

Ricerche giuridiche  
Collana diretta da A. Celotto, F. Liguori, L. Zoppoli

# **LA COSTITUZIONE AL TEMPO DELLE TRANSIZIONI**

*a cura di*

**Anna Papa, Antonio Pérez Miras, Silvia Romboli,  
Giacomo Palombino, Daniela Messina**

**Volume I**

**Editoriale Scientifica**



*Ricerche giuridiche*

nuovissima serie

**Ricerche giuridiche**

**Collana diretta da**

A. CELOTTO, F. LIGUORI, L. ZOPPOLI

**Comitato Scientifico**

D. Amoroso, I. Caracciolo, M. Delfino, L. Fernandez Del Moral Dominguez

M. Di Francesco Torregrossa, M. D'Onghia

F. Galgano, L. Gatt, A. Guardiano, M. Iovane, V. Luciani

M. Mauro, R. Mastroianni, G. Montedoro, M. Orlandi, A. Papa

A. Patroni Griffi, S. Prisco, R. Spagnuolo Vigorita, A. Zito

# LA COSTITUZIONE AL TEMPO DELLE TRANSIZIONI

*a cura di*

ANNA PAPA, ANTONIO PÉREZ MIRAS, SILVIA ROMBOLI,  
GIACOMO PALOMBINO, DANIELA MESSINA

**Volume I**

Editoriale Scientifica  
Napoli

La presente pubblicazione è stata finanziata dall'Unione europea nell'ambito del Progetto Jean Monnet Erasmus+ Call: ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH. Titolo 'EUCONS - The CONStitutional bases of EUrope: towards a sustainable democracy'. Project No. 101127701. Con i fondi del Dipartimento di Studi Economici e Giuridici dell'università degli Studi di Napoli "Parthenope" Progetto di Ricerca dal titolo "The constitutional bases of europe: towards a sustainable democracy" modulo Jean Monnet EUCONS-CUP 161J230000170002.

eucons



**Funded by  
the European Union**

Le opinioni e i punti di vista espressi appartengono ai soli Autori e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o dell'Agenzia esecutiva europea per l'istruzione e la cultura (EACEA). Né l'Unione europea né l'EACEA possono esserne ritenute responsabili.

Tutti i contributi sono stati sottoposti a valutazione da parte del Comitato scientifico del Seminario Italo spagnolo. Todos los trabajos han sido sometidos a revisión por parte del Comité científico del Seminario Italo español.

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2026 Editoriale Scientifica s.r.l. via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)

ISBN 979-12-235-0691-2

# INDICE

## VOLUME I

|                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| <i>Prologo</i>                   | XV    |
| <i>Introduzione dei curatori</i> | XIX   |
| <i>Nota de los directores</i>    | XXIII |

## PARTE I

### QUO VADIS, CONSTITUTIO?

|                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Luigi Ferrajoli</b> , La Costituzione al tempo delle transizioni                                                                                | 3   |
| <b>Francisco Balaguer Callejón</b> , Crisi, transizioni e rotture. Sul futuro del costituzionalismo                                                | 21  |
| <b>Vasco Pereira da Silva</b> , La Costituzione di oggi e di domani                                                                                | 45  |
| <b>Miguel Ángel Presno Linera</b> , ¿Hacia dónde van las constituciones en el tiempo de las transiciones?                                          | 61  |
| <b>Tanja Cerruti</b> , La stabilità delle Costituzioni nel regime delle transizioni                                                                | 71  |
| <b>Germán M. Teruel Lozano</b> , Constitución democrática y constitucionalismo: una mirada a los desafíos y a las transformaciones del siglo XXI   | 95  |
| <b>Giovanni Cavaggion</b> , Le attuali ambiguità della difesa dei valori europei, tra populismi e promozione della “ <i>European way of life</i> ” | 143 |
| <b>Federica Fabrizzi</b> , La geografia, il territorio, i diritti in un mondo che cambia                                                           | 163 |
| <b>Laura Frosina</b> , Verso quale federalismo? Crisi, cambiamenti e prospettive dello Stato autonomico                                            | 181 |

## PARTE II

LA COSTITUZIONE DINANZI ALLE TRASFORMAZIONI  
DETERMINATE DALLE SFIDE GLOBALI

*La Constitución ante las transformaciones provocadas por los desafíos globales*  
*A Constituição em face das transformações provocadas pelos desafios globais*

|                                                                                                                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Paola Bilancia</b> , Riflessioni sulle prospettive future per una difesa comune europea                                                                                                                                   | 205 |
| <b>Filippo Scuto</b> , Una questione epocale per l'Unione europea: il processo di adesione dell'Ucraina tra guerra e incerta evoluzione costituzionale del Paese                                                             | 225 |
| <b>Leonardo Álvarez Álvarez</b> , La escuela jurídica de Viena y la teoría del derecho de excepción                                                                                                                          | 255 |
| <b>Luigi Ferraro</b> , Lo Stato di diritto nelle situazioni di emergenza: un'analisi comparata                                                                                                                               | 287 |
| <b>Claudia de Partearroyo Francés</b> , El número de prórrogas del estado de alarma y su duración: algunas propuestas para respetar el marco constitucional del derecho de excepción español                                 | 313 |
| <b>Antonello Lo Calzo</b> , Volontà popolare e stato di guerra: l'ipotesi del referendum sulla deliberazione di cui all'art. 78 Cost.                                                                                        | 339 |
| <b>Lucía Álvarez Albarenga</b> , Instrumentalization in EU migration policy: from legal exceptionalism to the state of war                                                                                                   | 365 |
| <b>Miguel Ángel Sevilla Duro</b> , Una propuesta de categorización de los límites al principio de primacía del derecho de la integración sobre las constituciones nacionales                                                 | 391 |
| <b>Gloria Marchetti</b> , Ambiente e sostenibilità: verso un nuovo modello di sviluppo economico e sociale                                                                                                                   | 417 |
| <b>Ester Ferriello</b> , Los principios de derecho internacional del medio ambiente en el litigio climático ante los tribunales nacionales                                                                                   | 439 |
| <b>Antonio Mariconda</b> , La separación de poderes frente al litigio climático: el derecho internacional como guía entre el activismo judicial para la transición ecológica y el respeto a las prerrogativas del legislador | 461 |
| <b>María Moreno Serrano</b> , El derecho al medio ambiente y el acceso a la justicia en la Unión Europea: un análisis jurídico comparado entre Italia y España                                                               | 479 |



|                                                                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Ignazio Spadaro</b> , Il regionalismo italiano alla prova dello <i>European Green Deal</i>                                                                                                                              | 503 |
| <b>Giuseppe Rigobello</b> , La dimensione culturale nella protezione dell'ambiente. Itinerari costituzionali tra Italia e Spagna                                                                                           | 523 |
| <b>Sandra Lopes Luis</b> , A relevância da alimentação na luta contra as alterações climáticas                                                                                                                             | 549 |
| <b>Simonetta Trozzi</b> , Il principio DNSH quale espressione del costituzionalismo ambientale multilivello i riflessi sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost. e il consolidamento del principio dello sviluppo sostenibile | 567 |
| <b>Ángel Barredo Artiguez</b> , Un grado de ¿confianza? con el actual marco jurídico europeo ante el reto digital y su impacto a los derechos                                                                              | 587 |
| <b>Amir Al Hasani Maturano</b> , Un grado de ¿confianza? con el actual marco jurídico europeo ante el reto digital y su impacto a los derechos                                                                             | 607 |
| <b>Maria Romana Allegri</b> , Riflessioni sulla trasparenza algoritmica anche in relazione all'attività amministrativa                                                                                                     | 617 |
| <b>Omar Caramaschi</b> , L'AI Act e la sfida europea dell'intelligenza artificiale: quale ruolo per il costituzionalismo (digitale)?                                                                                       | 637 |
| <b>Enrico Mantovani</b> , L'intelligenza artificiale come componente del potere digitale: la necessità di una dimensione collettiva del diritto alla privacy                                                               | 659 |
| <b>Borja Sánchez Barroso</b> , Constitucionalizar el principio de precaución frente a la inteligencia artificial: ¿una garantía necesaria para la protección de los derechos fundamentales?                                | 685 |
| <b>Erika La Fauci</b> , Notarelle sul <i>Digital Services Act</i>                                                                                                                                                          | 711 |
| <b>Bárbara Cortés Cabrera</b> , Cambio de paradigma del estado constitucional español ante el desafío de la ciberseguridad                                                                                                 | 731 |
| <b>Eloisa Maria Benedicta Bellucci</b> , Estado y soberanía monetaria a prueba de las criptomonedas                                                                                                                        | 751 |
| <b>Juan Francisco Barroso Márquez</b> , Os traigo amor: Trasplantando tribunales constitucionales en el entorno postcomunista de Hungría y Polonia                                                                         | 779 |
| <b>Konstantinos Mourtopallas</b> , L'insularità come parte dell'identità costituzionale degli Stati dell'Europa mediterranea: gli esempi di Grecia e Italia                                                                | 801 |

## VOLUME II

## PARTE III

## LO STATO DELLE TRANSIZIONI, LO STATO NELLE TRANSIZIONI

*El Estado de las transiciones, el Estado en las transiciones**O Estado das transições, o Estado nas transições*

- Antonio Ruggeri**, Torsioni della forma di governo, riflessi sulla forma di Stato, ricerca dei possibili rimedi 827
- Daniele Porena**, Lo Stato delle transizioni e lo Stato nelle transizioni 853
- Giuliaserena Stegher**, La mera fórmula ritual del bicameralismo italiano 861
- Corrado Antonucci**, Il procedimento di formazione dell'esecutivo spagnolo. Spunti dagli ordinamenti autonomici per affrontare le problematiche istituzionali nel nuovo sistema dei partiti 881
- Marco Benedetti - Gerard Plazas**, Presidente del Gobierno y disolución de las Cámaras: el caso español en perspectiva comparada 907
- Paolo Giovarruscio**, Transizione costituzionale e "presidenzializzazione" dell'Esecutivo. La forma di governo in movimento 929
- Federico Micari**, "Governi tecnici" e "premierato": prime riflessioni alla luce del disegno di legge costituzionale di revisione della forma di governo (a.s. 935) 951
- Maria Elena Mariano**, L'impatto della governance del PNRR sull'assetto costituzionale: un confronto con l'esperienza spagnola 979
- Matteo Caldironi**, Funzione legislativa e giustizia costituzionale: separazione, collaborazione o interdipendenza? 999
- Viviana Di Capua**, La "produzione normativa" del giudice amministrativo tra teoria e prassi 1017
- Carlos González-Tormo**, Marco constitucional de las comisiones de investigación en el sistema parlamentario español: una aproximación 1041
- Raffaele Prettato**, Politicizzazione e modalità di nomina dei Consigli di Giustizia: il CSM italiano e il CGPJ spagnolo a confronto 1067
- Laura Daniela Useche Acevedo**, Tramitación de la reforma constitu-

|                                                                                                                                                                                      |      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| cional mediante procedimientos abreviados: análisis comparado de Colombia y España                                                                                                   | 1093 |
| <b>Andrés Vilas Villamarín</b> , Limitaciones del sufragio en las “consultas ciudadanas” y algunas propuestas de futuro sobre la democracia participativa en el ordenamiento español | 1123 |
| <b>Alberto Gutiérrez Alberca</b> , La elección directa del alcalde                                                                                                                   | 1149 |
| <b>Giovanni Matteo Centore</b> , Per una nuova fase costituente della rappresentanza politica nell’Unione Europea                                                                    | 1173 |
| <b>Amalia Lozano España</b> , Del Estado-nación a la Unión Europea: el gasto público como instrumento para la construcción de un federalismo fiscal europeo                          | 1197 |
| <b>Gesualdo Della Corte</b> , L’equilibrio di bilancio in Costituzione e l’applicazione del novellato art. 81 Cost.: una Legge Organica per l’Italia?                                | 1217 |
| <b>Stefano Rotolo</b> , La complessa transizione italiana in materia di bilancio e il nuovo Patto di Stabilità e Crescita                                                            | 1239 |

## PARTE IV

### LA TUTELA DEI DIRITTI IN UN MONDO CHE CAMBIA

*La protección de los derechos en un mundo cambiante*  
*A proteção dos direitos em um mundo em transformação*

|                                                                                                                                                                                 |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Juan Francisco Sánchez Barrilao</b> , La protección de los derechos en un mundo que cambia                                                                                   | 1267 |
| <b>Diego Fernandes Guimarães</b> , Las características del diálogo judicial en el sistema interamericano de derechos humanos                                                    | 1281 |
| <b>Sara Orabona</b> , Rapporti tra Corte Costituzionale e legislatore: dialogo istituzionale o conflitto di attribuzioni?                                                       | 1301 |
| <b>Elena Riviaccio</b> , Tutela dei diritti fondamentali e concorso dei rimedi giurisdizionali. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 15 del 2024 della Corte costituzionale | 1317 |
| <b>Massimiliano Baroni</b> , Oltre l’eguaglianza di opportunità per l’inveramento del disegno costituzionale di autorealizzazione individuale                                   | 1337 |
| <b>Marco Camilleri</b> , Giusta imposizione tra principi di solidarietà, uguaglianza e vulnerabilità                                                                            | 1359 |

|                                                                                                                                                                                                                         |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Andrea Napolitano</b> , La trasformazione della Costituzione economica nel costituzionalismo multilivello. Intervento pubblico, solidarietà e governo dell'economia nel quadro del Next Generation EU                | 1371 |
| <b>Alejandro Villaluenga Garrido</b> , Estado social, pueblo y pertenencia en el ámbito de la Unión Europea                                                                                                             | 1397 |
| <b>Luis Fernando Martínez Quevedo</b> , El libre desarrollo de la personalidad de los menores en la sociedad digital                                                                                                    | 1411 |
| <b>Marianna Cuomo</b> , Il diritto alla salute nel quadro della trasformazione digitale                                                                                                                                 | 1437 |
| <b>Leandra Abbruzzo</b> , Il ruolo dei caregiver nell'assistenza sanitaria agli anziani                                                                                                                                 | 1459 |
| <b>Marta Barranco Dos Santos</b> , Breve aproximación a la evolución jurídica de la eutanasia en España: de la penalización a la regulación normativa                                                                   | 1487 |
| <b>Stella Nacca</b> , Il filo sottile tra dignità e sostegno vitale: il suicidio assistito nel prisma costituzionale alla luce della sent. n. 135/2024                                                                  | 1509 |
| <b>Rafael Deyongh Cedeño</b> , El derecho a la muerte médicamente asistida: un análisis comparado sobre sus fundamentos constitucionales en los ordenamientos jurídicos colombiano y español                            | 1543 |
| <b>Chiara Sagone</b> , La tutela delle persone con disabilità: Italia e Spagna a confronto                                                                                                                              | 1571 |
| <b>Gemma Alberico</b> , Il diritto alla genitorialità e la procreazione medicalmente assistita alla luce della giurisprudenza costituzionale                                                                            | 1595 |
| <b>Aurora Maggi</b> , La transizione del principio di dignità: uno sguardo ai mutamenti nella garanzia dei diritti riproduttivi                                                                                         | 1619 |
| <b>Valentina Capuozzo</b> , Libertà di espressione online: note sul quadro giuridico spagnolo nella cornice della disciplina europea                                                                                    | 1635 |
| <b>Francisco Ortega Candela</b> , ¿Ampara la libertad de expresión la generación de pornografía infantil con herramientas de inteligencia artificial?                                                                   | 1651 |
| <b>Emilio Ferrero García</b> , La respuesta constitucional a la incitación al odio en una europa en transición: entre el riesgo de la oclocracia digital y la tutela de los derechos fundamentales de grupos vulnerados | 1669 |
| <b>Francesca Alicino</b> , Il contratto collettivo nazionale di lavoro: un progetto di tutela economica e sociale nell'era dell'industria 4.0                                                                           | 1689 |
| <b>Salvador Martínez Rompeltien</b> , La protección del derecho a la vivienda ante la proliferación de su uso turístico. El caso de Canarias: propuestas de <i>lege ferenda</i> respetuosas con la doctrina del TEDH    | 1707 |

|                                                                                                                                                                                                                                   |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>Francisco Javier Moreno Ordoño</b> , La potencial recepción del modelo alemán de protección constitucional del mínimo existencial en la asistencia social: un análisis de la jurisprudencia constitucional española e italiana | 1731     |
| <b>Andrea Garrido Raya</b> , La (des)protección de las minorías religiosas en Europa                                                                                                                                              | 1757     |
| <b>Jokin Babaze Aizpurua</b> , El derecho a la cultura: sobre el contenido del art. 44 CE y la comparación con el régimen constitucional de Portugal e Italia                                                                     | 1777     |
| <b>Franco Trubiani</b> , Le nuove forme di vulnerabilità nel mondo digitale tra la disciplina consumeristica ed il nuovo regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (AI ACT)                                               | 1797     |
| <b>Demelsa Covisa López</b> , Discriminación por razón de género en el régimen penitenciario español                                                                                                                              | 1815     |
| <b>Maria Vittoria Forte</b> , Accesso al territorio italiano per richiedenti asilo ex art. 10, comma 3, Costituzione: limiti e potenzialità del Programma "Corridoi Umanitari"                                                    | 1831     |
| <br><i>Gli Autori e i Curatori</i>                                                                                                                                                                                                | <br>1857 |



## *Prólogo*

El tiempo de las transiciones podría parecer una expresión que nos dirige la mirada a un tiempo pasado, a un recuerdo quién sabe si de un mundo mejor a la realidad con la que nos despertamos cada día. Cuando esa expresión, además, acompaña a la Constitución, la invitación a la retrospectiva, al menos en el caso español, está más que servida puesto que, – no voy a descubrir nada nuevo – el momento del constituyente español vino determinado por las circunstancias históricas de la transición de un régimen dictatorial a la constitución de un nuevo Estado social y democrático de derecho en 1978. La instauración de un régimen de derechos y libertades que se ha ido consolidando y ampliando a lo largo de estas décadas, las que convierten ya nuestra Constitución en la más longeva de la historia constitucional española, ha hecho que España sea un país no solo homologable a la de nuestros socios europeos, ahora que cumplimos 40 años de pertenencia a la Unión, sino un referente imprescindible.

La Constitución en los tiempos de las transiciones, título de la obra colectiva que me honro en prologar y que mantiene el tema del VII congreso internacional del Seminario Ítaloespañol del que es causa, no es para nada un ejercicio de nostalgia. Al contrario, sus 83 capítulos son el reflejo de una pulsión fuerte por los problemas de la sociedad europea actual, con propuestas efectivas y análisis certeros en muchos de los ámbitos propios del Derecho Constitucional; desde el devenir mismo del constitucionalismo y el papel del Estado ante los retos y las crisis globales, hasta la siempre necesaria construcción europea y la tutela de los derechos fundamentales en un mundo que cambia rápidamente. Así, esta obra colectiva reúne en dos volúmenes temas de inmensa actualidad como la sociedad digital y el medio ambiente, sin olvidar temas clásicos como la forma de Estado y de gobierno. En definitiva, una pléyade temática rica y amplia que muestra los plurales intereses de una academia viva y comprometida con el conocimiento, el rigor y la excelencia.

Son estas las características que podríamos decir definen al grupo

de profesores que conforman la comunidad del Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales. Profesores de todas las generaciones y estudiantes de doctorado que se reúnen cada dos años para tomar el pulso del constitucionalismo europeo y global, en un diálogo intergeneracional con fuerte protagonismo – y así debe ser – de quien se encuentra en sus primeras etapas de la carrera académica. He vivido en primera persona ese espíritu al participar en la inauguración del VII congreso que tuvo lugar en octubre de 2024 en la *Università di Napoli «Parthenope»*, en una impresionante sede con vistas al Mar Mediterráneo. Ese mar que une a España e Italia, como testigo del paso de la historia y de nuestros lazos comunes. Qué mejor ciudad que Nápoles para continuar el legado de una comunidad, decía, que dialoga no sólo entre generaciones, sino, sobre todo – y quiero destacarlo – entre nacionales europeos que se desprenden de representaciones nacionales y nacionalistas excluyentes para ejemplificar los nuevos tiempos, una transición, hacia una Europa unida. Una academia en sentido propio, una expresión de fraternidad mediante el ejercicio de la libertad científica y de cátedra, que no discrimina, sino que construye y se construye sobre los valores constitucionales europeos. Ya tuve la ocasión de participar en la presentación de otro libro del Seminario Ítaloespañol, «Europa, società aperta», en La Sapienza de Roma; entonces pude comprobar como Embajador del Reino de España, de primera mano, esa sociedad abierta que lleva tiempo cultivándose – despacio, desde su nacimiento en el seno del Real Colegio de España de Bolonia y el Alma Mater de la ciudad «*dotta, grassa e rossa*» – entre jóvenes y menos jóvenes, estudiosos todos de algo tan valioso para las sociedades democráticas como es la Constitución. Y como Embajador de España en Italia no puedo sino congratularme institucionalmente de que ese grupo siga recogiendo frutos tan excelentes como este libro colectivo.

Pero también como Doctor en Derecho – en derecho constitucional, por ser más preciso – aprecio el valor de la obra que tenemos entre las manos, porque, además de que los temas son variados y todos interesantes, reúne nombres de conocidísimo prestigio junto a otros que, por su juventud, aún tendrán también tiempo de brillar. Sé de la dificultad de escribir una tesis doctoral – ¡ya lo creo que lo sé! – y de la importancia de estos encuentros científicos; pero sé especialmente que se agradece poder contar con lecturas tan oportunas, que seguro



que en el futuro ayudarán e inspirarán a esas nuevas generaciones que recogerán, algún día, el testigo del estudio de la Constitución y el compromiso por sus valores.

Mientras, nosotros estamos en transición hacia un nuevo mundo, somos una transición constante, pero es el tiempo de seguir estudiando la Constitución, porque cada avance que se proponga desde la Universidad es un paso que el mundo que está por venir necesita para seguir reteniendo «una grande belleza». Qué mejor metáfora de todo ello, la ciudad misma de Nápoles, donde se celebró el congreso y ahora se publican sus resultados. Disfruten – disfrutemos – de estas lecturas.

Miguel Fernández-Palacios M.  
Embajador del Reino de España en la República italiana



## *Introduzione dei curatori*

La settima edizione del Seminario Italo-spagnolo, tenutasi a Napoli dal 2 al 4 ottobre 2024, si è data l'ambizioso compito di riflettere sui concetti di Costituzione e transizione, approfondendo i cambiamenti che quest'ultima o, *rectius*, queste ultime (le transizioni), impongono alle prime. Minimo comune denominatore del Convegno è stato quindi il concetto di "transizione", declinato al plurale: una parola di per sé significativa per il costituzionalismo ma che ha acquisito, nel corso degli ultimi anni, significati ulteriori.

La scelta del tema ha voluto coniugare la storia del Seminario, e del gruppo di studiosi che lo hanno pensato, oltre dieci anni fa, e hanno continuato a renderlo vivo nel tempo, con l'evoluzione della storia costituzionale dei paesi europei, dell'Unione stessa e, *amplius*, delle democrazie occidentali. Solo per ricordarlo, si pensi all'anno di nascita del Seminario, il 2012, e alla crisi finanziaria che portò proprio quell'anno all'approvazione del Trattato Fiscal Compact in Europa e inaugurò una stagione di revisioni costituzionali, in particolare in Italia e in Spagna; all'emergenza sanitaria, che ha obbligato l'Unione europea e i singoli Stati membri a ripensare i propri modelli economici e produttivi dinanzi all'imprevedibilità di una pandemia; in generale, ma strettamente collegato a quanto prima, non può non farsi riferimento alle sfide tecnologiche e ambientali e, su tutte, quelle relative a intelligenza artificiale e cambiamenti climatici; infine, in questa direzione, è doveroso riflettere anche sulle guerre e le emergenze umanitarie che colpiscono parti del mondo sempre più vicine all'Europa.

In questa prospettiva, appare evidente che nella storia del Seminario si riflettono gli accadimenti europei e delle democrazie occidentali degli ultimi anni, che altro non sono che una storia di transizioni, attuate, in corso, da attuare; transizioni rispetto alle quali il costituzionalismo non può dichiararsi indifferente. È per questa ragione che, cer-

cando di dare spazio allo studio di tutte le principali tematiche del diritto costituzionale e abbracciando uno spirito pienamente europeista, come sempre, il VII Congresso del Seminario italo-spagnolo è stato dedicato a “La Costituzione al tempo delle transizioni”: ovvero alla riflessione sul ruolo irrinunciabile della Costituzione in un mondo che cambia.

Il Convegno si è svolto nelle sedi nell’Università degli Studi di Napoli Parthenope, che ha organizzato questa edizione del Seminario, e, nella sessione conclusiva, presso la Fondazione di Banco di Napoli, che ha sostenuto l’iniziativa insieme a molte Università italiane e straniere. L’evento, tra l’altro, è stato patrocinato dall’Ambasciata di Spagna in Italia e dal Centro de Estudios Políticos y Constitucionales di Madrid. Infine, anche in questa occasione, il Convegno è stato, in buona parte, finanziato dalla Commissione europea, mediante il Modulo Jean Monnet EUCONS “*The constitutional bases of Europe: towards a sustainable democracy*”. Di quest’ultimo, è responsabile scientifico uno dei curatori di questi volumi, la prof.ssa Anna Papa, e vede la partecipazione anche degli altri, ovvero la prof.ssa Silvia Romboli, il prof. Antonio Pérez Miras, che è uno dei fondatori del Seminario, il dott. Giacomo Palombino e la dott.ssa Daniela Messina.

Al Convegno hanno partecipato, con una propria comunicazione, oltre cento giovani studiosi, selezionati con una Call for papers, che si sono confrontati in più di trenta sessioni parallele, presiedute da autorevoli professori di diritto costituzionale e più in generale di discipline pubblicistiche, con studiosi ed esperti dei temi trattati, che hanno accettato di selezionare le relazioni ammesse al seminario ma anche di discutere con loro dei contenuti proposti. Importanti e di grande suggestione sono state le relazioni degli studiosi che hanno animato la sessione plenaria introduttiva e quella conclusiva.

I contributi raccolti in questi volumi – tutti sottoposti a procedimento di revisione – sono il frutto del dibattito, delle suggestioni e delle idee sorti in quei tre giorni a Napoli e rappresentano, come sempre, lo spirito del Seminario Italo-spagnolo: costruire una riflessione comune e intergenerazionale attorno ai grandi temi del diritto costituzionale

per prepararsi ad affrontare, come studiosi e come cittadini, le sfide nazionali, europee e internazionali di questo inizio di millennio.

I curatori



## *Nota de los directores*

La séptima edición del Seminario Ítaloespañol, celebrada en Nápoles del 2 al 4 de octubre de 2024, se propuso la ambiciosa tarea de reflexionar sobre los conceptos de Constitución y transición, profundizando en los cambios que esta última o, mejor dicho, estas últimas (las transiciones), imponen a las primeras. Mínimo común denominador del Congreso fue, por tanto, el concepto de «transición», declinado en plural: una palabra de por sí significativa para el constitucionalismo, pero que ha adquirido, en el curso de los últimos años, significados adicionales.

La elección del tema quiso conjugar la historia del Seminario y del grupo de estudiosos que lo concibieron hace más de diez años y han continuado manteniéndolo vivo en el tiempo, con la evolución de la historia constitucional de los países europeos, de la propia Unión y, más ampliamente, de las democracias occidentales. Basta recordar, a este respecto, el año de nacimiento del Seminario, 2012, y la crisis financiera que condujo precisamente ese año a la aprobación del Pacto Fiscal en Europa e inauguró una etapa de reformas constitucionales, particularmente en Italia y España; la emergencia sanitaria, que obligó a la Unión Europea y a los distintos Estados miembros a replantear sus modelos económicos y productivos frente a la imprevisibilidad de una pandemia; más en general, aunque estrechamente vinculado con lo anterior, no puede dejar de hacerse referencia a los desafíos tecnológicos y medioambientales y, entre ellos, especialmente a los relacionados con la inteligencia artificial y el cambio climático; finalmente, en esta misma dirección, resulta obligado reflexionar también sobre las guerras y las emergencias humanitarias que afectan a partes del mundo cada vez más próximas a Europa.

Desde esta perspectiva, parece evidente que en la historia del Seminario se reflejan los acontecimientos europeos y de las democracias occidentales de los últimos años, que no son sino una historia de transiciones: realizadas, en curso o aún por realizar; transiciones respecto de las cuales el constitucionalismo no puede declararse indiferente. Por esta razón, procurando dar espacio al

estudio de las principales cuestiones del derecho constitucional y abrazando, como siempre, un espíritu plenamente europeísta, el VII Congreso del Seminario Ítaloespañol estuvo dedicado a «La Constitución en el tiempo de las transiciones»: esto es, a la reflexión sobre el papel irrenunciable de la Constitución en un mundo en transformación.

El Congreso se celebró en las sedes de la Universidad de Nápoles Parthenope, que organizó esta edición del Seminario, y, en su sesión conclusiva, en la Fundación Banco de Nápoles, que apoyó la iniciativa junto con numerosas universidades italianas y extranjeras. El evento, además, contó con el patrocinio de la Embajada de España en Italia y del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Asimismo, también en esta ocasión, el Congreso fue financiado en gran medida por la Comisión Europea, a través del Módulo Jean Monnet EUCONS «*The constitutional bases of Europe: towards a sustainable democracy*». De este último es responsable científica una de las directoras de estos volúmenes, la profesora Anna Papa, y cuenta también con la participación de las demás personas que lo dirigen, esto es, la profesora Silvia Romboli, el profesor Antonio Pérez Miras –uno de los fundadores del Seminario–, el doctor Giacomo Palombino y la doctora Daniela Messina.

En el Congreso participaron, con sus respectivas comunicaciones, más de un centenar de jóvenes investigadores, seleccionados mediante una Call for Papers, que debatieron en más de treinta sesiones paralelas presididas por reconocidos profesores de derecho constitucional y, más en general, de disciplinas iuspublicistas, junto con estudiosos y expertos en las materias tratadas, quienes aceptaron no solo seleccionar las ponencias admitidas al Seminario, sino también discutir con sus autores los contenidos propuestos. Especialmente relevantes y sugerentes fueron asimismo las intervenciones de los académicos que animaron la sesión plenaria inaugural y la de clausura.

Las contribuciones reunidas en estos volúmenes – todas ellas sometidas a un procedimiento de revisión – son fruto del debate, de las reflexiones y de las ideas surgidas durante aquellos tres días en Nápoles y representan, como siempre, el espíritu del Seminario Ítaloespañol: construir una reflexión común e intergeneracional en torno a las grandes cuestiones del derecho constitucional para



prepararse a afrontar, como estudiosos y como ciudadanos, los desafíos nacionales, europeos e internacionales de este comienzo de milenio.

Los directores



PARTE I

*QUO VADIS, CONSTITUTIO?*



## LA COSTITUZIONE AL TEMPO DELLE TRANSIZIONI

SOMMARIO: 1. Tempo di crisi. – 2. I percorsi storici del costituzionalismo. – 3. Un salto di civiltà: il progetto di una Costituzione della Terra. – 4. Per un costituzionalismo universalistico in opposizione ai costituzionalismi nazionalisti e identitari. – 5. Per un realismo razionalista in opposizione all'attuale realismo volgare. – 6. La pace e il disarmo globale e totale come sua unica garanzia. – 7. Una nota di ottimismo.

### 1. *Tempo di crisi*

Viviamo un “tempo di transizioni”, come dice il titolo del nostro convegno. Il problema che dovremo affrontare è quello della direzione di questa transizione: se si tratti di una transizione inarrestabile verso la crisi irreversibile del costituzionalismo, o se invece si possa prospettare e ci si possa quindi impegnare nella promozione di una svolta progressiva rispetto alla deriva in atto.

La crisi del costituzionalismo è oggi, purtroppo, innegabile. Se è vero che il costituzionalismo consiste in un sistema di limiti e vincoli legali e di controlli giudiziari imposti a poteri altrimenti selvaggi, dobbiamo riconoscere che tale sistema sta collassando, sia all'interno dei nostri ordinamenti che al loro esterno, cioè sul piano del diritto internazionale. Per effetto della globalizzazione, è cambiata la geografia dei poteri sulla quale si è fondato il costituzionalismo all'indomani della seconda guerra mondiale. I poteri che contano – i grandi poteri economici e finanziari – si sono ormai dislocati fuori dei confini nazionali, sottraendosi ai controlli della politica e del diritto. Ne è seguito un capovolgimento del rapporto tra politica ed economia. A causa dell'asimmetria tra il carattere globale di quei poteri economici e finanziari e il carattere locale della politica e del diritto, non sono più i governi che garantiscono la libera concorrenza tra le imprese, ma sono le grandi imprese multinazionali che mettono i governi in una concor-

\* Università Roma Tre.

renza al ribasso, spostando i loro investimenti dove possono massimamente sfruttare il lavoro, devastare impunemente l'ambiente, corrompere i governi e non pagare le imposte. Ne sta conseguendo un collasso delle nostre democrazie e, cosa ancor più grave, del diritto internazionale, con il pericolo, per la prima volta nella storia, di un insensato suicidio del genere umano.

1.1. Anzitutto il collasso delle nostre democrazie, che stanno trasformandosi, anche nei paesi di più consolidata tradizione democratica, nel guscio vuoto delle elezioni, contenente solo taluni diritti elementari, peraltro sempre più malamente garantiti. La globalizzazione dell'economia, ma non della politica e del diritto, ha travolto entrambe le dimensioni della democrazia: la dimensione politica o formale, dato che i governi e i parlamenti rappresentano sempre meno la società e sempre più gli interessi dei potenti, ai quali rispondono, ben più che ai loro elettori, condizionando tutte le spese sociali alla sostenibilità economica consentita dai mercati; e la dimensione costituzionale o sostanziale, dato che la pressione liberista ha prodotto la demolizione delle garanzie del lavoro, l'abbassamento delle imposte e con esse delle spese sociali e perfino la costruzione di un diritto penale vistosamente disuguale: minimo e garantista fino all'impunità per i potenti; massimo ed inflessibile per i deboli.

La crisi o peggio il collasso di entrambe queste dimensioni della democrazia sono stati favoriti da un'alleanza perversa tra liberismo e populismi. In forza di questa alleanza si sono prodotti due processi convergenti, l'uno di scomposizione e l'altro di ricomposizione sociale: la disgregazione, ad opera delle politiche liberiste di precarizzazione e differenziazione dei rapporti di lavoro, delle tradizionali soggettività politiche basate sull'uguaglianza, prima tra tutte quella del movimento operaio, e la riaggregazione in chiave reazionaria, ad opera delle politiche populiste, di nuove soggettività collettive basate sull'intolleranza per i differenti. Alla lotta contro le disuguaglianze si è sostituita la lotta alle differenze, alimentata dalle campagne di paura e rancore contro i soggetti più deboli: i cittadini contro i migranti, gli integrati contro gli emarginati, i garantiti contro i non garantiti.

Si capisce come la forma di governo più funzionale alla subalternità della politica ai mercati e al tempo stesso più congeniale ai popoli-

smi si sia rivelata la semplificazione maggioritaria e tendenzialmente personalistica delle forme di governo. Ben più delle vecchie democrazie parlamentari basate sul pluralismo politico e su partiti radicati nella società, la governabilità espressa da partiti personali e da governi personalizzati è in grado di assicurare la massima potenza nei confronti della società quale condizione della sua massima impotenza e subalternità ai dettami dei mercati. Ne è prova il negazionismo della questione ecologica da parte dei governi della destra postfascista che, come in Italia, non fanno nulla per fronteggiarla se non chiudere la bocca, con le loro leggi liberticide, dei giovani che con le loro proteste tentano di aprire i loro occhi.

1.2. Ma è soprattutto sul piano delle relazioni internazionali che la globalizzazione selvaggia sta producendo effetti devastanti. Su questo piano la crisi investe le condizioni stesse della vita sulla terra: il riscaldamento climatico e la distruzione della natura e, per altro verso, la normalizzazione della guerra e l'incubo nucleare. L'umanità si è trasformata in una metastasi che avvolge il pianeta distruggendone, con lo sviluppo industriale ecologicamente insostenibile, i principali fattori degli equilibri ambientali: i grandi ghiacciai, le grandi foreste, la biodiversità e, in generale, l'intera biosfera. Mentre crescono la povertà dei poveri e la ricchezza dei ricchi sia nei paesi arretrati che in quelli avanzati, la sola spesa pubblica in crescita, in un mondo già affollato di armi nucleari in grado di sterminare centinaia di volte l'intera umanità, è la spesa militare, che accomuna gli Stati più potenti in una corsa folle a ulteriori armamenti. Con irresponsabile leggerezza si parla di una possibile guerra dell'Europa contro la Russia. Il 19 settembre 2024 il Parlamento europeo ha invitato gli Stati membri a consentire l'uso dei sistemi missilistici forniti all'Ucraina contro obiettivi sul suolo russo, e la Russia ha interpretato questo voto come una dichiarazione di guerra che potrebbe finire in uno scontro nucleare. Per la prima volta nella storia, l'umanità rischia l'estinzione: non per cause esterne, ma per le sue politiche suicide, determinate dalla sua cecità di fronte alle grandi sfide, ecologiche e militari, che pesano sul nostro futuro.

## *2. I percorsi storici del costituzionalismo*

L'umanità sta dunque attraversando il momento più drammatico della sua storia. Ci sono infatti problemi globali – il riscaldamento climatico, l'incubo nucleare, la crescita delle disuguaglianze, lo sfruttamento globale del lavoro e il dramma dei migranti – che non fanno parte dell'agenda politica dei governi nazionali, ancorata agli spazi ristretti e ai tempi brevi delle scadenze elettorali, anche se dalla loro soluzione dipende la sopravvivenza del genere umano.

