miembro «dispondrá libremente de *sus* aguas», en clara referencia, en nuestra opinión, al agua adjudicada a cada uno tras el aduamamiento de la gruesa de agua.

c) Agua extraída pero no dividida

Si el agua no extraída aún no es de nadie o es demanial y el agua extraída y dividida es de los partícipes, en régimen de dominio exclusivo sobre el respectivo volumen adjudicado a cada uno, ¿a quién pertenece el agua ya extraída (alumbrada) pero no dividida?

Podría entenderse, en una interpretación literal, que dicha agua pertenece a la comunidad-persona jurídica en la medida en que el art. 5.2 de la Ley 1956 atribuye a su patrimonio la propiedad de las fuentes y manantiales «mientras no se alumbren y dividan», pudiendo interpretarse, en hipótesis, que hasta tanto se realicen ambas actuaciones (alumbramiento y división) el agua es patrimonio de la comunidad; planteamiento que, además, ya no tendría la objeción antes expuesta sobre el agua no extraída (por ser demanial o de nadie), ya que ahora estamos en el



caso de un agua ya extraída —aunque aún no dividida—, la cual sí es susceptible de ser objeto de propiedad privada.

Esta primera tesis interpretativa queda, sin embargo, descartada si acudimos a una interpretación lógica, contextual y finalista del art. 5.2 Ley 1956, para llegar a la conclusión de que el agua ya extraída pero no dividida es también, al igual que el agua extraída y dividida, propiedad de los partícipes. Los argumentos en que sustentamos nuestro planteamiento son los siguientes:

- i) Consideramos, en primer lugar, que toda vez que los partícipes, según hemos visto, son los cotitulares del derecho de aprovechamiento (arts. 5.1 Ley 1956 y 6.5 RH y actual art. 112 LACan), y es tal derecho el que los faculta a hacer suya el agua alumbrada, sólo pueden ser los mismos partícipes (nunca la comunidad-persona jurídica) los propietarios del agua extraída, dándose únicamente la singularidad, en el caso de indivisión del agua, de que tal derecho de propiedad se ostentará en régimen de *pro indiviso*, hasta que se produzca la efectiva división o aduamiento, y, a partir de ese momento, cada uno de ellos ostentará un derecho de propiedad exclusivo sobre el respectivo volumen de agua adjudicado (art. 7.2 Ley 1956).
- ii) Siguiendo el mismo planteamiento, si los partícipes son propietarios del agua extraída y dividida y dicha atribución surge como consecuencia precisamente del acto de división, resulta evidente que, antes de la división, el agua no puede ser propiedad de la comunidad-persona jurídica, ya que la división no es un acto de transferencia del dominio entre sujetos distintos, sino de transformación de un derecho sobre una cuota parte indivisa en un derecho exclusivo sobre un bien concreto (art. 1068 Cc), lo que significa que el partícipe era propietario del agua extraída antes y después de su división: antes de la división era cotitular de un derecho de propiedad sobre el caudal indiviso y, tras la división, es titular exclusivo del volumen de agua que le asigne el aduamiento, teniendo éste, por tanto, un efecto meramente determinativo o especificativo³⁵ de un derecho preexistente del partícipe y un efecto meramente subrogatorio (art. 450 Cc) en el objeto de tal derecho, nunca traslativo del dominio entre sujetos distintos.
- iii) Finalmente, carece de sentido que el art. 5 Ley 1956 pretenda regular el régimen de titularidad sobre el agua extraída no dividida y atribuírselo, además, a la comunidad-persona jurídica, ya que nos encontramos ante un precepto cuyo objeto específico es regular los aspectos registrales del agua y las co-

³⁵ «Mediante la partición el anterior derecho de cuota, concurrente con otros cualitativamente iguales, sobre una cosa común, se transforma en titularidad individual, generalmente exclusiva, sobre una parte de la cosa. Antes, el partícipe tenía un derecho compartido, limitado, difuso e inconcreto sobre un objeto más amplio; ahora lo tiene exclusivo, absoluto y concreto sobre una parte física de ese objeto que le pertenecerá sólo a él» (Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.A., Luna Serrano, A, Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J., *Elementos de Derecho Civil*, III-2.º, Dykinson, Madrid, 1999, p. 387).

munidades, a los que es ajeno el régimen de agua ya extraída, ya que ésta es, por naturaleza, bien mueble, y el Registro de la Propiedad sólo publica derechos sobre las «aguas privadas» (sic) en cuanto «tengan la consideración de bienes inmuebles» (art. 66.1 RH).

El planteamiento que exponemos, que excluye todo derecho de la comunidad-persona jurídica sobre las aguas extraídas y pendientes de división, se refleja en las SSTSJ Canarias (Sala de lo Contencioso en S/C de Tenerife) núm. 460/2007, 29 noviembre y núm. 207/2008, 5 de junio, que en razonamiento *obiter dicta* afirman:

Si las aguas alumbradas o «gruesa» no constituyen un condominio situado temporalmente bajo la Comunidad hasta su reparto, puesto que tales aguas no son indivisibles, sino que su división o distribución constituye el objeto o la finalidad última de las Comunidades, ni son tampoco de uso público, manifiesto es que si lo único que puede entenderse indivisible y de uso común es lo que la técnica jurídica denomina «caput aquae» o vulgarmente «boca de galería o de pozo», haciéndose eco de ello el art. 5, apartado segundo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, es en ese lugar y momento *cuando verdaderamente se alumbran las aguas y pasan éstas a ser propiedad de los comuneros bien de manera directa, si las toman en dicha «boca», o bien a través de una transitoria etapa de comunidad incidental, si no se distribuyen o se dividen de inmediato*, caso este último en que lejos de atribuirse la titularidad de la «gruesa» a la Comunidad de Aguas, lo único que tiene ésta es una «titularidad puente», de puro tránsito hacia la final y definitiva titularidad de los comuneros, que son los que ostentan la exclusiva y libre disponibilidad de las aguas, estando aquella titularidad incidental limitada al conjunto de las facultades gestoras o administradoras, atribuidas por los comuneros a la Comunidad, al objeto de que ésta pueda cumplir su sabida finalidad del mejor aprovechamiento, por y para aquéllos, del caudal acuífero, lo cual implica que a la persona jurídica, nacida de un contrato asociativo de tipo consorcial que crean los agrupados, le confieren éstos la facultad de administración o gestión de las aguas alumbradas mientras permanezcan en tal comunidad, a la consabida finalidad del mejor aprovechamiento de las mismas, sin perjuicio de que la referida persona jurídica, para el debido cumplimiento de este fin, sea titular de su propio peculio, constituido por los bienes instrumentales del caso (art. 5, apartado tercero de la Ley de 1956) y sobre los que ostenta las connaturales facultades dispositivas, *bien entendido que las aguas alumbradas no forman parte del referido peculio.*

3. *Ni las cuotas indivisas son «acciones o participaciones» ni el agua dividida es «rendimiento» de éstas o aquéllas*

a) «Acciones» de aguas versus acciones y participaciones societarias

Una vez resuelta la cuestión de la titularidad, por los partícipes, de los derechos de aprovechamiento (sobre el agua no extraída) y de propiedad (sobre el agua extraída), cabe concluir que nada, absolutamente nada, tiene que ver la cuota parte indivisa de tales derechos reales, atribuida al partícipe, con las acciones o participaciones representativas del capital de entidades jurídicas, confusión a la que ha contribuido la práctica consuetudinaria del tráfico de dichas cuotas partes, ya



que, como señala Guimerá Peraza, es frecuente que las mismas no se inscriban en el Registro de la Propiedad y para su acreditación y tráfico se representen a través de documentos que reciben vulgarmente el nombre de «acciones», y que son objeto de tráfico a través de la intermediación, incluso, de «bolsas» de aguas³⁶. A dicha confusión terminológica no es ajeno el legislador, que de forma imprecisa llega a calificar como «rendimiento» al agua percibida por comuneros o partícipes³⁷, lo que podría dar a entender que el agua es el rendimiento, en especie, que la comunidad-persona jurídica reparte entre sus partícipes o «accionistas». Nada de esto es exacto ni es real y responde, en nuestra opinión, a una indebida calificación jurídica de las instituciones.

En efecto, aunque la comunidad pueda hacer representar las cuotas partes indivisas de cada comunero en un determinado documento, y a éste se le denomine «acción», dicho documento nada tiene que ver con una acción o participación societaria. Y para hallar la diferencia debemos centrarnos en la esencia y no en el mero nombre, esto es, en la naturaleza y contenido del derecho que, respectivamente, representan las mal llamadas «acciones de aguas» y las acciones y participaciones societarias:

- Las mal llamadas «acciones» de aguas no son otra cosa que una cuota parte indivisa en el derecho real inmobiliario de aprovechamiento que pertenece a los propios partícipes o comuneros en *pro indiviso*. Las acciones y participaciones societarias representan, por el contrario, partes alícuotas del capital social de una entidad jurídica distinta de los socios y partícipes (arts. 23,d) y 90 TRLSC).
- Las mal llamadas «acciones» de aguas representan, por tanto, auténticos *derechos reales inmobiliarios*, mientras que las acciones y participaciones societarias sólo confieren, en su contenido patrimonial, *derechos de crédito* del socio o partícipe (art. 91 TRLSC): el derecho a participar en el reparto de las ganancias y el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación (art. 93,a) TRLSC).
- En la sociedad, las acciones constituyen valores mobiliarios (art. 92.1 TRLSC); en la comunidad sobre un derecho real de aprovechamiento de aguas, las cuotas partes tienen naturaleza del derecho sobre el que se proyectan, siendo éstos de naturaleza real (art. 334.10, in fine, Cc).

b) El agua no es rendimiento ni ganancia social

Sobre las anteriores premisas, nada tiene que ver la percepción del agua por el comunero con los rendimientos que recibe el socio en una sociedad mercantil en concepto de dividendo o ganancia social: el agua que percibe un comunero por su

³⁶ Guimerá Peraza, M., *op. cit.*, pp. 104-105.

³⁷ DA3.ª.2 Ley 19/1994, 6 julio: «... en ningún caso se considerará *rendimiento* sujeto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades, el *agua percibida por los comuneros o partícipes* que sea destinada al riego de sus explotaciones agrícolas».

cuota es el resultado de la división de la gruesa y se le atribuye a cada comunero en subrogación real de la cuota parte que ostentaba sobre dicha gruesa extraída, antes de la división o adulamiento: el partícipe recibe, por tanto, el agua como titular de un derecho real (dominio) sobre la misma. Por el contrario, en las acciones y participaciones, los rendimientos que perciben los socios conforman el objeto de un derecho de crédito (no real) del socio frente a la sociedad a participar en las ganancias obtenidas por dicha sociedad (no por el socio).

Tal diferenciación se contempla expresamente en las ya citadas SSTSJ Canarias (Sala de lo Contencioso en S/C Tenerife) núm. 460/2007, 29 noviembre, y núm. 207/2008, 5 junio, al señalar:

Los rendimientos repartidos a los comuneros, a la vista de lo anterior, no parece deben considerarse como rendimientos del capital mobiliario, esto es, rendimientos producidos por sus participaciones en la comunidad de aguas, y ello porque la titularidad de la participación no tiene carácter obligacional de «derecho de acceso al agua», sino un carácter real de «derecho de disposición del agua», viniendo esto apoyado porque si el partícipe puede inscribir «el agua» y la «cuota» (art. 5 de la Ley de 1956) y sólo acceden al Registro los derechos reales, es un derecho real, sin que el hecho de que se inscriba también la gruesa impida la inscripción simultánea de la cuota de cada partícipe, ni tampoco la consideración de que al ser el caudal de agua un bien inmueble objeto de inmatriculación, sus rendimientos no pueden serlo de capital mobiliario, aun cuando el título jurídico del aprovechamiento se identifique con una «participación» en una entidad de tipo asociativo.

Lo anterior no empece a que si la comunidad-persona jurídica realiza cualquier tipo de actividad económica, los partícipes puedan ostentar un derecho a participar, en proporción a su interés en la comunidad, en los rendimientos obtenidos por ello, pero no puede encuadrarse entre tales rendimientos el agua percibida, ya que dicha agua no pertenece a la comunidad sino a los partícipes.

Sólo cabría concebir unos rendimientos vinculados con el agua cuando sea la propia comunidad-persona jurídica la que ostente, por sí misma, la titularidad del agua extraída (v. gr. por compra a sus partícipes o por ostentar, la propia comunidad-persona jurídica, cuotas partes indivisas en los derechos de aprovechamiento y propiedad sobre el agua) y a través de su venta, se obtengan rendimientos que puedan ser distribuidos entre los comuneros³⁸, pero tampoco aquí nos encontramos ante

³⁸ Ésta es la calificación que ofrecen Clavijo Hernández y Núñez Pérez, para quienes el agua «puede ser conceptuada como una “renta en especie” que es obtenida por la entidad (titular dominical de la misma con anterioridad a su reparto) y luego distribuida entre los socios (titulares dominicales de la porción de agua que les corresponda con arreglo al montante de su participación: número de “acciones” en que esté dividido el caudal global»; señalando seguidamente que si el Heredamiento-Comunidad realiza la comercialización del caudal «el agua no es ya directamente repartida en concepto de ganancia, sino que lo es el producto monetario obtenido por la comercialización de la misma» (Clavijo Hernández, F. y Núñez Pérez, G., «La imposición sobre el agua: aplicación en Canarias», en *El agua en Canarias-Factor polémico*, Ministerio de Industria y Energía, S/C de Tenerife, 1981, p. 39).



el agua propiedad de los partícipes sino ante un rendimiento derivado de la venta, por la comunidad-persona jurídica, de bienes propios de ésta. A dicho rendimiento parece referirse la SAN 25 febrero de 2009 —a la que se remiten otras posteriores—:

... conforme a la legislación canaria de aplicación al caso, básicamente su ley de heredamientos de aguas de Canarias de fecha 27 de diciembre de 1956, vigente conforme a la Disposición Adicional 3.ª de la ley 19/1994, lo cierto es que las comunidades de bienes en ella reguladas, a diferencia de lo que hemos visto en el fundamento jurídico anterior, cuentan con personalidad jurídica (art. 1, Exposición de Motivos y STS de 31.1.1980 de la Sala 1.ª, o STS de 23.5.1997, Sala III, Sección 4.ª), por lo que el ejercicio de la actividad económica ha de atribuirse a la comunidad, y en virtud de ello los rendimientos obtenidos por dichas comunidades por la captación y venta de agua no constituyen actividad empresarial de los socios, sino rendimientos de capital mobiliario de los comuneros por participación en fondos propios (art. 37.1 de la ley 18/1991 de 6 de junio), con independencia de la inclusión en la tarifa del IAE o en el Impuesto General Indirecto Canario de dichas actividades o del hecho de que los comuneros puedan disponer de sus cuotas y recibir unos concretos volúmenes de agua, o de las facultades relativas al secuestro cuyo alcance extrapola el actor a la presente cuestión debatida en autos.

Cuestión distinta sería que el agua que la comunidad vende a terceros sea el agua propia de los comuneros, en cuyo caso, el producto de dicha venta no correspondería a cada comunero en calidad de mero rendimiento por los beneficios de la comunidad, sino como precio por la venta de un bien propio. Admitir lo contrario, esto es, que la comunidad perciba como propio el precio por la venta del agua perteneciente a los comuneros y que éstos se limiten a participar en el rendimiento de dicha venta supondría aceptar un enriquecimiento injustificado en la propia comunidad, por la retribución percibida por la venta de un bien ajeno (por todas, STS (Sala Civil) 226/2010, 23 abril).

Resumiendo las consideraciones efectuadas en los tres apartados anteriores del presente trabajo, el objeto, situación jurídica y régimen de cotitularidad aplicables al agua subterránea quedarían esquematizados en el siguiente cuadro:

OBJETO		NAT. JURÍDICA	DERECHO SUBJETIVO	COTITULARIDAD POR COMUNEROS
ESTADO DEL AGUA				
<i>Agua no hallada</i> (agua-recurso)		Bien inmueble	(Inapropiable)	
<i>Agua hallada no extraída</i> (agua-recurso)		Bien inmueble	Derecho de aprovechamiento	Cuota indivisa
<i>Agua extraída*</i> (agua-producto)	No dividida	Bien mueble	Derecho propiedad	Cuota indivisa
	Dividida**	Bien mueble	Derecho propiedad	Derecho exclusivo

* Con la extracción se opera la *separatio* (que convierte el agua-recurso-inmueble en agua-producto-mueble) y la *perceptio*, que implica la adquisición del derecho de propiedad sobre el agua-producto.

** Con la *divisio*, el derecho único de propiedad ostentado en *pro indiviso* sobre la gruesa de agua se transforma en distintos derechos exclusivos sobre volúmenes concretos del agua-producto-mueble resultantes de la división.

IV. TRAFICO JURÍDICO SOBRE DERECHOS, CUOTAS Y AGUAS

En el tráfico jurídico afectante al agua debemos distinguir los negocios jurídicos sobre los derechos reales que recaen sobre el agua y el tráfico jurídico sobre el agua, en sí misma considerada.

1. DISPOSICIÓN SOBRE LOS DERECHOS O CUOTA PARTE INDIVISA DEL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO

El titular del derecho de aprovechamiento ostenta, en primer lugar, un derecho a disponer de su derecho a favor de terceros, tal como se contempla en los arts. 62 y 67 TRLA y arts. 112 y DT3.^a.2,g) LACan.

Al mismo tiempo, de tratarse de un derecho de aprovechamiento en régimen de cotitularidad, cada uno de los comuneros tiene derecho a disponer de su respectiva cuota parte en el derecho de aprovechamiento de aguas, facultad que viene prevista, con carácter general, en el art. 399 Cc, y, con carácter especial, en el art. 66 RH, al señalar que deberá abrirse folio especial cuando se inscriban «las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas», dando así por admitida la transmisibilidad de las cuotas, que queda igualmente avalada por la exclusión del retracto de comuneros contenida en el art. 8, último párrafo, de la Ley 1956, y por la expresa referencia a la transmisión de participaciones en comunidades, señalada en el art. 112 LACan, y al ejercicio de los actos de comercio sobre los derechos inscritos, mencionado en la DT3.^a.2,g) LACan.

En todos estos tipos de negocios habrá que tener en cuenta dos factores:

- que el objeto del contrato será un bien inmueble, por tener esta condición el derecho de aprovechamiento;
- que la transmisión o cesión de una cuota del derecho de aprovechamiento supone, para el adquirente o cesionario, la asunción de la misma posición que ostenta el transmitente o cedente, tanto en sus derechos como en sus obligaciones (v. gr. art. 67.3 TRLA respecto de las concesiones). Consecuentemente, el adquirente o cesionario ostentará el derecho a apropiarse del agua alumbrada pero deberá, igualmente, contribuir a los gastos inherentes a la comunidad, a menos que otra cosa se disponga en el contrato de cesión.

En relación con los negocios de disposición sobre el derecho de aprovechamiento diferenciamos la cesión temporal y la transmisión de la titularidad:

- a) La cesión temporal faculta al cesionario a aprovechar las aguas afloradas durante la vigencia del contrato, diferenciándose así de la figura de la transmisión definitiva, donde el titular, exclusivo o copartícipe, transmite definitivamente su derecho o cuota parte en el derecho de aprovechamiento a favor de un tercero. Tal cesión temporal, cuando se haga a título oneroso, dará lugar, para el cedente, a un rendimiento de capital inmobiliario (renta o precio





obtenido por la cesión temporal del derecho), al ser de naturaleza inmobiliaria el derecho de aprovechamiento y sus cuotas partes indivisas, recibiendo en las islas la denominación de «arrendamiento de acciones o participaciones»³⁹ o «arrendamiento de aguas», terminología ciertamente inadecuada e inexacta, porque nos introduce, de un lado, en la cuestión de si cabe el arrendamiento de derechos y porque su objeto sería, en cualquier caso, el derecho real de aprovechamiento pero nunca una «acción o participación» —que no existe como tal, ni siquiera en los casos de cotitularidad—, no cabiendo, tampoco, hablar de «arrendamiento de aguas», ya que lo que se cede es un derecho, no un bien, y, en todo caso, el agua a percibir en ejercicio del derecho de aprovechamiento no podría ser objeto de un contrato de arrendamiento, por tratarse de un bien consumible (art. 1545 Cc)⁴⁰, salvo que se tratara de una cesión para uso no consuntivo de la misma.

Cabría cuestionar si tal cesión temporal del derecho o de la cuota parte indivisa supone, en definitiva, una cesión temporal de un derecho de crédito (art. 1526 y ss., Cc), por el que el cedente cede al cesionario el derecho a percibir y a apropiarse, frente a la comunidad, del agua alumbrada y dividida durante cierto tiempo. Tal hipotética calificación queda descartada desde el mismo instante en que el partícipe-cedente no es titular de ningún derecho de crédito frente a la comunidad de aguas, quien tampoco resulta deudora frente al mismo. El agua, como venimos exponiendo, no es un rendimiento o beneficio que la comunidad, cual sociedad, abone a sus socios o partícipes; la percepción del agua es, por el contrario, el contenido de un derecho real de aprovechamiento de cada partícipe, que comprende el derecho a apropiarse del agua y, como tal, inscribible en el Registro de la Propiedad. Nos hallamos claramente ante la distinción entre derecho de crédito (como sería el derecho al dividendo de un socio en una entidad mercantil) y el derecho real, al que pertenece, sin duda, la cuota de participación del comunero en el derecho real de aprovechamiento. En esta misma línea, procede aclarar que cuando la comunidad adula o divide el caudal aflorado entre los comuneros no está actuando como deudor de ninguna obligación, sino como mero administrador o gestor de un bien extraído en común y que procede dividir entre los copartícipes.

- b) La transmisión de la titularidad consiste en la transmisión, *inter vivos* o *mortis causa*, a título gratuito u oneroso, del derecho de aprovechamiento o de su cuota parte indivisa, en caso de comunidad de aguas. El negocio más habitual

³⁹ Afirma Sánchez Jordán que, a través del denominado «arrendamiento de participaciones», «lo que se hace es ceder el goce de un bien —la acción— susceptible de proporcionar al arrendatario una utilidad durante el período de duración del contrato, que se concreta en la facultad de aprovechar el agua que corresponde esa acción» (Sánchez Jordán, E., *op. cit.*, p. 4047).

⁴⁰ En tal sentido, señala Sánchez Jordán, con invocación del art. 1545 Cc, que «el agua no podría ser, nunca, objeto de un contrato de arrendamiento» (Sánchez Jordán, E., *op. cit.*, p. 4047).

es el de compraventa, también mal llamado, en los casos de comunidades de agua, de venta de «acciones o participaciones»⁴¹.

2. DISPOSICIÓN SOBRE EL AGUA

Una vez dividida, entre los comuneros, el agua extraída, y una vez adquirido, por tanto, por cada uno de ellos, el derecho de propiedad exclusiva sobre el respectivo volumen de agua, cada comunero ostenta el derecho de usar y disponer de la misma en las condiciones que estime pertinentes y sean admitidas por el ordenamiento jurídico o, en su caso, en el título concesional, actuando en tal caso como titular del dominio sobre dicha agua (art. 348 Cc). En relación con las comunidades de aguas se expresa tal facultad dispositiva en el art. 7, párrafo segundo, de la Ley 1956, al señalar que «cada miembro (...) dispondrá libremente de sus aguas, aunque sujetándose a las reglas que por órgano estatutario competente se adopten para mejor aprovechamiento del caudal».

En este ámbito, el objeto del negocio jurídico no es ya el derecho de aprovechamiento ni la cuota parte indivisa sobre el mismo, que permanece bajo la misma titularidad, sino el agua concreta objeto de apropiación, sobre la cual el titular del aprovechamiento, convertido en propietario, dispone a favor de terceros, *inter vivos* o *mortis causa* y a título oneroso o gratuito.

En cuanto al tipo de negocio jurídico cabe señalar que procederá, por regla general, la enajenación mediante compraventa o donación y sólo excepcionalmente la cesión de uso y disfrute, siempre que quepa tal uso no consuntivo (art. 52 TRLA), ya que, en caso contrario, no cabría hablar de contrato de arrendamiento (art. 1545 Cc) —en la cesión onerosa— ni de comodato (art. 1740.1 Cc) —en la cesión de uso gratuita—.

Tratándose de enajenación onerosa mediante compraventa, existen una serie de factores especiales que exigen un análisis específico de la operación, pero que, ya adelantamos, no distorsionan la calificación del contrato sino que, simplemente, lo dotan de cierta especialidad, básicamente respecto la propia singularidad de su objeto:

- a) Agua como objeto determinado o genérico. La compraventa de agua puede proyectarse sobre el agua como un objeto específico —art. 1166 Cc— (× volumen de agua que se encuentra almacenada en determinado lugar) o como objeto indeterminado o genérico —art. 1167 Cc— (× volumen de agua de determinada calidad).

⁴¹ Sostiene Guimerá Peraza, en relación con la enajenación de cuotas partes en las comunidades y heredamientos, que «si se trata de la enajenación de la porción privativa, de la participación de agua ya adulada (...), estaremos ante una compraventa típica, con transmisión de dominio a perpetuidad. Por ella, el adquirente pasa a ser heredero, si ya no lo era antes» (Guimerá Peraza, M., *op. cit.*, p. 80).



- b) Contrato de suministro. El contrato de compraventa de agua es subsumible, en múltiples ocasiones, en la modalidad de compraventa mediante suministro, obligándose el vendedor a entregar al comprador un volumen de agua, determinado o determinable, durante un determinado periodo de tiempo, obligándose, a su vez, el comprador o suministrado, a abonar un precio unitario por el volumen de agua realmente percibido.
- c) El agua como cosa futura. En muchas ocasiones, la compraventa o suministro de agua se perfecciona entre vendedor y comprador cuando aún el primero no dispone realmente del agua que se vende, ya que se trata de un agua que aflorará en el futuro y que, por tanto, no puede entenderse que exista —en cuanto bien disponible y apropiable— al tiempo de la perfección de la venta o suministro. Tal circunstancia no afecta, en absoluto, a la existencia y validez del contrato, pues cabe perfectamente, en nuestro ordenamiento jurídico, la venta de cosa futura (art. 1271.1 Cc).
- d) El agua como bien no propio del vendedor al tiempo de la perfección del contrato. Tampoco afecta a la existencia y validez del contrato el hecho de que el agua que el vendedor vende aún no sea propia del mismo —ya que mientras permanece en el acuífero no puede considerarse como propia sino como *res nullius* o, en su caso, demanial—. Y no la afecta porque en nuestro ordenamiento cabe perfectamente la venta de cosa ajena o no propia, condicionada, en su efectividad, a que entre el momento de la perfección y el de la consumación el bien sea adquirido por el vendedor y pueda ser entregado al comprador (entre otras, SSTS 5 mayo 1983, 28 noviembre 1986, 29 julio 1999).
- e) Compraventa sobre un volumen inicialmente indeterminado, aunque determinable. Otra circunstancia especial de la compraventa que analizamos radica en el hecho de que pueda no concretarse un volumen cerrado de agua durante la vigencia del contrato de suministro, como acontece cuando éste está condicionado al volumen real que le corresponda al partícipe durante un determinado periodo de tiempo, volumen que dependerá, obviamente, del caudal realmente extraído en cada momento. Esta eventualidad tampoco enerva la existencia de una compraventa, ya que el objeto de todo contrato requiere una determinación inicial en cuanto a su especie —en este caso, el agua y, a lo sumo, de determinadas condiciones de calidad— (art. 1273, *ab initio* Cc), pero no requiere una determinación, *a priori*, de la cantidad, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (art. 1273, *in fine*, Cc).
- f) Diferencia entre el contrato de suministro del agua que corresponda al partícipe durante un determinado periodo de tiempo y la cesión temporal del derecho real de aprovechamiento. Cabe abordar, sucintamente, la diferenciación entre el contrato de compraventa o suministro de agua en el que un partícipe se obliga a entregar al comprador la totalidad del agua que le corresponda durante un determinado periodo de tiempo en una determinada galería o pozo y la cesión temporal del derecho de aprovechamiento sobre esa misma galería o pozo. Una y otra operación tienen en común que el comprador o cesionario, según proceda, adquiere el derecho a la totalidad del agua



que al partícipe le sea adjudicada durante el periodo de tiempo fijado en el respectivo contrato; pero difieren, entre otros extremos:

- por su contenido: el comprador se limita a adquirir el agua mediante precio, mientras que el cesionario se subroga temporalmente en los derechos y obligaciones del titular del derecho de aprovechamiento o partícipe (art. 67.3 TRLA), de lo que debe darse conocimiento a la Administración, cuando proceda, y a la comunidad de aguas, cuando el objeto de la cesión sea una cuota parte indivisa de un derecho de aprovechamiento en régimen de cotitularidad;
- por la naturaleza de la contraprestación: en la compraventa de agua el vendedor recibe un precio o contraprestación por la enajenación del agua; en el caso de cesión temporal del derecho de aprovechamiento o de su cuota parte, la contraprestación que recibe el cedente, cuando se trata de una cesión onerosa, será un rendimiento de capital inmobiliario por la cesión temporal de un derecho real inmobiliario.

V. CONCLUSIONES

1. El agua en su estado natural (agua-recurso) es un bien inmueble, de naturaleza demanial o, en su caso, *res nullius*. Una vez extraída, el agua-recurso se convierte en agua-producto y, con ello, se transforma jurídicamente en bien mueble.
2. Sobre el agua-recurso-inmueble, ya sea demanial ya sea *res nullius*, opera un derecho real inmobiliario de aprovechamiento, que faculta a su titular a extraer o derivar el agua (*separatio*) y a apropiarse del agua así extraída (*perceptio*). Tal derecho real de aprovechamiento puede ser de naturaleza administrativa (cuando el agua-recurso es demanial) o privada (cuando el agua-recurso es *res nullius*), y se diferencia del derecho de propiedad porque se encuentra limitado temporal (periodo de extracción) y cuantitativamente (volumen de extracción).
3. El agua-producto-mueble, una vez extraída y apropiada, pasa a ser objeto de un derecho de propiedad por el titular del previo derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso-inmueble de la que aquélla ha sido derivada o separada.
4. En los casos de cotitularidad (heredamiento, comunidad de aguas) del derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso-inmueble, tal derecho de aprovechamiento corresponde, en *pro indiviso*, a los partícipes o herederos, no a la comunidad o heredamiento, en cuanto persona jurídica.
5. Una vez extraída el agua-producto-mueble, dichos partícipes serán cotitulares, en *pro indiviso*, del derecho de propiedad sobre la gruesa indivisa, o de un derecho de propiedad exclusivo sobre un volumen concreto de agua, una vez producida la división o aduamiento (*divisio*) de dicha gruesa.
6. El derecho del partícipe al agua-producto-mueble extraída no constituye ninguna suerte de rendimiento de capital mobiliario por su participación en la co-



munidad, sino que deriva del derecho real inmobiliario de aprovechamiento que corresponde a cada partícipe sobre el agua-recurso-inmueble, que es el que le faculta a apropiarse de una cuota parte indivisa o de un volumen concreto del agua-producto-mueble, una vez extraída.

7. Los partícipes pueden disponer, gratuita u onerosamente, de su cuota parte indivisa sobre su derecho real de aprovechamiento, pudiendo hacerlo mediante transmisión de su titularidad o mediante la cesión de uso (mal llamada arrendamiento de acciones); en los casos de cesión temporal onerosa, la contraprestación tiene naturaleza de rendimiento de capital inmobiliario, por ser, a su vez, inmobiliario el derecho que se cede en contraprestación.
8. Los partícipes pueden disponer, así mismo, del agua-producto-mueble ya apropiada, a título de compraventa o donación. Si la cesión se proyectara sobre el uso temporal, sólo cabrá la misma cuando se trate de un uso no consuntivo, en cuyo caso operará mediante contrato de arrendamiento, si la cesión es onerosa, o de comodato, si la cesión es gratuita.

RECIBIDO: febrero 2016; ACEPTADO: mayo 2017



SU STATUTO EPISTEMOLOGICO E CONSOLIDAMENTO TECNICO-GIURIDICO DELL'INFORMATICA FORENSE

Raffaella Brighi

Ricercatrice e Professoressa di Informatica Giuridica
CIRSFID*, Università degli Studi Bologna, Italia

RESUMEN

La crisis en las ciencias forenses y, en particular, en la informática forense parece haber quedado superada en la actualidad gracias a un plan integrado que contiene distintos elementos de armonización. Se ha acogido una aproximación epistemológica que presta más atención a las fases previas y de instrucción: se sitúa en un marco jurídico común destinado a luchar contra el cibercrimen, que comparte protocolos operativos y estándares tecnológicos. Además, se han organizado algunas unidades especiales con el fin de gestionar las pruebas digitales; a través de la creación de ambientes virtuales, estas unidades pueden automatizar algunas de las fases de la gestión forense, memorización y análisis, lo que da lugar a investigaciones más efectivas y limita el recurso a la pseudociencia. Por último, la práctica interdisciplinaria desempeña un papel estratégico, ya que permite a cada uno de los grupos —científicos forenses y prácticos del derecho— entender mejor las necesidades y limitaciones del otro.

PALABRAS CLAVE: informática forense, armonización, epistemología, estándares tecnológicos, ambientes virtuales.

ABSTRACT

«On the Epistemological Status and Technico-Legal Consolidation of Digital Forensics». The crisis in forensic science, and in particular in computer forensics, seems to have been overcome today thanks to an integrated governance plan containing several harmonizing elements. A new epistemological approach has been embraced that pays closer attention to the pretrial and investigative phases: It is set within a common legal framework for fighting cybercrime and shares operating protocols and technological standards. Also, some special units have been set up for the purpose of managing digital evidence: By creating virtual environments, these units can automate some of the phases in forensic management, memorization, and analysis, thus making investigations more effective and limiting recourse to «junk science.» Finally, interdisciplinary training plays a strategic role by enabling each group —forensic scientists and legal practitioners— to better understand the needs and limitations of the other.

KEYWORDS: digital forensics, harmonization, epistemology, shared standards, virtual labs.



1. PREMESSA

Numerosi studi e report governativi, non troppo risalenti nel tempo, hanno denunciato la crisi delle discipline forensi. In particolare il noto rapporto della *National Academy of Science* del 2009 — *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (noto come rapporto NAS) sottolinea:

the forensic science system exhibits serious shortcomings in capacity and quality; yet the courts continue to rely on forensic evidence without fully understanding and addressing the limitations of different forensic science disciplines¹.

Il documento, ampio e articolato, oltre a evidenziare le carenze di molti metodi forensi su cui si basa il lavoro della polizia e dei pubblici ministeri offre un gran numero di raccomandazioni volte a superare le criticità: da questioni strutturali, quali la creazione di enti autonomi e indipendenti (cui il *National Institute of Forensic Science*), all'accREDITAMENTO di centri specializzati, alla certificazione degli esaminatori o ancora alla standardizzazione delle procedure. Aspetto comune a tutti i punti sollevati è la creazione di una adeguata *governance*.

Al di là delle critiche che il rapporto NAS ha suscitato nell'immediato, causate soprattutto da una certa resistenza al cambiamento², a fronte dei progressi degli ultimi anni, si può affermare che il cambio di paradigma auspicato sia effettivamente in atto. Molti fattori fanno pensare che si stiano gettando le basi per una nuova visione dell'informatica forense, e più in generale, delle scienze forensi ma, in particolare, il cambiamento è trainato dalla coniugazione di due elementi, funzionali uno all'altro: da un lato la definizione di una cornice epistemologica più concreta di riferimento per le scienze forensi, d'altro lato l'armonizzazione degli standard tecnici e giuridici.

2. EPISTEMOLOGIA E SCIENZE FORENSI

Il dibattito filosofico-giuridico per la comprensione e la risoluzione delle questioni giuridico-epistemologiche è stato spesso troppo astratto e, dunque, distante dal «sistema giustizia». Ciò ha portato a trascurare il rapporto tra i professionisti del diritto e gli scienziati forensi che, invece, è fondamentale per il bilancio complessivo dell'ecosistema delle scienze forensi.

* Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica.

¹ National Research Council, National Academy of Sciences, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Washington, DC: National Academies Press, 2009, p. 53.

² Giannelli, Paul C., «The 2009 NAS Forensic Science Report: A Literature Review» in *Crim. L. Bulletin* 378 (2012); Case Legal Studies Research Paper N. 2012-11. Disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2039024>.

In tutti i tipi di processo si ravvisa la tendenza a espandere il ricorso alla scienza forense con un impiego massivo di procedure scientifiche da parte degli investigatori, che si pensa possano fornire al giudice elementi più oggettivi, sicuri e controllabili. Il giudice, al momento del processo, per quanto *peritus peritorum*, è costretto a farsi coadiuvare da esperti —non sempre «studiosi»³— delle varie scienze che lo aiutino a stabilire quali siano le affermazioni scientifiche vere e quali false delle parti. La scienza ha però modalità e tempi diversi dal diritto. Da un lato è piuttosto chiaro che la conoscenza scientifica non sia sinonimo di verità⁴ e che la caratteristica di fondarsi su metodi empiricamente controllabili non garantisca la certezza dei risultati; anzi, in molti contesti, la scienza può fornire solo dati statistici (frequenze) sul verificarsi o meno di una certa affermazione. D'altro canto, le decisioni giuridiche sono soggette a vincoli di tempo e di risorse, e gli interessi contrapposti delle parti possono portare a condurre una «ricerca interessata», volta a trovare evidenze favorevoli o a screditare evidenze non favorevoli piuttosto che a «cercare la verità».

L'epistemologia può aiutare ad affrontare le differenze intrinseche tra scienza e diritto, per quello che attiene prove e procedure probatorie, in particolare in riferimento ad alcune questioni centrali, ovvero indagare il rapporto tra evidenza scientifica⁵, ricerca scientifica e ricerca guidata dal contenzioso («interessata»); affrontare il rapporto tra probabilità e giustizia; e chiarire il ruolo della testimonianza scientifica esperta nel difficile bilanciamento tra inammissibilità e completezza⁶. Per definire una cornice concreta per tutte quelle «procedure e pratiche che danno struttura agli sforzi giuridici di determinare la verità»⁷ serve infatti comprendere la natura dell'evidenza scientifica e come essa si rapporta al concetto giuridico di prova,

³ Per un'analisi dei requisiti di periti e consulenti tecnici si veda l'intervento «L'attività del perito e le best practices» di Maioli, C., Rabbito, C. e Gammarota, A. in *Italian Cyberspace Law Conference*, 2004 e Caccavella, D., «Le perizie informatiche: Gli Accertamenti tecnici in ambito informatico e telematico», in Aterno, S. e Mazzotta, P. (a cura di), *La perizia e la consulenza tecnica*, Cedam 2006.

⁴ La posizione del realismo scientifico classico, che la scienza si avvicini in modo progressivo alla verità, appare debole nel caso delle «rivoluzioni scientifiche» che comportino un cambiamento ontologico radicale dell'immagine del mondo fornita dalla teorie ritenute vere fino a quel momento (Kuhn, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962); se, storicamente, teorie molto autorevoli si sono rivelate false o inadeguate si potrebbe pensare che anche le teorie attualmente accettate non siano vere. L'anti-realismo scientifico arriva a negare la portata di verità attribuita alle teorie scientifiche dal realismo scientifico e a affermare che le teorie scientifiche «costruiscono il mondo».

⁵ Con evidenza scientifica intendiamo qualsiasi informazione, con valore probatorio, che sia accertata, in senso lato, grazie all'utilizzo di una legge scientifica o di un metodo tecnologico. «È «scientifica» quella prova che, partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare un fatto «ignoto» per il giudice», così Tonini P., «Progresso tecnologico, prova scientifica e contrattaditorio», in De Cataldo Neuburger, L. (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, CEDAM, 2007. Taruffo in *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 2002 introduce una sotto classificazione della prova in prova scientifica e in prova informatica (o tecnologica), che si caratterizza a sua volta per l'impiego di strumenti informatici.

⁶ Haack, S., *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Egea, Milano, 2015.

⁷ Haack, S., *op. cit.*, p. 41.



spiegare come questa debba essere valutata a garanzia del grado di prova richiesto, stabilire come valutare la testimonianza esperta di natura scientifica e definirne le strategie di inammissibilità.

Il problema di come stimare l'evidenza scientifica, e con essa la credibilità dei testimoni esperti⁸, nel contesto giuridico è un problema non nuovo ma centrale anche per l'informatica forense. Dall'analisi della giurisprudenza dell'ultimo ventennio, a prescindere dal sistema giuridico di riferimento (accusatorio o inquisitorio), emergono numerosi tentativi di risolvere le criticità e delineare un quadro di riferimento, perché la testimonianza esperta sia di aiuto nel determinare la *verità*. L'approccio teorico più tradizionale, in cui il diritto sostanzialmente recepisce conoscenze accertate dalla scienza ufficiale, sembra ormai superato di fronte alla consapevolezza della non neutralità delle proposizioni scientifiche e dell'incertezza nello stabilire quale sia la scienza valida.

Come noto, i primi passi significativi in questo senso sono venuti dall'esperienza nordamericana con la cosiddetta sentenza *Daubert*⁹ del 1993 che ha rappresentato per la giurisprudenza non solo americana, un punto fermo nel dibattito sulla prova scientifica. Con questa discussa sentenza la Corte Suprema degli Stati Uniti ha modificato i criteri di riferimento fino ad allora adottati dalle Corti per il ricorso alla scienza, dando origine a un quadro particolarmente complesso. Fino a quel momento le Corti si basavano sul *Test di Freye*, risalente a una famosa sentenza del 1923, secondo il quale il criterio per stabilire la scienza valida era quello della *general acceptance* da parte della comunità scientifica di riferimento; l'intento era quello di escludere come non ancora validate nuove posizioni scientifiche¹⁰. Con questo impianto, piuttosto restrittivo, è evidente che la scienza ufficiale tendeva a prevalere sullo stretto diritto e a guidare le decisioni dei giudici, dando adito a sentenze contraddittorie per via della ambiguità nello stabilire il grado del consenso generale e nell'individuare la comunità scientifica di riferimento. Con *Daubert* e le decisioni che lo seguirono (la cosiddetta trilogia *Daubert*¹¹), dal punto di vista dell'equilibrio tra scienza e diritto, la strategia è stata quella di spostare il primato decisionale sul giudice¹², affidandogli il compito di vagliare l'attendibilità e la pertinenza della evidenza scientifica presentata dall'*expert witness*, per mezzo di una griglia di criteri di valutazione che la Corte stessa definisce. I criteri sono stati sostanzialmente quattro:

⁸ La prova scientifica è spesso presentata nei processi da parte di un perito, *expert witness*. L'esperto comparirà in giudizio e testimonierà sulla perizia. Le competenze dell'esperto e la determinazione dell'oggetto dell'incarico influiscono chiaramente sull'attendibilità del risultato.

⁹ *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 509 US 579 (1993). Trad. it parziale in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, L (1996), p. 277 e ss.

¹⁰ Dominiononi, O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 117.

¹¹ Oltre al caso *Daubert*, anche *General Electric Co. v. Joiner* (1997) e *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael* (1999).

¹² In questo caso la Corte dovette trovare un legame tra il test di *Freye* e le *Federal Rules of Evidence* (Rule 702-Testimony of Expert) che assegnano al giudice il compito di assicurare che la testimonianza dell'esperto sia rilevante e affidabile (*reliable*).

(i) se la teoria o la tecnica impiegate alla base della prova siano state testate e siano falsificabili; (ii) se la teoria o tecnica sia stata oggetto di *peer review* e pubblicata; (iii) il tasso di errore, noto o potenziale, associato alla teoria o tecnica e, infine, (iv) se la teoria o tecnica sia stata generalmente accettata dalla comunità scientifica di riferimento¹³. Nello stabilire i criteri la Corte richiama i *metodi* che la scienza usa per valutare l'attendibilità delle teorie scientifiche, facendo esplicito riferimento contemporaneamente alla teoria sulla falsificabilità di Popper¹⁴ —secondo cui la scienza procede tramite falsificazione delle affermazioni—, e al positivismo logico di Hempel¹⁵ in base al quale una teoria scientifica deve avere opportune verifiche empiriche che la confermino. Come è noto, poi, nelle decisioni che seguirono, *Joiner* e *Kumho Tire*, la Corte suprema Suprema degli USA ha in parte ampliato le regole di Daubert lasciando di fatto sempre più margine decisionale alle corti per valutare l'attendibilità di una testimonianza esperta.

Il modello proposto, in prima istanza, ha accolto molti pareri favorevoli anche a livello internazionale, perché coniuga e integra tra loro più criteri e in tale maniera sembrerebbe avvicinarsi maggiormente alla metodologia impiegata nelle scienze sperimentali. Esaminato alla luce del rapporto scienza e diritto, però, non si può non rilevare che questo modello, pur salvando il concetto di validità della scienza, consolida il potere del sistema giudiziario di decidere ciò che «*conta come scienza*» per il diritto¹⁶. Nello stabilire quale sia la scienza valida, il diritto non è più meramente norma tecnica ma contribuisce a definire il sapere scientifico¹⁷.

Da molte parti si è affermato che la sentenza Daubert non abbia raggiunto il suo obiettivo. Daubert e la sua progenie hanno creato, in verità, molte controversie in fase di applicazione, soprattutto per la difficoltà nell'individuare standard di validità per conoscenze scientifiche molto differenti e il conseguente rischio, sottolineato da molti, di fare entrare nei processi la *junk science*¹⁸ —la cattiva scienza, la scienza spazzatura— costituita da quelle conoscenze che, se pur presentate come scientificamente testate, sfuggono da qualunque valutazione di scientificità. Alcuni, per questo, vedono

¹³ La bibliografia sulla portata della sentenza è vastissima. Cfr. ad esempio Dondi, A., «Paradigmi processuali e «expert witness testimony»», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996; Dominioni, O., *La prova penale scientifica*, cit.; Taruffo, M., «La prova scientifica nella recente esperienza statunitense», in *riv. trim. dir. proc. civ.*, L, 1996; Taruffo, M., *La prova dei fatti giuridici*, cit..

¹⁴ Popper, K.R., *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London 1959 e Popper, K.R., *Conjectures and Refutations*, London 1963.

¹⁵ Hempel, C.G., *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna, 1978.

¹⁶ Jasanoff, S., *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001, p. 372.

¹⁷ Tallachini, M.C., «Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina», in Jasanoff S., *op. cit.*, p. VI.

¹⁸ È celebre la distinzione tra *good science* e *junk science* in Huber, P., *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*. BasicBooks, (HarperCollins), 1991. Il ricorso alla cattiva scienza ha portato a numerosi errori giudiziari. Utilizzare cattiva scienza, ovvero opinioni presentate come scientifiche quando non hanno alcuna fondatezza, è un modo di influenzare l'opinione pubblica; soprattutto nei sistemi giuridici nord americani è molto sentito il problema di impedire l'ingresso della cattiva scienza nei processi per evitare il condizionamento di giudici e giurie.



in Daubert un paradosso: il giudice nomina il perito proprio perché non è in grado di effettuare egli stesso un accertamento di tipo scientifico ma si pretende che sia il giudice stesso a valutare l'esito della prova peritale, al fine di stabilire se vale la pena di servirsene per la decisione sui fatti. Pertanto, si presuppone che il giudice possa effettuare ex post una valutazione su cognizioni scientifiche che egli non possedeva ex ante¹⁹. La giurisprudenza nord americana, d'altra parte, evidenzia le debolezze di Daubert nel caso di giudizi penali: mentre pare avere ristretto gli standard di ammissibilità in ambito civile, in ambito penale il suo effetto è spesso irrilevante²⁰.

Le analisi più recenti degli studiosi di epistemologia individuano la causa dell'incertezza che emerge dalla giurisprudenza e dalla dottrina post Daubert proprio nella scarsa coerenza delle stesse regole di Daubert sul profilo filosofico-scientifico. Particolarmente chiara, a tale proposito, è la posizione di Haack²¹ che mostra sia come la Corte nel caso Daubert abbia richiamato in modo improprio le teorie di Popper, che non forniscono al giudice i criteri per stabilire né se un elemento di prova è realmente scientifico né se esso è attendibile, sia elemento ancor più grave come la Corte abbia sbagliato nella pretesa di spiegare cosa distingue un metodo scientifico da un metodo non scientifico e nell'aver identificato il concetto di «scientifico» con «attendibile».

In linea con la posizione di Haack, evidenziamo infatti che alla base della filosofia della scienza di Popper vi è la convinzione che non si possa mai dimostrare la verità di una affermazione scientifica; una teoria scientifica può essere tutt'al più «corroborata» ovvero essere stata testata e non falsificata, ma ciò non implica che la teoria sia vera. Assumere dunque che il criterio di falsificabilità di Popper potesse essere applicabile per valutare l'attendibilità della testimonianza scientifica è stato fuorviante.

Si concorda con Haack anche laddove sostiene che il richiamo al *metodo scientifico* non sia efficace per valutare l'attendibilità di una testimonianza esperta, sia perché scientificità e attendibilità non sono caratteristiche sovrapponibili, e quello che interessa giuridicamente è piuttosto l'attendibilità della testimonianza, sia perché l'accento posto sul metodo scientifico porta a distogliere l'attenzione dalle *conclu-*

¹⁹ Per un esame critico del paradosso si veda Taruffo M., in *Scienza e processo*, Secolo XXI, 2009. Sulle criticità di Daubert anche Welch, C.H., «Flexible standards, deferential review: Daubert's legacy of confusion», 29 *Harvard J. Of Law & Public Policy*, 2006, pp. 1085-1101.

²⁰ Cfr. Haack, S. in «La testimonianza esperta: lezioni dall'esperienza statunitense» in *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità, causa nel diritto*. 2015. Milano, Egea, p. 141. Si veda anche Peter J. Neufeld, «The (Near) Irrelevance of Daubert to Criminal Justice and Some Suggestions for Reform» in *American Journal of Public Health* 95 (2005); Berman, K.R. and McClennen, N., «Daubert Turning 20: Junk Science Replaced By Junk Rulings?», 2012, *ABA Section of Litigation Annual Conference*, 2012.

²¹ L'Autrice affronta il tema in diversi suoi scritti. In particolare si veda S. Haack «Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte suprema americana» in *Ars Interpretandi* 11, 2006, pp. 303-326, in cui l'autrice mostra anche come la concezione di Hempel di testabile sia piuttosto distante dalle teorie di Popper e quindi citata impropriamente nella sentenza Daubert.

sioni²². Inoltre, se si intende il metodo scientifico come quell'insieme di procedure pratiche e concrete che lo scienziato mette in atto per formulare le sue congetture²³, si può ancora obiettare che tale procedure non sono seguite da tutti gli scienziati e non sono seguite solo dagli scienziati, quindi non può essere questo il criterio per determinare la scientificità di una teoria²⁴.

La sentenza Daubert, e le sentenze che lo hanno seguito, dunque non si sono riferite con i loro criteri a una specifica epistemologia, ma piuttosto hanno concorso a una «costruzione giuridica della conoscenza specialistica»²⁵, ovvero definiscono come il diritto vede la scienza e la rende fruibile per i suoi scopi²⁶.

Questo è il punto da cui muove il dibattito più recente²⁷: definire una epistemologia per il diritto partendo da ciò che già è implicito nella giurisprudenza e nelle procedure di armonizzazione e standardizzazione.

Tali basi, a parere di chi scrive, sono ben poste da Haack che, muovendo dal pragmatismo nordamericano, riporta i criteri di validità piuttosto a *canoni di razionalità*²⁸: «l'osservazione può contribuire alla solidità dell'evidenza per una teoria scientifica», quindi occorre superare la distinzione netta tra enunciati teorici e osservativi, ammettendo l'esistenza di «un continuum di enunciati più o meno osservativi»; «migliore è l'evidenza rispetto a una teoria, più è verosimile che questa sia vera»; inoltre l'Autrice raccomanda di non trattare le evidenze scientifiche in modo esclusivamente formale e logico, ma di tenere in considerazione che la scienza riguarda anche le nostre interazioni con il mondo e, dunque, il contesto.

È importante sottolineare che questo passaggio non avviene solo con norme giuridiche e regole. Iniziative come l'istituzione di centri forensi specializzati, tra cui i laboratori forensi virtuali, lo mostrano: l'attenzione deve essere posta maggiormente alle fasi precedenti il processo per evitare la cattiva scienza. Vi è la necessità di scavare a fondo nel lavoro scientifico per comprendere eventuali debolezze piuttosto che etichettarlo come pseudoscienza. Ciò assume rilievo ancora maggiore nel contesto della informatica forense, disciplina in continuo cambiamento per la rapidissima evoluzione delle tecnologie, dove è strategica la definizione di protocolli operativi per gli accertamenti informatici e la documentazione delle prove.