È a partire dal riconoscimento della drammaticità di questa stagione della storia che dobbiamo rispondere alla nostra domanda iniziale. La crisi in atto del diritto e della ragione è una crisi irreversibile, oppure è possibile una svolta, cioè una rifondazione razionale della convivenza civile dell'umanità attraverso una rifondazione del patto costituzionale a livello globale e, con esso, del costituzionalismo, della sfera pubblica e della democrazia all'altezza dei poteri globali e delle sfide generate dal loro odierno carattere selvaggio? Io penso che questa possibilità dipenda essenzialmente da un risveglio della ragione: dalla consapevolezza che quanto accade non ha nulla di naturale, o di necessario o di inevitabile, ma è frutto dell'opera degli uomini, cioè della politica, o meglio dell'assenza di politica che sta portandoci verso il baratro.

A sostegno di questa possibilità, c'è la storia del costituzionalismo moderno, che è sempre stata una storia di progressi e di involuzioni, i primi di solito seguiti ai secondi. Sempre è esistita un'alternativa, imboccata dalla ragione grazie alle lotte e alle rivoluzioni messe in atto contro lo stato esistente delle cose. Fu un'alternativa e un progresso il passaggio dall'ancien regime degli Stati assoluti, fatto di disuguaglianze, di arbitri e di miseria, allo stato di diritto, grazie alle prime dichiarazioni e costituzioni settecentesche e ottocentesche. Lo stesso si dica delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, della carta dell'Onu e delle tante dichiarazioni e convenzioni sui diritti umani, seguiti agli orrori delle guerre mondiali e alla liberazione dai totalitarismi nazifascisti. La storia del costituzionalismo, possiamo ben dire, è la storia di una sua progressiva espansione: sia in senso intensionale, essendo enormemente aumentati i principi e i diritti enunciati dalle costituzioni ed essendosi rafforzata, grazie alla loro rigidità, la loro forza vincolan-



te; sia in senso estensionale, essendosi il costituzionalismo, attraverso le tante carte internazionali dei diritti, esteso, sia pure in forma embrionale e soltanto sul piano normativo, a tutti gli abitanti della Terra.

Purtroppo, a causa della globalizzazione dei poteri sviluppatasi in questi ultimi decenni senza una sfera pubblica alla loro altezza, il progetto costituzionale di pace e di uguaglianza, disegnato dalle costituzioni rigide e da quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla carta dell'Onu e dalle tante carte dei diritti umani che affollano il nostro diritto internazionale, è fallito. Domandiamoci: perché? È questa l'altra domanda alla quale deve rispondere il nostro convegno.

Io penso che le ragioni del fallimento – di più, le ragioni che hanno reso inevitabile il fallimento e impossibile un esito diverso dall'attuale caos globale – consistano nel non compiuto sviluppo del costituzionalismo all'altezza degli attuali poteri globali selvaggi, sia economici che politici, e delle loro aggressioni al diritto e ai diritti pur declamati in tante carte costituzionali e internazionali. Consistono, precisamente, in due difetti di quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla carta dell'Onu e dalle tante carte dei diritti umani. Il primo difetto consiste nel fatto che queste carte non sono dotate della rigidità che è propria di tutte le costituzioni avanzate: non sono sopraordinate a tutte le altre fonti, statali e internazionali, come avverrebbe se fossero difese da una Corte costituzionale internazionale, e sono state perciò e continuano ad essere impunemente violate.

Il secondo difetto di queste carte consiste nella totale assenza di garanzie dei principi in esse proclamati, cioè della pace e dei diritti fondamentali da esse stabiliti. Si pone qui una questione teorica di fondo, che ha a che fare, in tema di principi costituzionali, con la centralità delle garanzie. Diversamente dai diritti patrimoniali, le cui garanzie vengono ad esistenza insieme ai diritti garantiti – il debito insieme al credito, il divieto di lesioni insieme al diritto reale di proprietà – i diritti fondamentali, al pari della pace e della salvaguardia dell'ambiente, non nascono insieme alle loro garanzie, cioè ai divieti e agli obblighi ad essi corrispondenti, che ben possono mancare e di fatto, nel diritto internazionale, mancano totalmente. Ciò non comporta, come hanno sostenuto Hans Kelsen e dietro di lui gran parte dei teorici del diritto di orientamento realista, che i diritti fondamentali, in as-

senza di garanzie, cioè dei doveri e delle relative sanzioni ad essi corrispondenti, non esistono. Contro questa tesi singolarmente anti-giuspositivistica, che fa svolgere alla teoria un ruolo assurdamente de-costituente, occorre invece riconoscere che i diritti fondamentali esistono, se stabiliti da norme di diritto positivo come sono le carte internazionali; che l'assenza di garanzie non ne determina l'inesistenza, ma ne costituisce al contrario una violazione per omissione, cioè un'indebita lacuna; che perciò essi necessitano e impongono norme di attuazione, che ne introducano le garanzie primarie e le relative istituzioni di garanzia: un servizio sanitario e un servizio scolastico universali a garanzia dei diritti alla salute e all'istruzione, un'alimentazione di base garantita a tutti, un demanio planetario a tutela dei beni vitali della natura, la messa al bando delle armi a garanzia della pace e della vita. Senza queste garanzie e le relative istituzioni, pace e diritti sono solo parole, per di più fastidiosamente retoriche. Di più: questa assenza di garanzie retroagisce sul piano sociale e culturale, facendo regredire quei principi a una lustra ideologica. Quei principi, infatti, sono tanto declamati dai paesi occidentali quale segno della loro superiorità morale e politica rispetto al resto del mondo, quanto assenti dalla loro pratica quotidiana di potere.

### *3. Un salto di civiltà: il progetto di una Costituzione della Terra*

Quelle carte internazionali, tuttavia, sono diritto vigente. Disegnano, insieme alle costituzioni statali, un progetto giuridico e politico, tuttora vincolante, di società cosmopolita. Se prese sul serio, impongono a tutti i poteri limiti e vincoli a garanzia dei principi in esse stabiliti. Comportano perciò la configurazione delle lesioni di tali principi come loro illecite violazioni, per commissione o per omissione. Ci dicono che il nostro ordinamento internazionale è viziato da un duplice ordine di illegalità, consistendo in un insieme di antinomie e di lacune: di indebite antinomie, per la contraddizione con i suoi principi fondamentali delle norme liberticide dei tanti regimi autocratici e illiberali, e di indebite lacune, per la mancata attuazione di tali principi dovuta all'omessa costruzione di idonee funzioni e istituzioni internazionali di garanzia.

D'altro canto, le grandi sfide lanciate al costituzionalismo sono oggi ben più drammatiche e impellenti che in qualunque altro momento del passato. Ci sono le vecchie, secolari sfide e catastrofi, aggravate dalla loro maggiore visibilità in un mondo interamente interconnesso: sono le violazioni massicce dei diritti formulati in tante carte costituzionali e internazionali e le disuguaglianze crescenti tra ricchi e poveri, tra le nostre società opulente e i tanti popoli che vivono in condizioni di non libertà e/o di miseria, tra i nostri alti tenori di vita e la condizione di centinaia di milioni di esseri umani affamati. Ma ci sono anche nuove sfide e catastrofi, ben più gravi e neppure immaginabili in quella grande stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949: sono le pandemie che dilagano in poche settimane in tutto il pianeta; il riscaldamento climatico e la devastazione della natura prodotti dallo sviluppo industriale ecologicamente insostenibile; il ritorno delle guerre nelle relazioni tra gli Stati e il pericolo costante della loro degenerazione in conflitti nucleari; gli orrori del terrorismo jihadista seguiti dagli orrori delle rappresaglie guerresche; lo sfruttamento selvaggio del lavoro determinato dal libero spostamento dei capitali dove è possibile trattare i lavoratori come schiavi; il dramma dei migranti che fuggono da una o più d'una di queste tragedie.

È perciò un nuovo salto di civiltà che è necessario prospettare e promuovere, in alternativa all'inerzia e alla cecità della politica: l'espansione del paradigma costituzionale a livello globale. È il progetto che ho illustrato nel libro *"Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio"*, edito da Feltrinelli e contenente anche la bozza di una Costituzione in 100 articoli. Questo sviluppo del costituzionalismo è dettato dall'universalismo dei principi della pace e dell'uguaglianza stabiliti in tante carte costituzionali, statali e sovratatali. È reso necessario ed urgente dalle sfide vecchie e nuove alla ragione giuridica e politica, prime tra tutte le guerre, il rischio di un olocausto nucleare e il riscaldamento climatico, che di quelle carte stanno rivelando la totale inadeguatezza.

L'alternativa è perciò radicale: l'anarchia costituzionale o la costruzione di una democrazia cosmopolita. È in gioco il futuro delle nostre democrazie. La rappresentanza politica e la garanzia dei diritti fondamentali sono infatti minate alle radici dal dominio dei grandi poteri economici e finanziari globali; laddove lo sviluppo di un costitu-

zionalismo globale che liberi la politica dalla subalternità ai poteri selvaggi dei mercati è la condizione pregiudiziale per una rifondazione democratica dei nostri sistemi politici. Ma è la sopravvivenza stessa del genere umano che è in pericolo, per la prima volta nella storia, se non ci sarà un nuovo risveglio della ragione di fronte alle nuove sfide e catastrofi globali.

Ciò che oggi si richiede è quindi il concreto sviluppo e l'effettiva attuazione del paradigma costituzionale all'altezza dei poteri globali che minacciano tutti i diritti e i principi di giustizia stabiliti nelle carte esistenti. Come dice la costituzione francese del 22 agosto 1795 nel primo articolo della sua parte dedicata ai "doveri", "la dichiarazione dei diritti contiene gli obblighi dei legislatori" ed obbliga perciò a garantirli. D'altro canto, l'espansione a livello globale è nella logica stessa del costituzionalismo: è il punto d'arrivo del suo percorso storico, logicamente implicato e normativamente imposto dai principi di uguaglianza e dignità di tutti gli esseri umani e dall'universalismo dei diritti fondamentali già stipulati in tante carte costituzionali e internazionali.

Ne deriva una responsabilità specifica in capo alla cultura e alla politica. Facciamo parte dell'universo che descriviamo e contribuiamo a costruirlo con le nostre teorie e con le nostre pratiche. Dipendono perciò anche dalle nostre elaborazioni teoriche il come è e il come sarà il nostro futuro. Sempre, del resto, la cultura giuridica e politica, oltre a commentare il diritto vigente, ne ha anche progettato lo sviluppo. Oggi la costruzione di un costituzionalismo globale è non solo prefigurata dai principi contenuti nelle tante carte internazionali vigenti. È anche la sola alternativa razionale all'abisso nel quale rischia di precipitare l'umanità. Di qui un ruolo e un fascino nuovi del diritto e della cultura giuridica, chiamata alla critica della realtà presente e alla progettazione della realtà futura e perciò trasformata, dalla prospettiva di un costituzionalismo globale, nel luogo privilegiato di un rilancio della riflessione teorica su temi e problemi globali finora trascurati.

È chiaro che questa alternativa potrà essere attuata solo se la politica troverà l'ambizione di rappresentare gli interessi vitali del genere umano. Ma a tal fine è necessario che essa sia sollecitata da un lato dalla formulazione di un concreto progetto costituzionale e, dall'altro, da un processo costituente dal basso, capace di coinvolgere il maggior numero di persone e di popoli in tutto il mondo nella progettazione di

un futuro di pace e di uguaglianza. Progetto e processo costituente richiedono peraltro il superamento di due pregiudizi, l'uno di carattere teorico, relativo alla nozione di costituzionalismo, l'altro di carattere metateorico, relativo alla nozione di realismo.

#### *4. Per un costituzionalismo universalistico in opposizione ai costituzionalismi nazionalisti e identitari*

Il primo pregiudizio riguarda il nesso concettuale che, secondo l'orientamento dominante nella cultura giuspubblicistica esisterebbe tra costituzione, popolo e Stato nazionale. Le costituzioni sarebbero possibili, ancor prima che auspicabili, solo se basate sull'esistenza di un popolo e del relativo Stato sovrano. "La parola 'costituzione'", scrisse Carl Schmitt, cui risale questa concezione nazionalista e identitaria, "deve essere limitata alla costituzione dello Stato, cioè all'unità politica di un popolo": essa esprime "l'unità del popolo come totalità politica" omogenea, in accordo con "l'assioma democratico dell'identità della volontà di tutti i cittadini". È chiaro che tale unità e tale identità a livello internazionale non esistono. Ma in società democratiche – basate sul pluralismo, sul conflitto politico, sulle lotte di classe e sulla "pari dignità sociale" di tutte le differenze, secondo le parole dell'art. 3 della nostra Costituzione – esse non esistono neppure a livello nazionale. Sono infatti concepibili solo sulla base dell'idea schmittiana, autoritaria e illiberale, del demos come entità omogenea, in rapporto di opposizione e di esclusione con gli altri popoli ma anche con quanti, rispetto a questa supposta omogeneità, sono differenti o dissenzienti e non a caso, perciò, considerati da Schmitt virtualmente nemici.

Ebbene, questa concezione schmittiana della costituzione va capovolta. Essa è letteralmente smentita dai principi universalistici – la pace, l'uguale dignità di tutti gli esseri umani in quanto persone e i diritti fondamentali – stipulati in tutte le costituzioni avanzate e, ovviamente, in tutte le carte internazionali dei diritti umani. In forza di questi principi le norme costituzionali non appartengono, come le leggi ordinarie, a quella che possiamo chiamare la sfera del decidibile e che, in democrazia, è affidata alla volontà popolare e alle sue rappresentanze. Esse sono bensì patti di convivenza pacifica e solidale tra differenti e disu-

guali, nelle quali viene stipulata, quale presupposto pre-politico, la sfera del non decidibile: ciò che nessuna maggioranza può decidere, cioè le limitazioni dei diritti di libertà che sono tutti diritti alla tutela e all'affermazione delle differenze personali, e ciò che nessuna maggioranza può non decidere, cioè la soddisfazione dei diritti sociali che sono tutti diritti alla rimozione o alla riduzione delle disuguaglianze economiche e materiali. Le costituzioni sono perciò legittime e democratiche non perché "volute" dal popolo, ossia da tutti o dalla maggioranza dei tutti, ma perché garantiscono tutti, anche loro malgrado. Sono anzi tanto più legittime e necessarie quanto maggiori sono le differenze che sono chiamate a tutelare e le disuguaglianze che hanno il compito di ridurre: legittime e necessarie, quindi, ancor più che a livello nazionale, a livello globale, dove maggiori sono le differenze di identità – etniche, linguistiche, religiose, culturali – che le costituzioni hanno il dovere di tutelare e le disuguaglianze economiche e materiali che hanno il dovere di ridurre.

Per questo tutti i nazionalismi sono gli ostacoli, anziché le basi sociali e culturali del costituzionalismo. Per questo gli Stati sovrani, inventati dalla cultura occidentale insieme alle loro diverse cittadinanze, sono, non diversamente dai mercati globali parimenti insofferenti di limiti e controlli giuridici, i veri nemici del costituzionalismo, del principio di uguaglianza e dei diritti fondamentali: perché tali diritti e le loro garanzie o sono universali, oppure non sono. Per questo le costituzioni democratiche, avendo il compito di garantire il pluralismo politico e il multiculturalismo e, insieme, condizioni di una vita dignitosa a tutti gli esseri umani, sono per loro natura internazionaliste, cioè anti-nazionaliste e antifasciste. La loro logica, espressa dai diritti umani e dal principio di uguaglianza, infatti, non è nazionale ma universale: non a caso ha voluto chiamarsi "universale" la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948.

Se questo è il costituzionalismo preso sul serio, allora la sua espansione al di là dello Stato non è solo un suo allargamento. È anche, e ancor prima, il suo inveramento e la sua coerente e concreta attuazione, in grado di superare le due contraddizioni interne del costituzionalismo odierno, enormemente aggravatesi con la globalizzazione. La prima contraddizione è tra l'universalismo dei diritti fondamentali stabiliti in tante carte e convenzioni e la cittadinanza quale presupposto

delle loro garanzie. La seconda è tra il principio della pace e la sovranità armata degli Stati.

Il paradigma costituzionale, invero, dall'universalizzazione delle sue garanzie, è in primo luogo incompatibile con la cittadinanza, che è l'ultimo accidente di nascita – un diritto ad avere diritti – che differenzia le persone e le garanzie dei loro diritti sulla base del loro status, in palese contraddizione con il principio di uguaglianza. La cittadinanza, una volta venute meno le esclusioni e le limitazioni alle garanzie dei diritti fondamentali generate dai confini tra gli Stati, cessa di essere una figura distinta dallo status di persona, convertendosi nell'uguale titolarità di tali diritti in capo a tutti gli esseri umani, in accordo con il loro carattere universale.

In secondo luogo, il paradigma costituzionale stipulato a garanzia della pace è incompatibile con la sovranità degli Stati, in forza della quale le relazioni tra Stati sovrani sono ancora, secondo la raffigurazione offertane dall'intera filosofia politica classica, i rapporti di guerra propri dello stato di natura basati sulla legge del più forte. "La sovranità appartiene al popolo", affermano tuttora molte costituzioni democratiche, inclusa quella italiana. Ma questa norma è compatibile con il paradigma costituzionale, che non ammette poteri assoluti, solo se intesa in due significati: nel senso, in negativo, che la sovranità appartiene al popolo e a nessun altro, sicché nessun potere costituito può usurparla; e nel senso, in positivo, che non essendo il popolo un macro soggetto ma l'insieme di tutti i consociati, la sovranità appartiene a tutti e a ciascuno, identificandosi con l'insieme di quei frammenti di sovranità, cioè di poteri e contropoteri, che sono i diritti fondamentali di cui tutti e ciascuno sono titolari.

La sovranità, in breve, è di tutti o, che è lo stesso, non è di nessuno; così come la cittadinanza spetta a tutti o, che è lo stesso, non spetta a nessuno.

##### *5. Per un realismo razionalista in opposizione all'attuale realismo volgare*

Il secondo pregiudizio di cui dobbiamo liberarci è quello rappresentato dall'ideologia deterministica, che ho chiamato realismo volga-

re, secondo cui ciò che accade non può non accadere e non esistono alternative alle politiche esistenti. Naturalmente nulla consente, di fronte alla deriva in atto, di essere ottimisti. Occorre tuttavia distinguere ciò che è improbabile per la miopia della politica e per gli ostacoli opposti dai corposi interessi privati, da ciò che è impossibile sul piano teorico. Per non deresponsabilizzare la politica e per non legittimare come inevitabile ciò che invece è frutto della volontà dei potenti.

È questa confusione – tra improbabile e impossibile – che viene invece assai spesso operata e che consente, in nome del realismo politico, di squalificare come utopistica e irrealizzabile la prospettiva della possibile espansione oltre lo Stato del paradigma costituzionale. Vengo così alla critica più diffusa al progetto qui avanzato di una Costituzione della Terra. Penso che dobbiamo distinguere due tipi opposti di realismo. C'è un realismo che chiamerò realismo volgare, che naturalizza la realtà sociale – il diritto, la politica e l'economia – attraverso la ben nota tesi che “non ci sono alternative” a quanto di fatto accade e, al tempo stesso, ignora la realtà naturale delle catastrofi in atto. E' un realismo ideologico che produce una sorta di legittimazione incrociata: la legittimazione scientifica della tesi teorica della mancanza di alternative allo stato di cose esistente, da parte della descrizione del funzionamento di fatto delle istituzioni e, inversamente, la legittimazione politica dello stato di cose esistente da parte della tesi teorica che non ci sono alternative alle reali, perché effettive, leggi del più forte, quali norme fondamentali ben più delle ineffettive carte costituzionali. È il realismo che ignora la normatività del diritto e specificamente delle costituzioni e finisce così per legittimare e assecondare come inevitabile ciò che resta comunque opera degli uomini e di cui portano la responsabilità gli attori della nostra vita economica e politica.

A questo realismo volgare occorre opporre quello che chiamerò realismo razionale – il realismo di Hobbes, di Kant, di Marx ma anche, e soprattutto, delle costituzioni avanzate – che di fronte alle ingiustizie e alle catastrofi determinate dal gioco “naturale” e incontrollato dei rapporti di forza elabora sul piano teorico e formula, normativamente, i rimedi razionali in grado di assicurare la dignità delle persone e la loro convivenza pacifica. Secondo questo realismo le alternative ci sono, sono offerte dalla tradizione stessa del costituzionalismo moderno qua-



le sistema di limiti e vincoli ai poteri selvaggi dei più forti e dipende dalla cultura giuridica aggiornarle, dai movimenti e dalle forze democratiche rivendicarle e da una politica di progresso adottarle. Mentre la vera utopia, l'ipotesi più irrealistica, è l'idea che la realtà possa rimanere a lungo come è, e che potremo continuare a basare le nostre democrazie e i nostri spensierati tenori di vita sulla fame e la miseria del resto del mondo, sulla forza delle armi e sullo sviluppo ecologicamente insostenibile delle nostre economie. Tutto questo non può durare. È lo stesso preambolo alla Dichiarazione universale dei diritti del 1948 che stabilisce, realisticamente e razionalmente, un nesso di implicazione reciproca, quale solo una Costituzione della Terra e le sue istituzioni di garanzia possono oggi assicurare, tra pace e diritti, tra sicurezza e uguaglianza e, dobbiamo oggi aggiungere, tra salvataggio della natura e salvataggio dell'umanità.

C'è una bella pagina di Kant sulla natura della pace e della guerra che vale ad illuminare il senso del realismo razionalista: la guerra, egli scrive in "La pace perpetua", è un fenomeno naturale, che riflette lo stato di natura, mentre la pace è un fenomeno artificiale, che deve essere istituito dal diritto. La stessa tesi era stata formulata da Thomas Hobbes: lo stato di natura è lo stato del *bellum omnium*, che può essere superato solo con il patto di civile e pacifica convivenza. Dunque, mentre la guerra è un fatto naturale, la pace è un fatto artificiale, che il diritto deve istituire e garantire con la messa al bando delle armi ed anche, aggiungeva Kant, con l'abolizione degli eserciti permanenti. Ma la stessa cosa può dirsi per la democrazia, per l'uguaglianza degli esseri umani, per la loro dignità di persone, per tutti i diritti fondamentali. È naturale la legge del più forte. Sono invece artificiali quelle leggi del più debole che sono tutti i diritti fondamentali e le loro garanzie. È naturale la sopraffazione politica realizzata dai dispotismi illiberali. Sono invece artificiali le libertà fondamentali. Sono naturali l'ignoranza, le malattie, le povertà, lo sfruttamento del lavoro, le violenze criminali. Sono artificiali le garanzie dell'istruzione, della salute, della sussistenza, del lavoro e della sicurezza. È naturale, per effetto della mancanza di limiti allo sviluppo industriale ecologicamente insostenibile, la devastazione della natura. E' artificiale il divieto di emissioni di gas serra e il demanio planetario diretto a sottrarre i beni vitali della natura alla mercificazione e alla distruzione. Il realismo razionalista altro non è

che la consapevolezza di questa artificialità delle istituzioni e delle garanzie, che devono essere istituite se si vogliono impedire e prevenire le prevaricazioni e le devastazioni naturali.

Il costituzionalismo globale non è dunque un'utopia. E' al contrario l'unica risposta razionale e realistica allo stesso dilemma che fu affrontato quattro secoli fa da Thomas Hobbes: la generale insicurezza determinata dalla libertà selvaggia dei più forti, oppure il patto razionale di sopravvivenza, di convivenza pacifica e di mutuo soccorso basato sul divieto della guerra e sulle garanzie della vita. Con una differenza rispetto alla società naturale dell'*homo homini lupus* ipotizzata da Hobbes. Lo stato di natura odierno è popolato da lupi non più naturali, ma artificiali – gli Stati e i mercati – dotati di una forza distruttiva incomparabilmente maggiore di qualunque armamento tradizionale. Diversamente da tutti gli orrori del passato, perfino dalle guerre mondiali e dai totalitarismi, la catastrofe ecologica e quella nucleare sono non solo più gravi, ma anche irreversibili: c'è infatti il pericolo, per la prima volta nella storia, che si acquisti la consapevolezza della necessità di cambiare strada quando sarà troppo tardi.

#### *6. La pace e il disarmo globale e totale come sua unica garanzia*

Dunque, l'alternativa costituzionale è possibile. Non solo. È anche la sola alternativa possibile. Non intendo illustrare le molteplici garanzie introdotte dal nostro progetto di una Costituzione della Terra. Mi limiterò ad elencarle: un servizio sanitario e un servizio scolastico universali; un'organizzazione mondiale del lavoro che assicuri garanzie tendenzialmente uguali a tutti i lavoratori dipendenti, a cominciare dalla stabilità del posto di lavoro e da un salario minimo normativamente predisposto; garanzie della sussistenza attraverso un reddito di base universale recuperabile dagli abbienti con il prelievo fiscale; un demanio planetario a tutela dei beni vitali della natura; un fisco globale progressivo in grado di finanziare le istituzioni di garanzia e di impedire accumulazioni sterminate di ricchezza e di poteri; la messa al bando delle armi a garanzia della pace e della sicurezza.

È su quest'ultima garanzia che intendo soffermarmi. Per due ragioni: perché riguarda la pace, che è la condizione elementare di tutti

gli altri principi e valori politici, e perché, rendendo impossibili le guerre, mostra più d'ogni altra la possibilità di un'alternativa radicale all'attuale deriva del diritto e della ragione. Si tratta di una garanzia di carattere penale che varrebbe, più d'ogni altra misura, a minimizzare la violenza nella società e perciò ad attuare da un lato il ripudio della guerra, oggi tramontato dall'orizzonte della politica e, dall'altro, la minimizzazione della violenza nella società imposta dal modello del diritto penale minimo.

Ebbene, la prima garanzia della pace e della vita contro la guerra – ma anche contro il terrorismo e la grande criminalità – deve consistere nel divieto, quali crimini contro l'umanità, della produzione, del commercio e della detenzione delle armi: non solo delle testate nucleari, oggi nel mondo 12.512 delle quali 50 sarebbero sufficienti a distruggere l'umanità, ma anche di tutte le armi da sparo, con le quali vengono assassinate ogni anno quasi 400.000 persone.

La sola garanzia in grado di porre fine a questo massacro insensato – a impedire le guerre e a far crollare il numero degli omicidi – è il disarmo globale e totale e perciò la proibizione, come crimini contro l'umanità, della produzione e del commercio di tutte le armi. Si tratta della condizione elementare – un vitale ruolo garantista che va assegnato al diritto e alla giustizia penale – non solo della pace, ma anche della sicurezza contro la criminalità e della civilizzazione delle relazioni interpersonali. Al fine di ottenerne l'attuazione, occorre far crescere nel senso comune e nella pubblica opinione la stigmatizzazione dei produttori e dei venditori di armi come corresponsabili moralmente delle guerre e di tutti i crimini che fanno uso delle armi da essi prodotte o vendute. Occorre generare la consapevolezza che in ogni assassinio, in ogni atto terroristico, in ogni guerra c'è la corresponsabilità di questi produttori di morte. Giacché è da costoro che sono armati gli eserciti, le organizzazioni criminali, le bande terroristiche e gli assassini. Si tratta del crimine tra tutti oggettivamente più grave, perché responsabile non di questo o quell'assassinio, di questa o quella guerra, ma di tutti gli assassinii e di tutte le guerre che con le armi vengono consumati nel mondo, ed anche di un possibile olocausto nucleare che porrebbe fine all'umanità. Senza le armi le guerre sarebbero impossibili, le organizzazioni criminali e terroristiche perderebbero la loro potenza e il numero degli omicidi crollerebbe.

C'è un aspetto straordinario della questione delle armi che voglio rilevare, perché segnala tutta la nostra irrazionalità. La messa al bando della guerra attraverso il divieto penale della produzione e del commercio delle armi sarebbe, tecnicamente, l'obiettivo più semplice e facile rispetto a tutti quelli richiesti dalle altre grandi sfide – il riscaldamento globale, la crescita delle disuguaglianze e delle violazioni dei diritti umani, lo sfruttamento selvaggio del lavoro e il dramma dei migranti – che pure minacciano l'umanità. Si tratta, semplicemente, di concordare tale divieto e lo scioglimento, auspicato da Kant più di due secoli fa, degli eserciti nazionali. Le difficoltà sono solo quelle rappresentate dai giganteschi interessi delle industrie e del commercio delle armi e dai poteri politici ad essi asserviti o che di essi si servono a fini di potenza.

Ebbene, questa facilità tecnica e questa difficoltà politica della soluzione del problema della guerra sono il segno più clamoroso del contrasto tra ragione e follia, tra società e potere, tra popoli e sistemi di governo, tra gli interessi di tutti gli esseri umani e gli interessi di un piccolo ceto di profittatori. La sicurezza, drammatizzata ed enfatizzata da tutte le demagogie populiste quando viene invocata a sostegno di inutili inasprimenti punitivi contro la criminalità di sussistenza, viene letteralmente ignorata allorquando riguarda la sopravvivenza dell'intera umanità e richiede la lesione di potenti interessi economici e politici. Al punto che una misura semplice e banale come la messa al bando delle armi viene considerata, non meno del progetto di una Costituzione della Terra, un'irrealistica utopia.

Concludo allora con un'ultima domanda. Che cos'è l'utopia? Io penso che sempre sia stato considerato utopistico, prima che avvenisse, qualunque progresso civile successivamente avvenuto: l'abolizione della schiavitù, della tortura e della pena di morte; l'affermazione della libertà di coscienza e di pensiero e degli altri diritti fondamentali; l'uguaglianza e la dignità di qualunque essere umano; la parità di uomini e donne; il valore del lavoro e la garanzia dei diritti dei lavoratori. Utopistico è anche ciò che contrasta con i pregiudizi e con il senso comune, il quale, come scrisse Alessandro Manzoni, è il principale nemico del buon senso.

In concreto, l'utopia è il bene di tutti che il male e l'egoismo di pochi impedisce di realizzare. È ciò che è razionale e che solo la cecità

del senso comune giudica irreal e irrazionale. È sempre stato così. Oggi, per di più, l'utopia equivale al futuro di pace e di giustizia dell'umanità, nell'interesse di tutti perché siamo tutti sulla stessa barca, in alternativa alla fine del futuro conseguente alle catastrofi che si produrranno se non torneranno a prevalere il buon senso e la ragione.

### *7. Una nota di ottimismo*

In questa prospettiva, voglio concludere con una nota di ottimismo. Si sta manifestando una novità: il mondo è sempre più interdipendente. Settanta anni fa eravamo, nel mondo, 2 miliardi di persone, ma ciò che accadeva dall'altra parte del pianeta restava per noi sconosciuto e in ogni caso irrilevante e indifferente. Oggi siamo otto miliardi e tuttavia il mondo è assai più piccolo di allora: basti pensare al virus della pandemia, che è nato in Cina ma non conosce confini ed è dilagato in poche settimane in tutto il mondo. L'umanità è sempre più integrata, più fragile e, ripeto, più interdipendente: perché siamo tutti interconnessi; perché siamo tutti governati da poteri economici e finanziari globali; perché siamo tutti esposti alle stesse minacce e alle stesse emergenze che possono portare all'inabitabilità della Terra e all'estinzione dell'umanità.

Questo vuol dire che per la prima volta nella storia esiste un popolo globale, perché interconnesso e perché unificato dalle medesime sfide e minacce globali. Non solo. Per la prima volta nella storia si sta manifestando un interesse pubblico e generale assai più ampio e vitale di tutti i diversi interessi pubblici del passato: l'interesse di tutti alla sopravvivenza, assicurato oggi dalle cure e dai vaccini e, domani, dalla messa al bando delle armi e degli eserciti e dalle garanzie dei beni comuni e dei diritti fondamentali di tutti, quali limiti e vincoli a tutti i poteri, sia politici che economici. È questa la grande, positiva novità generata dalle emergenze e dalle sfide globali: l'interdipendenza crescente tra tutti i popoli della terra, idonea a generare una solidarietà senza precedenti tra tutti gli esseri umani e a rifondare la politica come politica interna del mondo.

Naturalmente il processo costituente di una Federazione globale basata su una Costituzione della Terra è destinato a incontrare ostacoli

potentissimi: nella miopia del ceto politico, interessato a mantenere i propri piccoli poteri, e negli interessi dei grandi poteri economici e finanziari. Ma di fronte alle sfide e alle minacce che accomunano tutti, poveri e ricchi, deboli e forti – la Terra, dice un vecchio slogan, è per tutti l'unico pianeta che abbiamo – un risveglio della ragione è possibile. Alla domanda qual è il soggetto costituente di questo processo possiamo rispondere che esso è il popolo della Terra; e che le sue avanguardie sono i soggetti deboli, vittime delle violazioni – sempre più massicce e sempre più visibili, scandalose e intollerabili – dei diritti fondamentali di cui essi, come tutti, sono titolari.

*Francisco Balaguer Callejón\**

## CRISI, TRANSIZIONI E ROTTURE. SUL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

SOMMARIO: 1. Crisi, transizioni e rotture. – 2. Crisi. – 2.1 Crisi classiche e crisi inedite. – 2.2 Crisi classiche: la crisi dello Stato liberale e della democrazia rappresentativa. – 2.3. Crisi inedite: la crisi dello Stato e della democrazia *tout court*. – 2.4. Anticorpi contro la crisi. – 3. Transizioni. – 4. Rotture. – 5. Il futuro del costituzionalismo.

### 1. *Crisi, transizioni e rotture*

L'idea di transizione consiste in un progresso rispetto all'analisi delle crisi<sup>1</sup>, perché non guarda solo ai cambiamenti in atto, ma anche al loro esito, alla loro possibile portata futura. La crisi ci colloca nel presente, ci fa riflettere sulle difficoltà che stiamo affrontando e che si riflettono nel costituzionalismo, come è successo con la crisi finanziaria<sup>2</sup> o con la crisi sanitaria<sup>3</sup>. Mentre analizzavamo questi problemi, non sapevamo come si sarebbero sviluppati, se si sarebbero esauriti nel tempo o se sarebbero continuati nel futuro. Quel che è certo è che entrambe le crisi si sono concluse, anche se non hanno smesso di avere conseguenze e di lasciare un segno importante nell'evoluzione delle nostre società.

Quando parliamo di “transizione” facciamo un passo avanti rispetto alla crisi perché possiamo immaginare il futuro nei suoi tratti essenziali. Mentre nelle situazioni di crisi siamo incerti sulla possibile portata del cambiamento, senza escludere che tutto torni più o meno alla

\* Università di Granada.

Traduzione dall'originale (in castigliano) di Giacomo Palombino.

<sup>1</sup> A cui abbiamo dedicato altri lavori in relazione alle crisi del XXI secolo. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, (2018).

<sup>2</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2012) e BALAGUER CALLEJÓN, (2013).

<sup>3</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2020a) e BALAGUER CALLEJÓN, (2020b).

normalità precedente, nelle transizioni possiamo azzardare il punto di arrivo, l'evoluzione prevedibile e la configurazione più o meno stabile del nuovo ordine o della "nuova normalità" che ci attende. Mentre in una crisi ci si aspetta quale sarà la portata delle trasformazioni, e persino se ci saranno o meno, nelle transizioni possiamo prefigurare questi cambiamenti e visualizzare, con maggiore o minore certezza, il loro esito.

Le rotture, invece, hanno un significato diverso dalle transizioni. Non ci sono abbastanza elementi per poter immaginare la portata dei cambiamenti e possiamo solo intuire che questi saranno molto rilevanti. Non possiamo conoscere l'esito perché le rotture non sono come un ponte e non ci portano in un luogo che avremmo potuto concepire in precedenza. Le rotture sono caratteristiche dei processi rivoluzionari che possono avere una dimensione storica e che finiranno per prendere forma solo nel corso degli anni per definire un nuovo ordine sociale, economico o politico.

Per capire la differenza tra transizione e rottura possiamo pensare a una porta che dobbiamo aprire. Nelle transizioni sappiamo con maggiore o minore certezza cosa troveremo dietro la porta. È qualcosa di prevedibile, di cui non conosciamo la configurazione concreta, ma che possiamo intuire. Nelle rotture, invece, non sappiamo cosa ci sarà dietro la porta. Semplicemente non conosciamo il percorso che seguiremo e dove ci condurrà.

Nell'evoluzione storica del costituzionalismo abbiamo esempi di transizioni e rotture. L'affermazione stessa del costituzionalismo a partire dalla Rivoluzione francese, nel corso del XIX secolo, corrisponde a un momento di rottura, che ha dato origine al mondo moderno e la cui portata era imprevedibile anche per i settori sociali che lo hanno promosso.

Nel XX secolo, tuttavia, il passaggio dallo Stato legale di diritto allo Stato costituzionale non ha rappresentato una rottura perché era già stato preannunciato dal dibattito dottrinale e politico del periodo tra le due guerre. Il pensiero di H. Kelsen sulla normatività della costituzione, sulla giustizia costituzionale o sulla democrazia pluralista<sup>4</sup>, quel-

<sup>4</sup> KELSEN, (1934) e KELSEN, (2011).



lo di H. Heller sullo Stato sociale<sup>5</sup> o quello di F. Neumann<sup>6</sup> sulla costituzione economica, per fare alcuni esempi rilevanti, hanno contribuito a questa configurazione.