Il principio fondamentale —sviluppato e consolidato a partire dalla sentenza Daubert— che le prove fornite dall'esperto non siano vincolanti per il giudice e che, per quanto esse siano complesse, il giudice ha l'onere di interpretarne e rie-

²² Cfr. Haack, S., *Legalizzare l'epistemologia*, cit. p. 196.

²³ Sulla storia della concezione del metodo scientifico nel pensiero occidentale si veda Oldroy D., *Storia della filosofia della scienza*, Milano, Il saggiatore, 1998.

²⁴ Haack, S., *Six Signs of Scientism*, Logos & Epiteme, III, 1, 2012, pp. 75-95.

²⁵ Jasanoff, S., *op. cit.*, p. 372.

²⁶ Fuselli, S., *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*. Milano, FrancoAngeli, 2008, p. 54.

²⁷ Tra tutti si rimanda a Black S. and Nic Daied N., «Time to think differently: catalysing a paradigm shift in forensic science», in *Philosophical Transactions of the Royal Society London, Biol Sci.*, 2015.

²⁸ Haack, S., *op. cit.*, pp. 199-205.



laborarne i contenuti informativi in modo autonomo, è ormai da tempo alla base degli ordinamenti processuali. In particolare nel contesto europeo, soprattutto in ambito penale, importanti basi normative per la disciplina della prova scientifica nei distinti momenti della ammissione, dell'assunzione e dell'utilizzazione dell'elemento di prova contribuiscono a definire il ruolo della scienza nel processo; inoltre diverse sentenze fissano criteri per la validazione del sapere scientifico non consolidato²⁹. In Italia è la sentenza della Cassazione penale 43789/2010³⁰ che affronta esplicitamente la questione:

Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono; le basi fattuali sulle quali essi sono condotti; l'ampiezza, la rigosità, l'oggettività della ricerca; il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; la discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio [...]. Infine, dal punto di vista del giudice è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. [...] Gli esperti dovranno essere chiamati [...] a delineare lo scenario degli studi e a fornire gli elementi che consentano al giudice di comprendere [...]. Di tale complessa indagine il giudice infine è chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto.

Dunque il consulente non si sostituisce al giudice ma deve fornirgli tutti gli strumenti affinché possa formulare un giudizio, analitico e rigoroso, su quanto prodotto. In particolare, l'obbligo di motivazione della decisione —sia quando il giudice ritiene di non seguire il parere dell'esperto sia quando invece aderisce alle sue conclusioni— appare determinante, in quanto garantisce la funzione autonoma del giudice rispetto all'esperto, sostenendo l'esigenza di un *controllo razionale*. Tale obbligo implica che il giudice analizzi e controlli la prova scientifica e giustifichi esplicitamente le proprie valutazioni, anche quando ritiene che la prova scientifica acquisita sia valida e attendibile.

Questo è tanto più rilevante se si pensa che ad oggi nelle questioni attinenti alla informatica forense, in particolare in ambito penale, non pare essere mai stata sollevata in giudizio, almeno in Italia, la questione della cattiva scienza e nemmeno casi in cui il procedimento acquisitivo della *digital evidence* sia caratterizzato da una tale illegittimità che lo renda inutilizzabile nel processo³¹. Le tecniche di informatica forense peraltro possono esprimere una valutazione sul grado di compromissione di un dato informatico e quindi il giudice dovrà valutare se estromettere totalmente il dato o piuttosto valutare sia pur parzialmente il contenuto informativo dello stesso.

²⁹ Tra le numerose fonti si veda Sallavaci, O., *The Compact of scientific evidence on criminal trial*, Routledge, 2014.

³⁰ Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n.° 43786.

³¹ Cajani, F., «Il vaglio dibattimentale della digital evidence», in *Archivio Penale* Lxv(3), 2013, pp. 837-852.

Sicuramente per il giudice è un compito difficile ma, se da un lato il ricorso alla scienza costituisce uno strumento poderoso di accertamento processuale della verità dei fatti, è illusorio pensare che esso abbia l'effetto di rendere più facile il lavoro del giudice e gli consenta di delegare ad altri decisioni tanto complesse³².

Il nuovo approccio epistemologico —più attento alle fasi precedenti al processo giudiziario e a alla valutazione del contesto di riferimento— ben si coniuga con la definizione di un quadro giuridico comune di contrasto al crimine informatico e con la condivisione di protocolli operativi e standard tecnologici.

Cardini dell'armonizzazione: norme, regole
e tecniche per l'informatica forense

L'informatica forense raggiunge, oggi, una maggiore centralità nelle aule di giustizia grazie alla diffusione di standard tecnici e protocolli operativi nonché alla armonizzazione del quadro giuridico di riferimento per il contrasto al crimine informatico. L'ecosistema informatico, altresì, esercita una importante influenza sui giudici (come cittadini) che va valorizzata soprattutto con ricerche che non siano finalizzate solo alla realizzazione di nuovi *widget* per la polizia e nuovi strumenti per la fase istruttoria, ma piuttosto rafforzino le basi olistiche —senza soluzione di continuità: principi, pratiche, procedure— di quanto disponibile e contribuiscano a definire e diffondere le pratiche migliori³³. Probabilmente la lezione di progettazione centrata sull'utente che tanti risultati positivi ha dato in molti settori delle Tecnologie della Informazione e della Comunicazione (TIC) va estesa di più al sistema giudiziario e alla magistratura, pena un disallineamento tra gli strumenti disponibili agli investigatori³⁴.

La prima leva di armonizzazione, guida del cambio di paradigma, va individuata senza dubbio nella definizione di un *quadro giuridico comune*. È generalmente accettato che un certo grado di armonizzazione tra i paesi è di vitale importanza se si vuole raggiungere una regolamentazione efficace di contrasto ai reati informatici: anche se sono sempre esistiti reati di natura transnazionale —per esempio il traffico di esseri umani, armi e droga, il contrabbando, il riciclaggio di denaro e il terrorismo— la criminalità informatica ha caratteristiche uniche per via della natura intrinsecamente globale della sottostante tecnologia. La cooperazione, per essere proficua, richiede la definizione di un quadro legislativo comune e le opportune salvaguardie: gruppi di specialisti sul *cybercrime*, addestramento degli investigatori

³² Così Taruffo, M., in *Scienza e processo*, cit.

³³ Pollitt, M., «A History of Digital Forensics». *Advances in Digital Forensics* VI, Springer, 2010.

³⁴ Hibshi, H., Vidas, T. and Cranor, L., «Usability of Forensics Tools: A User Study». *Sixth International Conference on IT Security Incident Management and IT Forensics*, USA, 2011; Jarrett, M.H., Bailie, M.W., Hagen E. and Eltringham, S., *Prosecuting Computer Crimes Computer Crime and Intellectual Property Section Criminal Division*. Office of Legal Education Executive Office for United States Attorneys, 2009.



e dei magistrati, cooperazione inter-agenzie, cooperazione tra pubblico e privato, cooperazione internazionale sia tra polizie (Europol) che tra magistrati (Eurojust).

Dal punto di vista giuridico il riferimento fondamentale, come è noto, è rappresentato dalla *Convenzione di Budapest*³⁵ del Consiglio di Europa³⁶, primo strumento internazionale vincolante per affrontare in modo globale il problema, che cerca di armonizzare le leggi sui reati informatici dei vari Stati aderenti, migliorare le capacità e le modalità di indagine e accrescere la cooperazione investigativa internazionale. La Convenzione si occupa dei reati contro la confidenzialità, integrità e disponibilità di sistemi e dati informatici, di quelli relativi a contenuti in cui si utilizzino le tecnologie della informazione e della comunicazione per facilitare la distribuzione di materiali illegali o illeciti e di reati relativi alla effrazione della tutela della proprietà intellettuale.

È evidente che, oggi, passati quindici anni dalla promulgazione, la Convenzione risente della maturità della tecnologia; per cui trascura, a livello di diritto sostanziale, reati allora meno sentiti come, per esempio, l'uso di Internet per terrorismo, gli attacchi *botnet*, il *phishing* e a livello di diritto procedurale, questioni ora molto attuali, quali le intercettazioni di comunicazioni *Voice over IP* (VOIP) e l'ammissibilità di elementi di prova di procedure per il trattamento di informazioni criptate³⁷.

Va notato come la Convenzione allarghi le disposizioni a qualunque reato in cui sia necessario raccogliere elementi probatori in formato elettronico³⁸: diversi Stati che l'hanno ratificata, dunque, hanno promulgato, in buona parte, leggi che consentono agli investigatori di individuare e sequestrare computer e dati digitali, effettuare intercettazioni telematiche, ottenere dati relativi a comunicazioni registrate o in tempo reale, indipendentemente dalla circostanza che il reato su cui si indaga sia un reato informatico.

L'armonizzazione delle norme è necessaria soprattutto per eliminare «porti franchi» e per facilitare la cooperazione internazionale. La modalità di armonizzazione della Convenzione —che è del tipo che Sieber definì «armonizzazione flessibile»³⁹— fa riferimento a un modello uniforme per la costruzione delle regole che stabilisce i parametri di accettazione del diritto sostanziale mentre lascia la formulazione del regole procedurali alle peculiarità culturali di ciascuna nazione.

³⁵ Aperta alla firma il 23 novembre 2001, dopo un percorso di 16 anni, la Convenzione è entrata in vigore il 1 luglio 2004.

³⁶ Il cibercrimine minaccia l'obiettivo del Consiglio di Europa di potenziamento dei diritti umani, democrazia e norme giuridiche.

³⁷ Gercke, M., «10 Years Convention on Cybercrime», *Computer Law Review International* 142, 2011, pp. 147-149.

³⁸ Vatis, M.A., «The Council of Europe Convention on Cybercrime» in Proc. of a Workshop on *Deterring CyberAttacks: Informing Strategies and Developing Options* for US Policy, National Academies Press, 2010.

³⁹ Sieber, U., «Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch», *Juristen Zeitung* 52, 1997.

Considerando che armonizzazione non implica identità di trattamento, la Convenzione rappresenta lo strumento multilaterale più significativo nella regolazione del cybercrime e dell'adattamento reciproco delle legislazioni, dal punto di vista (I) della completezza (reati sostanziali, modalità procedurali, cooperazione internazionale); (II) della protezione dei diritti (tra cui applicazione degli strumenti per la tutela dei diritti umani, di rispetto del principio di proporzionalità, impatto su terze parti, poteri di indagine, assistenza reciproca tra gli Stati, estradizione, sovranità territoriale) e (III) della rappresentatività (attualmente gli Stati⁴⁰ la cui legislazione per il contrasto alla criminalità informatica sono ispirate e conseguenza della Convenzione sono oltre 120)⁴¹. Anche se non è incisiva come un trattato internazionale, non esiste alcuna iniziativa equivalente che si avvicini a questo livello di accettazione mondiale.

L'Unione Europea ha assunto negli anni un approccio proattivo al problema concentrandosi sulla creazione di una *cybersecurity strategy*⁴² e della *European Union Agency for Network and Information Security* (ENISA), per una prevenzione efficace piuttosto che rispondere, reattivamente, ai vari tipi di attacco informatico⁴³. Un insieme di iniziative internazionali, regionali di area e nazionali sono state attivate a partire dal 2001 e la Convenzione rappresenta la pietra di paragone rispetto alla quale possono essere misurati tali sforzi.

Di importanza centrale, a livello globale, sono gli sviluppi della *Salvador Declaration* del 2010 del *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) detta anche «UN Convention». UNODC assiste gli Stati membri sul contrasto al *cybercrime* e ha collaborato con altre commissioni delle Nazioni Unite⁴⁴ a effettuare un ampio studio che, ultimato nel 2013, ha portato a numerose proposte di rafforzamento a livello nazionale e internazionale, in relazione alla crescita di comprensione del fenomeno, alle competenze per individuare e contrastare i reati e al potenziamento della cooperazione e dei i meccanismi di scambio informativo.

Iniziative significative sono state intraprese a livello internazionale in seguito alla Convenzione, tra il 2005 e il 2014, da parte di *Commonwealth, Shanghai Cooperation Organization, League of Arab States, Caribbean ITU, ITU/Secretariat of the Pacific Community, Convention on the Establishment of a Legal Framework Conductive to Cybersecurity in Africa*.

Il risultato di tale convergenza di sforzi di armonizzazione legislativa, siano essi strumenti giuridicamente vincolanti o non vincolanti, internazionali o regionali

⁴⁰ Di cui: è stata ratificata da 47 Stati; sottoscritta da 11; 8 Stati invitati a sottoscriverla; 22 altri Stati la cui legislazione è in linea; 45 altri Stati che stanno legiferando, ispirandosi ad essa.

⁴¹ Seger, A., «The cost of cybercrime-the benefits of cooperation», *CTO cybersecurity Forum*, Forum, CoE, 2013.

⁴² EU, *Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace*, 7.2.2013 JOIN (2013), 2013.

⁴³ Di Noto, N., *Europe's fight against cybercrime*, The ReSHAPE Research Project, 5/13, 2013.

⁴⁴ UN, Crime Prevention and Criminal Justice.





di area, ha accresciuto, nel breve periodo, la capacità di contrasto e l'autosufficienza dei singoli Stati e, nel lungo periodo, la capacità di cooperazione internazionale contro una sfida globale⁴⁵. L'influenza della Convenzione è stata così pervasiva sulle legislazioni in materia di criminalità informatica di tutto il mondo che qualsiasi accordo internazionale dovrebbe in gran parte rispecchiarne i termini e, ove se ne discostasse in maniera significativa, porterebbe a disaccordi con i Paesi che hanno ratificato la Convenzione. Allo stesso modo, al fine di garantire un accordo con quei Paesi che si sono opposti a vari aspetti della Convenzione, per esempio su temi dei diritti umani e della protezione della privacy, non si potrebbe che diluire, sospendere o rimuovere norme già adottate. Inoltre alcuni reati sostanziali potrebbero non essere inclusi. In definitiva, il perseguimento di accordi più ampi non porterebbe che a iniziative «al ribasso».

L'armonizzazione legislativa è un processo e non una destinazione; così come la tecnologia si evolve e cambia così anche le «nostre risposte dovranno evolversi e cambiare»⁴⁶. L'ideale che tutti gli Stati membri abbiano un'ampia legislazione in materia di criminalità informatica è un obiettivo nobile, ma è superato da molti anni. Con quasi il 60 per cento dei paesi esaminati nella *Comprehensive Study* dell'UNODC⁴⁷ sulla criminalità informatica, che indicano la necessità di dotarsi di nuove evolute normative in tale ambito, è di vitale importanza che venga fornita una base condivisa e un sostegno. Piuttosto che considerare le differenze di approccio come un impedimento di armonizzazione, è preferibile concentrarsi su come tali differenze possano essere ridotte nell'obiettivo comune di un'efficace cooperazione internazionale per lo sviluppo della capacità⁴⁸ di contrasto. Ciò si sostanzia nella consapevolezza dei Governi del dovere di proteggere i diritti dei cittadini, le infrastrutture critiche e fornire a ogni agente di polizia, ogni giudice, ogni investigatore le competenze sulla gestione delle evidenze elettroniche in ogni Paese.

Secondo punto cardine dell'armonizzazione è individuabile nella condivisione di *standard tecnologici e protocolli operativi*. In particolare va evidenziata la convergenza della disciplina ISO/IEC 27037:2012⁴⁹ che costituisce una valida base di condivisibili procedure operative e modalità di indagini per gli informatici forensi in tema di identificazione, raccolta, acquisizione e conservazione delle prove.

Il progetto di un sistema organico di standard internazionali è in fase di sviluppo nel 2015 con il rilascio di standard relativi a quattro linee⁵⁰:

⁴⁵ UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*, UN, 2014.

⁴⁶ Clough, J., «A World of Difference: The Budapest Convention on Cybercrime and the Challenges of Harmonisation», *Monash University Law Review* 01/2014; 40(3), pp. 729, 2014.

⁴⁷ UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*, UN, 2014.

⁴⁸ CoE, *Capacity building on cybercrime*, Consiglio di Europa, 2013; Action against Cybercrime, T-CY 14th Plenary, Consiglio di Europa, 2015.

⁴⁹ <http://www.iso.org>.

⁵⁰ Ferrazzano, M., *Trattamento dei reperti informatici alla luce dello standard ISO/IEC 27037:2012*, <http://www.bit4law.com/2015-03-27-trattamento-dei-reperti-informatici-alla-luce-dello-standard-isoiec-270372012>, 2015.

- (I) analisi delle evidenze, loro interpretazione e comunicazione dei risultati, per i processi successivi a quelli coperti dalla ISO 27037;
- (II) gestione degli incidenti per la definizione dei processi di preparazione che devono venire previsti, sviluppati ed implementati, per poter effettuare in modo efficace le investigazioni in risposta ad un incidente senza pregiudicare la ripresa delle attività;
- (III) valutazione dell'idoneità e adeguatezza dei metodi di investigazione per delineare le modalità di validazione di metodi e strumenti usati nelle investigazioni digitali;
- (IV) principi e processi delle investigazioni per raffinare la descrizione della fasi di investigazione.

Le prime due linee si collocano rispettivamente prima e dopo i processi trattati nella ISO 27037, mentre le ultime due contengono principi trasversali da applicare a tutte le fasi. Si forma dunque un *corpus* coerente che può costituire un riferimento per la conduzione di investigazioni digitali in tutti gli ambiti, quindi non solo nei processi penali ma anche in quelli civili e nelle indagini condotte internamente nelle varie organizzazioni pubbliche o private che possono anche non finire mai davanti ad un tribunale.

Non di secondaria importanza per evitare che la cattiva scienza entri nei processi è, infine, l'*istituzione di centri specializzati* per la gestione dei reperti digitali che, anche attraverso la realizzazione di *ambienti virtuali*, remoti rispetto ai luoghi delle indagini, consentano di automatizzare alcune fasi della gestione, memorizzazione e analisi forense, inclusa l'interpretazione. Si tratta di laboratori con ampie capacità di memorizzazione dati, comunicazioni sicure, autenticazioni a diversi livelli, controllo dell'accesso basato sui ruoli, e strumenti forensi per la gestione di casi, dotati di sistemi gestiti da *ipervisor*⁵¹ che consentono a una molteplicità di macchine virtuali di operare sullo stesso hardware ospite⁵². Il laboratorio centralizzato riduce la duplicazione delle risorse e dei compiti, fornisce agli investigatori strumenti all'avanguardia, valorizza risorse e competenze, e abbassa il costo delle analisi forensi.

Con «sistema virtualizzato» si intende un sistema informatico in cui un unico server fisico consente di emulare il funzionamento contemporaneo di più

⁵¹ L'ipervisore è un software specializzato in grado di emulare il funzionamento contemporaneo di più server sulla stessa macchina.

⁵² All'origine si collocano i lavori di Craiger P., Burke P., Marberry, C. and Pollitt, M., «A Virtual Digital Forensics Laboratory», in *Advances in Digital Forensics IV* (I. Ray and S. Sheroy eds., Springer, 2008) che riconoscono l'idea di Davis, M., Manes, G. and Sheno, S., «A network-based architecture for storing digital evidence», in *Advances in Digital Forensics*, (M. Pollitt and S. Sheno eds.), Springer, 2005; e, per gli hypervisor di Bates, P., «The Rising Impact of Virtual Machine Hypervisor Technology on Digital Forensics Investigations», *ISACA journal*, 2009 e Bem, D. and Huebner, E., «Computer Forensic Analysis in a Virtual Environment», *International Journal of Digital Evidence*, 6(2), 2007. Prodotti commerciali pionieristi in questo settore sono *Virtual Forensic Computing* e *Getdata Forensic Explorer*: si basano su lavori di Penhallurick, M.A di cui *Methodologies for the use of vMware to boot cloned/mounted subject hard disk image*, Digital Investigation, 2, 2005.



server, definiti come «macchine virtuali», attraverso la gestione simultanea di più sistemi operativi. Il cuore di questa architettura è l'ipervisore, o monitor delle macchine virtuali, che opera in maniera trasparente svolgendo attività di controllo e di attivazione dell'esecuzione dei programmi dei vari ambienti ospitati, allocando le risorse dinamicamente, e gestendo in maniera autonoma e relativamente semplice risorse e processi disomogenei⁵³. Alle prime implementazioni di una decina di anni fa —frenate dai limiti della tecnologia e dalla difficoltà di ammissione nei dibattimenti giudiziari di evidenze raccolte in modo inconsueto— a fronte dell'avanzata globale della criminalità informatica, della disponibilità di un quadro legislativo internazionale facilitatore e delle sollecitazioni a una maggiore efficienza delle scienze forensi da parte dei Governi⁵⁴, sono seguite parecchie iniziative, che si consolidano e diffondono, per la costruzione di piattaforme condivise e di laboratori virtuali in vari settori delle scienze forensi⁵⁵ e per l'adozione di metodologie che possano essere applicate su ampia base.

I vantaggi del tempo reale nelle indagini forensi remote sono molteplici e la diffusione dell'approccio ha il potenziale di accrescere fortemente l'efficienza e l'efficacia del sistema di giustizia penale. Si pensi, per esempio, alla c.d. *live forensics* dove una disconnessione elettrica del sistema può comportare la perdita della memoria volatile che invece spesso contiene dati importanti, soprattutto nel caso di dispositivi crittati (la password di cifratura), di memorie molto estese e qualora siano state adottate tecniche di anti-forensics⁵⁶.

L'adozione di strumenti forensi di questo tipo pone però alcuni problemi: procedure legali corrette richiedono che gli strumenti utilizzati negli esami, hardware o software che siano, siano continuamente validati e, purtroppo, la maggior parte degli esaminatori non ha le competenze necessarie per eseguire tali convalide. Inoltre, a livello di sistema giustizia, vi è una quantità enorme di duplicazioni se ogni esaminatore deve validare gli stessi strumenti.

Superate a livello di *governance* le criticità descritte, tuttavia, la crescita degli ambienti di *cloud* e di virtualizzazione lascia prevedere che i laboratori di informatica forense del futuro saranno sempre più centralizzati e non limitati da confini geografici.

⁵³ I primi ipervisori sono stati progettati negli anni 80 per sistemi *mainframe*; negli ultimi dieci anni sono divenuti una *commodity* per la soluzione di problemi di sicurezza, amministrazione delle risorse e affidabilità nei sistemi distribuiti. Anche molti sistemi personali presentano opzioni di utilizzo di un livello di virtualizzazione atto a ospitare sistemi operativi diversi da quello nativo.

⁵⁴ Cfr. il già citato Rapporto NAS, *Strengthening Forensic Science in the United States*.

⁵⁵ Il Network di Eccellenza sulla genetica forense EUROFORGEN-NoE, 2012-2017, realizza un laboratorio virtuale di genetica forense in cui partner da nove paesi —scienziati, docenti, forze di polizia, membri del sistema giudiziario— collaborano in indagini penali con riferimento a problemi di privacy e di protezione dei minori.

⁵⁶ Le tecniche di anti-forensics sono un insieme di strategie che possono essere state impiegate sul reperto informatico per mettere in difficoltà gli investigatori in modo da riuscire ad occultare il reperimento di evidenze digitali.



Le prime iniziative significative in questa direzione riguardano gli Stati Uniti, dove dal 2014 sono state attivate cooperazioni tra importanti organizzazioni⁵⁷, centrate su laboratori virtuali per rafforzare le discipline forensi (in particolare di informatica), attraverso lo sviluppo di linee guida condivise sia per determinare regole e misure sia per la verifica della fondatezza delle basi tecniche e scientifiche. Anche in risposta alle critiche del rapporto NAS, nel 2013 il *Department of Justice* degli USA ha attivato un'organizzazione per il miglioramento della affidabilità delle pratiche di indagine forense⁵⁸ con lo scopo di promuovere la qualità scientifica delle indagini, ridurre la frammentazione organizzativa, e accrescere il coordinamento federale: i laboratori virtuali hanno un ruolo strategico a fronte di questi obiettivi.

In questa ottica si ricordano anche l'esperienza olandese con l'istituzione del *Netherlands Forensic Institute* (NFI)⁵⁹ in cui si utilizzano piattaforme forensi integrate che consentono di effettuare indagini su grandi insiemi di evidenze digitali e su altri reperti oggetto di indagine scientifica (biologia, chimica, farmacologia, informatica) e permettono indagini sul campo, forniscono evidenze solide e validate e permettono indagini forensi con l'uso mirato di esperti di qualità che operano nei vari istituti collegati. Questa rivoluzione tecnico-organizzativa lascia prefigurare un cambiamento di ruolo del perito forense che acquista connotati di sviluppatore e manutentore di ambienti virtuali forensi integrati.

Analogamente, e limitatamente all'informatica forense, in Italia, all'Università di Bologna (CIRSFID), è stato sviluppato *Virtual Forensic Ambient* (VFA)⁶⁰ un sistema versatile, scalabile e di buona usabilità indirizzato a magistrati, forze di polizia, avvocati e consulenti tecnici per consentire l'analisi forense di reperti acquisiti fisicamente in ambiente virtuale e integrato, con connessioni sicure in rete e accessi controllati. Il sistema è stato progettato per dare la possibilità a ogni attore giudiziario di poter disporre dei contenuti dei supporti informatici senza dover conoscere necessariamente le tecniche di informatica forense e senza dover utilizzare strumentazioni specialistiche. I risultati delle virtualizzazioni dei dischi e delle macchine possono essere fruibili da qualunque elaboratore connesso alla rete internet se preventivamente autorizzato. Si sottolinea che il metodo risulta veramente efficace però solo qualora vengano messe in atto le procedure informatiche forensi ormai consolidate nei sistemi nord-americani, tra cui: verificare accuratamente lo stato di ogni supporto magnetico; individuare virus e altro software malevoli; ricostruire

⁵⁷ Nell'ambito del *Overseas Security Advisory Council* (OSAC), creata nel 1985 per promuovere la cooperazione su temi di sicurezza tra il Department of State degli Usa e le più grandi multinazionali americane.

⁵⁸ *National Commission on Forensic Science* (NCFS).

⁵⁹ Kloosterman, A. *et al.*, «The interface between forensic science and technology: how technology could cause a paradigm shift in the role of forensic institutes in the criminal justice system», *Philosophical Transactions of the Royal Society London, Biol. Sci.*, 2015.

⁶⁰ Bardari, U., *Caratteristiche innovative nell'acquisizione di dati di informatica forense in ambienti virtuali*, 2014, <http://amsdottorato.unibo.it/6107>.



la successione dei compiti e delle azioni; ricostruire l'attività di un accesso abusivo dalla rete; ripetere almeno due volte le analisi, ecc.

Il sistema VFA può essere impiegato efficacemente in analisi informatiche forensi di supporti digitali inerenti un procedimento giudiziario per cui si richiede una consulenza tecnica, con la partecipazione diretta della Polizia Giudiziaria e della Autorità Giudiziaria, allo scopo di rendere disponibile, sotto forma di macchine e dischi virtuali, il contenuto dei supporti sequestrati che potrà essere visionato alla pari del supporto originale. L'intera procedura consta di più fasi. Dapprima si prevede l'acquisizione dei supporti informatici sequestrati in duplice copia fisica attraverso noti strumenti d'acquisizione tramite fibra ottica. La copia fisica è realizzata in formato intellegibile e compatibile per permettere la migliore fruibilità alle parti e riversata su hard disk esterno per motivi di costo e di trasporto. Depositata la copia fisica con le dovute garanzie di ripetibilità, nella fase successiva si procede alla creazione di dischi e macchine virtuali delle copie riversate nei server del data center e l'eventuale *crack* delle password di accesso ai profili utente dei vari sistemi operativi. In questa fase vi potrebbe essere un'alterazione di una delle copie fisiche utilizzate per la virtualizzazione ma di fatto grazie a un sistema di *cache* e di *snapshots* si preserva il dato originale da tale rischio. Per rendere visibile tutto il contenuto del computer come se fosse stato acceso in un momento successivo al sequestro si ha un'alterazione di alcuni file di sistema, tuttavia possono essere preservati tutti i dati contenuti nei supporti ripristinando la *Virtual Machine* al primo avvio. Nella fase successiva si stabilisce una *Virtual Private Network* (VPN)⁶¹ tra il data center e il personale giudiziario che sta eseguendo le indagini per consentire a chi sia preventivamente autorizzato al trattamento dati di poter visualizzare i contenuti di ogni singolo supporto. Oltre alla modalità di accesso alle informazioni in VPN, per ridurre ulteriormente le possibilità di accesso indesiderate o non autorizzate in un test specifico, viene utilizzato un sistema di rilevazione e valutazione di credenziali biometriche con l'ausilio di un apparato dedito al riconoscimento dell'iride. Rispondendo alla necessità giuridica della genuinità della prova è sempre possibile effettuare l'estrapolazione dalla copia fisica integra di quei dati che l'autorità inquirente ritenesse utile ai fini dell'indagine.

4. CONCLUSIONI

La convergenza verso una base normativa comune e protocolli operativi condivisi è rilevante per la selezione delle conoscenze scientifiche valide per uno specifico contesto⁶². Come si è ampiamente argomentato la sentenza Daubert ha

⁶¹ Le VPN sfruttano reti pubbliche e condivise (internet) per creare canali virtuali e privati tra due soggetti.

⁶² A tale proposito si sottolinea che il termine scienza forense ricomprende oggi molte discipline, ognuna delle quali con metodi e paradigmi differenti. Cfr. ad esempio alla categorizzazione

avuto il pregio di rimarcare l'autonomia del giudice in riferimento alle conoscenze scientifiche, però la riflessione che ne è scaturita ha portato a una concezione della scienza funzionale all'accertamento della verità nel processo, ovvero di una scienza riferita al *contesto* processuale⁶³.

Anche la formazione interdisciplinare è una strategica leva di cambiamento perché ciascuno dei due gruppi, scienziati forensi e operatori del diritto, abbia una comprensione delle necessità e dei limiti dell'altro. Gli scienziati devono far crescere la fiducia negli elementi di prova che presentano durante un procedimento, attraverso un comportamento etico⁶⁴ che escluda metodi non robusti scientificamente e il ricorso alla cattiva scienza; devono inoltre riuscire a presentare le loro conoscenze in modo coerente e comprensibile per gli operatori del diritto. D'altro canto i professionisti del diritto devono accettare e comprendere che la scienza è raramente assoluta. Tali fiducia e comprensibilità fanno intrinsecamente affidamento su un rapporto simbiotico tra la scienza e i suoi scienziati e la legge e i propri giuristi, e sul rispetto di linee guida e standard che distinguano ciò che è accettato e incontrovertibile da temi aperti al dibattito e all'approfondimento⁶⁵.

RECIBIDO: marzo 2016; ACEPTADO: mayo 2017



del National Institut of Justice, *Status and Needs of Forensics Science Service Providers: A Report to Congress*, 2006, in <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213420.pdf>.

⁶³ Così Jasanoff, *op. cit.*.

⁶⁴ Lo Russo, S., «Investigazioni scientifiche, verità processuale e etica degli esperti», in *Dir. proc.*, 2010, 1449.

⁶⁵ Black, S. e Nic Daied N., *op. cit.*

LA LABOR PREVENTIVA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA «RESPONSABILIDAD PARA PROTEGER»

José Luis Martín Delpón
Cuerpo Jurídico Militar

RESUMEN

El artículo analiza la relación especial entre la responsabilidad de proteger (RPP) y el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, con su función preventiva. Este principio acentúa la supuesta complementariedad de la jurisdicción de la CPI respecto de la competencia de las jurisdicciones nacionales. Este texto subraya el papel importante y básico desempeñado por la Oficina del Fiscal de la CPI a través de las investigaciones preliminares, cuando las jurisdicciones nacionales no pueden o no quieren investigar delitos internacionales, que suponen una grave violación de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: derecho penal internacional, responsabilidad de proteger, Corte Penal Internacional, Fiscalía, investigaciones preliminares.

ABSTRACT

«Responsability to protect and the preventive role of the International Criminal Court». The article analyses the special relation between the Responsibility to protect (R2P) and the complementary principle of the International Criminal Court with its preventive role. This principle emphasized the supposed complementary character of the jurisdiction of the International Criminal Court, with respect to the competence of national courts. This paper underlines the basic and important role of the Prosecutor's Office through the preliminary investigations when national courts cannot or will not investigate international criminal cases, involving a serious violation of human rights.

KEYWORDS: International Criminal Law, Responsibility to Protect (R2P), International Criminal Court, Prosecutor's Office, preliminary examinations.



1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

La intervención humanitaria internacional ha decaído en importancia. No es efectiva, no permite responder de manera decisiva a las graves violaciones de derechos humanos, no ha sido capaz de evitar catástrofes humanitarias y situaciones en las que se han quebrado grave y sistemáticamente los derechos y libertades individuales y públicas de los ciudadanos de un Estado. Se ha actuado *a posteriori* y no se ha sabido fijar cuándo realmente era necesaria esa intervención una vez que los delitos ya se habían cometido o todavía se estaban cometiendo.

Si dejamos al margen la intervención humanitaria en su sentido más clásico, cabe preguntarse qué mecanismo actual y vigente permitiría a la comunidad internacional evitar la comisión de esos ilícitos penales internacionales especialmente gravosos para la población de un Estado. El primero que normalmente vendría a la mente sería la labor de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) a la hora de reprimir y enjuiciar a los autores de estos delitos, la cual no sólo permite desplegar un régimen procesal sancionador al más puro estilo de las jurisdicciones penales nacionales, sino que también ostenta un sistema preventivo de gran importancia y calado, focalizado en la figura de la Fiscalía.

El segundo de los mecanismos sería la responsabilidad de proteger (en adelante RPP), principio que permite a la comunidad internacional intervenir cuando se producen delitos atroces y violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos de la población de un Estado¹.

¿Cómo se conjugarán ambos mecanismos? ¿Son compatibles entre ellos? ¿Cómo sabrá la comunidad internacional cuando debe actuar para prevenir la comisión de estos delitos? ¿Cómo sabrá que una jurisdicción nacional no puede o no quiere reprimirlos? ¿Podrá intervenir la CPI en la jurisdicción nacional a pesar de su carácter complementario? Para ello, habrá que definir, en un primer momento, los conceptos a relacionar.

¹ CERVELL HORTAL, M.J., «Responsabilidad de proteger tras la práctica de los ocho últimos años», en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Régimen jurídico para una acción colectiva concertada del uso de la fuerza: el establecimiento de nuevos principios*, 2010, Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 483-492; DÍAZ BARRADO, C.M., «La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, núm. 24 y «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de proteger», *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: OBRA HOMENAJE AL PROFESOR LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ*, 2013, coord. por Santiago Torres Bernárdez, pp. 739-754; SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., «La responsabilidad de proteger: reflexiones críticas en torno a cuestiones clave», *Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2010, núm. 167, pp. 75-88; AÑAÑOS MEZA, M.C., «La "responsabilidad de proteger" en Naciones Unidas y la doctrina de la "responsabilidad de proteger"», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2010, núm.10, pp. 199-244; MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., «La responsabilidad de proteger», *Tiempo de paz*, 2008, núm. 90, pp. 79-83.

2. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA «RESPONSABILIDAD DE PROTEGER»

El artículo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI) consagra el principio de complementariedad en los siguientes términos: «La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». De este precepto se deduce claramente que la CPI no sustituirá a las jurisdicciones nacionales sino que tendrá un carácter meramente complementario, ostentando el poder judicial de cada uno de los Estados naturaleza prioritaria y principal respecto del CPI. Por ello, en principio los Estados a través de sus propias jurisdicciones penales deben ser capaces de afrontar la investigación y enjuiciamiento de aquellas violaciones de derechos humanos que ocurran en su territorio².

Ahora bien, el efecto preventivo de la CPI empieza a desarrollarse con su propia existencia y entrada en funcionamiento. Es más, tanto Estados signatarios como algunos que no lo son han modificado sus normas penales nacionales para poder cooperar eficazmente con la CPI³. Ésta ha incorporado el concepto de «complementariedad positiva», es decir, la cooperación y la ayuda, impulsada desde los órganos de la Corte, esencialmente la Fiscalía.

Por otro lado, la RPP abre la puerta a que la comunidad internacional pueda intervenir en un Estado en apoyo de las víctimas o en ayuda de aquéllos que sufren quebrantamientos graves de sus derechos humanos y libertades fundamentales, obviamente porque su jurisdicción nacional no es capaz, o no quiere, hacer frente a las mismas.

Dicho esto, el objeto del presente trabajo es analizar la relación que existe entre la complementariedad de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales y la responsabilidad de proteger que habilita a que dicha complementariedad devenga en «principalidad» en caso de graves quebrantos de los derechos humanos.

Quizás el primer criterio que se podría argüir a bote pronto es que mientras el primero de los principios tiene una consagración normativa a través del ECPI, el

² Según el ECPI los Estados tendrán preferencia para investigar y enjuiciar los crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte, por lo que la competencia de la Corte es subsidiaria, a diferencia de los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, que, aunque no niegan la competencia de otros tribunales nacionales, tienen preferencia sobre las jurisdicciones de todos los demás Estados y de los propios Estados territorialmente competentes (art. 9 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia y art. 8 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda).

³ En nuestro caso, se promulgó la Ley Orgánica 18/2003, de cooperación con la CPI, y se modificó el CP, mediante la Ley Orgánica 15/2003, para incorporar los delitos de lesa humanidad y varios tipos de crímenes de guerra, así como otros importantes aspectos derivados del Estatuto, como la especial responsabilidad del superior jerárquico y la ampliación del principio de imprescriptibilidad a todos los crímenes internacionales.



segundo es un mero principio interpretador y aplicador de las relaciones internacionales sin un valor jurídico que vaya más allá que el de una mera recomendación para la comunidad internacional.

Como consecuencia de la catastrófica situación humanitaria vivida en los años noventa tanto en Ruanda como a raíz del conflicto de los Balcanes en los años noventa, la comunidad internacional empezó a mostrar su preocupación acerca de cómo poder reaccionar convenientemente a desastres como los indicados. Se planteó inicialmente si dicha comunidad podía reaccionar *motu proprio* y de modo eficaz para impedir masivas, graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos cometidas en el marco territorial de un Estado. El núcleo del planteamiento se centra en considerar si los Estados tienen soberanía incondicional sobre sus asuntos o si la comunidad internacional tiene el derecho de intervenir en un país con fines humanitarios⁴.

Incluso, en el informe que la Asamblea General encargó al secretario general de las Naciones Unidas en noviembre de 1998 se pidieron disculpas por no haber impedido la matanza de Srebrenica y el genocidio en Ruanda. Se tuvieron que extraer lecciones relevantes sobre lo acaecido. Su conclusión: ante un sistemático y deliberado intento de aterrorizar, expulsar o asesinar a la población, hay que adoptar todas las medidas necesarias y pertinentes para evitarlo⁵.

La Asamblea General de la ONU incorporó la responsabilidad de proteger en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005⁶. Previamente, el 1 de diciembre de 2004, el Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio emitió un informe en el que hace mención expresa de la obligación de proteger, recomendando a la ONU que emitiera una norma que diera cobijo normativo a la responsabilidad de proteger⁷. En sentido estricto, el origen del término se sitúa en

⁴ En el informe 2000 sobre el Milenio, el entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan, lo planteó en los siguientes términos: «Si la intervención humanitaria es, en realidad, un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Rwanda o Srebrenica y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común?».

⁵ Estas matanzas, sin perjuicio de la grave violación que supusieron de los derechos humanos de la población civil afectada, trajeron consigo graves crisis humanitarias que implicaron un espíritu intervencionista en el seno de la comunidad internacional y que tendrían como primera piedra de toque la intervención humanitaria de la OTAN en Kosovo.

⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005*, Nueva York, Reunión Plenaria de Alto Nivel, 14-16 de septiembre de 2005. Disponible en http://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html.

⁷ En este informe se matizaba que la responsabilidad de proteger era una responsabilidad colectiva internacional, «ejercida por el Consejo de Seguridad por la que se autorizaba la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, limpieza étnica y graves violaciones del derecho humanitario, que los gobiernos soberanos hubiesen demostrado no poder o no querer evitar». El grupo planteó aquellas guías y orientaciones generales que hipotéticamente legitimarían el uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Entre ellos, la gravedad y trascendencia de la amenaza, el uso de la fuerza como *ultima ratio* y la proporcionalidad de la respuesta. Véase Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales

el informe titulado «La responsabilidad de proteger», de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE). Dicho informe fue impulsado por el Gobierno de Canadá con el objeto de responder a las preocupaciones que habían sido vertidas por el entonces secretario general para poder afianzar una vía estable de auxilio a poblaciones en estado de emergencia humanitaria. En efecto, el secretario general se había hecho eco de una incipiente preocupación diplomática para poder atajar situaciones de emergencia, catástrofe o desastres humanitarios⁸. Conviene resaltar cómo la versión canadiense de la RPP difiere notablemente de la adoptada posteriormente por la ONU.

Destaca, sin duda, que esa vinculación entre responsabilidad de proteger e intervención humanitaria quedaba proscrita a un segundo plano en las primeras invocaciones que se hicieron de ese principio:

La intervención humanitaria es una cuestión delicada, plagada de dificultades políticas y sin soluciones fáciles. Pero sin duda no hay ningún principio jurídico —ni siquiera la soberanía— que pueda invocarse para proteger a los autores de crímenes de lesa humanidad. En los lugares en que se cometen esos crímenes y se han agotado los intentos por ponerles fin por medios pacíficos, el Consejo de Seguridad tiene el deber moral de actuar en nombre de la comunidad internacional. [...] La intervención armada debe seguir siendo siempre el último recurso, pero ante los asesinatos en masa es una opción que no se puede desechar⁹.

Dicho esto, la cuestión queda más nítidamente planteada: ¿es compatible el principio de complementariedad de la CPI con la responsabilidad de proteger ante la comisión de ilícitos penales internacionales?

En principio la idea podría parecer aconsejable en el marco de las relaciones internacionales actuales; en cambio, la adopción del principio no estuvo exenta de críticas. En primer lugar, no fue gestado por una organización internacional con participación de diferentes Estados, sino que surgió de una iniciativa exclusiva del Gobierno de Canadá. Posteriormente, tampoco fue objeto de debate internacional sino que se interpuso en un programa de reformas de la ONU, por lo que no hubo discusión en la formulación primigenia de este principio, aspecto fuertemente criticado por algunos Estados.

(CRIES), informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio: «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos», 2004, 17 de diciembre de 2004. Disponible en <http://www.cries.org/?p=129>.

⁸ En dicho informe, el CIISE concluía que la soberanía no sólo daba al Estado el derecho de controlar sus asuntos, sino que le confería la «responsabilidad primordial de proteger» a la población dentro de sus fronteras. En caso de falta de capacidad o voluntad para hacerlo, la comunidad internacional en general asumiría esa responsabilidad. Para el texto del informe, cf. <http://www.iciss-ciise.gc.ca>.

⁹ En los puntos 2.28 y 2.29, la Comisión estima que expresiones como «derecho a intervención humanitaria» o «derecho a intervenir» son inadecuadas puestas en comparación con la «responsabilidad para proteger».



Como ya he apuntado, fue la Declaración Final de la Cumbre de 2005 en la que se plasmó por primera vez el principio de responsabilidad de proteger de la siguiente manera:

Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana¹⁰.

Esta definición se aleja de la esencia que se había plasmado en los informes iniciales, los cuales simplemente quedarán como una mera guía de referencia del principio, puesto que su plena aplicabilidad queda en entredicho. De ahí que del concepto expuesto se puedan extraer las siguientes conclusiones:

- Cada Estado tiene la responsabilidad primaria de proteger a su población de los crímenes de guerra, genocidio, limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad.
- Dicha responsabilidad implica no sólo la prevención de esos delitos sino la adopción de medidas «apropiadas y necesarias» para su investigación y sanción. Dentro de estas, evidentemente, se encontrará la persecución procesal de los delincuentes en las jurisdicciones nacionales respectivas. Parece claro que estas medidas no deberían quedarse en la represión de los delitos, sino que deberían tender hacia la reconstrucción o estabilización.
- La comunidad internacional tiene la responsabilidad de asistir a los Estados en el cumplimiento de dicha protección. Cabe, por tanto, que la CPI ejerza jurisdicción sobre esos Estados para la represión de los delitos de genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes de lesa humanidad, cuando la jurisdicción nacional no pueda, o no quiera, enjuiciar e investigar esas conductas.
- La comunidad internacional debe utilizar vías diplomáticas, humanitarias y otros mecanismos pacíficos para proteger a las poblaciones de los crímenes mencionados. Si un Estado falla en su compromiso de proteger a su población o perpetúa esos crímenes, la comunidad internacional debe estar preparada para tomar medidas más firmes, incluyendo el uso de la fuerza colectiva a través del Consejo de Seguridad de la ONU. Es decir, si la acción del Estado es insuficiente por desatender sus obligaciones internacionales, el uso de la fuerza podrá ser autorizado.

¹⁰ Ver nota 5.

Los fundamentos de la RPP, por tanto, pueden sintetizarse en los siguientes. El primero se basa en la existencia de obligaciones inherentes y consustanciales al concepto de soberanía, del que se deriva que el primer obligado en poner fin a las violaciones de derechos humanos son los propios Estados en los que éstas acaecen. El segundo, la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales que tiene el Consejo de Seguridad, a través de la legitimidad que le otorga el artículo 24 de la Carta de la ONU. En tercer lugar, el cuerpo jurídico de normas en materia de protección de derechos humanos, junto con los Tratados Internacionales de validez universal, así como el derecho internacional humanitario. Finalmente, la práctica creciente de los Estados, las organizaciones regionales y el propio Consejo de Seguridad en materia de protección de derechos humanos. Estos cuatro pilares son los que justifican que, en virtud de la RPP, se pueda legitimar la participación de la comunidad internacional a la hora de prevenir o evitar quebrantos masivos de derechos fundamentales en el territorio de un Estado¹¹.

Estos aspectos quedan corroborados si se hace un breve repaso de las ocasiones en las que el Consejo de Seguridad ha invocado expresamente la responsabilidad de proteger en sus intervenciones. La primera vez que así se hizo fue en la resolución 1674, de abril de 2006, sobre protección de civiles en conflictos armados. El Consejo de Seguridad se remitió a esa resolución en agosto de 2006, al aprobar la Resolución 1706, por la que se autorizaba el despliegue de las tropas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas en Darfur, Sudán¹².

Con la base de estas dos Resoluciones, la responsabilidad de proteger ha adquirido un mayor protagonismo en los siguientes casos. En primer lugar, en Libia, en el año 2011 con ocasión de los ataques sistemáticos y generalizados del régimen libio a la población civil. Así, el 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Resolución 1970. En ella, expresamente se invocaba la responsabilidad de proteger a la hora de denunciar «la violación burda y sistemática de los derechos humanos». El Consejo ordenó al régimen libio que

¹¹ En el punto 2.24 del informe, la Comisión resume estos fundamentos afirmando que «pese a que aún no hay motivos suficientes para afirmar que haya surgido un nuevo principio en el derecho consuetudinario internacional, la práctica cada vez más frecuente de los estados y las organizaciones regionales, así como los precedentes sentados por el Consejo de Seguridad, sugieren que está apareciendo un principio rector que, en opinión de la Comisión, podría denominarse “la responsabilidad de proteger”. Este nuevo principio consiste en que la intervención con fines de protección humana, incluida la intervención militar en casos extremos, es admisible cuando la población civil esté sufriendo o corra un peligro inminente de sufrir graves daños y el Estado correspondiente no pueda o no quiera atajarlos, o sea él mismo el responsable».

¹² CHARITY, M.H., «Criminalized state: the International Criminal Court, the responsibility to protect, and Darfur, Republic of Sudan», *Ohio Northern University Law Review* (Ohio NUL Rev.), 2011, núm. 6, núm. 37, pp. 67-110; LASHERAS, B., «Darfur y la Responsabilidad de Proteger», *Política exterior*, 2008, vol. 22, núm. 124, pp. 107-118 y BARREIRO MARIÑO, M., «Responsabilidad de proteger a los ciudadanos de Darfur», *Dos décadas de posguerra fría: Actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad «General Gutiérrez Mellado»*, 2009, coord. por Fernando Amerigo Cuervo-Arango, Julio de Peñaranda Algar, vol. 3, pp. 307-326.



pusiera fin a la violencia «recordando a las autoridades libias su responsabilidad de proteger a su población». Por ello, no sólo le impuso un estricto régimen de sanciones internacionales sino que remitió informe de la situación a la CPI para que ésta abriera una investigación acerca de la posible comisión de crímenes internacionales.

Apenas un mes más tarde, el Consejo de Seguridad dicta la Resolución 1973, en fecha 17 de marzo de 2011, en la que exigía el cese inmediato del fuego en Libia, incluso el fin de los constantes ataques contra la población civil¹³. Dado que el Consejo consideró que dichos ataques podían constituir crímenes de lesa humanidad autorizó a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la población civil bajo amenaza de ataque, si bien excluyó de dichas medidas la ocupación del país por parte de una fuerza extranjera, iniciándose, días más tarde, los primeros ataques de aviones de la OTAN a fuerzas leales al régimen dictatorial libio¹⁴.

Las altas cotas de violencia contra la población civil que caracterizó el periodo postelectoral en Costa de Marfil permitieron que el Consejo de Seguridad dictara la resolución 1975, de 30 de marzo de 2011, en la que condenaba los graves quebrantos de los derechos humanos cometidos por los partidarios del expresidente del Gobierno y del recién elegido. Al igual que el caso libio, la Resolución referenciaba la responsabilidad primaria de cada Estado para proteger a su población. Dada la imposibilidad de hacerlo, se puso en marcha la Operación UNOCI (*United Nations Operation in Côte d'Ivoire*) debido a los abusos y violaciones graves del derecho internacional cometidos. En la Resolución citada se recordaba la responsabilidad primordial de cada Estado de proteger a los civiles y que las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de tomar todas las medidas viables para asegurar la protección de los civiles y facilitar el tránsito rápido y sin trabas de la asistencia humanitaria y la seguridad del personal de asistencia humanitaria¹⁵.

En relación con la CPI, una vez finalizado el examen preliminar el 3 de octubre de 2011, por decisión mayoritaria, la Sala de Cuestiones Preliminares III determinó que correspondía proceder con la investigación ya que el asunto parecería recaer dentro de la jurisdicción de la Corte, y autorizó al fiscal a iniciar una investigación. El fiscal concluyó que existían pruebas razonables para considerar que

¹³ FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, M.E., «Intervención en Libia: La responsabilidad de proteger a debate», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2011, núm. 22, pp. 76-113 y MARRERO ROCHA, I., «La responsabilidad de proteger de la comunidad internacional en los casos de Libia y Siria: análisis comparativo», *Relaciones internacionales: Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, 2013, núm. 22, (ejemplar dedicado a: La Teoría de Relaciones Internacionales en y desde el Sur, coord. por Francisco Javier Peñas Esteban, Iraxis Bello), pp. 127-148.

¹⁴ DOMESTICIA-MET, M.J., «Protecting in Libya on behalf of the International Community», *Goettingen Journal of International Law*, 2011, núm. 3, pp. 861-989.

¹⁵ La UNOCI, el 4 de abril de 2011, desplegó una operación militar que siete días más tarde acabó con la destitución del presidente Gbagbo. En noviembre de ese mismo año, fue entregado a la CPI acusado de crímenes contra la humanidad por haber perpetrado indirectamente asesinatos, violaciones, persecuciones y otros actos inhumanos. El 26 de julio de 2012, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 2062, que renovó el mandato de UNOCI hasta el 31 de julio de 2013.

los crímenes cometidos a partir del 28 de noviembre de 2010 en Costa de Marfil recaían dentro de la jurisdicción de la Corte. El 23 de junio de 2011, el fiscal de la CPI solicitó la autorización de los jueces de la Corte para iniciar una investigación en Costa de Marfil relacionada con los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos después de la disputada elección presidencial del 28 de noviembre de 2010¹⁶, cuatro de los cuales han sido confirmados y por lo que se ha abierto juicio oral, a junio de 2014¹⁷.

El siguiente caso acaeció en Yemen. El 21 de octubre de 2011, en Resolución 2014, se condenó expresamente a las autoridades de dicho Estado por la presunta violación de derechos humanos a la población civil y se pusieron las bases para un proceso político de transición con la celebración de elecciones presidenciales anticipadas. En esta resolución se recordaba explícitamente al Gobierno de Yemen «la responsabilidad primordial de proteger a su población».