Nel XXI secolo, la terza globalizzazione e l'accelerazione dello sviluppo tecnologico rappresentano una rottura. Le trasformazioni hanno a che fare con il consolidamento di un mercato globale (nonostante le tendenze alla frammentazione della globalizzazione, la cui portata è al momento limitata<sup>7</sup>) e con l'impatto che la configurazione della tecnologia sta avendo su tutti gli ambiti della vita, ma soprattutto per quanto riguarda i processi di comunicazione e la crescente dipendenza dall'intelligenza artificiale.

Siamo di fronte a una nuova era, in cui nuovi fattori di potere globale stanno trasformando non solo la politica, l'economia e la scienza, ma anche le relazioni interpersonali, i modelli culturali che guidano le società. La società nel suo complesso sta subendo cambiamenti di portata storica che non si sono mai verificati prima con la stessa profondità e velocità.

Non sappiamo cosa ci aspetta dietro questa porta che si sta aprendo ora, né possiamo immaginare cosa accadrà al costituzionalismo in futuro. La costituzione moderna è un prodotto della storia. A differenza della Bibbia, del Corano e di altri documenti religiosi, non collega gli esseri umani a un'autorità che li trascende, in modo che possano rimanere in vigore finché credono in quell'autorità. La costituzione collega gli esseri umani tra loro, per stabilire le condizioni consensuali delle regole del gioco che rendono possibile una società libera.

Nella rottura che ha dato origine al mondo moderno, la costituzione aveva uno scopo preciso: la liberazione delle forze del capitale e del lavoro per favorire l'instaurazione del nuovo ordine economico e sociale che si sarebbe riflesso nell'ordine giuridico dello Stato di diritto. La costituzione si muoveva nella direzione della storia, a favore del progresso, attraverso la creazione di mercati nazionali che sostituivano il sistema dello Stato. Nello Stato costituzionale che seguì, questi mercati furono regolati attraverso la costituzione economica, favorendo la

<sup>5</sup> HELLER, (1985).

<sup>6</sup> NEUMANN, (2008).

<sup>7</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2023).

concorrenza, che nell'ordine economico è l'equivalente del pluralismo politico. La costituzione avrebbe raggiunto la sua pienezza, come necessario punto di riferimento sociale ed economico. Possiamo parlare di un'età dell'oro del costituzionalismo<sup>8</sup>.

Nella terza globalizzazione, la costituzione non ha un ruolo rilevante da svolgere. Di fronte ai nuovi fattori legittimanti globali (economici e tecnologici), la costituzione si muove contro la storia, perché il suo macchinoso sistema di processi democratici e di diritti fondamentali è percepito come un ostacolo alla libera azione dell'economia e della tecnologia globali. D'altra parte, il mercato non è nazionale, ma globale, e questo produce un'asimmetria tra l'ambito di efficacia della costituzione, che è necessariamente statale, e l'organizzazione del mercato, che dovrebbe essere globale.

Che ne sarà della costituzione nel futuro? Quarant'anni fa, quando ero Visiting Professor negli Stati Uniti, rimasi molto colpito da uno spot televisivo, realizzato dalla Pepsi, in cui un archeologo del futuro spiegava ai suoi studenti alcuni resti noti del passato (una chitarra elettrica, una palla) e all'improvviso appariva una bottiglia di Coca-cola. Uno studente chiese: "Cos'è questa?" e il professore, dopo aver fissato la bottiglia, rispose: "Non ne ho idea". Per alcuni leader populistici del nostro tempo, la costituzione è già un artefatto fastidioso. Non vorrebbero niente di meglio che un archeologo del futuro potesse dare la stessa risposta alla stessa domanda, davanti a una copia della Costituzione degli Stati Uniti, o dell'Argentina, o di altri Paesi: "Non ne ho idea".

Ma la costituzione non fa ancora parte della storia, tanto meno dell'archeologia. Resta la manifestazione più alta dello sviluppo della nostra civiltà. Non possiamo pensare che non ci sarà nulla da cambiare in essa: per sopravvivere dovrà adattarsi, dovrà imparare a regolare i nuovi fattori di potere, dovrà sperimentare nuovi modi di proteggere i diritti e la democrazia in un contesto globale sempre più ostile. Il nostro compito, come scienziati del diritto, è quello di contribuire a rendere possibile questo adattamento, in modo che ciò che troveremo dietro la porta che si sta aprendo con lo sviluppo tecnologico e la globa-

<sup>8</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2012).

lizzazione possa essere paragonato in termini di dignità ai progressi di civiltà che la costituzione ha reso possibili.

## 2. Crisi

### 2.1. Crisi classiche e crisi inedite

In questo XXI secolo, iniziato nel suo primo anno di vita con il terribile attentato alle Torri Gemelle, le condizioni di normalità costituzionale sono state scarse<sup>9</sup>. Le crisi, al contrario, sono state frequenti e si sono susseguite senza troppa tregua. Dalle crisi classiche ora riformulate e in una certa misura inedite in questa riformulazione (la crisi della democrazia rappresentativa e dello Stato liberale, ora trasformata in crisi della democrazia e dello Stato *tout court*) a crisi davvero inedite nella storia del costituzionalismo, come l'impatto costituzionale della crisi finanziaria del 2008 o la crisi democratica e costituzionale generata dalle imprese tecnologiche attraverso i social network e le applicazioni di internet dal 2016, che hanno avuto un impatto sui processi di comunicazione e in particolare sulla comunicazione politica e sulla configurazione dello spazio pubblico.

I movimenti nazionalisti e populistici<sup>10</sup>, che mettono in discussione la democrazia costituzionale, contribuiscono a indebolire il costituzionalismo, amplificando l'impatto sul sistema costituzionale delle crisi umanitarie generate da guerre o disuguaglianze economiche, o utilizzando politicamente il terrorismo per generare xenofobia. L'attenzione ossessiva agli interessi nazionali, con l'esclusione di qualsiasi solidarietà globale o sovranazionale, finisce per essere un fronte di resistenza

<sup>9</sup> Le questioni relative alla crisi trattate in questo testo sono state affrontate in precedenza in BALAGUER CALLEJÓN, (2020c).

<sup>10</sup> A proposito di quest'ultimo, come dice giustamente P. HÄBERLE, non dobbiamo permettere che il populismo si appropri di un nome che ha tanto significato per il costituzionalismo: Mi rifiuto di dare la parola *populus* ai populistici. Si pensi a Cicerone e alla sua *res publica, res populi*, ai Romani con il loro *senatus populus romanus*, al non meno famoso *we the people*, alla scritta del Reichstag "il popolo tedesco", o al fatto che nella maggior parte degli Stati si ritiene che la magistratura parli "in nome del popolo". Cfr. HÄBERLE, (2018).

alla globalizzazione che si manifesta a livello regionale o statale ogni volta che si presenta l'occasione di cantare per la nazione "prima" o al di sopra di tutto. Come è accaduto in altre epoche storiche, non si tratta in realtà di proteggere i beni nazionali o la propria cultura ma, al contrario, di aprire la porta allo sfruttamento delle risorse e delle persone da parte delle oligarchie nazionali, come dimostra la scarsa preoccupazione per l'ambiente o i diritti dei lavoratori espressa da leader populistici come Trump o Bolsonaro.

La ragione per cui il costituzionalismo sta affrontando un'ora critica non è la ricomparsa sulla scena delle crisi classiche, ma la loro mutazione genetica, così come lo sviluppo di nuove crisi e, soprattutto, di nuovi contesti critici. Le crisi attuali sono una sorta di virus mutante. Sono sorte in altre epoche storiche all'interno dello Stato, che aveva gli strumenti per gestirle attraverso una costituzione che ordinava lo spazio e il tempo. Questo si rifletteva già nelle connotazioni stesse della legge nello Stato liberale: generalità, come regolazione della totalità dei soggetti del territorio, e astrazione come ordinamento di tutte le situazioni vitali di questi soggetti. Ora i fattori di crisi si sono distaccati dallo Stato in modo tale da non poter più essere pienamente regolati dagli strumenti statali.

Tutto questo fa parte del lato oscuro, delle ombre della globalizzazione. Non perché lo Stato sia la migliore delle organizzazioni possibili, ma perché è un'organizzazione soggetta alla costituzione e non c'è nulla di simile che possa sostituirla nel tempo e nello spazio della globalizzazione. Ma l'altra faccia di queste ombre sono le luci che questa debolezza dello Stato proietta sulle nuove crisi e sulle vecchie crisi mutanti: la dimensione di queste crisi e la loro capacità di incidere sui diritti costituzionali è potenzialmente minore nella misura in cui la capacità di azione dello Stato e il suo potere politico sono anch'essi minori. Alcuni dei pericoli che apparentemente ci attanagliano sono, in realtà, vuota retorica il cui scopo essenziale è il richiamo elettorale.

In effetti, il primo mandato di Trump è stato permeato da una retorica che non ha attuato nessuna delle sue grandi promesse elettorali, come la costruzione del muro al confine con il Messico o la modifica del corso della globalizzazione economica. In realtà, le misure protezionistiche adottate nel suo primo mandato hanno arrecato meno danni all'economia mondiale di un umile contadino cinese che mangia

animali selvatici e diffonde una malattia estremamente contagiosa come il Covid-19. Ma non bisogna nemmeno sottovalutare il significato e la direzione di questa retorica: indebolisce le istituzioni costituzionali forgiate in una lunga lotta costituzionalista per la libertà, come il sistema giudiziario o la stampa libera, contribuisce a minare i diritti delle minoranze e soprattutto degli immigrati, il settore più vulnerabile della società, favorendone lo sfruttamento. Non si tratta di una retorica innocua o priva di significato. È estremamente pericolosa per i valori costituzionali, anche se non ha il potenziale per distruggere l'intero sistema costituzionale come è accaduto in altre epoche storiche.

## 2.2. Crisi classiche: la crisi dello Stato liberale e della democrazia rappresentativa

La crisi dello Stato liberale si riflette nel dibattito dottrinale sulla legittimità della costituzione che nasce in Germania e in Italia all'inizio del XX secolo. Una manifestazione di questa crisi sarà il tentativo di trovare la fonte ultima di legittimazione dell'ordinamento, che darà origine a diverse teorie. La crisi dello Stato liberale porta alla necessità di cercare nuovi fondamenti per l'ordine costituzionale e i grandi autori dell'epoca costruiscono sistemi concettuali sulla base dei quali ricostruire l'unità. Tra questi, spiccano in particolare quelli di Kelsen<sup>11</sup>, Schmitt<sup>12</sup> o Mortati<sup>13</sup>. La norma fondamentale, la decisione fondamen-

<sup>11</sup> Kelsen, (1967). Sul rapporto tra Kelsen e Schmitt, cfr. DE MIGUEL BÁRCENA, TAJADURA TEJADA, (2018).

<sup>12</sup> SCHMITT, (2017). Per quanto riguarda Schmitt, Francisco Ayala nota nella Presentazione della traduzione spagnola della *Verfassungslehre*, realizzata nel 1934, la tensione tra unità ed eterogeneità che esiste tra i presupposti dello Stato nazionale ereditati dalla monarchia assoluta e il pluralismo a cui apre la democrazia liberale: Lo Stato costituzionale deve basarsi sui presupposti creati dalla Monarchia per la Nazione; ma, in conseguenza dell'insieme di diritti e libertà in cui consiste il regime liberale, deve rinunciare a ogni tipo di mezzo coercitivo per mantenere e ripristinare quei presupposti; deve acconsentire alla crescita e alla prosperità di tutte le tendenze volte a rompere l'omogeneità nazionale; da qui la teoria schmittiana della *decisione politica fondamentale*, che non è altro che l'incorporazione nello Stato liberal democratico della vocazione omogeneizzante della Monarchia assoluta: "Sotto lo Stato di diritto dorme, in effetti, la Monarchia" dirà Ayala. Su C. Schmitt si veda GÓMEZ ORFANEL (1986).

tale o la costituzione materiale risponderebbero a questa pretesa legittimante e unitaria, essendo il paradigma kelseniano quello che ispirerà le costituzioni normative e lo Stato di diritto costituzionale.

Con la crisi dello Stato liberale nel periodo tra le due guerre, si definiscono le linee teoriche che daranno vita al passaggio dallo Stato legale di diritto allo Stato di diritto costituzionale, che si consoliderà nel secondo dopoguerra, in particolare con la Legge fondamentale di Bonn e la Costituzione italiana del 1948. I grandi nomi che hanno costruito la teoria costituzionale dello Stato in Germania e in Italia avrebbero dato vita a nuovi paradigmi come la normatività della costituzione, lo Stato sociale e la costituzione economica, che sono alla base dei grandi patti che hanno dato vita al costituzionalismo che avrebbe ispirato molti sistemi costituzionali in Europa e nel mondo. Figure come Hans Kelsen o Hermann Heller, ma anche Rudolf Smend, Franz Neumann, Santi Romano, Tomaso Perassi o Costantino Mortati apriranno spazi di dibattito e riflessione sul significato profondo della costituzione e sull'essenza stessa della democrazia<sup>14</sup>.

Erano tempi in cui la tensione politica si manifestava come lotta per la sovranità, per ottenere un potere statale assoluto al fine di imporre il dominio illimitato della maggioranza. Questa peculiarità dell'epoca è ciò che permette di caratterizzarla dal punto di vista costituzionale come un periodo di "costituzionalismo antagonistico". L'apertura del processo politico, con l'estensione del suffragio, superando i limiti del suffragio censitario del primo costituzionalismo, si sarebbe manifestata attraverso un confronto radicale tra settori che percepivano la democrazia come un modo di accedere al potere per imporre la propria ideologia alla società nel suo complesso. Le conseguenze di questo modo di intendere la politica sono ben note e la regressione della civiltà che ha comportato l'arrivo al potere del fascismo e del nazismo è ancora un monito per quei gruppi che concepiscono la politica come volontà incondizionata della maggioranza di governo.

Dalla crisi dello Stato e della democrazia liberale sono state tratte le necessarie lezioni e il costituzionalismo ha generato anticorpi nella

<sup>13</sup> MORTATI, (1998). Sul rapporto tra Mortati e Kelsen, si veda BALAGUER CALLEJÓN, (2017).

<sup>14</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2021).

forma della democrazia costituzionale, che oggi dovrebbe aiutarci ad affrontare meglio le grandi crisi del nostro tempo, che per alcuni aspetti sono più importanti, pur presentando profili specifici che forniscono anche anticorpi contro una possibile deriva dello Stato democratico verso regimi totalitari come quello che ha prodotto cento anni fa.

### *2.3. Crisi inedite: la crisi dello Stato e della democrazia tout court*

Rispetto alla crisi dello Stato e della democrazia liberale di cento anni fa, oggi ci troviamo, in un certo senso, di fronte a una crisi inedita o, perlomeno, a una mutazione: la crisi dello Stato e della democrazia *tout court*. Si tratta, ovviamente, di una crisi del liberalismo e della democrazia rappresentativa, ma si svolge in un contesto molto particolare, quello della terza globalizzazione, in cui le condizioni dell'azione statale e quelle della democrazia stessa come meccanismo per articolare ed esprimere la volontà dello Stato sono in gran parte definite dall'esterno dello Stato e dai processi democratici interni. Pertanto, qualunque sia la via d'uscita dalla crisi, dobbiamo essere consapevoli che siamo già di fronte a una crisi dello Stato - e non di un tipo o modello specifico di Stato - e a una crisi della democrazia in tutte le sue possibili manifestazioni.

Gran parte del potere statale si trova attualmente al di fuori dello Stato, nelle mani di agenti globali, manifestando sia un'esternalizzazione del potere statale in relazione alla sfera economica a favore degli speculatori finanziari, sia un'internalizzazione all'interno dello Stato - e in particolare nei processi decisionali dello Stato - a favore delle grandi aziende tecnologiche<sup>15</sup>. Mentre gli speculatori finanziari pongono le condizioni economiche per la capacità di azione dello Stato e per la definizione delle sue politiche pubbliche, le grandi aziende tecnologiche intervengono nel già limitato potere decisionale lasciato allo Stato, condizionandolo sia nella definizione delle politiche governative sia negli stessi processi elettorali volti a eleggere i governanti statali.

La crisi della democrazia nel XXI secolo ha quindi origine in due punti focali essenziali legati alla globalizzazione. Da un lato, la crisi

<sup>15</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2018).

economica e, in generale, le trasformazioni economiche che stanno avvenendo nei settori produttivi e, dall'altro, lo sviluppo tecnologico che, a sua volta, influenza anche l'economia, ma che negli ultimi anni sta dando luogo a trasformazioni ancora più intense.

La crisi finanziaria del 2008 e l'evoluzione dell'economia globale che ne è seguita finiranno per provocare un sentimento di impotenza di fronte alla globalizzazione, di incapacità dello Stato di gestirla, di inutilità della politica. Quando le istituzioni democratiche non sembrano in grado di risolvere i problemi dei cittadini, perché ciò va oltre le loro possibilità a causa dei condizionamenti della globalizzazione, la reazione naturale di chi si vede oppresso e senza via d'uscita è quella di ricorrere ad approcci irrazionali che promettono l'impossibile attraverso un'azione politica che rompe con le istituzioni e con l'organizzazione razionale della convivenza. La crisi dello Stato e della democrazia generata dalle condizioni esterne della globalizzazione aprirà così la strada, al suo interno, allo sviluppo del nazionalismo e del populismo.

#### *2.4. Anticorpi contro la crisi*

Il campo d'azione dei movimenti nazionalisti e populistici e il rischio che rappresentano dal punto di vista democratico devono essere misurati proprio in relazione alla globalizzazione, nonché al livello di sviluppo dello Stato costituzionale negli ultimi cento anni. Ci sono almeno tre fattori che hanno cambiato radicalmente il contesto in cui operano i nuovi movimenti reazionari rispetto a quello di cento anni fa, quando si verificò la crisi della democrazia e dello Stato liberale. Il primo ha a che fare con la globalizzazione e la crescente debolezza che ha generato nello Stato, che è sempre più soggetto ad agenti globali che non può controllare e che determinano in larga misura le sue politiche. Il secondo ha a che fare con l'integrazione sovranazionale (nel caso dei Paesi europei) che incorpora limiti all'attività dello Stato, proteggendo i valori democratici, anche se questa protezione non è stata finora efficace come auspicabile. Il terzo ha a che fare con la configurazione interna dell'ordine costituzionale attraverso costituzioni normative che stabiliscono limiti giurisdizionali al potere dello Stato che



non esistevano in Europa (anche se stavano emergendo in alcuni Paesi) cento anni fa.

Il primo di questi fattori indica che lo Stato nazionale ha perso gran parte del suo potere politico nell'era della globalizzazione, il che significa che la conquista del potere statale non implica più la possibilità di instaurare un regime totalitario. Gli attori finanziari globali limitano le principali opzioni economiche dello Stato e quindi l'azione dei governi. Allo stesso modo, le aziende tecnologiche globali influenzano la comunicazione politica e i processi democratici, condizionando anche le scelte politiche dello Stato. L'epoca attuale riflette la crisi dello Stato in quanto tale, dello Stato "tout court", senza aggettivi, in modo tale che le possibilità di azione politica delle maggioranze al potere sono ora più limitate.

Questi limiti non derivano solo dai progressi della globalizzazione all'esterno, ma anche dai processi di integrazione sovranazionale quando raggiungono un livello di sviluppo significativo, come nel caso dell'Europa. L'integrazione europea continua a essere una garanzia contro la regressione democratica negli Stati membri, anche se non è efficace come dovrebbe<sup>16</sup>. Non è un caso che i movimenti euroscettici siano spesso allo stesso tempo quelli che rappresentano più fedelmente queste tendenze costituzionalmente involutive. Con tutte le obiezioni che si possono fare all'Unione Europea, il progetto di integrazione è storicamente uno strumento di limitazione della sovranità statale che genera un nuovo livello di divisione dei poteri e di controllo del potere. Questo livello di controllo sovranazionale, nonostante le carenze che ha mostrato negli ultimi anni nei confronti dei Paesi con governi illiberali, si ispira ai valori e ai principi del patrimonio costituzionale europeo contro cui queste tendenze hanno sempre combattuto, perché rappresentano un limite alla volontà incondizionata della maggioranza parlamentare che difendono. In questa prospettiva, preservare il progetto europeo contribuisce a preservare anche il patrimonio costituzionale europeo.

Ma le limitazioni al potere dello Stato non vengono solo dall'esterno, bensì hanno anche un aspetto interno derivato dallo sviluppo del costituzionalismo dopo la Seconda guerra mondiale, proprio

<sup>16</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2010).

come conseguenza dell'esperienza della crisi dello Stato liberale, che ha dato origine all'introduzione delle nuove costituzioni normative. Le costituzioni normative hanno imparato da questa tragica esperienza storica e hanno rifondato il costituzionalismo su nuove basi.

Questi limiti esterni ed interni rappresentano un ostacolo significativo allo sviluppo totalitario della crisi della democrazia. Tuttavia, non si può trascurare che essi hanno una portata e un valore molto diversi dal punto di vista della democrazia e del costituzionalismo. Quelle derivanti dalla globalizzazione contribuiscono inoltre a indebolire la costituzione e la democrazia stessa, limitando al contempo il potere dello Stato. Coloro che partono dall'integrazione sovranazionale contribuiscono a garantire la democrazia interna degli Stati, ma a partire da un assetto istituzionale che, paradossalmente, non è ancora pienamente democratico. Quelle derivate dalla normatività della costituzione e dalla democrazia costituzionale che si stabiliscono nelle costituzioni interne degli Stati democratici fanno parte purtroppo di una crescente tendenza alla marginalizzazione della costituzione, generata dal processo di globalizzazione e dal crescente potere dei grandi agenti finanziari e tecnologici globali, che ne limita l'efficacia di fronte alle tensioni involutive.

### 3. *Transizioni*

Tra le transizioni del costituzionalismo, ne considereremo due, che sono rilevanti anche per il ruolo che la costituzione ha svolto in relazione alla trasformazione sociale ed economica delle società. Da un lato, il passaggio dallo Stato di legge di diritto allo Stato di diritto costituzionale, che dà origine alle costituzioni normative. In queste, l'organizzazione della società e dell'economia avviene attraverso la costituzione stessa, per mezzo di un consenso fondamentale che stabilisce le regole del gioco che devono poi essere rispettate dai diversi settori sociali. Dall'altro lato, il passaggio dallo Stato costituzionale al diritto costituzionale dell'integrazione sovranazionale, che avviene in ambito europeo e dà luogo a una posizione diversa del costituzionalismo rispetto a quella che aveva ispirato lo Stato costituzionale.

Per quanto riguarda il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale, si può dire con A. López che si tratta di una trasformazione debole, come si manifesta nel suo aspetto di transizione tra Stato liberale e Stato sociale: «debole perché lo Stato sociale è formulato sulla base dello Stato liberale e con l'accettazione di molti dei suoi postulati. Non è stata questa la trasformazione che la borghesia ha intrapreso rispetto alle forme politiche dell'Ancien Régime: le ha tagliate *in radice*. Lo Stato liberale nasce quindi da una grande trasformazione. Una trasformazione rivoluzionaria, per chiamare le cose con il loro nome. Lo Stato sociale, invece, è più che altro il frutto della paura di alcuni della rivoluzione e della paura di altri della dittatura, paure che si cerca di superare trovando una via di mezzo nel riformismo di compromesso, riformismo difensivo per alcuni, unico riformismo possibile per altri»<sup>17</sup>.

Lo stesso si può dire per quanto riguarda le fonti del diritto e la configurazione dell'ordinamento giuridico. A differenza della radicale trasformazione operata dalla Rivoluzione francese in tutti gli ambiti della vita sociale e politica e, naturalmente, nel sistema delle fonti, non si può dire che con le nuove costituzioni normative sia avvenuta un'alterazione così sostanziale<sup>18</sup>. Non al punto da poter parlare di una nuova era<sup>19</sup>, poiché molti dei presupposti ideologici che hanno dato vita alla modernità sono ancora in vigore<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, (1996).

<sup>18</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2022).

<sup>19</sup> Come disse A. ROSS a proposito della Rivoluzione francese: quando la sovranità viene trasferita dal monarca al popolo, inizia una nuova era. Questa nuova era è caratterizzata, per quanto riguarda la dottrina delle fonti, dalla considerazione della legge, espressione della volontà onnipotente del popolo sovrano, come fonte di tutto il diritto, senza alcun posto per la giurisprudenza o la consuetudine. Cfr. ROSS, (1929).

<sup>20</sup> Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto, che è stato anche il passaggio dallo Stato legale allo Stato costituzionale di diritto, non ha comportato tanto l'orientamento verso nuovi valori quanto la configurazione di quelli precedenti con un nuovo significato. Come ha sottolineato il professor García Pelayo, «i valori fondamentali che lo Stato di diritto liberale borghese doveva servire, attraverso il suo ordinamento giuridico, erano i diritti individuali e, più specificamente, la libertà individuale, l'uguaglianza, la proprietà privata, la sicurezza giuridica e la partecipazione dei cittadini alla formazione della volontà dello Stato. Tale criterio coincideva con il sistema di concezioni politiche e di interessi dei gruppi e degli strati dominanti, cosicché la dimen-

Per quanto riguarda la transizione verso il diritto costituzionale dell'integrazione sovranazionale, per quanto importanti siano i cambiamenti, è necessario tenere conto di diversi fattori modulanti. In primo luogo, per quanto riguarda la rottura con il paradigma kelseniano nelle condizioni del pluralismo costituzionale<sup>21</sup>, non si tratta necessariamente di una trasformazione definitiva, poiché non si può escludere che l'integrazione europea proceda verso la costruzione di uno Stato federale europeo. In secondo luogo, non si tratta di una transizione completa, come quella dallo Stato legale allo Stato costituzionale, perché lo Stato costituzionale continua a esistere a livello statale e condivide lo spazio con un ordine sovranazionale che viene applicato sul territorio di ogni Stato.

Dal punto di vista del costituzionalismo, uno degli aspetti più interessanti della trasformazione operata dall'integrazione europea è la configurazione di un mercato sovranazionale che svolge un ruolo importante nel proteggere il mercato statale dal mercato globale. L'Unione Europea svolge una funzione di *mediazione positiva* tra la globalizzazione e gli Stati membri<sup>22</sup>, preservando la sfera costituzionale degli Stati attraverso la regolamentazione del mercato europeo, come dimostra, ad esempio, la regolamentazione dell'IA e della tecnologia, che mira a proteggere la democrazia e i diritti.

Da questo punto di vista, anche se le istituzioni europee hanno formalmente rinunciato all'uso del termine "costituzionale" e trasformano i principi e i valori costituzionali in principi "europei"<sup>23</sup>, il fatto è che stanno svolgendo una funzione essenzialmente costituzionale - che si collega chiaramente alla funzione che storicamente ha sviluppato la costituzione agli albori del mondo moderno - attraverso la costruzione di un mercato europeo con la dimensione necessaria a rendere

sione assiologica della legittimità corrispondeva alla sua dimensione sociologica, cioè c'era una corrispondenza tra l'idea valida del diritto e gli interessi degli strati che, date le condizioni storiche, erano in grado di stabilire il diritto. Lo Stato sociale non nega questi valori, ma dà loro un nuovo significato e li integra con altri criteri assiologico-politici", GARCÍA PELAYO, (1985).

<sup>21</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2022).

<sup>22</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2023).

<sup>23</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2020d) e BALAGUER CALLEJÓN, (2023b).

praticabile un contesto sociale ed economico in cui si mantengono i progressi della civiltà che il costituzionalismo rappresenta.

#### 4. Rotture

In un libro recente<sup>24</sup>, ho avuto modo di analizzare le rotture che si stanno verificando in seguito all'attuale direzione dello sviluppo tecnologico e che hanno un impatto decisivo sulla costituzione, sui diritti e sulla democrazia. Queste rotture sono dovute essenzialmente alla configurazione delle interfacce utente e degli algoritmi progettati dalle grandi aziende tecnologiche, che organizzano i processi comunicativi in larga misura in base ai loro interessi economici. Dal punto di vista del costituzionalismo, questi algoritmi e la realtà virtuale che generano stanno causando le seguenti rotture:

1. La prima rottura è quella del *contesto culturale della costituzione*, con la configurazione di nuovi fattori di legittimazione che corrispondono ai fattori di potere globale del nostro tempo, in particolare quelli tecnologici<sup>25</sup>. *Nuovi modelli culturali e nuovi paradigmi* si stanno imponendo, trasformando la cultura costituzionale, provocando uno svuotamento della densità costituzionale dei diritti e delle istituzioni e rendendo difficile lo svolgimento delle funzioni della costituzione: il controllo del potere, la garanzia dei diritti e la canalizzazione dei conflitti sociali e politici fondamentali.

2. La seconda è la rottura della *costituzione come riferimento culturale unitario* (costituzione analogica *contro* costituzione digitale). Questa frattura genera molte altre rotture che riguardano l'ordinamento giuridico, il sistema delle fonti del diritto e i diritti costituzionali. In generale, non si può trascurare l'esistenza di *una certa incompatibilità* tra gli algoritmi e l'aspetto procedurale della democrazia pluralista e del diritto costituzionale, come processo pubblico, plurale e partecipativo<sup>26</sup>. Negli ambiti in cui viene utilizzato, *l'algoritmo sostituisce il processo*, il che incide anche sulla con-

<sup>24</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2023c).

<sup>25</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2020e).

<sup>26</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2021).

cezione stessa del diritto in termini di argomentazione giuridica. Laddove sia necessaria la *partecipazione* alle decisioni o la loro *motivazione*, l'uso dell'Intelligenza Artificiale può sollevare problemi di compatibilità con l'ordinamento giuridico.

3. La terza cesura è tra *realtà fisica e realtà virtuale*. La prima è ancora regolata dallo Stato attraverso il diritto pubblico. La seconda ha una portata globale ed è essenzialmente regolata dalle aziende tecnologiche attraverso il diritto privato. Pertanto, non si tratta solo di due realtà diverse nella loro configurazione, ma anche nella loro organizzazione: la realtà fisica è essenzialmente *statale e pubblica*, la realtà virtuale è essenzialmente *globale e privata*. Inoltre, la realtà virtuale non riflette la realtà fisica, ma piuttosto la distorce e la assoggetta agli interessi economici delle grandi aziende tecnologiche che la progettano e la configurano in base alle loro esigenze<sup>27</sup>.

4. La quarta rottura si verifica nella configurazione stessa della realtà, nella *distruzione di una percezione sociale condivisa della realtà*, causata dalle grandi aziende tecnologiche. Queste aziende sono i nuovi mediatori che controllano i processi comunicativi in contrapposizione ai vecchi mediatori, i media tradizionali. Promuovendo fake news e realtà alternative, i nuovi mediatori generano *una tensione sulla realtà* che ha un grande potenziale distruttivo sullo spazio pubblico<sup>28</sup>.

5. La disgregazione *della costituzione economica*, generata dalla globalizzazione e guidata dallo sviluppo tecnologico, è anch'essa un elemento da considerare nella misura in cui priva lo Stato di una capacità molto importante di organizzare la vita sociale e lo assoggetta ai grandi attori globali. Inoltre, incide anche sullo status dei diritti fondamentali, *privandoli del loro legame con la dignità della persona* e orientandoli verso diritti più strettamente legati alle esigenze del traffico economico (diritti dei consumatori e degli utenti, diritto alla protezione dei dati personali)<sup>29</sup>.

Tutte queste rotture ci danno un'idea della portata delle trasformazioni storiche che stiamo vivendo. Non si tratta più delle sfide che

<sup>27</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2022a).

<sup>28</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2022b).

<sup>29</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2019).

lo Stato costituzionale ha affrontato finora e che hanno avuto luogo all'interno dello Stato e in relazione all'organizzazione del potere statale. Le rotture che si stanno verificando nel XXI secolo si collocano al di fuori dello Stato e danno forma a un mondo in cui il potere dello Stato non raggiunge più gran parte della realtà da esso precedentemente ordinata.

### *5. Il futuro del costituzionalismo*

Come per la crisi dello Stato liberale, nel contesto della globalizzazione si sono generati anche nuovi discorsi che hanno a che fare con la crisi dello Stato e del costituzionalismo statale, legati alla maggiore densità costituzionale del diritto internazionale<sup>30</sup> o alla situazione di pluralismo costituzionale<sup>31</sup> caratteristica del diritto costituzionale dell'integrazione sovranazionale. Tra questi, spicca l'approccio di Peter Häberle alle costituzioni parziali, che esprimono una realtà costituzionale complessa, come nel caso del processo di integrazione europea. Una teoria che è alla base di molti altri sviluppi dottrinali<sup>32</sup>.

Certamente, i problemi di legittimità del nostro tempo non si limitano alla sfera dello Stato e ai conflitti che si verificano al suo interno, come nel caso della crisi dello Stato liberale<sup>33</sup>. Non si tratta ora di riformulare l'ordine costituzionale dello Stato legale di diritto, come è avvenuto con la transizione allo Stato costituzionale, perché ciò che è in crisi è lo Stato in quanto tale, e non solo uno specifico modello di Stato.

In queste condizioni, la crisi di legittimità si sta estendendo alla costituzione stessa, che si trova incapace di far fronte, nella limitata sfera

<sup>30</sup> HÄBERLE, (2013).

<sup>31</sup> MACCORMICK, (1995).

<sup>32</sup> HÄBERLE, (1999).

<sup>33</sup> Infatti, come dice giustamente E. García riferendosi a Schmitt, "le questioni contenute nella riflessione costituzionale schmittiana si collocano nel contesto della crisi che per tutto il XX secolo ha contrapposto due ideologie opposte. Mentre l'attuale momento post-storico sembra rispondere più a un processo di declino, di decadenza dei nostri principi, delle nostre tecniche sociali e, in definitiva, del modo di intendere il mondo che deriva dall'Illuminismo", GARCÍA, (2013).

statale in cui interviene, ai grandi fattori di legittimazione del XXI secolo, che sono di portata globale: l'economia e la tecnologia. Due fattori di legittimazione che si sono staccati dal loro rapporto storico con il costituzionalismo moderno e hanno iniziato a porsi come alternative per il progresso di fronte alla costituzione<sup>34</sup>. La costituzione è emarginata nello spazio pubblico, incapace di rispondere alla trasformazione dei modelli culturali guidata dalla tecnologia e dall'economia.

La possibilità di stabilire nuovi paradigmi per affrontare questa crescente perdita di legittimità è ostacolata dal fatto che la costituzione ha un ambito di applicazione naturale limitato ai confini statali che non corrisponde alla realtà dei fattori di potere che operano oggi su scala globale. La stessa debolezza dello Stato che porta al fatto che i rischi per la democrazia e la pace sociale sono più bassi oggi rispetto a cento anni fa implica anche, come aspetto negativo, la debolezza della costituzione e il declino della cultura costituzionale.

L'incapacità delle istituzioni democratiche di far fronte ai condizionamenti derivanti dalla globalizzazione ha generato anche una crisi dei presupposti culturali di razionalità su cui si basa l'intero sistema costituzionale. La perdita di razionalità è in gran parte legata agli effetti della crisi finanziaria del 2008 e all'evoluzione dell'economia globale, che genera un senso di impotenza dello Stato di fronte agli agenti globali. Questo sentimento di impotenza porta a un'idea diffusa dell'inutilità della politica e a un orientamento dello spazio pubblico verso approcci irrazionali e dirompenti, tipici dei movimenti populistici e nazionalisti.

La retorica populista e nazionalista che si sta diffondendo in molti Paesi, insieme a fenomeni come le *fake news*, la cosiddetta "post-verità" e simili, sono espressione di un'involuzione che porta a una democrazia di bassissima qualità. Ognuno di questi movimenti tende ad agire su uno degli aspetti della crisi: da un lato, il nazionalismo di fronte alla crisi dello Stato, promettendo di limitare la portata della globalizzazione se non di rovesciarne i risultati in termini di protezione dell'economia nazionale. Dall'altro, il populismo di fronte alla crisi della democrazia, che mette in discussione la democrazia rappresenta-

<sup>34</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, (2020a).



tiva e promuove come alternativa una democrazia “diretta” senza mediatori, che non è reale nelle condizioni attuali.

Il nazionalismo e il populismo si basano su presupposti culturali che tendono a essere incompatibili con quelli dello Stato costituzionale e possono solo contribuire ad aggravare la sua crisi. Gli schemi culturali della democrazia costituzionale non si conciliano con un’idea organica di comunità basata su criteri irrazionali, né con una costruzione in cui il popolo diventa un’entità fittizia che finisce per parlare attraverso la voce di un leader. In entrambi i casi, la politica cessa di essere il luogo del compromesso, dell’integrazione del pluralismo, per diventare l’espressione di una volontà, nazionale o popolare, interpretata esclusivamente dai leader dei movimenti nazionalisti e populist<sup>35</sup>.

Di fronte a queste tendenze involutive, esistono degli anticorpi che possono attenuarne l’efficacia e trasformare le loro proposte politiche per lo più in vuota retorica. Come abbiamo indicato sopra, il primo di questi anticorpi ha a che fare con la debolezza stessa dello Stato nel contesto della globalizzazione, che impedisce una deriva totalitaria come quella che si è verificata cento anni fa con la crisi dello Stato liberale. Il secondo di questi anticorpi è stato generato dal costituzionalismo stesso, come conseguenza della tragica esperienza della fine dello Stato liberale, attraverso la normatività della costituzione e della democrazia costituzionale. Il terzo di questi anticorpi ha a che fare con l’integrazione sovranazionale che, nonostante i suoi difetti, si configura come una nuova dimensione della divisione del potere e una garanzia contro la regressione democratica.