El 8 de julio de 2011, el Consejo de Seguridad, en Resolución 1996, puso en marcha la UNMISS (Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en la República de Sudán del Sur) con el objetivo de prestar asistencia al Gobierno de dicho Estado para proteger a la población civil. Al día siguiente, oficialmente Sudán del Sur pasó a ser país independiente, pero en diciembre de 2013 comenzaron los conflictos entre las fuerzas favorables al Gobierno establecido y las de la oposición. Su resultado, más de 700.000 personas desplazadas, de las cuales más de una décima parte buscaron cobijo y protección en las bases de UNMISS. En febrero de 2014, el Consejo de Seguridad reiteró su firme apoyo a UNMISS y a sus objetivos prioritarios: proteger en nombre de la comunidad internacional a la población civil en Sudán del Sur, incluyendo el personal extranjero; y evaluar e investigar la situación de los derechos humanos, así como facilitarle asistencia a la población necesitada¹⁸.

El 31 de marzo de 2005, la situación en Darfur fue remitida a la CPI, por medio de la Resolución 1593, por el Consejo de Seguridad de la ONU, que consideró que la situación en Sudán seguía constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. El 6 de junio de 2005, la Fiscalía de la CPI abrió la investigación en base a los archivos recibidos de la Comisión Internacional de Investigación de Darfur de la ONU junto con una lista clasificada de individuos sospechosos de haber cometido graves crímenes internacionales¹⁹.

¹⁶ Ésta fue la segunda vez que el fiscal utilizó sus poderes *motu proprio* para iniciar una investigación sin haber recibido la remisión de un Gobierno o del Consejo de Seguridad. Ésta es la séptima situación bajo investigación por parte de la Fiscalía.

¹⁷ Disponible en http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx.

¹⁸ El 5 de julio de 2012, el Consejo adoptó la resolución 2057, que renovó el mandato de UNMISS hasta julio de 2013.

¹⁹ El 1 de marzo de 2012 se dictó la orden de detención de Abdel Raheem Muhammad Hussein. Las emitidas a Ahmad Muhammad Harun, Ali Kushayb y Omar Hassan Ahmad Al-Bashir todavía no se han cumplimentado, estando únicamente a disposición de la CPI Bahar Idriss Abu Garda y Abdallah Banda Abakaer. Véase http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx.



Finalmente, una breve referencia a los últimos conflictos en los que la ONU ha invocado el principio de responsabilidad de proteger: Siria y República Centroafricana²⁰. Respecto de la primera, tanto la Asamblea General como el Consejo de Derechos Humanos han condenado reiteradamente las sucesivas y graves violaciones de derechos humanos cometidas por las autoridades sirias y su Gobierno frente a la población civil. La alta comisionada para los Derechos Humanos, ante la CPI, instó al Consejo de Seguridad a que asumiera su responsabilidad de proteger a la población de Siria²¹. Respecto de la segunda, el conflicto en la República Centroafricana tuvo su inicio por las ofensivas de los rebeldes «Seleka» a finales de 2012. El 10 de octubre de 2013, el Consejo de Seguridad, en su resolución 2121, recalca que «las autoridades de la República Centroafricana son las principales responsables de proteger a la población civil y garantizar la seguridad y la unidad en su territorio» y destaca «la obligación que les incumbe de velar por que se respeten el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el derecho de los refugiados»²².

Del análisis de estas experiencias y sobre todo de las actuaciones que iban siendo adoptadas por el Consejo de Seguridad se han deducido una serie de carencias operativas que redundan en la eficacia y rapidez de la comunidad internacional para poner en práctica el principio de responsabilidad de proteger²³. Ya en la cumbre de 2005 se hizo mención al concepto de «*alerta temprana*» como un indicativo al que orientar la acción internacional. Una vez detectada la grave violación de derechos humanos y acreditada la incapacidad o falta de voluntad del Estado para poder afrontarlo, la comunidad internacional debe actuar de manera rápida y efectiva.

De ahí que el secretario general dictara en 2010 el informe sobre alerta temprana, evaluación y la responsabilidad de proteger²⁴. En él, no sólo se señalaron deficiencias sino que se propusieron maneras de aumentar la capacidad de las Naciones Unidas para utilizar con más eficacia las señales de alerta. Se incluyeron como parámetros de actuación la información de las operaciones sobre el terreno y la deseable capacidad de respuesta oportuna, flexible y equilibrada dondequiera

²⁰ GÓMEZ ISA, F., «Responsabilidad de Proteger: de Ruanda a Siria», *Política exterior*, 2014, vol. 28, núm. 160, pp. 86-95.

²¹ <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=25477>.

²² En marzo de 2014, el secretario general presentó su propuesta de establecimiento de una misión de mantenimiento de la paz de la ONU, compuesta por unos 12.000 soldados, en este país.

²³ Por ejemplo, en el caso de Siria, la alta comisionada de la ONU para los Derechos Humanos indicó en la apertura de la sesión 26 de ese órgano: «Es sorprendente, más allá de lo que las palabras pueden expresar, los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, que se han convertido en algo común y ocurren con total impunidad. Estoy decepcionada de que el Consejo de Seguridad, con 13 votos a favor y 2 en contra, haya sido incapaz de llegar a un acuerdo sobre las medidas para garantizar la rendición de cuentas por esos crímenes». Véase <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=29669>.

²⁴ En el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 se pidió que se aumentara la capacidad de las Naciones Unidas en materia de alerta temprana y evaluación de posibles casos de genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad, y en el párrafo 138, los jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron claramente a «ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana».



que haya riesgo de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o depuración étnica. Por ello, es más probable que las medidas pacíficas y preventivas sean eficaces si se adoptan en una etapa temprana y sus objetivos y su intensidad se determinan con cuidado, de ahí que el sistema de alerta temprana exija una evaluación específica de las circunstancias propias de cada caso. La aplicación de medidas preventivas «antes de que estallen las crisis y los conflictos» y la determinación de qué Estados se encuentran «en situaciones de tensión» requieren necesariamente una alerta temprana y una evaluación imparcial de las Naciones Unidas²⁵.

Pero, como correlato a lo anterior, en 2011, el secretario general emitió un nuevo informe acerca del papel de los acuerdos regionales y subregionales²⁶. En él, se incidía en la necesidad de establecer una red de colaboración eficaz entre los diferentes espacios y áreas geopolíticas para ayudar a asumir la responsabilidad de proteger. Al igual que en el informe precedente, se detectaban los fallos en la rápida respuesta de la comunidad internacional y se proponía, en este caso, el aumento de las relaciones de cooperación entre Estados, intercambiando información mediante acuerdos regionales o subregionales, alertando de los indicadores de peligro o empujando medidas preventivas oportunas y eficaces. Se recuerda en este informe que el principio es universal y que cada regional debe esforzarse, a su ritmo, en la implementación del mismo²⁷.

Con ello, llegamos al cuarto informe del secretario general. En septiembre de 2012 presenta el informe «Responsabilidad de proteger: respuesta contundente y oportuna», donde se consagran los tres pilares en los que se sustenta la RPP. El primero se centraría en el ejercicio de la responsabilidad del Estado para reprimir y evitar la comisión de delitos internacionales. El Estado tiene la responsabilidad de hacer todo lo posible por impedir que se cometan esos crímenes y actos en su territorio, o bajo su jurisdicción, y por detenerlos cuando ocurren. El segundo pilar de base es el compromiso de ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población y prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión,

²⁵ Véase <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/64/864>.

²⁶ Entre otros, con el alto comisionado de la OSCE para las Minorías Nacionales, la Unión Africana, la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, la Unión Europea, la ASEAN (Asociación de Naciones de Asia Sudoriental), la CEDEAO (Comunidad Económica de Estados de África Occidental), la Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo, la Organización de los Estados Americanos o la Liga de los Estados Árabes.

²⁷ En esta declaración se reservan unas palabras a la CPI. En concreto: «La Corte Penal Internacional es un órgano independiente que no está controlado ni por las Naciones Unidas ni por órganos regionales. Sin embargo, su labor, incluso su propia existencia, tienen un papel central en la prevención, así como en los esfuerzos para asegurar la responsabilidad en casos de atrocidades masivas. Las medidas paralelas en pro de la justicia y la paz pueden plantear problemas relacionados con el tiempo y la coordinación, pero en la práctica esos objetivos se refuerzan mutuamente. Los dos deberían promoverse. Los mecanismos regionales y subregionales pueden ayudar a marcar las pautas para alentar la cooperación de las autoridades locales nacionales cuando han de detener a personas acusadas o condenadas y cuando han de restringir los viajes de tales personas. Una vez más, un diálogo mundial-regional sobre estas cuestiones podría ayudar a determinar las lecciones aprendidas y los posibles caminos a seguir». Véase <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/65/877>, p. 12.



antes de que estallen las crisis y los conflictos. El tercero y último tiende a contribuir a sentar las bases para que el Estado vuelva a asumir su responsabilidad y para ayudar a las autoridades nacionales a cumplir las responsabilidades que tienen para con sus poblaciones en virtud de las obligaciones jurídicas perfectamente establecidas que se recogen en el primer pilar o persuadir las de que las cumplan²⁸.

Finalmente, en agosto de 2013, en el informe «Responsabilidad del Estado y prevención», el secretario general centra su objetivo en la labor de prevención. El objetivo del informe es analizar y proponer estrategias que puedan ayudar a los Estados a cumplir con su responsabilidad de proteger a las poblaciones frente al genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la limpieza étnica. El informe expone las causas y la dinámica de los crímenes atroces y las medidas que pueden adoptar los Estados para prevenirlos y crear sociedades que sean resistentes a ellos; dichas medidas van desde el fortalecimiento de las estructuras nacionales para reprimir los delitos indicados hasta la acción internacional²⁹.

Pues bien, una vez analizados los informes precedentes y los supuestos reales en los que se ha invocado la RPP, cabe incardinar todo ello en la labor preventiva de la CPI. La RPP tiene una vocación triple: prevención, reacción y reconstrucción. El objeto de estas líneas se ciñe a la primera.

3. LA LABOR PREVENTIVA DE LA CPI COMO MANIFESTACIÓN DE LA «RESPONSABILIDAD DE PROTEGER»

La RPP supone un apuntalamiento de la labor preventiva de la comunidad internacional en la comisión de los delitos de genocidio, lesa humanidad, agresión y crímenes de guerra, todos ellos competencia de la CPI. El devenir del siglo xx ha puesto de manifiesto la ineficacia de algunos Estados para cumplir con el deber y la responsabilidad de prevenir que dichos delitos se cometan en sus territorios y, al mismo tiempo, los fallos estructurales de las instituciones internacionales para, igualmente, poder evitar o prevenir la comisión de tan graves ilícitos internacionales. Ya he analizado, someramente, las notas esenciales de la RPP. Ahora falta ponerlo en relación con la labor preventiva que la CPI puede llevar a cabo³⁰.

²⁸ Véase <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/66/874>. Igualmente, en la nota de prensa disponible en <http://www.un.org/press/en/2012/ga11270.doc.htm>.

²⁹ Véanse las alegaciones de la asesora especial para la prevención del Genocidio, disponible en <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/Special%20Adviser%20Jennifer%20Welsh%20remarks.GA%20Dialogue%202013.pdf>.

³⁰ MARTINEZ GUERRA, A., «Corte Penal Internacional: balance de una década», *Política Exterior*, julio/agosto 2012, p. 27. Según la autora, «la reparación de las víctimas y, sobre todo, el efecto preventivo general de la sanción adquieren una dimensión desconocida hasta la fecha y es, en esa labor preventiva, donde reside el verdadero sentido de la justicia internacional. Por esta razón la reflexión no puede dejar de lado a los Estados».

Quizás el primer apunte que cabría hacer al respecto es que los Tribunales Internacionales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda se crearon una vez que las violaciones masivas de derechos humanos ya se habían cometido, es decir, su labor no fue estrictamente preventiva sino más bien represiva por hechos ya acaecidos. La CPI, en cambio, tiene capacidad de enjuiciamiento e investigación cuando los delitos de su competencia se están cometiendo o se hayan cometido. Se trataría de fijar cuándo la CPI tiene elementos suficientes para investigar hechos que pueden suponer una amenaza seria e inminente para los derechos humanos de la población de un Estado. Es, sin duda, en esta fase previa o preparatoria cuando principio de complementariedad y RPP entran en íntima conexión.

La CPI tiene un indudable valor preventivo en un doble sentido³¹. Desde la óptica de la prevención general positiva, en tanto que la CPI garantiza la aplicación del derecho penal internacional y protege los bienes jurídicos protegidos. Desde la óptica de la prevención general negativa, en tanto que trasmite a la comunidad internacional un mensaje claro: los delitos objeto de competencia de la CPI no quedarán impunes. Frente a los Tribunales *ad hoc* de los años 90, la CPI presenta una pequeña extensión respecto a la capacidad de prevención. Ésta puede intervenir en situaciones en las que existan amenazas concretas de comisión de futuros delitos atroces. Así, la labor de la CPI afectaría a los delitos cometidos, a los delitos que se están cometiendo y a las amenazas de los delitos que se puedan cometer en el futuro siempre que haya elementos de juicio suficientes para entender que esos crímenes internacionales puedan ser cometidos.

Me centraré únicamente en los dos primeros supuestos.

Respecto del primero, ¿cómo puede extender la CPI su capacidad de actuación a las amenazas de comisión de delitos de su competencia que todavía no se han cometido? La vía viene dada por el artículo 25 del ECPI³². Este precepto, una vez que afirma la responsabilidad penal individual de las personas naturales, ofrece en su párrafo tercero las opciones de autoría y participación. De ellas destacan las recogidas

³¹ En el informe resumido de las conclusiones de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre el papel de la prevención en la promoción y la protección de los derechos humanos, informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se destaca la importancia de la criminalización y el enjuiciamiento y la función preventiva de la Corte Penal Internacional. Según el informe, una «delegación exhortó a todos los Estados que aún no se habían adherido al Estatuto de Roma a que lo hicieran. Otra sostuvo que había que crear un marco en el que se expusieran con transparencia las conculcaciones de los derechos humanos y se castigaran sin excepción. Según un observador, la única forma de garantizar que no se llegaran a cometer vulneraciones era atribuir consecuencias a dichos actos». Véase en http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../A_HRC_28_30_SPA.dot.

³² El número 3 bis del artículo 25 introducido por la enmienda al artículo 8 y las enmiendas relativas al crimen de agresión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptadas en Kampala el 10 y el 11 de junio de 2010 (BOE 24 diciembre 2014). Manifestación del Consentimiento por LO 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y el 11 de junio de 2010 (BOE 18 septiembre). En el delito de agresión, la responsabilidad penal alcanza tanto al planeamiento como a la preparación del delito.



en las letras e y f. Ambas, ceñidas al ámbito de aplicación del delito de genocidio, disponen respectivamente que será responsable el que haga una instigación directa y pública a que se cometa y el que intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad³³.

Desde un criterio de interpretación histórico, sorprende observar cómo los Estatutos de los Tribunales Internacionales *ad hoc* no recogían disposiciones penales acerca de la preparación, ideación, planeamiento, instigación o tentativa de los crímenes internacionales que se iban a cometer, dado que se centraron únicamente en delitos ya cometidos. En cambio, desde un criterio de interpretación sociológico, la experiencia ha demostrado cómo la comisión de estos delitos internacionales exige importantes esfuerzos preparatorios tendentes a la ejecución de éstos, desde actividades logísticas de abastecimiento de armas y munición, pasando por la adquisición de materiales de doble uso, adquisición de tecnología militar de terceros Estados, hasta campañas de difamación u hostigamiento en medios de comunicación o actividades propagandísticas subversivas. Es aquí donde la comunidad internacional debe actuar para evitar la comisión de ilícitos penales internacionales objeto de competencia de la CPI y es aquí donde la RPP debe intervenir.

4. EL VALOR PREVENTIVO DEL EXAMEN PRELIMINAR DE LA FISCALÍA DE LA CPI³⁴

En relación con la Fiscalía de la CPI, el artículo 42 del Estatuto prevé que estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Las investigaciones preliminares vienen recogidas en el artículo 51 del ECPI, en donde se dispone expresamente que el fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación, a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella.

El examen preliminar de la Fiscalía puede iniciarse por tres vías. La primera, por la remisión de información por parte de individuos, grupos, Estado, organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales. La segunda, por una remisión del Consejo de Seguridad, opción en la que se deja entrever el principio de responsabilidad para proteger, ya que si el Estado es incapaz de afrontar esa situación puede solicitar el inicio de la investigación o si no quiere hacerlo, el Consejo de Seguridad, adoptando su labor protectora secundaria y complementaria de la responsabilidad

³³ Añadiendo que «sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo».

³⁴ Para comprobar los exámenes preliminares que se están tramitando en la actualidad, véase: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/Pages/communications%20and%20referrals.aspx.

primigenia nacional, puede instar a la Fiscalía para que lo haga. En este supuesto, incluso el Consejo de Seguridad puede reenviar a la CPI antecedentes relativos a Estados que no son miembros³⁵. El tercero, mediante la acepción del ejercicio de competencia de la Corte conforme a lo marcado en el artículo 12.3 del Estatuto, que hace referencia a la aceptación de la competencia de la CPI por Estados que no han ratificado el Estatuto.

¿Qué elementos deberá tener en cuenta el fiscal para el inicio de la investigación previa? Fundamentalmente son tres:

a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte. Aun así, conforme al tenor del artículo 25 el que intente cometer un delito con actos que supongan un paso importante para su ejecución estaría inmerso en alguna de las modalidades de autoría y participación, por lo que, en mi opinión, sí que cabría que el fiscal iniciara un procedimiento preliminar de investigación si reúne los suficientes indicios para poder acreditar que esos pasos tendentes a la ejecución se están produciendo.

b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17. Este precepto también pone en estrecha relación el principio de complementariedad de la Corte con la responsabilidad para proteger. En efecto, si acudimos al tenor literal del mismo vemos cómo los requerimientos de admisibilidad son:

b.1) Que el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. Es decir, el fiscal puede entrar en la investigación preliminar siempre que acredite que la jurisdicción nacional no puede o no quiere investigar.

b.1.1) En relación con la primera, es decir, la incapacidad de la jurisdicción nacional para investigar los hechos, se entenderá que concurre cuando, teniendo en cuenta los principios procesales admitidos en el derecho internacional, se den una o varias de las siguientes circunstancias:

- que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

³⁵ Como por ejemplo, los casos de Irak y Venezuela. Véanse, respectivamente, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf y http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E2BC725-6A63-40B8-8CDC-ADBA7BCAA91F/143684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf.



- que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
- que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

b.1.2) En lo que atañe a la incapacidad del Estado para para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

b.2) Que el asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo, en cuyo caso se acudiría a los criterios anteriores.

b.3) Que la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20. Este precepto que regula la cosa juzgada penal establece que la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

b.4) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. En este supuesto, nos encontraríamos ante un concepto indeterminado difícil de interpretar como es el de «gravedad suficiente».

Del análisis de este precepto se derivan conclusiones importantes que interrelacionan el principio de complementariedad de la CPI y uno de los instrumentos básicos y esenciales de la responsabilidad para proteger como es la propia Corte.



Las investigaciones previas o preliminares en las que el fiscal considere que se está intentando cometer un crimen de su competencia mediante actos que suponen un paso importante para su ejecución pasan inexorablemente por la labor que la jurisdicción nacional haya hecho. Bien por no haber investigado absolutamente nada, bien por no haber querido hacerlo, bien por no querer hacerlo o bien por haberlo hecho pero con el ánimo de sustraer al imputado a la acción de la justicia o hacerlo sin las debidas garantías procesales para las partes.

La acción fiscal permitiría la continuación del procedimiento, pero el ECPI también le otorga instrumentos para finalizar la investigación de plano. Sería en aquellos casos en los que no existiese una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58, en los que la causa es claramente inadmisibile, a cuyos efectos me remito a los requisitos del artículo 17, o cuando el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, «teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen»³⁶.

Además, el ECPI establece varios mecanismos para poder revocar la decisión del fiscal de no llevar a cabo esta investigación preliminar, lo cual, todavía más, fortalece el sistema y dota de más fuerza a la CPI como instrumento dentro del principio de responsabilidad para proteger. Este reforzamiento queda plasmado en tres posibles situaciones:

- a) Que el propio Estado que hubiera remitido la petición al Consejo de Seguridad, conforme al artículo 14 del Estatuto, o el Consejo de Seguridad, conforme al artículo 13.b, pidan a la Sala de Cuestiones Preliminares que reexamine la decisión del fiscal y que, consecuentemente, pida a dicho órgano que reconsidere la decisión.
- b) Que la Sala de Cuestiones Preliminares puede, de oficio, revisar una decisión del fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1.c), o el párrafo 2.c). En ese caso, la decisión del fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares.
- c) Que el mismo fiscal pueda reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.

El examen preliminar que el fiscal desarrolla como una primera fase para poner en marcha el principio de responsabilidad para proteger merece una especial atención. Y lo hace por partida doble. En primer lugar, por el número cuantioso de comunicaciones que se han recibido para investigar la posible comisión de delitos

³⁶ Se notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.



contra la comunidad internacional competencia de la Corte. En segundo lugar, por la diversidad de Estados y ubicaciones geográficas sobre los que se extienden los exámenes preliminares actuales y los que se han llevado a cabo con anterioridad.

Actualmente, se están llevando a cabo diez exámenes de estas características en los cuatro continentes, ya que afectan a Afganistán, Chad, Colombia, Costa de Marfil, Georgia, Guinea, Honduras, República de Corea, Nigeria y Palestina³⁷. Se han rechazado los exámenes preliminares en los casos de Irak y Venezuela por estimar que no concurren los requisitos antes analizados. Y, del mismo modo, varios exámenes preliminares han sido elevados a la fase de investigación por presentar indicios racionales de haberse cometido los delitos que la Corte puede enjuiciar. Son los casos de Uganda, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Kenya y Sudán.

En principio, los 114 Estados firmantes del ECPI asumen la obligación de investigar y enjuiciar la comisión de los delitos competencia de la Corte, resaltando que esa comisión se puede circunscribir a los intentos de comisión por actos que suponen un paso importante para la ejecución, tal y como el artículo 25 dispone. Por ello, los Estados miembros tienen un deber primario y esencial, conforme a la responsabilidad de proteger, de intentar prevenir los delitos que se estén cometiendo, bien consumados, bien en grado de tentativa. Dicha responsabilidad debería extenderse a la prevención de aquellos actos preparatorios, previos, planificadores o preliminares que supongan una verdadera amenaza o riesgo de que un ilícito internacional pueda ser cometido.

Las atribuciones del fiscal en lo que atañe a estas investigaciones preliminares vienen recogidas en el artículo 54 del ECPI. Fundamentalmente y a los efectos de este trabajo destaco las siguientes:

- a) A fin de establecer la veracidad de los hechos, ampliará la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto.
- b) Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. Aquí habría que subrayar la palabra eficacia. Dado que nos estamos moviendo en el ámbito preparatorio y preventivo del delito, el aseguramiento de los indicios, de los datos de los que pueda deducirse cierta razonabilidad y de los indicadores de que un delito puede que sea cometido adquiere especial importancia.

³⁷ ARREDONDO, R., «La responsabilidad de proteger: la perspectiva latinoamericana», *Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, 2014, núm. 32, pp. 269-290.

5. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y SU RELACIÓN CON EL EXAMEN PRELIMINAR DE LA FISCALÍA DE LA CPI

El principio de complementariedad adquiere especial significado en los exámenes preliminares ya que uno de los primeros pasos que debe adoptar el fiscal es comprobar la existencia de procedimientos judiciales nacionales en los que se hayan investigado los actos preparatorios como amenaza de comisión de un delito. Además, deberá evaluar su autenticidad. El Plan Estratégico de la Fiscalía (*OTP Strategic Plan [June 2012-2015]*) incide en que en los casos en los que resulte oportuno deberá ampliar su estrategia general de enjuiciamiento para abarcar a autores de nivel medio o alto, o incluso a autores de nivel bajo que sean particularmente notorios, con el fin de fortalecer los casos de modo que permita llegar a las personas más responsables de los delitos más graves. Evidentemente, en el nivel preventivo general, esta estrategia deberá expandirse hacia aquéllos que presumiblemente llevan a cabo actos preparatorios punibles o de los que se pueda deducir la existencia de amenaza seria y real de comisión de delitos internacionales. Todo ello, teniendo en cuenta que el examen preliminar, más que estar orientado al enjuiciamiento y condena de autores de delitos consumados, está dirigido a evitar de hecho que los delitos sean ejecutados.

Como correlato de la complementariedad se sitúan dos conceptos que inciden en la responsabilidad para proteger: la gravedad y el interés de la justicia. Ambos no presentan las mismas implicaciones cuando estamos ante delitos cometidos o que se están cometiendo que cuando nos hallamos ante actos preparatorios punibles o que supongan ese famoso paso importante para la ejecución que la Corte indica en el artículo 25.

En relación con la gravedad, el fiscal deberá valorar la escala, la naturaleza y la forma en la que esos actos previos se están llevando a cabo y, sobre todo, una valoración lo más concreta posible que permita afirmar, en primer lugar, que suponen una verdadera amenaza y, en segundo lugar, que tienden directamente a la ejecución de delitos de genocidio, lesa humanidad, agresión o crímenes de guerra. En relación con el interés de la justicia, el fiscal debe ponderar por un lado la gravedad de los actos preparatorios y por otro la posible afectación a las víctimas, de tal forma que pueda concluir si el examen preliminar va a ser eficaz y va a redundar en la prevención general positiva y negativa que la CPI debe perseguir.

Éstos son los dos criterios estatutarios que la Fiscalía de la CPI debe valorar para el inicio de la investigación preliminar. Se podría formular en este punto la pregunta de cómo afecta el equilibrio geográfico y regional para determinar si una situación debe ser investigada por la CPI. Para todos aquellos Estados que hayan ratificado el Estatuto no supondría problema alguno. Sí, en cambio, para los que no forman parte del mismo, aunque se prevén dos fórmulas para poder obviar esta laguna. La primera supondría que el Estado se incorporara a la CPI ratificando el Estatuto o depositara una declaración de aceptación del ejercicio de competencia por la misma. La segunda, que el Consejo de Seguridad hiciera directamente una remisión de la noticia de comisión de delitos internacionales en el territorio de un Estado, no parte del ECPI, para que ésta investigara.



¿Varía el papel de la Fiscalía si los hechos acceden a ella por uno u otro cauce? No. Sobre la base del artículo 15, se debe someter la información a un análisis independiente, imparcial y riguroso sea cual sea el modo a través del cual se ha canalizado. La Fiscalía deberá acreditar la seriedad de los datos que ha recibido, podrá solicitar información complementaria a los Estados, organizaciones no gubernamentales, intergubernamentales, agencias privadas, órganos de las Naciones Unidas o a cualquier otra fuente fidedigna, llegando incluso a que se pueden recibir pruebas personales como declaraciones orales en la sede de la CPI.

Unida a la anterior, surge una nueva cuestión: ¿tiene la Fiscalía de la CPI plenas facultades para investigar en esta etapa preliminar? La respuesta es negativa. Los poderes del fiscal en estos exámenes preliminares no se pueden comparar a los que el artículo 54 recoge para la etapa de investigación. No se ha de olvidar que el objeto de esta etapa previa es simplemente poder fijar si hay un indicio racional, un fundamento razonable de que se ha cometido o se está cometiendo un delito competencia de la CPI. Obviamente, estos términos gozan de cierta indeterminación y, con ella, pudiera llegar la inseguridad jurídica por la dificultad de poder determinar fehacientemente qué es un indicio racional. La Sala de Cuestiones Preliminares ha interpretado este concepto.

A la hora de analizar la situación en la República de Kenya, la Sala interpretó que la perífrasis «fundamento razonable» implica una justificación más o menos sensata o razonable de que se ha cometido o se está cometiendo un delito competencia de la CPI. No se pretende elaborar información concluyente ya que el fiscal no tiene los mismos poderes que los recogidos en el artículo 53 para la etapa de investigación³⁸. Aun así, bastará con contar con algunos indicios racionales de que los hechos se han cometido o se están cometiendo y que éstos pueden ser incluidos en alguno de los delitos competencia de la CPI.

¿Existe algún plazo en el cual deba finalizarse la investigación preliminar? No. El ECPI no marca la necesidad de que la investigación deba contar con plazo alguno de resolución. Dados los objetivos que persigue y los poderes limitados de la Fiscalía parece bastante lógico. Es más, el fiscal puede adoptar alguna de estas tres opciones:

- a) Abstenerse de iniciar una investigación cuando la información no satisface los siguientes factores recogidos en el artículo 53. Por tanto:
 - La información de que dispone no constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte.

³⁸ Véase, respecto de Kenya, *Decisión Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010 y, respecto a Darfur, *Judgment on the appeal of the Prosecutor against the 'Decision on the Prosecution's Application for a warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad AL Bashr'*, ICC-02/05-01/09-OA, 3 de febrero de 2010.

- La causa no es o no sería admisible de conformidad con el artículo 17, ya indicado.
- No existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

- b) Seguir reuniendo información procedente de los Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, corporaciones y asociaciones públicas o agentes privados acerca de la comisión de los delitos, con el objetivo de fortalecer la base fáctica y jurídica necesaria para poder llegar al estándar del «fundamento razonable» y poder abrir, por ende, una investigación previa.
- c) Comenzar con la investigación con autorización judicial, si fuere preciso.

Para poder delimitar en qué supuestos se debe iniciar un examen preliminar por parte de la Fiscalía de la CPI se ha establecido un proceso conformado por cuatro fases. En la primera, se organiza y estudia la documentación que se ha recibido, las comunicaciones del artículo 15 del ECPI, con el objetivo de poder fijar la seriedad de la información remitida clasificándola entre aquella que hace referencia a los delitos competencia de la CPI de aquéllos que no lo son.

La segunda de las fases vendría caracterizada por ser el primer paso formal de inicio de la investigación preliminar. Sus objetivos son, por un lado, acreditar que se dan los requisitos del artículo 12 que habilitan a la CPI para el ejercicio de su competencia y, por otro lado, determinar si existe el «fundamento razonable», al que ya se ha hecho mención, de que los delitos se están cometiendo o se han cometido. En este punto, de gran complejidad, puesto que se combinan la formulación de un sustrato fáctico estable con argumentos jurídicos, es cuando la Fiscalía analiza las jurisdicciones nacionales, calibrando su autenticidad y el hecho de que pudiera desplegar los procedimientos penales nacionales en condiciones de justicia y conforme a los principios generales del derecho procesal admitidos por la comunidad internacional. Este informe permite fijar las bases para una futura aplicación de la cláusula de complementariedad del ECPI.

En la tercera fase se entra de lleno en dos conceptos, ya analizados en líneas previas, la complementariedad de la competencia de la CPI y la gravedad requerida para que dicha competencia pueda ser ejercida. Se debe tener en cuenta que las dos fases precedentes se suelen dilatar en el tiempo y por ello, en todas las fases, la Fiscalía debe recabar información acerca del sustrato material de la investigación preliminar: qué delitos internacionales competencia de la CPI se han cometido o, más importante, se están cometiendo en el momento en que estas fases se van sucediendo en el tiempo.

Finalmente, la cuarta fase se centra en el estudio del «interés de la justicia». Se entiende que concurre cuando, analizados los hechos fehacientemente acreditados y los fundamentos de derecho que les son aplicables, se entiende que hay fundamento razonable para iniciar una investigación por parte de la Fiscalía.



Pues bien, el desarrollo sucesivo de estas cuatro fases está orientado a la consecución de dos objetivos. Uno, poner fin a la impunidad en la comisión de ilícitos penales internacionales a través de los mecanismos procesales nacionales, internos de los Estados donde estos delitos se han cometido o se están cometiendo. Para ello, la Fiscalía ha estudiado si el sistema procesal penal goza de las garantías necesarias para poder llevar a cabo resoluciones judiciales en procesos públicos y justos. Dos, prevenir la comisión de los crímenes internacionales, es decir, evitar en la medida de lo posible la intervención competencial de la CPI.

Si esta investigación preliminar es exitosa se habrá logrado que, por un lado, se haya hecho una labor de prevención tan eficaz que no sea necesaria la intervención de la CPI y, por otro lado, que se haya reforzado y potenciado la jurisdicción nacional para juzgar los crímenes cometidos.

De este modo se conjugan los dos principios que se han desarrollado en estas líneas. En lo que atañe al principio de complementariedad, evidentemente es mucho más eficaz por múltiples razones que las jurisdicciones nacionales sean capaces, conforme a estándares procesales mínimos, de afrontar el enjuiciamiento y condena de los delitos que ya se hayan cometido o que se estén cometiendo. Para ello, la investigación preliminar ha contribuido a fijar una base fáctica suficiente para que dichas jurisdicciones puedan desarrollar su labor. En lo que atañe al principio de responsabilidad para proteger, la intervención de la Fiscalía de la CPI, con sus amplias opciones de actuación, como se ha visto por razón de territorio, facultades de investigación, inexistencia de limitación temporal, entre otras, es una de las principales manifestaciones del principio de responsabilidad para proteger que la comunidad internacional tiene para intentar prevenir la comisión de crímenes internacionales, vía artículo 25 del ECPI. Estas actividades suponen una de las formas más eficaces en función de los costes que implican y los resultados que pueden arrojar, facilitando y potenciando la función de la CPI.

Finalmente, en relación con los últimos datos publicados sobre los exámenes preliminares efectuados por la Fiscalía de la CPI que cubren hasta el 31 de octubre de 2014, cabe indicar que durante ese periodo se recibieron 511 comunicaciones, vía artículo 15 del ECPI. De ellas, 403 quedaban fuera del ámbito de actuación competencial de la CPI, 41 requirieron un análisis complementario, 45 hacían referencia a materia que ya estaban siendo analizadas y 22 estaban vinculadas, bien a investigaciones, bien a enjuiciamientos ya iniciados con anterioridad. En este periodo, se han concluido tres exámenes preliminares por los hechos relativos a la República Centroafricana, República de Corea y buques registrados en Comoras, Grecia y Camboya. Mientras que la primera dio lugar al inicio de una investigación, respecto de las otras dos se estimó que no concurrían los requisitos del artículo 53.1 del ECPI.

6. CONCLUSIONES

1. La CPI tiene carácter complementario respecto de las jurisdicciones nacionales en la instrucción y enjuiciamiento de delitos competencia de ésta.



- II. El principio de RPP aparece en la comunidad internacional como una vía para poder intervenir en terceros Estados donde se están cometiendo o se han cometido graves violaciones de derechos humanos y en donde sus jurisdicciones nacionales no pueden o no quieren hacer frente a la investigación de aquélla.
- III. Una de las manifestaciones más palpables de la RPP es la posibilidad que tiene la CPI de poder prevenir la comisión de ilícitos internacionales de su competencia. La prevención se puede orientar a través del artículo 25 del ECPI, donde se prevé como una de las formas de autoría y participación en estos delitos el intento de cometerlos «*mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad*», si bien queda ceñido al ámbito del genocidio.
- IV. Con este sustento material, la Fiscalía de la CPI puede desarrollar su labor preventiva mediante los exámenes preliminares, paso previo a la fase de investigación, donde, con facultades más o menos limitadas, puede orientar su actuación a una labor estrictamente preventiva que no sólo evite los delitos que se están cometiendo sino que disuada de la comisión de futuros ilícitos.

RECIBIDO: noviembre 2015; ACEPTADO: mayo 2017



IL FENOMENO DELLO SHARENTING NEL NUOVO PARADIGMA DEI RAPPORTI GENITORIALI

Serena Volpato*

Colaboradora de la Scuola di Giurisprudenza
e CIRSFID, Università di Bologna

SOMMARIO

L'articolo ha l'intento di comprendere i meccanismi sottesi al mutato paradigma della responsabilità genitoriale-già potestà- di fronte ai nuovi media, fra cui spicca il capillare utilizzo dei *Social Network Services* (SNS). Detti strumenti di socializzazione, permettendo di condividere pubblicamente informazioni e contenuti multimediali attraverso uno spazio virtuale personale pongono infatti l'intera società e la funzione genitoriale di fronte a nuove problematiche, sfide e tendenze a cui il diritto ha l'onere di dare dei contorni quanto più definiti. Tra le nuove tendenze emergenti in quest'ambito vi è quindi, un nuovo fenomeno, quello del c.d. *sharenting* che vede i genitori protagonisti del trattamento dei dati personali dei propri figli all'interno della rete globale.

PAROLE CHIAVE: responsabilità genitoriale, social network services, privacy, sharenting.

ABSTRACT

«Sharenting phenomenon in parental relationship's new paradigm». The intention of this article is to understand the underlying mechanism of parent's responsibility towards the massive use of new media, especially Social Network Services (SNS). Such social media let people publically share personal detailed information, which make themselves and their parental responsibility in front of new problems, challenges and trends. Laws must take the burden to regulate such behaviour. Sharenting is the new rising phenomena and it is about the practice of parents who regularly use the social media and social network services to communicate a lot of personal detailed information about their children.

KEYWORDS: parental responsibility, social network services, privacy, sharenting.



1. IL CONCETTO DI «RESPONSABILITÀ GENITORIALE» NEL NUOVO PANORAMA NORMATIVO ITALIANO

In Italia l'attuale scenario normativo relativo al concetto di cura genitoriale è stato fortemente segnato, anche da un punto di vista culturale, dalla Riforma della filiazione introdotta dalla legge 219/2012 e attuata attraverso il D.Lgs 154/2013. I poteri e i doveri di intervento attribuiti dalla norma in capo ai genitori in funzione dell'interesse del figlio, sono infatti stati concentrati all'interno della nozione di «responsabilità genitoriale» che ha sostituito in tutta la legislazione vigente il precedente concetto di «potestà». Pertanto, sulla scia di fonti sovranazionali, tra cui si ricordano l'art. 3 co 2¹ della *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo* del 1989 e il Regolamento Europeo 2201/2003/CE, che ha fatto riferimento alla «*parental responsibility*»² come elemento unificante delle legislazioni nazionali, anche il legislatore italiano ha così superato la concezione tipicamente potestativa del rapporto genitore-figli, per giungere ad elaborare la «responsabilità» come dovere giuridico di provvedere alle necessità del minore d'età, riconoscendone appieno la soggettività come persona dotata di autonomi diritti³.

Coerentemente, l'introduzione dell'articolo 315-*bis*, ha posto l'accento sui doveri di cura volti all'attuazione dell'interesse del figlio⁴, ponendo al centro i diritti della prole piuttosto che i poteri dei genitori. Detto articolo, è perciò stato definito da parte della dottrina «Lo statuto dei diritti del figlio»⁵, in quanto ha invertito la prospettiva della formulazione precedente, relegando i doveri spettati al

* Collaboratrice della cattedra di Informatica Giuridica; si ringraziano i professori Cesare Maioli e Alessandra Spangaro per il supporto e gli utili confronti.

¹ La Convenzione, ratificata in Italia con l. 176/1991, è stata la prima a parlare di «responsabilità», per cui: «Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei tutori o di altre persone che hanno la sua *responsabilità* legale».

² Nella Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 154/13 si afferma che l'introduzione della nozione di responsabilità genitoriale è stata necessaria «in considerazione dell'evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli» e che detta nozione si ritrovava presente da tempo in numerosi strumenti internazionali, tra cui appunto, il Reg. CE n. 2201/2003- c.d. Bruxelles II *bis*, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

³ La riforma della filiazione ha l'intenzione di capovolgere la prospettiva del passato recente di cui è erede in modo sostanziale: il termine responsabilità infatti, vuole configurare l'esercizio della autorità genitoriale non più come prerogativa sulla persona che si pretende ad altri sottoposta, bensì quale strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e al tempo stesso alla compiuta attuazione dei doveri genitoriali. Pertanto, da un rapporto genitori-figli incardinato sui doveri, di cui erano evidenti portatori gli articoli 147 e 315 c.c., ora la prospettiva è incentrata maggiormente sui diritti dei figli, di tutti i figli, di cui è testimone il nuovo art. 315-*bis* c.c.; cfr. Sesta, *La filiazione*, in Bessone (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. IV, Giappichelli, 2011, p. 27.

⁴ Cit. Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. Dir.*, 11/2015, p. 1009.

⁵ Cit. Carrano, *Lo statuto giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri*, in *Giust. Civ.* 4/2013, p. 183.



figlio all'ultimo comma e scegliendo invece di dare preminenza a quei diritti⁶ che nel loro insieme vanno a comporre «un unico, globale e fondamentale diritto del minore ad ottenere in tutto il suo percorso formativo, sostegno, guida e protezione per strutturarsi adeguatamente come persona»⁷. Così, accanto ai fondamentali diritti al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, derivanti dall'art. 30 Cost., acquisiscono ora portata generale altri diritti dalla forte valenza culturale, quali il diritto all'ascolto, a crescere in famiglia e all'assistenza morale, che hanno l'intento di valorizzare i diversi aspetti della personalità del figlio, in armonia con l'art. 147 del Codice che, nella nuova formulazione, non tiene più semplicemente «conto» delle «capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni» dei figli, bensì «le rispetta»⁸. Per questo motivo, perfettamente in linea con l'idea da tempo sostenuta in dottrina⁹ che è la comunità familiare a porsi al servizio della persona e non viceversa, il legislatore ha scelto di porre nella formulazione della triade dei diritti fondamentali spettanti al minore, il termine «educazione» ordinatamente prima di «istruzione», così suggerendo l'importanza di detto impegno genitoriale in vista del superiore interesse del figlio.

La Riforma della Filiazione ha profondamente innovato anche l'ambito dei doveri in capo ai figli, il quale, prima dell'avvento dell'art. 315-*bis*, appariva raccolto in una norma *ad hoc* nettamente isolata all'interno del Titolo IX del Codice da quella che ne riconosceva i diritti. Ad oggi, invece, gli obblighi di cura e assistenza spettanti ai figli, trovano all'interno dello stesso articolo esatta e reciproca corrispondenza nella richiesta dell'ordinamento di rispettare i genitori e di contribuire con le proprie capacità —non necessariamente solo materiali—, ai bisogni dell'intera famiglia. Il ruolo attivo del minore all'interno della comunità familiare, va quindi a valorizzare la posizione del figlio anche attraverso una sua responsabilizzazione, specularmente a quella dei genitori.

2. LE POTENZIALITÀ DEI SERVIZI DI *SOCIAL NETWORKING*: «ORO DIGITALE»

Va ad ogni modo sottolineato come, nell'ambito del dovere di curare la prole, gli obblighi ascritti in capo ai genitori costituiscono delle manifestazioni tipiche, traducibili tuttavia, in ulteriori impegni specifici che, nell'intricata matassa dei nuovi *media*, pongono la responsabilità genitoriale di fronte a tendenze e problematiche del tutto nuove. Nella «società dell'informazione», in cui ciò che ha maggiormente rivoluzionato la comunicazione e l'interazione tra le persone è stato l'avvento dei *Social Network Services* (SNS), quali fornitori di ampi spazi virtuali ove condividere senza limiti contenuti e informazioni, si è infatti trasformata anche la percezione di

⁶ Cfr. Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno uguali diritti dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. Dir.*, 2013, p. 265.

⁷ Cit. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2014, p. 189.

⁸ Modifica introdotta dal D.Lgs. n. 154/2013.

⁹ Cfr. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 10 e ss.

sé stessi e degli altri all'interno di una realtà *online* quasi parallela a quella biologica¹⁰. Ad oggi invero i *social network* rappresentano i principali strumenti di comunicazione e condivisione del proprio *lifestream*, ossia di quell'insieme di dati multimediali raccolti da un soggetto per creare una sorta di diario della propria vita. Gli utenti quindi, nell'intento di creare la propria immagine virtuale, condividono volontariamente parti anche significative della propria vita ponendo in essere una sorta di perdita di possesso di quei dati, che così entrano nella potenziale disposizione degli altri utenti e del fornitore del servizio che ha la licenza di utilizzarli senza limite di tempo sulla base del contratto sottoscritto.

L'atto di registrazione al *social network* effettuata dall'utente, consiste, per espressa previsione degli stessi SNS¹¹, in una forma di contratto o comunque di accordo tra le parti, attraverso cui il fruitore sottoscrive e accetta con un «click» le condizioni generali del servizio¹². Si tratta di un contratto della cui natura si è molto dibattuto in dottrina¹³, soprattutto per il fatto che il tipo di servizio offerto non prevede a prima vista alcuna controprestazione di tipo economico da parte dell'usufrutente, come ben rimarcato dal famoso *slogan* di Facebook: «è gratis e lo sarà sempre!». Alla luce dell'art. 1322 c.c. è necessario, tuttavia, individuare quali siano gli interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento e quindi, cosa ci sia dietro il concetto di gratuità capace di integrare la causa del contratto. I modelli contrattuali proposti dai principali SNS, quali Facebook, Myspace, LinkedIn, Twitter, presentano un impianto fra loro molto simile, che vede così nella manifestazione di volontà espressa dall'utente anche l'accettazione del trattamento ai propri dati personali nei modi e per le finalità previsti dal gestore¹⁴. In particolare, la mole dei dati immessa nella propria pagina personale potrà essere oggetto di trattamento per finalità di pubblicità e *marketing*¹⁵. Per quanto quindi il servizio possa apparire privo di sinallagmaticità, per l'assenza di una prestazione in denaro, in realtà non può considerarsi affatto un accordo di tipo liberale poiché la moneta di scambio

¹⁰ Cfr. Di Ciommo, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la rete bellezza!*, in *Dan. Resp.*, 7/2012, p. 701.

¹¹ In base alle Condizioni generali di Facebook, al punto 2.1 si legge: «La presente dichiarazione costituisce il contratto tra le parti e Facebook e prevale su qualsiasi accordo precedente»; in *facebook/policy.com*. Lo stesso concetto viene ribadito da tutti gli SNS più diffusi quali Twitter.

¹² Va rilevato che ciò avviene comunque all'interno di un quadro normativo di riferimento che definisce, volta per volta, diritti e obblighi inderogabili.

¹³ Una corrente dottrinale ha ipotizzato la sussistenza di un rapporto di tipo non bilaterale ma trilaterale, cioè tra gestore, utente ed inserzionista il quale fondamentalmente crea il profitto del gestore pagando gli spazi pubblicitari all'interno della sua piattaforma e andando così a configurare il c.d. contratto di rete; cfr. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in AIDA, 2011, p. 112; Altra parte della dottrina ha invece inquadrato la fattispecie nel contratto di fornitura di servizi, più specificatamente nel contratto di accesso ad Internet, fattispecie che pare aver trovato legittimazione nel nostro ordinamento grazie al suo recepimento della Direttiva sul commercio elettronico n. 31/2000/CE avvenuta con D.Lgs. n. 70/2003.

¹⁴ Cfr. Sica, Giannone-Codiglione, *Social network sites e il labirinto delle responsabilità*, in *Giur. Mer.*, 2012, 2716.

¹⁵ Cfr. Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in AIDA, 2011, p. 133.

sono i dati che i gestori possono lecitamente raccogliere, trattare e vendere a terzi per operazioni di *direct marketing*.

Accanto ai dati condivisi volontariamente dagli utenti all'interno delle piattaforme sociali, si affiancano poi i dati relativi alla ricerche effettuate in ogni altro sito visitato, che, nel loro insieme, compongono un pacchetto enorme di informazioni sulla singola persona, i suoi gusti, i suoi interessi e sul tipo di vita che conduce. Quando ci si collega ad un sito *web*, infatti, il *browser* dell'utente invia una serie di informazioni al *server* dal quale il sito è gestito anche attraverso appositi *software* di minuscole dimensioni, come i *cookie*¹⁶, i *web bug*¹⁷ e gli *spyware*¹⁸ che l'utente scarica sul proprio computer durante la connessione ad Internet. La caratteristica di questi *software* è quella di raccogliere e comunicare al *server* remoto destinatario informazioni limitate all'attività che l'utente compie sul sito di loro afferenza, permettendo a detto *server* di registrare tutto quello che avviene durante la navigazione.

Il massivo utilizzo da parte degli individui delle tecnologie di informazione e comunicazione ha pertanto favorito l'affermarsi dei *Big data*, che consistono in enormi *Volumi* di dati, codificati in un'elevata *Varietà* di formati, raccolti e memorizzati a grande *Velocità*, come sistemi propri della nostra attuale società¹⁹. Nell'era digitale i *Big data* rappresentano infatti il frutto del progresso scientifico e tecnologico che ha saputo coniugare la potenza di elaborazione dei nuovi *data center* con la velocità crescente delle connessioni Internet: l'elaborazione di detta mole di dati, provenienti non solo da archivi e *database* ma anche da siti *web*, comunità virtuali, sensori, archivi di dati non strutturati, è suddivisa pertanto in molti nodi che operano in maniera distribuita al fine di produrre analisi utili a fini decisionali.

¹⁶ Chi utilizza servizi di *social media*, *social networks*, motori di ricerca, servizi di *cloud computing*, siti di *e-commerce* e in generale servizi di telefonia e comunicazione elettronica offre al gestore delle piattaforme un'ampia gamma di dati personali che ne rendono facile la profilazione e l'identificazione anche attraverso la tecnica di tracciamento realizzata da *cookie*. L'applicazione di tali strumenti tecnologici permette infatti la raccolta di dati relativi alle attività *online* del singolo utente, in modo facile, rapido e in molti casi senza che l'interessato ne sia a conoscenza o quantomeno senza che sia pienamente consapevole di rilasciare informazione sensibili destinate a rimanere nel patrimonio informatico del gestore del sito anche per lungo tempo. L'attività di profilazione tramite *cookie* appare tuttavia legittima fintanto che essa rispetti i canoni prescritti dall'art. 122 comma 2 del Testo Unico *Privacy*.

¹⁷ I *web beacons* (anche detti *web bugs*, *web tags*, *pixel tag* e *clear gif*) sono «tracciatori di pagine viste» che consentono di determinare se una certa pagina *web* è stata visualizzata o meno e, in caso affermativo, conteggiare il numero di utenti che l'hanno vista e che hanno avuto accesso a certi *cookies*.

¹⁸ Lo stesso principio vale per gli *spyware*, i più comuni dei quali sono i «cavalli di Troia», i quali vengono introdotti da programmi per lo più scaricati da Internet e si nascondono, tra gli innumerevoli *file* di sistema, al fine di utilizzare, in *background*, la connessione alla rete dell'utente, che non ha mai fornito il suo consenso a tale operazione, così da comunicare ad un *server* remoto informazioni riguardanti l'utilizzatore del computer.

¹⁹ Cfr. Maioli, Sánchez Jordán, *Big Data e capacità informativa per l'autodeterminazione del paziente*, in Faralli, Brighi, Martoni (a cura di), *Strumenti, diritti, regole e nuove relazioni*, Giapichelli, 2015, p. 166 e ss.



L'aggregazione dei dati personali e delle informazioni contenuti in una pluralità di sistemi che avviene attraverso appositi *software* analitici, permetterebbe così la creazione di un profilo digitale piuttosto preciso e predittivo della persona utente, utile alle aziende interessate, e non solo, a calibrare *ad personam* le proprie campagne pubblicitarie²⁰. L'analisi di detto fenomeno ha portato così il Presidente dell'autorità Garante ad affermare che, in questo tipo di società, «Noi siamo i nostri dati»²¹. Non a caso, si è rilevato come i dati personali degli oltre 500 milioni di abitanti dei 27 Paesi dell'Unione Europea nel 2020 avranno un valore commerciale stimato attorno ai 1.000 miliardi di euro, l'8% del Pil europeo²². È chiaro, di conseguenza, che gli interessi sottostanti questa materia sono rilevanti, tanto che il fenomeno di raccolta e analisi dei dati relativi alle persone è stato definito «*new oil*» o «oro digitale»²³.

3. DALLE NORME A PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI ALL'ECESSIVA CONDIVISIONE DA PARTE DEGLI UTENTI. IL FENOMENO DELLO *SHARENTING*

Di fronte alle enormi potenzialità della rete e della tecnologia si è preso atto che debba configurarsi il diritto per ciascun soggetto di controllare l'insieme delle informazioni che gli si riferiscono, in quanto queste delineano lo stesso suo essere nella società dell'informazione²⁴.

Il diritto alla protezione dei dati personali, distinto dal diritto alla riservatezza²⁵, è stato oggetto di normativa già nel 1996, ove all'art. 1 della legge n. 675, c.d. «Legge sulla *privacy*», emanata in attuazione della Direttiva Comunitaria 95/46/Ce, il legislatore italiano ha manifestato la volontà di tutelare ogni trattamento di dati personali, effettuato con qualsiasi mezzo e da chiunque, nel territorio dello Stato. Tuttavia, il diritto alla protezione dei propri dati era già stato fatto significa-

²⁰ Il fenomeno viene pienamente riconosciuto anche a livello europeo come dimostrato dalla Raccomandazione CM/2010/13.

²¹ Discorso introduttivo del Presidente dell'Autorità Garante Soro alla Giornata Europea della protezione dei dati personali, *Il Pianeta Connesso-La nuova dimensione della privacy*, 28 gennaio 2015.

²² Stefano Rodotà, illustrando i dati calcolati dal *Boston Consulting Group*, marzo 2013, in *federprivacy.it*. I risultati dell'indagine sono disponibili per intero in https://www.bcgperspectives.com/content/articles/digital_economy_consumer_insight_value_of_our_digital_identity/.

²³ V. Furlani, Lutman, *Social innovation. Reti sociali: le nuove protagoniste dell'innovazione. Una guida pratica per le aziende italiane*, Francoangeli, 2012, p. 111; Cipolla, *Social network, furto d'identità e reati contro il patrimonio*, in *Giur. Mer.*, 12/2012, p. 2684.

²⁴ Così Rodotà sul concetto di «corpo elettronico», in Relazione dell'Autorità Garante 2002, in Finocchiaro, Delfini, *Diritto dell'Informatica*, Utet, 2014, p. 153.

²⁵ Il diritto alla riservatezza, per quanto spesso possa essere confuso con il diritto alla protezione dei dati personali, in realtà si riferisce al diritto relativo alla protezione della vita privata e familiare di ogni individuo. La sua esistenza è sancita dall'art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'UE e in Italia trova il suo fondamento nell'art. 2 Cost. come gli altri diritti della personalità ad esso affini; cfr. Finocchiaro, Delfini, *op.cit.*, 2012, p. 159.



tivamente rientrare, fra i diritti di libertà, anche all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ove all'art. 8 si è sancita anche la modalità del trattamento riservato ai dati di ciascun soggetto, ossia, secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata. Accanto alla Direttiva 95/46/Ce si è in seguito affiancata la Direttiva c.d. «*e-privacy*» 2002/58/Ce²⁶, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni che, all'art. 4, par. 1, stabilisce che il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico deve prendere appropriate misure tecniche e organizzative per salvaguardare la «sicurezza» dei suoi servizi, idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio esistente in materia di *privacy*, tenuto conto delle attuali conoscenze in materia e ai costi di realizzazione.

Nel 2003, con legge 196/2003, nasce in Italia il c.d. Codice *Privacy* con l'intento di raggruppare e ordinare tutte le precedenti normative in materia, andando a convogliare anche precedenti adempimenti ad obblighi internazionali a cui l'Italia si era vincolata²⁷ e le modificazioni provenienti dalla giurisprudenza del Garante. La genesi, in termini espliciti, del nuovo diritto alla protezione dei dati personali si fa dunque risalire proprio a detta legge, in cui all'art. 1 si afferma che: «chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano» e quindi di esercitare sugli stessi un controllo, anche attivo, che si estende dall'accesso alla rettifica. Considerato che l'elaborazione dei dati rappresenta uno dei contenuti primari delle nuove applicazioni tecnologiche, e che la mancata o inefficace regolamentazione della materia potrebbe comportare gravi lesioni dei diritti fondamentali, il diritto interno, con il citato D.Lgs. 196/03, ha fornito al tema un'autonoma tutela in grado di bilanciare interessi confliggenti come la libertà di iniziativa economica e di concorrenza dei mercati di beni e servizi e la libertà delle persone in tutte le sue forme. Ad esempio, l'art. 3 del Codice *Privacy* introduce il «principio di necessità» del trattamento, per cui i sistemi e i programmi informativi devono essere configurati riducendo al minimo l'utilizzazione dei dati personali e identificativi in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite possono essere raggiunte mediante dati anonimi o altre modalità. Tale principio trova una particolare espressione nel caso dei *social network* in cui è lo stesso utente a fornire consapevolmente ad altri soggetti i propri dati personali, identificativi, sensibili e di altra natura, come le proprie immagini, per cui, il diritto alla riservatezza in queste piattaforme sarà volta non a mantenere i dati personali nella sfera individuale evitandone la circolazione al di fuori, bensì ad assicurare all'interessato la conoscenza ed il controllo delle modalità e delle finalità di circolazione²⁸.

²⁶ Detta Direttiva, entrata in vigore il 31 luglio 2002, è in realtà intervenuta, a seguito dei continui sviluppi di Internet che hanno modificato radicalmente il quadro di riferimento, in sostituzione della Direttiva 97/66/Ce.

²⁷ Ci si riferisce agli Accordi di Schenghen del 1985 ratificati dall'Italia con l. 388/93.

²⁸ Cfr. Vigiari, *Consenso, consapevolezza e responsabilità nei social network sites*, Cedam, 2012, p. 58.



Tuttavia non va dimenticato che i contratti sociali, intercorrenti tra gestori di *social network* e utenti, hanno per lo più carattere transnazionale: i fornitori, infatti, pur offrendo i propri servizi ad utenti di tutto il mondo, sono spesso localizzati in un determinato Paese, in particolare Stati Uniti, ponendo così il problema della sussistenza di importanti divergenze normative tra i diversi ordinamenti, tra le quali si annovera la disciplina in materia di protezione dei dati personali²⁹. A tal proposito, le limitazioni apprestate dalle *policy* degli SNS appaiono, sulla carta, in linea con i dettami degli ordinamenti e con le fonti autoregolamentative. Sotto quest'ultimo aspetto, si rileva, a proposito, che nell'ambito del COPPA (*Child Online Protection Act*), gli Stati Uniti hanno tentato di ricercare un accordo globale per la protezione della *privacy* sul *web*, in grado di bilanciare le diverse legislazioni nazionali. Stati Uniti ed Unione Europea hanno dunque concordato i «Principi di Approdo Sicuro» (*US-EU Safe Harbour*, Decisione 520/2000/CE)³⁰ che, insieme alle linee guida di applicazione statunitense *Safe Harbour FAQ*, tentano di garantire l'adesione delle aziende americane di *social network* alla già illustrata Direttiva 95/46/CE e alla successiva Dir. 2002/58/CE. Altresì, proprio in relazione al *Safe Harbor* che determinava i parametri in base ai quali avrebbe potuto avvenire il trasferimento di dati verso un Paese terzo da parte dell'Unione Europea, si è opposto il ricorso del ventottenne austriaco Schrems contro *Facebook*³¹. Il caso si è inserito all'interno del dibattito che ha portato nel 2014 all'emanazione della sentenza c.d. *Data Retention*³² da parte della Corte di Giustizia europea, con la quale si è dichiarata l'illegittimità della direttiva 2006/24/CE³³, per violazione del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali ed esigenze di pubblica sicurezza. In attesa di un nuovo accordo sul punto, si auspicano soluzioni il più possibile adeguate, in

²⁹ Cfr. Mantelero, *Data Protection ed attività di impresa. Verso dove guardano gli USA?*, in *Dir. Inf.*, 2011, p. 457.

³⁰ Con la Decisione della Commissione Europea 2000/520/CE, si attiva il progetto *Safe Harbour* tra Comunità Europea e USA, ai fini dell'applicazione dell'articolo 25, paragrafo 2, della direttiva 95/46/CE, per tutte le attività che rientrano nel campo di applicazione di detta direttiva.

³¹ Sent. Schrems v. *Data Protection Commissioner*, 18 giugno 2014, n. 765JR, dove il giovane austriaco Max Schrems a seguito di uno *stage*, tenutosi all'interno delle sedi californiane di *Facebook*, ha denunciato il trattamento indiscriminato di enormi quantità di dati appartenenti agli utenti di tutto il mondo da parte della compagnia, che non venivano cancellate nemmeno dopo che l'utente si fosse disiscritto dalla piattaforma. Detto trattamento appariva quindi contrario all'assunto riportato dall'art. 25 della Direttiva 95/46.

³² Con la sentenza in oggetto dell'8 aprile 2014 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato l'inefficacia della direttiva europea n. 2006/24/CE fin dalla sua entrata in vigore e quindi la sua invalidità, chiarendo che la direttiva in sé non è idonea ad arrecare pregiudizio al contenuto essenziale dei diritti citati (artt. 7 e 8 Carta Dir. Fond. Uomo), poiché non permette di conservare il contenuto delle comunicazioni; tuttavia essa risulta comunque sproporzionata rispetto all'obiettivo, che è quello della lotta alla criminalità.

³³ La Direttiva n. 2006/24/CE, relativa alla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, si occupava di armonizzare le disposizioni degli Stati membri sulla conservazione dei dati delle conversazioni telefoniche e del traffico telematico, trattati dai fornitori di comunicazione elettronica.

virtù della consapevolezza che il fenomeno della profilazione coinvolge soprattutto i minorenni del Web 2.0 e 3.0³⁴.

La vita dei nativi digitali appare infatti potenzialmente riprodotta per intero all'interno della rete grazie ai frammenti di immagini e contenuti che li riguardano personalmente fin dalla più tenera età. A tal proposito, lo *sharenting* o *over-sharenting*³⁵ è un termine usato per descrivere l'uso eccessivo *dei social media* da parte di genitori che condividono i più svariati contenuti riguardanti la vita dei propri figli. Secondo una ricerca condotta dall'università del Michigan³⁶, in America più del 56% delle madri e il 34% dei padri fa uso dei *social media* come *Facebook*, *Blog* e *forum on line* per discutere di temi relativi alla genitorialità, quali la salute e l'educazione dei figli o più semplicemente per condividere facilmente con amici e parenti contenuti e ricordi relativi ai propri bambini. In Australia, in base ad un *report* elaborato da *Fisher-price*, risulta che più del 90% dei genitori ammettono di essere potenziali *over-sharer*³⁷. Un *report* inglese ha rilevato³⁸, invece, che su un campione di 2000 genitori, vengono pubblicate una media di circa 195 immagini *on line* all'anno relative ai propri figli per un totale di circa 1000 foto per ciascun bambino prima del compimento dei 5 anni, senza considerare le problematiche connesse al tema della *privacy* o al *copyright* nella loro interezza (il 46% dei genitori ha controllato una o due volte le impostazioni sulla *privacy* all'interno delle proprie pagine *social* mentre il 17% non l'ha mai fatto). Non ci sono ancora dati simili riguardanti l'Italia, tuttavia, questa tendenza già oggi sembra destare preoccupazione.

Molti genitori dunque tendono a sfruttare le nuove tecnologie e le reti sociali che esse offrono per affrontare con altre persone le problematiche relative alla genito-

³⁴ Al termine *web 3.0* corrispondono significati diversi volti a descrivere l'evoluzione dell'utilizzo del *Web* e l'interazione fra gli innumerevoli percorsi evolutivi possibili che comprendono la trasformazione di *database*, il *web* semantico, contenente informazioni comprensibili non solo agli operatori ma anche allo stesso calcolatore, permettendo così di facilitare l'accesso all'informazione desiderata, che si adatterà alle singole esigenze di richiesta e l'effettuazione di determinate attività di cui si occuperà la macchina automaticamente; cfr. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Giappichelli, 2012, pp. 233-234.

³⁵ Il neologismo è stato coniato dal giornalista Leckart per il *Wall Street Journal* unendo le parole: «*over-share*», ossia eccessiva condivisione e «*parenting*», genitoriale; Leckart, *The Facebook-Free Baby*, 12 maggio 2012, in *The Wall Street Journal*, in <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304451104577392041180138910>.

³⁶ Cfr. *Parents on social media: Likes and dislikes of sharenting*, C.S. Mott Children's Hospital National Poll on Children's Health. March 16, 2015. Nel *report* si rileva inoltre che fra le informazioni maggiormente condivise prima dei 4 anni di vita dei bambini sono incluse quelle riguardanti i problemi relativi al sonno (28%), l'alimentazione (26%), l'educazione (19%), la gestione delle giornate in età prescolare (17%) e i problemi comportamentali (13%). Lo scopo dei genitori sembra nobile: nel 70% dei casi la condivisione di informazioni ha infatti come obiettivo trovare consigli utili da parte di genitori più esperti. Il 62% dei genitori trova invece nello *sharenting* un mezzo per ridurre le proprie preoccupazioni; in circa 3 casi su 4 utilizzare i *social network* fa sentire anche meno soli.

³⁷ Cfr. Baker, *Could you be over sharenting?*, 15 giugno 2013, in <http://www.news.com.au/lifestyle/parenting/could-you-be-over-sharenting/story-fner08ui-226664884805>.

³⁸ La ricerca è stata condotta da *Parent Zone*, per conto di *Nominet* al sito *knowthenet.org.uk* nel maggio 2015.



rialità, tuttavia l'impulso a condividere informazioni sui propri figli può diventare anche eccessivo, come dimostrano gli esempi raccolti dal *blog* anti-*sharenting* creato dalla scrittrice Newyorkese Blair Koenig, *STFU Parents*³⁹. Il fenomeno pare connesso a quella categoria di nuovi utilizzatori di *social media* che si sentono a proprio agio nel condividere la propria vita *on line*⁴⁰ e, nel momento in cui questi divengono genitori, tendono a pubblicare una grande quantità di immagini e dati di natura estremamente personale, se non intima, altresì sulla vita dei loro figli. L'eccessiva o inopportuna condivisione di contenuti relativi ai più piccoli potrebbe implicare conseguenze giuridiche non di poco conto, che possono altresì ricadere contro gli stessi genitori, come nel caso di una coppia originaria dello Utah, Usa, la quale, dopo aver pubblicato su *Facebook* la foto del padre che baciava il sedere del figlio appena nato dopo il bagnetto, è stata arrestata per abuso sessuale e pedopornografia⁴¹. In considerazione del fatto che il rapporto tra sfera pubblica e privata e anche tra le varie sfere private, ha subito una forte trasformazione che necessita sopra ogni cosa di un maggiore grado di consapevolezza relativamente alle informazioni proprie e altrui che si vanno a cedere, conoscere le regole e i meccanismi che governano questo «essere digitali», si configura ormai come un dovere⁴². Non a caso, il *Memorandum* di Roma⁴³ contenente il «Rapporto e le linee guida in materia di *privacy* nei servizi di *social network*», già nel 2008 individuava le conseguenze connesse ad un incauta disposizione dei propri dati personali e affidava agli obblighi informativi cui è tenuto il fornitore del servizio e alla maggior consapevolezza degli utenti il ruolo di tutela degli interessi coinvolti, rilevando che: «se non si informano gli utenti in modo trasparente sulle modalità di condivisione delle informazioni contenute nei

³⁹ La scrittrice, creatrice del *blog* Blair Koenig, afferma che: «Stanca delle chiacchiere senza fine e delle immagini postate sui *social media* di ecografie e vasini, ha pensato di creare un *blog* in cui le persone potessero sfogare la propria frustrazione e condividere alcuni casi di «*too-much-informations*» postati dai genitori su *Facebook*, *Twitter*, ecc. estremamente fuori luogo, circa le feci del proprio bambino, gli aggiornamenti dalla sala parto e tutte quelle immagini che potrebbero sembrare carine ma che in realtà non sarebbe il caso il mondo vedesse».

⁴⁰ Tale categoria è stata definita nel *report*, *Incite's US Digital Consumer* condotto dall'istituto Nielsen, anche «*Generation-C*», dove «C» sta per *connected*, in cui rientra quella fascia di adulti americani dai 18 ai 34 anni che si sono mantenuti via via al passo con i *trend* relativi ai vari SNS e che investono molto del proprio tempo *on line* a creare la propria vita digitale; in <http://www.nielsen.com/us/en/insights/news/2012/introducing-generation-c.html>.

⁴¹ Cfr. Roth, *Naked Baby Photos Lead to Parents' Arrest*, in *Law and Daily life*, 9 novembre 2010. Si rileva un caso analogo accaduto in Arizona, dove una coppia di genitori ha pubblicato una foto ritraente le tre figlie di 1, 4 e 5 anni dopo il bagnetto e che, in conseguenza al fatto, sono stati chiamati a rispondere per pornografia minorile poichè l'immagine ritraeva un «comportamento sessualmente esplicito», definito dalla legge federale dello Stato come «*lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person*». I due genitori sono in seguito stati sospesi dal lavoro e registrati tra i *sex offenders*; cfr. Groos, *Bath Photos & Wal-Mart: What is Child Pornography?*, in *FindLaw*, 22 settembre 2009.

⁴² Cfr. Brugi, *Dall'identità personale all'identità digitale. Una necessità per il cittadino del terzo millennio*, in *Inf. Dir.*, vol. xvii, 2008, p. 172.

⁴³ Cit. *Memorandum* di Roma, Rapporto e Linee-Guida in materia di *privacy* nei servizi di *social network*, adottato in occasione del 43mo incontro, 3-4 marzo 2008, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1567124>.

loro profili e sugli strumenti con i quali essi possono decidere tali modalità, può avvenire che l'idea di «comunità» finisca per indurli a rivelare in modo sconsiderato informazioni personali che altrimenti non si lascerebbero sfuggire».

All'interno della piattaforma *Facebook*, ad oggi considerata la più diffusa e popolare, gli utenti possono infatti non solo creare profili personalizzabili con i propri contenuti ma anche fruire di alcuni servizi, tra cui la condivisione di immagini corredata da *hashtag*, «parole chiave» precedute da un cancelletto che permettono di aumentare la potenzialità di diffusione del contenuto, permettendo così agli utenti di trovare facilmente un messaggio collegato a un certo tema, di partecipare alla discussione e di favorire il monitoraggio delle informazioni, e la c.d. attività di *tagging*, ossia di pubblicazione nel proprio profilo o di quello di un altro «amico», di messaggi, foto, *e-mail*, copie di conversazioni in *chat*, associandovi il nome di uno o più utenti attraverso il *tag*, una sorta di «didascalia interattiva» con la quale si evidenzia l'identità di un soggetto non appena ci si avvicina con il puntatore del mouse al contenuto oggetto di tale operazione⁴⁴. Tali informazioni diverranno quindi visualizzabili da una platea ancora più ampia che potrà disporre dei materiali con cui è venuta in contatto anche qualora uno dei soggetti protagonisti del contenuto pubblicato dovesse cancellare il proprio *account* dalla piattaforma⁴⁵.

In base all'art. 96 legge 633/1941 e al più recente art. 5 comma 3 Codice *Privacy*, appare sempre necessario richiedere il consenso dell'interessato oggetto del contenuto che si vuole diffondere. Tuttavia alla luce del provvedimento dell'Autorità Garante espresso nel 2010, esiste una deroga all'obbligatorietà della richiesta di consenso di cui all'art. 5 co 3 del Codice, qualora un contenuto venga trattato per fini personali e condiviso all'interno di una platea che può considerarsi limitata e potenzialmente circoscritta sulla base della scelta degli strumenti di *privacy* operata dal singolo utente per limitarne i collegamenti e la diffusione⁴⁶. In dottrina si è rilevato come, nonostante l'osservanza di tale criterio di «diligenza» da parte dell'utente, la reale diffusione dei contenuti sia in realtà estremamente difficile da controllare e misurare⁴⁷. Occorre in ogni caso ottenere l'autorizzazione, esplicita o tacita, purché inequivocabilmente interpretabile in tal senso, del soggetto protagonista del contenuto condiviso e dare comunicazione al Garante se la pubblicazione può risultare lesiva (art. 10 c.c. coordinato all'art. 96 e art. 97 co. 2 l. 633/41)⁴⁸, oppure se fornisce indicazioni sullo stato di salute, sull'orientamento politico, sul

⁴⁴ cfr. D. Bianchi, *Diritto all'immagine nell'Internet e danno alla persona*, in Cendon, *Trattato breve dei nuovi danni*, vol. III, Cedam, 2014, p. 426-428.

⁴⁵ Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità di *Facebook.Ink*, ultimo periodo, punto 2.1.

⁴⁶ Autorità Garante per il Trattamento dei dati personali, Prov. n. 1712776, 18 febbraio 2010.

⁴⁷ cfr. Cendon, *op.cit.*, 2014, p. 272.

⁴⁸ Anche qualora l'immagine dovesse avere carattere di «interesse pubblico», sarà necessario il consenso quando la pubblicazione dell'immagine in questione possa danneggiare la reputazione, l'onore e il decoro della persona ritratta; Cass. 29 settembre 2006, n. 21172, in *Giust. Civ.* 1/2007, p. 2785.



credo religioso o sulla vita sessuale del soggetto (art. 22, comma 1, della l. 675/1996 e art. 26 D.Lgs. 196/2003). Non devono infine essere pubblicate immagini di minori in modo che questi siano riconoscibili e che l'immagine sia visibile da un pubblico indistinto e non controllabile, anche nel caso in cui detti minori d'età siano coinvolti in fatti di rilevanza pubblica, a meno che non vi sia esplicita autorizzazione concessa dai genitori⁴⁹.

4. LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELLO *SHARENTING* E IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA DEL MINORE: QUALI RESPONSABILITÀ?

Molte delle immagini pubblicate sulle piattaforme sociali possono inoltre essere corredate da ulteriori «meta-dati», quali dettagli relativi alla geolocalizzazione e altre informazioni identificative, problematica che, nel suo complesso, può trasformarsi anche in una questione di sicurezza facilitando i c.d. *on line-predators*. Fra gli esempi più estremi ci sono quelli del rapimento digitale o *kidnapping*, situazione, attualmente non ancora dichiarata illegale, in cui alcuni soggetti scaricano foto di bambini trovati *on line* e le manipolano in modo da far credere che siano figli propri; il *child-grooming*, particolare fenomeno di adescamento (e per questo rientrante nel raggio di applicazione dell'art. 609-*undicies* c.p.) in cui il *cyber predator* raccoglie informazioni su un minore d'età o la sua famiglia, instaura con la vittima una connessione emotiva virtuale, che tuttavia cela scopi illeciti, quali pedopornografia, prostituzione minorile, abuso sessuale e traffico di bambini⁵⁰. Si sottolinea inoltre come i bambini potrebbero subire conseguenze negative anche da un punto di vista psicologico e sociale, soffrendo particolari difficoltà nella creazione della propria identità personale rispetto a quella già creata *on line* dalla nascita da parte dei genitori, ovvero, divenire future vittime di *cyber bullismo* a causa di foto e informazioni imbarazzanti o intime che li riguardano. A tal proposito ha destato particolare preoccupazione la scoperta nel 2013, dell'esistenza di un gruppo *Facebook* chiamato «*Toddler Bashing*», in cui i partecipanti caricavano immagini di bambini ritenuti «brutti» prese da altri *account facebook*, per commentarle e ridicolizzarle, andando così certamente a ledere la dignità delle piccole vittime⁵¹.

⁴⁹ La tutela della *privacy* del minore deve essere effettiva sia sotto il profilo formale (omissione dei dati personali) che sostanziale (divieto di identificazione in maniera diretta) nel rispetto del principio dell'essenzialità dell'informazione dell'attività giornalistica (art. 136 Cod. *Privacy* e art. 6 Codice di deontologia giornalistica). Tuttavia anche l'art. 13 della *Convenzione di New York*, sancisce un generale diritto del fanciullo ad essere protetto rispetto ad interferenze arbitrarie o illegali nella propria vita; cfr. Ruscica, Serafino, *I diritti della personalità*, Cedam, 2013, p. 1097.

⁵⁰ Cfr. Picotti, *I diritti fondamentali nell'uso e abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur.Mer.*, 12/2012, p. 2538.

⁵¹ Notizia emersa grazie alla scoperta di una madre, Ellen Veach che, casualmente, navigando su *facebook*, ha scoperto la foto della propria figlia di 2 anni in detto gruppo, ridicolizzata da parte di totali sconosciuti, che per lo più erano altre madri, *Angry Mom Uncovers 'Toddler Bashing'*

Ci si chiede, di conseguenza, quali implicazioni avrà per i nativi digitali crescere senza alcun anonimato e vantando già un «*online reputation*» creata da altri⁵² e quindi dove il diritto genitoriale a controllare l'educazione del figlio termini e cominci, piuttosto, il diritto del bambino ad una sorta di vita privata⁵³. Come ha efficacemente rilevato il Garante per la protezione dei dati personali: «non esiste più una separazione fra la vita *online* e quella *offline*. Quello che scrivi e le immagini che pubblichi sui *social network* hanno quasi sempre un riflesso diretto sulla vita di tutti i giorni e nei rapporti con amici, familiari, compagni di classe, colleghi di lavoro. E' bene ricordare che l'effetto non può essere necessariamente immediato, ma anche ritardato nel tempo. [...] I dati personali immessi nel *social* possono essere registrati da tutti i contatti e dai componenti dei gruppi a cui si è aderito, rielaborati e diffusi, anche a distanza di anni»⁵⁴.

Sotto quest'ultimo aspetto, rilevano pertanto le problematiche relative al diritto di ciascuno all'oblio e alle non poche difficoltà relative all'eliminazione di contenuti digitali lesivi della propria reputazione, alla luce del fatto che, mentre per gli adulti l'interesse alla propria *privacy* si presenta come strumentale al mantenimento della propria serenità, per i minorenni l'interesse alla sottrazione della curiosità del pubblico è senz'altro condizione per un equilibrato sviluppo psichico e per un'armoniosa formazione della personalità. Non a caso, la *Convenzione di New York*, all'art. 16 fa specifico riferimento alla salvaguardia del minore da interferenze arbitrarie e illecite nella propria vita privata e da lesioni al proprio onore e reputazione. Tuttavia, nonostante in America il *COPPA* protegga i minori di 13 anni da coloro che trattano le informazioni digitali ad essi relative, Denise Lisi DeRosa, *manager*

Facebook Group That Makes Fun Of 'Ugly' Babies, pubblicata da *Huffington Post Miami*, 11 agosto 2013. Il caso apre certamente il dibattito relativo alla responsabilità dell'utente per lesioni all'immagine e alla dignità di terzi con l'aggravante dell'ingiuria o diffamazione a mezzo stampa (art. 595 co 3 c.p.), a causa dell'altissima potenzialità di diffusione del contenuto che avviene attraverso l'uso di strumenti come i *social network*.

⁵² Cfr. Dockterman, *Should Parents Post Pictures of Their Kids on Facebook?*, in *Time*, 6 settembre 2013, in <http://healthland.time.com/2013/09/06/should-parents-post-pictures-of-their-kids-on-facebook>.

⁵³ Il problema, che costituisce uno degli argomenti chiave della materia, si pone da lungo tempo per quanto riguarda il rapporto dialettico tra la già potestà dei genitori e la libertà dei minori, ove l'obiettivo da perseguire dovrebbe essere quello del «libero sviluppo delle persone componenti l'unità familiare», pertanto la funzione della potestà, indispensabile per la corretta crescita del fanciullo, non dovrebbe poter mortificare l'esercizio dei diritti fondamentali di questi; cfr. Perlinger, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Ed. Scientifiche Italiane, 1991, p. 497 e ss. Nel corso del tempo il diritto ha man mano garantito una qualche sfera di riservatezza al minore, riconoscendo una compressione del contenuto della potestà genitoriale di fronte allo sviluppo della personalità del figlio. In questa prospettiva si è così giunti a sostenere che un comportamento che violi il diritto alla riservatezza del minore possa anche comportare un provvedimento di limitazione o decadenza dalla potestà genitoriale (*ex art. 330 e ss. c.c.*) nei casi più gravi, ma anche una tutela risarcitoria per i danni subiti dal figlio; cfr. Corriero, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2004, pp. 999-1000.

⁵⁴ Cit. Garante per la Protezione dei dati personali, *Social privacy. Come tutelarsi nell'era dei social network*, 23 maggio 2014, p. 9.



del *Family Online Safety Institute*⁵⁵, nel 2013 ha evidenziato per *Yahoo Parenting* come molte persone abbiano scarsa consapevolezza delle impostazioni *privacy* e, nel momento in cui condividono pubblicamente immagini e informazioni relative ai propri figli, la legge non li possa proteggere poiché è responsabilità dei genitori esibire e condividere detti contenuti nel modo più sicuro possibile⁵⁶. Assunto che, a ragione, si allinea con il concetto accolto anche nell'ordinamento europeo di «aspettativa di *privacy*»⁵⁷, per cui appare legittima la parziale relativizzazione del concetto di *privacy* e della tutela che la singola persona possa ragionevolmente attendersi a seconda del contesto in cui si immettono le informazioni. Per cui, nel momento in cui il soggetto pubblicherà contenuti privati riguardanti sé o i propri figli in Internet o all'interno delle piattaforme sociali, l'ordinamento percepirà detta condotta come una volontaria rinuncia alla tutela della propria vita privata. Va da sé che l'utilizzo degli SNS sarà condizionato da una presa d'atto, consapevole o meno, da parte dei fruitori di accollarsi, attraverso l'accettazione delle *policies* al momento dell'iscrizione, il rischio di essere eventualmente chiamati a rispondere per i propri comportamenti⁵⁸.

L'orientamento tendenzialmente unitario della giurisprudenza è infatti quello di riconoscere una generale esenzione della responsabilità dei fornitori dei servizi di *social network*, ovvero i soggetti che offrono un servizio di memorizzazione e trasmissione dei contenuti, inclusi i dati personali, forniti ed elaborati da altri operatori o utenti, quando sia ravvisabile la presenza di criteri di neutralità dell'attività svolta (art. 17 D.Lgs. 70/2003)⁵⁹, mentre dovrà farsi riferimento alle ordinarie regole di responsabilità previste dal Codice Civile o dalle normative speciali, in particolare il

⁵⁵ Il FOSI (*Family Online Safety Institute*), è la compagnia *leader* di comunicazione e Internet al mondo i cui membri vanno da *Amazon* a *Yahoo!*; in *fosi.org*.

⁵⁶ <https://www.yahoo.com/parenting/mom-my-son-was-digitally-kidnapped-what-112545291567.html>.

⁵⁷ Il Parlamento europeo, modificando il testo della proposta di Regolamento generale sulla protezione dei dati, ha incluso il requisito della ragionevole aspettativa di *privacy* all'art. 6 lett. f), quale condizione aggiuntiva per l'elaborazione giustificata da legittimi interessi del titolare. Per cui ogni prassi limitativa della *privacy* che sia socialmente diffusa tende ad esse legittima; Spangaro, *Minori e mass media. Vecchi e nuovi strumenti di tutela*, Ipsoa, 2011, p. 35.

⁵⁸ Come specificato nella Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità di *Facebook.Ink*, punto *Controversie 15.2*, nel caso in cui dovessero sorgere dei reclami relativi alle azioni o ai contenuti dell'utente su *Facebook*, l'utente dovrà tenere indenne *Facebook* da qualsiasi danno, perdita o spesa. L'azienda si dichiara infatti espressamente esente da ogni responsabilità o controllo preventivo dei contenuti immessi dagli utenti, dal momento in cui quest'ultimi accettano di utilizzare lo strumento offerto a loro «rischio e pericolo».

⁵⁹ È stato rilevato che se la responsabilità in capo ai *provider* fosse di tipo oggettivo e non di basasse invece su un modello più temperato fondato sulla colpa degli intermediari, la conseguente allocazione dei rischi e dei costi che graverebbe sugli esercenti l'attività, andrebbe ad escludere dalla concorrenza gli operatori economici più deboli provocando una possibile riduzione delle fonti informative e di comunicazione, se non addirittura forme di censura qualora i fornitori rimasti decidessero di veicolare solo informazioni potenzialmente inidonee a cagionare danni; cfr. Vigliar, *Consenso, consapevolezza e responsabilità nei social network sites*, Cedam, 2012, p. 49; Cendon, *op. cit.*, 2014, p. 265; Belli, *La responsabilità civile del provider*, in *Rass. Inf.*, ottobre 2011, p. 695.



Codice *Privacy*, in tutti gli altri casi⁶⁰. La scelta è stata perciò quella di garantire un risarcimento al danneggiato, ove sia possibile provare una condotta colposa o dolosa da parte dei prestatori intermediari, che si sostanzierebbe in uno scostamento dagli *standard* minimi di diligenza espressamente individuati. In particolare, i gestori di SNS, come qualsiasi altro soggetto titolare del trattamento di dati personali, saranno tenuti, oltre che ad informare gli utenti relativamente alle finalità perseguite dal trattamento dei dati, a garantire al singolo utente i diritti di accesso e di rettifica dei propri dati personali conformemente agli artt. 12 e 14 Dir. 95/46/Ce (specularmente, artt. 16 e 17 Reg. Ue 2012/011), nonché un trattamento ad essi conforme dei dati personali appartenenti ai non iscritti alle suddette piattaforme, ove ricorra una delle condizioni di legittimazione previste dall'art. 7 della direttiva sulla protezione dei dati, e ad adeguarsi *ex art.* 31 e 33 Cod. *Privacy* al rispetto di un livello minimo di sicurezza, rappresentato dalle misure minime descritte agli artt. 34 e 36, nonché dall'Allegato B, Disciplinare tecnico sul punto, del suddetto Codice.

Non incombe dunque in capo al *provider*, che in relazione ai *social network* può definirsi *host provider* (art. 16 D.Lgs. 70/2003), alcun generale obbligo di controllo e vigilanza del materiale immesso dagli utenti nelle piattaforme che gestisce, espediente questo, che indurrebbe il *provider* a collaborare mediante l'adozione di comportamenti e strumenti tecnici adeguati alla prevenzione di condotte illecite, poiché, qualora non si fosse adeguato alle norme imposte dall'ordinamento, sarà chiamato a rispondere solidalmente con l'autore dell'illecito *ex art.* 2055 c.c.⁶¹. Tuttavia va detto che in linea di massima, la normativa non estende gli obblighi propri del responsabile del trattamento alle persone fisiche che elaborano dati personali per l'esercizio di attività a carattere strettamente personale o domestico (art. 5 co 3 Cod. *Privacy*)⁶².

L'utente andrà perciò considerato responsabile del trattamento, e quindi non esente, qualora agisca per conto di una società o di un'associazione, quando utilizzi i *social network* come piattaforma a fini commerciali o politici, ovvero, allorché venga acquisito un numero ingente di contatti di soggetti terzi. Pertanto, se solo si considera che, nel momento in cui i dati dei figli vengono diffusi, viene meno la deroga di applicazione del Codice *privacy* per uso personale, i genitori, in qualità di titolari del trattamento, sarebbero tenuti a tutti gli adempimenti prescritti dalla normativa vigente, ivi compreso quello di adozione delle misure minime di cui all'art. 31 Cod. *Privacy* per non incorrere nelle sanzioni previste dall'art. 169 dello stesso Codice. Di fronte all'assunto per cui i genitori hanno la responsabilità

⁶⁰ Cfr. Cendon, *op. cit.*, 2014, p. 266.

⁶¹ Cit. Vigliar, *op. cit.* 2012, p. 52.

⁶² L'assunto è stato in seguito riaffermato all'interno dell'art. 2 lett. d) della proposta di Regolamento 2012/011, specificando tuttavia che detta esenzione sussisterebbe solo ogniqualvolta l'uso personale avvenga in forma «esclusiva» e senza finalità di lucro, ossia per l'esercizio di attività esclusivamente personali o domestiche (art. 2 lett. d, Reg. 11/2012/Com); Cfr. Pagallo, *Il diritto nell'età dell'informazione: il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Giappichelli, 2014, pp. 247-248.



di proteggere tutta la sfera inerente la personalità dei figli, dunque anche la *privacy* e l'immagine degli stessi, giuridicamente incapaci di occuparsene personalmente, essi dovrebbero tenere in conto il fatto che, una volta pubblicate immagini e contenuti relativi a neonati e minori d'età, sarà in seguito estremamente arduo controllare i soggetti che vi avranno accesso⁶³.

Esempio emblematico appare l'episodio svoltosi in Arizona, in cui un amico di famiglia ha «scaricato» sul proprio computer le immagini di una bambina di nove anni, postate su *Facebook* da parte della madre, per poi caricarle all'interno un sito *web* russo dedicato alla pedopornografia⁶⁴. Stando infatti all'ultimo periodo di cui all'art. 5 co 3 Cod. *Privacy*, si applicherebbero «in ogni caso le disposizioni in tema di responsabilità e di sicurezza dei dati» di cui agli articoli 15, relativo al risarcimento *ex art.* 2050 c.c. in capo a chiunque cagioni un danno per effetto del trattamento illecito dei dati, e 31, sugli obblighi di sicurezza che il responsabile del trattamento sarebbe tenuto ad adottare, per evitare possibili rischi ad esso connessi. Poiché dunque i soggetti, che a vario titolo, possono trattare i dati personali sono diversi, il delitto di illecito trattamento dei dati di cui all'art. 167 Cod. *Privacy*, stando al tenore letterale della norma, potrà essere posto in essere da «chiunque», anche dall'utente ove, per esempio la concessione del consenso allo sfruttamento dell'immagine del figlio sia tale da provocargli un pregiudizio. Una volta accertato se la condotta in questione integri gli estremi dell'illecito, tale consenso potrà così essere revocato e il minore potrà trovare protezione contro il genitore all'ombra degli articoli 333 c.c.⁶⁵ e 2050 c.c. La responsabilità dell'utente andrà invero commisurata sulla gravità del fatto e sulla diffusione che questo ha visto tra le diverse pagine personali e le diverse modalità e piattaforme di collegamento, comportando la rimozione dei contenuti (art. 163 l. 633/41) e l'eventuale obbligo risarcitorio, inteso come danno patrimoniale e non patrimoniale⁶⁶.

La Commissione europea nel 2012⁶⁷, al fine di garantire a ciascuno un controllo effettivo sulle proprie informazioni e di accrescere la fiducia dei cittadini

⁶³ Cfr. Meakin, *The pros and cons of 'sharenting'*, in *The Guardian*, 17 maggio 2013; in <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/may/18/pros-cons-of-sharenting>.

⁶⁴ V. La notizia *Man stole Facebook photos, posted to child porn website*, resa nota da *CNN wire*, 3 febbraio 2015, è stata citata da Le Trinh, *'Sharenting' Is Trending, Raising Legal Concerns*, in *Law and Daily life*, 18 marzo 2015, in http://blogs.findlaw.com/law_and_life/2015/03/sharenting-is-ternding-raising-legal-concerns.html.

⁶⁵ Cfr. Barba, Pagliantini, *Commentario del Codice civile*, vol. 1, Utet, 2012, p. 699-700.

⁶⁶ Qualora l'immagine dei minori venga pubblicata illegittimamente, il danneggiante sarà chiamato al risarcimento del danno anche non patrimoniale *ex art.* 10 c.c. e art. 15 co 2 D.Lgs 196/03.

⁶⁷ Il 25 gennaio 2012 la Commissione europea ha proposto il nuovo quadro giuridico europeo in materia di protezione dei dati: la proposta di Regolamento Com/2012/11, destinato a sostituire la Dir. 95/46/CE, introduce l'espressione *data protection by design and by default*, in linea con la 32ma Conferenza mondiale dei Garanti *privacy* del 2010 che aveva adottato la risoluzione sulla *Privacy by Design* rendendo in tal modo ufficiale questo nuovo concetto che era già in uso negli Stati Uniti e in Canada. Con la PbD si è inteso istituzionalizzare il cambiamento e l'evoluzione della *privacy* che, pertanto, richiede un nuovo approccio per garantire una migliore protezione dei dati personali. Va inoltre rilevato che il 18 dicembre 2015, è stato raggiunto un accordo sul testo del Regolamento

nell'economia digitale, ha avanzato un complessa proposta di revisione del quadro normativo europeo in materia di protezione dei dati personali che permetterebbe di ottenere una riduzione sensibile del volume dei dati degli utenti sottoposti a trattamento, in accordo con il su citato art. 3 Cod. *Privacy*, relativo al c.d. «principio di necessità». Tale operazione sarebbe possibile, in particolare, grazie all'offerta di particolari impostazioni sulla *privacy* che permetterebbero all'utente di ampliare o ridurre manualmente il modo in cui le informazioni verranno diffuse (*privacy by design*), ovvero di sottoporsi ad impostazioni predefinite a tutela della vita privata (*privacy by default*) (art. 23 Reg. Com/2012/11)⁶⁸, di modo che la decisione di estendere l'accesso ai propri dati da parte dell'utente sia chiaramente esplicitata. Tali principi, di evidente vocazione preventiva nell'ottica di riduzione dei rischi derivanti dal trattamento illecito da parte di terzi, impegnerebbero dunque i titolari del trattamento ad adottare misure tecniche che garantiscano già dalla progettazione del prodotto o dell'infrastruttura informatica un utilizzo di dati personali conforme alle disposizioni in materia⁶⁹.

Dal punto di vista della tutela della *privacy*, *Facebook* offre all'utente diverse opportunità tecniche di «auto-protezione». Per modificare il livello di visibilità dei dati immessi, ad esempio, sarà sufficiente aggiornare le informazioni individuando singolarmente le categorie di dati predisposte dalla piattaforma, «Lavoro e istruzione», «Su di te», «Informazioni di base», che si intendono rendere maggiormente riservate e scegliere, in base a degli appositi filtri predisposti dal sito, il tipo di pubblico, «solo amici», «amici degli amici» o «a tutti», che potrà liberamente visualizzare i contenuti immessi. Sarà inoltre possibile far fronte al rischio di furto *d'account*, impostando, tra le funzioni di «notifiche d'accesso», l'invio di apposite *e-mail* quando al sistema risulti la presenza di un accesso al proprio profilo da un computer o altro dispositivo sconosciuto. È data inoltre la possibilità agli utenti di disattivare la funzione di geolocalizzazione, attiva di *default* dei *post* pubblicati e di bloccare o segnalare al centro assistenza *Facebook* persone o contenuti che si ritengano lesivi, offensivi, pornografici o comunque inadatti; meccanismo quest'ultimo che permette al sistema di elimina-

Com/2012/11 e della Direttiva che sarà formalizzato nei primi mesi del 2016 dal Consiglio e dal Parlamento UE e culminerà con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale UE. Il pacchetto protezione dati sarà in vigore dalla primavera del 2018; in <http://garanteprivacy.it/>.

⁶⁸ Secondo il testo dell'art. 23 Reg. Com/2012/1 è chiaro che la Commissione europea esamini i termini «*by design*» e «*by default*» come concetti diversi, anche se utilizzati congiuntamente come unica espressione. Nel contesto internazionale, tuttavia, è presente solo la descrizione, strutturata sulla base di sette principi fondazionali, della *Privacy by Design*, frutto dell'elaborazione dei Ann Cavoukian, *Information and Privacy Commissioner of Ontario*. Detti principi, richiedono ai progettisti e agli operatori di considerare prioritari gli interessi degli individui, pensando dunque a impostazioni semplici; cfr. <https://www.privacybydesign.ca/content/uploads/2012/04/7foundationalprinciples-italian.pdf>.

⁶⁹ Cfr. Scalzini, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, in *Giur. Mer.* 12/2012, pp. 2576-2577; Germani, Ferola, *Il wearable computing*, in *Dir. Inf.* 1/2014, p. 101 e ss.



re, o per lo meno oscurare, immediatamente il contenuto in questione, evitandone l'ulteriore diffusione, a norma del Codice *privacy* (artt. 14 e 16 D.Lgs. 70/2003).

Pertanto, tirando le fila della riflessione a cui si è tentato fin qui di dare forma, l'utilizzo delle molteplici impostazioni tecniche offerte dai *social network*, tra cui si annovera anche il nuovo servizio pilota, lanciato da *Facebook*, *Scrapbook*⁷⁰, potrebbero rientrare nel novero delle necessarie misure minime di sicurezza che i genitori sarebbero tenuti ad adottare a protezione della *privacy* dei più piccoli.

CONCLUSIONI

Alla luce del nuovo significato di cui è portatore il concetto di responsabilità genitoriale, appare pertanto evidente come i genitori siano chiamati ad avere cura dei propri figli in modo che questi possano esprimere e sviluppare al meglio la propria personalità. Nella realtà odierna tuttavia, il successo dei *Social Network services*, ha determinato un innegabile mutamento dei rapporti fra gli utenti e la rete, tanto da generare spesso una certa confusione relativamente alla concezione di ciò che è pubblico e ciò che è privato. La valutazione del fenomeno del c.d. *sharenting* infatti, sta dimostrando come la scarsa attenzione alla tutela della vita privata dei propri figli, oltre a poter provocare effetti psicologici negativi, potrebbe anche condurre a conseguenze giuridiche rilevanti. La sfida per il diritto riguarderà così, il bilanciamento di interessi di primaria importanza, come la tutela della *privacy* e del benessere psico-fisico del minore con altri diritti altrettanto fondamentali, quali il diritto d'impresa e di libera circolazione delle idee e delle informazioni che, in Internet trovano piena espressione. Trovare soluzioni tecniche e normative in grado di mediare nello scontro tra esigenze di tutela opposte appare pertanto necessario, non dimenticando tuttavia che il primo responsabile di sé stesso sarà l'utente e, nel caso specifico, il genitore, il quale, ad oggi, non può prescindere dal confrontarsi con tecnologie capaci di condizionare in modo continuo e dinamico la realtà in cui i propri figli cresceranno.

RECIBIDO: abril 2016; ACEPTADO: mayo 2017

⁷⁰ *Facebook* ha lanciato negli Usa una nuova funzione pilota chiamata '*Scrapbook*', una sorta di album a sé dove raccogliere le foto dei propri bambini per condividerle con i propri amici o gruppi ristretti di contatti. Il servizio, spiega sul *blog* di *Facebook* il responsabile di prodotto Dan Barak, consente ai genitori iscritti alla piattaforma che scelgono di avvalersi di detto servizio, rinvenibile nella sezione «Famiglia e relazioni» del proprio profilo, di impostare un '*tag*' specifico per indicare i propri figli nelle foto pubblicate, che potrà anche essere rappresentato da un nome in codice o da una sigla; dopodiché tutte le foto in cui si inserirà detto '*tag*' andranno a finire in un unico contenitore, lo '*Scrapbook*' appunto, personalizzabile *ad hoc* soprattutto per quanto riguarda la scelta delle impostazioni a tutela della *privacy*. L'album potrà essere co-gestito da entrambi i genitori e solo questi, in quanto «amministratori», potranno *taggare* il proprio figlio e decidere con chi condividere ogni singolo scatto presente al suo interno; Comunicazione ufficiale in *Facebook official blog*, Barack, *A New Way to Organize Photos of Your Child on Facebook*, 31 marzo 2015.

LA TUTELA DELL'AMBIENTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA*

Paola Carpineto
Graduada en Derecho Medioambiental
Universidad de Termo

RESUMEN

Resulta difícil dar una definición de lo que es el medioambiente como objeto de tutela jurídica, y tanto más cuando asistimos a continuos cambios de tendencia en la materia por parte del legislador. El artículo pretende hacer un repaso de cuáles han sido las consideraciones en la literatura jurídica italiana sobre el concepto de medioambiente a la luz de los artículos 9 y 32 de la Constitución de 1942.

PALABRAS CLAVE: medioambiente, pluralidad de tutelas del medioambiente, medioambiente y territorio, medioambiente y salud.

ABSTRACT

«Protection of environment under the Italian constitution». It is not a simple task to give a definition of what the environment as an object of legal protection is, specially when we have witnessed continuous changes of trend in the legislation about the concept. The article aims to review what have been the considerations in the Italian legal literature on the concept of environment in the light of articles 9 and 32 of the Constitution of 1942.

KEYWORDS: environment, legal protection of environment, considerations about environment in the italian legal literature and jurisprudence.



1. LA DOTTRINA ITALIANA E IL CONCETTO DI AMBIENTE

Parlare di diritto ambientale ed avere una definizione semplice e chiarificatrice, non è cosa semplice. A maggior ragione quando, l'ambiente e la sua tutela, son stati presi in considerazione relativamente da poco tempo, non essendogli stata rivolta, da parte dei legislatori una particolare attenzione. Proprio per questo nel corso degli anni abbiamo assistito e continuiamo ad assistere ad un continuo cambio di tendenza da parte dello Stato.

Ma perché questo accade? Perché è così difficile darne una definizione chiarificatrice, e perché non si riesce a comprendere a prima vista la sua materia?

A Molte di queste di questa domande hanno cercato di dare una risposta, dottrina, costituenti e legislatori.

Non essendo facile trovare una soluzione rapida; una risposta potrebbe essere data dal fatto che l'ambiente, come concetto, riesce a comprendere al suo interno una sommità di altrettante submaterie e competenze: l'ambiente è il tutto ma è anche il particolare che più ci è vicino, proprio per questo, specialmente le Regioni, le Province e i Comuni spesso rivendicano l'appartenenza di questa materia.

D'altronde da parte dello Stato ci sarebbe una più difficile classificazione per esempio delle materie al suo interno, mentre per gli altri enti statali ciò sarebbe più vicino e di facile applicazione.

Ma vediamo come sono andate le cose in questi decenni, quali sono state le soluzioni adottate dal legislatore le sentenze chiarificanti della Corte Costituzionale.

Prima della riforma del Titolo v della Costituzione italiana, il concetto di ambiente non era menzionato all'interno del testo costituzionale, pur in mancanza di uno specifico riferimento costituzionale, la questione ha assunto un considerevole rilievo, divenendo oggetto di dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

La «trasversalità» dell'interesse all'ambiente, la sua caratteristica d'incidere su una pluralità di altri interessi ha posto un problema di carattere scientifico-dogmatico: esiste l'ambiente come oggetto definito, delimitato, individuabile separatamente dagli altri? L'ambiente è una materia? E' un quid suscettibile di formare oggetto di diritti? Oppure è una mera sintesi verbale con la quale si indica un complesso di cose tra loro differenti?¹

Si registrano, in proposito, opinioni diversificate, che spaziano dal ritenere possibile l'enucleazione di una definizione unitaria di «ambiente» nel diritto positivo, nell'evoluzione giurisprudenziale e nell'elaborazione dottrinale, cercando di fornire un quadro di sintesi, anche allo scopo di prefigurare i possibili sviluppi di quest'aspetto nodale dell'intera problematica dell'amministrazione dell'interesse ambientale².

* Articolo realizzato come attività nella stanza «Erasmus + traineeship» nella Cátedra Cultural «Francisco Tomás y Valiente» dalla Università di La Laguna.

¹ G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, p. 11.

² L. DE PAULI, *L'amministrazione dell'interesse ambientale*, Milano, 2002, p. 37.

La questione ambientale, nella letteratura giuridica italiana, viene per la prima volta trattata compiutamente ed autonomamente solo nel 1973, con la pubblicazione di un saggio di Massimo Severo Giannini. Fino a quel momento, infatti esso aveva avuto cenno di considerazione nelle trattazioni di settore (urbanistica, tutela del paesaggio e del patrimonio storico, sanità, turismo³), ma mai quale concetto giuridico — se non unitario o unificabile — perlomeno degno di puntuale considerazione.

Massimo Severo Giannini, ha sostenuto che quella di «ambiente» non è una nozione giuridica ma soltanto la somma di una pluralità di profili giuridicamente rilevanti. Giannini analizzando il diritto vigente e gli strumenti esistenti, soprattutto di carattere amministrativo, configura tre nozioni giuridicamente rilevanti di «ambiente»: «1) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa ed il movimento di idee relativi al paesaggio⁴; 2) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua⁵; 3) l'ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli studi dell'urbanistica⁶».

L'autore non ritiene riconducibili ad unità tali diversi aspetti, dando quindi risposta implicitamente negativa al quesito se vi sia possibilità di enucleare una nozione giuridica unitaria del concetto di «ambiente».

La prima delle tre concettualizzazioni da lui proposte muove in una prospettiva di «ambiente in quanto bene pubblico», il cui regime giuridico si caratterizza per l'adozione di vincoli alla conservazione della sostanza dei beni in esame; l'autorità amministrativa ha potestà di vigilanza, con diritto di accesso e di ispezione; il proprietario del bene ha l'obbligo di non porre in essere delle utilizzazioni che, possano alterarne l'aspetto fisico.

L'ambito più rilevante è quello dei beni ambientali culturali, chiamati correntemente «bellezze naturali»; la legge di riferimento è la n. 1497 del 29 giugno 1939, anche se l'autore si sofferma pure sulla disciplina relativa ai centri storici e su quella sui parchi⁷; in tale contesto, elemento problematico appare il profilo relativo alla appartenenza dei beni stessi, e quindi la disciplina del relativo regime proprietario,

³ S. NESPOR, *Ambiente 1973-1986*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, p. 1.

⁴ In particolare bellezze naturali, centri storici, parchi naturali, parchi florifaunistici, foreste.