Questi anticorpi possono evitare che la crisi del costituzionalismo si manifesti nella sua versione più tragica, come avvenne cento anni fa con la crisi dello Stato liberale, ma non risolvono i problemi di involuzione democratica e di marginalizzazione della costituzione che si stanno verificando in questo momento critico del costituzionalismo. Rivitalizzare la democrazia e la costituzione richiede una riconfigurazione del costituzionalismo, non più in relazione esclusiva con lo Stato, ma nel controllo del potere. Oggi il potere è in gran parte esercitato da grandi attori globali al di fuori dello Stato. Nonostante la loro crescente debolezza, lo Stato e la costituzione hanno ancora molto da dire nel

<sup>35</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, (2020) e BALAGUER CALLEJÓN, (2021).

loro ruolo di mediatori tra gli organismi globali e i cittadini, soprattutto quando gli organismi sovranazionali non esistono o non sono in grado di integrare questa funzione di mediazione. Un esempio di questo ruolo di mediazione è il Brasile, che sta difendendo con successo il suo ordine costituzionale contro le grandi aziende tecnologiche<sup>36</sup>.

Questo successo è legato, non dimentichiamolo, alle dimensioni del suo mercato di oltre 200 milioni di potenziali consumatori e utenti. Per questo motivo, nel caso degli Stati membri dell'Unione europea, è l'Unione stessa che può sviluppare nel modo più efficace questa funzione di *mediazione*, attraverso la regolamentazione del mercato europeo, al fine di proteggere i mercati e i cittadini nazionali. Senza averne l'intenzione e senza riconoscerlo, l'UE svolge quindi *una funzione essenzialmente costituzionale*, che si collega a quella storicamente sviluppata dalla costituzione nel mondo moderno. Una costituzione nata per costruire il mercato nazionale e che ora proietta i suoi principi sull'UE nella costruzione di un mercato sovranazionale che rende possibile la costruzione di un contesto favorevole alla costituzione, alla democrazia e ai diritti.

Ridefinire il potenziale “costituzionale” della regolamentazione del mercato in una prospettiva europea è una delle sfide che il costituzionalismo deve affrontare oggi. In un mondo in cui l'economia globale è sempre meno orientata verso i fattori di produzione nazionali e sempre più verso le condizioni di mercato, è necessaria una nuova costituzione economica per far fronte alle attuali condizioni di globalizzazione e per promuovere nuovi equilibri tra i grandi attori globali e i diritti fondamentali, la democrazia e la stessa costituzione.

### *Riferimenti bibliografici*

Balaguer Callejón F. (2010). *A divisão territorial do poder num contexto supranacional. O exemplo da Espanha na União Europeia*. In A. Ramos Tavares, I. Wolfgang Sarlet e G. Salomão Leite (eds.), *Estado Constitucional e Organização do Poder*. Editora Saraiva, São Paulo (Brasile).

<sup>36</sup> Così, nel conflitto con Elon Musk, in cui il magnate ha finito per accettare le condizioni stabilite dalla giustizia brasiliana. Cfr. GALARRAGA CORTÁZAR, (2024).

- Balaguer Callejón F. (2012). *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa*, n° 1.
- Balaguer Callejón F. (2012). *El final de una época dorada. Una riflessione sulla crisi economica e il declino del diritto costituzionale nazionale*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, *Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*. Coimbra Editora. Coimbra.
- Balaguer Callejón F. (2013). *Crisis económica y crisis constitucional in Europa*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98.
- Balaguer Callejón F. (2017). *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna*. In F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*. Padova. Cedam.
- Balaguer Callejón F. (2018). *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in *Nomos. Le attualità nel diritto. Anticipazioni* Convegno: *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*.
- Balaguer Callejón F. (2019). *Costituzione economica e globalizzazione*, in *federalismi.it*, n. 5.
- Balaguer Callejón F. (2020). *Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Paolo Ridola, Rivista italiana per le scienze giuridiche*.
- Balaguer Callejón F. (2020). *Crisis sanitaria y derecho constitucional en el contexto global*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46.
- Balaguer Callejón F. (2020). *Democracia y Estado de Derecho en Europa*, in *La cittadinanza europea*.
- Balaguer Callejón F. (2020). *Interpretación constitucional y populismo*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 33.
- Balaguer Callejón F. (2020c). *El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas*. In F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez e J.F. Sánchez Barrilao, (eds.) *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. Thomson. Madrid.
- Balaguer Callejón F. (2020e). *Constitution, démocratie et mondialisation. La legittimità della Costituzione di fronte alla crisi economica e alle reti sociali*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Costituzione, giustizia, democrazia*. Parigi. L.G.D.J.
- Balaguer Callejón F. (2021). *Constitutional interpretation and populism in contemporary Spain*. In F. Gárdos-Orosz-Z. Szenté (a cura di), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*. London and New York. Routledge.
- Balaguer Callejón F. (2021). *La costituzione dell'algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital*. In Gomes, Ana Cláudia Nascimento; Albergaria, Bruno; Canotilho, Mariana Rodrigues (Coord.),

- Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte. Fórum.
- Balaguer Callejón F. (2021). *La teoria delle fonti del diritto nello Stato costituzionale*. In AAVV, *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Balaguer Callejón F. (2022). *Controllo di costituzionalità e relazioni tra ordinamenti*. In *Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*.
- Balaguer Callejón F. (2022). *Fuentes del Derecho*. Madrid. CEPC.
- Balaguer Callejón F. (2022). *La cultura costituzionale nell'era digitale*. In J.M. Pérez Collados (Coord.), *La cultura giuridica nell'era digitale*. Cizur Menor. Aranzadi.
- Balaguer Callejón F. (2022b). *The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech*. In S. Hindelang, A. Moberg, A. (a cura di), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions (Annuario delle Costituzioni Socio-Economiche)*. Springer.
- Balaguer Callejón F. (2023). *Il futuro del costituzionalismo in un mondo (ri)globalizzato: mediazioni negative nella globalizzazione frammentata*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3.
- Balaguer Callejón F. (2023b). *Lo Stato di diritto in Spagna. Una declinazione assente nell'Unione Europea*, in T. E. Frosini (a cura di), *Rule of law come costituzionalismo*. Bologna.
- Balaguer Callejón F. (2023c). *La costituzione dell'algoritmo*. Milano. Le Monnier Università/Mondadori Education. Traduzione di Giacomo Palombino.
- Balaguer Callejón F. (2025). *La constitución del algoritmo*. In F. Balaguer Callejón (Coordinador), G. Cámara Villar, M.L. Balaguer Callejón, J.A. Montilla Martos. *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid. Tecnos.
- De Miguel Bárcena J, Tajadura Tejada J. (2018). *Kelsen versus Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. Guillermo Escolar Editore. Madrid.
- Galarraga Cortázar (2024). *Brasil ordena reactivar X tras 39 días de cierre por la desobediencia de Musk al juez*, in *El País*.
- García E. (2013). *Carl Schmitt y la cultura política post-histórica: una hipótesis acerca de la renaissance anglosajona de Schmitt*, in *Historia Constitucional*, n. 14.
- García Pelayo M. (1985). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid. Alianza Editorial.
- Gómez Orfanel G. (1986). *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. CEPC. Madrid.
- Häberle P. (1999). *Europa-eine Verfassungsgemeinschaft?*. In P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

- Häberle P. (2013). *El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales. Siete Tesis*, in *Direito Público*, n. 54.
- Häberle P. (2018). *Il costituzionalismo come progetto scientifico*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 29.
- Heller H. (1985). *Rechtsstaat oder Diktatur?*. Versione spagnola nella raccolta dello stesso autore *Escritos políticos*. Alianza Editorial. Madrid.
- Kelsen H. (1934). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Versione spagnola della seconda edizione del 1929, *Esencia y valor de la democracia*. Labor. Barcellona.
- Kelsen H. (1967)., *Reine Rechtslehre*, 2a edizione. Verlag Franz Deuticke. Vienna.
- Kelsen H. (2011). *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*. Versione spagnola, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 1.
- López y López A.M. (1996). *Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 25.
- MacCormick N. (1995). *The Maastricht Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, Vol. I, No. 3.
- Mortati C. (1998). *La Costituzione in senso materiale*. Milano. Giuffrè Editore.
- Neumann F. (2008). *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*. Versione spagnola in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 9.
- Ross A. (1929). *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig and Vienna. Franz Deuticke.
- Schmitt C. (2017). *Verfassungslehre*. Duncker & Humblot. Berlino.



## LA COSTITUZIONE DI OGGI E DI DOMANI

A partire dagli anni '70, ha avuto senso parlare di Diritto Costituzionale Senza Frontiere<sup>1</sup>, come conseguenza della perdita del ruolo esclusivo dello Stato nell'ordine interno e globale. Questa "novità" giuridica si basa sull'emergere di questioni costituzionali "oltre lo Stato" (Cassese<sup>2</sup>), sul superamento delle distinzioni formalistiche tra diritti umani e diritti fondamentali e sul tentativo di costruire un "costituzionalismo globale" o "costituzionalismo europeo" accanto al costituzionalismo statale. Per questo motivo, le "questioni di moda" nel diritto costituzionale attuale sono se abbia o meno senso parlare di una "costituzione senza Stato", o se sia possibile porre questioni di diritti fondamentali su scala europea o internazionale in termini simili a quelli posti dalle costituzioni statali.

Tutto è iniziato, inoltre, nel campo dei diritti umani e dei diritti fondamentali. Questo perché i diritti fondamentali degli individui non pongono solo problemi di natura storica o temporale, ma anche spaziale. In effetti, la necessità di tutelare i diritti degli individui al di là dei confini degli Stati e delle costituzioni nazionali è stata compresa molto tempo fa, prima adottando e poi superando la classica dicotomia tra la tutela dei diritti umani su scala internazionale e la tutela dei diritti fondamentali su scala statale<sup>3</sup>.

In precedenza, secondo la logica classica, sia dal punto di vista del diritto costituzionale che del diritto internazionale pubblico, non aveva senso parlare di "costituzionalismo internazionale" o "globale", in quanto le relazioni giuridiche internazionali erano di esclusiva pertinenza degli Stati, da cui dipendeva anche l'applicazione delle fonti del

<sup>\*</sup> Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> PEREIRA DA SILVA (2019).

<sup>2</sup> Cassese (2006).

<sup>3</sup> PEREIRA DA SILVA (2023), 439-460; PEREIRA DA SILVA (2022), PEREIRA DA SILVA (2007), 42.

diritto internazionale ai loro cittadini, ed erano quindi considerate “relazioni esterne”, mentre le questioni costituzionali sorgevano esclusivamente all’interno di ogni Stato, nel contesto dei legami tra autorità pubbliche e cittadini, ed erano quindi considerate “relazioni interne”.

Ora, i presupposti tradizionali sono cambiati a causa delle moderne trasformazioni del diritto internazionale pubblico e del diritto costituzionale, in particolare per quanto riguarda i diritti umani o fondamentali<sup>4</sup>. Da un lato, gli individui sono stati considerati come soggetti autonomi delle relazioni internazionali, ai quali l’ordinamento giuridico internazionale conferisce diritti soggettivi diretti e immediati, nonché diritti di accesso ai tribunali internazionali per la loro difesa, anche contro le azioni degli Stati a cui appartengono. D’altra parte, le Costituzioni hanno recepito il diritto internazionale e stabilito le regole per la sua applicazione interna, recependo o facendo riferimento alle dichiarazioni dei diritti o ad altri strumenti internazionali sui diritti umani, facendone i criteri di interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali nazionali. Stiamo quindi assistendo a un duplice fenomeno di “costituzionalizzazione”:

1) dell’ordinamento internazionale, che crea meccanismi di applicazione e tutela identici a quelli delle costituzioni nazionali; 2) dell’ordinamento costituzionale, che accoglie, riconosce e trasforma le norme internazionali in criteri di interpretazione e applicazione delle norme costituzionali stesse. In altre parole, si tratta di una “internalizzazione” del diritto internazionale e di una “esternalizzazione” del diritto costituzionale (cfr. HERDEGEN, MASSING, POSCHER, GÄRDITZ, 2021<sup>5</sup>), entrambe convergenti verso una dimensione costituzionale senza frontiere, che si traduce, tra l’altro, nel superamento della distinzione formale tra “diritti umani” e “diritti fondamentali”, tutti ormai trasformati in Diritti Umani Fondamentali<sup>6</sup>.

Inoltre, l’integrazione europea ha introdotto un cambiamento qualitativo rispetto ai tradizionali fenomeni di cooperazione internazionale, ovvero la creazione di un ordinamento giuridico proprio che, da un lato, si sovrappone e si impone agli ordinamenti giuridici degli Stati membri e, dall’altro, si intreccia e dipende da essi. Ha quindi perfet-

<sup>4</sup> PEREIRA DA SILVA (2007), 42 ss.

<sup>5</sup> HERDEGEN M., MASSING, POSCHER, GÄRDITZ (2021).

<sup>6</sup> PEREIRA DA SILVA (2022).



tamente senso parlare di Costituzione europea, anche se solo in senso materiale, consentendo di affrontare il problema della “gerarchia delle norme”, sia tra le diverse fonti europee, sia tra queste e quelle nazionali, e considerando che alcune di queste fonti europee acquistano un carattere “fondamentale” per le questioni essenziali di organizzazione politica che trattano, cioè le “eterni” questioni costituzionali del potere e della libertà, dell’organizzazione e della divisione dei poteri e della garanzia dei diritti fondamentali.

In questo modo, lo stesso potere costituente, che agli albori del liberalismo era indissolubilmente legato allo Stato, assume ora anche una dimensione sovranazionale, come nel caso dell’Unione Europea, dove l’esistenza di regole e principi fondamentali sulla “distribuzione dei poteri” (sia tra le istituzioni europee stesse che tra queste e le istituzioni degli Stati membri), nonché sulla garanzia dei diritti fondamentali (cfr. “La Carta Europea dei Diritti Fondamentali”), costituisce una vera e propria “Costituzione europea” (almeno in senso materiale), senza che sia possibile (o necessario) parlare di federazione di Stati o di “Stato europeo”. Da qui la necessità di ampliare oggi il concetto di Costituzione, in modo che possa comprendere e conciliare i diversi “livelli” – statale ed europeo – della regolamentazione essenziale della divisione dei poteri (in particolare secondo il principio di sussidiarietà) e della tutela dei diritti fondamentali su scala europea”<sup>7</sup>.

Da un punto di vista giuridico, dobbiamo riconoscere che, dagli anni ‘70 ad oggi, abbiamo assistito all’emergere di queste nuove realtà fondamentali su scala globale, europea e nazionale, che necessitano di un quadro “multilivello” (PERNICE, 2016<sup>8</sup>), nel quadro di un diritto costituzionale (e anche amministrativo) senza frontiere<sup>9</sup>. Oggi, però, è anche indispensabile affrontare “l’elefante nella stanza” e considerare che queste novità possono essere minacciate, o addirittura messe a repentaglio, dalla crescente ascesa di populismo, illiberalismo, autoritarismo, nazionalismo o patriottismo integralista, razzismo e xenofobia, che portano con sé la nostalgia del “ritorno alle origini” dell’esclusivismo della costituzione statale. A mio avviso, queste tendenze (re-

<sup>7</sup> PEREIRA DA SILVA (2015).

<sup>8</sup> Il termine “costituzionalismo multilivello” appartiene a PERNICE I., cfr. PERNICE (2016).

<sup>9</sup> PEREIRA DA SILVA (2019).

centi e crescenti) costringeranno probabilmente a una riconfigurazione del “nuovo” e del “vecchio” costituzionalismo, ma non sono in grado di mettere pienamente in discussione il costituzionalismo globale ed europeo, a causa delle trasformazioni delle relazioni politiche ed economiche su scala internazionale, tanto più a causa delle nuove e inevitabili realtà (pubbliche e private) della digitalizzazione e dell’intelligenza artificiale<sup>10</sup>.

Una delle manifestazioni di questo diritto costituzionale senza frontiere riguarda la questione dei nuovi compiti o funzioni pubbliche<sup>11</sup>. Infatti, le fonti costituzionali nell’ordinamento giuridico globale, così come nell’ordinamento giuridico europeo (ad esempio, oltre al Trattato di Lisbona, in parte anche la “Next Generation EU”<sup>12</sup>), che poi si proiettano a livello di costituzioni statali (attraverso l’efficacia diretta dei Trattati o dei PNRR nazionali), accentueranno l’emergere di nuovi compiti fondamentali, sia attraverso la trasformazione di quelli precedenti (ad esempio, il caso della sicurezza o della difesa), sia attraverso la creazione di nuove missioni statali (ad esempio, la digitalizzazione). In questo modo, si assiste a una commistione di nuovi e vecchi contenuti costituzionali e oggi, nella sua dimensione multilivello o senza confini, che dà origine a cinque “nuovi compiti pubblici in stato di tensione”, ovvero: la difesa e la sicurezza, la salute, la lotta al cambiamento climatico, l’adozione di energia sostenibile e le nuove tecnologie della digitalizzazione e dell’intelligenza<sup>13</sup>.

1. La sicurezza interna ed esterna, che è uno dei compiti più antichi dello Stato, ha assunto nuovamente un’importanza primaria con lo scoppio della guerra in Europa a seguito dell’invasione russa dell’Ucraina. Di conseguenza, il compito pubblico di garantire la difesa non è più visto solo dal punto di vista dei singoli Stati, ma ora ha anche una dimensione senza confini e deve essere considerato nella sua triplice dimensione (nazionale, europea e globale). Lo stesso vale per le questioni di polizia (terrorismo, alta criminalità, migrazioni in-

<sup>10</sup> PEREIRA DA SILVA (2023).

<sup>11</sup> PEREIRA DA SILVA, KÄMMERER, URANIA GALETTA (2024).

<sup>12</sup> PEREIRA DA SILVA (2021).

<sup>13</sup> PEREIRA DA SILVA (2024).

ternazionali), che sono anch'esse "vecchi compiti pubblici e che ora danno luogo a nuove sfide per le autorità pubbliche e alla ricerca di soluzioni originali, anche "senza frontiere", enfatizzando l'attenzione al nuovo fenomeno della cybersecurity.

Quindi, se da un lato si può parlare, in un certo senso, di un "ritorno alle origini" dal punto di vista delle questioni costituzionali tradizionali, dall'altro la rinnovata funzione di difesa interna ed esterna assume una dimensione radicalmente moderna, che si manifesta, tra l'altro, nella sua dimensione multilaterale o senza frontiere. La sicurezza di un Paese (sia esterna che interna) si svolge sia all'interno che all'esterno dei confini nazionali, poiché non è possibile parlare di sicurezza del Portogallo senza parlare di sicurezza europea e di sicurezza globale (NATO, Nazioni Unite), assumendo una vera e propria dimensione costituzionale multilivello.

Di conseguenza, sono sorte nuove questioni costituzionali e amministrative di attualità (discusse soprattutto a livello di costituzionalismo europeo), come le seguenti: C'è posto per la NATO nelle costituzioni nazionali e nella Costituzione europea (materiale)? Se debba esistere un esercito europeo autonomo o solo una cooperazione militare, o piuttosto una combinazione dei diversi eserciti nazionali dei Paesi dell'UE? La questione dei "rifugiati" ucraini è una questione nazionale e/o europea, o è anche una questione globale di protezione delle vittime di guerra? O come la sicurezza informatica dovrebbe proteggere gli individui e le società senza mettere a repentaglio i diritti fondamentali?

2. La salute è un altro dei nuovi compiti pubblici essenziali, dopo la CO-VID-19 e di fronte a tante altre minacce per la salute che verranno<sup>14</sup>. Sem-bra, infatti, che ci sia sempre qualche "animaletto in rivolta" contro l'aggressione umana nel suo habitat naturale, che dà origine a un nuovo virus, seguito da un'epidemia o da una pandemia. E in effetti abbiamo già avuto la mucca pazza, gli uccelli con il raffreddore,

<sup>14</sup> Per una spiegazione più dettagliata di questa e altre pandemie, si veda FHONI-GABALUM (2020). Da parte nostra, abbiamo utilizzato la traduzione portoghese intitolata *O Século das Pandemias - Uma História de Contágios Globais: Du Gripe Espanhola à Covid-19%*, Vogais-20/20 Editora, Lisboa, 2021.

l'influenza suina, la follia dei pipistrelli, la combinazione di pipistrelli infetti e pangolini "fuori dagli schemi"... Così come in futuro ci saranno sempre più "rivolte" della Natura contro le aggressioni umane che distruggono o disturbano la fauna e la flora, generando nuovi virus e nuove pandemie<sup>15</sup>.

Inoltre, emergono sempre nuovi pericoli e rischi, come quello annunciato dagli scienziati dell'Università di Cambridge, che avvertono che lo scioglimento dei ghiacci, causato o favorito dai cambiamenti climatici, potrebbe riattivare nuovi virus congelati da tempo immemorabile, ma che ora stanno riemergendo in forze, in quello che gli studiosi hollywoodiani potrebbero chiamare "virus dei dinosauri"<sup>16</sup>.

E questo nuovo compito di salute pubblica non può essere svolto semplicemente su scala nazionale, ma sta assumendo sempre più una dimensione senza frontiere, in cui le autorità e le politiche pubbliche nazionali, europee e globali devono essere combinate-come abbiamo visto di recente durante il periodo COVID-19-, con le azioni congiunte delle autorità sanitarie nazionali, europee e globali (da notare l'importanza del coordinamento delle misure europee e dell'OMS nel coordinamento globale della lotta contro la pandemia). Si tratta quindi di un nuovo compito pubblico, già riconosciuto in molte costituzioni nazionali (come quella portoghese<sup>17</sup>), ma che ora assume una nuova dimensione multilivello (nazionale, europea, globale) o senza frontiere<sup>18</sup>. Ciò rende necessario porre le seguenti domande all'attuale diritto costituzionale e amministrativo, tra le altre: la globalizzazione della tutela della salute è un problema costituzionale nazionale o piuttosto europeo e multilivello? Qual è il ruolo dell'Organizzazione mondiale della sanità nella governance delle crisi sanitarie globali? Quanto è globalizzato, armonizzato e flessibile il diritto amministrativo della salute oggi?

<sup>15</sup> PEREIRA DA SILVA (2020), 805-811; PEREIRA DA SILVA (2021), 527 ss.; PEREIRA DA SILVA (2021), 153-160.

<sup>16</sup> Si veda il sito web del "Centre for the Study of Existential Risks" dell'Università di Cambridge <http://www.cser.ac.uk/>. Si veda anche il video su YouTube di LUKE KEMI, "Foreseeing the End of the World" <https://www.youtube.com/watch?v=YyMemcSMkg->

<sup>17</sup> MEDEIROS (2010), 1305-1322

<sup>18</sup> ESTORNINHO, MACIEIRINHA (2014), 9 ss.

3. Il cambiamento climatico è oggi il “nuovo volto” della questione ambientale, emerso nel costituzionalismo degli anni Settanta e che oggi si manifesta soprattutto con questa nuova configurazione costituzionale. Questa nuova dimensione della questione ecologica è di fondamentale importanza poiché, secondo gli studi scientifici, ci troviamo di fronte a un rischio di civiltà, in quanto se non si intervenisse per scongiurare i prevedibili effetti catastrofici del cambiamento climatico, potrebbe addirittura verificarsi la scomparsa dell’uomo sulla terra (si veda lo studio di LUKE KEMP, dell’Università di Cambridge<sup>19</sup>). Così, a partire dagli anni ‘70 del XX secolo, e ancor più oggi, ha senso parlare di costituzionalismo verde, per riferirsi alla consacrazione giuridica di principi fondamentali di natura ecologica, nonché alla consacrazione di un diritto fondamentale all’ambiente, sia nei testi costitutivi dell’ordinamento giuridico globale, la Costituzione (materiale) europea, sia nelle costituzioni nazionali<sup>20</sup>. Infatti, esiste una successione di fonti di diritto ambientale su scala globale (alcune a livello generale, altre a livello regionale internazionale, dotate di diverso valore ed efficacia giuridica) che sanciscono il diritto umano/fondamentale all’ambiente, di cui sono esempi: la “Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli” del 1967; il “Principio 1” della “Dichiarazione di Stoccolma della Conferenza delle Nazioni Unite sull’ambiente umano del 1972”; la “Convenzione americana sugli spazi umani nell’ambito dei diritti economici, sociali e culturali” del 1988, art. 12; la “Convenzione europea sull’ambiente” del 1988, 12; la “Convenzione europea dei diritti dell’uomo” (che, secondo l’interpretazione “creativa” della “Corte europea dei diritti dell’uomo”, sancisce il diritto fondamentale all’ambiente, sulla base degli articoli 2, 6, 8); la “Convenzione di Aarhus sui diritti dell’uomo”, che sancisce i diritti procedurali fondamentali dell’informazione, della partecipazione procedurale e dell’accesso alla giustizia come parte di un più ampio diritto sostanziale (articoli 4,6,7,8,9).

Tutte queste fonti di diritto, di carattere internazionale generale o regionale, alcune di natura convenzionale altre semplicemente dichia-

<sup>19</sup> KEMP (2020).

<sup>20</sup> PEREIRA DA SILVA (2022), PEREIRA DA SILVA (2021), PEREIRA DA SILVA (2023), 439-460.

rativa e proclamatoria (“*hard law*” e “*soft law*”), a mio avviso, ci permettono già di parlare di un “diritto all’ambiente senza frontiere” come principio generale implicito dell’ordine internazionale, o in alternativa, come principio integrale dello “*ius cogens*”, o anche come “consuetudine internazionale”, come prassi ripetuta dell’ordinamento giuridico internazionale (con un contenuto più generale di quello contenuto nei testi) che va oltre le diverse consacrazioni normative sopra menzionate<sup>21</sup>.

A livello di Unione Europea, la “questione costituzionale” assume una dimensione diversa a causa dell’emergere e del consolidarsi di un autonomo “spazio giuridico europeo”. L’integrazione europea, infatti, ha introdotto un cambiamento qualitativo rispetto ai tradizionali fenomeni di cooperazione internazionale, ovvero la creazione di un “ordinamento giuridico proprio, che combina le fonti comunitarie - le cui norme, essendo “ricevute” dagli ordinamenti giuridici interni, godono di un effetto diretto e di un primato su quelle dei Paesi membri (...) - con le fonti nazionali”<sup>22</sup>.

Nel quadro dell’Unione europea, come abbiamo già scritto in precedenza, l’esistenza di regole e principi fondamentali sulla “distribuzione dei poteri” (sia tra le stesse istituzioni comunitarie, in relazione tra loro, sia tra queste e le istituzioni degli Stati membri), nonché sulla garanzia dei diritti fondamentali (si veda “La Carta europea dei diritti fondamentali”) costituisce una vera e propria “Costituzione europea” (almeno in senso materiale), senza che sia possibile (o necessario) parlare di uno “Stato europeo”<sup>23</sup>. In quest’ottica, il Trattato di Lisbona può e deve essere inteso come un’integrazione della (maggior parte della) Costituzione materiale dell’Europa.

Così, nel campo dell’ambiente, il Trattato di Lisbona sancisce principi e doveri oggettivi di conservazione dell’ambiente (cfr. articolo 191 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea), che obblighino le autorità pubbliche europee e nazionali ad agire; mentre l’articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea sancisce un diritto fondamentale all’ambiente<sup>24</sup>. In questo modo, a Co-

<sup>21</sup> PEREIRA DA SILVA (2022).

<sup>22</sup> PEREIRA DA SILVA (2007), 45.

<sup>23</sup> PEREIRA DA SILVA (2022).

<sup>24</sup> PEREIRA DA SILVA (2022).

stituzione europea, come insieme di valori fondamentali in termini di organizzazione e azione dei poteri pubblici a livello europeo e come insieme di diritti fondamentali per i cittadini europei, sancisce la protezione oggettiva e soggettiva dell'ambiente. Lo stesso si può dire delle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione Europea, che sanciscono almeno l'ampia protezione oggettiva dell'ambiente, a volte anche con l'esplicita affermazione del diritto all'ambiente e alla qualità della vita, come nel caso del Portogallo (cfr. art. 66 CRP), mentre in altri casi ancora tale diritto fondamentale è sancito dalla giurisprudenza creativa delle Corti costituzionali.

Di conseguenza, le Corti costituzionali hanno svolto (e continuano a svolgere) un ruolo fondamentale nel garantire e persino creare (direttamente o indirettamente) un diritto fondamentale all'ambiente (come sembra essere accaduto in Germania). E, ancora più recentemente, per quanto riguarda la scomposizione del diritto all'ambiente nel suo integrale "diritto fondamentale a evitare o almeno a minimizzare i cambiamenti climatici". A questo proposito, si veda l'emblematica decisione della Corte costituzionale federale tedesca sul cambiamento climatico (BVerfG, ordinanza del primo Senato del 24 marzo 2021-1 BvR 2656/18-, part. 1-270). La sentenza conclude che alcune norme contenute nella legge federale sul cambiamento climatico del 12 dicembre 2019 «sono incompatibili con i diritti fondamentali nella misura in cui mancano disposizioni sull'aggiornamento degli obiettivi di riduzione per i periodi dal 2031 in poi che soddisfino i requisiti costituzionali»<sup>25</sup>.

A mio avviso, questa sentenza pionieristica e altamente innovativa affronta cinque questioni fondamentali: considera il problema del cambiamento climatico come una questione costituzionale senza frontiere, analizzandolo da una prospettiva multilivello, che combina le dimensioni nazionale, europea e globale; tratta i diritti umani e i diritti fondamentali come realtà giuridicamente identiche; difende l'esistenza della tutela del diritto fondamentale all'ambiente e della tutela del diritto contro il cambiamento climatico nella Costituzione tedesca; concepisce il diritto fondamentale all'ambiente come un diritto di azione degli enti pubblici; ritiene che il diritto all'ambiente sia un diritto al/per il futuro, giustificando così la sua tutela intertemporale. Va no-

<sup>25</sup> PEREIRA DA SILVA (2022), 244.

tato che, sebbene si tratti di una sentenza emessa da un tribunale nazionale (la Corte costituzionale federale tedesca) sull'incostituzionalità di una legge tedesca, tutto il resto sembra essere globale. La sentenza tratta un tema globale (la lotta al cambiamento climatico); applica standard internazionali (gli accordi di Parigi); stabilisce il dovere delle autorità tedesche di agire per proteggere l'ambiente in ambito internazionale; concede a cittadini stranieri (un cittadino del Nepal e un altro del Bangladesh, non residenti in Germania) il diritto di comparire davanti alla Corte Costituzionale per difendere i propri diritti fondamentali, considerando che questi diritti sono tutelati anche dalla Costituzione tedesca<sup>26</sup>. Cos'altro è necessario per qualificare questa decisione come una decisione giuridica globale, o piuttosto come una decisione giuridica a più livelli o addirittura senza frontiere?

È anche un giudizio aperto al futuro, in quanto la Corte tedesca afferma che il diritto soggettivo all'ambiente (e non una norma oggettiva) è il modo migliore per garantire i diritti delle generazioni future. Ciò significa che è necessario combinare le dimensioni del passato, del presente e del futuro per proteggere l'ambiente, è necessario "proteggere dinamicamente i diritti fondamentali" (§ 5). O, come si dice anche, una «protezione intertemporale c libertà del futuro»<sup>27</sup>.

4. Anche la politica energetica, e in particolare la transizione dai combustibili fossili alle energie sostenibili e rinnovabili, è un compito pubblico autonomo, anche se strettamente legato alla questione ambientale. Questo fondamentale compito verde si colloca inoltre in una prospettiva costituzionale multilivello o senza frontiere, poiché ha anche una triplice dimensione nazionale, europea e globale.

Si tratta sia di una questione strutturale, derivante dalla ricerca delle soluzioni energetiche più appropriate e sostenibili, sia di una questione congiunturale di politica comune europea in tempo di guerra, divenuta ancora più urgente a causa della forte dipendenza dell'Europa – finora – dall'energia russa (soprattutto nel centro e nell'est dell'Europa). Da qui la recente notizia, emersa dagli ultimi Consigli europei, di un accordo tra Spagna, Portogallo e Francia sul

<sup>26</sup> PEREIRA DA SILVA (2022), 245.

<sup>27</sup> PEREIRA DA SILVA (2022), 252.



gasdotto tra Barcellona e Marsiglia, che consentirà la creazione di un “Corridoio energetico verde”.

Ma se si tratta soprattutto di una questione strutturale, allora dobbiamo fare in modo di optare per vere alternative energetiche verdi (come quelle che derivano dall'utilizzo di risorse naturali come il sole, il vento o le onde), e non tornare alla vecchia opzione dell'energia nucleare (che non può mai essere considerata verde). Credo quindi che ci sia un problema di “idee sbagliate” nell'attuale discussione pubblica quando l'energia nucleare viene definita verde, adottando quella che alcuni chiamano una “concezione eco-modernista” (FÉRRY, 2021, p. 181 ss.<sup>28</sup>). Dal mio punto di vista, un tale uso del termine “verde” non è appropriato per l'energia nucleare, in quanto trascura due questioni: l'impossibilità di un trattamento sostenibile delle scorie nucleari e il rischio di disastri naturali o umani presso gli impianti nucleari, che possono avere effetti devastanti (basti vedere quanto sta accadendo oggi alla centrale atomica di Zaporizja).

5. Oggi la realtà digitale assume contemporaneamente: a) una dimensione verticale, in quanto nuovo compito pubblico che, secondo Hoffman-Rhiem<sup>29</sup>, implica la «più grande trasformazione dello Stato democratico moderno e dello Stato di diritto», tanto più in una prospettiva senza frontiere (aggiungerei io); b) una dimensione orizzontale, in quanto è anche un mezzo, uno strumento essenziale per l'applicazione e l'esecuzione di tutti gli altri compiti fondamentali.

Per quanto riguarda i diritti dell'informazione e le nuove tecnologie, nell'ambito del costituzionalismo globale, esiste una “Carta dei diritti umani e dei principi per Internet”, creata dalla “*Internet Rights & Principles Dynamic Coalition*” dell’*“United Nations Internet Governance Forum”*. Si tratta quindi di un testo normativo, emanato da un organismo amministrativo globale, integrato nell'organizzazione delle Nazioni Unite, composto da una molteplicità di soggetti interessati, che

<sup>28</sup> FERRY (2021), 181 ss.

<sup>29</sup> HOFFMANN-RIEM (2016), 1 ss.

vanno dai rappresentanti dei go-vernì e degli organismi amministrativi, alle imprese e ai gruppi della società civile<sup>30</sup>.

A mio avviso, questa Carta di Internet, a prescindere dalla sua natura e dal suo valore formale, ha un contenuto materialmente costituzionale, che ci permette di parlare di “Diritti digitali fondamentali senza frontiere”, come un insieme di “principi generali impliciti dell’ordine internazionale o globale, pronti per essere applicati nelle relazioni private e pubbliche, nonché attuati e controllati da organi amministrativi e giudici”. Oppure, seguendo una linea di argomentazione alternativa, “si può anche dire che questi diritti all’informazione digitale, derivanti da principi giuridici impliciti dell’ordine globale, corrispondono ai valori etici più profondi della comunità internazionale, e fanno quindi parte della cosiddetta ‘versione moderna’ dello *ius cogens*”. O invece, in un altro modo alternativo e dogmatico, si può anche dire che questi diritti digitali fondamentali sono il risultato (o sono in fase di elaborazione procedurale) di “una prassi consuetudinaria internazionale, di un comportamento ripetuto con la convinzione generale della sua obbligatorietà, che va oltre i testi giuridici (anche quando ne deriva)”<sup>31</sup>.

In termini di Costituzione europea, abbiamo la “Carta dei diritti fondamentali”, che sancisce il diritto alla protezione dei dati personali (articolo 8) e include anche il diritto di accesso e di rettifica dei dati, nonché la garanzia di controllo da parte di un’autorità indipendente<sup>32</sup>. La Carta europea dei diritti fondamentali fa parte della “Costituzione europea” (almeno in senso materiale), ma, oltre a questa, dobbiamo considerare anche la “Dichiarazione dei diritti e dei principi digitali per tutti nell’Unione europea”, o altri testi, formalmente legislativi ma

<sup>30</sup> Vedere [https://drive.google.com/file/d/1dyhXJLCLKj0v\\_0sUHHREaUzKap2dFr\\_/view](https://drive.google.com/file/d/1dyhXJLCLKj0v_0sUHHREaUzKap2dFr_/view)

<sup>31</sup> PEREIRA DA SILVA (2022), 425 ss., PEREIRA DA SILVA (2023), 439-460.