⁵ Prevenzione repressione di «attività che portino a degradazione del suolo, ad inquinamento dell'aria e delle acque terrestri e marine; agli aspetti, insomma, che oggi si sogliono sintetizzare nella tutela ecologica».

⁶ «Tutta la problematica dell'assetto del territorio, come individuazione delle vocazioni, scelta delle località per le installazioni, individuazione dei bacini (di traffico, di lavoro, di servizi ecc.), precettistica degli insediamenti e così via».

⁷ Giannini scrive il saggio in epoca precedente alla legge «Galasso» ed al relativo vincolo dalla medesima imposto in via generale ad intere categorie di beni, piuttosto che a beni singolarmente presi in considerazione ad opera della autorità amministrativa.



anche in relazione ad eventuali indennità connesse all'imposizione di limitazione nei diritti dominicali⁸.

Il secondo ambito in cui emerge una nozione di «ambiente» muove dalla dinamica di reciproca aggressione tra l'uomo e la natura, con la conseguente necessità di adottare strumenti per regimentalizzare l'utilizzo di risorse, per definizione scarse, e che non sopportano —oltre certi limiti— il carico imposto da uno sfruttamento sempre più spinto ed altrimenti scriteriato.

Al proposito, l'autore nota come la disciplina dei diversi settori —protesa a porre dei limiti alle aggressioni dell'uomo ai diversi fattori ambientali— sia sempre più imponente, senza presentare però strumenti diversi da quelli della legislazione più remota: il diritto positivo in effetti non farebbe altro che riproporre moduli già presenti fin nelle più risalenti normative, concernenti l'igiene del suolo e dell'abitato.

Si tratta, in particolare, dei divieti e dei comandi posti da un atto normativo primario o secondario, dei procedimenti autorizzatori, dei procedimenti ablatori, del conferimento a pubblici poteri di attribuzioni relative alla gestione dei pubblici servizi, tutti moduli ai quali «la talora furibonda legislazione più recente non ha portato innovazioni, ma ha solo aggiunto più dettagliati e precise modulazioni»⁹.

Un terzo concetto di «ambiente», indipendente e distinto dai primi due, è infine l'ambiente urbanistico, «oggetto della potestà di pianificazione territoriale dei pubblici poteri in quanto volta ad assetti materiali del mondo fisico»¹⁰.

In tale ambito i pubblici poteri si confrontano con tutti gli interessi vicini, attraverso moduli volti alla eliminazione di carenze che inevitabilmente sorgono dall'applicazione di strumenti particolari e di settore; Giannini, al proposito, ben coglie il profilo nodale —e problematico— di tutta la pianificazione, insito nella pluralità e nella possibile assenza di coordinamento tra i piani generali e i piani territoriali settoriali.

1.2. LA «POLARIZZAZIONE» BIFOCALITÀ DELL'AMBIENTE TRA TERRITORIO E SALUTE

Una elaborazione in parte diversa è quella di Predieri¹¹, e muove dall'analisi di un concetto confinante, quale quello di «paesaggio».

Tale nozione, come noto, ha un suo riconoscimento costituzionale¹²; Predieri, tenendo conto del fatto che il termine «paesaggio» è citato anche in proposizioni normative contenute in statuti regionali speciali, si chiede se esso abbia il risalente

⁸ Escluse dalla Corte Costituzionale; Giannini al proposito ricorda la sentenza n. 56/1968.

⁹ M.S. GIANNINI, «Ambiente», saggio sui suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 39. Secondo l'autore, «la normativa sull'ambiente aggredito e aggressore è giuridicamente semplice ed è quella inventata nello scorso secolo».

¹⁰ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 48.

¹¹ A. PREDIERI, *Paesaggio (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, xxxi, Milano, 1981, p. 503 e ss.

¹² Art. 9, Cost.: «La Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio artistico della nazione».



significato di «bellezze naturali»¹³, oppure si riferisca, più latamente, alla «forma e aspetto del territorio». L'autore propende per questo secondo significato, ritenendo che esso consista nella forma del territorio, o dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi si è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo¹⁴.

La tutela del paesaggio appare in tal senso funzionalmente connessa a quella dell'ambiente, che però è nozione tipicamente non giuridica, anzi utilizzata in numerose accezioni diverse nella legislazione tanto statale che regionale.

Qualsiasi nozione di ambiente comporta, comunque, secondo Predieri, «*che vi siano rapporti con ciò che circonda, un determinato soggetto, o essere, o cosa, cioè sistemi di relazione o sottosistemi rispetto al sistema globale*». «E poiché l'uomo —prosegue l'autore— entra in relazioni diverse e molteplici, gli ambienti saranno aperti, chiusi, di vita, di lavoro, tecnici, economici, aziendale, sociali, morali, visivi e via dicendo. Data la necessità di scegliere nei vari subsistemi un segmento operativo e l'impossibilità di assumerli tutti, in uno studio giuridico l'approccio della visuale dei valori e delle situazioni canonizzate dalla Costituzione appare coerente alla finalità di interpretazione e attuazione giuridica che debbono proporsi»¹⁵.

Preso atto del fatto che, dal tempo in cui la Costituzione è stata scritta sono emerse istanze di tutela nuove, e differenti sensibilità, due sono comunque i cardini delle risposte alle esigenze attuali della società industriale complessa: l'azione sul paesaggio, forma dell'ambiente inteso come spazio visibile, e l'azione per l'ambiente salubre.

Esiste, in definitiva, una polarizzazione bifocale tra territorio e salute, che risponde ad una realtà organizzativa ed operativa faticosamente emergente, che ha avuto un suo significativo momento di sintesi nell'elaborazione del Titolo v del DPR 616 del 1977, che raggruppa, oltre all'urbanistica, i beni ambientali, gli interventi per la protezione della natura, riserve e parchi, le comunicazioni e le opere pubbliche,

¹³ Nel senso tradizionale in cui la nozione veniva impiegata dal legislatore italiano nella l. 29 giugno 1939, n. 1497, e già prima nella l. 11 giugno 1922, n. 788, che ha di mira «unicamente i valori paesistici sotto il profilo dei quadri naturali che essi realizzano».

¹⁴ In questo senso, «paesaggio, in un ambiente naturale modificato dall'uomo, è l'espressione di una dinamica di forze naturali ma soprattutto di forze dell'uomo e quindi di forze sociali condizionate dall'ambiente geografico e dal clima che non accettano supinamente le costrizioni e operano contro di esse, o sono addirittura particolarmente stimolate da esse. Il paesaggio è fatto fisico, oggettivo, ma, al tempo stesso, infatti, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile; è il modo di essere del territorio nella sua percezione visibile. Il paesaggio, insomma, viene a coincidere con la forma e l'immagine dell'ambiente, come ambiente visibile, ma inscindibile dal non visibile, come un conseguente riferimento di senso o di valori a quel complesso di cose»: A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 506.

¹⁵ «Alla diversità di configurazioni corrisponde spesso una pluralità di tutele, connesse ad interessi diversi e meritevoli, spesso, di strumentazioni organizzatorie e procedurali differenziate. Esse, tendenzialmente, dovrebbero essere poi collegate e integrate fra di loro in una visione e azione sistemica e interdisciplinare»: A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 509.



regionali, l'edilizia residenziale pubblica, la navigazione, la caccia, la pesca, la tutela dagli inquinamenti¹⁶.

Le interazioni esistenti tra i vari settori di intervento sono continue; ciò dovrebbe comportare «una riorganizzazione degli ordinamenti di convivenza, degli apparati istituzionali e del loro modo di agire. E, come minimo passo, dovrebbero attivare almeno strutture e procedimenti che consentano di comprendere le connessioni, di arrivare ad una valutazione delle interazioni e ad una ponderazione dei diversi interessi implicati: in parte privati, in parte pubblici, ma che sono comunque —e non solo i primi— conflittuali fra di loro e da prescegliere mediante quella complessa attività decisionale tra interessi contrapposti¹⁷ che è esigenza caratteristica degli apparati dei nostri tempi»¹⁸.

1.3. IL PRINCIPIO DI UNITARIETÀ DELL'AMBIENTE

Taluni autori, diversamente dalle impostazioni finora esaminate, hanno cercato di enucleare una nozione giuridica unitaria di ambiente, in uno sforzo che tende a superare le partizioni, o le prese d'atto dell'esistenza di intrinseci profili di irriducibilità, quali quelle di cui si è appena dato conto.

Postiglione¹⁹, al proposito, partendo proprio dalla riflessione di Giannini, ha ritenuto maturi i tempi per un ripensamento, capace di oltrepassare la triplice partizione sulla quale sopra ci si è già intrattenuti, anche alla luce dei nuovi spunti offerti dal diritto positivo, primo fra tutti l'emergere di una procedura nuova, quale la valutazione d'impatto ambientale. Essa infatti, pur non sconfessando il ruolo dell'urbanistica, sembra infatti di ridimensionarne il carattere di pretesa globalità, perlomeno in relazione all'ambiente²⁰, confermando l'autonoma emersione dell'interesse ambientale quale interesse pubblico fondamentale della comunità nazionale.

Accanto alla specificazione di tale profilo oggettivo, si assiste infatti al suo completamento attraverso l'individuazione della sua proiezione in senso soggettivo: il diritto all'ambiente, quale diritto fondamentale della persona e interesse generale della collettività, con il suo contenuto di informazione, partecipazione e azione.

Prendendo spunto dalla dichiarazione sul diritto all'ambiente sottoscritta all'Accademia dei Lincei in occasione della giornata mondiale dell'ambiente del

¹⁶ La tutela dagli inquinamenti costituirebbe, in quest'ottica, quasi momento unificante ed integrazione sistemica tra i due poli sopra delineati.

¹⁷ Interessi che, secondo l'autore, talvolta sono equidinati e talvolta sono invece collocati su gradini diversi dalle stesse norme costituzionali.

¹⁸ A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 511.

¹⁹ A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 32.

²⁰ A. POSTIGLIONE, *op. ult. cit.*, p. 37.



1983²¹, Postiglione ha così ritenuto di poter inquadrare il diritto all'ambiente tra i diritti della personalità²².

In questa prospettiva, l'autore ha valorizzato il concetto di ambiente quale «bene giuridico», per il quale è utile il collegamento con l'antica concezione romanistica dell'aria e dell'acqua quali *res communes omnium*, e non già *res nullius*.

Postiglione, scrivendo prima dell'introduzione del vincolo «Galasso» e dell'entrata in vigore della l. 349/86, fonda i propri ragionamenti su di una impostazione che in effetti non coincide del tutto con le successive opzioni del legislatore, quali ad esempio la scelta²³ di attribuire l'azione per il risarcimento del danno ambientale alla magistratura ordinaria.

L'autore, guardando alla giurisprudenza della Corte dei Conti, approva infatti la impostazione fatta propria da costoro, condividendone la ricostruzione unitaria del concetto di ambiente e traendone spunto per sostenere il «ruolo giuridico attivo del singolo cittadino e di gruppi a difesa dell'ambiente»²⁴; il concetto di *standards* e la stessa nozione di «danno ambientale»²⁵ vengono essi pure ritenuti validi elementi per una impostazione risolutiva del problema.

La preoccupazione maggiore che anima l'autore, comunque, sta nell'assunto secondo cui, in assenza di una definizione univoca ed unitaria di ambiente, la relativa disciplina giuridica finisca per non acquisire piena autonomia, non ottenendo così un riconoscimento di dignità scientifica.

Accanto a tale elaborazione, va considerato il pensiero di Caravita²⁶, secondo cui «l'obiettivo di una soddisfacente definizione d'ambiente può essere raggiunto solo se i giuristi accettano —come in realtà hanno sempre fatto almeno nei settori

²¹ In A. POSTIGLIONE, *Il manuale dell'ambiente*, in *Nuova Italia Scientifica*, Milano, 1984. Tale relazione era accompagnata dalla proposta di integrazione dell'art.9 della Costituzione, mediante l'aggiunta della seguente formula: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto all'ambiente e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto, sia in ordine alla informazione, via alla partecipazione, sia alla azione. Il diritto all'ambiente è esercitato individualmente o collettivamente, nell'ambito delle leggi che lo regolano. Ogni cittadino ha il dovere di rispettare e conservare le risorse culturali e naturali del paese, in adempimento del principio di solidarietà sociale, e anche in considerazione del diritto all'ambiente delle generazioni future».

²² In un contesto in cui l'ambiente «è un valore, un bene, un attributo fondamentale di ogni persona umana: uno spazio dell'anima, un mondo di essere tipico, fisico e morale insieme»: A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, cit., p. 45.

²³ Art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349.

²⁴ A. POSTIGLIONE, *op. ult. cit.*, p. 50.

²⁵ Secondo Postiglione, il «danno ambientale» consiste in quel «pregiudizio (reversibile o irreversibile) arrecato alle persone, agli animali, alle piante, e alle altre risorse naturali (acqua, aria, suolo) e dalle cose, causato direttamente o indirettamente da qualsiasi attività volontaria o colposa, consistente in un'offesa del diritto all'ambiente, che ciascun cittadino vanta, individualmente o collettivamente, sia che si trovi a risiedere nel territorio in cui si svolge l'evento pregiudizievole, sia che appartenga comunque alla comunità nazionale. Il danno ambientale —prosegue l'autore— costituisce violazione in concreto degli *standards* di accettabilità stabiliti dal legislatore nei singoli settori che può sussistere sia che vi sia una modifica della situazione geologica (cosiddetto danno ecologico) sia che questa modifica manchi» *op. ult. cit.*, p. 51.

²⁶ B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, p. 50.



dove più forti sono gli elementi tecnici— di far tesoro delle esperienze e delle nozioni delle altre scienze».

Utile, secondo quest' autore, è il riferimento alla ecologia²⁷, che permette di giungere ad una definizione di ambiente come «equilibrio ecologico, di volta in volta, della biosfera o dei singoli ecosistemi di riferimento»; «tutela dell'ambiente va parimenti intesa come tutela dell'equilibrio ecologico della biosfera, o degli ecosistemi considerati»²⁸.

Tale definizione consentirebbe di uscire *dall'impasse* per cui ragionare di ambiente significa, in ultima istanza, «ragionare di tutto»; una tale concezione «ecologica», però, conduce inevitabilmente —per ammissione dello stesso Caravita— ad una «rarefazione» della nozione, che ne rende difficoltoso l'utilizzo a fini giuridici²⁹.

Altre difficoltà sorgono poi dalla considerazione secondo cui la possibilità di forme diversificate, ma tutte parimenti possibili, di tutela dell'ecosistema finisce per implicare scelte che è in realtà «nemmeno la natura riesce a fare». Ciò comporta che «non è possibile apprestare una tutela di tipo soggettivo del diritto all'ambiente, inteso quale equilibrio ecologico»; le forme di tutela devono invece ricondursi a scelte di tipo collettivo, che peraltro devono tendere al superamento dell'ottica strettamente antropocentrica, con ripensamento della stessa concezione secondo cui le scelte di modifica migliorativa ambientale effettuate dall'uomo sono sempre quelle preferibili³⁰.

1.4. L'AMBIENTE COME DIRITTO SOGGETTIVO ASSOLUTO

Un filone della dottrina del tutto autonomo ha ritenuto di poter enucleare una nozione unitaria di ambiente, attribuendo al concetto valenza di diritto soggettivo e collocandolo nell'area dei diritti della personalità.

L'elaborazione (Patti, Giampietro F.) ha origine dalla presa d'atto dell'esistenza di un diritto dell'ambiente di vita salubre, che spetta ad ogni soggetto dell'ordinamento in forza dell'art. 32, comma 1, Cost.; in tal senso, il diritto ad un ambiente salubre non sarebbe altro che un particolare modo di atteggiarsi del diritto alla salute costituzionalmente garantito.

²⁷ Intesa quale «scienza che studia le condizioni di vita reali degli organismi sotto il profilo delle interrelazioni fra gli organismi e l'ambiente».

²⁸ B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, p. 53.

²⁹ B. CARAVITA, *op. ult. cit.*, p. 55.

³⁰ B. CARAVITA, *op. cit.*, p. 58. Più recentemente, lo stesso Caravita ha sottolineato la natura dell'ambiente come «valore costituzionale»; ciò starebbe significare che «esso non solo può formare oggetto di un diritto (come è previsto nella Dichiarazione di Stoccolma o in alcune recenti Costituzioni, ad esempio quelle dei paesi d' Europa centro-orientale) o principio per dirigere l'interpretazione delle leggi o dei trattati, ma che esso costituisce, proprio in quanto valore, uno degli elementi fondamentali che caratterizzano una società in un dato periodo della storia e sul quale la stessa fonda la sua legittimazione»: B. CARAVITA, *La razionalizzazione della normativa ambientale in Italia*, in S. NESPOR (a cura di), *Rapporto mondiale sul diritto ambientale*, Milano, 1996, p. 207.

Tale tesi ha avuto un riconoscimento giurisprudenziale in una serie di sentenze della Cassazione³¹ in forza delle quali la Suprema Corte ha riconosciuto la sussistenza, in capo ai privati, di una posizione di diritto soggettivo, avente ad oggetto «la conservazione congiunta (e inseparabile) dei loro beni e dell'ambiente in cui sono inseriti in relazione alla tutela apprestata dall'art. 2043 c.c.», aggiungendo altresì che «il danno all'ambiente determina l'immediata menomazione del patrimonio del singolo»³².

In una simile impostazione, «il collegamento dell'art. 32 Cost. con l'art. 2 Cost. attribuisce al diritto alla salute un contenuto di socialità e di sicurezza, tale che esso si presenta non solo come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, ma come vero e proprio diritto all'ambiente salubre che neppure la pubblica amministrazione può sacrificare o comprimere, anche se agisca a tutela specifica della salute pubblica»; tale diritto, appartenente alla categoria dei diritti fondamentali, o inviolabili, della persona umana, trova tutela da parte dell'ordinamento con «la strumentazione di diritto soggettivo, anzi del diritto assoluto»³³.

Tale filone giurisprudenziale, accanto ad alcuni consensi, ha però ricevuto molteplici autorevoli critiche, in modo particolare incentrate sul fatto che una tale impostazione, riconoscendo la sussistenza di una situazione soggettiva «giustificabile» avente per oggetto la conservazione del bene ambiente in capo ai soggetti dell'ordinamento legati a quel bene ambientale da una relazione di natura reale, e affermando, in pari tempo, che simili situazioni sono incomprimibili anche da parte dell'amministrazione che agisca per la miglior cura di interessi pubblici, avrebbe attratto nell'area di competenza del potere giudiziario un complesso di rapporti sinora affidati alla cura esclusiva dell'amministrazione, in quanto ritenuti di rilievo generale e pubblico e non, invece, riferibili ai singoli individui³⁴.

Secondo questa ricostruzione, l'esistenza di una situazione soggettiva sostanziale di diritto collocata all'interno della relazione uomo-ambiente finirebbe in sostanza per escludere che tale situazione sia posta nella disponibilità dell'amministrazione-autorità.

Autorevole dottrina³⁵ ha ravvisato così, proprio partendo dall'analisi di tale indirizzo della giurisprudenza, «la contraddittorietà del tentativo di ricostruire una nozione d'ambiente unitaria e giuridicamente rilevante e, così, d'identificare un «bene-ambiente» oggetto di tutela diretta da parte dell'ordinamento».

In modo particolare, tale contraddittorietà sarebbe frutto del tentativo di sovrapporre l'identità in senso naturalistico della cosa-elemento componente dell'ambiente con la pretesa di un'identità anche di tutela giuridica, che trasformi la

³¹ Cass., SSUU, 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro It.*, 1979, I, 2302. altresì Cass., SSUU, 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro It.*, 1979, I, 939.

³² Cass., SSUU, n. 1463/1979, *cit.*

³³ Cass., SSUU, n. 5172 /1979, *cit.*

³⁴ D'AMELIO, *Ambiente (tutela dell')*, *diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani, ad vocem*, p. 3.

³⁵ D'AMELIO, *op. ult. cit.*, p. 5.



«cosa» in un «bene», trascurando di considerare come in effetti una medesima cosa può costituire il sostrato naturalistico di più beni di rilievo ambientale e ragione delle tutele che l'ordinamento offre ai diversi interessi coinvolti³⁶.

1.5. LA PLURALITÀ DI TUTELE DELL'AMBIENTE

Altri autori, in una prospettiva ancora diversa rispetto a quelle sopra esaminate sono giunti alla conclusione che —non esistendo un «bene-ambiente» tutelabile nella sua globalità, esista invece una pluralità di tutele, che sono più numerose ancora rispetto ai tre filoni individuati da Giannini, venendo in proposito in luce anche le norme che disciplinano l'agricoltura, la forestazione, le bonifiche, ricerca mineraria, la caccia, la pesca, l'uso dell'energia nucleare ed altre ancora.

Momenti unificanti si rinverrebbero, ma sotto il profilo organizzativo, intorno alle aree delineate dagli artt. 9 e 32 Cost., in relazione alla protezione degli insediamenti umani e della qualità della vita, che formano due aree di funzioni omogenee, quali quelle della gestione sanitaria e della gestione territoriale urbanistica.

Ancora, un ulteriore tentativo di composizione, che questa volta si snoda intorno alla rifondazione della disciplina legislativa dell'ambiente, è stato compiuto da chi si fa propugnatore dell'introduzione di una vera e propria legge-quadro (legge di principi) in materia di ambiente³⁷, la quale prefiguri l'adozione di regole stabili ed omogenee, coerenti con i principi fondamentali di protezione dell'ambiente, in contrapposizione al fenomeno dell'«inquinamento legislativo».

In questa direzione, la riorganizzazione dei pubblici poteri per la tutela dell'ambiente dovrebbe permettere il raggiungimento dell'obiettivo di integrazione dell'interesse ambientale con tutti gli altri interessi pubblici, bilanciandolo con quello dello sviluppo economico ed ottenendo così quella razionalizzazione che assicuri la composizione in unità dei diversi interessi esistenti, tanto territoriali, che paesistici che ambientali³⁸.

La stessa legge di principi dovrebbe poi prevedere l'unificazione di tutti i procedimenti attinenti alla realizzazione di un'opera o impianto in un solo procedimento autorizzatorio, nel quale confluiscono e vengono considerati sincronicamente tutti gli interessi pubblici —territoriali, ambientali, sanitari, di sicurezza— che attengono all'opera o impianto in progetto, con conseguente rilascio di un'unica autorizzazione, espressa e preventiva, con prescrizioni soggette a revisione periodica³⁹.

³⁶ L. DE PAULI, *op. cit.*, p. 52.

³⁷ S. AMOROSINO, *Beni ambientali culturali e territoriali*, Padova, 1995, p. 101.

³⁸ Strumento di composizione dovrebbe essere, in quest'ottica, un unico piano elaborato a livello regionale e provinciale, a valenza insieme territoriale, paesistica ed ambientale, costituente strumento di integrazione della tutela dei tre tipi di interessi pubblici complementari, sopra ordinato a tutti piani e programmi settoriali, con l'obbligo di immediato adeguamento ad essi. Così S. AMOROSINO, *op. ult. cit.*, p. 109 e ss.

³⁹ S. AMOROSINO, *op. cit.*, p. 109 e ss.

1.6. PROSPETTIVE ATTUALI

Recenti contributi dottrinali⁴⁰ hanno ribadito la sostanziale irriducibilità della nozione di ambiente ad un concetto giuridico dotato di una qualche utile valenza, che muova al di là di concettualizzazioni ampiamente generiche, oppure di (semplici) elencazioni di oggetti di tutela.

«L'unica cosa che si può rilevare — è stato osservato⁴¹ — è che, nel campionario delle definizioni, ricorre talvolta una nozione naturalistica dell'ambiente, che viene così ad identificarsi con le risorse naturali, nelle sue componenti biotiche (flora e fauna), abiotiche (aria, acqua, suolo) e nella sua espressione paesaggistica (parchi, riserve, bellezze naturali), talaltra una visione antropocentrica, nel senso che l'ambiente viene inteso come quell'insieme di elementi che nella complessità dei loro rapporti costituiscono la cornice delle condizioni di vita dell'uomo e ne determinano così i dati qualificanti».

La conclusione parrebbe piuttosto nel senso che nel linguaggio normativo l'ambiente, per quanto di continuo evocato, non sia definito né definibile, né ne siano precisate le condizioni d'uso, né sia riconducibile in enunciati prescrittivi, in quanto, allorché la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza parlano di ambiente, usano un *medium* linguistico attraverso il quale viene fatto un rinvio allusivo ai singoli beni che a tale nozione si riconducono, e che godono di una specifica tutela contro ogni sorta di attuale o potenziale elemento di alterazioni di tali beni o del loro equilibrio.

Sarebbe, in altre parole, sempre valida l'impostazione secondo cui l'ambiente⁴² non consiste in una materia a se stante, e neppure in un concetto giuridico o economico o sociologico, ma solo in una sintesi verbale, da collegarsi di volta in volta con altre materie, con la differenza che, rispetto al passato, tali gruppi di istituti sarebbero più numerosi, anche ad esito delle scoperte scientifiche e della evoluzione tecnologica in atto.

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Predieri*, cit., II, p. 1121 e ss. L'autore ritiene vani i richiami alle dichiarazioni di organismi internazionali, quali la «Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente», proclamata a Stoccolma il 16 giugno 1972 (c.d. «Dichiarazione di Stoccolma»), o la «Carta mondiale della natura» adottata dall'assemblea Generale dell'Onu il 28 ottobre 1982, e parimenti inutili i rinvii alle definizioni elaborate dalle scienze ecologiche, oppure contenute in atti comunitari. Destinati ad esiti incerti sarebbero inoltre gli stessi riferimenti alle leggi di carattere generale, o i tentativi di sintesi che in qualche modo prendessero le mosse dalla «variegata e stratificata normativa in materia ambientale».

⁴¹ G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, p. 1122.

⁴² Altri ha recentemente parlato di una «formula sintetica per indicare un fascio di situazioni soggettive diversamente tutelate e diversamente tutelabili»: CHITI, *Ambiente e Costituzione europea: alcuni nodi problematici*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI e ANDROINO (a cura di), *Ambiente e Diritto*, 1999, p. 346.



2. LA NOZIONE DI AMBIENTE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE PRECEDENTE LA RIFORMA DEL TITOLO V

Per parte sua, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ben spesso si è soffermata sui concetti di «ambiente» e di «paesaggio», specie nei giudizi per conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni, in un percorso che si è snodato in particolare tanto nell'analisi del rapporto intercorrente tra l'urbanistica e la tutela del paesaggio che nell'approfondimento delle tematiche relative alla protezione della natura e dei parchi, giungendo all'individuazione di una nozione di ambiente quale bene giuridico unitario, protetto in quanto elemento determinato dalla qualità della vita⁴³.

Il problema di fondo era rappresentato dalla assenza di espliciti e precisi riferimenti all'ambiente nella Costituzione⁴⁴; la Corte ha dovuto pertanto operare in via di interpretazione, partendo dai riferimenti forniti dagli artt. 9, 32, 41 e 44 della Costituzione, la ricerca della nozione di ambiente⁴⁵.

2.1. LA CONCEZIONE ESTETICA DI AMBIENTE

La sentenza 19 dicembre 1959, n. 65⁴⁶, è in proposito, emblematica; la Corte ritiene che la tutela del paesaggio debba «comprendersi nella più ampia protezione delle bellezze naturali», mostrando così di aderire a quella concezione meramente estetica del paesaggio che ancora a lungo dominerà la materia⁴⁷.

L'ambiente comincia a ricorrere nelle argomentazioni della Corte Costituzionale soltanto a partire dagli anni Settanta, in perfetta sintonia con quanto andava emergendo in quel periodo nell'ambito dell'ordinamento internazionale e dell'ordinamento comunitario.

⁴³ D. BORGONOVO RE, *Corte Costituzionale e ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, p. 462.

⁴⁴ B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI e ANDROINO (a cura di), *Ambiente e Diritto*, cit., I, p. 175.

⁴⁵ L. DE PAULI, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁶ Corte cost., sent. 19 dicembre 1959, n. 65, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁷ La prima legge che inizia a parlare di «bellezza naturali» (con espressione più moderna «paesaggio» o anche «beni ambientali») è la legge n.1497/1939. Il tipo di tutela offerto da questa legge era limitato a considerare il *paesaggio naturale*, e il *paesaggio opera dell'uomo* secondo una visione puramente estetizzante del «paesaggio» e del «bene culturale». Per quanto riguarda il «paesaggio», va detto che la relativa tutela si è andata via via arricchendo negli anni, con i temi dell'equilibrio ecologico e della conservazione della natura indipendentemente dal valore estetico culturale del medesimo. Questa nuova visione della tutela paesaggistica ha trovato dapprima un significativo riconoscimento nella legge n. 431/1985 (c.d. legge Galasso) che ha sottoposto alla tutela paesistica-ambientale intere categorie di beni (fiumi, laghi, vulcani, ecc.), indipendentemente dalla loro bellezza. Recentemente tutta la normativa (legislativa e regolamentare) sui beni culturali e ambientali è stata opportunamente concentrata: dapprima nel Testo unico sui beni culturali e ambientali (d.lgs. n. 490/1999), successivamente nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). In F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, p. 231 e ss.



Fino agli inizi degli anni Settanta non si riscontra nella giurisprudenza costituzionale alcun riferimento che lasci trasparire l'emersione dell'interesse alla tutela dell'ambiente in quanto tale⁴⁸.

Per trovare il primo riferimento esplicito della Corte al termine «ambiente» occorre attendere la sentenza 29 aprile 1971, n.79⁴⁹, dove si afferma che la legge istitutiva del Parco nazionale dello Stelvio (legge 24 aprile 1935, n.740) «vuole conservare alla collettività l'ambiente naturale che si è costituito spontaneamente o mediante l'opera dell'uomo in una determinata porzione del territorio statale; vuole proteggere le formazioni geologiche che vi esistono e impedire che abbiano e turbarsi le loro spontanee manifestazioni; vuole dare tutela agli adunamenti di fauna e di flora di particolare rilevanza, alla peculiare bellezza che caratterizza il paesaggio. Questo ambiente —prosegue la Corte— racchiude beni che assumono un valore scientifico ed un interesse storico od etnografico, oltre che turistico; ed è chiaro che la conservazione dei medesimi è di interesse fondamentale per il complesso sociale al quale appartengono»⁵⁰.

Il termine «ambiente» viene espressamente utilizzato, ma il significato e la portata di tale espressione risultano ancora molto incerti e approssimativi. Con «ambiente» la Corte sembra voler intendere lo spazio che circonda qualcosa e comunque una porzione determinata di territorio; la protezione delle formazioni geologiche, degli adunamenti di fauna e di flora e del paesaggio si pongono come fini concorrenti, ma distinti rispetto alla protezione dell'ambiente naturale; l'interesse fondamentale alla conservazione di simili beni viene riconosciuto, ma soltanto per il loro valore scientifico ed il loro interesse storico, etnografico e turistico.

Già nelle sentenze n. 141 e 142 del 1972⁵¹, la Corte aveva parlato di «funzioni di tutela generica dell'ambiente», a proposito della conservazione e valorizzazione delle bellezze naturali previste dalla legge n. 1497 del 1939 (sentenza n. 141) e di «interventi di difesa dell'ambiente» e della sua integrità finalizzati alla sistemazione idrogeologica, alla conservazione del suolo, alla protezione della natura, nonché di una «politica nazionale ecologica» da garantire (sentenza n. 142). Ma questi riferimenti (ribaditi anche dalla successiva sentenza n. 257/74) risultano troppo generici e privi di qualità definitoria degli interessi coinvolti o, comunque, riferiti ad esigenze di natura settoriale (come ad esempio le bellezze naturali).

⁴⁸ Dai riferimenti rinvenibili dagli Atti dell'Assemblea costituente emerge con chiarezza la circostanza in base alla quale non vi era all'epoca un'esatta percezione di una dimensione unitaria dell'ambiente e della sua tutela giuridica. Piuttosto i riferimenti ripetuti nel corso dei lavori preparatori insistono sui concetti di «bellezza naturale» e «paesaggio». La preoccupazione dei costituenti sembrava per lo più dirigersi verso una tutela dei singoli beni ambientali, dotati di particolare valore estetico, e come tali elevati al rango ed alla categoria delle «bellezze naturali».

⁴⁹ Corte cost., sent. 29 aprile 1971, n. 79, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁰ M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 11.

⁵¹ Corte cost. sentt. nn. 141 e 142 del 1972, in www.cortecostituzionale.it.



I riferimenti alla tutela ambientale, sia pure ancora individuata secondo una visione distinta per settori e senza un particolare approfondimento, sono più frequenti e più articolati a partire dalle pronunce della prima metà degli anni Ottanta.

Ciò che si può notare, comunque, è un progressivo ampliamento dei richiami alla tutela dell'ambiente, quasi si trattasse della manifestazione embrionale e graduale di una prima «coscienza ambientale» della Corte. In quest'ottica, ripresa in successive decisioni⁵², vengono tenute ben distinte le discipline relative all'assetto ed all'incremento dei centri abitati da quelle afferenti la tutela del paesaggio e la protezione ambientale⁵³. La dottrina individua proprio nella sentenza n. 239/1982 una prima definizione di «protezione dell'ambiente» in senso ampio che sia stata fornita dalla Corte Costituzionale: «per protezione ambientale» è da intendere per la Corte non solo l'attività legata all'assetto urbanistico del territorio, ma anche «la tutela del paesaggio, la tutela della salute nonché la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento».

Da notare che la Corte, in un passo successivo della motivazione, chiarisce che la nozione di tutela del paesaggio accolta nella Costituzione concerne «la protezione di un valore estetico-culturale relativo alle bellezze paesistiche». Da queste affermazioni risulta evidente come il giudice costituzionale, malgrado il tentativo di specificare per la prima volta i contenuti della tutela dell'ambiente, resti sostanzialmente lontano da una concezione unitaria di tale tutela, tanto in ordine ai settori di intervento, quanto in ordine alle finalità. La tutela dell'ambiente viene concepita ancora come un contenitore puramente nominalistico di interessi diversi, ciascuno

⁵² Corte cost., 29 dicembre 1982, n. 239, la quale rileva che «secondo qualche opinione dottrinale, la tutela del paesaggio apparterebbe alla competenza statale e regionale secondo la consueta ripartizione: allo Stato i principi e l'indirizzo, alla Regione la legislazione di dettaglio e l'attività amministrativa. Ma tale tesi — in base alla quale nella presente causa diverrebbe intuitivamente irrilevante la suindicata distinzione perché la normativa *de qua*, avendo i caratteri di una legislazione di dettaglio, rientrerebbe pur sempre nella potestà regionale — non può essere condivisa. Vi si oppone la disposizione del comma 2 dell'art. 9 Cost., secondo cui la tutela del paesaggio è compito della Repubblica e quindi in prima linea dello Stato, disposizione correttamente intesa ed applicata dal ricordato DPR n. 616 del 1977, il quale all'art. 82 ha *delegato* (in base all'art. 118, comma 2, Cost.) e non *trasferito* alle Regioni (come, invece, ha fatto per le materie previste dall'art. 117 Cost. stessa) le funzioni amministrative in materia. Né in senso contrario potrebbe invocarsi il disposto del ricordato art. 80, DPR n. 616/1977, il quale completa la definizione dell'urbanistica, aggiungendo la previsione della «protezione dell'ambiente». La Corte cost., nella sentenza 21 dicembre 1985, n. 359 ripropone l'assunto, sia pur da un punto di vista in parte diverso: «si vuol dire che il territorio può ben essere da un lato punto di riferimento della pianificazione territoriale intesa come ordine complessivo, ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti: visuale, questa, che viene in considerazione nell'art. 82 dello stesso decreto, che dispone la sola delega alla Regione delle relative attribuzioni. E dall'altro lato essere punto di riferimento di una regolazione degli interventi orientata all'attuazione del valore estetico-culturale secondo scansioni diverse, perché legate a scelte di civiltà di più ampio respiro: visuale, questa, che viene in considerazione nell'art. 82 dello stesso decreto, che dispone la sola delega alle Regioni delle relative attribuzioni».

⁵³ N. GRECO, *La Costituzione dell'ambiente*, Bologna, 1996, I, p. 393.

con una propria autonoma configurazione e del tutto privi di un denominatore comune⁵⁴.

2.2. IL CONCETTO DI AMBIENTE VERSO UNA RICOSTRUZIONE UNITARIA

Nella sentenza n. 210/1987⁵⁵ il giudice delle leggi riconosce «lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione». Si individua così «una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse ambientali e culturali» e si sottolinea come, conformandosi alle prescrizioni dell'ordinamento comunitario, «le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione». La Corte ribadisce in questo caso che l'ambiente è un valore previsto e garantito dalla Carta Costituzionale⁵⁶.

Si rileva infatti come la «natura degli interessi da curare e salvaguardare, il loro livello, afferente all'ambito nazionale, le sostanziali finalità che sono quelle della protezione di valori costituzionalmente primari (artt. 9 e 32 Cost.) giustificano ampiamente lo spessore dei poteri attribuiti allo Stato», facendo esplicito riferimento a «valori costituzionali quali l'ambiente e la salute che rientrano nella competenza dello Stato».

Tuttavia a questa enunciazione non segue una soddisfacente spiegazione del concetto, che vada al di là di una mera elencazione delle componenti del «bene ambientale», che «comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale e in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni»⁵⁷.

L'indirizzo giurisprudenziale prosegue in sentenze successive⁵⁸, ove si ribadisce la enunciazione dell'ambiente come «bene primario e valore assoluto costituzionalmente garantito alla collettività», rilevando che esso «è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o esteticizzanti, ma esprime l'esigenza di un *habitat* naturale nel quale l'uomo vive e agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo

⁵⁴ In M. CECCHETTI, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 210/1987, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁶ A. CROSSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA e N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2002, p. 57.

⁵⁷ «Trattasi di valori —prosegue la Corte nella stessa sentenza— che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.) Alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione».

⁵⁸ In modo particolare, Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641; 28 luglio 1988, n. 921; 6 febbraio 1991, n. 53; 9 dicembre 1991, n. 437, in www.cortecostituzionale.it.



valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario e assoluto»⁵⁹.

Questa pronuncia evidenzia che la qualificazione dell'ambiente come «valore» risulta ancora, per la verità, alquanto ambigua ed indefinita nelle sue più importanti implicazioni. Non sembra del tutto chiaro, infatti, se la Corte utilizzi il termine «valore» nel senso tecnico di «valore costituzionale», con le conseguenze giuridiche che da tale concetto dovrebbero discendere; in questo senso può essere significativo un passo successivo della motivazione in cui viene utilizzata l'espressione «bene di valore assoluto primario», che farebbe pensare ancora all'ambiente non come ad un «valore» in sé, bensì come ad un bene giuridico cui viene riconosciuto un certo valore.

La giurisprudenza successiva, con l'eccezione del carattere dell'assolutezza, conferma sostanzialmente l'orientamento fin qui delineato e ne precisa i contorni chiarendo, in numerose occasioni ed in modo esplicito, le matrici dell'autonoma rilevanza costituzionale dell'ambiente⁶⁰.

Tale enunciazione trova comunque un qualche temperamento, laddove la Corte rileva la necessità di un «bilanciamento dei numerosi e contrastanti interessi in gioco»⁶¹, come conseguente ridimensionamento di un'affermazione (l'ambiente come «valore primario») tanto forte, quanto però inconferabile.

⁵⁹ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641 cit. Nella medesima sentenza, la Corte rileva come «si è creato un Ministero per l'ambiente che, per le funzioni attribuite, assurge a centro di riferimento dell'interesse pubblico ambientale e di fatto realizza il coordinamento e la riconduzione ad unità delle azioni politico-amministrative finalizzate alla sua tutela. L'ambiente è stato considerato come un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità». Ponendosi nel solco tracciato da queste disposizioni, tra le molte decisioni della Corte costituzionale che hanno individuato i termini del riconoscimento costituzionale dell'ambiente può segnalarsi la sentenza n. 641 del 1987, la quale, nell'enunciare i parametri costituzionali di riferimento, ha delineato anche la concezione dell'ambiente —che sarà poi costantemente confermata— come «bene unitario» e come «valore primario assoluto»: il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione; l'ambiente protetto come elemento determinativo della qualità della vita; la sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce è che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti. La sua protezione è imposta anzitutto da precetti costituzionali (articoli 9 e 32 Cost.), per cui l'ambiente assurge a valore primario d'assoluto: si tende cioè —per riprendere le affermazioni della quasi coeva sentenza n. 210 del 1987— ad «una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali», alla luce della quale l'ambiente «comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo il territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni».

⁶⁰ M. CECCHETTI, *op. cit.*, p. 19.

⁶¹ Corte cost., 6 febbraio 1991, n. 53, cit. La Corte in tale pronuncia sembra riallacciarsi alla sentenza 3 marzo 1986, n. 39 in ordine alla natura della «tutela dell'integrità del paesaggio-ambiente»: tale tutela era stata già allora ritenuta «susceptibile di estimazione comparativa nell'ordinamento giuridico» in considerazione dell'esistenza di «altri valori costituzionali che ben possono legittimare il bilanciamento delle tutele (rimesso ovviamente alla discrezionalità del legislatore ordinario)».

In dottrina si è rilevato come la sentenza n. 53/1991 abbia sviluppato un approccio complesso, in precedenza solo accennato, alle tematiche correlate all'interesse ambientale, con conseguente mutamento di valutazione circa la valenza da assegnarsi all'ambiente, dapprima ritenuto «valore primario» addirittura «insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro» ed in un secondo momento, viceversa, «suscettibile di estimazione comparative nell'ordinamento giuridico» in considerazione dell'esistenza di «altri valori costituzionali che ben possono legittimare il bilanciamento delle tutele (rimesso ovviamente alla discrezionalità del legislatore ordinario)».

Va peraltro segnalato come la stessa Corte⁶² ha rilevato che «la protezione dell'ambiente, che pure attraversa una molteplicità di settori in ordine ai quali si mantengono competenze diverse, statali e regionali, ha assunto una propria autonomia consistenza, che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esaurisce né rimane assorbita nelle competenze di settore».

La stessa Corte costituzionale⁶³ —questa volta pronunciandosi in sede di impugnativa da parte dello Stato di una legge regionale contenente disposizioni più restrittive di quelle operanti a livello nazionale— si è poi espressa nel senso di ritenere non invasiva di competenza statale una disciplina che collochi la considerazione di profili attinenti alla tutela della salute umana all'interno della pianificazione urbanistica, in relazione alle complessive competenze regionali.

Preme mettere in evidenza, come sia individuabile una linea direttrice tendenzialmente costante che attraversa trasversalmente le decisioni giurisprudenziali sopra richiamate, linea che sembra orientarsi inequivocabilmente verso una nozione di ambiente come complesso sistema di vita e sede relazionale fra gli esseri viventi (compreso l'uomo) e gli altri fattori naturali.

E' d'altronde significativo che tale linea interpretativa trovi puntuale e ripetuta conferma nelle sentenze della Corte costituzionale che più di recente si sono occupate della tematica ambientale, anche se con riferimento a fattispecie diverse, facendo emergere con chiarezza ulteriore «una concezione unitaria» del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali⁶⁴. Esso comprende la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti), la esistenza e preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. La protezione dell'ambiente «come elemento determinativo della qualità della vita» non è pertanto finalizzata al perseguimento di «astratte finalità naturalistiche o esteticizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti, per cui esso assume a valore primario ed assoluto».

⁶² Corte cost., sentenza 19 luglio 1994, n. 356, in *Riv. giur. amb.*, 1994, p. 874.

⁶³ Corte cost., sentenza 7 ottobre 1999, n. 382, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁴ L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, p. 99.



Come è evidente dalla rassegna sin qui svolta, la nozione di «ambiente» si è prestata ad interpretazioni giuridiche e ad elaborazioni di diversa portata e profondità.

Diverse sono state, in particolare, le categorie giuridiche che sono state prese in considerazione da dottrina e giurisprudenza in quel processo di approfondimento che ancora continua, a diversi livelli.

La giurisprudenza, come già rilevato, ha via via proposto le categorie del *diritto, del valore, e del bene pubblico*, sia pure pervenendo a soluzioni mai univoche e definitivamente appaganti.

La nozione di ambiente quale «diritto» si è così prestata a critiche provenienti da varie direzioni e diversamente argomentate. Né miglior sorte sembrerebbero avere quelle ricostruzioni che privilegiano la nozione di «bene ambientale», in quanto tale concetto implica —e presuppone— pur sempre una appartenenza, che assai spesso, in relazione a singoli beni che volta per volta vengono ricondotti all'ambiente, nemmeno è a tutti gli effetti pubblica: anche in questo caso, quindi, si tratterebbe di terminologia avente valenza meramente descrittiva, piuttosto che realmente unificante.

Altrove, soprattutto da parte della Corte costituzionale, ci si è voluti riferire alla nozione di «valore», che di per sé non identificherebbe però un istituto giuridico in senso proprio, riguardando piuttosto la sfera morale o politica; la Corte costituzionale in realtà neppure è riuscita a fornire una configurazione veramente unitaria del concetto, dando conto viceversa di una pluralità di valori che di volta in volta si sono fatti confluire nell'ambiente, ognuno dei quali è stato ritenuto meritevole di una protezione da parte dell'ordinamento, in qualche modo commisurata alla situazione regolare.

Il concetto di «valore» è stato ripreso da parte della dottrina rilevando come la primarietà che gli si vuol attribuire significhi, in estrema sintesi, strutturale non secondarietà, e quindi concretezza di quel valore nei procedimenti che lo coinvolgono.

La tutela dell'ambiente, quale obiettivo primario dello Stato, finisce allora per trovare la propria sede naturale proprio nel procedimento⁶⁵, assumendo connotati tipici e continuandosi ad evidenziare manifestazioni peculiari di particolare soggezione al pubblico potere, in (giustificata) controtendenza rispetto alla sempre più ampia partecipazione di singoli nella formazione degli atti della amministrazione.

⁶⁵ «Modello compositivo e primarietà del valore, in definitiva, divengono aspetti di una stessa realtà, che sul piano più specificamente procedimentale consentono di qualificare l'ambiente come *interesse ad acquisizione obbligata*. In questo senso la stessa Corte costituzionale, nelle sue decisioni in materia, sembra «muoversi nel senso di accogliere» una concezione dell'ambiente in senso «forte», come *minimum etichum* che costituisce il limite esterno dell'azione dei pubblici poteri, attributari della cura di altri interessi situati in una situazione di potenziale interferenza con quel valore».

2.3. GLI ARTICOLI 9 E 32 DELLA COSTITUZIONE

Come già affermato, fino alla riforma costituzionale approvata con la legge cost. n. 3 del 2001, la Costituzione italiana non conteneva, a differenza di altri testi costituzionali più recenti, alcuna formulazione relativa all'ambiente. La riforma appena ricordata ha inserito, tra le materie di competenza legislativa esclusiva statale, la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali». Precedentemente un riconoscimento del «valore ambiente» veniva ricavato essenzialmente dall'art. 9, secondo comma, ai sensi del quale la Repubblica «tutela il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della nazione», nonché in via implicita, dalla portata generale della protezione dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 e da quella del diritto alla salute e anche all'ambiente salubre di cui all'art. 32⁶⁶. Quest'ultimo tutela la salute come diritto soggettivo e interesse della collettività; il secondo prevede che la Repubblica tutela il paesaggio; il primo riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità.

Per quanto riguarda l'art. 32 Cost., la giurisprudenza costituzionale ed ordinaria ha riconosciuto l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva, azionabile direttamente di fronte a comportamenti lesivi, il cui contenuto è dato dalla (tutela della) salute individuale: «il bene (afferente alla salute) è tutelato dall'art. 32 Cost. Non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso è certamente da ricomprendere tra le situazioni soggettive direttamente tutelate dalla costituzione».

Importanti precisazioni sulla natura e sul significato del diritto alla salute sono giunte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Secondo la Corte, pur se il diritto alla salute è riconosciuto e garantito dall'articolo 32 della Costituzione come diritto primario fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela, la tutela si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce. In ragione di ciò, considerato sotto il profilo della difesa dell'integrità fisiopsichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi, il diritto alla salute è un diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti leciti.

Dall'altro lato, facendo leva sul combinato degli artt. 2 e 9 Cost., si è ricostruita, non una situazione soggettivamente tutelata, ma una tutela di tipo oggettivo relativa al paesaggio. Per paesaggio si è inteso —secondo la tesi più restrittiva— espressione di valori estetico-culturali relativi alle bellezze naturali e paesistiche; secondo una concezione più ampia, la tutela della «forma del paese», dell'ambiente inteso in senso urbanistico e territoriale.

⁶⁶ M. CECCHETTI, *op. cit.*, p. 6.



In verità, l'art. 9 Cost., nella parte in cui recita: «La Repubblica tutela il paesaggio», offre copertura costituzionale a tutto ciò che, appunto, attiene alla «forma del paese». All'interno di questa tutela si incontrano, definendo e ridefinendo di volta in volta i reciproci confini, le diverse discipline che all'assetto della «forma del paese» fanno riferimento: la disciplina ambientale, la disciplina paesistica, la disciplina dei beni culturali, la disciplina urbanistica.

Va rilevato che l'art. 9 è stato preso in considerazione anche con riferimento all'art. 32 Cost., nel quale viene indicata la tutela della salute come diritto dell'individuo e interesse della collettività. Ciò in quanto l'ambito della tutela garantita da tale ultima disposizione è stato progressivamente esteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza fino a comprendere anche il diritto alla salubrità ambientale⁶⁷.

La ragione del collegamento delle disposizioni è facilmente comprensibile, tenendo conto dello stretto legame intercorrente tra la persona e l'ambiente in cui l'uomo vive, con la conseguenza che ogni attentato all'integrità e alla salubrità dell'ambiente, incide inevitabilmente anche sugli aspetti relativi alla salute umana.

3. LA REVISIONE DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE E LA SUCCESSIVA GIURISPRUDENZA

A seguito della riforma del Titolo v della Parte seconda della Costituzione, le tematiche connesse alla tutela dell'ambiente hanno trovato ampio spazio nell'articolato costituzionale, con ciò superando le ellissi che caratterizzavano il testo della carta fondamentale nella relazione precedente. Con la legge costituzionale n. 3 del 2001 sono stati inseriti tre richiami espliciti, ovviamente sempre in correlazione al riparto competenza tra lo Stato e le Regioni, oggetto precipuo dell'intervento riformatore⁶⁸.

Fulcro del nuovo assetto sono due previsioni contenute nell'art. 117. Con la prima, quella del secondo comma, lettera s), si stabilisce che lo Stato ha legislazione esclusiva in materia di «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»; con la seconda, invece, al terzo comma si colloca tra gli ambiti di competenza concorrente tra Stato e Regioni la «valorizzazione dei beni ambientali».

La ripartizione delle competenze così delineata può essere diversamente calibrata, ai termini dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, in relazione alla possibilità per le Regioni di ottenere, con legge dello Stato (approvata, «su iniziativa della Regione interessata», «dalle camere a maggioranza assoluta dei componenti,

⁶⁷ L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2009, p. 13.

⁶⁸ A. FERRARA, *La «materia ambiente» nel testo di riforma del Titolo v*, in www.federalismi.it, 30/05/2001; M. CECCHETTI, *Riforma del Titolo della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettiva nella materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»*, in www.federalismi.it, 30/05/2001; F. DE LEONARDIS, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 3, anno 2004; L. CARBONE, *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali*, in www.federalismi.it, n. 10, anno 2004.

sulla base di intesa fra lo Stato e la regione interessata»), «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» concernenti tanto (tutte) le materie di competenza concorrente quanto (tra le altre) le materie di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s).

La configurazione che la «materia ambiente» ha assunto alla luce della giurisprudenza costituzionale anteriore alla Riforma del Titolo v della Parte seconda della Costituzione ha avuto un chiaro riflesso sul processo ermeneutico dell'art. 117, secondo comma, lettera s), che è stato svolto dopo il 2001.

Se ne ha una dimostrazione già nella prima decisione nella quale la «tutela dell'ambiente» è stata evocata come materia di competenza esclusiva statale. Nella sentenza n. 407 del 2002, si è sottolineato, in via preliminare, che «non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come “materie” in senso stretto, poiché, in alcuni casi si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie». Sulla scorta di ciò, «l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi “una materia” in senso tecnico, qualificabile come “tutela dell'ambiente” dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze»⁶⁹.

3.1. L'AMBIENTE COME «VALORE TRASVERSALE»

Rifacendosi esplicitamente alla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo v della Parte seconda della Costituzione, la Corte ha dedotto «una configurazione dell'ambiente come «valore» costituzionalmente protetto»⁷⁰, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia «trasversale»⁷¹, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale». Del resto, «i lavori preparatori relativi alla lettera s) nel nuovo art. 117 della Costituzione inducono a considerare che l'intento del legislatore sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali».

⁶⁹ B. CARAVITA, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁰ Corte cost., sent. 407/2002, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

⁷¹ Configurare l'ambiente solo come materia significa negare l'intrinseco carattere «trasversale» e multidisciplinare della tutela ecologica; configurare l'ambiente come «valore», ossia come obiettivo, significa legittimare ogni intervento dello Stato nella disciplina di singole materie, anche affidate formalmente alle competenze regionali. Così M. CECCHETTI, *L'ambiente tra fonti statali e fonti regionali alla luce della riforma costituzionale del Titolo v*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2001.



L'esito ultimo dell'argomentazione è stato nel senso che, con l'inserimento della materia «tutela dell'ambiente» nel novero di quelle di competenza esclusiva dello Stato, «non si sia sostanzialmente intesa la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definito dallo Stato».

Questo primo intervento definitorio è stato ripreso e, per certi versi, completato dalla sentenza n. 536 del 2002. In effetti è previsto che l'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione esprima una esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali. La Corte ha ribadito che la tutela dell'ambiente non può ritenersi propriamente una «materia», essendo invece un «valore» costituzionalmente protetto che non esclude la titolarità in capo alle Regioni di competenze legislative su materie (come, per esempio, il governo del territorio, la tutela della salute, etc.) per le quali quel valore costituzionale assume rilievo. E, in funzione di quel valore, lo Stato può dettare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative regionali *ex art.* 117 della Costituzione.

Già prima della riforma del Titolo v della parte seconda della Costituzione, la protezione dell'ambiente aveva assunto una propria autonoma consistenza che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esauriva né rimaneva assorbita nelle competenze di settore⁷² (sentenza n. 356 del 1994), configurandosi l'ambiente come bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che va pertanto salvaguardato nella sua interezza (sentenza n. 67 del 1992⁷³).

La natura di valore trasversale, idoneo ad incidere anche su materie di competenza di altri enti nella forma degli *standards* minimi di tutela, già ricavabile dagli artt. 9 e 32 della Costituzione, trova ora conferma nella previsione contenuta nella lettera s) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione che affida allo Stato il compito di garantire la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema⁷⁴.

⁷² Corte cost. sent. n. 356 del 1994, in www.cortecostituzionale.it.

⁷³ Corte cost. sent. n. 536 del 2002, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁴ Dentro questa cornice, la Corte ha poi proceduto a verificare se l'art. 117, secondo comma, della Costituzione, sia applicabile o meno alla Regione Sardegna, in quanto Regione a Statuto speciale, tenuto anche conto della clausola della immediata applicazione alle Regioni speciali delle parti della legge costituzionale n. 3 del 2001 che prevedano forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite. Sul punto —ha osservato la Corte— lo Statuto speciale della Regione Sardegna attribuisce la materia «caccia» alla competenza primaria della Regione, prevedendo limiti specifici, quali il rispetto dei «principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica», delle «norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica», nonché degli «obblighi internazionali» (art. 3, primo comma, dello statuto speciale). La previsione (di cui all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001) per la quale il nuovo regime stabilito dalla riforma si applica anche alle Regioni a statuto speciale o che sia più favorevole all'autonomia regionale non implica però che, ove una materia attribuita dallo statuto speciale alla potestà regionale interferisca in tutto o in parte con un ambito ora spettante in forza del secondo comma dell'art. 117 della costituzione alla potestà esclusiva statale, la Regione speciale

Le affermazioni contenute nelle sentenze nn. 407 e 536 del 2002 hanno improntato tutta la giurisprudenza successiva. Così, molte decisioni hanno operato un richiamo esplicito, se non addirittura una citazione testuale, delle due sentenze «capofila» o di una delle due; altre decisioni, invece, hanno confermato i concetti ivi espressi, sia pure utilizzando formulazioni parzialmente diverse: può in tal senso citarsi la sentenza n. 96 del 2003, nella quale si è ribadito che «nel valore costituzionale dell'ambiente sono raccolti ed intrecciati tra loro interessi molteplici che mettono a capo competenze differenziate, distribuite tra enti locali, Regioni e Stato, al quale spettano soltanto funzioni che richiedono una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale».

Non si è trattato, tuttavia, soltanto di ripetizioni e di parafrasi di affermazioni già rese nel 2002. Alcune sentenze, infatti, mantenendosi nel solco tracciato dalle precedenti, hanno apportato ulteriori specificazioni. Tra queste può menzionarsi la sentenza n. 222 del 2003⁷⁵, poi ripresa, sul punto, dalla sentenza n. 214 del 2005⁷⁶, nella quale, ribadendo che la tutela dell'ambiente, di cui alla lettera s) dell'art. 117, secondo comma, della Costituzione, si configura come una competenza statale sovente connessa e intrecciata inestricabilmente con altri interessi e competenze regionali concorrenti, si è avuto cura di precisare che, nell'ambito di dette competenze concorrenti, risultano legittimi gli interventi posti in essere dalla Regione, nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale in materia, ed altresì legittima risulta l'adozione di una disciplina maggiormente rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale.

Nel medesimo senso, la sentenza n. 108 del 2005⁷⁷ ha sottolineato che la tutela dell'ambiente si configura come una competenza statale non rigorosamente circoscritta e delimitata, ma connessa ed intrecciata con altri interessi e competenze regionali concorrenti, e che, nell'ambito di dette competenze concorrenti, risulta legittima l'adozione di una disciplina regionale maggiormente rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale: la competenza esclusiva dello Stato ai termini della lettera s) del secondo comma dell'art. 117 non è dunque incompatibile con interventi specifici del legislatore regionale che si attengano alle proprie competenze.

Giova, infine, segnalare la sentenza n. 62 del 2005⁷⁸, che ha operato un sintetico raffronto tra il nuovo ed il vecchio quadro costituzionale evidenziando come, per quanto riguarda la disciplina ambientale, le Regioni ordinarie non abbiano acquisito maggiori competenze, invocabili anche dalle Regioni speciali; si è, anzi, sottolineato che una competenza legislativa esclusiva in tema di tutela dell'ambiente

possa disciplinare la materia (o la parte di materia) riservata allo Stato senza dovere osservare i limiti statuari imposti alla competenza primaria delle Regioni, tra cui quelli derivanti dall'osservanza degli obblighi internazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali.

⁷⁵ F. BENELLI, *L'ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Regioni*, 2003, p. 67.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 214 del 2005, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 108 del 2005, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 62 del 2005, in www.cortecostituzionale.it.



e dell'ecosistema è stata espressamente riconosciuta allo Stato, sebbene in termini che non escludono il concorso di normative delle Regioni, fondate sulle rispettive competenze, al conseguimento di finalità di tutela ambientale. Ciò può avvenire —ad esempio— in tema di tutela della salute e di governo del territorio, ovviamente nel rispetto dei livelli minimi di tutela apprestati dallo Stato dall'esigenza di non impedire od ostacolare gli interventi statali necessari per la soddisfazione di interessi unitari, eccedenti l'ambito delle singole Regioni. Peraltro si è aggiunto —ancora da parte della Corte— che ciò non comporta che lo Stato debba necessariamente limitarsi, laddove individui l'esigenza di interventi di questa natura, a stabilire solo norme di principio, lasciando sempre spazio ad una ulteriore normativa regionale.

L'affermazione da ultimo riportata è parsa consentire allo Stato di intervenire in modo assai incisivo su tutto ciò che abbia riguardo, direttamente o meno, alla materia ambientale, anche, se del caso, comprimendo spazi in precedenza riconosciuti al legislatore regionale. Se ne ha, probabilmente, una dimostrazione con la sentenza n. 116 del 2006⁷⁹, nella quale si è enfatizzata la natura «esclusiva» della materia di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s)⁸⁰.

Superando —almeno all'apparenza— l'idea che la competenza in tema di tutela dell'ambiente si traduca nella (e sia limitata a) fissazione di *standards* uniformi di tutela, si è conseguentemente evidenziato che solo la legge dello Stato può essere chiamata ad individuare il punto di equilibrio da parte della legislazione regionale, uniformemente sull'intero territorio nazionale.

Si deve evidenziare, tuttavia, che accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario, possono coesistere altri beni giuridici, aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi giuridicamente tutelati.

Si parla, in proposito, dell'ambiente come «materia trasversale», nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti le sue utilizzazioni. In questi casi, la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 116 del 2006, in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁰ Decidendo in ordine alla normativa statale relativa agli organismi geneticamente modificati (decreto legge 22 novembre 2004, n. 279), la Corte ha evidenziato che per la parte che si riferisce al principio di coesistenza e che implicitamente ribadisce la liceità dell'utilizzazione in agricoltura degli OGM autorizzati a livello comunitario, il legislatore statale, con l'adozione del decreto legge n. 279 del 2004, ha esercitato la competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di tutela dell'ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione), nonché quella concorrente in tema di tutela della salute (art. 117, terzo comma, della Costituzione), con ciò anche determinando l'abrogazione per incompatibilità dei divieti e delle limitazioni in tema di coltivazione di Ogm che erano contenuti. In M. MOTRINI, *La disciplina degli Ogm a metà tra «tutela dell'ambiente» e «agricoltura», ovvero della problematica coesistenza di competenze legislative statali e regionali*, in www.federalismi.it, n. 18, anno 2006, p. 53. Del resto l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norme nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici» (in tal senso si è espressa la sentenza n. 282 del 2002).



quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi⁸¹.

Ciò comporta che la disciplina ambientale, che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, investendo l'ambiente nel suo complesso, e quindi anche in ciascuna sua parte, viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato. In questi casi, la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente e, quindi, altri interessi. Ciò comporta che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente «viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza», salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente. E' dunque in questo senso che può intendersi l'ambiente come una «materia trasversale» (come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza della Corte; si veda, per tutte, la sentenza n. 246 del 2006).

E' quanto ha affermato la sentenza n. 246 del 2006⁸², secondo la quale «la giurisprudenza costituzionale è costante nel senso di ritenere che la circostanza che una determinata disciplina sia ascrivibile alla materia «tutela dell'ambiente» di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, se certamente comporta il potere dello Stato di dettare *standards* di protezione uniformi validi su tutto il territorio nazionale e non derogabili in senso peggiorativo da parte delle Regioni, non esclude affatto che le leggi regionali emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella «residuale» di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (sentenze numeri 183 del 2006; 336 e 232 del 2005; n. 259 del 2004 e n. 407 del 2002⁸³)». Questa particolarità della disciplina del bene giuridico ambiente, considerato nella sua completezza ed unitarietà riverbera i suoi effetti anche quando si tratta di Regioni speciali o di Province autonome, con l'ulteriore precisazione, però, che qui occorre tener conto degli statuti speciali di autonomia».

Il Referendum confermativo 2016 ci chiama ad esprimerci su un testo piuttosto complesso che ridisegnerà gli assetti delle Camere del nostro Paese.

Come inciderà dunque la riforma costituzionale sull'Ambiente?

Com'è noto, il disegno di legge ridisegna le competenze Stato-Regione anche in materia ambientale, attraverso la modifica del Titolo v della Costituzione relativo alle competenze loro affidate.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 378, del 14 novembre 2007, in www.cortecostituzionale.it.

⁸² Corte cost., sent. n. 246 del 2006, in www.cortecostituzionale.it.

⁸³ Corte Cost. sent. 378 del 14 novembre 2007; Corte cost., sent. n. 183 del 2006; Corte cost., sentt. nn. 336 e 232 del 2005, in www.cortecostituzionale.it.



L'Ente Provincia viene soppresso, e con esso tutte le competenze e responsabilità in materia di salvaguardia ambientale.

Con la riscrittura dell'art. 117, ambiente, ecosistema e tutela del paesaggio diventano di competenza esclusiva dello Stato. Non solo: anche la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale di energia nonché le disposizioni generali sul governo del territorio passano sotto la competenza dello Stato.

Che benefici porterà all'Ambiente questa riforma costituzionale? Pochi, perché rafforzando il potere dell'esecutivo (Camera) si correrà il rischio di vedere leggi approvate velocemente da Governi poco sensibili al tema ambientale e allo sviluppo sostenibile. Inoltre, passando allo Stato la competenza esclusiva in tema ambientale, sarà difficile garantire alle comunità locali e ai diversi territori un referente sensibile alle problematiche del territorio.

Infine, poiché il nuovo Senato dovrebbe ri-avere in carico poteri importanti, tra cui quelli in materia di politiche comunitarie e di controllo delle politiche pubbliche e della Pubblica Amministrazione, c'è il rischio che il suo ridimensionamento possa incidere negativamente sulle funzionalità fino ad ora garantite dalla nostra Costituzione.

RECIBIDO: septiembre 2016; ACEPTADO: mayo 2017



BIBLIOGRAFIA

- AMOROSINO, S., *Beni ambientali culturali e territoriali*, Padova, 1995.
- BENELLI, F., *L'ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Regioni*, 2003, p. 67.
- BORGONOVO RE, D., *Corte Costituzionale e ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, p. 462.
- CARAVITA, B., *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI e ANDROINO (a cura di), *Ambiente e Diritto*, cit., I, p. 175.
- *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, p. 50.
- *La razionalizzazione della normativa ambientale in Italia*, in S. NESPOR (a cura di), *Rapporto mondiale sul diritto ambientale*, Milano, 1996, p. 207.
- CARBONE, L., *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali*, in www.federalismi.it, n. 10, anno 2004.
- CECCHETTI, M., *L'ambiente tra fonti statali e fonti regionali alla luce della riforma costituzionale del Titolo V*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2001.
- *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 11.
- *Riforma del Titolo della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettiva nella materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»*, in www.federalismi.it, 30/05/2001;
- CHITI, M., *Ambiente e Costituzione europea: alcuni nodi problematici*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI e ANDROINO (a cura di), *Ambiente e Diritto*, 1999, p. 346.
- CROSSETTI, A., FERRARA, R., FRACCHIA, F. e OLIVETTI RASON, N., *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2002, p. 57.
- D'AMELIO, *Ambiente (tutela dell'), diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani, ad vocem*, p. 3.
- DE LEONARDIS, F., *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 3, anno 2004;
- DE PAULI, L., *L'amministrazione dell'interesse ambientale*, Milano, 2002, p. 37.
- FERRARA, A., *La «materia ambiente» nel testo di riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it, 30/05/2001;
- GIANNINI, M.S., «Ambiente», saggio sui suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 39.
- GRECO, N., *La Costituzione dell'ambiente*, Bologna, 1996, I, p. 393.
- MEZZETTI, L., *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, p. 99.
- MORBIDELLI, G., *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Predieri*, cit., II, p. 1121 e ss.
- MOTRINI, M., *La disciplina degli Ogm a metà tra «tutela dell'ambiente» e «agricoltura», ovvero della problematica coesistenza di competenze legislative statali e regionali*, in www.federalismi.it, n. 18, anno 2006, p. 53.
- NESPOR, S., *Ambiente 1973-1986*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, p. 1.
- PREDIERI, A., *Paesaggio (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 503 e ss.
- POSTIGLIONE, A., *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 32.
- RAMACCI, L., *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2009, p. 13.
- ROSSI, G., *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, p. 11.
- SALVIA, F., *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, p. 231 e ss.



ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO: NUEVA REGULACIÓN Y EVALUACIÓN DE SU EFICACIA*

Andrea Padrón Villalba

Graduada en Derecho por la Universidad de La Laguna

RESUMEN

Las últimas reformas producidas en la Ley Concursal durante el año 2015 han modificado la institución de los acuerdos extrajudiciales de pago, introducida en 2013 en nuestro ordenamiento jurídico. Estas han supuesto importantes cambios en cuanto a sus presupuestos y a su procedimiento, asimilándolos más a los ya existentes en los sistemas jurídicos de nuestro entorno y relacionándolos directamente con el mecanismo de la exoneración del pasivo insatisfecho. Sin embargo, la aplicación práctica de los AEP ha sido escasa en el tiempo que lleva vigente la norma, tal y como se extrae del análisis de los datos del Registro Concursal, lo que genera dudas sobre su verdadera eficacia.

PALABRAS CLAVE: acuerdos extrajudiciales de pago, Título x LC, reformas 2015, segunda oportunidad.

ABSTRACT

«Schemes of Arrangement: New Regulation and Efficacy Assessment». The latest amendments, that took place in 2015, of the Bankruptcy Law (LC) have modified the institution of the scheme of arrangements (acuerdos extrajudiciales de pago in spanish), that were introduced in our legal system in 2013. These reforms imply great changes regarding the presuppositions and the procedure of the institution, making it similar to the ones of foreign legal orders. The aforementioned amendments link scheme of arrangement with exemption of unsatisfied liability mechanism. Notwithstanding, the practical implementation of this scheme of arrangement has been limited since it was reformed, as it appears from the analysis of the data in the Insolvency Registry, which raises questions about its true effectiveness.

KEYWORDS: schemes of arrangement, Law of bankruptcy, 2015 changes, second chance.



1. INTRODUCCIÓN

A continuación profundizaremos en el estudio de las últimas novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que modifica la Ley Concursal¹ y cuya *vacatio legis* se planteó de manera escalonada, por lo que únicamente entró en vigor en su totalidad el 1 de enero de 2016. En especial nos centraremos en las modificaciones acaecidas en el Título x (art. 231 y ss.), relativo a los acuerdos extrajudiciales de pago (AEP).

Estos acuerdos extrajudiciales constituyen uno de los institutos preconcursales con los que contamos en nuestro ordenamiento jurídico. Estos mecanismos son procedimientos colectivos cuyo fin último es la prevención del concurso, con el consiguiente ahorro de costes y de tiempo, pero intentando alcanzar los mismos efectos positivos que si se hubiera llevado a cabo este. En ese sentido, se trata de intentar lograr un acuerdo que satisfaga los derechos de los acreedores en la medida de lo posible², de la manera menos perjudicial para el deudor, pero mediante un procedimiento más ágil. En este grupo de mecanismos de actuación previa se encuentran también recogidos los acuerdos de refinanciación³ y las propuestas anticipadas de convenio⁴.

La inclusión de nuevos procedimientos de estas características se justifica en la situación económica de los últimos años, en los cambios legislativos que progresivamente se han ido produciendo en los países de nuestro entorno⁵ y en las diversas recomendaciones que han realizado diferentes organismos internacionales, intentando favorecer la incorporación de mecanismos de estas características en los ordenamientos jurídicos⁶. De manera más directa, tenemos que destacar lo dispuesto en la Disposición adicional única de la Ley 38/2011⁷ que encomendaba al Gobierno realizar un informe sobre la aplicación de las medidas vigentes en aquel momento, respecto a la solución de los problemas de los sujetos en dificultades para satisfacer sus obligaciones; así como la propuesta de medidas sustantivas y procedimentales para la mayor protección económica y social, con especial hincapié en las soluciones

* Trabajo realizado en el ámbito de una beca de colaboración del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con el área de Derecho Mercantil de la ULL, en su convocatoria de 2015-2016.

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio.

² Incluso mediante la remisión de parte de la deuda insatisfecha.

³ Art. 71 bis LC.

⁴ Arts. 104 y ss., LC.

⁵ Así por ejemplo, el *processo especial de revitalização* portugués introducido en el Código de Insolvencias con la Ley de reforma 16/2012 o la *Loi du 8 janvier 2013 concernant le surendettement* en Luxemburgo. En ese sentido: Bastante, Granell, V. «La ley de sobreendeudamiento en Luxemburgo: la inclusión del “Fresh Star”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 33, 2014, pp. 369-391.

⁶ Podemos destacar como ejemplo el informe de 2011 de la Comisión Europea: Comisión Europea, *Report of the Expert Group. A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*, 2011-01.

⁷ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

extrajudiciales. Se trataba de conseguir que los deudores tuvieran un mayor abanico de posibilidades ante una situación de insolvencia y evitar, en la medida de lo posible, la continua destrucción del tejido empresarial⁸.

Analizando los distintos modelos existentes en el derecho comparado, podemos determinar dos grandes grupos de medidas extrajudiciales que se dividen entre: aquellos que se desenvuelven en un marco privado y al margen de un procedimiento supervisado, sin perjuicio de que después se puedan someter a una eventual aprobación u homologación judicial; y los que se producen en el seno de un procedimiento impulsado por una autoridad judicial o administrativa. En concreto, los acuerdos extrajudiciales de pago pueden ser incluidos en este segundo grupo.

Estos acuerdos se introdujeron mediante el artículo 21.7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que incorporó el Título x a la Ley Concursal. Los AEP tienen por objeto alcanzar un acuerdo de masa de los de continuidad o una solución liquidativa del patrimonio por cesión del mismo a los acreedores en pago de las deudas.

El procedimiento, mucho más simple que el regulado en la Ley Concursal, constituye una alternativa al concurso y a los acuerdos de refinanciación y se caracteriza por la intervención de un mediador, que será designado por turno, escogido de una lista redactada por el Ministerio de Justicia para este fin.

Como decíamos en un principio, esta figura ha sido recientemente modificada por el Real Decreto-Ley 1/2015, que ha cambiado alguno de sus presupuestos y requisitos, ampliado su ámbito subjetivo, así como otras novedades que comentaremos a continuación.

Aunque es necesario un posterior análisis con mayor profundidad, el primer acercamiento a esta figura deja clara la intención del legislador de favorecer todos los mecanismos que permitan evitar el concurso. Sin embargo, ¿esa voluntad se ha sabido plasmar en un procedimiento eficaz?

2. ANÁLISIS SOBRE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

2.1. CONTEXTO

2.1.1. *Legislaciones de nuestro entorno*

La complejidad, lentitud, la tensión publicidad-confidencialidad, los elevados costes y el estado de crisis frecuentemente irreversible en el que se llega al procedimiento han caracterizado desde hace tiempo los distintos procedimientos concursales, lo que ha provocado que durante años en Europa el sistema concursal apenas se use, y la mayoría de las crisis económicas empresariales se resuelvan mediante arreglos

⁸ Aunque hay que destacar que, a pesar de que lo más deseable es la continuidad de la empresa, evitar a toda costa la liquidación no se encuentra dentro de las finalidades de estos mecanismos.



privados concebidos como contratos, convenios o acuerdos con efecto sólo respecto de las partes que participen en ellos⁹.

Este contexto de crisis que nos ha tocado vivir en los últimos años ha puesto de manifiesto, entre otras muchas cosas, la ineficacia de los mecanismos relativos al concurso de acreedores. Efectivamente, en España, pero también en otros países cercanos, se ha podido constatar que los procedimientos con los que se contaba para estos supuestos pecaban de ser largos, complejos e intentar dar solución a la situación de sobreendeudamiento demasiado tarde, cuando ya era prácticamente imposible conseguir la recuperación económica del sujeto y no había más que tratar de satisfacer los intereses de los acreedores de la mejor manera posible.

Este panorama es el que justifica que se aprecie una tendencia generalizada a los cambios en las soluciones negociadas para las crisis económicas; nos hemos encaminado a una cada vez mayor desjudicialización del tratamiento de este tipo de situaciones. En ese sentido, tanto las reformas concursales norteamericanas como las europeas han fomentado esencialmente los mecanismos extrajudiciales en detrimento del más clásico convenio judicial.

Como punto de partida y sistema inspirador, los ordenamientos europeos han puesto su atención en el estadounidense, que tradicionalmente ha estado más a la vanguardia en este tipo de medidas; mucho más que la dogmática jurídica europea que, en general, siempre ha optado por una regulación más apegada a los procedimientos en sede judicial. En ese sentido, tenemos que destacar el *chapter XI* del *Bankruptcy Code*, que regula los denominados *Prepackaged Bankruptcy Plans*¹⁰ que permiten que el deudor negocie extraconcurso con sus acreedores; siempre en conexión con el concepto de la *second chance* y el *fresh start*.

Sin salirnos del *common law*, podemos destacar los *workouts*, traducidos generalmente como arreglos voluntarios, del derecho británico. Se configuran como una alternativa al proceso formal, permitiendo una mayor libertad para que deudores y acreedores se pongan de acuerdo. En este caso, dependiendo de las condiciones, puede ser que se opte por un pacto totalmente autónomo o por una posterior validación judicial (lo que pasaría a denominarse *Scheme of Arrangement*).

Dentro del ámbito europeo continental, quizás una de las instituciones que más semejanzas guarda con nuestros acuerdos extrajudiciales son los *Accordi di risanamento*¹¹ del derecho concursal italiano, ya que en ellos también se prescinde de toda intervención judicial. De esta manera las partes gozan de una amplia libertad

⁹ Enciso Alonso-Muñumer, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, 2007, p. 19.

¹⁰ Para mayor información, entre otros: Lawless, R.M., «La ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Madrid, 2008, pp. 99-111.

¹¹ Introducidos en la *Legge Fallimentare* a través del Decreto Legislativo de 14 de marzo de 2005; modificada y ampliada posteriormente por el Decreto Ley de 31 de mayo de 2010.

de autodeterminación en la toma de decisiones sobre las iniciativas a emprender¹². Estas características nos hacen constatar que nos encontramos en el seno de las *Alternative Dispute Resolution* (mecanismos ADR).

También cabe destacar el ordenamiento francés, uno de los más completos en esta materia. La legislación gala contempla la figura de los convenios informales (*procédure de conciliation*¹³), en los que se trata de llegar a un acuerdo a través de un conciliador, cuyo rol principal consiste en acercar posturas entre deudores y acreedores; una importante similitud con nuestro modelo, tal y como comentaremos a continuación. Sin embargo, también cuenta con múltiples diferencias con respecto al nuestro, pues, por ejemplo, es necesaria la intervención inicial de un juez y solo produce efecto sobre los acreedores que hayan decidido unirse.

Como vemos, si bien es cierto que es común la proliferación de soluciones para el mismo problema —evitar tener que llegar a la apertura del concurso de acreedores—, lo cierto es que podemos encontrar múltiples opciones y variantes, con sus ventajas y sus inconvenientes.

Pasemos ahora a comentar brevemente la evolución de la normativa con la que ha ido contando nuestro país.

2.1.2. Los Acuerdos Extrajudiciales en el ordenamiento jurídico español

Aun cuando es evidente que el buen jurista tiene que estar al día de las novedades legislativas y tiene que trabajar siempre con el derecho vigente, lo cierto es que en esta materia nos vemos casi en la obligación de retomar un estudio breve de la legislación anterior. Esto es así por la escasa separación temporal que diferencia una de otra y porque, sin conocer las críticas que se le realizaban a la anterior normativa, es difícil comprender la situación actual.

Antes de la introducción de esta figura en 2013, el mecanismo más parecido que podíamos encontrar en nuestro ordenamiento era el procedimiento de suspensión de pagos que se pretendió regular en 1995, pero que ni siquiera se llegó a promulgar¹⁴. Sin embargo, tal y como está la situación en la actualidad, no es necesario remontarse tanto en el tiempo para encontrar las últimas modificaciones en la materia. El último cambio ha venido de la mano del Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero, que es el tercer Real Decreto en apenas un año que se ha empleado para la modificación de la Ley Concursal; antes de este nos encontramos con el RDL 4/2014¹⁵, de 7 de

¹² Enciso Alonso-Muñumer, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, op. cit., p. 134.

¹³ Al respecto: López San Luis, R., «El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia», *Revista de Derecho Civil*, 2015-04, pp. 207-228.

¹⁴ Fernández del Pozo, L., «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos», *Anuario de derecho concursal*, n.º 32, 2014-05, p. 89.

¹⁵ Con su posterior tramitación parlamentaria que daría lugar a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.



marzo, y el RDL 11/2014, de 5 de septiembre. Lo que tienen en común todas estas modificaciones es que están encaminadas a evitar finalizar con la liquidación de la empresa, así como a agilizar los procedimientos.

En cualquier caso, como decíamos, los AEP se introdujeron con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que incorporó el Título x a la Ley Concursal. Parece que de la lectura de la Exposición de Motivos de la norma se puede extraer que esta modificación se enmarca en el objetivo de desjudicializar determinados supuestos de insolvencias, entendiendo que pueden tramitarse extraconcurso, atendiendo al notorio colapso de los juzgados que se ocupan de esta materia y a los pobres resultados obtenidos tras los años transcurridos desde la promulgación de la Ley Concursal¹⁶.

Teniendo en cuenta las características originales con las que se creó esta figura, en sus inicios se podía definir¹⁷ como el procedimiento de negociación de deudas de los empresarios, excluidas las de derecho público, impulsado por mediadores concursales retribuidos conforme al arancel de los administradores concursales, con una duración estimada no superior a 3 meses y con la posibilidad de pactar quitas de hasta el 25% de los créditos y esperas de hasta 3 años.

Inicialmente se configuró el acuerdo extrajudicial de pago como un mecanismo accesible a pequeños empresarios insolventes, fueran persona natural o jurídica, pero, de manera discutible, se excluía a la persona natural no comerciante (consumidor) que, definitivamente, quedaba expulsada de los mecanismos preconcursales previstos en la Ley Concursal para el tratamiento y la prevención de la insolvencia¹⁸.

Sin embargo, estas características han variado sustancialmente con la nueva redacción de los preceptos, entre otras cosas porque se había criticado los excesivos límites que imponían.

Centrándonos ahora en la última reforma, la que ha introducido toda una nueva regulación de los AEP, podemos señalar que, según la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 1/2015, el Gobierno consideró que era necesaria esta modificación sustancial para poder hacer frente de manera más eficaz a los procesos de endeudamiento en los que se han visto inmersos los ciudadanos como consecuencia de la situación económica de los últimos años:

... todavía existen muchos españoles que siguen padeciendo los efectos de la recesión. Y es misión de los poderes públicos no cejar nunca en el empeño de ofrecer las mejores soluciones posibles a todos los ciudadanos, a través de las oportunas reformas encaminadas al bien común, a la seguridad jurídica y, en definitiva, a la justicia.

¹⁶ Díaz Echegaray, J.L., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 28.

¹⁷ Marín de la Barcena, F., *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de emprendedores*, Análisis GA&P, julio 2013, p. 4.

¹⁸ Aznar Giner, E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 14.



En ese sentido, consideraron que el desarrollo del mecanismo de la segunda oportunidad era fundamental para mejorar la situación existente e, intrínsecamente relacionado con él —según la interpretación del Gobierno—, los acuerdos extrajudiciales de pago, como un paso más para asegurar la eficacia de este tipo de instrumentos. De la lectura de las intenciones del Gobierno se deduce que se trataba así de conseguir un ambicioso objetivo:

... el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer¹⁹.

Sin perjuicio de lo dicho, también hay que destacar que, si tuviéramos que buscar un antecedente normativo directo a esta reforma, posiblemente podríamos nombrar la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque del fracaso empresarial²⁰. Este texto constituye un avance hacia la creación de un derecho armonizado sobre insolvencias, que se centra esencialmente en el fomento de los mecanismos concursales y las medidas de segunda oportunidad (con hincapié en las personas físicas).

El objetivo de la presente Recomendación es animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior²¹.

De hecho, no es la primera vez que la Comisión se pronuncia en la línea de la meta que señala la EM del Real Decreto-Ley sobre otorgar una segunda oportunidad a los emprendedores:

Business entry and business exit are natural processes that are inherent to European economic life. In fact, 50% of enterprises do not survive the first five years of their life and of all business closures, bankruptcies account in average for 15%; even though today's failure can hold the germ of tomorrow's success. [...] (Entrepreneurs) learn from their mistakes and those that re-start have lower rates of failure and experience faster growth than newly established companies. Yet, even though only 4-6% of bankruptcies are fraudulent, public opinion makes a strong link between business failure and fraud. Many honest bankrupts feel discouraged to re-start due to the stigma and difficulties or discrimination faced after a bankruptcy. In

¹⁹ Exposición de motivo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, *BOE* n.º 180.

²⁰ Pulgar Ezquerro, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario la Ley*, n.º 8538, 2015, p. 4.

²¹ I. Finalidad y objeto, apartado 1.



addition, bankruptcy has an important secondary effect on entrepreneurship: many would-be entrepreneurs do not start a company because of their fear of the consequences of business failure²².

2.2. PRESUPUESTOS, CONTENIDO Y EFECTOS DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

A continuación iremos desarrollando las características y las novedades de los acuerdos extrajudiciales de pago, tal y como se extrae de un análisis pausado del Título x (art. 231 y ss.) de la Ley Concursal.

2.2.1. *Sujetos*

Una de las novedades más significativas de la actual regulación es que se amplía la legitimación subjetiva para acceder a un AEP. En este sentido, podemos diferenciar a los legitimados en dos grupos: personas físicas o personas jurídicas.

En lo que respecta a los primeros ya no es necesario que se trate de un empresario. Esto, en opinión de la gran mayoría de la doctrina, es un logro, ya que, si bien antes el concepto de empresario era bastante amplio (no estaba limitado a los que tuvieran tal condición según la legislación mercantil), ahora se puede hacer frente a los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores, que era, precisamente, una de las cuestiones en las que más hincapié realizaba la Recomendación de la Unión Europea al respecto. No obstante, la diferenciación entre empresario y no empresario sigue siendo relevante, aunque ya únicamente a efectos de los requisitos para la tramitación del proceso.

En cuanto a los demás sujetos, basta con contar con personalidad jurídica; es decir, no se exige ningún tipo societario en particular, ni siquiera que se desarrolle una actividad económica.

Eso sí, también se señalan determinados límites que nos indican qué sujetos no estarán legitimados para ello:

- Sentenciados por delitos contra el patrimonio, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, con un límite temporal de los 10 años anteriores a la declaración del concurso; aunque seguramente se quiso, más bien, hacer referencia a años antes de la solicitud del inicio del AEP²³.
- Aquellos que en los 5 años anteriores hubieran realizado otro pacto, un acuerdo de refinanciación o hubiera sido declarado en concurso.

²² El informe de la Comisión Europea: *A second chance for entrepreneurs*, *op. cit.*, p. 5.

²³ Cabanas Trejo, R., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos», *Diario La Ley*, n.º 8505, 2003-03, p. 8.

- Aquellos que estuvieran en proceso de negociación con sus acreedores para llegar a un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.
- Tampoco las entidades aseguradoras o reaseguradoras.

En comparación con la regulación anterior, se reducen los supuestos de exclusión, lo que resulta muy lógico teniendo en cuenta que se eliminan algunos que tenían sentido únicamente cuando era requisito necesario que el sujeto fuera empresario (v. gr. la falta de inscripción en el Registro Mercantil cuando la misma resultaba obligatoria). También es llamativo destacar que se ha añadido un límite de tiempo en el supuesto referente a la condena penal previa y que se ha ampliado de 3 a 5 el referente a los otros tipos de soluciones²⁴.

2.2.2. Presupuestos

Los requisitos necesarios para poder acceder a este instituto preconcursal son diferentes dependiendo de si estamos analizando la figura de una persona natural o de una persona jurídica.

En el primer caso, es necesario que se encuentre en estado de insolvencia (definido por el artículo 2 LC²⁵) o que este sea inminente y previsible. Además, es necesario que la estimación inicial del pasivo no sea superior a los 5 millones de euros.

Por el contrario, en los supuestos de personas jurídicas, aunque no existe una limitación con respecto al tipo societario, sí que se exige que sea previsible que, de tener que llegar a declarar el concurso, este no vaya a ser especialmente complejo, aplicando los criterios que señala el artículo 190 LC. Estos presupuestos son esencialmente: 1) que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores y 2) que no superen los 5 millones de euros ni la valoración del pasivo, ni el conjunto de bienes y derechos.

Por otro lado, al contrario que en el supuesto de persona natural, aquí se estipula específicamente que debe disponer de activos suficientes para cumplir con los gastos propios del AEP.

²⁴ Aunque la Disposición Transitoria 1, en su apartado quinto, del Real Decreto-ley 1/2015 señala que no será exigible este requisito durante el año siguiente a la entrada en vigor de la reforma.

²⁵ Artículo 2.2 LC: «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.»



2.2.3. Solicitud, nombramiento del mediador y convocatoria de los acreedores

Puesto que la reforma va en la línea de agilizar el procedimiento, se introduce un formulario normalizado de solicitud, de inventario y de lista de acreedores²⁶. Los documentos presentados en este momento resultarán fundamentales no solo para el AEP, sino que también tendrán importancia en el hipotético concurso posterior.

En caso de que la solicitud no contara con todos los datos exigidos, se realizara incorrectamente la identificación del deudor o se cometiera algún otro fallo que requiriera que el mediador solicitase su subsanación, la ley establece un plazo máximo de 5 días.

En cuanto a la competencia para su tramitación, se introduce como novedad la posibilidad para los deudores personas físicas empresarios y personas jurídicas de acudir a la Cámara de Comercio de España²⁷ o a alguna de las cámaras de comercio regionales —siempre que la escogida haya asumido funciones de mediación— para solicitar el nombramiento de mediador concursal e iniciar el expediente.

Por su parte, la figura del mediador concursal es una de las características diferenciadoras principales de los AEP, como así lo afirmó el Consejo General del Poder Judicial en su análisis del mecanismo preconcursal:

[El AEP] se ha configurado como un instituto en el que destaca el protagonismo que se confiere a la figura del mediador concursal, que constituye el principal aspecto diferencial respecto de otras figuras que propician una solución negociada, tales como los acuerdos de refinanciación o la propuesta anticipada de convenio²⁸.

Para escoger al mediador se mantiene la designación directa por orden de la lista del Ministerio de Justicia; con la salvedad de que se haya optado por una Cámara oficial de Comercio, puesto que ella asumirá las funciones de mediación. Si nos encontramos ante uno de estos segundos supuestos, la institución tendrá que designar una comisión encargada, en la que deberá de incluirse, al menos, un sujeto que cumpla con los requisitos propios del mediador.

En el plazo de dos meses tras la aceptación por parte del mediador concursal, este, una vez revisada toda la documentación presentada por el deudor y pedir, en su caso, la necesaria subsanación de errores, convocará a los acreedores. En ese sentido, se convocará a todos, ya estén señalados en la lista creada al efecto por el deudor o ya sea que el mediador tenga conocimiento de su existencia por cualquier otro medio.

²⁶ El formulario entró en vigor el 18 de enero de 2016, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/entra-vigor-formulario-para>.

²⁷ Valoración proyecto Real Decreto Ley: Segunda oportunidad, Cámara de Comercio de España, 27 de febrero de 2015, <http://www.camara.es/es/la-segunda-oportunidad-incentivara-la-creacion-de-nuevos-negocios-y-la-generacion-de-empleo>.

²⁸ CGPJ, Informe sobre el anteproyecto de la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de 26 de junio de 2013, p. 12.

2.2.4. Contenido del acuerdo y aprobación

El contenido en sí del acuerdo es una de las cuestiones que han sufrido las modificaciones más relevantes, ya que en este intento de que el acuerdo extrajudicial tenga un carácter más flexible, se han ampliado los posibles pactos. Así, encontramos que se ha configurado de la siguiente forma:

1. Se podrán establecer esperas no superiores a los 10 años. Se aumenta considerablemente el plazo, teniendo en cuenta que en la redacción anterior se establecían 3 años como máximo.
2. También quitas que ya no se limitan al 25% del pasivo, sino que se otorga mayor flexibilidad para llegar a un acuerdo.
3. Se regula la dación en pago con el límite de que no puede suponer la descapitalización completa del deudor; se incluye también la posibilidad de la cesión de la vivienda habitual. En caso de que el valor de los bienes cedidos fuera superior a la deuda, la diferencia se integrará en el patrimonio del deudor.
4. Otras medidas relacionadas con instrumentos financieros como la conversión de deuda en acciones o préstamos participativos.

Para aprobar el acuerdo serán necesarias las mayorías establecidas en el artículo 238.1 LC, teniendo en cuenta que lo dicho con referencia al contenido se verá modulado según los porcentajes que se consigan en la votación. Hay que tener en cuenta que se calcularán sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado:

Si el AEP es aprobado por el 60% del pasivo podrán acordarse:

- esperas inferiores a 5 años;
- quitas inferiores al 25%;
- y conversión de la deuda en préstamos participativos por plazo inferior a 5 años.

En cambio, si el AEP es aprobado por el 75% del pasivo podrán acordarse:

- esperas entre 5 y 10 años;
- quitas superiores al 25%;
- conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora por un plazo no superior a 10 años;
- y cesión de bienes o derechos en o para pago.

Para que el acuerdo tenga eficacia bastará con su inscripción en el Registro Público Concursal, por lo que ya no es necesaria la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* como se exigía en la anterior redacción.



2.2.5. Efectos sobre el deudor y los acreedores

En cuanto a cómo afecta al deudor, es destacable el que se hayan suprimido algunas de las limitaciones que afectaban al desarrollo del día a día del deudor: ya no rige la prohibición de solicitar la concesión de préstamos, tampoco la dejación de uso de los medios electrónicos de pago, ni la devolución de las tarjetas de crédito. Lo que sí se establece como límite es que el deudor se abstendrá de realizar actos de administración y disposición, más allá de los propios de su actividad comercial o empresarial, en su caso. Lo que tendrá que determinarse casuísticamente es cómo definir en cada caso si se trata o no de una acción propia de la actividad.

En el caso de los deudores casados se establecen algunas reglas especiales referentes a la vivienda habitual. Así, si esta es susceptible de ser afectada por el AEP, la solicitud deberá ser presentada por los dos (o uno con consentimiento del otro). La doctrina se ha planteado las repercusiones prácticas de este requisito: al fin y al cabo con la solicitud el deudor no se está presentado una proposición de acuerdo, por lo que adelantarla a esta fase solo supondría comprometer el asentimiento y la colaboración en caso de una posible cesión de la vivienda en o para pago en un momento posterior. Algunos autores²⁹ proponen que quizás la norma quisiera hacer referencia expresa a la regla establecida en el artículo 1320 Cc³⁰ cuando la vivienda fuera propiedad únicamente de uno de los cónyuges.

En lo referente a los acreedores, mientras que los créditos de derecho público nunca se verán afectados por un acuerdo extrajudicial, aquellos con garantías reales no quedarán excluidos de esta convocatoria —como sucedía en la redacción anterior salvo que ellos voluntariamente hubieran solicitado ser incluidos—, si bien sí que contarán con algunas especialidades. En ese sentido, se limita el inicio y continuación de ejecuciones hipotecarias durante la negociación del acuerdo³¹ cuando la garantía recaiga sobre vivienda habitual o activo necesario para la continuidad de la actividad del deudor; es decir, podrán iniciar la ejecución, pero quedará suspendida durante ese tiempo.

Además, el artículo 238 bis 3 LC establece diferencias en lo referente a los efectos del acuerdo sobre ellos. Así, tendrá plena repercusión para los que hubieran votado a favor, pero solo vinculará la parte de la deuda que exceda de la cuantía garantizada, en los supuestos en los que el acreedor hubiera votado en contra, y esto solo si se hubiera aprobado por las mayorías reforzadas pertinentes: del 65% cuando se trate de las medidas previstas en el art. 238.1 a) LC y del 80% cuando se trate de las medidas previstas en el art. 238.1 b) LC.

²⁹ Entre otros: Cabanas Trejo, R., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, p. 9.

³⁰ Artículo 1320 Cc: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial».

³¹ Que tendrá un plazo máximo de 3 meses.

Por último hay que señalar que la nueva redacción también establece que se suspenderá el devengo de intereses durante la tramitación del acuerdo; se entiende que, en consonancia con lo dicho, esta limitación en los intereses no afectará a los créditos de naturaleza pública.

2.2.6. Especialidades con las personas naturales no empresarios

Como comentábamos en un inicio, una de las especialidades más destacadas con esta nueva regulación es la posibilidad que se ha abierto para acceder a este mecanismo para las personas naturales no empresarios. Sin embargo, esto no significa que el procedimiento se haya unificado totalmente, sino que se han establecido algunas especialidades para estos casos, que se pueden encontrar en el artículo 242 bis LC.

Una de las cuestiones que más sobresalen es la relevancia del notario en este procedimiento especial; así, la solicitud deberá presentarse al notario del domicilio del deudor, quien podrá asumir las funciones de mediador concursal o designar uno si así lo considera oportuno³². También es importante señalar que el plazo de suspensión de las ejecuciones pasará a ser de dos meses, aunque se mantiene el plazo de tres meses para considerar la apertura de concurso.

En cuanto al contenido del acuerdo, será coherente con la condición no empresarial del sujeto y, por tanto, se limitan las opciones a esperas (no superiores a 10 años), quitas y cesiones de bienes.

En general, se trata de un mecanismo más simple y ágil puesto que los plazos se acortan considerablemente.

2.3. INTENTO DE UN AEP COMO REQUISITO PARA ACCEDER AL BENEFICIO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

En caso de que el acuerdo no se llegara a adoptar por no ponerse de acuerdo las partes o que, posteriormente a la adopción, el acuerdo se incumpliera o quedara anulado, se podrá abrir el procedimiento de concurso de acreedores denominado concurso consecutivo, que, por ser posterior a este intento de resolución, cuenta con una serie de especialidades.

Lo encontramos regulado en el artículo 242 LC, que nos señala que se tramitará por el procedimiento abreviado, sin que se comience directamente con la fase de liquidación, como sucedía en la redacción anterior. Esto supone un importante cambio, ya que permitirá que se intente un nuevo convenio antes de proceder a la liquidación del patrimonio. De hecho, es obligatorio presentar una propuesta anticipada de convenio si se quiere evitar esta. En ese sentido, hay que resaltar que, aunque sigue básicamente el procedimiento abreviado, cuenta con una serie de

³² En cualquier caso, la designación de mediador concursal se hará con los mismos requisitos que en el procedimiento general.



especialidades como la que acabamos de señalar. También es característico de este proceso el método de elección del administrador concursal, ya que, excepto causa justificada, el juez escogerá como tal al que viniera cumpliendo el rol de mediador. Esta es una de las cuestiones que pueden ser criticables a la nueva redacción, ya que, puesto que es previsible que en caso de concurso consecutivo el mediador asumirá el puesto de administrador concursal, debería haberse mantenido como requisito para ser aquel cumplir con las condiciones para actuar como este, por una cuestión de facilitar el procedimiento³³.

Otra de las novedades más importantes referentes a los acuerdos extrajudiciales de pago es su relación con el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural, comúnmente denominado beneficio de la segunda oportunidad.

Esta relación se constata en varios momentos a lo largo del texto legal. Por un lado, el artículo 242 LC continúa señalando que, en caso de ser un AEP de persona natural, el mediador deberá presentar un informe sobre la concurrencia de los requisitos previstos para esta la figura de la segunda oportunidad; beneficio que otorgará finalmente el juez si el concurso se califica como fortuito y se cumplen los requisitos previstos.

Por otro lado, existen importantes dudas doctrinales sobre la manera de interpretar el inciso del artículo 178 bis 3 LC, que indica las condiciones para acceder a este beneficio. El problema surge porque no se ha dejado claro si el haber intentado un AEP es un requisito obligatorio o no:

- 3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231³⁴, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- 4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.
- 5.º Que, alternativamente al número anterior:
 - i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.
 - ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.
 - iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
 - iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.
 - v) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

³³ Senent, S., «El RDL 1/2015 ¿una segunda oportunidad para el acuerdo extrajudicial de pagos?», *Hay derecho?*, 23 de marzo de 2015.

³⁴ Los presupuestos a los que hicimos referencia supra (apdos. 2.2.1. y 2.2.2.), diferenciando personas físicas de personas jurídicas.

Como se observa, resulta poco evidente saber cuándo es necesario haberlo intentando, si es una condición *sine qua non* —como se deduciría del número 3— o si únicamente supone una posibilidad para el deudor —número 4 *in fine*—.

Algunos autores entienden que simplemente se trata de una posibilidad que el legislador ofrece *premiándola* con unas condiciones más favorables para el deudor³⁵; mientras que otros, más cercanos al tenor literal del articulado, interpretan que únicamente deja de ser obligatorio cuando no se cumplen los objetivos —subjetivos u objetivos— que señalamos con anterioridad³⁶.

En la práctica, habrá que esperar a las interpretaciones de la jurisprudencia. En la actualidad el número de sentencias es escaso y solo contamos con el parecer de jurisprudencia menor. Aun así, parece que generalmente se han decantado por entender que se trata de un requisito ineludible.

Así, por ejemplo, se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) en su auto de 25 de enero de 2016³⁷:

La pertinencia de tener que acudir al procedimiento extrajudicial para superar la insolvencia, cuando no existan posibilidades efectivas de lograr acuerdo alguno con los acreedores, o aún antes, cuando no existan bienes suficientes para acometer los propios gastos del expediente notarial, puede resultar cuestionable, pero constituye el ejercicio de una opción legislativa, que el intérprete no puede soslayar.

2.4. LA REALIDAD DE LOS AEP: EVALUACIÓN DE SU EFICACIA

A pesar de los intentos del legislador y el intento de simplificar el procedimiento, lo cierto es que ha tenido una escasa acogida desde su instauración en 2013. Configurarle como una etapa intermedia antes de acceder al beneficio de la segunda oportunidad quizás ha fomentado algo más su uso, pero sin que parezca que sus ventajas, por lo menos en el plano teórico, hayan convenido.

Así se comprueba tras un estudio de la información publicada en el Registro Público Concursal³⁸ sobre el uso que se ha hecho de los AEP:

³⁵ Entre otros: Cabanas Trejo, R., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos», *Diario La Ley*, n.º 8505, 23 de marzo de 2015, pp. 8 y 16 o Cuenca Casas, M., «El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 37, 2016-01, pp. 11-63.

³⁶ Latorre, N., «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», *Anuario de Derecho concursal*, n.º 37, enero-abril de 2016, pp. 181-182 o Hernández Rodríguez, M.M., «Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, administración y crédito público», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, La Ley, Madrid, 2016, pp. 223-236.

³⁷ Auto n.º 16/2016.

³⁸ Todos los datos han sido extraídos de la página web oficial del organismo: www.publicidadconcursal.es/concursal-web/ [Consultada por última vez en julio de 2016].



Lo primero que hay que destacar es que el número de las solicitudes de inicio de acuerdo ha sido muy limitado, ni siquiera en las grandes capitales autonómicas se han utilizado de manera remarcable: 156 en Madrid, 200 en Barcelona, 103 en Valencia y 4 en Sevilla. Si nos centramos en Canarias, en Santa Cruz de Tenerife solo encontramos 3 y en Las Palmas 8. Hay que destacar, eso sí, que a pesar de las cantidades tan bajas, han aumentado considerablemente desde finales de 2015³⁹.

Sin embargo, lo que es digno de mención es que en la gran mayoría de estos casos no llegaron siquiera a adoptarse los acuerdos, sino que el procedimiento quedó paralizado en la fase inicial: en Madrid se llegaron a adoptar 9, en Barcelona 27 y en Valencia 2. No contamos con ninguna adopción en Canarias.

No obstante, esto tampoco significa que los acuerdos adoptados hayan cumplido su objetivo, puesto que un seguimiento a cada uno de estos casos nos permite observar como en algunos se llegó a declarar el concurso de acreedores, señal inequívoca de que el AEP no consiguió su finalidad. Además, tampoco se puede interpretar *sensu contrario* que el resto hayan sido culminados satisfactoriamente. Es decir, en resumen, sumando los datos de las cuatro ciudades más pobladas de España se observa que las solicitudes de acuerdo de inicio del procedimiento no superan las 450, de entre las cuales queda en entredicho saber cuántas han finalizado con un resultado satisfactorio.

Por su parte, también es bastante significativo que los sujetos que hayan hecho uso de este instrumento sean casi exclusivamente personas físicas. Este dato nos puede llevar a dos reflexiones: por un lado, que se entiende y se reafirma la necesidad que existía de ampliar la legitimación subjetiva, permitiéndoles también a los consumidores hacer uso de él; por otro, que es posible que las empresas no hagan uso de los AEP porque prefieran acudir a otras vías como los convenios concursales o los acuerdos de refinanciación.

Todavía es pronto para establecer consecuencias concluyentes sobre los efectos que tendrá esta nueva regulación, pero parece que ya contamos con datos suficientes para prever que provocará un aumento en su uso: de todos los expedientes estudiados para este estudio sobre la adopción de un acuerdo, solo dos databan de 2014; mientras que el resto habían sido publicados en el segundo semestre de este año. Sin embargo, para lo que habrá que esperar y sobre lo que habrá que realizar análisis posteriores es para saber qué parte de la nueva redacción es la causa de este aumento —si es que la tendencia creciente se mantiene en el tiempo—.