<sup>32</sup> Articolo 8 (Protezione dei dati personali): “1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati personali che la riguardano: 2. Tali dati sono trattati in modo lecito per scopi specifici e sulla base del consenso della persona interessata o di qualsiasi altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e il diritto di rettificarli; 3. L’osservanza di queste norme è soggetta al controllo di un’autorità indipendente”.

materialmente costituzionali, che stabiliscono i diritti fondamentali sull'informazione e sulle nuove tecnologie<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda il Portogallo, l'articolo 35 della Costituzione sancisce i diritti fondamentali nel campo dell'informazione e delle nuove tecnologie. In realtà, la versione originale del 1976 si limitava a stabilire i diritti in relazione agli archivi manuali, ma da allora è stata estesa agli archivi digitali, in seguito alle revisioni costituzionali del 1982, 1989 e 1997. Così, la Costituzione stabilisce:

- il «diritto di accesso ai dati informatizzati» riguardanti i cittadini, che possono «chiederne la rettifica e l'aggiornamento, nonché il diritto di conoscere lo scopo a cui sono destinati» (art. 35. n. 1. CRP);

- la legge definisce il concetto di dati personali e il suo regime giuridico, garantendone la protezione, «segnatamente attraverso un'autorità indipendente» (art. 35 n. 2, CRP);

- è vietato l'uso di dati personali di qualsiasi tipo (convinzioni filosofiche o politiche, appartenenza a partiti o sindacati, religione, vita privata, origine etnica), salvo «l'esplicito consenso della persona interessata» così come l'autorizzazione legale con «garanzie di non discriminazione o per elaborazioni statistiche» (art. 35, n. 3, CRP);

- è vietato «accedere ai dati personali di terzi, salvo i casi eccezionali previsti dalla legge» (art. 35, n. 4. CRP);

- è vietato «assegnare un numero nazionale unico ai cittadini» (art. 35, n. 5 CRP);

<sup>33</sup> Questi includono, tra gli altri, il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile, relativo al Regolamento generale sulla protezione dei dati (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?Uri=uriserv:OJ.L1.2016.310.01.0001.01.ENG>) e la Direttiva 2018/1722 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre, relativa al Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/P ri-CELEX:32018L1722>). In tempi ancora più recenti, meritano una menzione le seguenti fonti sull'intelligenza artificiale: a) Il Regolamento (UE) 2022/1925, comunemente noto come Digital Markets Act (DMA), è un regolamento dell'UE (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj/eng>) che mira a rendere l'economia digitale più equa e contendibile (il regolamento è entrato in vigore il 1° novembre 2022 ed è diventato prevalentemente applicabile il 2 maggio 2023); b) Digital Services Act (Regolamento (UE) 2022/2065, DSA) è un regolamento dell'UE che mira ad aggiornare la direttiva sul commercio elettronico del 2000 per quanto riguarda i contenuti illegali, la pubblicità trasparente e la disinformazione (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT-risuriserv:0112022.277.01.0001.01.ITA>).

- «è garantito il diritto di accesso alle reti informatiche ad uso pubblico, con la definizione da parte della legge del regime applicabile ai flussi transfrontalieri di dati e delle forme appropriate di protezione dei dati personali e degli altri la cui salvaguardia è giustificata da ragioni di interesse nazionale» (art. 35 n. 6, CRP);

- questo regime giuridico è esteso alla protezione dei «dati personali contenuti negli archivi manuali» (art. 35 n. 7, CRP)<sup>34</sup>.

A questa realtà costituzionale complessa si è aggiunta anche una “Carta dei diritti dell’uomo nell’era digitale”, formalmente una legge ordinaria, ma dal contenuto materiale, che regola i diritti fondamentali digitali dal punto di vista del loro rapporto con altri diritti o principi fondamentali.

E tempo di concludere. Vi lascio le mie osservazioni personali, un “bilancio del presente e proiezione nel futuro” dei “percorsi” della Costituzione, fatte in occasione del “VII Seminario italo-spagnolo”, tenutosi a Napoli dal 2 al 4 ottobre 2024 e ora pubblicate nel 2025, Guardando il calendario, mi rendo conto che siamo alla fine del primo quarto del XXI secolo e all’inizio del secondo quarto. Spero sia un buon segno.

## Riferimenti bibliografici

Cassese S. (2006), *Oltre lo Stato*. Laterza, Roma.

Estorninho M. J., Macieirinha T. (2014), *Direito da Saúde (Lições)*. Universidade Católica Editora, Lisboa.

Ferry L. (2021), *Les Sept Écologies*. Éditions de l’Observatoire, Paris.

Phonigabalum M. (2020), *The Pandemic Century. A History of Global Contagion – from the Spanish Flu to Covid-19*. Penguin Books.

Gomes Canotilho J. , Moreira V. (2014), *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, Coimbra.

Herdegen M., Massing O., Poscher R., Garditz K. (2021), “Vorwort”, in Herdegen M., Massing O., Poscher R., Garditz K., *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung einer transnationalen Perspektive*. Beck, München.

Hoffmann-Riem W. (2016), *Innovation und Recht – Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte*. Mohr Siebeck, Tübingen.

<sup>34</sup> Cfr. MIRANDA, MEDEIROS (2017), GOMES CANOTILHO, MOREIRA (2014), 374.

- Kemp L., “Foreseeing the End(s) of the World”, video, YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=YyMemSMkg>.
- Kemp L., Rhodes C. (2020), *The Cartography of Global Catastrophic Governance*. Centre for the Study of Existential Risk, <https://www.cser.ac.uk/resources/cartography-global-catastrophic-governance/>.
- Medeiros R. (2010), “Comentário (art. 64 CRP)”, in Miranda J., Medeiros R., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª ed., Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora, Coimbra.
- Miranda J., Medeiros R. (2017), *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa.
- Pereira da Silva V. (2007), *A Cultura a que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura*. Almedina, Coimbra.
- Pereira da Silva V. (2007), *A Cultura a que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura*. Almedina, Coimbra.
- Pereira da Silva V. (2007), *A Cultura a que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura*. Almedina, Coimbra.
- Pereira da Silva V. (2015), “Le Goût de Diderot et la Constitution Européenne”, in Balaguer Callejón F., Pinon S., Viala A. (a cura di), *Le Droit Constitutionnel Européen à l'Épreuve de la Crise Économique et Démocratique de l'Europe*. Institut Universitaire de Varenne, Rennes.
- Pereira da Silva V., Balaguer Callejón F. (2015), *O Constitucionalismo do Séc. XXI na sua Dimensão Estadual, Supranacional e Global* (e-book). ICJP, Lisboa, <http://icjp.pt/publicacoes/1/5103>.
- Pereira da Silva V. (2019), *Direito Constitucional e Administrativo Sem Fronteiras*. Almedina, Coimbra.
- Pereira da Silva V. (2020), “5 breves notas sobre o Direito do Ambiente em estado de emergência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review* (Número temático: COVID-19 e o Direito), anno LXI, n. 1.
- Pereira da Silva V. (2020), “Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law in ‘State of Emergency’”, in *ELPIS v-Law Review*, n. 1, <http://www.elpisnetwork.eu/elpis-v-law-review-no-1-2020/>.
- Pereira da Silva V. (2021), “Four Short Notes and a Poem on Portuguese Environmental Law”, in Germelmann C., Pereira da Silva V. (a cura di), *International Legal Studies V. Nomos*, Baden-Baden.
- Pereira da Silva V. (2021), “I Piani europei e portoghesi per la ripresa e la resilienza e il futuro dell’Europa”, in *Passaggi Costituzionali*, vol. 2.
- Pereira da Silva V. (2021), “Table ronde: L’État d’exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés? Du terrorisme à l’urgence sanitaire – Portugal”, in *Annuaire International de la Justice Constitutionnelle*, XXXV (2020), Institut Louis Favoreu, Economica / Presses Universitaires d’Aix-Marseille.

- Pereira da Silva V. (2022), “Commentary to a Multilevel Court Decision for a Multilevel Public Law Professor. An Homage to Jacques Ziller”, in Fromage D. (ed.), *Jacques Ziller: A European Scholar*. European University Institute, Florence.
- Pereira da Silva V. (2022), “Green Constitution: The Right to the Environment”, in Cremades J., Hermida J. (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*. Springer, Cham, [https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7\\_160-1](https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1).
- Pereira da Silva V. (2022), “Table ronde: Constitution, libertés et numérique – Portugal”, in *Annuaire International de la Justice Constitutionnelle*, XXXVI (2021), Institut Louis Favoreu, Economica / Presses Universitaires d’Aix-Marseille.
- Pereira da Silva V. (2022), “The New World of Information and New Technologies in Constitutional and Administrative Law”, in Buck-Heeb P., Oppermann T. (eds.), *Automatisierte Systeme*. Beck, München.
- Pereira da Silva V. (2023), “Los Derechos Fundamentales y la Constitución Digital”, in Balaguer Callejón F., Sarlet I. (eds.), *Derechos Fundamentales y Democracia en el Constitucionalismo Digital*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Pereira da Silva V. (2023), “Sobre el Futuro Constitucional de Europa”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 40, [https://www.ugr.es/~redce/REDCE40/articulos/13\\_PEREIRA.html](https://www.ugr.es/~redce/REDCE40/articulos/13_PEREIRA.html).
- Pereira da Silva V., Kämmerer A., Urania Galetta D. (2024), *Neue Öffentliche Aufgaben in Spannungszeiten / New Public Tasks in Time of Tension / Nouvelles Missions Publiques en Période de Tension*. Societas Iuris Publici Europaei (SIPE – XVI Congress, Lisboa 2023), Editoriale Scientifica, Napoli.
- Pereira da Silva V. (2024), “Nouvelles Missions Publiques en Période de Tension – Paris vaut bien une messe”, in Pereira da Silva V., Kämmerer A., Urania Galetta D. (a cura di), *Neue Öffentliche Aufgaben in Spannungszeiten / New Public Tasks in Time of Tension / Nouvelles Missions Publiques en Période de Tension*. Editoriale Scientifica, Napoli, p. 333 ss.
- Pernice I. (2009), “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”. WHI-Paper 2/09, Humboldt-Universität zu Berlin, <http://www.whi-berlin.de/document/whi-paper0209.pdf>.
- Pernice I. (2016), “Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously”, in Hofmann R., Kadelbach S. (eds.), *Law Beyond the State. Pasts and Futures*. Campus Verlag, Frankfurt/New York.

*Miguel Ángel Presno \**

## ¿HACIA DÓNDE VAN LAS CONSTITUCIONES EN EL TIEMPO DE LAS TRANSICIONES?

SUMARIO: 1. Presentación. – 2. El impacto de las transiciones en los presupuestos del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX. – 3. El papel de los tribunales, constitucionales o no, en el escenario de las transiciones. – 4. Sobre los improbables procesos constituyentes. – 5. ¿Qué nuevos rasgos o elementos debería incorporar una Constitución del siglo XXI?

### *1. Presentación*

Los días 2 a 4 de octubre de 2024 se celebró en Nápoles el VII Seminario Italo-spagnolo de Derecho constitucional dedicado a “La Constitución en los tiempos de las transiciones”. En dicho Seminario tuve la oportunidad de participar, junto con la profesora Tanja Cerrutti, de la Universidad de Turín, y el profesor Fernando Pérez Domínguez, de la Universidad de Huelva y que actuó como moderador/entrevistador, en una “entrevista” o diálogo sobre a dónde van las constituciones en la época en la que nos ha tocado vivir (literalmente, “Quo vadis, Constitutio?”).

Las cuestiones que nos planteó el profesor Fernando Pérez fueron cuatro; en primer lugar, si de las transiciones o retos analizados en el Congreso, ¿hay alguna que alcance a poner en cuestión algunos de los presupuestos de la Constitución que hemos conocido hasta ahora?

En segundo lugar, se debatió sobre el papel (y el límite) del control de constitucionalidad ante el escenario de las transiciones: dado que la respuesta del Legislador a algunas de las transiciones planteadas tensiona mucho, a veces, la letra de la Constitución. ¿Cómo valorar el papel del control de constitucionalidad en este escenario? ¿Está en riesgo la normatividad de la Constitución?

\* Universidad de Oviedo.

En tercer término, hablamos sobre los nuevos procesos constituyentes y las reformas constitucionales y si es suficiente la reforma constitucional para dar respuesta a las transiciones y retos planteados o si alguno de ellos (por su dimensión global) requiere un verdadero nuevo proceso constituyente. Finalmente, se nos preguntó sobre qué nuevos rasgos o elementos debe incorporar, en nuestra opinión, una Constitución del siglo XXI.

Como cuestión preliminar, apunté que, al igual que se ha sostenido en el ámbito de la Historia por Eric Hobsbawm<sup>1</sup>, también en el Derecho constitucional europeo se puede defender que el siglo XX tuvo una menor duración que la estrictamente cronológica -un siglo XX “corto”-y podríamos situar ese fin entre el año 1986, cuando ocurrió la catástrofe nuclear de Chernóbil y se publicó el conocido libro de Ulrich Beck *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, y el año 1991, que el de la desintegración de la URSS. Las constituciones de nuestro entorno (Alemania, Italia, Francia, Portugal, España) pertenecen a la segunda mitad de ese corto siglo XX y están articuladas para sostener un Estado social y democrático de Derecho que ha cambiado profundamente a partir de los años 90 del siglo XX y en los primeros 24 del presente siglo XXI.

## *2. El impacto de las transiciones en los presupuestos del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX*

En relación con las transiciones estudiadas en el Congreso<sup>2</sup> me parece que hay varias que ponen en cuestión los presupuestos de las

<sup>1</sup> HOBSEAWM (1994).

<sup>2</sup> En palabras de la organización del Seminario, cabe recordar la crisis financiera, que llevó a la aprobación del Pacto Fiscal e inauguró una temporada de revisiones constitucionales, especialmente en Italia y España; la emergencia sanitaria, que obligó a la Unión Europea y a los distintos Estados miembros a replantearse sus modelos económicos y productivos ante la imprevisibilidad de una pandemia; en general, pero en estrecha relación con lo anterior, no pueden dejar de mencionarse los retos tecnológicos y medioambientales y, sobre todo, los relacionados con la inteligencia artificial y el cambio climático; por último, en esta dirección, deben considerarse también las guerras y las emergencias humanitarias que afectan a partes del mundo cada vez más cercanas a Europa.



Constituciones del siglo XX: respecto del tradicional principio estructural del Estado de Derecho, lo más destacable es la progresiva decadencia de la Ley como fuente de derechos y obligaciones y como expresión de la “soberanía” parlamentaria. En la Constitución italiana se habla de ley o leyes en 208 ocasiones y de legislación en otras 10 (218 en total); la Constitución española utiliza las palabras ley o las leyes 207 veces y el término legislación 58 (265 en total).

Ni una ni otra Constitución mencionan “la autonomía de la voluntad” o la “contratación”; sin embargo, como explica muy bien el profesor Esteve Pardo en un reciente libro<sup>3</sup>, el contrato privado ha ido ocupando posiciones que tradicional y constitucionalmente corresponden a la ley y eso tanto en el ámbito de la Administración -ocupación de servicios públicos por la contratación privada- como en el aún más llamativo del Poder Judicial -por medio de los arbitrajes-, incluida la jurisdicción penal, donde son tan frecuentes como llamativos los acuerdos de conformidad sobre la pena, hasta el punto de que no es extraño que una persona que podría haber sido declarada no culpable acepte una pena menor para, entre otras razones, evitar el riesgo de una condena injusta mayor, reducir los costes del proceso, evitar perjuicios a terceras personas...<sup>4</sup>

Otro ejemplo de la decadencia de la “ley formal” es la cada vez mayor presencia del Decreto-Ley tanto en Italia como en España y no siempre en los casos y con los presupuestos que exigen las respectivas constituciones<sup>5</sup>.

Esta tendencia se inserta en una más amplia de creciente protagonismo de los gobiernos en detrimento de los parlamentos, que han ido renunciado en la práctica al ejercicio de sus facultades de iniciativa legislativa con el propósito evidente, en el caso de la mayoría que respalda al Gobierno, de que sea éste el que exteriorice política e institucionalmente su liderazgo en las acciones de impulso y transformación, y de esta manera obtenga el correspondiente rédito político y es que la

<sup>3</sup> ESTEVE PARDO (2024).

<sup>4</sup> LASCURAÍN, GASCÓN (2018).

<sup>5</sup> A fecha 13 de octubre de 2024, en Italia se aprobaron 152 leyes en la XIX Legislatura, de las que 63 fueron leyes de conversión de decretos-leyes; también se promulgaron 73 decretos-leyes.

Sobre el abuso del Decreto-ley véase, en Italia, CELOTTO (1997); en España, ARAGÓN (2016); GARCÍA MAJADO (2017), 217-244.

ley ha pasado de ser un límite a la acción del Gobierno en el instrumento principal de la acción del “partido en el Gobierno”, de manera que el procedimiento legislativo ordinario y el reglamentario no son sino las diferentes vías jurídicas que el Gabinete utiliza para la realización de su orientación política, siempre claro, que cuente con el apoyo parlamentario necesario.

En segundo lugar, y en lo que se refiere al Estado democrático, parece claro que el protagonismo que han sido asumiendo los partidos políticos, tanto en el plano legal como en el aspecto institucional, es mucho mayor que el que aparentemente le reservan las Constituciones y, parafraseando a Gramsci, no nos cabe duda que son hoy el “Príncipe moderno”<sup>6</sup>. En el panorama constitucional contemporáneo el partido político mayoritario no sólo “reina y gobierna de hecho”, sino también “de derecho”, merced a su protagonismo normativamente reconocido en el proceso de formación de la voluntad del Estado. Esta entronización se ha producido, esencialmente, en el ámbito de las normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos. Los casos paradigmáticos de normas que han propiciado el “reinado y gobierno jurídico” de los partidos son las leyes electorales y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, aunque posteriormente el citado protagonismo se ha visto reforzado a través de diferentes disposiciones jurídicas: las que regulan la propia organización y financiación de los partidos, las que articulan el proceso de designación de los componentes de instituciones del Estado de extracción no política.

Siguiendo con el Estado democrático, la transición, en particular en Europa, a sociedades de composición cada vez más heterogénea como expresión de las libertades comunitarias de residencia y circulación, convierte en anacrónicas las previsiones constitucionales que condicionan la participación política de ámbito general a las personas nacionales del Estado de que se trate, incluso cuando son nacionales no residentes en el territorio del Estado, excluyendo con carácter general la participación política en los procesos electorales y de referéndum de las personas extranjeras residentes, incluidas las de residencia de larga duración.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión nos hemos ocupado en PRESNO LINERA (2000).

Finalmente, y en relación con la forma de gobierno, nuestros sistemas formalmente parlamentarios se han ido aproximando hacia un creciente presidencialismo, más o menos evidente, y es que la dinámica política, electoral y partidista de los gobiernos parlamentarios también está centrada en fórmulas de liderazgo que los aproximan a lo que ya en 1908 diagnosticó Woodrow Wilson que ocurría en los sistemas presidenciales: el Presidente/Primer Ministro lidera a uno o varios partidos y es quien guía a la nación en cuestiones políticas y, por tanto, en la acción legal. Hoy diríamos que quien lidera al partido o coalición de partidos de la mayoría es quien puede aspirar a la jefatura del Gobierno y, por tanto, a orientar al país en cuestiones políticas. Como resultado de todo ello, la caída de los Gobiernos se suele producir más por conflictos internos entre las formaciones políticas que integran el Gabinete que por los instrumentos de control parlamentario constitucionalmente previstos, lo que demuestra que el núcleo efectivo del poder de control se ha trasladado desde el Parlamento a los partidos.

### *3. El papel de los tribunales, constitucionales o no, en el escenario de las transiciones*

Como es bien conocido, la normatividad de la Constitución está en riesgo en algunas ocasiones por actuaciones de los poderes legislativos, Parlamento y Gobierno, pero, en otras, también por la propia respuesta de algunos tribunales, incluidos los constitucionales.

Como se acaba de indicar, cuando hablo de las respuestas legislativas no me refiero exclusivamente al Parlamento sino también al propio Gobierno y al apuntado problema del uso exorbitante del Decreto-Ley: al Gobierno no le importa mucho que años después de aprobarse se declare inconstitucional un Decreto-Ley que regula cuestiones de las que está excluido o sin que concurren los presupuestos constitucionales que lo justifican. Sería, por tanto, necesaria una respuesta rápida por parte de la jurisdicción constitucional en estos casos, lo que no es frecuente en España.

Frente al riesgo que suponen estas actuaciones legislativas, una posible vía de control efectivo es el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad preventivo, es decir, de un recurso previo de constitucionalidad, que en España ahora está previsto para el texto de-

finitivo de los Proyectos o de las Propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía, una vez aprobado por las Cortes Generales. El plazo para la interposición del recurso es de 3 días desde la publicación del texto en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», quedando en suspenso con su interposición los trámites de sanción y promulgación, incluida, en su caso, la convocatoria de referéndum de aprobación. Debe ser resuelto en seis meses desde su interposición.

Como es obvio, una eventual generalización del control previo respecto de todo tipo de disposiciones de rango legal implicaría el riesgo de obstruccionismo de la oposición parlamentaria y grandes dificultades para el Tribunal Constitucional de dar respuestas rápidas.

En relación con el papel de los tribunales, se pueden destacar muchas cosas pero aquí mencionaremos dos: una sobre los tribunales internos y otra sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La primera cuestión tiene que ver con una cierta disolución valorativa de la normativa constitucional cuando los tribunales constitucionales acuden a criterios interpretativos no previstos en la propia Constitución, cosa que hizo, por citar un ejemplo conocido, el Tribunal Constitucional español cuando, al enjuiciar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, de 6 de noviembre), llevó a cabo una “lectura evolutiva..., que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, [y] nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa”.

Este recurso de índole sociológica, además de carecer de fundamento constitucional, era innecesario para considerar compatible con la Constitución española el matrimonio entre personas del mismo, sexo puesto que una interpretación constitucionalmente adecuada del matrimonio conduce a entenderlo como un derecho cuyo objeto es una esfera vital protegida no como una garantía institucional sino a través de la técnica de los derechos de libertad, que otorga amparo a cualquiera de los posibles comportamientos que en principio se puedan encuadrar en la definición abstracta de la mencionada esfera vital establecida por la norma iusfundamental, entre ellos casarse con una persona del mismo sexo.

La segunda cuestión para finalizar este apartado en muy pocas palabras está relacionada con la práctica del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea, que ha consolidado en su jurisprudencia la obligación de los Estados miembros de aceptar estándares de protección de los derechos fundamentales incluso aunque sean menos garantistas que los previstos en la propia Constitución nacional; a este respecto son bien conocidos, no solo en España e Italia, los casos “Melloni” y “Taricco”<sup>7</sup>.

#### *4. Sobre los improbables procesos constituyentes*

La tercera pregunta nos interrogó sobre si basta la reforma constitucional para dar respuesta a las transiciones y retos planteados o si alguno de ellos (por su dimensión global) requiere un verdadero nuevo proceso constituyente?

Aquí no me cabe otra opción que mostrar mi total escepticismo sobre las posibilidades de que tengan lugar con éxito procesos constituyentes en los próximos años; creo que no hay un contexto político ni social que los favorezca y un ejemplo lo hemos encontrado recientemente en Chile, que fracasó doblemente en los años 2022 y 2023.

En el caso de Islandia, y a pesar de las condiciones propicias (poca población, sociedad homogénea y muy movilizada...) tampoco culminó con éxito el intento de aprobar una nueva Constitución<sup>8</sup>.

La propia Constitución alemana vigente es otra muestra de un proceso constituyente, el que debía tener lugar después de la unificación, que no prosperó.

En definitiva, creo que los procesos constituyentes no van a ser la respuesta a las transiciones a corto o medio plazo.

Tampoco soy muy optimista con las reformas constitucionales, al menos en España, por la propia complejidad del proceso de reforma y por la falta de acuerdos políticos sobre qué reformar y en qué dirección: sin objetivos claros, acuerdos políticos y cooperación entre sociedad y representantes políticos es imposible una reforma profunda.

Por supuesto, lo dicho no quiere decir que no crea que sean necesarias las reformas constitucionales y en España habría que hacer varias: en materia de fuentes, para especializar a las dos cámaras parla-

<sup>7</sup> Un estudio exhaustivo de ambos casos en la tesis doctoral de ROMBOLI (2016).

<sup>8</sup> Sobre estas cuestiones, véase el libro de CUESTA LÓPEZ (2022).

mentarias, sobre la descentralización política, a propósito del propio sistema de revisión constitucional y en orden a facilitar su ejercicio...

5. *¿Qué nuevos rasgos o elementos debería incorporar una Constitución del siglo XXI?*

Finalmente, se nos preguntó qué nuevos rasgos o elementos debería incorporar la Constitución del siglo XXI en el supuesto de que llegara a aprobarse un texto de esta naturaleza.

Se me ocurren diez posibles nuevos contenidos o contenidos reformados respecto al vigente texto constitucional español:

a)- un nuevo proceso de reforma constitucional no tan rígido como el vigente, al menos para la reforma total de la Constitución o de la parte que está especialmente protegida (artículo 168);

b) un tratamiento nuevo de los llamados “estados de crisis”, ajustado a las crisis más probables en el siglo XXI;

c) el reforzamiento del Estado de Derecho frente al resurgimiento de ciertas inmunidades del poder;

d) un nuevo diseño del sistema de fuentes, con especial atención a los requisitos que deben cumplir los decretos-leyes;

e) el establecimiento de los mecanismos institucionales propios de los Estados federales;

f) garantías de los derechos de las personas mayores y las generaciones futuras;

g) el fortalecimiento de los derechos de la parte más débil en las relaciones entre sujetos privados;

h) la reducción de la mayoría de edad a los 16 años;

i) un concepto de la ciudadanía y de la participación política vinculados a la residencia continuada y no meramente a la nacionalidad

j) y la garantía efectiva de los derechos ambientales.

## Referencias bibliográficas

Aragón M. (2016). *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reforma constitucional*. Iustel.

- Celotto A. (1997). *L'«abuso» del decreto-legge. I) Profili teorici, evoluzione Storica e analisi morfologica*. Padova. Cedam.
- Cuesta López V. (2022). *Espacios de democracia deliberativa en contextos de reforma constitucional*. Marcial Pons.
- Esteve Pardo J. (2024), *El camino a la desigualdad* subtitulado “del imperio de la ley a la expansión del contrato”. Marcial Pons.
- García Majado P. (2017). Del uso al abuso: el Decreto-Ley en la España democrática, en *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*.
- Hobsbawm E. (1994). *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*. Pantheon Books.
- Lascuraín J. A.; Gascón F. (2018). ¿Por qué se conforman los inocentes?, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3.
- Presno Linera M. Á. (2000). *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*. Ariel. Barcelona.
- Romboli S. (2016). *Protección de derechos fundamentales y control incidental de constitucionalidad: Italia y España*. Sevilla.





*Tanja Cerruti\**

## LA STABILITÀ DELLE COSTITUZIONI NEL REGIME DELLE TRANSIZIONI

SOMMARIO: 1. Le transizioni in corso. – 2. Lo Stato (e la Costituzione) in transizione. – 3. Le garanzie costituzionali: i limiti al procedimento di revisione. – 4. Le garanzie costituzionali: il controllo di legittimità costituzionale. – 5. La “resistenza” della Costituzione nella burrasca della transizione.

### *1. Le transizioni in corso*

È opinione largamente condivisa il fatto che l’assetto politico, giuridico e sociale degli ordinamenti nazionali sia oggi protagonista di un fenomeno evolutivo che, più che in altre epoche, li vede assumere connotati diversi dal passato, la cui conformazione, verosimilmente tendente verso ulteriori trasformazioni, pare suscettibile di mettere potenzialmente in discussione le stesse fondamenta sulle quali è basato tutto il sistema.

Per quanto più specificamente attiene al fronte politico-istituzionale, è inevitabile domandarsi se tali mutamenti stiano revocando in dubbio l’idea e soprattutto il ruolo della Costituzione, per come si sono affermati con l’avvento della forma di stato c.d. “sociale di democrazia pluralista”, svolgendo una funzione propulsiva verso modifiche di carattere radicale ovvero se tale ruolo continui a rivelarsi granitico, come una solida ancora che, consentendo un lungo raggio di movimento alla nave che trattiene, ne costituisce il sicuro elemento di stabilità anche nel corso delle più forti tempeste.

Muovendo da questa considerazione preliminare, dopo un breve inquadramento definitorio del concetto di transizione e delle sue principali forme di manifestazione nell’attuale quadro costituzionale, incentrando l’attenzione sull’ordinamento italiano il contributo si sof-

\* Università di Torino.

fermerà sui principali strumenti di garanzia della rigidità della Carta costituzionale, interrogandosi sull'idoneità delle modalità e soprattutto dei limiti alla revisione – per quanto in particolare attiene al *discrimen* fra revisioni e momenti di vera e propria rottura – nonché del ruolo del giudice costituzionale ad assicurare non solo il rispetto ma anche la “sopravvivenza” della Carta stessa, per poi riflettere conclusivamente sul destino delle Costituzioni, con particolare riferimento alla necessità della loro presenza.

La versatilità del vocabolo “transizione” è efficacemente resa dal fatto che la sua definizione (“Passaggio da un modo di essere o di vita a un altro, da una condizione o situazione a una nuova e diversa”) è accompagnata dalla declinazione in contesti nettamente diversi<sup>1</sup>.

In ambito politico la transizione è stata descritta come “una fase ben specifica dell'evoluzione di una società, la fase in cui questa incontra difficoltà sempre maggiori, interne e/o esterne, nel riprodurre il sistema economico-sociale sul quale si fonda e comincia a riorganizzarsi, più o meno rapidamente e più o meno violentemente, sulla base di un altro sistema che diviene infine a sua volta la forma generale delle nuove condizioni di esistenza” (GODELIER, 1981, 460).

Sulla scia degli studi politologici, anche quelli di carattere giuridico tendono a considerare la transizione come un passaggio di forma di stato ovvero, senza che si incida su tale categoria, come un cambiamento delle regole della convivenza politica (come si sarebbe verificato in Francia nel passaggio dalla Quarta alla Quinta Repubblica).

Altre ricostruzioni pongono l'accento sul contesto di revisione costituzionale, definendo la transizione come un “*processo dinamico* di formazione di una nuova costituzione, con cambiamento o meno della forma di stato (da autocratica a democratica ma anche viceversa), o anche della sola forma di governo”, specificando che si può ricorrere a tale categoria sia nel caso di revisioni totali, sia nel caso in cui al mutamento di “istituti sostanziali della Costituzione” non corrispondano modifiche formali della stessa (DE VERGOTTINI, 1998, 163 e 168). A detta di altri ancora il termine avrebbe assunto anche un'aura di tipo

<sup>1</sup> Cfr. “transizione”, in Vocabolario Treccani online, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, s.d., disponibile all'indirizzo: <https://www.treccani.it/vocabolario/transizione/>.

polemico, o comunque terminologicamente non neutrale, secondo la quale la transizione costituzionale implicherebbe, in particolare, il “passaggio da un regime politico giudicato autoritario ad un regime politico giudicato democratico e liberale” (COSTA, 2022, 174), come proverebbe anche il rifiorire di studi sulle transizioni a partire dagli anni Novanta, dopo la virata verso la liberal-democrazia degli Stati dell’Europa centro-orientale.

## *2. Lo Stato (e la Costituzione) in transizione*

Pur essendo difficile stabilire se la fase attuale si collochi agli albori, nel corso o all’esito di una transizione, certo è che alcuni degli elementi di innovazione più o meno condizionati dall’intervento umano che caratterizzano il primo quarto di questo ventunesimo secolo paiono sottoporre a tensione, in modo non sempre diretto, talvolta trasversale, taluni dei pilastri che hanno retto finora i sistemi costituzionali nazionali.

Fra tali fattori si possono sicuramente annoverare la globalizzazione, il cui risvolto più rilevante, sul piano politico-istituzionale, pare essere la compenetrazione fra ordinamenti, con particolare riferimento al rapporto fra i sistemi statali e quello internazionale e, nel contesto europeo, soprattutto sovranazionale; il fenomeno migratorio; il progresso scientifico e tecnologico; i cambiamenti climatici.

Fra i lineamenti somatici caratteristici del modello statale di democrazia pluralista di cui si paventa la possibile incrinatura non si possono non richiamare gli stessi elementi costitutivi dello Stato e, a proposito della sovranità, nel contesto italiano anche le dinamiche della forma di governo e il sistema di tutela dei diritti.

Partendo dal territorio, nella sua definizione si sono tradizionalmente contrapposte ricostruzioni che lo consideravano come uno degli elementi costitutivi, basilari, dello Stato ad altre che lo concepivano come ambito di vigenza di un ordinamento e delle sue regole, contrapposizione che, seppure non in termini di forte antitesi (soprattutto in quanto la prima ricostruzione non esclude la seconda), in Italia

emerge tuttora dal confronto fra le definizioni attribuite a tale elemento dalla manualistica moderna<sup>2</sup>.

Oggi, grazie anche ai processi di integrazione sovranazionale, è evidente come la nozione sia affiancata da quella più fluida di spazio, con cui si allude a un ambiente delimitato in una prospettiva anche funzionalista, prescindendo dall'attaccamento identitario e culturale che lega tradizionalmente un popolo al suo territorio. La rivoluzione digitale accentua ulteriormente la flessibilità del concetto, rendendo raggiungibili mete lontane o prive di una fisicità reale.

Lo stesso concetto di popolo vive una dimensione dinamica, che vede incrementate esponenzialmente quelle dimensioni del fenomeno migratorio che da sempre caratterizzano la storia dell'umanità e sulle quali incidono esigenze di carattere politico ed economico, ma anche di natura climatica e ambientale (si pensi alla categoria dei "migranti climatici") che necessitano una gestione a livello globale. Dall'altro lato se, alla luce della eterogeneità della composizione di molti Stati europei, ci si domanda se popolo è l'insieme dei beneficiari dei diritti sociali o solo di coloro che esercitano anche i diritti politici, non si può non rilevare il crescente disinteresse dei titolari di tali diritti dal loro esercizio<sup>3</sup>.

A subire delle forti erosioni è quindi il concetto di sovranità, "schiacciato" fra una dimensione sovranazionale sempre più pervasiva (tuttavia non sovrana) e una dimensione locale che anela talvolta a forme significative di autonomia.

Quanto alla prima, la progressiva "giuridicizzazione/istituzionalizzazione delle relazioni internazionali" avrebbe indotto la dottrina a parlare di una sorta di "processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale", con esiti valutati in forma spesso critica (GOLIA, GENTILE, 2024, 83 ss.), mentre la seconda, pur non riuscendo, in molte realtà (fra cui quella del nostro Paese), a estendere le proprie prero-

<sup>2</sup> Per una rassegna delle posizioni della manualistica italiana sia consentito rinviare a CERRUTI, (2022, 315); per la ricostruzione delle posizioni di ROMANO e PERASSI, CAPONE, (2021, 114 ss.).

<sup>3</sup> In proposito FIORILLO, (2023, 88), rileva che nelle elezioni politiche del 2022 la percentuale di astensionismo, assestatasi intorno al 36,2%, è risultata la più elevata dell'intera storia repubblicana.

gative fino ai limiti massimi consentiti dalle disposizioni costituzionali, costituisce comunque un fattore di erosione della sfera del potere centrale.

Nelle forme di esercizio della sovranità si radicano poi altre due significative trasformazioni che interessano il sistema politico-costituzionale odierno, cioè le dinamiche della forma di governo e le modalità di tutela dei diritti umani.

Per quanto concerne la prima, assecondando la propensione, affermatasi sin dagli anni Novanta, al rafforzamento delle Istituzioni e al parziale allontanamento dall'assemblearismo (BARBERA, 1962, 344), viene quasi concordemente rilevata la tendenza alla crescente accentuazione del ruolo dell'esecutivo, con la delineazione del rapporto fra Parlamento e Governo in termini di fungibilità, più che di contrapposizione.

Si sarebbe infatti diradato quel potere di indirizzo e controllo che il Parlamento dovrebbe esercitare sul Governo, il quale, basandosi su fonti di legittimazione esterne al circuito politico statale, radicate nella dimensione infra e sovranazionale, è forte di una sorta di "nuova fiducia europea", che gli deriva dai meccanismi del sistema unionale (nonostante il tentativo del Trattato di Lisbona di recuperare in parte il ruolo dei Parlamenti, RUGGIU, 2024, 334 ss.) e, sul piano interno, della partecipazione alle sedi di concertazione con gli enti territoriali (CASTELLI, 2023, 65).

Questo nuovo schema si ripercuote evidentemente sul sistema delle fonti – messo a sua volta alla prova dall'incidenza di altri fattori, come il peso del diritto sovranazionale o l'apporto degli accordi di diritto privato<sup>4</sup> – in cui si assiste quasi a un'inversione di ruoli fra la legge, che assume spesso i caratteri del provvedimento, e gli atti con forza di legge, che le vengono di fatto preferiti nella disciplina delle materie<sup>5</sup>. Queste dinamiche inducono a ravvisare la messa in discussione di un caposaldo fondamentale dello stato liberale quale la separazione

<sup>4</sup> L'influenza di soggetti privati nella produzione normativa è rilevata, fra gli altri, da STAIANO, (2024); SPADARO, (2024).

<sup>5</sup> In proposito FIORILLO, (2023, 83-85), ricorda come le dinamiche del sistema delle fonti che portano di fatto alla marginalizzazione del Parlamento siano in molti casi frutto delle scelte del legislativo stesso.

dei poteri, il cui assetto si ritiene ulteriormente modificato per effetto sia dell'inclusione di altri organi, come la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica, sia dell'affermazione di una dimensione orizzontale, data dal carattere federale o regionale dello Stato, sia dell'indipendenza del potere giudiziario dalla politica (PINELLI, 2024, 128 ss.).

Gli effetti dell'erosione della centralità delle fonti statali in generale e della legge, in particolare, si sommerebbero a quelli derivanti dalla "stratificazione dei livelli di legalità, di cui emblematica è la comparsa nel sistema giuridico della *legalità costituzionale*" (COLAPIETRO, 2024) che, come si dirà *infra*, è considerata talvolta l'ultimo baluardo difensivo del sistema.