Determinar qué es lo que ha causado este efecto será esencial para valorar la eficacia de la reforma y del mecanismo preconcursal en general. Y es que, al haberlo configurado como un requisito previo para acceder al beneficio de exoneración, se nos plantean serias dudas sobre si el aumento es resultado de una mejora en la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pago o si, por el contrario, se está utilizando como mero trámite previo al mecanismo de la segunda oportunidad. Una cuestión fundamental para valorar la eficacia de los AEP en su justa medida, pero

³⁹ Por ejemplo, 100 más en Madrid desde entonces hasta ahora.

que solo podrá ser respondida una vez que haya transcurrido un período de tiempo más largo que nos permita obtener datos suficientes.

3. CONCLUSIONES

Después de este breve análisis sobre los acuerdos extrajudiciales de pago, ha quedado claro que una de las características principales de este instituto preconcursal, tal y como ha sido regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es su desjudicialización, que, como vimos, no es la opción que se ha utilizado en todos los sistemas de nuestro entorno, pero que ofrece una mayor flexibilidad y agilidad para que las partes lleguen a un acuerdo.

Relacionado con esta mayor facilidad de pacto, hay que reconocer que la nueva regulación ha solventado muchas de las críticas que se habían esgrimido contra los AEP: la limitación en las quitas, los escasos efectos sobre los acreedores con garantías reales, las prohibiciones para el deudor... En la gran mayoría de los casos, que el legislador —aunque en este caso ese rol lo haya asumido el poder ejecutivo— actúe teniendo en cuenta la opinión de los autores que han estudiado la materia en profundidad siempre es un acierto y una cuestión a celebrar; pero sobre todo lo es si la regulación inicial había resultado un poco operativa, como hemos comprobado que era el caso en esta materia.

Sin embargo, cabe preguntarse si lo que realmente necesitaba nuestro ordenamiento era incidir en esta normativa. Hemos destacado que la voluntad de las instituciones internacionales era que medidas preconcursales de estas características fueran cada vez más frecuentes y, sin duda, resultaba, como mínimo, contraproducente no contar con ningún mecanismo pensado para solucionar las crisis económicas de las personas físicas no empresarios, sin tener que llegar al procedimiento concursal; pero ¿era la solución un acuerdo extrajudicial con estas características?

Tal y como hemos comentado, va a resultar difícil valorar si con estos nuevos presupuestos se logra el objetivo previsto y se consigue un mayor uso por los ciudadanos, puesto que haberlo constituido como requisito previo al procedimiento de segunda oportunidad falseará las conclusiones que se puedan obtener al respecto observando los datos sobre su uso. Por ejemplo, en los casos que analizamos en este estudio es imposible determinar hasta qué punto podemos identificar la multiplicación de su uso como un aumento de su eficacia o si simplemente se han empleado como un trámite formal más antes de acceder al beneficio de exoneración de pasivo. De hecho, sin poder encontrar motivos suficientes para haber condicionado el uso de uno con respecto al otro, casi se podría pensar que esta decisión ha respondido más a cuestiones políticas que a una reflexión jurídica, teniendo en cuenta que, en los últimos años, es usual en el discurso de nuestros dirigentes ensalzar la utilización de este tipo de mecanismos de agilización de los procedimientos y de descongestión de los tribunales.

En cualquier caso, lo que sin lugar a dudas no está justificado es la cantidad ingente de modificaciones que se han producido en un período de tiempo tan corto. El derecho mercantil, por las características de los sujetos que en él intervienen y por



su estrecha relación con la economía, es una de las ramas jurídicas más propensas a los cambios; para asegurar su efectividad tiene que actualizarse de manera frecuente para lograr regular los aspectos de la realidad que van surgiendo. Sin embargo, esta afirmación no se puede confundir con la posibilidad de modificar aspectos relevantes en cuestión de meses, sobre todo porque variaciones en tan poco tiempo lo único que consiguen es trasladar una idea de poca reflexión previa antes de la toma de este tipo de decisiones. Hay que tener en cuenta que el derecho concursal, en especial, se encarga de regular situaciones críticas en la vida de las personas y, por tanto, requiere de soluciones eficaces, pero también de cierta estabilidad y seguridad jurídica.

Y, ya para finalizar, quizás sería positivo que los encargados de tomar este tipo de decisiones extrapolaran esta última reflexión a todos los ámbitos de nuestro ordenamiento. Porque, si bien es evidente que no es aconsejable contar con leyes que se estanquen y que no sean reflejo de la realidad, lo que nuestro sistema no se puede permitir son cambios tan drásticos y tan seguidos como los del último año, con visos de que lo hecho sufra cambios a principios del que viene. El derecho se configura a través de las cámaras legislativas, pero ciertas cuestiones deberían estar por encima de los aires cambiantes de la política.

RECIBIDO: agosto 2016; ACEPTADO: mayo 2017



LA CATENA DI CUSTODIA DEL MATERIALE INFORMATICO: SOLUZIONI A CONFRONTO

Laura Bartoli*

Scuola di Giurisprudenza, Università di Bologna

RESUMEN

«La cadena de custodia de la evidencia informática: comparando soluciones». El artículo describe la normativa vigente relativa a la cadena de custodia de la evidencia digital, comparando las soluciones italianas con las adoptadas en otros países.

PALABRAS CLAVE: cadena de custodia, evidencia informática, informática forense, derecho processal penal.

ABSTRACT

«Chain of Custody of Digital Evidence: Comparing Solutions». The essay describes the current regulation concerning the chain of custody of digital evidence, comparing the Italian solutions with those adopted in other countries.

KEYWORDS: Chain of Custody, Digital Dvidence, ICT and Law, Criminal Procedure.



1. INTRODUZIONE

La prova informatica, da scorcio avveniristico, è ormai divenuta la quotidianità del processo penale. Del resto, sono poche le attività umane a non lasciare una scia di tracce digitali: analizzate, possono avvalorare o smentire un numero sempre maggiore di ricostruzioni. I dati sono così divenuti uno strumento straordinariamente utile per qualunque indagine —anche la più lontana dall'area del *cybercrime*¹— ma assieme ai vantaggi sono giunte sfide inedite: dobbiamo fare i conti con elementi difficili da incasellare, che sfuggono alla tradizionale bipartizione tra prove fisiche e prove dichiarative². Nella nostra ottica, non interessa infatti il dispositivo —un hard disk, un telefono, una chiavetta USB— ma il suo contenuto: le informazioni, indipendenti tanto dal supporto che le ospita quanto dalla loro rappresentazione³. A questo s'aggiunge la loro natura precaria: esse sono facilmente alterabili; anche l'operazione apparentemente più banale può provocare modifiche o perdite, minando alla base la credibilità di quanto raccolto⁴. L'esigenza che sorge, insomma, è quella di tutelare in maniera efficace l'integrità del materiale, tenendolo al riparo da contaminazioni.

Nell'ordinamento che per primo si è posto il problema, quello statunitense, l'insieme di precauzioni messo a punto per raggiungere l'obiettivo è identificato in

* Dottoranda di ricerca in Procedura Penale; si ringrazia il professor Cesare Maioli per il supporto e gli utili confronti.

¹ A questo proposito v. UMBERG-WARDEN, *Digital Evidence and Investigatory Protocols*, in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 4/2014, p. 136: «the collection of digital evidence is the «rule rather than the exception» in current investigations»; DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 283; ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 129; CACCAVELLA, *Le perizie informatiche*, in Aterno-Mazzotta, *La perizia e la consulenza tecnica*, Padova, CEDAM, 2006, p. 195; MEYERS-ROGERS, *Computer Forensics: The Need for Standardisation and Certification*, in *International Journal of Digital Evidence*, 3/2004.

² È pur vero che un file può contenere una dichiarazione, ma qui interessa l'oggetto digitale in quanto tale —per intenderci, una successione di bit— non la sua rappresentazione. Sul punto, v. KERR, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, in *Columbia Law Review*, 2005, p. 279 e ss.

³ Per una rapida descrizione dei dati, anche nelle loro caratteristiche tecniche, v. CACCAVELLA, *Le perizie informatiche*, cit., p. 196 e ss.; ATERNO, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *Dossier: La prova scientifica nel processo penale - Diritto penale e processo*, 2008, pp. 61-62.

⁴ Sul piano tecnico, è sorprendente osservare quanto le procedure d'analisi cambino a seconda dello stato in cui si trova il dispositivo: se acceso o spento; v. UMBERG-WARDEN, *Digital Evidence and Investigatory Protocols*, cit. p. 129. Più in generale, sulla 'volatilità' dell'elemento digitale v. DI PAOLO, *Prova informatica*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 738 e ss.; DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., p. 283; CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 790 e ss.; LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di Luparia, Milano, Giuffrè, 2009, p. 135; ATERNO, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, cit., p. 62; LUPARIA, *La ricerca della prova digitale tra esigenze cognitive e valori costituzionali*, in Luparia-Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 147-149.



un istituto: la catena di custodia. È la risposta collaudata dalla prassi per soddisfare una regola del diritto delle prove: la parte interessata all'acquisizione di un oggetto deve presentare elementi sufficienti a far ritenere che corrisponda a quanto si sostiene che sia⁵. L'assetto non è stato concepito pensando al mondo impalpabile dei dati: è lo stesso testo a suggerirlo; l'onere grava infatti sulle parti per ogni prova preconstituita di cui si chiede l'ammissione. Quando il problema s'è posto in ambito informatico, la garanzia si è semplicemente estesa: per fugare dubbi sull'integrità del materiale, dunque, è necessario tenere una documentazione scrupolosa⁶. All'operatore si chiede di registrare ogni passaggio di mano con precisione: occorre sapere, per ciascun elemento, come è stato raccolto, dove, da chi, quando, con quali modalità. Il percorso del dato dev'essere limpido e consequenziale, privo di lacune. Così facendo, diventa almeno più facile individuare le fonti di pericolo, evidenziare i passaggi più incerti, sfidare la narrazione. Tutto ciò sarebbe ancora insufficiente se non si adottassero procedure tecniche adeguate, tali da non compromettere il materiale che si va cercando; continuità e integrità sono infatti simbiotici: la prima serve a poco senza elementi tecnici a protezione della seconda, così come dimostrare la genuinità è operazione assai più semplice se si conoscono nel dettaglio gli snodi del percorso⁷.

A partire da questo assetto, l'espressione 'catena di custodia' ha avuto successo e il suo uso s'è rapidamente esteso a diversi ordinamenti, ma dietro alla stessa etichetta non sempre sta la stessa nozione. In alcuni paesi dell'America latina, per esempio, si tratta sì d'un istituto disciplinato da cima a fondo dai codici⁸, diversamente dagli Stati Uniti in cui codificata è una regola sull'onere della prova, non il concreto modo per soddisfarla. Nelle leggi europee, invece, si cercherebbe invano un

⁵ Il testo originale della Federal Rule of Evidence n. 901 recita: «To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is»; www.law.cornell.edu.

⁶ Rispetto a questa materia, il requisito è stato allargato anche al processo civile. Se in ambito penale l'esigenza di un controllo sull'identità dei singoli elementi è sempre stata avvertita, nel civile è invece una novità che dipende dal diverso formato in cui si producono ormai gran parte dei materiali rilevanti. L'informatizzazione ha soppiantato il cartaceo e di conseguenza si è posta l'identica questione di autenticità cui si è fatto fronte, anche in questo caso, con la catena di custodia; v. ARKFELD, *Arkfeld's Best Practices for ESI Pretrial Discovery*, Phoenix, Law Partner Publishing, 2013, § 3.9.

⁷ Sul piano concettuale, tuttavia, è bene distinguere: non è detto che a una catena di custodia impeccabile corrisponda un elemento inalterato; specularmente, anche osservando scrupolosamente i migliori standard tecnici potrebbero esserci vuoti di documentazione. Sul punto, v. ZICCARDI, *La procedura di analisi della fonte di prova digitale*, in Luparia-Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, cit., p. 65; ROMERO GUERRA-CRUZ GÓMEZ, *50 preguntas sobre la cadena de custodia federal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, www.inacipe.gob.mx, p. 19.

⁸ Per esempio, un intero capitolo del Código de Procedimiento Penal colombiano è dedicato alla catena di custodia (art. 254 s.) cui s'aggiunge la Resolución 6394/2004, che prevede istruzioni operative stringenti e modelli cui gli agenti devono attenersi. Ugualmente, l'ordinamento messicano disciplina l'istituto nel Código Federal de Procedimientos Penales (art. 123 Bis s.), integrando la disciplina con l'Acuerdo A/002/2010; al gradino inferiore si colloca invece la normativa statale. Anche il legislatore venezuelano ha introdotto il dispositivo con una riforma del 2009, completando il dettato dell'art. 187 mediante l'adozione di un manuale.

corrispettivo letterale: lo stesso risultato è infatti perseguito in modo strutturalmente diverso. Le cautele necessarie a preservare i reperti sono distribuite di volta in volta tra i diversi atti d'indagine, e lo stesso stile dà forma alla disciplina in materia di materiale informatico: lavorando sull'esistente, i legislatori hanno innestato una serie di previsioni specifiche sul tronco originario⁹. La 'catena di custodia' sarà quindi una categoria descrittiva preziosa, utile nella misura in cui designa in sole tre parole tutti i frammenti dedicati alla tutela dell'integrità degli elementi di prova.

Tenendo presente il panorama più largo, ci accosteremo soltanto a quanto riguarda il materiale digitale: a causa della singolare natura dei dati, sono diverse le disposizioni che si distaccano dal quadro generale. Ci dedicheremo a queste e, nel farlo, seguiremo la falsariga dell'ordinamento italiano: ratificando la Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica¹⁰, il legislatore ha inserito nel codice di procedura penale una serie di aggiornamenti che analizzeremo di seguito, confrontandoli con quelli adottati in altri sistemi — in particolare quello francese. Non si tratterà d'una comparazione completa, esaustiva in ogni aspetto: si cercherà piuttosto di trarre spunti di riflessione dalle diverse soluzioni normative messe all'opera in diversi ordinamenti.

Per dare un ordine al discorso, spezzeremo in diversi archi il tragitto degli elementi digitali: la ricerca, la raccolta, la custodia e l'analisi. Ragioneremo poi intorno al rapporto tra le norme processuali e le migliori pratiche elaborate in seno alla scienza informatica.

2. RICERCA

Sin dal primo contatto degli investigatori con il materiale informatico, il legislatore si mostra prudente: del resto, come s'accennava, anche la semplice osservazione di un sistema può causare modifiche, sovrascritture o la perdita di dati volatili.

Le modalità d'intervento possibili sono diverse, ciascuna corredata da un insieme di obblighi; prima di avanzare qualche osservazione giova, forse ripercorrere la disciplina. Iniziamo dall'ispezione di sistemi informatici e telematici (art. 244): vi si può accedere per accertare tracce e altri effetti materiali del reato «adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione». La medesima formula torna in materia di perquisizioni (art. 247), ma

⁹ In Italia, la tecnica fu criticata: la si ritenne un'occasione mancata per disciplinare l'indagine digitale in maniera organica; per tutti, v. LUPARIA, *La ratifica della convenzione cybercrime del Consiglio d'Europa-I profili processuali*, in *Diritto penale e processo*, 6/2008, p. 719.

¹⁰ L. 18 marzo 2008, n. 48, che ratifica la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica fatta a Budapest il 23 novembre 2001. Per alcuni commenti alla legge, v. PICOTTI-LUPARIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 696 e ss.; LUPARIA, *Sistema penale e criminalità informatica*, Milano, Giuffrè, 2009; CORASANITI-CORRIAS LUCENTE, *Cybercrime, responsabilità degli utenti, prova digitale*, Padova, Cedam, 2009.



il mezzo ha un perimetro differente: è finalizzato alla ricerca di dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato ospitati da un sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza¹¹.

La previsione più articolata è quella che riguarda gli accertamenti urgenti (art. 354): nei casi d'emergenza, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono prendere diversi provvedimenti rispetto ai dati, alle informazioni, ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici. In primo luogo adottano le misure o impartiscono le prescrizioni necessarie ad impedire l'alterazione dei dati o l'accesso ai sistemi. Ove possibile, procedono a immediata duplicazione su supporti adeguati, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immutabilità.

Del riepilogo svolto sin qui, colpisce subito la ripetitività; in fondo le esigenze si riducono a due: stabilire le cautele nell'accesso alle informazioni e nella loro duplicazione¹². Anziché far riecheggiare le stesse formule, poteva essere più efficiente stabilirle una volta per tutte come regole valide per ciascun soggetto, a qualunque titolo coinvolto nell'indagine digitale. La ridondanza, tuttavia, sarebbe una semplice questione di stile se si agisse con precisione: interventi così mirati presuppongono un legislatore sorvegliato, puntuale. Non sono mancate, invece, le sbavature e la disciplina degli accertamenti tecnici del pubblico ministero (art. 359), non interpolata, non presenta disposizioni specifiche. Non si tratta però d'un vizio capitale: da un lato, la lacuna sembra facile da colmare in via interpretativa: se si è inteso tutelare l'integrità di un elemento di prova particolarmente fragile, sarebbe irragionevole differenziare lo standard tecnico a seconda del soggetto che lo maneggia o del mezzo prescelto¹³. Dall'altro, la dimenticanza sembra essere priva di conseguenze pratiche: come vedremo oltre, la violazione delle prescrizioni elencate non sbarrava l'accesso del materiale a processo né ne impedisce l'utilizzo; il mancato aggiornamento non comporta quindi un diverso regime.

Al netto della sovrabbondanza, il minimo comun denominatore delle norme citate è la conservazione dell'originale: in effetti, se il materiale fosse ben raccolto e preservato, basterebbe duplicarlo e riprodurre l'analisi; chiunque potrebbe controllare la correttezza di ogni snodo: con la stessa base di partenza si dovrebbero ottenere i medesimi risultati¹⁴. La legge pone quindi un obbligo che si presenta, a seconda delle formulazioni, in due sfumature. Se da un lato si richiede di «proteggere

¹¹ Nonostante la differenza che le disposizioni tracciano tra ispezione e perquisizione, è il caso di notare come il confine tra i due atti sfumi, in campo informatico, fin quasi a farsi evanescente: v. COSTABILE, *Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, p. 480; ATERNO, *Modifiche al titolo III del libro terzo del codice di procedura penale, in Cybercrime, responsabilità degli enti e prova digitale*, cit., p. 203 e ss.

¹² Categorie che, svecchiando un poco il linguaggio, potrebbero ben essere sostituite a quelle sin qui descritte. Su questo punto si veda la stessa relazione esplicativa alla convenzione di Budapest, disponibile al sito www.coe.int.

¹³ In senso analogo v. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 141 e ss.

¹⁴ L'assunto è condiviso anche dalla letteratura scientifica di riferimento: è infatti buona norma lavorare su un'apposita copia del materiale, lasciando intatto un originale; v. RAGHAVAN, *Digital*



adeguatamente i dati originali»¹⁵, altrove s'impone di «assicurare la conservazione dei dati originali e [di] impedirne l'alterazione»¹⁶. L'obiettivo è il medesimo e la sfasatura tra le due espressioni può sembrare irrisoria, ma la seconda pone, in realtà, un comando cui è a volte impossibile obbedire: preservare tutto senza modificare nulla. Per copiare il contenuto della memoria da un computer acceso, per esempio, occorre eseguire un programma che andrà necessariamente a sovrascrivere parte del materiale. Si tratta senza dubbio di una modifica —alcuni dati volatili andranno persi— ma rimane da chiedersi che impatto abbia questa variazione sull'affidabilità del risultato. Gran parte degli interventi che permettono di estrarre i dati, insomma, quasi sicuramente altereranno il sistema, ma ciò non significa che il valore del dato sia sempre, irrimediabilmente compromesso. Per questo il canone dell'adeguatezza sembra essere quello più utile e onesto¹⁷: qui dovrebbe fermarsi l'asticella anche nell'interpretare la formula più rigida.

La tutela del materiale di prima mano è dunque una priorità per l'ordinamento italiano; le cose vanno diversamente in Francia, dove la protezione dell'originale è ben lontana dall'essere un valore assoluto. Una volta assicurate alla giustizia, infatti, le informazioni possono essere definitivamente cancellate se la loro detenzione o il loro uso è illegale o pericoloso per la sicurezza di persone o beni¹⁸. Nel caso in cui i dati provengono da un fornitore di servizi¹⁹, inoltre, è sufficiente conservarne la stampa: la copia integrale della versione digitale su un idoneo supporto non è un dovere, ma una semplice ipotesi alternativa²⁰. Si tratta d'una impostazione decisamente distante da quella sin qui illustrata, che si riflette pure in scelte operative differenti: nessuna prescrizione tecnica è dettata all'inquirente —sia egli agente di polizia, pubblico ministero o giudice istruttore. Mancano disposizioni specifiche, ma questo non significa che non sia prevista alcuna cautela; restano le garanzie che presiedono allo svolgimento dell'atto d'indagine con cui si procede: la perquisizione, che deve avvenire in presenza della persona al domicilio della quale ha luogo. Nel caso in cui questa non possa presidiare, l'ufficiale di polizia giudiziaria o il giudice istruttore che procede ha l'obbligo d'invitarla a designare un rappresentante a sua scelta; se nemmeno questa via è percorribile, si procederà in presenza di due testimoni scelti tra persone che non siano soggette alla loro autorità amministrativa²¹. In ogni caso, qualcuno dev'essere in grado di riferire su quanto è avvenuto, e ciò è

forensic research: current state of art, in *CSI transactions on ICT*, 1/2013, p. 91; MASON, *International Electronic Evidence*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. XLVIII.

¹⁵ Art. 254-bis.

¹⁶ Artt. 244, 247, 354.

¹⁷ Cfr. CASEY, *What does forensically sound really mean?*, in *Digital Investigation*, 4/2007, p. 49.

¹⁸ Art. L56, art. L97 Code de procédure pénale.

¹⁹ La categoria individuata dall'art. R15-33-68 è assai ampia: si estende dalle agenzie di viaggio alle assicurazioni, dai gestori della distribuzione energetica alle imprese di trasporto collettivo. A norma degli articoli L60-2, L77-1-2 e L99-4, a questi enti pubblici o privati è possibile richiedere la messa a disposizione dei dati in loro possesso.

²⁰ Art. R15-33-74 Code de procédure pénale.

²¹ Art. L57, art. L96 Code de procédure pénale.



previsto a pena di nullità dell'atto²²: la catena di custodia, così, può essere stabilita mediante la ricostruzione che i presenti saranno in grado di offrire.

L'idea che ne emerge, in sostanza, è quella di non lasciare che la polizia o il giudice istruttore agiscano in solitudine, e la soluzione ha i suoi pregi. Lo spettatore ha il compito di vigilare su ciò che accade e potrà quindi denunciare le eventuali irregolarità: al termine delle operazioni deve sottoscrivere il verbale o sarà annotato il rifiuto. L'equilibrio francese, tuttavia, presuppone un obiettivo diverso da quello che muove il legislatore italiano: più che la contaminazione dell'elemento, il rischio che sembra essere scongiurato è quello di manovre arbitrarie da parte degli agenti. L'astante controlla, ma è assai improbabile che sia sufficientemente preparato per cogliere le imprecisioni tecniche, le scelte capaci di compromettere l'integrità del dato²³.

Il sistema italiano invece allarga il bersaglio e prevede modalità operative concrete per la tutela delle informazioni originali; ne abbiamo incontrate di due tipi: l'impartire prescrizioni ad altri e l'impiego di misure tecniche idonee da parte dell'investigatore. Quest'ultimo, se ne deduce, deve evitare modifiche ingiustificate, ma non basta. Deve saper scegliere la strada più adeguata per raggiungere gli scopi fissati dalla norma, e deve farlo su qualunque sistema informatico sia chiamato a intervenire. Lo scenario appare poco realistico, specie in caso di accertamenti urgenti: gli ufficiali di polizia giudiziaria potrebbero non avere alcuna preparazione specifica né esperienze tali da consentire una vera e propria messa in sicurezza della scena informatica. Il rischio di manovre maldestre è alto²⁴. Il pericolo cresce se si deve procedere ad immediata raccolta mediante copia: in questo caso occorre svolgere una serie di valutazioni preliminari sull'idoneità del supporto²⁵, su quale metodo sia bene

²² La sanzione è comminata dall'articolo L59, Code de procédure pénale.

²³ Anche per queste ragioni la miglior letteratura in materia di indagini informatiche tende a prediligere sistemi che traccino le operazioni compiute in maniera automatica —la videoripresa delle operazioni o un sistema di auditing— alle testimonianze; v. CASEY, *Digital Evidence and Computer Crimes*, Waltham, Academic Press, III ed., 2011, p. 232.

²⁴ Basti pensare al caso della sparatoria di San Bernardino: il Federal Bureau of Investigation, tentando d'accedere all'iPhone aziendale in uso a uno degli attentatori, ha chiesto al proprietario che fosse resettata da remoto la password iCloud. Si credeva di poter superare così le misure di sicurezza del telefono senza tener conto di un elemento fondamentale: la password azzerata serviva per accedere allo spazio di condivisione e salvataggio dei dati online, ma nulla aveva a che vedere con il dispositivo fisico, protetto invece da un diverso codice di sblocco. L'azzeramento della password, anzi, ha reciso il collegamento tra il telefono e il cloud su cui il cellulare, pur bloccato, avrebbe salvato automaticamente tutti i dati: una volta in rete, questi sarebbero stati accessibili all'azienda e quindi agli investigatori. Apple, infatti, ha messo a disposizione le informazioni salvate su iCloud: si trattava però di materiale ormai risalente, che non comprendeva il periodo di maggior interesse ai fini delle indagini —quello delle settimane precedenti all'attentato. Insomma, se avessero evitato mosse incaute, gl'inquirenti avrebbero probabilmente ottenuto tutte le informazioni che cercavano senza bisogno di imbarcarsi in un'odissea giudiziaria; v. Government's motion to compel, depositata il 16 febbraio 2016, p. 18, nota 7. Pur non riferendosi al panorama italiano, l'esempio ci è utile per illustrare il punto: a prescindere dalle normative, non sempre si hanno tutti gli elementi per stabilire, in pratica, qual è l'operazione più corretta; agire d'istinto, però, può mettere a repentaglio l'indagine.

²⁵ Un riferimento simile compare, nel codice francese, solo nel già menzionato art. R 15-33-74. Nel caso in cui i dati siano messi a disposizione in formato digitale da soggetti terzi, l'ufficiale di



seguire e su come assicurare la conformità del duplicato all'originale. Ovviamente non esiste una singola ricetta per tutti i casi possibili: estrarre dati da un computer portatile, da un cloud o da un telefono dei primi anni 2000 pone questioni tecniche differenti, tutte da affrontare con cautele specifiche²⁶.

Per di più, la situazione appare particolarmente delicata a questo stadio: il difensore —ammesso che ne sia già stato nominato uno— ha diritto d'assistere ma non di essere avvisato; in pratica non assiste mai e, qui come per molte altre “prove scientifiche”, le conseguenze son difficili da rimediare. Nei fatti, i metodi per la loro stessa rilevazione e raccolta possono influenzare irreversibilmente i risultati delle analisi, cosicché quanto avviene in indagine determina giocoforza il seguito. Cercando di arginare i pericoli a ordinamento vigente, si è cercato di ricondurre le operazioni all'area degli accertamenti tecnici irripetibili, agganciando alla nomenclatura le relative garanzie: le parti avrebbero così diritto ad essere avvisate, nominare consulenti tecnici, formulare riserva di promuovere incidente probatorio²⁷. Certo, quest'ipotesi non risolverebbe tutti i problemi, ma costituirebbe innegabilmente un salto di qualità; la giurisprudenza tuttavia non concede spiragli, ferma com'è alla distinzione tra ‘accertamento’ e ‘rilievo’²⁸. Il discrimine è però datato e si fa meno sostenibile ogni giorno che passa: le operazioni di acquisizione dei reperti, in ambito informatico ma non solo, stanno strette nella nozione di ‘rilievo’; la qualifica di attività «meramente meccaniche» è ormai un'illusione, e un'illusione costosa²⁹. Le attuali tecnologie sembrano imporre insomma un cambio di passo e, più che ritoccare, converrebbe ripensare per intero le disposizioni sull'analisi della scena³⁰.

polizia giudiziaria ha due possibilità: stampare quanto serve o copiare integralmente quanto ricevuto su «un supporto informatico conforme agli standard tecnici validi al momento della trasmissione». Nulla si precisa, invece, rispetto alle altre ipotesi di raccolta del materiale mediante copia.

²⁶ KESSLER, *Are mobile device examinations practiced like forensics?*, in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 4/2015, p. 3 s.; CASEY, *Digital Evidence and Computer Crime*, cit., p. 227; FEDERICI, *Nuovi orizzonti per l'acquisizione remota di Personal Cloud Storage*, in MAIOLI, *Questioni di informatica forense*, Roma, Aracne, 2015, p. 113; più in generale, v. FRASER, *Forensics Science: A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 17 e ss.

²⁷ Per un tentativo in questo senso v. DANIELE, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 441 e ss.

²⁸ Cass., sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11503, Rv. 243495; Id., sez. I, 26 febbraio 2009, n. 11863, Rv. 243922; Id., sez. I, 5 marzo 2009, n. 14511, Rv. 243150; Id., sez. I, 30 aprile 2009, n. 23035, Rv. 244454; Id., sez. I, 9 marzo 2011, n. 17244 in *Cassazione penale*, 2012, p. 440; Id., sez. II, 19 febbraio 2015, n. 8607, Rv. 263797; Id., sez. II, 4 giugno 2015, n. 24998, Rv. 264286; Id., sez. II, 1 luglio 2015, n. 29061, Rv. 264572. Salvo diverse indicazioni, le sentenze citate in questo contributo provengono dal *CED Cassazione*.

²⁹ Lamentando gl'inconvenienti di questa impostazione, la Corte d'assise d'appello di Roma ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 360 c.p.p. in relazione agli artt. 24 e 111 Cost. «ove non prevede che le garanzie difensive approntate da detta norma riguardano le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA». L'ordinanza —la n. 245/2015 del registro della Consulta— è disponibile alla pagina www.cortecosistuzionale.it.

³⁰ V. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Processo penale e giustizia*, 6/2015, p. 166.



3. RACCOLTA

Una volta individuato, il materiale d'interesse è da prelevare: si procede così al sequestro. La disciplina generale dell'atto, però, non è stata novellata: non contempla quindi la realtà diafana delle informazioni, che non vengono individuate come possibile, autonomo oggetto di sequestro. Nella logica del legislatore, dunque, per mettere le mani sul materiale informatico occorrerà vincolare il supporto fisico: si tratta di una cosa, un oggetto tangibile —realtà che il codice ben conosce e contempla³¹.

La scelta potrebbe essere dettata da quell'attenzione all'originale che innerva tutta la riforma: lo si assicura all'indagine attraverso lo spossessamento del dispositivo, evitando anche che il materiale utile venga modificato o cancellato. La soluzione sembra però scambiare il contenitore col contenuto: l'apparecchio, di per sé, è infatti privo d'interesse, rilevano invece le informazioni che incorpora; esse, però, possono essere utilmente raccolte con mezzi ben diversi dall'apprensione del dispositivo. I dati possono essere perfettamente riprodotti, creando un clone in tutto e per tutto identico alla matrice; l'originale può essere ubiquo. Per acquisirlo e impedire che venga alterato, così, non è necessario vincolare le cose; basta una copia ben eseguita.

Su questo punto appare meglio congegnato il sistema d'oltralpe: che proceda la polizia o che proceda un giudice, è espressamente previsto che si possa sequestrare il supporto fisico originale o, in alternativa, una copia realizzata in presenza di chi ha assistito alla perquisizione³². Dall'ordinamento italiano, invece, giunge un solo segno di consapevolezza, l'art. 254-bis, norma introdotta nel 2008 che regola il sequestro presso i fornitori di servizi informatici e di telecomunicazioni. Si tratta di un'ipotesi speciale, ben circoscritta; in questo caso, tuttavia, l'autorità giudiziaria può limitarsi a duplicare i dati rilevanti³³, che assumono qui —e solo qui— una consistenza autonoma. La disposizione precisa pure la ragione che sta alla base della disciplina: s'intende tutelare la continuità del servizio, evitando di mettere offline un intero server quando è possibile ricorrere a una via alternativa. Si tratta di un'applicazione del principio di proporzionalità: a parità di risultato, s'impiegheranno le modalità meno invasive, quelle che più lievemente incidono sulle libertà di chi deve subire l'atto.

A ben riflettere, tuttavia, lo stesso ragionamento dovrebbe valere per tutti gli altri soggetti coinvolti, a partire dall'indagato: perché vincolare un computer intero, se un clone delle informazioni utili ne è un sostituto perfetto? Parliamo pur sempre di una compressione dei diritti che non trova nessuna reale giustificazione

³¹ *Contra* NOVARIO, *Criminalità informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla l. 18 marzo 2008, n. 48 al codice di procedura penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 1070;

³² Art. L56, art. L97 Code de procédure pénale.

³³ Le accortezze da adottare son descritte nei dettagli: occorre un supporto adeguato, una procedura che assicuri la conformità del duplicato rispetto all'originale e la sua immutabilità. Al fornitore del servizio è poi ordinato di proteggere gli originali che, nonostante il sequestro, non escono mai dal suo possesso.



nelle esigenze dell'accertamento: queste sarebbero soddisfatte anche dalla soluzione meno incisiva, più rispettosa delle sfere di libertà del soggetto passivo³⁴. Il dato letterale che la relega ad eccezione merita d'essere capovolto: sul piano della gerarchia delle fonti, un appiglio potrebbe derivare dalla formula costituzionale del «giusto processo», di cui la proporzionalità, secondo un'opinione qui condivisa, costituisce una dimensione³⁵.

La prassi, ad ogni modo, conosce già misure intermedie: il supporto fisico è spesso sottratto al proprietario per il tempo necessario a duplicarlo, quindi è restituito. Sarebbe un buon compromesso se non presentasse una controindicazione: come abbiamo detto, l'oggetto dell'atto non è il contenuto, ma il contenitore. Una volta svincolato, dunque, chi ha subito il sequestro si trova a metà del guado: non ha alcun bene da rivendicare, ma l'autorità giudiziaria ha raccolto e conserva tutte le informazioni che ritiene rilevanti. Le conseguenze seguono a fil di logica: la giurisprudenza, a partire da una nota decisione del 2008, ha ritenuto inammissibile la richiesta di riesame perché, una volta restituito l'oggetto, viene meno l'interesse a impugnare³⁶. Solo di recente l'indirizzo è stato rimesso in discussione: superando il dato letterale, si è dapprima affermata la capacità del solo dato di essere sottoposto a sequestro³⁷; in seconda battuta si sono tratte conclusioni coerenti con la premessa: se il materiale informatico resta nelle mani dell'autorità giudiziaria, il vincolo permane nonostante la restituzione del supporto³⁸.

Pur per un percorso travagliato, in definitiva, la cassazione si è spinta là dove il legislatore era stato reticente: l'autonomia delle informazioni dal supporto è stata stabilita in via generale —almeno in questo recente approdo— e la sua duplicazione vale a imporre un vincolo.

Perché il clone sia un sostituto perfetto, tuttavia, è necessario che le operazioni siano trasparenti, ripercorribili, ben relazionate. Si torna insomma al nodo cruciale —la documentazione— che dovrebbe essere il più possibile esaustiva, indicando nello specifico le procedure adottate e tutto ciò che serve a identificare univocamente quanto prelevato. Prendiamo ad esempio un hard disk: per effettuarne una riproduzione, s'impiega di norma il bit-stream image, una tecnica che consiste nel copiare una memoria bit per bit. Non ci si limita, insomma, a riprodurre i file salvati conservandone l'ordine, ma si trascrivono anche tutte quelle zone del disco rigido che non contengono nulla di direttamente percepibile all'utente³⁹. Per controllare che la

³⁴ Della stessa opinione, ancor prima della riforma del 2008, MANCHIÀ, *Sequestro probatorio di computers: un provvedimento superato dalla tecnologia?* In *Cassazione penale*, 2005, p. 1638.

³⁵ CAMON, *cit.*, p. 167 e ss.

³⁶ Cass., S.U., 24 aprile 2008, n. 18252, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 469 e ss., con nota di CARNEVALE, *Copia e restituzione di documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse ad impugnare*; nella stessa direzione, Cass., sez. VI, 24 aprile 2012, n. 29846, Rv. 253251; Id., sez. I, 8 ottobre 2013, n. 43541, Rv. 257357; Id., sez. III, 30 maggio 2014, n. 27503, Rv. 259197.

³⁷ Cass., sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, Rv. 164092.

³⁸ Cass., sez. III, 23 giugno 2015, n. 38148, Rv. 265181.

³⁹ Per ulteriori dettagli tecnici, v. ATERNO, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, *cit.*, p. 62 e ss.



```
Information for H:\server\server.ad1:
[Computed Hashes]
MD5 checksum: 9aa28d9314de1713c0e936f6af9d1035
SHA1 checksum: 7fe4a33e5d260fb1b49184b4e2f0bb6729e411cb
```

```
Image information:
Acquisition started: Wed Mar 30 14:18:26 2011
Acquisition finished: Wed Mar 30 15:53:52 2011
Segment list:
H:\server\server.ad1
H:\server\server.ad2
H:\server\server.ad3
H:\server\server.ad4
H:\server\server.ad5
H:\server\server.ad6
H:\server\server.ad7
```

```
Image verification results:
Verification started: Wed Mar 30 15:54:19 2011
Verification finished: Wed Mar 30 16:03:02 2011
MD5 checksum: 9aa28d9314de1713c0e936f6af9d1035 : verified
SHA1 checksum: 7fe4a33e5d260fb1b49184b4e2f0bb6729e411cb : verified
```

clonazione sia andata a buon fine, occorre un passaggio preliminare: il calcolo di un hash. Prima di dare inizio alla copiatura, si applica un algoritmo⁴⁰ che, a un input di estensione variabile —sia un singolo file, sia un intero disco rigido— produce una stringa alfanumerica di lunghezza predefinita. Ogni cambiamento dell'input, per quanto microscopico, darà luogo a un hash del tutto differente⁴¹: la sequenza potrà quindi essere utilizzata per individuare il disco a colpo sicuro, come se si trattasse di un set d'impronte digitali⁴². Per assicurare la conformità della copia all'originale occorrerà quindi applicare lo stesso algoritmo e comparare il risultato: se i dati sono rimasti intatti, il valore calcolato dovrebbe essere identico. Lo stesso meccanismo vale per controllare l'integrità delle informazioni a distanza di tempo: basterà confrontare la stringa con cui è stato identificato il disco all'inizio dell'indagine con il risultato dell'algoritmo in qualunque momento successivo; se tutto corrisponde, il materiale non avrà subito variazioni. Per intenderci bene, vediamo un esempio più concreto.

⁴⁰ Ne esistono molti, diversi tra loro per struttura e per lunghezza dell'output: uno dei più diffusi è la funzione MD5 che genera una stringa di 128 bit. Lo standard federale statunitense, invece, è dato dai Secure Hash Algorithm, una famiglia che comprende cinque funzioni; la più diffusa è la SHA-1, che produce una sequenza di 160 bit. Per ulteriori dettagli, v. CASEY, *Digital Evidence and Computer Crime*, cit., p. 22 e ss.

⁴¹ Il risultato, infatti, non riflette in alcun modo il contenuto dei file né è possibile invertire la funzione e ristabilire, partendo dall'hash, l'insieme di dati cui si ricollega. Tra input e output c'è una relazione matematica, non semantica.

⁴² Più precisamente, è molto improbabile che a input diversi corrisponda lo stesso output: la sicurezza dell'algoritmo cresce al diminuire della probabilità di collisioni, ovvero che sia generato un risultato identico per due input diversi.



L'immagine mostra un verbale prodotto per la duplicazione di un disco rigido: sono riportate due stringhe che risultano da due diverse funzioni di hash —MD5 e SHA-1— applicate all'insieme di dati⁴³. Vengono poi riportate la data e l'ora di inizio e fine dell'operazione e, per chiudere, viene svolta una verifica sull'immagine forense creata. I valori vengono calcolati sulla base dei medesimi algoritmi, ma questa volta a partire dalla copia; li si confronta poi con quelli elaborati in precedenza sul disco originale: se le stringhe coincidono —come in questo caso, dove il risultato è identico— potremo affermare che il clone è in tutto e per tutto uguale all'hard disk di partenza.

Avendo a disposizione una documentazione esaustiva, sarà possibile ricostruire la correttezza dei singoli passaggi; tuttavia, anche su questo punto il codice è drammaticamente antiquato: la normativa è stata pensata trent'anni fa, mentre i redattori avevano sotto gli occhi una realtà d'indagine tutta diversa. Quali misure tecniche sono state adottate nel caso concreto? Quali programmi si sono utilizzati? Quali operazioni sono state preferite e come sono state svolte? Nulla obbliga gli operatori a riferire su questo⁴⁴ e riesce difficile saggiare ex post la correttezza metodologica dell'intervento se le informazioni sono scarse, generiche.

4. CUSTODIA E ANALISI

Una volta raccolto il materiale, la preoccupazione del legislatore si sposta: l'integrità dell'elemento passa attraverso una corretta custodia dei dati e, per provvedervi, schegge specialistiche sono state mescolate alle vecchie disposizioni. S'inizia redigendo il verbale di sequestro (art. 81 disp. att.), che indica la specie e il numero dei sigilli apposti. La norma fa il paio con il primo comma dell'art. 260, che contempla la possibilità di vincolare le cose con mezzi «di carattere elettronico o informatico»⁴⁵. Si tratta, in sostanza, della crittazione dei dati: senza una chiave di decodifica, saranno inaccessibili⁴⁶.

⁴³ Utilizzare più funzioni è uno stratagemma per aumentare la sicurezza dell'identificazione: come dicevamo, è improbabile —sebbene possibile— che due input diversi diano luogo alla stessa traccia hash. Il rischio che la difformità tra originale e copia passi inosservata utilizzando due diversi algoritmi è addirittura inverosimile: anche se si verificasse una collisione rispetto a uno dei due risultati, l'altro supplirebbe. Nell'immagine, vediamo che l'hash MD5 dell'originale corrisponde all'hash MD5 della copia; allo stesso modo corrispondono le tracce SHA-1. La corrispondenza della copia all'originale è così accertata con un margine d'errore molto ridotto.

⁴⁴ A titolo di esempio, v. Cass., sez. III, 28 maggio 2015, n. 37644, Rv. 265180. Nel caso di specie, non era indicata la stringa che risultava dalla funzione di hash, rendendo così impossibile ogni valutazione circa la corrispondenza all'originale.

⁴⁵ Si è tuttavia sostenuto che si tratti di «una mera ipotesi di scuola» che difficilmente avrebbe preso piede all'interno del processo; v. MONTI, *La nuova disciplina del sequestro informatico*, cit., p. 207.

⁴⁶ Si soffermano sul tema NOVARIO, *Criminalità informatica e sequestro probatorio*, cit., p. 1070 e ss.; MASSARI, *Commento all'art. 260*, in Conso-Illuminati, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2015, p. 998 e ss.



Il supporto fisico andrà quindi riposto in un pacco numerato e sigillato, pronto per essere conservato in cancelleria o in segreteria. Su questo punto, si mostra più confuso il codice francese: in alcuni casi è espressamente previsto che i supporti fisici siano sigillati⁴⁷; in altri del tutto simili, manca una disposizione analoga⁴⁸.

L'iter italiano procede lineare: le cose sequestrate saranno inventariate secondo quanto disposto dall'art. 82 disp. att., che prevede le verifiche necessarie in caso di alterazione dei sigilli; se occorresse rimuoverli per il compimento di un atto, sarebbero poi da apporre nuovamente.

Se non è possibile affidare le cose alla segreteria o alla cancelleria, è nominato un custode. I doveri che assume sono ben modellati: deve impedire l'alterazione o l'accesso di terzi non autorizzati ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici a lui affidati.

I supporti potrebbero deteriorarsi, e la legge scongiura anche questo rischio contemplando la possibilità di clonare gli originali (art. 260). Anche in questo caso ritroviamo le cautele già viste —l'adeguatezza di mezzi e procedure, l'immodificabilità— e di nuovo ci s'imbatte in una lieve asimmetria rispetto all'art. 258, che regola la copia dei documenti sequestrati. La novella del 2008 ha lasciato intatta quest'ultima disposizione; eppure, se si tratta di requisiti minimi per ritenere una riproduzione affidabile, non avrebbe senso differenziarli a seconda del fine che il duplicato serve.

La legge tace invece rispetto alla fase successiva, quella dell'analisi: si ricadrà nel generale ambito delle consulenze tecniche, lasciando agli esperti il compito d'individuare gli strumenti d'indagine che meglio s'attagliano alle circostanze del caso e le modalità di documentazione più adeguate.

Nel caso in cui il consulente tecnico della parte privata sia autorizzato all'esame delle cose sequestrate ai sensi dell'art. 233, l'autorità giudiziaria potrà imporre «le prescrizioni necessarie per la conservazione dello stato originario delle cose». Forse la previsione meritava di essere sgrossata ed estesa. Abbiamo visto con quanta insistenza si sia inserito un inciso, una clausola a salvaguardia della sacralità dell'originale⁴⁹ in quasi tutte le ipotesi di contatto dell'investigatore con l'elemento digitale. Sembra strano che questa attenzione si affievolisca proprio qui, dove il rischio di manipolazione irreversibile del dato è dietro l'angolo. Poteva valere la pena stabilire esplicitamente che le analisi devono essere svolte —ove non sia assolutamente necessario procedere altrimenti— su un clone dell'elemento prelevato: si sarebbe chiuso il cerchio. L'originale rimarrebbe intatto, pronto per essere nuovamente duplicato in caso di necessità: ogni esame sarebbe ripetibile e verificabile da parte di un perito o

⁴⁷ È il caso degli articoli L97 e R15-33-74 che si riferiscono, quanto ai sigilli, anche ai supporti informatici.

⁴⁸ Art. L56, che non estende ai dati la disciplina invece prevista per documenti e oggetti.

⁴⁹ L'espressione è in ZICCARDI, *L'ingresso della computer forensics nel sistema processual-penalistico italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., p. 167.



di un consulente tecnico, lasciando poi al giudice il compito di valutare quale delle ricostruzioni proposte è la più corretta.

5. UTILIZZABILITÀ E MIGLIORI PRATICHE

Se la legge ha il merito di aver fissato obiettivi nitidi, ha però la colpa di non averli costruiti a sufficienza: nonostante la novella, le incertezze che sorgono dal disposto normativo italiano restano molte.

Un primo fronte sguarnito riguarda la violazione degli obblighi sin qui descritti: manca, infatti, una sanzione processuale che colpisca l'inosservanza delle precauzioni stabilite e se le cautele non vengono impiegate, i dati mal raccolti o mal conservati saranno comunque ammissibili e utilizzabili⁵⁰. Alla parte interessata non resta che screditare gli elementi acquisiti mettendo ben in evidenza tanto l'inadeguatezza tecnica delle procedure quanto il loro concreto impatto sulla genuinità del dato.

Ad avviso di alcuni, un simile assetto finisce per imporre alla difesa un vero e proprio onere probatorio del quale si chiede o si postula il rovesciamento: secondo quest'opinione, infatti, dovrebbe essere l'accusa a dimostrare di aver rispettato tutti i canoni della buona indagine informatica e di aver così consegnato al processo del materiale affidabile⁵¹. Per raggiungere il risultato, si è ragionato attorno alla formula dell'art. 533: il dubbio che basta ad assolvere non può ritenersi fugato se le prove non sono affidabili, e siccome sta all'accusa dimostrare la colpevolezza, spetterà sempre a questa il compito di provare la genuinità dei reperti⁵². L'argomento è suggestivo ma non convince fino in fondo: s'invoca qui, più che la presunzione d'innocenza, una presunzione d'inattendibilità dell'elemento che sembra però logicamente slegata dalla prima. E in effetti, altri si spingono appunto a formulare espressamente una «presunzione di ripudio» del dato, che sarebbe da considerare manipolato «ad arte» fino a prova contraria⁵³.

Per verità, simili letture sembrano ricalcare lo schema statunitense, dove —lo si è visto— l'unica disposizione espressa si occupa proprio di questo problema: si

⁵⁰ La giurisprudenza è ferma: Cass., sez. III, 28 maggio 2015, n. 37644; Id. sez. II, 1 luglio 2015, n. 29061; Id., sez. II, 4 giugno 2015, n. 24998; Id., sez. II, 12 dicembre 2008, n. 11135.

⁵¹ CACCAVELLA, *Le perizie informatiche*, cit., p. 198 e ss.; CAJANI, *Anatomia di una pagina web*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 484; ID., *Il vaglio dibattimentale della digital evidence*, in *Archivio penale*, 2013, p. 851; LUPARIA, *Il caso "Vierika"*, cit., p. 158, che ritiene si tratti di un aggravio che si colloca «fuori dall'architettura sistematica del nostro ordinamento processuale».

⁵² Così TONINI, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Diritto penale e processo*, 2010, pp. 887-888. La tesi è stata proposta rispetto a un diverso tipo di prova, quella genetica: l'ambito è differente, ma i problemi che si pongono sono affini sia per quanto riguarda il rapporto tra scienza e diritto, sia per quanto attiene alla catena di custodia dei reperti. L'opinione, insomma, sembra poter essere discussa anche in questa sede senza che ne esca snaturata.

⁵³ CACCAVELLA, *Le perizie informatiche*, cit., p. 198. All'impostazione aderisce CAJANI, *Anatomia di una pagina web*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 484; ID., *Il vaglio dibattimentale della digital evidence*, cit., p. 851.



stabilisce che la parte interessata all'acquisizione di un reperto ha il dovere di accreditarne la genuinità. Se l'onere non è soddisfatto, gli elementi di prova non saranno ammessi. Riprodurre un regime simile, tuttavia, sembra un'operazione azzardata: l'ordinamento italiano non esprime una norma analoga; non assegna a nessuna delle parti il compito di dimostrare che le operazioni si sono svolte correttamente; non pone nessuno sbarramento all'ingresso dei dati, per quanto mal raccolti. Acquisito il materiale, al giudice spetta il compito di valutarlo liberamente: dovrà farsi carico delle incertezze, ponderarne l'incisività e decidere, tracciando il percorso logico seguito nella motivazione⁵⁴. Mettere in discussione l'elemento, incrinarne l'attendibilità non è allora un onere delle parti, ma un mero interesse: si cercherà di sottolinearne tutte le fragilità non per escluderlo dal compendio probatorio, ma per farlo apparire al giudice come una piattaforma troppo fragile per sorreggere una decisione.

Il rischio, però, è quello di navigare a vista: il contraddittorio tecnico, come s'è detto, è legato a doppio filo al destino dell'originale. Se questo manca, non sarà possibile ripetere le analisi per confermare o smentire la correttezza delle procedure; il dibattito non potrà che arrestarsi a quanto emerge, senza concedere alle parti o al giudice la possibilità di andare più a fondo.

La questione è intimamente connessa a un ulteriore nervo scoperto: anche se la legge ponesse un vero e proprio divieto probatorio —e, abbiamo detto, non lo fa— resterebbe da individuare un modo concreto per centrare gli obiettivi fissati dal codice. Questo, infatti, non detta specifiche tecniche e l'elasticità ha i suoi vantaggi: l'evoluzione dell'informatica è travolgente e il ritmo dell'aggiornamento sarebbe duro da reggere anche per il più attento dei legislatori. Del resto, sta nella natura delle cose: la scienza si nutre di dubbi mentre al codice tocca dare certezze. Inoltre, l'indagine penale può ormai giovare di un ventaglio piuttosto ricco di strumenti tecnico-scientifici profondamente diversi l'uno dall'altro; a maggior ragione, un discorso normativo troppo volenteroso dovrebbe spandersi per mille rivoli, col rischio d'irrigidire la disciplina all'eccesso⁵⁵. Tuttavia, limitarsi a dire che le operazioni devono essere svolte in modo corretto rinunciando ad eleggere un metodo significa lasciare quest'affermazione nel vuoto.

Potrebbe forse essere più saggio rinviare alle migliori pratiche di ciascun settore⁵⁶: si guadagnerebbe in aggiornamento e agilità, lasciando stabilire agli esperti quali sono i requisiti minimi per ritenere tecnicamente affidabili le operazioni. La soluzione, del resto, è tutt'altro che sconosciuta. Diversi ordinamenti, per ragion pratica prima che per forza di legge, hanno visto crescere l'integrazione tra le norme e i protocolli operativi: per non veder falciati i risultati d'indagine, le forze dell'ordine si sono dotate di linee guida tali da assicurare la catena di custodia del dato.

⁵⁴ Su questo punto, pur riferito a un diverso ambito, v. SPANGHER, *Considerazioni sul processo «criminale» italiano*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 39.

⁵⁵ V. CAMON, *La prova genetica*, cit., p. 167.

⁵⁶ Suggestisce di inserire «uno schema di protocollo generale» nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale MACRILLÒ, *Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione dei dati informatici*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, p. 516.

Questo è, ad esempio, il caso degli Stati Uniti, dove la proliferazione delle buone pratiche in materia informatica è sorprendente⁵⁷: il solo National Institute of Justice ha emesso una serie di manuali mirati, che differenziano le prescrizioni a seconda del tipo d'intervento richiesto⁵⁸ e del tipo di soggetto agente⁵⁹. Lo stesso vale per il Regno Unito, dove l'associazione degli ufficiali di polizia si è data standard giunti ormai alla quinta edizione⁶⁰.

Anche là dove la catena di custodia è istituito codificato anello per anello, non mancano i protocolli che, senza le formalità della legge, precisano i requisiti minimi per l'affidabilità del materiale raccolto: il codice venezuelano, per esempio, rimanda a un manuale⁶¹; questo contiene direttive dedicate a ciascuna area scientifica d'interesse —tra cui l'informatica forense— tanto rispetto al lavoro di raccolta sul campo quanto alla successiva fase d'analisi in laboratorio.

Una soluzione simile sarebbe auspicabile anche in Italia non per consegnare alla scienza la disciplina del processo, ma per rendere più controllabili —e dunque più garantite— le procedure che coinvolgono saperi specialistici: gli obblighi elastici che il codice esprime potrebbero essere concretamente valutati alla stregua d'un modello definito. Gli inquirenti sarebbero così portati a muoversi con più circospezione e perizia, evitando disattenzioni che potrebbero intaccare l'indagine intera. Gli indagati avrebbero miglior gioco nello sfidare l'accusa anche sul piano tecnico e il giudice non sarebbe lasciato solo a indovinare dell'attendibilità del dato: stabilito un metodo, se ne farebbe garante.

Agognando questo equilibrio, si è sostenuto che la legge 48 del 2008 contenesse un implicito rinvio alle migliori pratiche così da conferire a queste ultime un'efficacia quasi normativa. L'impostazione, per certi versi confortante, non può essere condivisa: il riferimento, per essere tale, dovrebbe essere tutt'altro che sottinteso, indicando chiaramente l'insieme di regole tecniche da prediligere; né da un richiamo tacito si possono dedurre reazioni eloquenti⁶². D'altronde non esistono,

⁵⁷ Per una panoramica esaustiva si rinvia a CASEY, *Digital Evidence and Computer Crime*, cit., p. 230; RAGHAVAN, *Digital forensic research: current state of art*, in *CSI transactions on ICT*, 1/2013, p. 95. Mescola spunti di comparazione con le linee guida australiane Mc KEMMISH, *When is digital evidence forensically sound*, in *Advances in digital forensics IV*, Elsevier, 2008.

⁵⁸ v. KEISLER-DALEY-HAGY, *Investigative Uses of Technology: Devices, Tools, and Techniques*, National Institute of Justice, www.ojp.usdoj.gov/nij.

⁵⁹ HAGY, *Electronic Crime Scene Investigation: A Guide for First Responders*, National Institute of Justice, www.ojp.usdoj.gov/nij.

⁶⁰ Si allude al *ACPO Good Practice Guide for Digital Investigation*, v version, 2012, in www.digital-detective.net.

⁶¹ Più precisamente, si tratta del *Manual Único de Procedimientos en Materia de Cadena de Custodia da Evidencias Físicas*, previsto dall'art. 187 del Código Orgánico Procesal Penal venezuelano.

⁶² Leggendo nell'intervento del 2008 la volontà di escludere materiale informatico raccolto e conservato in maniera scorretta, in molti hanno intravisto diverse forme d'invalidità, dalla nullità dell'atto con cui l'elemento è stato raccolto —v. VITALE, *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, p. 509— all'inutilizzabilità: tra i molti, v. LUPARIA, *Il caso «Vierika»*, cit., p. 158; ID., *Processo penale e tecnologia informatica*, *ibidem*, 2008, p. 221; LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e*

allo stato, protocolli o accordi italiani in grado d'imporsi sul piano nazionale. Alla mancanza, tuttavia, si potrebbe rimediare facendo riferimento alle autorevoli linee guida elaborate dall'Organizzazione internazionale per la normazione in materia di prova digitale⁶³: si tratta di un punto di riferimento mondiale, spesso preso in considerazione nella redazione degli standard nazionali.

Uno stimolo in questo senso potrebbe arrivare dalle crescenti esigenze di circolazione della prova: non è un caso che uno degli organismi d'indagine attualmente al lavoro in seno all'Unione Europea —l'OLAF⁶⁴— si sia dotata di linee guida parecchio stringenti. In materia di accertamenti informatici, si è scelto di abbracciare sia gli standard inglesi sia le linee guida ISO: le prescrizioni puntano al livello più alto di pulizia metodologica, così da troncarsi sul nascere ogni questione relativa all'ammissibilità dei dati raccolti, qualunque sia l'autorità chiamata ad utilizzarli. Il poco sta nel molto, e dato che l'ufficio raccoglie elementi senza sapere in anticipo come e dove saranno utilizzati, si cerca di soddisfare i criteri di ammissibilità di ciascun tribunale, indipendentemente dal paese in cui si trova o dal tipo di giurisdizione che esercita.

Abbracciare uno standard metodologico sarebbe un passo avanti, ma il cerchio si chiuderebbe se la legge fosse un poco più decisa nel regolare pure le conseguenze delle eventuali violazioni.

Lo scenario attuale offre qualche apertura, qualche segno di un'accresciuta consapevolezza da parte della prassi⁶⁵. Una rimeditazione approfondita, tuttavia, sembra tanto urgente quanto lontana: anche nei più recenti innesti normativi, il legislatore non ha approfittato dell'esperienza per aggiustare il tiro. Nella disposizione che regola l'acquisizione di documenti e dati conservati all'estero —l'art. 234-bis, introdotto dalla legge del 17 aprile 2015, n. 43— la preoccupazione per l'autenticità nemmeno traspare: nella migliore delle ipotesi, se si trattasse d'informazioni disponibili al pubblico, si potrebbe imbastire un confronto; diversamente, entrerà a processo del materiale rispetto al quale la controparte non ha immediate possibilità d'interazione. Inoltre, non si è stabilita alcuna regola metodologica per il suo prelievo o per la sua conservazione: non si sono nemmeno replicati gli obblighi premurosamente aggiunti nel 2008; di certo, il livello di garanzie non sembra essersi innalzato.

telematica, cit., p. 135. Per un affresco esaustivo delle diverse posizioni dottrinali, v. CAJANI, *Il vaglio dibattimentale della digital evidence*, cit., p. 835.

⁶³ Ci si riferisce a *Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence* ISO/IEC 27037: 2012.

⁶⁴ Acronimo francese per *Office européen de Lutte Anti-Fraude*. Si tratta di un corpo esclusivamente amministrativo che ha per obiettivo il contrasto alle frodi capaci di ledere gli interessi finanziari dell'Unione Europea: v. LASAGNI, *Cooperazione amministrativa e circolazione probatoria nelle frodi doganali e fiscali*, in *Diritto penale contemporaneo* (web), 23 settembre 2015.

⁶⁵ Pur esulando dal campo informatico, merita di essere segnalata Cass., sez. III, 16 dicembre 2009, n. 2388, in www.iusexplorer.it. Dinanzi alla perizia svolta su cose non sigillate e non corrispondenti nella quantità all'indicazione del verbale di sequestro, la Corte ha affermato che «prima di utilizzare la perizia, si sarebbero dovuti svolgere accertamenti per stabilire se, nonostante la mancanza dei sigilli, dovessero escludersi ipotesi di manomissione o di confusione tra reperti».



Insomma, la strada da fare sembra essere ancora molta: occorre da un lato un legislatore più pronto e preciso, disposto a un dialogo maturo con le istituzioni scientifiche.

Dall'altro, tuttavia, anche la disciplina più raffinata potrebbe non essere metabolizzata da chi è chiamato a rispettarla: sarebbe indispensabile una presa di coscienza da parte di tutti i soggetti coinvolti —polizia, magistrati e avvocati— mentre il tema appare accantonato, poco approfondito e ancor meno compreso⁶⁶. Si tratta, spesso, di una mancanza di strumenti: un'alfabetizzazione condivisa avrebbe ricadute importanti, forse anche a ordinamento invariato; sarebbe più semplice promuovere metodi d'indagine comuni, chiederne il rispetto e stigmatizzare le negligenze.

RECIBIDO: julio 2016; ACEPTADO: mayo 2017



⁶⁶ Della stessa opinione, CACCAVELLA, *Le perizie informatiche*, cit., p. 195. Lapidario il giudizio di MASON, cit., ad avviso del quale «data in digital format has brought about a revolution that most lawyers and judges have failed to understand», p. XXXVII.

CORPORATE GOVERNANCE IN PUBLIC INSTITUTIONS: A CASE STUDY ON THE REPUBLIC OF SLOVENIA

Bojan Tičar*
University of Maribor

ABSTRACT

In the analysis, the author summarises the relationships between the founder of a public institution (i.e. the state or a municipality) and the public institution's bodies (i.e. the council of the institution, the director, and the expert council thereof) and proposes certain necessary changes to the relevant legal regulation.

KEYWORDS: public institution, public sector, corporate governance, corporations, foundations, assets of the institution.

RESUMEN

«Relaciones entre el gobierno de las corporaciones públicas: un caso de Eslovenia». En este artículo el autor resume las relaciones entre el fundador de una institución pública (p. ej., el Estado o el municipio) y los órganos de la misma (consejo de dirección, director o consejo de expertos) y propone ciertos cambios en la legislación aplicable que estima necesarios.

PALABRAS CLAVE: sector público, corporaciones, fundaciones, gobierno corporativo.



INTRODUCTION

The *thema probandi* of this paper is to demonstrate that public institutions in Slovenia are, from a legal point of view, *sui generis* limited liability corporations and have a *sui generis* structure of corporate governance.

In terms of positive law, pursuant to the applicable Institutes Act (hereinafter: the IA)¹, public institutions are organisations established to provide public services relating to education, science, culture, sports, healthcare, social assistance, childcare, the protection of persons with disabilities, social insurance, or other activities, if they do not aim to make a profit from their activities. In fact, pursuant to the IA² it is not necessary that public institutions are legal entities. They can lack a legal personality.

A legal personality is a legal attribute of public institutions that are legal entities. A legal personality entails that public institutions become capable of having legal rights and duties following a final decision that the public institution has been entered in the court register.³ For the definition of its legal personality it is essential that a public institution is capable of having property rights and duties in legal transactions. The state acknowledges such position of the public institutions in its legal order so that a public institution is defined by law as a separate legal person. A public institution is an organisation having legal capacity and an independent legal person in legal transactions. In order to become a legal person (i.e. to acquire a legal personality) certain fundamental conditions⁴ must be fulfilled, namely, the specific purpose for establishing a legal person must be demonstrated (i.e. the necessary provision of a non-commercial public service *ex lege* and without a concession); funds for the accomplishment of such purpose must be ensured; management (and other bodies) necessary for the accomplishment of such purpose must be appointed; and a legally admissible organisational form must be determined.⁵ The legal personality of the public institution further entails that the public institution can own movable property and real estate (regardless of the fact that, as a general rule, it only manages real estate of the founder, i.e. the state or a municipality), that it can acquire property rights and undertake obligations, that it can sue and be sued, and that it is liable for its obligations with all its assets.⁶ An institution is not liable to creditors with assets that the institution manages but does not own.

* Bojan TIČAR, Doctor of Law, Professor of Law, Faculty of Criminal Justice and Security, University of Maribor, e-mail: bojan.ticar@fvv.uni-mb.si.

¹ Articles 1 and 3 of the Institutes Act (Zakon o zavodih – ZZ), Official Gazette RS, Nos. 12/91, 8/96, 36/00 – ZPDZC, and 127/06 – ZJZP.

² Article 4 of the IA.

³ See: Dictionary of Law, Ed. Julian Webb, Penguin Reference Library, Penguin Books, 2009, p. 309.

⁴ Retrieved from <http://www.eracunovodstvo.org/blog/podjetnisko-pravo/kdo-so-pravni-subjekti/> (21 April 2016).

⁵ See: Trstenjak, V. (2003), pp. 49-53.

⁶ See: Bohinc, R. and Tičar, B. (2006), p. 113.

The concept of *corporate governance* in institutions derives from the presumption that public institutions are corporations. However, strictly speaking, in accordance with Ancient-Roman and contemporary Germanic understanding, public institutions are not corporations. Based on the theoretical view presented by V. Trstenjak in her book *Legal Entities (Pravne osebe)*,⁷ a public institution is a fictitious structure that represents assets bound for a certain purpose (*universitas bonorum; i.e. a foundation*). A public institution is not a membership organisation (*universitas personarum, i.e. a corporation*),⁸ as it does not have members. A public institution is established either by the state or a municipality and is intended for providing a non-commercial public service. In legal transactions it acts through its bodies, especially individual members of its management (e.g. a director, principle, chancellor). A public institution acquires legal and contractual capacity following a final decision that it has been entered in the court register.⁹

However, the understanding of the concept of the *corporation* can also be different. For example, in 1910 the American writer A.W. Machen¹⁰ connected the theoretical understanding of the concept of the corporation and the limited liability of a legal person for obligations. Such understanding was not compatible with the Roman law and contemporary continental European understanding. In the American context, corporations are understood to be fictitious legal persons whose liability for the obligations of their founder or founders is limited. The connection between the concept of the corporation and limited liability for obligations was illustrated by J. Dewey in 1926, as he wrote about the historical background of the develop-

⁷ See: Trstenjak, V. (2003), pp. 49-53.

⁸ The reasoning of this paper is based on the division of legal entities into corporations and foundations, as was presented by V. Trstenjak in her book *Legal Entities (Pravne osebe)* (2003), and as was later summarised and expanded by the author and R. Bohinc in the book *Administrative Law – General Provisions (Upravno pravo – splošni del)* (2005). The outlined reasoning therein is re-systemised and upgraded in this paper so that forms of legal entities in terms of their organisation are determined and placed in an organisational scheme of territorial, functional, and associative administrative systems, as understood by G. Trpin in the book *Regulations in the State Administration, Government, and Ministries with Introductory Remarks (Predpisi o državni upravi, vladi in ministrstvih z uvodnimi pojasnili)* (1995) and subsequently summarised by B. Brezovnik and B. Grafenauer in the book *Public Administration (Javna uprava)* (2006). The author and I. Rakar partly elaborated the above-mentioned in the book *Public Sector Law (Pravo javnega sektorja)* (2011). The presentation in this paper is a continuation of the above-mentioned analyses. See: Trstenjak, V. (2003). *Pravne osebe*. 1st Edition, GV Založba, Ljubljana. Bohinc, R., Tičar, B. (2006). *Upravno pravo – splošni del*. Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana. *Predpisi o državni upravi, vladi in ministrstvih z uvodnimi pojasnili Gorazda Trpina* (1995). Uradni list, Ljubljana. Grafenauer, B., Brezovnik, B. (2006). *Javna uprava*. Pravna fakulteta, Maribor. Tičar, B., Rakar, I. (2011). *Pravo javnega sektorja*. Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor.

⁹ Certain legal entities are not entered in the court register, e.g. the state, municipalities, and the Slovenian Academy of Sciences and Arts. They are granted a legal personality by operation of the Constitution (e.g. the state) or by operation of law (*ex lege*).

¹⁰ See: Machen, A.W. (1910).



ment of the corporate legal personality.¹¹ In his view, historically, the concept of the legal personality of legal entities was developed in medieval, Catholic ecclesiastic law. The author of this idea was Pope Innocent IV (1195-1254).¹² He gave certain Italian monasteries a legal personality so that the assets of the monasteries were separated from the assets of the monks and the Church. This was done mostly so that other connected legal entities and natural persons would no longer be liable to the creditors of the monasteries for the obligations that the monasteries undertook. A monastery with a legal personality was named a *persona ficta* or a person without a soul (*a persona sine anima*). The reason for the introduction of the concept of a *fictitious person* was originally economic, as a *persona ficta* did not have a soul and therefore could not be guilty of a delict, while the church and monks naturally were not liable for the obligations of other persons.

Similarly, due to economic reasons, a contemporary corporation is an artificially created legal person, while its founders are not liable for the corporation's obligations.

In the usual context, corporations are first of all companies limited by shares. However, in the Republic of Slovenia also public institutions are similar to companies limited by shares as regards their liability for obligations. Regardless of the fact that public institutions do not have equity, the founder thereof (i.e. the state or a municipality) is, as a general rule, not liable for the obligations of the institution, which is also entered in the court register upon the registration thereof. A public institution is, naturally, always liable with all its assets, whereas the founder of the institution is not liable to its creditors. In such a context, a public institution is a *sui generis* non-membership corporation that is in fact similar to a company in terms of the type of liability. The anomaly of the system lies in the fact that minimum equity, which would to a certain extent protect creditors, is not prescribed when establishing a public institution. In addition, the rules of lifting the corporate veil in cases of abusing the public institution also do not apply, and there is no case law supporting the idea that such rules apply.¹³

¹¹ See: Dewey, J. (1926), p. 657. "The doctrine has been attributed to Pope Innocent IV, who seems at least to have helped spread the idea of *persona ficta* as it is called in Latin. In the early church, the doctrine of *persona ficta* allowed monasteries to have a legal existence that was apart from the monks, simplifying the difficulty in balancing the need for such groups to have infrastructure though the monks took vows of personal poverty. Another effect of this was that as a fictional person, a monastery could not be held guilty of delict due to not having a soul, helping to protect the organization from non-contractual obligations to surrounding communities. This effectively moved such liability to individuals acting within the organization while protecting the structure itself, since individuals were considered to have a soul and therefore capable of being guilty of negligence and excommunicated."

¹² See: Dewey, J. (1926), pp. 655-673.

¹³ Today, the concept of a legal entity is naturally not absolute. In the majority of legal systems, the corporate law institution of lifting the corporate veil in case of companies or corporations enables creditors to direct their claims directly at shareholders, if they abuse a legal entity for their own benefit. See: Machen, A.W. (1910), p. 253: "Piercing the corporate veil or lifting the corporate

2. THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF PUBLIC INSTITUTIONS IN TERMS OF THEIR ORGANISATIONAL FORM

The term *public institution* (German: *öffentliche Anstalt*) first appeared in Austrian legal texts in the 18th century. In the Austrian general national law of 1794, the term is defined as: “[...] *necessary institutes for maintaining public peace, safety, and order* [...].”¹⁴ The term *institution* is used causally as a form of target-oriented activities of the state administration. In addition to the definition of a public institution, the term *public utility enterprise* (German: *öffentliche Unternehmung*) is still used as a synonym.¹⁵

At the end of the 19th century, *O. Mayer* defined a public institution as: “[...] *the certitude of means, proper as well as personal, which are intended to serve specific, public goals over time*.”¹⁶

Today, the regulation of public institutions in European countries varies considerably. The content thereof is to a great extent based on the traditional regulation of carrying out such activities, so that a clear answer to the question of what the European regulation of providers of public services is cannot be given. There is also no uniform European legislation that would regulate the legal organisation of public institutions in terms of their organisational form. There is no *aquis communautaire* as regards the regulation of the institutions in terms of their organisational form, so this field is left to the Member States of the European Union.

In Europe, a comparable legal form in terms of the organisation of public institutions can be found in the public as well as in the private sphere. In the Member States of the European Union there is in general no framework law that would regulate all institutions in a uniform manner, as is the case in Slovenia. The exception is Croatia, where the Slovenian model of a uniform law has been followed. The institutions are usually regulated in sectoral legislation by special laws. When regulating the provision of non-commercial public services in terms of the organisational form of the provider, particular emphasis is placed on the public interest, which is expressed at various levels of local self-government (e.g. provinces, regions, towns, municipalities, communities). Thus, in European countries, institutions, as a general rule, take such legal forms in terms of their organisation by which local communities can efficiently serve the public interest as an element of constitutionally guaranteed rights in the social state.¹⁷

veil is a legal decision to treat the rights or duties of a corporation as the rights or liabilities of its shareholders. Usually a corporation is treated as a separate legal person, who is solely responsible for the debts it incurs and the sole beneficiary of the credit it is owed. Common law countries usually uphold this principle of separate personhood, but in exceptional situations may ‘pierce’ or ‘lift’ the corporate veil.”

¹⁴ See: Jecht, H. (1963), pp. 17-20.

¹⁵ See: Bohinc, R. and Tičar, B. (2012), p. 132.

¹⁶ Ibidem, p. 131.

¹⁷ Ibidem, pp. 131-142.



Today, in part of continental Europe —the part that is under the influence of the Germanic legal system— social activities (e.g. education, healthcare, culture) are provided through public institutions. Public institutions are organisational forms that provide non-commercial goods or services intended for users. Institutions can be established as independent or non-independent institutions (German: *unselbstständige Anstalten*). Independent institutions are legal entities of public law, while non-independent institutions do not have their own legal personality. Intermediate forms of institutions are also recognised, namely institutions that have a legal personality, however, such legal personality is limited to a certain extent. Regardless of the above-mentioned, neither Germany nor Austria has regulated public institutions with a systemic law. In lieu of a uniform law on public institutions, in both countries public service providers are instead regulated by laws that regulate a certain field (e.g. education); certain public institutions are also established on the basis of a special law when the public interest requires a specific regulation (e.g. the national television broadcaster ORF in Austria).

In the Federal Republic of Germany, the regulation of organisations that provide public services does not fall within the competence of the Federal Republic, but within the competence of individual federal states (German: *Bundesländer*). There are different regulations governing institutions in each federal state, in addition to institutions established at the federal level to provide services that fall within the competence of the Federal Republic (German: *Bundesanstalten*). There is a relatively small number of such federal institutions and they are formed on the basis of special laws that regulate each individual instance of the provision of certain services. In Austria, the competences of the central government are broader, so that the fundamental regulation of institutions providing public services falls within its competence, and consequently the regulation of public institutions in the country is more uniform.¹⁸

English theory is not based on the system of a legal entity and as a result public institutions as independent legal persons or non-independent organisational forms are established in a causal manner, with due consideration of the actual needs of the state and most of all the local communities. Generically, they are named *public institutions*. There is no umbrella regulation that regulates such institutions. In the private sphere, the provision of non-commercial activities is regulated in a functional manner by the Charity Act of 1992. Pursuant to this Act, a special commission decides whether a certain activity is a charity or not. The consequences of such distinction especially concern taxation, which is more favourable for charities.

In Slovenia a regulation similar to that in England is irrelevant for public institutions, as all legal entities must pay corporate income tax.¹⁹ Persons liable for the 17% tax comprise all legal entities of domestic and foreign law, and also companies

¹⁸ Ibidem, p. 135.

¹⁹ Article 3 of the Corporate Income Tax Act (Zakon o davku od dohodkov pravnih oseb – ZDDPO-2), Official Gazette RS, No. 117/06.

and/or any associations of persons, including civil law companies subject to foreign law that do not have a legal personality and are not considered persons liable for tax subject to the Slovenian act regulating personal income tax. In short, the persons liable for this tax are all corporations and all other legal entities, which also include all public institutions that, in addition to public financing, generate income from the sale of services or goods.

As mentioned above, public institutions in Slovenia are regulated by the Institutes Act of 1991, which is already 25 years old. Until the adoption of this Act, the organisation of legal entities in terms of their organisational form in the field of social activities had been regulated by the Yugoslav Associated Labour Act of 1976.²⁰ Until the period just before the Republic of Slovenia declared independence, such activities were regulated in terms of their organisational form on the basis of different legal-economic and political foundations. The substantive foundation of the former organisational form was namely contained in the old political system of the free exchange of labour. In the context of the regulations adopted by the Republic of Slovenia just before declaring independence, the IA, which entered into force on 30 March 1991, transformed the former organisational form of the organisation of associated labour into an institution. With this move, the legislature relatively simply abolished the former systemic regulation and established a new one. It has persisted with little change until today. Despite its progressive nature at the time, the IA also left a number of questions open, especially regarding the assets of public institutions that were *ex lege* nationalised and the question of the appropriate organisation of public entities that were, due to the short (i.e. six-month) transitional period, left stranded in a relatively out-dated organisational form. Despite several attempts and drafts throughout the period after the adoption of the IA, a new institutes act has not yet been adopted.

3. THE MANAGEMENT STRUCTURE OF PUBLIC INSTITUTIONS *DE LEGE LATA*

The management structure of institutions is presented through an organic scheme determined by the IA. Public institutions must have the following bodies: the council of the institution, a director, and a council of experts. However, these bodies can have different names or a different structure if a special act determines such. In such case, the rule *lex specialis derogat legi generali* applies, whereby the IA is *lex generalis*. For example: a special act, i.e. the Higher Education Act,²¹ regulates

²⁰ The Associated Labour Act (*Zakon o združenem delu – ZZD*), Official Gazette SFRY, Nos. 53/76, 63/79 – corr., 57/83, 85/87, 6/88 – corr., 11/88, 19/88 – corr., 38/88 – corr., 77/88 – ZPod, 40/89, 40/89, 60/89 – ZTPDR, and Official Gazette RS, No. 37/90.

²¹ The Higher Education Act (*Zakon o visokem šolstvu – ZViS*), Official Gazette RS, Nos. 32/12 – official consolidated text, 40/12 – ZUJF, 57/12 – ZPCP-2D, 109/12, and 85/14. Article 20 reads as follows: “The bodies of a university shall be: the rector, the senate, the administrative board,



that the rector is the director or manager of the university, the university council is the administrative board, and the senate of the university is the expert body.

In large public institutions with a specific structure there can also be other bodies, such as a director general, a management board, and an assembly. The Health Insurance Institute of Slovenia is an example of such. In the Health Insurance Institute of Slovenia the assembly of the institute, the management board, and the director general independently adopt business decisions pursuant to the law, statutes, and other legal acts, while in some cases they must obtain the consent of the National Assembly, the Government, or the Ministry of Health.²² The highest management body in the public institution is the council of the institution or some other collegiate body. It is always composed of the representatives of the founder, the representatives of the institution's employees, and the representatives of users or the interested public. The composition of the council, the manner of the appointment or election of council members, the length of the council's term of office, and its powers are determined by law (according to the *lex specialis* rule) or the memorandum of association, statutes, or rules of the institution.²³

The council adopts the statutes, rules, or other general acts of the institution as well as programmes of the institution's work and development, monitors their implementation, defines a financial plan, adopts the annual financial statement of the institution, proposes any changes to the institution's activities or the broadening of the scope of its activities to the founder, and submits proposals and opinions about particular issues to the founder and the director of the institution.

The management of a public institution is the director or other individual management body. The director is appointed and dismissed by the founder unless the law or the institution's memorandum of association stipulates that the council of the institution is competent to do so. Where the council of the institution is competent to appoint and dismiss the director of the public institution, the founder gives consent to the appointment and dismissal of the director, unless otherwise provided by law. Where the management of the institution and the management of the expert work of the institution are not separate, the director is appointed and dismissed by the council of the institution with the consent of the founder. The director of an institution with the right to operate publicly (i.e. an institution that is privately owned and has a state concession to carry out a public service) is appointed

and the student council. The bodies of a university member shall be: the dean, the senate, the academic assembly, and the student council. The body of other institutions that are members of a university shall be the director and possibly the professional council. The bodies of a higher education institution that is not a university member shall be: the senate, the academic assembly, the administrative board, the student council, and the dean. Higher education institutions and other institutions that are members of a university may have other bodies in accordance with their charter or statutes."

²² The Health Insurance Institute of Slovenia is governed by an assembly composed of the elected representatives of employers (among which, the representatives of the Government of the Republic of Slovenia) and insured persons. Retrieved from <http://www.zzs.si/zzs/info/egradiva.nsf/> (12 June 2016).

²³ Tičar, B. and Rakar, I. (2011), pp. 308-314.

or dismissed with the consent of the competent national body or local community body, if so provided by law or an ordinance issued by the municipality.²⁴

The director organises and manages the work and operations of the institution, represents the institution, acts on its behalf, and is responsible for the legality of its work. The director manages the work of the institution and is responsible for the professionalism of the institution's work unless the law or the institution's memorandum of association provides that, given the nature of the activity performed and the scope of management duties, the management of the institution and the management of the institution's expert work are separate.

A candidate who meets the requirements provided by law or the memorandum of association, statutes, or rules of the institution may be appointed director of the institution. The length of the director's term of office is four years unless otherwise provided by law or the institution's memorandum of association. After the expiry of the director's term of office, the same person may be reappointed director. The director of the institution is appointed following a public call for applications, unless otherwise provided by law or the institution's memorandum of association; a public call for applications must be published in the media. The public call for applications must specify the requirements that a candidate should meet, the period for which he or she will be appointed, the time limit for the submission of the applications, and the time limit within which the candidates will be informed of the outcome of the selection process. The time limit for the submission of applications may not be shorter than 8 days, and the time limit by which candidates are informed of the outcome of the selection process may not exceed 30 days from the date of the publication of the call for applications.

The director of the public institution may be dismissed by a decision of the competent body before the expiry of the period for which he or she has been appointed. The competent body is obliged to dismiss the director in the following cases: if the director requests his or her dismissal; if any of the reasons for the termination of employment in accordance with the regulations governing employment relationships arises; if, in his or her work, the director fails to act in accordance with regulations and the general acts of the institution, or if he or she fails to implement the decisions of the institution's bodies without justification or acts contrary to these decisions; if, by failing to perform his or her work with due care or by performing it incorrectly, the director causes substantial damage to the institution; or if he or she neglects his or her duties or performs them negligently such that they cause or might cause a major disruption in the operation of the institution.²⁵

The expert work of the institution is managed by the head of the expert work of the institution (hereinafter: the expert head) if such is provided by law or the institution's memorandum of association. The rights, duties, and responsibilities of the expert head are laid down in the statutes or rules of the institution in accordance

²⁴ Ibidem, p. 309.

²⁵ See: Article 38 of the IA.



with the law or the institution's memorandum of association. The expert head is appointed and dismissed by the council of the institution following the issuance of an opinion thereon by the council of experts, unless otherwise provided by law or the institution's memorandum of association. The provisions of the IA that apply to the appointment and dismissal of the director of the public institution apply, *mutatis mutandis*, to the appointment and dismissal of the expert head.

Institution shall have a council of experts or other collegiate expert body. The composition and manner of forming the council of experts and the tasks thereof are laid down in the statutes or rules of the institution in accordance with the law and the institution's memorandum of association. The council of experts deals with issues pertaining to the expert work of the institution, makes decisions with regard to expert issues within the limits of its competences laid down in the statutes or rules of the institution, determines the expert groundwork for the programmes of the institution's work and development, submits proposals and opinions to the council, the director, and the expert head with regard to the organisation of the institution's work and the conditions for the development of the institution's activities, and performs other tasks provided by law or the institution's memorandum of association, statutes, or rules.

The institution has its own *statutes* or *rules* that regulate the institution's organisation, bodies, and the powers thereof, the manner of their deciding, and other issues relevant to the performance of the institution's activities and operation in accordance with the law and the institution's memorandum of association. The institution may also have other general acts that regulate issues relevant to the institution's work and operation in accordance with its statutes or rules.

The statutes or rules of the institution are adopted by the council of the institution with the consent of the founder, whereas other general acts are adopted by the council of the institution, unless the statutes or rules of the institution provide that they are adopted by its director.

The organisation of the institution is laid down in the statutes or rules of the institution. Organisational units may be formed within the institution to perform a particular activity or a part of an activity, or to perform an activity in a particular area. The statutes or rules of the institution may determine that particular organisational units are competent to enter into legal transactions and that they may exercise these powers on behalf of and for the account of the institution.

The institution obtains funds for its work from the funds of the founder, with payment for the services it provides, the sale of goods and services on the market, and other sources in the manner and under the conditions provided by law or the institution's memorandum of association. The institution uses the surplus of revenue over expenditure solely for the purposes of carrying out and developing its activities unless otherwise provided by its memorandum of association.

The institution is liable for its obligations with all its available assets, while the founder is liable for the institution's obligations, unless otherwise provided by law or the institution's memorandum of association.



The IA in force²⁶ determines three types of supervision over the institution, namely: supervision of the legality of the institution's work, supervision of its financial operations, and supervision of the professional quality of the institution's work. Supervision of the legality of the institution's work is exercised by the competent state bodies; supervision of its financial operations is exercised by the competent state bodies or authorised organisations; while supervision of the professional quality of the institution's work is exercised by the expert bodies determined by law.

The IA allows a number of changes to institutions in terms of their organisational form. The founder may decide a) that the institution merges with another institution, that two or more institutions merge into a new institution, or that the institution is separated into two or more institutions, b) that an organisational unit of the institution is separated from the institution and merges with another institution or is organised as an independent institution, and c) that the institution or an organisational unit thereof is organised as a company.²⁷

With the consent of the founder, institutions may merge to form associations of institutions in order to conduct their joint affairs. An association of institutions is a legal entity unless otherwise provided by its memorandum of association.

The public institution may, similar to all other legal entities, cease to exist. This may occur in the following cases: if it is established by way of a final decision that its entry in the court register is null and void; if a measure has been imposed on the institution prohibiting it from performing its activities as it does not satisfy the requirements for the performance of its activities, or the institution fails to fulfil these requirements within the time limit determined in the measure; if the founder adopts a decision on the dissolution of the institution, as the need or conditions for the performance of the activity for which the institution has been established have ceased; if it merges with another institution or merges with another institution to form a new institution or is separated into two or more institutions; if it is organised as a company; and in other cases provided by law or its memorandum of association.

4. THE ELEMENTS OF CORPORATE GOVERNANCE IN PUBLIC INSTITUTIONS

In general, the term *governance* entails a process of planning, organising, managing, and supervising.²⁸ As an economic and organisational scientific discipline, the concept of governance was first described by *H. Fayol* in the 1920s.²⁹ Corporate governance in the contemporary sense entails the structure of supervisory mechanisms by means of which those who provide financial resources (equity) for

²⁶ See: Article 50 of the IA.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ See: Gregorič Rogelj, E. Retrieved from <http://uprava.fu.uni-lj.si/index.php/IPAR/article/view/142> (20 August 2016).

²⁹ *Ibidem*.



corporations ensure that they gain a return on their investment. At the same time, they must not jeopardise the long-term development and existence of the business system of the corporation at issue.

The legal foundation of corporate governance is, as a general rule, derived from majority ownership equity in the corporation. This is transparent as regards public limited companies and some other types of companies.³⁰ The hypothesis is that public institutions are also corporations and that, in general, they do not have their own funds. Equity is an accounting category that is common in companies and is a basis for corporate governance. Law determines the amount of equity. In the case of institutions, this is not regulated in the same manner. In this paper the basis for the corporate governance of institutions will therefore be expanded to majority control of a corporation/institution that is legally ensured by the memorandum of association of the corporation/institution (e.g. by a decision or act establishing a public institution).

The concept of corporate governance first appeared in the 1930s in the USA. A pioneering work in this field is the book *The Modern Corporation by Beal and Means* (1932). As mentioned above, the purpose of corporate governance is that the owners (i.e. shareholders) of large corporations no longer run the corporations themselves but they assign this task to experts (i.e. managers) who are not owners. Thus, the separation of ownership and control is implemented.³¹ A core issue of corporate governance is the *principal-agent* relationship. This relationship derives from the problem as to how owners (i.e. the *principals*) can ensure that their corporation, which is run by managers (i.e. *agents*), is truly managed or governed to their benefit. Herein, this question will also be applied to the governance scheme of public institutions.

The following comprise the broader tasks of the founders of public institutions (i.e. the state and municipalities) in Slovenia; these are authoritative and regulatory and exceed the scope of corporate governance, even though they significantly influence such:³²

- The regulation of a non-commercial public service provided by an institution at the general and abstract levels. The founder determines in a general and abstract manner what the activity of the public institution shall be. Usually this is regulated by compulsory regulations, as a non-commercial public service is always carried out in the public interest.
- Annual financing —by concluding annual contracts between the founder and the institution— for the institution to provide a specific public service in a

³⁰ By means of the articles of association concluded between the members of a limited liability company, the members may change the system of governance and regulate such system regardless of the amount of their equity investment. This is unusual, but legally admissible.

³¹ See: Bohinc, R. (2011). Podjetje in delo, No. 6/7-2011.

³² These tasks were also similarly summarised by Kamnar, H. (1999). Javni zavodi med državo in trgov. Znanstveno in publicistično središče, Ljubljana.

- certain geographical area and field of activity. Through such financing, each year the founder significantly influences the scope and quality of the provision of the public service that is the main activity of the public institution.
- Making investments, as the assets that institutions manage are, as a general rule, legally owned by the founder. The only exception are public universities in the cases determined by the Act Amending the Higher Education Act,³³ which is a *lex specialis*, where assets of the state are transferred to these institutions. However, also in the case of investments by universities, the state must provide the majority of the funds for investments (e.g. for new buildings, research equipment), as the public service cannot be ensured otherwise.
 - Exercising administrative supervision over public institutions regarding the provision of a public service. This refers to administrative inspection in the field of operation of the institution, supervision of the rational management of the funds of the institution by the Court of Audit of the Republic of Slovenia, and supervision of its financial operations by line ministries in cases in which an institution decides on public matters on the basis of having been granted appropriate public authority (according to the rules of general and/or special administrative procedures).

The above-mentioned tasks of the founders (i.e. the state and municipalities) of public institutions importantly influence corporate governance, however, they are not corporate governance itself. They represent a *sui generis* legal framework, which is characteristic only of public institutions. In a broader sense, these tasks are therefore also an instrument of governance by which the state and municipalities exert influence on the functioning of public institutions.

Governance is a continuous process of adopting relevant decisions in an institution. Considering the large number of institutions founded by the state and municipalities, the state and municipalities simply cannot handle this task themselves. They are not appropriately organised to do so, as their primary function is authoritative social regulation and not to directly govern entities of public law. Thus, in public institutions a governance system that is unique to the structure thereof has been developed, a structure composed of the management bodies of the institution, whereas the corporate rights of the founders are directed primarily at forming the

³³ See: Article 13 of the Higher Education Act (ZviS) and Article 38 of the Act Amending the Higher Education Act (ZViS-A). The content of these provisions can also be understood from Supreme Court Judgment No. II Ips 65/2013, dated 14 August 2015, where the Court explicitly stated that ownership of real estate that a university acquired from public and other sources changed with the amended Higher Education Act (ZViS-A): the owner of such assets (with a limited capacity to dispose of such) became the university (Article 4 of the Act Amending the Higher Education Act) and the transfer of the ownership right thereto should have been regulated by a contract no later than three years after the entry into force of the amended Act, as per the situation on 1 March 2000. The above-described amendment is a consequence of an amendment adopted on 20 October 1999, the explanation of which eliminates any doubt as to its intended meaning and the legislature's aim that the ownership of assets that had already been managed by universities was transferred to them.



institution's bodies, adopting fundamental strategic guidelines, and deciding on changes in the public institution in terms of its organisational form.³⁴

A corporate legal relationship within a public institution between the state or a municipality and the public institution itself is implemented within the scope of the right of the public founder of the public institution (i.e. the state or a municipality), in general, to directly appoint the majority of the members of the council of the institution. Due to their inability to directly manage the institution, the state or municipality transfers the authority to manage such to its members in the council of the institution, who exercise this power on their behalf. In doing so, the members of the council of the institution must act in accordance with the guidelines and instructions of the founder, however, they do not have an imperative mandate.³⁵ This applies to both state-founded and municipality-founded public institutions.

Furthermore, this entails that the members of the council of the institution who were appointed by the founder participate in adopting the collective decisions of the council with legally binding effect even if their decision is contrary to the directions and instructions of the founder. At first sight, such regulation might seem unusual, but it is entirely logical, as otherwise it would be impossible to know when a decision of the body is legally binding and when it is not. Founders could namely challenge the decisions of the council any time, stating that an individual member of the council did not vote in accordance with their guidelines and instructions. This would result in complete confusion within the legal order and significantly diminish general legal certainty.

However, such regulation does not entail that a member who was appointed by the state or a municipality is not accountable to the founder, i.e. the state or a municipality. The founder may dismiss a member appointed thereby at any time and replace him or her without having to demonstrate the member's wrongdoing or stating any reasons for such dismissal. The ability to appoint or dismiss members of the council of the institution is a right enjoyed by the founder that ensures that it can efficiently exert its influence on the functioning of the public institution.

Within the scope of the founder's rights, there is another relationship between the public institution and the state or municipality as the founder, namely the question of operational decision-making, i.e. the relationship between the founder and the director. In certain public institutions the founder may directly appoint and dismiss the management body. In other public institutions, the state or municipality leaves the appointment of the management body most often to the council of the institution, in which the founder in fact has a decisive influence through the members appointed by the founder (e.g. in hospitals, medical centres, primary and secondary schools). The latter possibility is in general better than the first, as it ensures a better line of accountability within the institution and greater latitude for the council of

³⁴ Trpin, G. (2009), pp. 1-2.

³⁵ Trpin, G. (2009), pp. 3-4.

the institution to exert its influence. The council is namely better informed than the founder as regards issues concerning the management of the institution.

Finally, the founder's rights are also reflected in the fundamental documents and acts of a public institution that provides a non-commercial public service, which are adopted directly by the founder. As a general rule, these include the programmes of the institution's work, financial plans, and annual financial statements. Similarly as with the appointment and dismissal of the management body, also these tasks can be entrusted to the council of the institution. In addition, the founder also decides on changes to the public institution in terms of its organisational form; as a general rule, it reserves this right for itself and does not transfer it to the council.

5. CONCLUSION

In the IA of 1991³⁶ it was determined that all activities that as of 1 April 1991 were defined as activities or affairs of particular importance to society were deemed to be public services; consequently, all organisations that performed these activities up until the above-mentioned date were transformed into public institutions if they were founded by the state or self-governing local communities. Thus, 25 years ago the specific legal regulation of the public institution as a *sui generis* organisational form of a legal entity of public law was introduced. Sectoral legislation later supplemented this regulation; however, the fields of the public services determined by the IA (e.g. education, science, culture, sports, healthcare, childcare, social assistance) remained more or less unchanged.

The IA, as an act that regulates the organisational forms of public institutions, also regulates the bodies of public institutions.³⁷ The council of the institution is the main body composed of representatives of the founder, the representatives of the institution's employees, and the representatives of users or the interested public. The IA does not determine a ratio in this tripartite composition of the council, but leaves this question, as well as questions regarding the manner of the appointment or election of the members of the council, the duration of their term of office, and the special powers of the council, to sectoral laws, or the memorandum of association or statutes of the institution.

The general competences of the council of a public institution are defined in Article 30 of the IA, namely the following: the council adopts the statutes, rules, or other general acts of the institution as well as the programmes of the institution's work and development, monitors the implementation thereof, defines the financial plan and adopts the annual financial statement of the institution, proposes any changes to the institution's activities or the broadening of the scope of its activities

³⁶ See: Article 64 of the IA.

³⁷ Article 29 of the IA determines that a council or some other collegiate body shall be the strategic management body of the institution.



to the founder, submits proposals and opinions about particular issues to the founder and director of the institution, and performs other tasks specified by law, or the memorandum of association, statutes, or rules of the institution.

It can be established from the above-mentioned that the IA transferred the corporate governance of the institution to the council. This does not entail, however, that the council may also manage the institution in the operational sense. The council's task is only to set appropriate normative frameworks for the operation of the institution and adopt key financial and programming documents. The council also may not decide on changes to the institution in terms of its organisational form, as pursuant to Article 51 of the IA this right is explicitly reserved for the founder (i.e. the state or municipality).

With reference to the implementation of the business decisions of the institution, a question is raised regarding the supervision that the council exercises over the director. As regards the appointment and dismissal of the director, the IA provides two alternatives, namely that the director is appointed and dismissed by the founder, unless it is determined by law or the memorandum of association of the institution that the council thereof is authorised to do so. There is a specific situation in the case of public universities, where the rector (who is in fact the director) is elected in a public election by higher education teachers, academic staff, higher education staff employed at the university, and the students thereof. This is regulated by the Higher Education Act and the statutes of the university.

However, in other public institutions, also in instances in which the council of the institution appoints and dismisses the director, the founder, as a general rule, must give its consent to such appointments or dismissals; this right of the founder may only be changed by law and not by the institution's memorandum of association.

The director of the public institution is, in general, accountable for his or her work to the council of the institution, which, within the framework of this competence, also exercises supervision over the director's work. Such supervision, however, does not entail that the council may directly supervise the management of the institution, but it may only supervise the legality of the director's work and whether the set goals have been achieved. The council cannot impose sanctions in order to influence the management of the daily activities of the institution, as the only available sanction is to propose that the founder dismiss the director or for the council to dismiss the director itself with the consent of the founder if it is authorised to do so (which is not the case in public universities). Such sanction may naturally be considered only after a comprehensive evaluation of the director's work from the viewpoint of its lawfulness and the level of success of the operations of the institution.

There is a similar relationship between the council of the institution and the expert head thereof in cases in which the tasks of the management and the management of the expert work of the institution are separate. As a general rule, in public institutions the expert head is appointed and dismissed by the council of the institution following the prior opinion of the council of experts, unless otherwise provided by law or the institution's memorandum of association. This solution is not the best as the council, as the body of strategic deciding, is not suited to deciding on expert issues, which the selection of the expert head of the institution undoubtedly



is. However, the law left open the possibility that this question be regulated differently by the institution's memorandum of association, which entails that it can be, for example, determined in the memorandum of association that the expert head is appointed and dismissed by the expert council of the institution.

These are the most important corporate governance relationships that define the position of the council of a public institution in the system of its governing bodies. From this there follows the requirement that the members of this body should possess a certain type of knowledge. Considering the fact that the council is a body of strategic deciding,³⁸ the members must be familiar with general issues relating to public institutions as well as issues concerning the field in which the institution pursues its activities. The latter exceeds the scope of this paper, thus in the remaining paragraphs the focus will primarily be on the general issues of public institutions, or rather on the issues that influence the functioning of each public institution.

It the future, it would be reasonable for the founders (i.e. the state or municipalities) to provide funds for the provision of the relevant public service to all public institutions. Thereby, the public institutions would legally own such funds. This would be reasonable for all funds needed by the public institutions for the provision of the public services, but not for infrastructure equipment and facilities that, due to their specific economic characteristics, could remain in the ownership of the founder. Public universities, as public institutions to which the state transferred such equipment and facilities, have had, in 16 years of experience, substantial problems maintaining such and ensuring normal infrastructure conditions for the provision of the public service of research and education.

The transfer of only the assets required for the provision of the public service at issue would result in more rational use of public funds. In addition, the independence and accountability of public institutions regarding the provision of public services and carrying out additional, commercial activities would increase.

RECIBIDO: septiembre 2016; ACEPTADO: mayo 2017

³⁸ Trpin, G. (2009), pp. 3-4.



REFERENCES

- BOHINC, R., *Posebnosti upravljanja korporacij v lasti države*, Podjetje in delo, No. 6-7/2011.
- *Pravne osebe javnega prava*, GV Založba, Ljubljana, 2005.
- BOHINC, R., TIČAR, B., *Pravo zavodov*, Fakulteta za management, Koper, 2012.
- *Upravno pravo – splošni del*, Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana, 2006.
- BRADAČ, F., *Latinsko-slovenski slovar*, Državna založba Slovenije, Ljubljana, 1990.
- DEWEY, J., *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, Yale Law Journal, vol. xxxv, New Haven, 1926.
- Dictionary of Law*, ed. Julian Webb, Penguin Reference Library, Penguin Books, 2009.
- GRAFENAUER, B., BREZOVNIK, B., *Javna uprava*, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Maribor, 2006.
- GRAHEK, Stane (ed.), *Komentar Zakona o združenem delu*, Delo, Ljubljana, 1988.
- GREGORIČ ROGELJ, E., *Upravljanje javnih zdravstvenih zavodov*, in: Učinkovitost upravljanja in vodenja v zdravstvu, Društvo ekonomistov v zdravstvu, Ljubljana, 2010. Retrieved from <http://uprava.fu.uni-lj.si/index.php/IPAR/article/view/142> (20 August 2016). <http://www.eracunovodstvo.org/blog/podjetnisko-pravo/kdo-so-pravni-subjekti/> (21 May 2016). <http://www.zzzs.si/zzzs/info/egradiva.nsf/> (12 June 2016).
- JECHT, H., *Die Öffentliche Anstalt*, Duncker und Humbolt, Berlin, 1963.
- KAMNAR, H., *Javni zavodi med državo in trgom*, Znanstveno in publicistično središče, Ljubljana, 1999.
- MACHEN, A.W., *Corporate Personality*, Harvard Law Review, No. 253/1910.
- PIRNAT, R. (ed.), *Komentar zakonov s področja uprave*, Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana, 2004.
- *Osebe javnega prava – prispevek k reinstituciji pojma v slovenskem pravu*, Javna uprava, No. 4/1995.
- PUSIĆ, E., *Nauka o upravi*, 12th Edition, Školska knjiga, Zagreb, 2002.
- RUS, V., *Deinstitucionalizacija in privatizacija na področju izobraževanja in socialnega varstva, raziskovalno poročilo*, Fakulteta za družbene vede, Inštitut za družbene vede, Ljubljana, 1994.
- TIČAR, B., RAKAR, I., *Pravo javnega sektorja*, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor, 2011.
- TRPIN, G., *Pravni položaj zavodov*, Strokovno gradivo za seminar, Nebra, Ljubljana, 2009.
- *Predpisi o državni upravi, vladi in ministrstvih z uvodnimi pojasnili G. Trpina*, Uradni list, Ljubljana, 1995.
- TRSTENJAK, V., *Pravne osebe*, GV Založba, Ljubljana, 2003.



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 33, 2016

El equipo de dirección se reunió a finales del mes abril de 2017 para tomar decisiones sobre el proceso editorial del número 33 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: 10.

Núm. de trabajos aceptados para publicación: 8 (80%).

Media de revisores por trabajo: 2.

Media de tiempo entre envío y aceptación: 12 meses.

Media de tiempo entre aceptación y publicación: 4 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

(Aprobadas en la sesión de la Junta de la Facultad de Derecho de 28 de octubre de 2011)

PRIMERA.- La Revista se publica en un volumen anual. Los trabajos que se presenten al proceso de selección para su publicación deberán cumplir las siguientes normas:

- a) *Plazo y forma de presentación.* Se enviarán, antes del 20 de febrero de cada año, exclusivamente por correo electrónico a la siguiente dirección: analesderecho@ull.es. Este plazo podrá ser ampliado si el equipo directivo lo considera procedente.
- b) *Autores.* Sólo podrán presentar trabajos en la Revista titulados universitarios. 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.* 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.

El formato del texto principal es *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.*

SAAVEDRA RUIZ, J., «La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 1994, p. 13 y ss.

RAMS ALBESA, J. «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, § 806, pp. 1075 a 1083.

B) *Libros/monografías.*

ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997.

DÍEZ DE CASTRO, E. y LANDA BERCEBAL, F.J., *Merchandising*, Editorial Pirámide, Madrid, 1998.

- e) *Idioma.* Los trabajos deberán estar escritos en lengua española, si bien el título, las palabras clave y el *abstract* deberán presentarse en español e inglés. Como excepción, y si lo acuerda el Consejo de Redacción, se podrán publicar trabajos en lengua diferente a la española siempre que sean de especial relevancia.
- 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 la aceptación y el conocimiento 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.- Recibidos los trabajos, se enviará un *e-mail* a sus autores dándoles acuse de recibo.

CUARTA.- El director/a o el subdirector/a, en su caso, nombrará a 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.

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

SEXTA.- El secretario/a enviará vía *e-mail* a los evaluadores nombrados los originales de los trabajos para su valoración, sin que consten los datos del autor, así como una tabla para que lleven a cabo la evaluación del trabajo. Ésta podrá ser: a) totalmente favorable; b) favorable con propuestas de modificación; y c) desfavorable.

SÉPTIMA.- Cada evaluador remitirá su informe por correo electrónico a la dirección de la Revista. La evaluación tendrá 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.

OCTAVA.- 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.

NOVENA.- 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.

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



ULL | Universidad
de La Laguna