Per quanto riguarda invece la tutela dei diritti, due sono i fenomeni che paiono potersi additare come i principali artefici del cambiamento, insieme alla costante emersione dei c.d. nuovi diritti (BARBERA, 1962, 330). Da un lato il già accennato superamento della dimensione normativa (costituzionale e legislativa) tipicamente statale per la compenetrazione con le forme di protezione predisposte da altri ordinamenti, internazionale e sovranazionali, in un fenomeno circolare al quale non pare fare però da contrappeso la fissazione di altrettanti doveri; dall'altro lato l'attivismo del potere giudiziario, con il passaggio dei vecchi "custodi della legge" a nuovi "custodi dei diritti" (GROPPI, SIMONCINI, 2023, 374).

L'attuazione del principio di effettività della tutela dei diritti, ribadito dalla Corte costituzionale italiana e imposto agli ordinamenti nazionali anche dal legislatore europeo (art. 19.1 TUE), fornisce il fondamento su cui si sta edificando una "funzione *normativa*" del giudice (MORRONE, 2024, 257), che, complice anche il peso degli interessi economici, sempre più funge da "istituzione di raccordo fra casi particolari ed istanze generali", acquisendo un ruolo istituzionale centrale nei percorsi di globalizzazione e "conquistando il vertice della piramide politica e sociale" (LUCARELLI, 2024, 86 e 78).

E' stato però giustamente paventato che dall'ipotesi che ai giudici, forti della "domina[zione del]la produzione normativa a ogni livello", anche costituzionale, possa essere affidato il compito di avviare una trasformazione del sistema per evitarne la degenerazione, deriverebbe la conversione della forma di Stato in una di tipo "giurisdizionale poli-

centrico”, caratterizzata dal ridimensionamento del Parlamento e dall’affermazione di un tipo di rappresentanza “non legittimata da atti di investitura... [in cui] il popolo in nome del quale è amministrata la giustizia, è un centro vivificatore, che viene reso presente nella sede ove è esercitato il potere” (STAIANO, 2024).

### *3. Le garanzie costituzionali: i limiti al procedimento di revisione*

Le molteplici spinte che derivano dalle transizioni in atto inducono a ricercare delle garanzie sulla longevità o, perlomeno, sulla continuità del sistema e dell’elemento che ne costituisce il principale fondamento, la Costituzione. Come in altri ambiti, anche in quello politico-costituzionale è difficile ottenere la certezza della resa di tali garanzie, dal momento che neanche i meccanismi istituzionali – di cui pure i sistemi costituzionali si sono dotati, prevedendo un apposito procedimento di revisione e organi di giustizia – possono assicurarle incondizionatamente.

Quanto al primo meccanismo, il procedimento di revisione costituzionale costituisce o dovrebbe costituire infatti una garanzia nella misura in cui da un lato con i suoi aggravii procedurali sottrae il testo della Carta fondamentale al volere della sola maggioranza<sup>6</sup>, dall’altro lato consente l’introduzione di quelle modifiche necessarie per permetterne l’adattamento all’evoluzione sociale senza che questa porti, come sarebbe altrimenti inevitabile, all’invecchiamento della Costituzione e al suo, magari precoce, accantonamento (fra gli altri, DI COSIMO, 2008, 1269)<sup>7</sup>.

L’idea che si possa procedere a riformare la Costituzione permea d’altronde il pensiero costituzionalista sin dai tempi della Rivoluzione francese. Basti ricordare che nella Cost. del 1793 si leggeva che “un

<sup>6</sup> SORRENTINO, (1997, 131), ricorda come alcune disposizioni costituzionali consentano delle modifiche con forme diverse da quelle prescritte all’art. 138, es. l’art. 132 per la variazione dell’elenco delle Regioni di cui all’art. 131.

<sup>7</sup> L’idoneità dell’art. 138 a “garantire il carattere condiviso delle riforme e, con esso, il mantenimento della natura pattizia della Costituzione” è messo fortemente in dubbio da GROPPI, (2006, 2730).

popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future” (art. 28; lo riprende BARTOLE, (1989, 299)). Pur mirando a costituire una guida di lunga durata, la Costituzione deve quindi potersi adattare alle novità, contemplando l’ipotesi di una modifica (MORTATI, 1962, 185) che le consenta di “essere in parte plasmata da quella stessa realtà sociale che ha inteso plasmare” (LUCIANI, 2013, 32)<sup>8</sup>.

Esiste però un limite all’emendabilità della Costituzione? Può darsi cioè il caso di modifiche che si allontanino dal solco dell’ordine costituito con una portata così dirompente da risultare quasi espressione di un nuovo potere costituente, autorevolmente definito come l’insieme delle “condizioni di originaria validità delle Costituzioni e cioè i presupposti... in base ai quali alle Costituzioni viene riconosciuto il carattere di prima norma giuridica positiva”, “proiezione della concezione più alta della politica, intesa come attività capace di imprimere all’organizzazione statale le sue caratteristiche fondamentali” (DOGLIANI, 1989, 283 e 287<sup>9</sup>).

Ora, com’è noto, negli ordinamenti contemporanei il potere costituente deriva da un “patto costituente” fra il popolo e lo Stato<sup>10</sup>, che in realtà del patto è parte ma che dallo stesso deriva la propria legittimità.

Un nuovo processo costituente prende quindi vita quando le modifiche impongono la messa in discussione di quel patto costituzionale in cui si radicano sia le disposizioni costituzionali, sia, a monte, i principi e valori basilari<sup>11</sup> che, fornendo la trama su cui le disposizioni

<sup>8</sup> Nel testo il vocabolo “Costituzione” è utilizzato nella forma plurale.

<sup>9</sup> DOGLIANI, (1989, 285), rimarca che, in ambito giuridico, il potere costituente è stato descritto come esercizio di un diritto, o potere di fatto, rilevante per il diritto o esercizio di un potere che è contestualmente di fatto e di diritto. Il primo, nella declinazione di diritto naturale, è stato a sua volta definito come “il diritto che tutti i membri della comunità politica hanno di concludere unanimemente il covenant, ossia il contratto di società, su cui si basa lo stato”.

<sup>10</sup> GHISALBERTI, (1962, 139), richiama il fatto che nell’Ottocento la lotta per la Costituzione si trasforma in lotta per la libertà, di liberazione dall’assolutismo.

<sup>11</sup> Sull’ispirazione di tali principi e valori a quelli emersi dalla Resistenza CERCHIA, (2023, 23), ricorda che era così condivisa da non rendere necessario un riferimento espresso a tale momento storico.



s'intessono, costituiscono l'impianto scheletrico che sostiene tutto il sistema.

Per "proteggere" un ordinamento occorre allora definire quali sono le riforme che, mettendo in discussione la tenuta di tale patto, possono produrre un tal genere di "rottura"<sup>12</sup>.

Nella valutazione dell'impatto di una riforma, inclusa la possibilità della sua eventuale degenerazione in una minaccia per il sistema, l'elemento discriminante non può essere ricercato nell'entità della riforma stessa, né addirittura nel fatto che avvenga in forma tacita.

In proposito è stato infatti opportunamente osservato come una modifica contenuta della Costituzione italiana, come quella che andasse a incidere sulle disposizioni che prevedono l'elezione del Capo dello Stato trasformandola in diretta, potrebbe cambiare significativamente la forma di governo, con un impatto di non poco conto sul complessivo funzionamento del sistema politico e costituzionale (CAMERLENCO, 2023, 870).

Viceversa una revisione dalle dimensioni ben più significative come quella che, nelle due tappe del 1999 e, soprattutto, del 2001 ha portato alla modifica di quasi tutte le disposizioni del Titolo V, parendo destinata a imprimere cambiamenti rilevanti all'organizzazione complessiva del Paese, è risultata di fatto molto meno dirompente di quanto il suo testo lasciasse intendere, complici una serie di fattori fra cui l'attuazione incompleta che vi è stata data e la funzione di ridimensionamento delle innovazioni introdotte svolta dalla Corte costituzionale.

Neanche la forma tacita di una modifica è necessariamente indicativa del suo impatto o della mancata idoneità a minare le basi del sistema<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Parzialmente diversa pare la definizione di MORTATI, (1962, 191), secondo cui le rotture si verificherebbero nei casi in cui le modifiche, pur approvate nelle forme prescritte, sarebbero volte a "derogare solo per singole fattispecie a determinate norme", che rimarrebbero quindi in vigore continuando a regolare le altre.

<sup>13</sup> Secondo GROPPI, (2006, 2726), avrebbero costituito un esempio di modifica tacita in Italia sia la prolungata inattuazione di molti istituti previsti dal testo costituzionale, sia la prassi di derogare alle norme costituzionali. In proposito l'interrogativo sulla "quantità" di modifica tacita che può essere tollerato, in una più generale critica all'utilizzo improprio della categoria della "duttilità costituzionale", è espresso anche

L'esempio oggi più significativo di questa fattispecie viene ravvisato nell'avanzamento del processo di integrazione europea, avvenuto a Costituzione sostanzialmente invariata, sfruttando gli angusti spazi lasciati aperti dall'art. 11, nella cui stesura i costituenti avevano guardato, com'è noto, ad altri fini. In proposito non manca infatti chi mette in discussione l'idoneità di tale disposizione, volta a consentire la partecipazione dello Stato alle organizzazioni internazionali caratterizzate dal fine di perseguire la pace e la giustizia fra le Nazioni, a giustificare invece l'ingresso in un ordinamento statuale, pur a carattere federale e pur ispirato a principi democratici (GUAZZAROTTI, 2020, 5 ss.)<sup>14</sup>. Benché la definizione dell'Unione europea come ordinamento statuale non sia oggi ancora pienamente condivisibile, è inevitabile constatare come questa riforma tacita abbia inciso molto in profondità sul funzionamento complessivo del sistema, innescando una vera e propria «metamorfosi» della Costituzione (BARBERA, 1962, 352).

Menzionata incidentalmente, solo dopo diversi anni, dalla già citata riforma del 2001, che ha introdotto i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» fra i limiti alla potestà legislativa di Stato e Regioni, priva tuttora, di fatto, di una valvola di ingresso che taluni ritengono necessaria, l'integrazione europea continuerebbe a fare avvertire i propri effetti sull'ordinamento costituzionale, ispirandone le riforme in modo talvolta espresso, talaltra leggermente più velato. Emblematico della prima ipotesi è il caso dell'inserimento, nel 2012, del riferimento ai vincoli finanziari e del rispetto del pareggio di bilancio, che, al di là della modifica testuale delle quattro disposizioni interessate (artt. 81, 97, 117, 119), sta dispiegando effetti di non poco conto sul sistema, incidendo in modo particolare sulle prerogative degli enti territoriali e, quasi di conseguenza, sulla tutela dei diritti umani (si pensi alla salute).

Emblematiche di un'influenza forse un po' meno esplicita dell'Unione europea sarebbero invece le revisioni che, negli ultimi anni, hanno portato a intervenire sugli artt. 9 e 41 e poi 33 della Costitu-

da OLIVITO, (2023, 26 ss.) e CAMERLENGO, (2018, 460), che riscontra, in Italia, una prassi di ripetuta attenuazione della rigidità.

<sup>14</sup> GUAZZAROTTI prefigura la possibilità di una rottura dello stesso patto costituente.

zione. La l. cost. 1/2022 ha modificato l'art. 41, aggiungendo salute e ambiente fra i limiti all'iniziativa economica privata, ma soprattutto ha inciso, pur senza apportare variazioni al dettato originario, su una delle disposizioni dei Principi fondamentali, l'art. 9, introducendovi un nuovo comma che impone alla Repubblica la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future, e demanda a una legge la tutela degli animali, con un intervento privo, secondo molti, di una reale utilità (fra gli altri DI PLINIO, 2021) e suscettibile di dare vita a problemi di carattere interpretativo (STAIANO, 2024).

La l. cost. 1/2023 ha invece inserito nell'art. 33, dedicato all'istruzione, il riconoscimento del valore educativo, sociale e correlato al benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme, che avrebbe forse trovato una più felice collocazione nell'art. 32, anche a motivo del fatto che, come già quella del 2022, questa riforma parrebbe inserirsi nella scia della forte attenzione riservata al tema della salute con l'implementazione del programma *Next Generation EU* (ROBERTI, 2024, 401 ss.)<sup>15</sup>.

La mancanza di corrispondenza fra l'entità delle riforme e il loro impatto trova una ulteriore conferma nella realtà italiana degli ultimi anni che, anche dal punto di vista della tecnica, dopo che i tentativi di apportare revisioni ampie sono falliti sia nella fase parlamentare (con le bicamerali del 1982, 1992, 1997)<sup>16</sup>, sia nella fase referendaria (con le consultazioni del 2006 e del 2016), sembra vedere affermata la prassi delle revisioni *puntiformi* del testo costituzionale (CAMERLENGO, 2023, 869), quasi un'attività di "manutenzione" (D'ATENA, 2024) che ha coinvolto persino, come già detto, la parte considerata tendenzialmente intangibile, quella dei principi fondamentali.

Ora, proprio il riferimento a questi principi costituisce quella chiave di lettura delle revisioni che consente loro di svolgere la funzione di

<sup>15</sup> La scelta dell'art. 33 rispetto all'opzione dell'art. 32 è motivata nel Dossier XIX legislatura, Modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva, A.C. 715-B Cost., 17.2.2023.

<sup>16</sup> Sul punto v. *amplius* BONINI, (2023, 927), che nella recensione al libro di Cheli sottolinea come l'autore contrapponga proprio la forza della Costituzione (intesa come radicamento nel tessuto sociale e capacità di conservare l'unità complessiva) alla fragilità del sistema politico.

garanzia della continuità dell'ordinamento, da un lato impedendone trasformazioni arbitrali grazie agli aggravati procedurali, dall'altro lato consentendo gli adeguamenti inevitabili alle tappe dell'evoluzione sociale, senza pregiudicarne la sussistenza. Il revisore costituzionale è infatti consapevole del fatto che la sua volontà, pur espressione di quella del popolo, deve adeguarsi ai limiti inderogabili forniti dalla Costituzione o ricavabili dalla stessa.

Autorevolmente radicati nella dimensione della Costituzione materiale, i limiti danno forma al tentativo di preservare le parti che identificano l'ordinamento (MORTATI, 1962, 204), costituendo “quei tratti identitari”, alterati i quali il potere di revisione costituzionale “perderebbe legittimazione... e darebbe vita ad un «mutamento costituzionale», trasformandosi da «costituito» in «costituente»” (BARBERA, 1962, 268).

A prescindere dal fatto che l'impatto di ogni revisione è poi concretamente determinato dalle forme della sua attuazione, che possono variare per l'interrelazione fra le leggi successive, le interpretazioni giurisprudenziali, la prassi politica ed amministrativa (TEOTONICO, 2014, 20 ss.), sarebbe allora la tenuta dei limiti a costituire la linea di demarcazione fra le modifiche che rientrano nell'ordine costituito e quelle che lo travalicano, rischiando di trasformarsi in atti eversivi.

Nel sistema italiano questi limiti sono determinati sia dalla Costituzione, che subito dopo il procedimento per apportare le modifiche al suo testo, lo riconduce nella invalicabile cornice della forma repubblicana, sia dalla Corte costituzionale che, come si ribadirà nel prossimo paragrafo, ha individuato nei “principi supremi” dell'ordinamento il confine che i rappresentanti del popolo, anche a maggioranza molto elevata, non possono oltrepassare, in quanto derivano da quel patto costituente su cui si fonda la Costituzione.

Dopo i primi anni, del limite della forma repubblicana è prevalsa un'interpretazione estensiva che vi riconduce non solo l'assegnazione del ruolo di Capo dello Stato a un soggetto eletto per un periodo delimitato anziché a un monarca, ma anche il principio democratico (BURATTI, 2018, 463), da cui derivano, come corollari, la garanzia dell'elettività e della rappresentatività delle istituzioni, la libertà e l'eguaglianza del voto e una serie di libertà personali il cui esercizio

presuppone e consente il carattere democratico dell'ordinamento (BIN, PITRUZZELLA, 2009, 59).

#### *4. Le garanzie costituzionali: il controllo di legittimità costituzionale*

Se la garanzia della protezione della Costituzione dal rischio della sua violazione o, addirittura, della messa in discussione della sua stessa vigenza non può essere assicurata dall'apposizione di aggravati e limiti al procedimento di revisione costituzionale, alla stessa funzione non può assolvere fino in fondo neanche l'altro istituto che la nostra Carta fondamentale disciplina nel titolo delle garanzie costituzionali, cioè la giustizia costituzionale.

Il controllo di costituzionalità muove infatti proprio dall'intento di salvaguardare la normatività che la Costituzione deve mantenere, rispettando al contempo gli spazi di interpretazione, il margine di scelta che molte disposizioni costituzionali consentono.

Tale controllo darebbe vita a “momenti di verifica obbligata” spesso negati dai costituzionalisti in seguito ai quali la giurisprudenza costituzionale entra nel “corpo del diritto costituzionale” (BARTOLE, 1989, 320) con toni e modalità che sono a loro volta variati nel tempo. Negli anni le Corti avrebbero infatti “espanso la giuridificazione attraverso un'interpretazione estensiva della Costituzione”, assumendo un ruolo sempre più al confine fra diritto e politica, in cui gli effetti e oggetti delle loro sentenze sono politici, ma la loro attività (consistente nell'“applicazione del diritto costituzionale alla condotta politica”) è giuridica (BISOGNI, 2024, 2 e 8).

In Italia in particolare sarebbe in corso un processo di ridefinizione della funzione della giustizia costituzionale che, nell'intento di garantire l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, è sempre più incline a intervenire su disposizioni considerate lesive degli stessi (VASINO, 2024, 128), anche quando questo la porta a uscire dallo schema delle rime obbligate, assumendo il ruolo del legislatore o del giudice ordinario più che quello del giudice delle leggi. Fra le innumerevoli pronunce emblematiche di tale prassi, sulla “sostituzione” del legislatore si possono richiamare le due recenti decisioni sul reato di istigazione e aiuto al suicidio, in occasione delle quali la Corte ha anche re-

cato un'importante innovazione al profilo della tecnica decisoria, istituendo la prassi di una sorta di prima messa in mora del Parlamento, al cui perdurante silenzio ha fatto seguito, un anno dopo, la vera e propria risoluzione della questione (ord. 207/2018 e sent. 242/2019). Sulla parziale sovrapposizione fra la Corte costituzionale e il giudice si può ricordare, fra le altre, la decisione sull'illegittimità costituzionale di alcuni dei meccanismi elettorali previsti dalla normativa allora vigente (sent. 1/2014 e 37/2017)<sup>17</sup>.

Se la giustizia costituzionale è sicuramente uno dei principali strumenti di conservazione dei sistemi costituzionali e delle Carte fondamentali che vi sono alla base, non si può pertanto negare che essa presenti altresì aspetti di elasticità di fronte alle spinte della transizione o ne risulti addirittura protagonista, arrivando talvolta ad anticipare lo stesso legislatore o, di fatto, a sostituirsi a lui nell'adeguamento all'evoluzione sociale, tecnologica e scientifica.

Tornando invece al ruolo di salvaguardia dell'ordine costituito di fronte a eventuali spinte "eversive", in questi casi le Corti sono notoriamente chiamate a contenere il legislatore ordinario ma anche quello costituzionale per esplicitare la loro funzione di freno e di difesa dell'ordine costituito. Posto che il primo tentativo è quello di cercare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni sottoposte a giudizio, è noto che nel caso in cui siano le leggi ordinarie a violare una disposizione costituzionale, pur interpretata con la massima flessibilità, la Corte provvede al loro annullamento, eliminando così un fattore di rischio per la "salute" dell'ordinamento. Nel più complesso caso in cui a mettere in pericolo la legittimità costituzionale sia una legge costituzionale, i giudici costituzionali intervengono quando sono messi in discussione quei principi considerati incompressibili, in quanto tratti identitari dell'ordinamento, che la Corte italiana ha definito supremi. Tale categoria, elaborata nella sent. 30/1971 in riferimento all'ingresso del diritto di un altro ordinamento, nella fattispecie a quello prodotto dal Concordato con la Chiesa cattolica, è stata estesa alla stessa revisione costituzionale dalla nota sent. 1146/1988, in cui la Consulta avrebbe ricavato "l'esistenza di un nucleo duro di valori irri-

<sup>17</sup> Le criticità relative al giudizio sull'ammissibilità della questione sono rilevate, fra gli altri, da POGGI, (2016).

vedibile ed irrinunciabile, a pena dell'alterazione dell'identità stessa dell'ordinamento"; a partire da tale decisione la Corte costituzionale avrebbe altresì ampliato la propria sfera di azione e accentuato l'importanza del proprio ruolo nel sistema (BARTOLE, 1988, 5572 ss.), divenendo quasi il "«convitato di pietra»", titolare del potere di pronunciare "«l'ultima parola»", in ogni processo di revisione costituzionale (MORRONE, 2024, 218 ss.).

Gli stessi principi sono stati opposti, in sintonia del resto con quanto si verifica in altri ordinamenti europei, anche all'ingresso della normativa sovranazionale o internazionale, così come alle possibilità di attuazione di una Costituzione "aperta" (COCOZZA, 1988, 3). A proposito dei primi, già con la sent. 98/1965 la Corte aveva peraltro prefigurato l'esistenza di limiti all'ingresso del diritto europeo, identificandone in particolare uno nella tutela dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti all'art. 2 Cost., ai quali andava ricondotto, nel caso specifico, "il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale", che gli effetti dell'attività degli organi comunitari non avrebbero potuto quindi pregiudicare<sup>18</sup>.

Ora, con tali pronunce la Corte si è arrogata non solo la facoltà di elaborare la categoria dei principi supremi, ma anche quella di individuarli caso per caso (MODUGNO, 1971, 413)<sup>19</sup>, difendendo così, oltre ai capisaldi dell'ordinamento, le sue stesse prerogative sia dall'eventuale deriva del potere di revisione costituzionale, sia dalla progressiva estensione dell'influenza delle Corti esterne, portato di quel processo di integrazione di cui si è già parlato.

<sup>18</sup> A commento della decisione MAZZIOTTI DI CELSO, (1965, 1336), sostiene che come l'ordine pubblico costituisce un limite all'ingresso delle norme straniere richiamate dal diritto privato, così i principi costituzionali e i diritti dell'uomo possono essere considerati limite di "ordine pubblico costituzionale" all'ingresso del diritto comunitario, mentre DURANTE, (1966, 62), ritiene che nel rapporto fra i due ordinamenti la presenza di tali limiti sia implicita, in quanto lo Stato avrebbe consentito a una limitazione, ma non a un'abdicazione, dalla sovranità statale. Più in generale GEMMA, (1977, 1213), ribadisce che il superamento dello stato nazionale è lecito solo se funzionale alla realizzazione dell'armonia fra i popoli, dell'eguaglianza di diritti, fermo restando il rispetto dei valori democratici e liberali.

<sup>19</sup> MODUGNO rileva come la Corte volesse deliberatamente sottrarre tale prerogativa al legislatore.

La stessa efficacia delle decisioni del giudice costituzionale è però assicurata solo se ci si pone in un'ottica di continuità dell'ordinamento, in quanto questo ricava la propria legittimazione dalla Carta costituzionale. Se si verifica invece una rottura, è inevitabile che una Costituzione non più vigente non riuscirebbe a legittimare neanche l'organo che della sua difesa si fa carico, tornando ad avvalorare la tesi per cui non è dagli organi di giustizia costituzionale, che pur "se ci sono, qualcosa possono", ma dalla "permanenza delle forze politiche e culturali... che hanno creato la medesima Costituzione, o, forse meglio, dal radicamento nella coscienza giuridica collettiva dei principi in essa consacrati" che può dipendere la durata di un testo fondamentale (TEOTONICO, 2014, 33)<sup>20</sup>.

##### 5. La "resistenza" della Costituzione nella burrasca della transizione

Per tornare alla domanda posta in apertura, le transizioni del XXI secolo hanno una portata così dirompente da implicare la messa in discussione delle Costituzioni nazionali, travolgendo anche quei principi supremi che ne costituiscono il baluardo o non ne richiedono piuttosto la riscoperta, la rinnovata condivisione e promozione da parte dei consociati?

Per quanto specificamente concerne la Costituzione italiana, la sua resa e la sua tenuta sono state oggetto di giudizi positivi, pur magari non a tutto tondo. Se già nel 1990 la longevità della nostra Carta è stata attribuita alla "idoneità a sorreggere l'evoluzione dell'ordinamento", idoneità suscettibile di prestarsi anche in futuro, con la necessaria elasticità, a rimanere "il quadro di riferimento fondamentale per la vita istituzionale di un Paese cresciuto e trasformato, certo, ma che forse più di ieri ha fatto propri, nella cultura e nel senso comune della gente che lo popola, i valori di fondo in esso espressi" (ONIDA, 1989, 322 e 338) ancora di recente è stata affermata la forza della Costituzione italiana, che nonostante la fragilità del tessuto politico e le grandi divisioni interne, nel complesso "ha funzionato bene e tuttora seguita a fun-

<sup>20</sup> Secondo CONTI, (2024, 35), sarebbe il loro ruolo di contenimento delle regole del mercato a garantire la sopravvivenza delle Costituzioni.



zionare bene”, continuando a garantire l’unità del sistema. Tre elementi in particolare concorrerebbero a questa longevità. Il primo viene ravvisato nel “valore profondo dell’originario patto costituente”, scaturito dal dialogo non solo fra le diverse forze politiche ma anche fra le culture cui queste si ispiravano; il secondo nel “tono” garantista dell’impianto, che riesce a contenere le spinte disgregatrici del sistema; il terzo deriva dall’elasticità del modello, che, pur a fronte della rigidità costituzionale, è suscettibile di adattarsi alle dinamiche del sistema (CHELI, 2021, 185 e 191).

Visioni più riduttive ravvisano invece la vitalità della Costituzione soprattutto nella difesa della legalità costituzionale, identificata con la democrazia, lo stato di diritto, le libertà, mentre meno forte sarebbe la sua resa dal punto di vista patriottico, della “forza valoriale e programmatica” che i cittadini tendono a non sentire come propria (BARBISAN, 2024, 294).

I fattori della transizione accennati *supra* (par. 2) e in particolare la globalizzazione, con la trasformazione degli ordinamenti nazionali in stati-regione (BARBERA, 1998, 7), sembrerebbero però suggerire scenari diversi, in cui lo stesso “bisogno di Costituzione” potrebbe mutare. I concetti di sovranità nazionale e persino popolare sembrano destinati a essere sostituiti da quello di “sovranità dei valori”, con il rischio che, delegittimata la politica, si affermino centri di potere tecnocratico affidati alla Corte costituzionale, in una sorta di rivitalizzazione del monismo del costituzionalismo ottocentesco piegato a favore del potere giudiziario (BARBERA, 1962, 357 ss.).

Non pare però verosimile la tesi per cui tali cambiamenti implicherebbero la necessità di una riforma generale o della sostituzione delle Costituzioni statali con Costituzioni per così dire universali, anche con specifico riferimento al caso italiano, in cui la prospettiva di una riforma generale della Carta fondamentale risulta non solo non necessaria ma finanche foriera di sviluppi incerti.

Le grandi trasformazioni che interessano il mondo, sia dal punto di vista dei fenomeni naturali, sia dal punto di vista dell’evoluzione della tecnologia e della scienza, sfuggono almeno al momento alla necessità di essere specificamente ricondotte nei testi costituzionali nazionali.

Il processo di integrazione sovranazionale si è già realizzato. Potrebbe certo ricevere una più diretta menzione in Costituzione, ma è

indiscutibile che abbia esplicitato i suoi effetti a prescindere da questa. Le alterazioni della forma di governo, così come le modifiche concernenti lo svolgimento del proprio ruolo da parte degli organi giudicanti, si sono affermate a costituzione vigente, grazie all'elasticità delle sue disposizioni. Potrebbero essere sì accompagnate da una revisione, qualora si cercassero modifiche radicali come quella attualmente in esame sulla formazione dell'esecutivo, ma senza mettere in discussione le basi del sistema con l'insediamento di un nuovo processo costituente. I c.d. nuovi diritti hanno trovato o stanno trovando riconoscimento grazie all'interpretazione delle disposizioni costituzionali vigenti, unita alla previsione nei cataloghi internazionali e alla giurisprudenza delle rispettive Corti, senza necessariamente richiedere interventi di manutenzione.

Altrettanto irrealizzabile ma anche non opportuna pare la prospettiva dell'assenza delle Costituzioni nazionali, eventualmente sostituite da una sorta di Costituzione europea, o condivisa da una più vasta area del mondo, magari non scritta e incentrata prevalentemente sulla tutela dei diritti. Se alla base di un testo costituzionale c'è infatti una condivisione di valori, quali i valori di un ordinamento universale? Sarebbero anzi proprio gli scenari di crisi attuale come i focolai bellici di Israele e dell'Ucraina, a far riflettere sulle difficoltà che le organizzazioni internazionali incontrano nell'esercitare la propria influenza al fine di contrastare le derive dei conflitti e garantire la sicurezza, facendo così valutare l'opportunità di "recuperare il senso istituzionale della cellula di partenza – lo Stato e la sua originaria sovranità – dalla quale sono scaturite proprio le organizzazioni internazionali, quale che sia la rispettiva scala di riferimento" (D'ANDREA, 2024).

I documenti e le carte internazionali altro non sono, del resto, che il frutto di una contrattazione fra Stati che trova fondamento nelle Costituzioni, l'assenza delle quali priverebbe anche i primi del fondamento giuridico<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> GIL, (1978, 16 ss.), ricorda che secondo Kelsen il fondamento del diritto è nella Costituzione positiva, dalla quale lo Stato è autorizzato a produrre le leggi. Ogni ordine giuridico si fonda su una Costituzione, alla cui base sta una norma fondamentale, che non trova un'altra alla propria origine.

Né i tempi sono maturi per ipotizzare una soluzione del genere al livello europeo. La storia degli ultimi anni ci insegna infatti che di fronte a fenomeni che vengono percepiti come pericolosi per l'incolumità dei cittadini o la tutela dei propri interessi, gli Stati tendono a riappropriarsi, per quanto possibile, di quella sovranità di cui hanno ceduto alcune porzioni e a decidere autonomamente, applicando le proprie regole, prima fra tutte la Costituzione, che rimane la principale guida e di cui è quindi necessario il presidio.

Come garantire allora la tenuta delle Costituzioni, il radicamento dei loro principi in una società che, complici la globalizzazione e il fenomeno migratorio, paiono prendere le distanze dalla sua base valoriale, dall'idea del legame con il territorio e dell'inscindibile nesso fra l'appartenenza a una collettività e la titolarità di doveri individuali, nonché dall'identificazione nelle istituzioni?

Senza cadere nel paternalismo, è inevitabile constatare che il ruolo delle istituzioni dovrebbe essere quello di far sì che tutti i consociati tornino a percepire tale base come propria, instillando il senso del dovere della sua difesa e promozione. Pur nella consapevolezza dei risvolti irenici di questa prospettiva, ai fini della realizzazione della stessa potrebbero risultare efficaci gli strumenti della formazione, da erogare innanzitutto attraverso i canali dell'istruzione, che si rivolge specificamente ai giovani di oggi, cittadini di domani, e dell'informazione, nei cui mezzi, pur nel rispetto di tutte le condizioni imposte dal pluralismo, dovrebbe trovare spazio una rinnovata narrazione di quei principi morali che, a partire dalla dignità e dalla solidarietà, sono alla base della nostra Costituzione e che dovrebbero costituire il collante della convivenza sociale, resistendo a tutte le spinte della transizione.

### *Riferimenti bibliografici*

- Barbera, A. (1962). Costituzione della Repubblica italiana, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI. Giuffrè. Milano.
- Barbera, A. (1998). *Prefazione*, in De Vergottini, G., *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*. Il Mulino. Bologna.

- Barbisan, B. (2024). Cultura della stabilità e patriottismo costituzionale, in *Diritto pubblico*.
- Bartole, S. (1988). La Corte pensa alle riforme istituzionali, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- Bartole, S. (1989). Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV. UTET. Torino.
- Bin, R.; Pitruzzella, G. (2009). *Le fonti del diritto*. Giappichelli. Torino.
- Bisogni, G. (2024). La giurisdizione costituzionale: diritto o politica? Intervista a Dieter Grimm, in *costituzionalismo.it*, n. 2.
- Bonini, P. (2023). Enzo Cheli, Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali, Il Mulino, 2023, in *Diritto pubblico*.
- Buratti, A. (2018). Art. 139, in Clementi, F.; Cuocolo, L.; Rosa, F.; Vigevari, G.E. (cur.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*. Il Mulino. Bologna.
- Camerlengo, Q. (2018). Art. 138, in Clementi, F.; Cuocolo, L.; Rosa, F.; Vigevari, G.E. (cur.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*. Il Mulino. Bologna.
- Camerlengo, Q. (2023). Piccole revisioni (fatte) e grandi riforme (mancate) tra domanda di Costituzione e mediazione politica, in *Quaderni costituzionali*, n. 4.
- Capone, N. (2021). Diritti, Stato e Territorio tra primo e secondo Novecento. I contributi di Santi Romano e Tomaso Perassi e la svolta costituzionale di Alberto Predieri, in *Politica del diritto*, n. 1.
- Castelli, L. (2023). *Il Sistema delle Conferenze. Terza Camera o sede di ratifica?*. Il Mulino. Bologna.
- Cerchia, G. (2023). Memoria, identità storica e i fondamenti del patto costituzionale, in *costituzionalismo.it*, n. 2.
- Cerruti, T. (2022). *Le frontiere dell'Unione europea fra divisione e integrazione*, in Cerruti, T.; Poggi, A.; Rosboch, M. (cur.), *"Spazio e frontiera". In ricordo di Giorgio Lombardi*. Giappichelli. Torino.
- Cheli, E. (2021). Il rendimento storico della costituzione italiana, in *Diritto pubblico*.
- Cocozza, V. (1988). Costituzione. II) Costituzione italiana, in *Enciclopedia Treccani*.
- Colapietro, C. (2024). Le sedi dell'indirizzo politico costituzionale e dell'indirizzo di sistema nell'assetto attuale della forma di governo italiana. Le ragioni di una ricerca, in *Federalismi.it*, n. 26.

- Conti, G.L. (2024). Il feticcio ancestrale: il potere costituente dal tramonto all'alba, in *Rivista AIC*, n. 4.
- Costa, P. (2022). Le transizioni costituzionali oltre lo Stato. Qualche riflessione giuridica e concettuale. In *Jus online*, n. 6.
- D'Andrea, A. (2024). Punti fermi da mantenere nel caos costituzionale (e non solo), in Lettera AIC n. 11, *Ordinamento costituzionale e dinamiche della complessità*.
- D'Atena, A. (2024). Metodo e merito delle riforme costituzionali, in Lettera AIC n. 9.
- De Vergottini, G. (1998). *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*. Il Mulino. Bologna.
- Di Cosimo, G. (2008). Art. 138, in Bartole, S.; Bin, R. (cur.), *Commentario breve alla Costituzione*. CEDAM. Padova.
- Di Plinio, G. (2021). L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente, in *Federalismi.it*, n. 16.
- Dogliani, M. (1989). Potere costituente, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Vol. IV. UTET. Torino.
- Durante, F. (1966). Diritto interno e diritto comunitario, in *Rivista di diritto internazionale*.
- Fiorillo, M. (2023). Dalla partecipazione militante, all'astensionismo indifferente. Appunti su origine e linee di sviluppo della forma di governo repubblicana, in *costituzionalismo.it*, n. 2.
- Gemma, G. (1977). Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.
- Ghisalberti, C. (1962). Costituzione. I) Costituzione dello Stato, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI. Giuffrè. Milano.
- Gil, J. (1978). Costituzione, in Romano R. (cur.), *Enciclopedia Einaudi*, vol. IV. Einaudi. Torino.
- Godelier, M. (1981). Transizione, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. XIV. Einaudi. Torino.
- Golia, A.Jr; Gentile, C. (2024). La costituzionalizzazione del diritto internazionale: ascesa e declino di un discorso?, in *costituzionalismo.it*, n. 2.
- Groppi, T. (2006). Art. 138, in Bifulco, R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (cur.), *Commentario alla Costituzione*. UTET. Torino.
- Groppi, T.; Simoncini, A. (2023). *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*. Giappichelli. Torino.

- Gazzarotti, A. (2020). Integrazione europea e riduzionismo politico, in *costituzionalismo.it*, n. 3.
- Lucarelli, A. (2024). Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica, in *Rivista AIC*, n. 3.
- Luciani, M. (2013). *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in Brunelli, G.; Cazzetta, G. (cur.), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"*. Giuffrè. Milano.
- Mazziotti Di Celso, M. (1965). Osservazione, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- Modugno, F. (1971). La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- Morrone, A. (2024). Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?, in *Rivista AIC*, n. 3.
- Mortati, C. (1962). Costituzione, b) Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI. Giuffrè. Milano.
- Olivito, E. (2023). La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare, in *costituzionalismo.it*, n. 2.
- Onida, V. (1989). Costituzione italiana, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV. UTET. Torino.
- Pinelli, C. (2024). L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee, in *Rivista AIC*, n. 2.
- Poggi, A. (2016). La Corte e la legge elettorale, in *Federalismi.it*, n. 15.
- Roberti, I. (2024). Il problema del ricorso alla revisione costituzionale per l'adattamento al diritto europeo, in *Rivista AIC*, n. 3.
- Ruggiu, I. (2024). Mutamenti della forma di governo e integrazione europea. Gli influssi sulle istituzioni e sul formante patriarcale, in *Rivista AIC*, n. 1.
- Sorrentino, F. (1997). Le fonti del diritto, in Amato, G.; Barbera, A. (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, vol. I. Il Mulino. Bologna.
- Spadaro, A. (2024). Libertà, pluralismo e limiti nel discorso pubblico, relazione al XXXIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *La libertà di manifestazione del pensiero*, 15.11, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).
- Staiano, S. (2024). Nel margine del caos. Trasformazione e conservazione dell'ordinamento costituzionale, Lettera AIC n. 11, *Ordinamento costituzionale e dinamiche della complessità*.
- Teotonico, V. (2014). Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali, in *Rivista AIC*, n. 3.

Vasino, G. (2024). Evoluzioni e rivoluzioni del giudizio sulle leggi nel prisma dell'indirizzo politico costituzionale, in *Federalismi.it*, n. 26.





*Germán M. Teruel Lozano\**

## CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA Y CONSTITUCIONALISMO: UNA MIRADA A LOS DESAFÍOS Y A LAS TRANSFORMACIONES DEL SIGLO XXI

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Constitución, constitucionalismo y Estado constitucional: el sueño constitucional. – 3. La pretendida superación del carácter polémico del concepto de Constitución con el precario triunfo de su concepción racional-normativa y la extensión de sus funciones en el constitucionalismo contemporáneo. – 3.1. La idea de Constitución en la historia del constitucionalismo: el tránsito del ser al deber ser como Constitución racional-normativa. – 3.2. La comprensión racional-normativa de la Constitución como formulación “integral” que reúne su dimensión formal y material en sentido ideológico: la Constitución democrática como única concepción constitucionalmente adecuada. – 3.3. El peligro de una degeneración panfletaria de la Constitución, su remoralización y la extensión de sus funciones como programa para la transformación de la sociedad. – 3.4. El cuestionamiento del triunfo de la concepción racional-normativa a través de una deformada comprensión de la interpretación de la Constitución realizada, en especial, por los tribunales constitucionales. – 4. A modo de conclusión: pinceladas sobre algunas rupturas y nuevos planteamientos del constitucionalismo del siglo XXI.

### *1. Introducción*

En esta obra se nos invita a reflexionar sobre la Constitución en los tiempos de las transiciones o, quizá mejor, ante las transformaciones que se están viviendo en el siglo XXI. Pues bien, me gustaría que este trabajo sirviera para reivindicar el que creo que tendría que ser el ideal basilar sobre el que construir nuestra disciplina: la Constitución democrática. Los constitucionalistas del siglo XXI somos herederos de una teoría constitucional que sitúa el principio democrático como centro de gravedad que sostiene la particular fuerza normativa de la Cons-

\* Universidad de Murcia.

titución. Y es a partir de ahí, desde este puerto seguro desde donde tenemos que partir para encauzar la reflexión constitucional sobre las transformaciones que estamos viviendo.

Transformaciones que afectan a la propia idea de Constitución, pero que desbordan la misma y nos obligan a pensar de forma más amplia sobre el Estado constitucional, como forma específica de organización política, resultado del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema y que responde, además, a una determinada ideología sobre la concepción del poder político y de la igualdad y de la libertad. Porque la gran peculiaridad de nuestra disciplina es que ésta trasciende del estudio estricto de un sector normativo, ya que su objeto exige atender a una realidad más compleja: la organización jurídica de la convivencia democrática en un Estado constitucional.

Por ello, nuestra disciplina no puede encerrarse herméticamente en el mundo de lo jurídico, por mucho que se reivindique como disciplina propiamente jurídica. Porque esta comprensión jurídica del Derecho constitucional no puede desligarse ni de la ideología que subyace a nuestra concepción de la Constitución ni del resultado que se espera alcanzar con la constitución jurídica de la organización política.

Así las cosas, a lo largo de este trabajo trataremos de comprender primero cómo hemos llegado hasta ese concepto de Constitución democrática que nos sirve de clave de bóveda para analizar luego los enemigos que amenazan el triunfo de este ideal, terminando con unas pinceladas sobre algunas rupturas y nuevos planteamientos del constitucionalismo ante las transformaciones que se están viviendo. Pero, para comenzar, indaguemos en ese sueño sobre el que se ha construido el constitucionalismo.

## *2. Constitución, constitucionalismo y Estado constitucional: el sueño constitucional*

Si nuestro mundo constitucional se está transformando -y eso podemos darlo como un dato objetivo- conviene echar la mirada a los fundamentos originales de nuestra disciplina y, en concreto, al fenómeno del constitucionalismo. Una ideología, un movimiento histórico

-si se prefriere<sup>1</sup>, que nace de una gran cuestión, que ya formuló HAMILTON (2015, 89) en el n. I de los Papeles del Federalista: “la importante cuestión de si las sociedades humanas son realmente capaces de establecer un buen gobierno a partir de la reflexión y de la opción racional, o si están destinadas para siempre a depender en sus constituciones políticas del azar y de la fuerza”. Una cuestión que va acompañada, además, de un gran sueño que marca, todavía hoy, el sentido último que le damos a la idea de Constitución: el sueño de erigir “an empire of laws” (ADAMS, 1776) que haga posible la libertad de las personas, presuponiendo su condición de iguales.

Un sueño que comporta, por tanto, un ideal racionalizador que, además, va a confiar en el Derecho como vía para sujetar y conformar al poder político en torno a unos ideales de justicia. Frente a aquellas formas de gobierno en las que quien ostenta el poder político lo ejerce a su capricho, haciendo de su voluntad la ley y reduciendo a las personas a él sometidas a la condición de meros súbditos, el sueño constitucional consiste, precisamente, en reconocer “que las reglas nazcan de la racionalidad y alejen de las decisiones del poder cualquier atisbo de factor humano que las haga arbitrarias, caprichosas o desnudos usos incontrolados de la fuerza física para torcer la voluntad y la conducta del otro [...]. El sueño de creer que podemos autogobernarnos al margen de la caprichosa voluntad humana, que podemos hacerlo con arreglo a reglas objetivadas y formalizadas que nos dan la certidumbre de saber a qué atenernos, de no estar sujetos a la voluble voluntad y criterio de nadie. Eso también es el derecho, reglas objetivas sobre la convivencia” (VILLAYERDE MENÉNDEZ, 2018, 43).

Es por ello que, a mi juicio, los constitucionalistas, entendidos aquí como estudiosos del Derecho constitucional imbuidos de la ideología constitucional<sup>2</sup>, podemos compartir las inquietudes que movían al

<sup>1</sup> En este trabajo asumiré una definición de constitucionalismo reducida o incluso estricta, tal y como la ha descrito RUBIO LLORENTE (2011a, 35).

<sup>2</sup> Juego aquí, si se me permite, con la confusión entre constitucionalista, como estudioso del Derecho constitucional, con constitucionalista desde el punto de vista ideológico. Y es que, a mi entender, no se puede ser un constitucionalista -estudioso del Derecho constitucional- sin compartir la ideología constitucional. Por mucho que la historia de nuestra disciplina pueda desmentir esta afirmación y reconozcamos a

profesor GARRORENA MORALES (1997a, 40) en su aproximación a nuestra disciplina: la preocupación sobre cómo conciliar “la condición comunitaria de la vida de los hombres” con el “hecho terrible del poder” y la necesidad de afirmar la autonomía de los hombres frente al mismo, valiéndose del Derecho, pero no de cualquier Derecho, sino de una comprensión del mismo que impone su producción democrática y lo conecta con la idea de justicia.

El constitucionalista (en un sentido puramente ideológico, y no sólo académico) aborrece así la arbitrariedad, la tiranía y el despotismo. Por ello, aunque sea consciente de que en toda comunidad política tiene que haber un poder, su primera preocupación será lograr su limitación. Y, para ello, al ordenar jurídicamente el poder político de la comunidad, lo hará partiendo de un diseño que evite todo poder absoluto -de ahí el postulado de la división de poderes-, y también reconocerá y establecerá mecanismos eficaces para la garantía de los derechos de la persona, intangibles para el poder político. Unos derechos inviolables que encuentran en la dignidad humana su “fuente moral” última (HABERMAS, 2010).

En definitiva, el constitucionalista ha de ser consciente de que, como quedara expresado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”.

Incluso, aunque la Constitución se conciba como la forma de organización jurídica del Estado, proyectándola principalmente sobre los poderes públicos, su manto protector se extiende cada vez más frente a poderes privados que también pueden ejercer importantes posiciones de dominio sobre la ciudadanía. Se vio con el primer constitucionalismo social, después de la I Guerra Mundial, que se preocupó por afirmar unos derechos laborales y por reconocer al Estado unos instrumentos de intervención en la economía para corregir las relaciones de dependencia y de sujeción personal a las que habían quedado sometidos los trabajadores frente al capital y para garantizar unas condiciones de cohesión y justicia social; y lo estamos viviendo ahora, cuan-

importantes constitucionalistas que, sin embargo, se alejaron de los postulados liberal-democráticos que impregnan la ideología constitucional.

do los señores de Internet están construyendo un mundo virtual que reclama cada vez más un constitucionalismo digital que los embribe.

Asimismo, el constitucionalista también se preocupa por cómo se legitima el poder, cómo “el Genio invisible de la Ciudad” logra despojar al Poder de sus miedos (FERRERO, 2015). Es decir, con qué fundamento manda aquel que ostenta el poder político, consiguiendo el consentimiento de sus súbditos. Porque “la cuestión de la obediencia y de la coacción” ha sido durante mucho tiempo “el problema central de la política”, como advirtiera BERLIN (2005, 46), pero las respuestas a muchas de las cuestiones que plantea son de indudable relevancia constitucional: “«¿Por qué debo (yo o cualquiera) obedecer a otra persona?» «¿Por qué no puedo vivir como quiera?» «¿Tengo que obedecer?» «Si no obedezco, ¿puedo ser coaccionado?» «¿Por quién, hasta qué punto, en nombre de qué y con motivo de qué?»”. Así las cosas, aunque se reconozca una tensión entre constitucionalismo y principio democrático, hoy día para el constitucionalista el único principio válido para legitimar el poder político será el consentimiento de los miembros de la comunidad, lo que nos acerca al ideal del gobierno democrático. Son los propios ciudadanos aquellos que deberán decidir cómo quieren gobernarse y quién ha de hacerlo. No valen otras formas de justificarlo: ni la fuerza, ni razones hereditarias o sanguíneas, ni la voluntad divina. Late en el corazón del constitucionalista el brocardo sintetizado por los tratadistas bajomedievales a partir del que, como en otros aspectos, terminarían cristalizando los postulados constitucionales: *quod omnes tangit, ab omnibus aprobetur*.

Será así como la Constitución, expresión de la voluntad de los miembros de esa comunidad, establecerá unas instituciones a través de las cuales se vehiculizará, con la participación directa o indirecta de los ciudadanos, la toma de decisiones que a todos vincula en el proceso de producción normativa concretado, en última instancia, en la aprobación de una ley, como síntesis objetivada y formalizada de esa voluntad general. El ordenamiento jurídico en un orden constitucional será, por tanto, expresión de ese ideal democrático. Los ciudadanos y los propios poderes públicos quedarán sujetos al Derecho, pero al mismo tiempo las normas jurídicas serán el resultado de un proceso de decisión institucionalizado, racional, que canaliza la voluntad de los propios ciudadanos. De ahí la idea señalada de que gobiernen las leyes y

no el capricho de los hombres o la violencia desnuda de quien puede imponer sus reglas a la fuerza. Para ordenar la sociedad podrá ser necesario el recurso a la fuerza, pero será una fuerza legítima, fundada en el Derecho.

Por último, la igualdad será un signo de identidad del constitucionalismo (PÉREZ ROYO, 2018, 34). Las distintas formas de organización política previas al constitucionalismo partían de que había unos hombres nacidos para gobernar y otros para obedecer (así justificaba Aristóteles la esclavitud en la Grecia clásica, o sobre tales postulados se sostuvo el sistema feudal que se extendió hasta el Antiguo Régimen). Sin embargo, a pesar de los puntos ciegos que se encuentran en el constitucionalismo -pues esta no es una ideología antropológicamente inocente, como diría Bartolomé Clavero-, la Constitución presupone y predica la igualdad de los ciudadanos. Siguiendo a Tocqueville, comprendemos que la libertad no puede basarse en el privilegio aristocrático (WHEARE, 1971, 146).

De esta guisa, como ha expresado JIMÉNEZ ASENSIO (2003, 24): “A la postre, el fenómeno del constitucionalismo no es otra cosa que la lucha por la limitación del poder y la conquista de la libertad frente a la arbitrariedad y el despotismo, así como en la profundización en la igualdad y los presupuestos democráticos de cada sistema; esto es, el elemento imprescindible de la idea de constitucionalismo reside en que el ejercicio del poder exige el consentimiento de los gobernados”<sup>3</sup>.

Estos postulados se fueron forjando en un momento histórico concreto, en la Edad Moderna, de la mano de importantes cambios sociales, económicos e ideológicos. Muy en particular, la ideología liberal y el modelo económico capitalista fueron el sustrato que permitió que surgiera el constitucionalismo como forma de concebir la organización del poder político. El constitucionalismo rompió así con la concepción de la organización del poder y con las formas políticas del Antiguo Régimen y dio pie a la erección del Estado constitucional. Una ruptura que se hizo patente en las revoluciones atlánticas a partir de las cuales se fueron levantando los primeros Estados constitucionales, que progresivamente han ido evolucionando hasta la actualidad, cuando afir-

<sup>3</sup> JIMÉNEZ ASENSIO (2003, 24).

mamos no sólo un constitucionalismo liberal, sino también social y democrático.

No obstante, no podemos desconocer que los postulados propios del constitucionalismo son el producto de una evolución mucho más larga, que hunde sus raíces en el pensamiento greco-romano, luego recogido por el cristianismo, influido más tarde por la reforma protestante, el humanismo renacentista y la ilustración; y que es deudor de las vivencias socio-políticas, de los avances tecnológicos y de los cambios económicos que en el contexto europeo y norteamericano fueron moldeando la forma de organizarnos políticamente que actualmente conocemos como el Estado. De ahí que, aunque hoy día hablemos de un constitucionalismo global, lo cierto es que éste es heredero de la cultura occidental y se debe a una concreta forma de organización política, el Estado-nación.

Por todo ello, el fenómeno constitucional debe comprenderse a la luz de un complejo entramado ideológico, institucional, social, económico, religioso, filosófico que ha ido evolucionando a lo largo de los siglos y que sigue abierto a la transformación. Ni el Estado constitucional, como forma de organización política, tiene por qué ser inmutable. En palabras de HÄBERLE (1996, 149), “El Estado constitucional es la obra, que no cesa de escribirse, de muchas épocas y generaciones”. Ni los postulados del constitucionalismo son pétreos, pueden seguir enriqueciéndose. Y, en consecuencia, como ha expresado GARRORENA MORALES (1997a, 45-46), la Constitución “forma parte de este trayecto que conocemos como ‘constitucionalismo’, y debe ser comprendida en el marco de dicho proceso”. Añadiendo: “El presente estable de toda Constitución debe ser visto en la tensión de un pasado y de un futuro (sin que su estabilidad padezca en absoluto por ello) o no estamos percibiendo la norma constitucional como esa obra producto de la reflexión creadora y perfecta de los hombres que decimos que es”.

La Constitución, concebida como la norma suprema, fundamental y fundacional de una comunidad política, se convierte así en el instrumento jurídico para la realización de este sueño, heredero de un movimiento ideológico, el constitucionalismo, cuyo resultado, como dijimos, será la erección de una singular forma de organización del poder político del Estado, el Estado constitucional, hoy calificado como Es-

tado social y democrático de Derecho. Y, precisamente por ello, si aquello que entendemos por Constitución no es un concepto fijo ni pétreo, sino que ha ido evolucionando, debemos indagar ahora en esta evolución hasta llegar a una concepción de Constitución adecuada para el constitucionalismo del siglo XXI.

### *3. La pretendida superación del carácter polémico del concepto de Constitución con el precario triunfo de su concepción racional-normativa y la extensión de sus funciones en el constitucionalismo contemporáneo*

#### *3.1 La idea de Constitución en la historia del constitucionalismo: el tránsito del ser al deber ser como Constitución racional-normativa*

La palabra Constitución ha adquirido muy diferentes significados a lo largo de la historia, incluso proyectada sobre la idea más específica de la ordenación de una comunidad política. Si bien podemos comenzar distinguiendo dos importantes concepciones históricas: la que podríamos denominar como concepción “antigua” de Constitución y la Constitución de los modernos, siguiendo la célebre obra de MCILWAIN (2016).

De acuerdo con esta primera concepción, la Constitución antigua - que se podría vincular al término griego *politeia* o al latino *constitutio* (MCILWAIN, 2016, 51) invocaría una idea puramente descriptiva, referida al “mundo del ser”, con la que se pretendía describir cómo se organizaba política y socialmente una sociedad (PÉREZ ROYO, 2018, 68). Ese era el objeto, por ejemplo, de la *Athenaion Politeia* de Aristóteles: relatar enciclopédicamente la organización político-social de Atenas, dentro de un proyecto más amplio que pretendió estudiar más de un centenar de constituciones de su tiempo. Y es que, en la teoría política pre-estatal, en la Antigüedad clásica y en el pensamiento medieval, dominada por el paradigma aristotélico, el poder era visto como algo natural, y su administración en la comunidad política iba a responder a un fin natural que, al tiempo, legitimaba la existencia de la *polis* y trazaba sus límites (REQUEJO PAGÉS, 2016, 53).

En los albores de la Edad Moderna, antes de las revoluciones del siglo XVIII, el constitucionalismo primigenio (FIORAVANTI, 2014, 20



y ss.) desconoce todavía las implicaciones del principio de igualdad y la concepción de la Constitución que se propugna entonces sigue siendo eminentemente descriptiva. Se presupone una estructura social estamental en la que existen una serie de equilibrios entre las fuerzas presentes en un territorio, el cual se logra gracias a unas reglas tanto consuetudinarias como escritas, acordadas generalmente con el señor feudal o con el rey, que son las que van a dar lugar a aquello que podríamos entender por la Constitución de ese territorio. Un periodo en el que el pensamiento político va a seguir marcado por la idea de república moderada que se traduce en la idea de Constitución mixta. En este contexto debemos situar el concepto de *Ancient Constitution*, surgido en el siglo XVII en Inglaterra, que apela a la existencia de unas leyes fundamentales dadas por la tradición y en las que la Constitución se presenta como un “patrimonio histórico intrínsecamente racional” (FIORAVANTI, 2014, 24). Estas “*ancient common laws and customs of the realm*”, a las que se refirió E. Coke en 1604, cobrarían incluso un significado jurídico-normativo fundamental en tanto que podrían ser tuteladas por los jueces frente a eventuales excesos de las leyes parlamentarias. Y, más en general, también en el resto de Europa pueden encontrarse referencias a esa idea de Constitución antigua, anudada al ideal de gobierno mixto y a una legitimación pactista del poder como precipitado histórico, que estuvo tan presente en la realidad Bajo Medieval con los pactos *rex-regnum*.

Será Hobbes quien rompa con el paradigma aristotélico de la desigualdad natural para postular la igualdad de todos los individuos en el estado de naturaleza y la afirmación de su igual sometimiento al mismo soberano. A partir de entonces, el poder pasa a ser concebido como un artificio, por lo que se hace necesario responder a cómo se origina y cómo se ordena. Como consecuencia de ello, el término moderno de Constitución pasa a desenvolverse en el “mundo del deber ser” y adquiere una connotación prescriptiva (PÉREZ ROYO, 2018, 68). Se entiende que le corresponde a la Constitución crear y disciplinar el gobierno de la comunidad política de acuerdo con la voluntad de los miembros de la comunidad. La ordenación política de la sociedad no va a venir dada ni por la tradición ni por una evolución “natural” de las formas políticas, sino que va a ser producto de la razón humana, sintetizada en la Constitución. Y, desde entonces, como ha explicado

REQUEJO PAGÉS (2016, 68), “el Estado nacional moderno responde aún hoy al paradigma hobbesiano, que hace de la comunidad política soberana un absoluto perfecto, autorreferente y autárquico. La fuerza por él monopolizada y organizada se administra con arreglo a un sistema normativo fundado en la supremacía de una voluntad primera, incontestable y suficiente, formalizada en una norma primera, la Constitución, a la que refieren su validez cuantas normas se le subordinan en el proceso de aplicación de la violencia”.

Además, en un primer momento, esta concepción moderna de Constitución adoptará también una significación garantista, recogiendo la ideología del constitucionalismo liberal. Y, consecuentemente con ello, se postulará su concreción por escrito, identificando la Constitución con un concreto documento.

Así, el constitucionalismo de las revoluciones americana y francesa nos dejó una concepción compartida de la Constitución escrita como expresión racional y en cierto modo jurídica, fruto de la voluntad del pueblo o de la nación, que establece una forma de gobierno limitada a través de la separación de poderes y del reconocimiento de unos derechos de la persona. Y, para preservar ese logro revolucionario, las primeras Constituciones fueron dotadas de una particular rigidez. Ahora bien, el constitucionalismo americano desde el primer momento reunió la afirmación de la soberanía popular y la exigencia de establecer un gobierno limitado, que llevará al ideal de supremacía de la Constitución, reconociendo a la Constitución como la norma jurídica suprema, que limita a todos los poderes constituidos -incluido el Parlamento-. Lo cual terminaría por permitir que se articulara un control jurisdiccional también sobre las leyes. Sin embargo, el constitucionalismo francés, irradiado al resto de la Europa continental, no pudo llegar a afirmar la supremacía de la Constitución, lastrado desde esta perspectiva por ese “constitucionalismo de la voluntad general” (FIORAVANTI, 2014, 38) que predominó en Francia (aunque también hubo otro modelo de constitucionalismo moderado inspirado en Locke, siendo Sieyès el punto de confluencia de ambos), el cual tuvo como objeto consolidar el poder del Parlamento y afirmar el valor de la ley, lo que dejaba a la Constitución como un texto con dudosa eficacia jurídica y prevenía de cualquier forma de control jurídico de la ley.

Como excepción a esta concepción racional de la Constitución se ha mantenido (y se mantiene todavía hoy) el constitucionalismo inglés, fiel a su comprensión de la Constitución como resultado de un proceso histórico, que no se encuentra codificada en un documento y que en gran medida no se encuentra por escrito, sino que se conforma por una serie de textos legales, decisiones judiciales, convenciones, costumbres e incluso aportaciones doctrinales a las que se les da ese valor como Derecho fundamental.

Posteriormente, en el siglo XIX se plantearon en Europa dos líneas que cuestionaron este concepto racional de Constitución y que, en cierto modo, rescatan esa idea antigua de Constitución como expresión del ser. Por un lado, como una reacción al liberalismo y al torbellino revolucionario que había supuesto una “fábrica de constituciones” (FIORAVANTI, 2014, 43), el conservadurismo se apoyará en el historicismo para apostar por una concepción histórico-tradicional de Constitución. GARCÍA-PELAYO (1964, 41-42) definía esta tipología de Constitución como aquella en la que “la constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema”. De acuerdo con esta visión, habría unas realidades históricas (la soberanía Rey-Cortes, monarquía hereditaria, la propiedad) que caracterizaban la Constitución interna de un país y que no podían ser desconocidas por la Constitución escrita. Uno de los precursores de esta concepción fue BURKE (1996, 68-69) quien, en sus Reflexiones sobre la revolución francesa (1790), sostuvo que la Constitución es la “herencia vinculada que nos ha sido legada por nuestros antepasados y que debe ser transmitida a nuestra posteridad como una propiedad que pertenece esencialmente al pueblo de este reino sin referencia a ningún derecho más general o anterior”. Unos postulados que fueron recogidos, con evidentes diferencias entre los distintos autores, tanto por el tradicionalismo reaccionario como por el doctrinarismo francés, que influyó en España con importantes exponentes del conservadurismo como Donoso Cortés o Cánovas del Castillo. En Alemania, la visión historicista-tradicionalista llevará a la afirmación del principio monárquico, que personaliza la soberanía en el rey, al que se reconoce como una autoridad superior.

Por otro lado, el concepto racional de Constitución también se enfrentó a las críticas suscitadas partiendo de un entendimiento sociológico de la Constitución, donde la Constitución ya no iba a ser sólo (o ni siquiera principalmente) una norma o conjunto normativo, sino que iba a verse superada por la realidad a la que se le atribuía fuerza ordenadora. Así, autores como L. von Stein o, especialmente, F. Lassalle, quien en 1862 polemizó por primera vez manifestando que la Constitución escrita debía incorporar los “factores reales y efectivos de poder” que rigen en un país, de forma que, al final, aquella no era más que una “mera hoja de papel”, por lo que en caso de discrepancia la que prevalecería sería la Constitución real (LASSALLE, 1976, 65). Unas críticas que fueron compartidas tanto por sectores conservadores como por parte de la izquierda hegeliana y posteriormente del marxismo, que veían en la Constitución formal un enmascaramiento de las estructuras de poder burguesas. Tal y como sintetizó GARCÍA-PELAYO (1964, 46), este concepto sociológico de Constitución asumiría que “la constitución es primordialmente una forma de ser y no de deber ser”, que no viene del pasado, sino de las “situaciones y estructuras sociales del presente”, y que no se sustenta en ninguna “norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia ‘legalidad’, rebelde a la pura normatividad e imposible de ser domeñada por ella”, por lo que lo importante no será la idea de validez sino la de vigencia.

Más allá, una evolución de la comprensión racional-normativa de la Constitución, pero desprendida de los elementos ideológicos que habían caracterizado al constitucionalismo revolucionario, fue la positivista que se desarrolló especialmente durante la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, principalmente en Alemania - Gerber, Laband, Jellinek-, pero que también se extendió a Italia o Francia con V.E. Orlando o Carré de Malberg, como los mejores exponentes. El positivismo se esforzó por desarrollar un razonamiento exclusivamente jurídico, depurado metodológicamente de elementos políticos, sociales, históricos o filosóficos, y situó el reconocimiento de la personalidad del Estado como piedra angular a partir de la que construir una nueva teoría del Estado, que iba a recurrir al principio de autolimitación para justificar que era el propio Estado el que se imponía a sí mismo los límites que comportaban las normas jurídicas. Además, el Derecho público importará del Derecho privado el método dogmáti-

co, que opera a través de la elaboración de unos conceptos jurídicos generales, con la afirmación de categorías como los derechos públicos subjetivos o el propio concepto de ley.

Sin embargo, en el periodo de entreguerras surgieron unas teorías modernas de la Constitución (GARCÍA-PELAYO, 1964, 79 y ss.) que comenzaron a evidenciar las carencias de estas lecturas positivistas, en un doble sentido: en primer lugar, en relación con la necesidad de dar adecuada justificación a la naturaleza suprema de la Constitución; y, en segundo lugar, se planteaba la existencia de reglas constitucionales no formalizadas que iban a tener una relevancia en la vida del ordenamiento del Estado integrando o sustituyendo a las reglas formales (DE VERGOTTINI, 2022, 205). La primera de las críticas dio lugar a dos aproximaciones. Por un lado, la concepción decisionista, que asumiría que existe un concepto sustancial de Constitución, previa a su formalización en un texto constitucional, que se corresponde con la decisión suprema dictada por el titular de un poder preexistente que ha logrado un grado suficiente de identidad y de unidad política (SCHMITT, 2011). Lo importante ya no es la normatividad, sino identificar el elemento decisional.

Por otro lado, también supera algunas carencias del positivismo la concepción formalista kelseniana que representa, al mismo tiempo, “la coronación del positivismo y, en cierta medida, el final del mismo” (DE VEGA, 1998, 73), en tanto que realiza un extraordinario esfuerzo por eliminar cualquier impureza metajurídica y afirma la normatividad positiva como el único referente válido para el jurista (KELSEN, 1934). Una teoría que le obliga a plantearse cuál es el fundamento de la validez de la primera Constitución, teniendo que reconocer que habría una norma fundamental que sería la hipótesis necesaria de todo estudio positivista, donde la norma no es “puesta”, sino “supuesta”, es pura creación en cuanto mero supuesto, una hipótesis necesaria. Ahora bien, la norma fundamental solo puede considerarse supuesta si el orden jurídico que emana de ella es eficaz. Por su parte, la Constitución en sentido jurídico-positivo sería la cúspide del Derecho positivo y sí que se reconocería como una norma “puesta”, situada en el grado inferior a la norma fundamental (o Constitución en sentido lógico-jurídico). Su función sería fundamentalmente designar los órganos en-

cargados de crear el Derecho y el procedimiento, aunque podría determinar en algún caso el contenido de ciertas leyes.

En relación con la segunda insuficiencia del positivismo -la falta de respuesta a la existencia de reglas no formalizadas-, en la época de Weimar apareció también un positivismo sociológico (DE VEGA, 1998, 75). Aquí se incluyen toda una serie de posicionamientos doctrinales dispares que coinciden en la afirmación de los principios de la democracia constitucional y en la necesidad de superar el formalismo positivista para integrar en la argumentación jurídica y en la propia noción de Constitución elementos realistas. Podríamos destacar aquí la teoría de la Constitución material de MORTATI (2000), que tuvo gran difusión en Italia, que contrapone el rol político que es ejercido de hecho por las fuerzas sociales hegemónicas y la Constitución formal. De forma que la realidad social debe, en la interpretación de este autor, integrarse en el mundo jurídico, llegando a reconocerse que el principio normativo original y justificante de un ordenamiento, aquél que es la Constitución por excelencia, iba a consistir en la fuerza normativa de la voluntad política. Asimismo, también encontraríamos las doctrinas institucionalistas (HAURIOU (1929) o SANTI ROMANO (1988) – este último, en un intento de reunir la visión institucionalista y la teoría fascista del Estado –), que afirman que existe una organización social (instituciones) que preexisten al Derecho positivo y no se agotan en el mismo. Y aquellos autores que predicaban la necesidad de integrar elementos fácticos y normativos en la concepción de Constitución, donde destacaron R. Smend o H. Heller. En particular, SMEND (1985) abordará el problema de la heterogeneidad política y social en Weimar, con una visión que muestra un cierto antipluralismo, a través de su teoría de la Constitución como orden jurídico del Estado que parte de la idea de integración, donde se reconoce que la Constitución no agota la vida del Estado, sino que, por el contrario, para que ésta pueda renovarse ha de contar con los impulsos y motivaciones sociales. El Estado sería, de acuerdo con esta lectura, una realidad espiritual que se explica como un proceso constante de integración, siendo la Constitución el orden jurídico de ese proceso, por lo que no es sólo una norma sino también una realidad integradora. Para HELLER (1974) la Constitución es un todo en el que no es posible discernir el ser del deber ser, por lo que ésta debe concebirse no sólo como un conjunto de

normas emanadas del Estado (normatividad), sino también, junto a ellas, como un conjunto de elementos no normados (normalidad).

Unas concepciones de la Constitución que, sin embargo, creo que el constitucionalismo de después de la II Guerra Mundial en buena medida ha superado para converger en lo que, como veremos a continuación, es el triunfo ¿definitivo? del ideal racional-normativo de Constitución, que reúne una dimensión formal y material en sentido ideológico, con una vocación garantista, y que asume como presupuesto la idea de la Constitución democrática.

*3.2. La comprensión racional-normativa de la Constitución como formulación “integral” que reúne su dimensión formal y material en sentido ideológico: la Constitución democrática como única concepción constitucionalmente adecuada*

En el constitucionalismo del siglo XXI, como hemos señalado, el punto de partida a la hora de identificar aquello que entendemos por Constitución tiene que ser su concepción racional-normativa. Y, a estos efectos, la caracterización realizada por GARCÍA-PELAYO (1964, 34) sigue siendo un referente:

“Concibe la constitución [el concepto racional normativo] como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles.”

Esta concepción racional-normativa de la Constitución se presenta así como la culminación del proceso de racionalización y planificación de la vida estatal que había comenzado con el absolutismo, pero también del proceso de objetivación del orden jurídico-político, de des-

personalización de la soberanía del Estado (GARCÍA-PELAYO, 1964, 36). Con los matices que ahora veremos, ya que esa creencia en las posibilidades del Derecho de regular toda la vida política también tiene sus límites, debemos entender por superadas las teorías institucionalistas o aquellas que al concebir la Constitución ponían el acento en elementos realistas, sin perjuicio de que los constitucionalistas tengan que tenerlas muy presentes. Así, si lo que estamos buscando es un concepto de Constitución, entonces la Constitución es, primero y antes que nada, una norma jurídica a la que se le atribuye como función original ser la “norma fundacional del Estado en cuanto comunidad políticamente organizada” (GARRORENA MORALES, 2020, 97). Algo que exige valorar especialmente ese momento fundacional donde queda patente esa voluntad racional-normativa de constituir un determinado orden político-institucional.

Así las cosas, la primera consecuencia de esta comprensión racional-normativa será la “deificación” de la Constitución, reconocida como norma “creadora” del orden, de forma que todos los poderes e instituciones “deben su existencia y competencias” a la Constitución como orden normativo (GARCÍA-PELAYO, 1964, 35). De ahí que sea “inherente” al concepto racional-normativo de Constitución la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (GARCÍA-PELAYO, 1964, 40): los órganos y las instituciones del Estado ya no van a poder ser creadoras de la Constitución, sino que su existencia deriva de la misma. Será precisamente con la plena asunción del principio democrático a través de la idea de soberanía popular que, en primer lugar, atribuye el poder constituyente al pueblo, cuando se pueda transitar a la fórmula jurídica de la supremacía constitucional (DE VEGA, 1985, 40), la cual, a mi entender, constituye la estación de término, la realización más perfecta del idea racional-normativo de la Constitución.

De hecho, el constitucionalismo norteamericano es el que reunirá en primer lugar los dos elementos sobre los que se cimenta esta concepción racional-normativa de la Constitución, a partir de los que se construye la actual comprensión del Estado constitucional: el principio jurídico de supremacía constitucional y el principio político democrático, previa renuncia a los postulados de la democracia de la identidad (DE VEGA, 1985, 15). A diferencia del constitucionalismo revolucionario



rio francés donde, por un lado, la influencia roussoniana de la voluntad general mantuvo vivo el debate democracia representativa-democracia directa, dificultando la plena asunción de los postulados de un constitucionalismo garantista dirigido a la limitación del poder, y, por otro, el ideal de soberanía nacional tuvo también sus limitaciones desde el punto de vista del principio democrático. Por ello, es en la literatura norteamericana donde primeramente se encuentra la formulación de esta concepción de la Constitución. Sirva como ejemplo este extracto de la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, resuelto el 24 de febrero de 1803, que, a mi entender, sintetiza a la perfección la problemática y los postulados sobre los que construimos la comprensión racional-normativa de la Constitución, como norma jurídica suprema, ligada al ideal democrático. Me permito citarlo *in extenso*:

“Que el pueblo tenga un derecho original de establecer para su futuro gobierno aquellos principios que, en su opinión, deben conducir a su propia felicidad, es la base sobre la cual se ha erigido todo el edificio estadounidense. Como el ejercicio de este derecho original supone un gran esfuerzo; ni puede ni debe repetirse con frecuencia. Los principios, por lo tanto, así establecidos se consideran fundamentales. Y como la autoridad de la que proceden, es suprema, y rara vez puede actuar, está diseñada para ser permanente.

Esta original y suprema voluntad organiza el gobierno y asigna a los diferentes departamentos sus respectivos poderes. Puede detenerse aquí o establecer ciertos límites para que no sean superados por esos departamentos.

El gobierno de los Estados Unidos responde a esta última descripción. Los poderes del Parlamento están definidos y limitados; y para que esos límites no se confundan ni se olviden, la Constitución está escrita. ¿Con qué objeto se limitan los poderes, y con qué objeto esta limitación se pone por escrito, si estos límites pueden en cualquier momento ser omitidos por aquellos a quienes se intenta constreñir? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda abolida si estos límites no constriñen a las personas a las que se imponen, y si las leyes prohibidas y las permitidas obligan igualmente. Es una cuestión demasiado clara para ser discutida: o

la Constitución controla acto legislativo incompatible con ella; o el Parlamento puede modificar la Constitución mediante una ley ordinaria.

Entre estas alternativas no existe término medio. O es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee.

Si la primera alternativa es válida, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable

Ciertamente todos los que han redactado Constituciones consideran que éstas forman la ley fundamental y suprema de la nación, y, en consecuencia, la teoría de cada uno de estos gobiernos sería que todo acto legislativo incompatible con la Constitución fuese anulada”.

Así las cosas, la Constitución, partiendo del reconocimiento del “derecho original” del pueblo a decidir su gobierno con el que abríamos este trabajo al referir el sueño constitucional, se concibe como la “ley fundamental y suprema de la nación”, en el decir del Tribunal Supremo norteamericano. La primera consecuencia es que ésta sólo puede ser entendida “jurídicamente y en forma escrita” (GARCÍA-PELAYO, 1964, 39). De forma que, como norma jurídica, la Constitución incorporará el Derecho fundamental del Estado, principalmente las reglas básicas del orden político-institucional y del sistema de fuentes, aunque, como diré a continuación, se pueda abrir a contenidos que desbordan el estricto orden institucional. Y, en especial, el constitucionalismo actual, heredero de las *fundamental laws* medievales, pero también del positivismo culminado con el formalismo kelseniano, y partiendo, como acaba de decirse, de la afirmación del principio democrático, reconocerá la Constitución como Derecho superior al resto del Derecho. Sólo es Constitución aquella que ostenta una posición de supralegalidad que la sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa, con las consecuencias que de ello se deducen para fundar la antijuridicidad, en definitiva, la invalidez del Derecho infraconstitucional (GARRORENA MORALES, 2020, 97). El control de constitucionalidad de la

ley será de esta forma un corolario inexcusable de esta comprensión de la Constitución. “No existe término medio”, advertía en *Marbury vs. Madison* el Tribunal Supremo: si la Constitución es una “ley superior, suprema”, entonces deberá ser “inalterable en forma ordinaria” y un “acto legislativo contrario a la Constitución no será legal”.

Por su parte, su cualidad como documento escrito se concibe como una garantía para ofrecer seguridad a la propia condición como norma suprema: “para que esos límites no se confundan ni se olviden, la Constitución está escrita” (*Marbury vs. Madison*). La Constitución se identifica, además, como un texto codificado, resultado de esa decisión constituyente que, como dijimos, hasta cierto punto establece “de una sola vez” y de una “manera total” la ordenación comunitaria dándole la correspondiente fijeza escrita. Sin perjuicio de que advirtamos que en la vida contemporánea nos encontramos realidades líquidas que se salen de este rígido esquema y que han llevado a postular la virtualidad de un poder constituyente evolutivo (Luhmann). Un poder constituyente evolutivo que, en mi opinión, al final tendrá que manifestarse en un momento político identificable para poder asumir la carga legitimadora de una Constitución, algo de lo que, por ejemplo, adolece el proceso de integración europea – como veremos más adelante – o incluso el alemán, y que, sin embargo, sí que estuvo presente en el proceso de transición española.

Adicionalmente, para garantizar la “insoslayable [...] mutabilidad de la vida histórica” y la “supralegalidad constitucional” (GARCÍA-PELAYO, 1964, 41), las Constituciones racional-normativas recurren a un método especial de reforma, más rígido, de acuerdo con el paradigma acuñado por BRYCE (2015). Y es que, si se parte de unos postulados democráticos, hay que tratar de cohonestar ese derecho al que apelara Jefferson o el art. 28 de la Constitución francesa de 1793 a que cada generación pudiera “reformular y cambiar su Constitución” sin verse eternamente sujetas por lo decidido por las anteriores, con las exigencias de dotar de estabilidad a la norma fundamental. Porque, continuando con las características que identificó el Tribunal Supremo en el caso *Marbury vs. Madison*, “como el ejercicio de este derecho original supone un gran esfuerzo; ni puede ni debe repetirse con frecuencia. [...] Y como la autoridad de la que proceden, es suprema, y rara vez puede actuar, está diseñada para ser permanente”. Se trata de

afrontar, a través de un procedimiento de reforma específico y más agravado, el dilema que ya expresara Madison en el número XLIII de *El Federalista*: dotar a la Constitución de un procedimiento de reforma que proteja “tanto de una facilidad extrema, que convertiría a la constitución en algo demasiado mudable; como de una extrema dificultad, que podría perpetuar los defectos que se vayan descubriendo con el transcurso del tiempo” (HAMILTON/MADISON/JAY, 2015, 352). Todo ello sin perjuicio de que, como diremos a continuación, la reforma constitucional no sea la única vía para dotar de dinamicidad a la Constitución.

Asimismo, como también se observa en el extracto del caso *Marbury vs. Madison*, la comprensión racional-normativa de la Constitución incorpora un “sentido político”, garantista, que entroncaba originalmente con el programa liberal-burgués que pretendía erradicar los poderes arbitrarios y conseguir establecer una limitación de los poderes del Estado a través de la garantía de los derechos individuales y de la división de poderes (GARCÍA-PELAYO, 1964, 39). Un contenido ideológico de la Constitución que se ha visto enriquecido con los avances del constitucionalismo social y democrático. En particular, los derechos fundamentales y la dignidad humana que les sirve de fundamento último, se han convertido en el núcleo axiológico de las Constituciones contemporáneas. Se han ido incorporando progresivamente a nuestras Constituciones distintas categorías de derechos y hemos descubierto en los mismos no sólo una dimensión como derechos subjetivos, sino también como valores objetivos, elementos estructurales básicos del orden jurídico cuyo reconocimiento y garantía es condición para la realización efectiva del principio democrático. Hoy día no se puede interpretar la Constitución sin esa conexión “indispensable” entre parte dogmática y parte dogmática (RUBIO LLORENTE, 1973, XXIII). Diría más: en la actualidad no se puede entender la Constitución y sus funciones si no es con referencia a ese marco dado por los derechos y libertades fundamentales que han llevado a un nuevo modelo de relación ciudadano-Estado y cuya vis expansiva invita a que la Constitución se proyecte sobre cualquier relación de sujeción que condicione o obstaculice su pleno desarrollo. Tanto que, como veremos, la Constitución ya no se puede concebir como un mero instru-

mento de gobierno, sino que se asume que la misma incluye un programa transformador de la sociedad.

De esta guisa, la concepción racional-normativa, tal y como mayoritariamente se entiende en el constitucionalismo contemporáneo, partiría de una comprensión formal de la Constitución, pero supera sus insuficiencias para enriquecerla dotándola de un sentido político o ideológico. La Constitución se presenta, así, como “Constitución integral, a la vez ideología de la libertad y forma superior al resto del Derecho” (GARRORENA MORALES, 2020, 90). Una comprensión que es la que ha permitido erigir el actual Estado constitucional de Derecho, social y democrático. No en vano, como ha expresado CRUZ VILLALÓN (1997, 180-181), la Constitución, entendida como “Constitución material jurisdiccionalmente garantizada”, “no es un molde formal al que quepa adaptar cualquier forma de organización política, sino precisamente el instrumento jurídico de que se ha dotado el Estado democrático de Derecho”.

A la luz de todo lo dicho, debemos reivindicar aquí y ahora esta comprensión integral de la Constitución democrática como la única concepción “constitucionalmente adecuada”. Como nos enseñara el maestro RUBIO LLORENTE (1993, 87), la Constitución comporta un determinado “modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las ‘Constituciones’ napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional”.

Y es que, como se ha advertido, sin democracia no se entiende el concepto jurídico de Constitución. Por un lado, “la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica [...] sino, sobre todo, como forma jurídica específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que validez y legitimidad resultan enlazadas” (ARAGÓN

REYES, 2002, 12). Porque si la Constitución es la norma suprema, lo es, precisamente, porque se concibe como la expresión de la voluntad del poder constituyente atribuido al pueblo soberano, según dijimos. De forma que la particular fuerza normativa de la que dotamos a la Constitución deriva de esa afirmación originalmente democrática de la misma. Y, por otro lado, la “legitimidad de la Constitución” reclama, adicionalmente a su emanación democrática, que la Constitución establezca un Estado democrático, entendiendo, además, que la democracia en la Constitución no sólo es un método, sino que exige que el principio de la mayoría se acompañe de otros valores y de principios sustantivos (ARAGÓN REYES, 2002, 23). La sociedad no sólo tiene que ser libre en el momento de aprobar su Constitución, sino que debe serlo de forma indefinida, tiene que poder “autodirigirse” políticamente de forma permanente (PÉREZ ROYO, 2018, 71).

Más aún, el principio democrático impregna también la comprensión de la división de poderes para lograr salvaguardar la supremacía de la Constitución que ha hecho posible el tránsito del Estado legal de Derecho al actual Estado constitucional, con su plena vocación garantista. En particular, la aparición de los tribunales constitucionales como órganos jurisdiccionales encargados de velar por la supremacía de la Constitución ha dado lugar a una nueva estructura relacional entre Constitución y Ley y ha comportado una importante transformación en la posición del legislador que, en cierto sentido, se ha visto “destrozado” (RUBIO LLORENTE, 1984, XVIII-XIX), lo cual todavía hoy presenta la necesidad de ajustes y es fuente de problemas. Para evitar equívocos a este respecto, como desarrollaremos a continuación, conviene recordar que el tribunal constitucional es el “supremo intérprete jurídico” (y, por tanto, último) de la Constitución (ARAGÓN REYES, 2002, 70), aquél que puede cerrar un debate sobre lo que cabe o no en la Constitución, pero ni es el “albacea” del poder constituyente ni es el único al que corresponde ofrecer interpretaciones generales de la misma y dar sentido a sus mandatos. Todo lo contrario. Especialmente, no podemos desconocer la importancia que reviste la interpretación “política” que corresponde al parlamento, quien está llamado a “proyectar (que no es exactamente desarrollar) legislativamente la Constitución” (ARAGÓN REYES, 2002, 70). Como nos recuerda BARBERA (2015, 335-337), la “actuación” de la Constitución es tarea principal-

mente del legislador, sobre la base del principio de mayoría, más que de la jurisdicción. Porque “sólo las decisiones parlamentarias, y el debate público que las precede y las acompaña, están en condiciones, viéndolo bien, de activar aquellos circuitos participativos (que incluso en algunos casos pueden ser planteados por iniciativas refrendarias) que son esenciales para una comunidad que quiera llamarse democrática” (BARBERA, 2015, 338).

Asimismo, como una derivada de esta concepción democrática de la Constitución, debemos destacar que una de las características especialmente presente en el constitucionalismo europeo de después de la II Guerra Mundial es que las Constituciones van a presuponer el paradigma de la sociedad abierta y van a reconocer el pluralismo como un valor. Tanto que, como ha expresado HÄBERLE (1996, 151), “la ‘sociedad abierta’ de K. R. Popper proporciona la palabra clave para la caracterización ‘metajurídica’ del Estado constitucional”. Un pluralismo que se encontraba en la base de la propia refundación democrática en la Europa de la segunda postguerra, donde las Constituciones nacieron como un pacto fundamental alcanzado entre fuerzas ideológicamente distantes. En general, y dejando fuera matices sobre los distintos procesos constituyentes, las Constituciones originadas en este contexto son Constituciones de “consenso”, en las que fue esencial el pacto entre las fuerzas conservadoras representadas en buena medida por partidos de la democracia cristiana y la socialdemocracia de la mano de los partidos comunistas. No se buscó con ellas una transformación social y económica revolucionaria, sino crear un marco institucional para la reconstrucción democrática y sentar las bases jurídicas que preservaran una cierta cohesión social en una economía de mercado sujeta a los postulados sociales.

Desde esta perspectiva, en nuestra cultura constitucional las Constituciones condensan el Derecho fundamental que recoge los postulados básicos que garantizan la convivencia en democracia, un orden abierto que permite que la pluralidad social y política se reconduzca a la unidad a través de un proceso de integración constantemente renovado, como advirtió Smend. Así, se afirma que uno de los valores de nuestras Constituciones es su condición “a virtualidad múltiple” (BARBERA, 2015, 354-355), ofreciendo un marco jurídico compatible con las distintas políticas económicas y sociales que cada mayoría ha

querido impulsar. Por decirlo con una terminología más próxima a nuestra cultura político-constitucional, nuestras Constituciones son expresión de un “consenso”, un consenso que no sólo evoca un pacto original, sino que invita a la necesidad de cuidar en la propia dinámica político-constitucional la cualidad democrática e integradora de la Constitución.

Ahora bien, por mucho que se advierta que el “telos” de la Constitución es, precisamente, dar la posibilidad de alternancia política y asegurar “al disidente el camino de la mayoría” (RUBIO LLORENTE, 1993, 98), eso no tiene que comportar que el pluralismo no encuentre límites en nuestros ordenamientos constitucionales. La paradoja de la tolerancia planteada por POPPER (2010) sigue constituyendo un nudo gordiano que no es fácil cortar, como bien sabemos aquellos que nos hemos dedicado al estudio de libertades fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión. Personalmente, he defendido que nuestra Constitución de 1978 apostó por una concepción abierta y personalista que impedía acudir a la lógica del abuso del Derecho frente a los enemigos de nuestro orden de valores democráticos, aunque existan límites cuando estos se excedan en el ejercicio de sus libertades fundamentales. No caben exclusiones puramente ideológicas en un orden abierto, sino que cualquier respuesta que exija limitar derechos o libertades fundamentales ejercidos por los intolerantes requiere la constatación efectiva de un peligro o de un daño para bienes y valores constitucionales, sin que se pueda admitir entre ellos la salvaguarda de la integridad ideal de ese orden objetivo. Sin negar con ello que otras Constituciones de nuestro entorno hayan apostado, y de hecho sea la tendencia europea (FOX y NOLTE, 1995), hacia concepciones militantes que permiten adelantar la respuesta frente a esos enemigos de la democracia (Loewenstein, 1937). Una apuesta intermedia es la fórmula de “democracia resistente” que con lucidez ha sido planteada por el profesor ARAGÓN REYES (2023, 20), para quien se debe preservar el pluralismo político y, en consecuencia, ha de reconocerse la licitud de las ideas contrarias a la democracia constitucional, pero, al mismo tiempo, debe impedirse que puedan llegar a recurrir a la vía de la reforma constitucional para destruir la propia democracia.

Además, esta comprensión de la Constitución como un orden abierto no quiere decir que nuestras Constituciones sean nihilistas. De



hecho, a mi entender, es perfectamente compatible con reconocer lo que, por otro lado, es un hecho: nuestras Constituciones tienen una importante carga principialista. Estos valores y principios fundamentales, que no son sólo procedimentales sino también sustantivos, y evocan una idea de Justicia, de Libertad o de Igualdad, junto al reconocimiento de nuestros derechos y libertades fundamentales, conforman una suerte de humus constitucional que constituye una vía esencial para la integración y dan fundamento cierto de legitimidad a nuestras Constituciones. Porque es en virtud de esos valores y principios, y de unos derechos y libertades fundamentales en los que gobernantes y gobernados se reconocen, como se logran generar motivaciones activas y no solamente pasivas de obediencia (GARCÍA-PELAYO, 2009, XXIV). Eso sí, debe tenerse la precaución de no caer en un objetivismo axiológico, con “peligrosas jerarquías axiológicas” que puedan terminar disolviendo la normatividad y la dimensión subjetiva de nuestros derechos.

A este respecto, creo que debemos superar enfrentamientos antagónicos entre lecturas de la Constitución como sistema de valores y la Constitución como norma abierta, o en lo que en el ámbito de la filosofía del Derecho es hoy la polémica entre postpositivistas (o neoiusnaturalistas) y “constitucionalismo iuspositivista”, para centrarnos en dar un sentido normativo a estos valores y principios incluidos en las Constituciones. Porque, desde el momento que estos valores y principios están en la Constitución, debemos concebirllos, por muy abstractos que sean, en su dimensión jurídica. En este sentido, podemos compartir que la juridificación de estos valores en la Constitución ha esterilizado la vieja polémica positivistas-iusnaturalistas, aunque nos siga exigiendo a los juristas precisar su operatividad jurídica en tanto que normas. Concretar su “valor de Derecho” que, al mismo tiempo, no les niega que éstos hayan sido positivados porque tengan un “valor para el Derecho” (GARRORENA MORALES, 1997b, 30).

Esta tarea de dotar de un significado jurídico equilibrado a estos valores y principios, y, en general, a nuestros derechos y libertades fundamentales, es especialmente relevante para evitar que su textura abierta termine siendo una excusa para eludir el carácter normativo de la propia Constitución. Parafraseando al profesor GARRORENA MORALES (2020, 99), tenemos que asumir que nuestras Constituciones

tienen una innegable condición abierta que, sin embargo, no puede entenderse de forma tan extrema que comporte que el sentido de sus preceptos sea “plenamente disponible” por los poderes constituidos. Porque “una Constitución debe constituir y para eso tiene que dejar determinadas cuestiones decididas y zanjadas”. Es entonces en la amplitud que deja la apertura de las propias normas constitucionales donde debe actuarse, pero sin desconocer los márgenes que estas imponen. Como estudiaremos, la contrapartida es que esos márgenes tampoco pueden estrechar tanto el terreno de juego democrático como para terminar limitando el pluralismo político. No en vano, el Derecho constitucional ha de seguir siendo, principalmente, un “Derecho de mínimos” o de “límites” (PÉREZ ROYO, 2018, 44-45), aunque, según veremos, esta concepción hoy día pueda ser en cierto modo superada, pero con cautelas. Porque la introducción de los valores y principios constitucionales en nuestras Constituciones es un elemento que puede reforzar la vocación integradora de la Constitución y su textura abierta y flexible puede favorecer precisamente su cualidad como orden abierto, según lo dicho. Pero, al mismo tiempo, en la medida que incorporan unos mandatos finalistas que los poderes públicos tienen el deber de implementar, si son asumidos como un programa cerrado, pueden terminar minando las cualidades antes señaladas, como veremos en los siguientes epígrafes.

De esta guisa, un concepto constitucionalmente adecuado de Constitución como el aquí propuesto, siguiendo a GOMES CANOTILHO (2004, 22-23), supera una concepción procesal-formal de la Constitución y trata de conciliar la legitimidad material de la Constitución a través de la inclusión de unos principios materiales del Estado y de la sociedad, con la apertura constitucional que posibilita la concurrencia y la lucha de las distintas fuerzas políticas con proyectos alternativos para la concreción de los fines constitucionales. De forma que se asume que la Constitución “deberá ordenar el proceso de la vida política fijando límites a las atribuciones del estado y delimitando las dimensiones prospectivas traducidas en la formulación de los fines sociales más significativos y en la identificación de algunos programas de la configuración constitucional”. Una lectura que en buena medida integra el paradigma del “constitucionalismo garantista” planteado por FERRAJOLI (2011, 27), que parte de una concepción iuspositivista del

Derecho y de la democracia, la cual recoge (aunque lo supere) al viejo modelo del “paleo-iuspositivismo”. Entendiendo que los principios ético-políticos han sido positivados y se han convertido en principios jurídicos vinculantes; que ya no son fuentes de legitimación sólo externa o política, sino también interna o jurídica en el Estado constitucional de Derecho; y que concibe la soberanía popular como una garantía.

Por último, quisiera destacar que la comprensión racional-normativa de la Constitución que aquí hemos postulado exige también que reconozcamos sus límites en la afirmación de la capacidad racionalizadora que se condensa en un texto constitucional. Porque, como nos enseña GARCÍA-PELAYO (1964, 132), “una constitución, escrita o no escrita, no es nunca una obra totalmente acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia”. Una insuficiencia que tiene dos manifestaciones especialmente relevantes. En primer lugar, si hemos entendido la Constitución como la norma fundamental que recoge esos consensos basilares, entonces la misma no puede agotar la ordenación jurídica de la comunidad. Y, en segundo lugar, por mucho que la Constitución recoja consensos fundamentales y, por ende, llamados a permanecer en el tiempo, al final es deudora de su adopción en un momento histórico concreto que puede verse (y seguramente se vea) superado por el tiempo. La Constitución, como expresara HESSE (1983, 19), “debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica, y en tanto que tal, sometida a cambios históricos”. Así entendida, la Constitución es, según vimos, un orden abierto que incluye la pretensión de estabilidad, pero también de dinamicidad, un orden jurídico fundamental en el que “el futuro es una tarea irrenunciable” (GOMES CANO-TILHO, 2004, 101).

En relación con esta segunda cuestión, como estudió BRYCE (2015, 88-89), existen dos tendencias opuestas que obran constantemente sobre las Constituciones rígidas, una de las cuales tiende a reforzarlas y la otra a debilitarlas: la primera sería el aumento del respeto por la Constitución que trae consigo los años; pero, la segunda, sería que el tiempo trabaja contra ella porque al cambiar las condiciones materiales y sociales del pueblo hacen que la Constitución no expresa de manera adecuada las necesidades políticas. Y, frente a ello, la salida – apunta-

ba el autor – tenía que ser la reforma. Porque, siguiendo con este autor, las Constituciones rígidas son “como un puente de hierro de ferrocarril”, que puede aguantar fuertes presiones, pero que, si se reboza, puede colapsar (BRYCE, 2015, 87). Pero la reforma constitucional es, hasta cierto punto, un recurso excepcional, y, como veremos, también la interpretación de la Constitución puede servir para dotarle de un dinamismo al texto constitucional, aprovechando especialmente la textura abierta de sus preceptos. Un ámbito en el que juegan un papel especialmente importante los tribunales constitucionales. Por ello debe reconocerse, con las cautelas que luego señalaremos, que “justamente los Tribunales Constitucionales han demostrado una acusada sensibilidad para esas ‘ventanas’ que airean el ordenamiento y evitan su rigidez, para hacer de la Constitución una *living Constitution*, una norma que vive con su pueblo y que se adapta a los tiempos con flexibilidad y suavidad, excusando así las crisis constitucionales periódicas, que son la única alternativa real a la justicia constitucional” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1982, 15). De forma que, en la medida que toda reforma comporta “riesgos para el prestigio y la propia eficacia de la normatividad de la ley fundamental”, se puede convenir que ésta será políticamente conveniente si jurídicamente es necesaria, algo que se constatará cuando las posibilidades de interpretación aprovechando el carácter abierto de la propia Constitución lleguen a su límite: sólo “si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan, es entonces cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria. En toda situación límite no cabe otro dilema que el de falsear la Constitución o reformarla” (DE VEGA, 93).

En cuanto a la primera de las cuestiones, hemos de ser conscientes de que para tener una comprensión completa de la ordenación jurídica de la comunidad es necesario ir más allá del texto constitucional y tener en cuenta, de forma más amplia, aquello que puede reconocerse como el ordenamiento constitucional (BARBERA, 2015, 265 y ss.). Porque la ordenación jurídica de la comunidad se enriquece, también, con otras normas materialmente constitucionales y con la realidad constitucional. Y, en consecuencia, el objeto del Derecho constitucional en tanto que disciplina es más amplio que el estudio del texto constitucional, como ya adelantamos y luego volveremos.

Del mismo modo, la afirmación de un concepto racional-normativo de Constitución no cuestiona que para su estudio crítico podamos asumir otras perspectivas sociológicas o históricas. Estas concepciones de la Constitución no deben ser entendidas como “conceptos tipos weberianos”, sino como “perspectivas metodológicas a tener en cuenta a la hora de elaborar [y de estudiar] una Constitución” (TOMÁS y VALIENTE, 2009, XXXVI). En particular, la perspectiva sociológica nos ayuda a ver si nos encontramos con Constituciones auténticamente normativas o con meras Constituciones nominales, de acuerdo con la categorización que realizara Loewenstein. También insistiremos en esta cuestión al referirnos al método de nuestra disciplina.

Ahora bien, es esta concepción racional-normativa de Constitución la que da sustento a la concepción del Estado democrático de Derecho y a partir de la cual hemos construido la Teoría General del Derecho constitucional. Por ello, a mi entender, debe ser el punto de referencia inexcusable de todo constitucionalista. Por mi parte, reivindico el extraordinario legado que la generación de constitucionalistas de después de la II Guerra Mundial, entre los cuales distinguiría a tres maestros del entorno latino europeo, L. Favoreau, F. Rubio Llorente y A. Pizzorusso, que además de colegas eran amigos entre sí, de cuya concepción de la Constitución democrática, concebida como norma jurídica garantizada jurisdiccionalmente, creo que seguimos siendo tributarios.

Sin embargo, el “triunfo” de esta concepción de la Constitución puede resultar precario. Por un lado, en la actualidad se observa un cierto desequilibrio en el “triángulo mágico” (Wahl) del constitucionalismo, en cuyos ángulos se situarían, siguiendo a GOMES CANOTILHO (2004, 26): “1) el imperativo constitucional de ‘realización’ del sistema de valores incorporado en el ordenamiento constitucional; 2) judicialización del control de esta realización mediante la fiscalización de la constitucionalidad de los actos normativos; 3) libertad de conformación del legislador en calidad de primer plasmador de los valores normativos constitucionales”. Y, para afrontar esos desequilibrios, en los siguientes epígrafes me referiré a los dos peligros que considero más importantes: la degeneración panfletaria de la Constitución y su remoralización, y los excesos del positivismo jurisprudencial. Y, por otro

lado, se observa como la normatividad de la Constitución se enfrenta hoy, a consecuencia de los cambios revolucionarios que estamos viviendo en las estructuras sociales, políticas y económicas, a importantes desafíos que también estudiaremos en el correspondiente epígrafe: globalización, procesos de integración supranacional, dispersión multinivel del poder, aparición de poderes privados, vivencias excepcionales como la pandemia, las nuevas exigencias tecnológicas o los desafíos climáticos y energéticos desbordan nuestras Constituciones y nos exigen nuevas respuestas, también en términos constitucionales.

### *3.3. El peligro de una degeneración panfletaria de la Constitución, su remoralización y la extensión de sus funciones como programa para la transformación de la sociedad*

Como ha advertido ZAGREBELSKY (2007, 98), la inclusión en las Constituciones de normas de principio abiertas a desarrollos del futuro es una característica “no accidental” de las Constituciones actuales. Y como tal la hemos asumido en el epígrafe anterior. No renunciamos a que las Constituciones incorporen valores y principios y todo un corpus de derechos y libertades fundamentales que creemos que pueden servir a la integración constitucional y dotan de una conveniente flexibilidad y apertura a los textos constitucionales.

Aún más, como ha destacado GOMES CANOTILHO (2004, 61), en el constitucionalismo contemporáneo la Constitución no puede eludir el “proceso histórico de emancipación de la sociedad”, y, en este sentido, ha de concebirse como “un pacto fundador y legitimador de una acción práctica racionalmente transformadora”. De ahí que las Constituciones actuales incorporen a través de estos principios un programa transformador de la sociedad que ha mutado la propia comprensión de la Constitución, según adelantamos. A la Constitución ya no le corresponde únicamente dar fundamento e imponer límites a la intervención de los poderes públicos, sino que ésta ha pasado a ser reconocida como “el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política”, transformada en un programa que impone a los poderes públicos, y en especial al legislador, el “deber positivo de crear un orden”, de “construir y mantener una realidad política, en este caso

la de la democracia efectivamente actuante y viva” (DE OTTO, 2015, 44-45).

Ahora bien, esto no puede traducirse en la conversión de las Constituciones en meros panfletos, preñados de ideales utópicos que se identifican con un determinado programa para la transformación social, normalmente significado ideológicamente, que confía en el juez su realización última. Esta concepción ha encontrado un acomodo teórico en torno a esa amalgama de difícil definición que es el neo-constitucionalismo, que ha alcanzado un cierto predicamento en el ámbito del Derecho constitucional y de la Filosofía del Derecho. Unas teorías que beben de una interpretación en buena medida excesiva (o incluso distorsionada) de las contribuciones de importantes autores pospositivistas como R. Dworkin, R. Alexy, C. Nino, G. Zagrebelsky o M. Atienza.

Los ejemplos más extremos de esta comprensión constitucional los encontramos en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que, con importantes diferencias, inspiró las Constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), y que ha estado tan presente en la *non nata* Constitución chilena de 2022. De hecho, en algunos de estos ordenamientos se observa una degeneración hacia un “constitucionalismo mágico”, que atribuye a la Constitución unos efectos taumatúrgicos para la curación de todos los males sociales y en el que los jueces se han convertido en paladines de la justicia social, valiéndose de las extensísimas cartas de derechos.

El problema es que esta deriva, sobre todo en sus expresiones más extremas, resulta difícilmente compatible con la concepción de la Constitución democrática aquí defendida, como tempranamente advirtió DE OTTO (2015). En particular, siguiendo a GOMES CANOTILHO (2004, 26), la sobrecarga de “pretensiones narrativas y emancipatorias” presenta el peligro de que pueda producir efectos contradictorios, convirtiendo a la Constitución en una suerte de “cerrojo ideológico”, que exija la renuncia a las diferencias políticas en la realización de la Constitución, o que, “si las normas constitucionales se erigiesen en ‘vanguardias ideológicas del progresismo’”, al final genere un debate ideológico en contra o a propósito de las mismas que termine por mermar su ideal integrador y abierto. Algo que tenemos que preservar con particular énfasis en un contexto como el europeo en el que, se-

gún lo dicho, uno de los valores de nuestras Constituciones es su condición como expresión de un consenso fundamental.

Además, la conversión de la Constitución en un programa puede implicar una “limitación del legislador que resulta difícilmente justificable desde el punto de vista de la democracia misma”, incrementando “antidemocráticamente la discrecionalidad del juez frente al legislador” (DE OTTO, 2015, 46). En efecto, podemos compartir las preocupaciones de RUBIO LLORENTE (1984, XXI), quien reconoció como la incorporación en el texto constitucional de “preceptos sustantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuaciones requiere en muchos casos [...] que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un amplio haz de interpretaciones diversas”. Añadiendo: “Al mismo tiempo, sin embargo, la sujeción del legislador a la Constitución y la judicialización de tal sujeción tienen como consecuencia, de una parte, que esa libertad, por amplia que se la quiera, haya de tener límites y, de la otra, que esos límites no sean otros que los establecidos por el juez a partir de la interpretación ‘jurídica’ de los mismo preceptos constitucionales” (RUBIO, 1984, XXI). Por ello, vamos a dedicar el siguiente epígrafe al papel de los tribunales constitucionales.

A mayor abundamiento, esta deriva neoconstitucionalista con tintes “mágicos”, como dijimos, corre el riesgo de generar frustración al atribuir a la Constitución unos objetivos que sólo a través de la actuación política material se pueden alcanzar, creando fallas entre los altos postulados constitucionales y la realidad social y política, que terminen por dar la razón a la apreciación de que las Constituciones son una “mera hoja de papel” (LASSALLE, 1976). Y es evidente la inseguridad que se deriva de un entendimiento de los preceptos constitucionales al albur de los aplicadores y, en particular, de los jueces que, como veremos, pueden terminar aprovechando el desdibujamiento de la frontera Derecho-Moral y la extensión de unos cánones interpretativos cada vez más flexibles -más prudenciales que jurídicos- para instaurar una forma de interpretar y aplicar la Constitución propia de la justicia del cadí que resulta incompatible con nuestro paradigma garantista (FERRAJOLI, 2011, 50).



3.4. *El cuestionamiento del triunfo de la concepción racional-normativa a través de una deformada comprensión de la interpretación de la Constitución realizada, en especial, por los tribunales constitucionales*

Tal y como hemos estudiado, uno de los problemas del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema ha sido equilibrar dos variables en tensión: la necesaria estabilidad que se deriva de su condición de norma fundamental, con las exigencias de dinamicidad, de adaptación a un mundo cambiante. Negar esta realidad a través de concepciones que apuestan por un “interpretativismo extremo” (literalismo, textualismo, originalismo...) (GOMES CANOTILHO, 2003, 1195-1199), salvando la objeción de la necesidad de adaptación a los tiempos con el recurso al procedimiento de reforma, resulta insatisfactoria, sobre todo allí donde nuestras Constituciones tienen un procedimiento rígido, según dijimos.

El carácter normativo y escrito de la Constitución, tal y como la hemos concebido aquí, tiene que resultar compatible con reconocerla como una “estructura dinámica”, abierta a mutaciones y cambios para adecuarse a los tiempos (GARCÍA PELAYO, 1964, 139), algo que debe conseguirse más allá de reformas formales. Vuelvo a insistir en que, desde esta perspectiva, nuestras Constituciones son “*living constitution*”, con capacidad para evolucionar o adaptarse a las nuevas circunstancias sin requerir reforma explícita (ARAGÓN REYES, 2002, 44). Precisamente, a través de la interpretación de la Constitución, como adelantamos. Es gracias a la interpretación como se puede lograr acomodar el texto de la Constitución a los tiempos. Una apertura a la evolución, eso sí, que no puede desvirtuar la normatividad de la Constitución y que debe respetar el tenor de sus preceptos. Ya lo dijimos: la Constitución es una norma abierta, pero no absolutamente disponible por sus intérpretes.

Y es aquí donde se observa en el constitucionalismo contemporáneo un riesgo cierto de caer en un “constitucionalismo líquido” (VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2018), merced a la irrupción de interpretaciones principialistas (Alexy), donde los derechos se convierten en meros “argumentos para la ponderación”, y a lecturas sociológicas o evolutivas en virtud de las cuales el sentido de las normas va a depender más

de la realidad social o de la cultura jurídica del momento que del propio texto y de la *ratio legem*. Unos excesos que, además, pueden abrir las puertas a reacciones de signo contrario, como veremos.

Los ejemplos más extremos de estas derivas los volvemos a encontrar en el entorno latinoamericano. Así, podríamos destacar la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador de 12 de junio de 2019 (N. 1-18-CN) donde, por cinco votos contra cuatro, la Corte ordenó la inscripción de un matrimonio homosexual, haciendo una interpretación de dudosa conformidad con la literalidad del art. 67 de la Constitución que define el matrimonio como “la unión entre hombre y mujer”, apoyada en la consideración de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana como parte del bloque de constitucionalidad.

España no ha sido ajena a esta problemática, que obliga a una profunda reflexión sobre el sentido y límites de la justicia constitucional. Uno de los primeros asuntos en los que de forma más nítida se planteó esta controversia fue, precisamente, la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre la despenalización parcial del aborto. Ya entonces algunos magistrados cuestionaron lo que pudo ser un exceso en el ejercicio de su jurisdicción por parte del Tribunal al haber declarado inconstitucional la norma por no haber incorporado ciertas garantías que se entendían derivadas del art. 15 de la Constitución. En particular, Rubio Llorente concluía en su voto particular a esta sentencia que el Constitucional había caído en la tentación de actuar como si fuera una “tercera Cámara”, y Díez-Picazo señaló los riesgos de acudir a “deducciones constructivas” de la Constitución, que pueden esconder “larvados o manifiestos juicios de valor”, para justificar la inconstitucionalidad de una ley. Pero fue en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que resolvió la constitucionalidad del matrimonio homosexual, donde el Tribunal de forma más clara por primera vez acudió a una interpretación evolutiva, ofreciendo una lectura de la Constitución como un “árbol vivo”. Una aproximación que, sin embargo, recibió una ponderada crítica en el voto particular de magistrado Aragón Reyes, quien advirtió cómo esta interpretación evolutiva podía terminar convirtiendo al Tribunal Constitucional en un “poder constituyente permanente”. Recientemente, la polémica se ha planteado con dos importantes sentencias: las SSTC 19/2023, de marzo y la 44/2023, de 9 de mayo, que han afrontado respectivamente la regulación de la eutanasia y el sistema de pla-

zos en relación con el aborto. Ambos pronunciamientos comparten que el Tribunal Constitucional ha terminado deduciendo de la Constitución un ámbito de protección iusfundamental -a la interrupción voluntaria del embarazo y a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos-, con un mandato de protección a los poderes públicos y, en particular, al legislador. Tales decisiones han sido cuestionadas por varios magistrados constitucionales que han entendido que el Tribunal se estaba excediendo en el ejercicio de su jurisdicción, ya que no se había limitado a examinar la constitucionalidad de la opción regulatoria al consagrar estos nuevos derechos. Además, en el caso de la sentencia sobre el aborto, se cuestionaba el recurso a una interpretación evolutiva. En sentido contrario, la magistrada Balaguer en su voto concurrente a esta sentencia ha considerado que el Tribunal tendría que haber ido aún más allá recurriendo a una “interpretación constructiva” de la Constitución.

En el otro extremo, en los EE.UU. encontramos el ejemplo de cómo la autonomía creativa de los tribunales constitucionales puede suscitar reacciones conservadoras, en muchos casos apegadas a lecturas textualistas u originalistas de la Constitución. Así se ha visto en el caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (2022), donde un fragmentado Tribunal Supremo ha revertido los precedentes de *Roe v. Wade* (1973) y de *Planned Parenthood v. Casey* (1992), al considerar errónea la deducción que habían realizado de un derecho constitucional al aborto inexistente en el texto de la Constitución, por lo que corresponde a los Estados su regulación, de acuerdo con el entender actual del Tribunal Supremo. Y también se observa en dos recientes casos con tintes igualmente reactivos de signo conservador, también resueltos por un Tribunal dividido: el caso *303 Creative LLC v. Elenis* (2023), donde el Tribunal Supremo ha considerado amparado por la libertad de expresión la negativa de una diseñadora de páginas web cristiana evangélica a diseñar webs para bodas entre homosexuales, contraviniendo la imposición de la ley nacional que prohíbe denegar servicios por motivos discriminatorios a los establecimientos abiertos al público. Y en los asuntos *Students for fair admissions, INC v. Harvard College y University of North Carolina* (2023) en las que el Tribunal Supremo también ha revertido su jurisprudencia previa al considerar que la raza no puede ser un factor tomado en cuenta en las

admisiones escolares a través de sistemas de discriminación positiva que dan más oportunidades a estudiantes de minorías.

Así las cosas, sin tener que volver la mirada a un paleo-positivismo, y siendo conscientes de que el constitucionalismo contemporáneo no puede ser todo lo sólido que a lo mejor nos gustaría, lo cierto es que el peligro de un “*government by judiciary*” (Boudin) está muy presente. Tenemos que reconocer que los tribunales constitucionales fueron pieza clave para la comprensión de la Constitución como norma jurídica, esforzándose en los primeros años de justicia constitucional por consagrar su carácter auténticamente jurisdiccional. Tanto que nuestras Constituciones habrían quedado “heridas de muerte” sin el concurso de los tribunales constitucionales (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, 199), ya que la justicia constitucional ha sido la “culminación del Estado de Derecho” (GARCÍA-PELAYO, 2006, 15). Pero los tribunales constitucionales también pueden ser el puntillero de la Constitución tal y como aquí la hemos concebido si contribuyen a desconocer las exigencias del principio democrático y ese ideal de integración constitucional. No podemos negar que los magistrados constitucionales disfrutan de una cierta discrecionalidad, y, aunque en cierto modo discrepe de la aproximación del profesor ZAGREBELSKY (2019, 122 y ss.) al poner en exceso el acento en la *iuris prudentia*<sup>4</sup>, he de coincidir con

<sup>4</sup> Quisiera aprovechar para hacer aquí una matización relevante. Las premisas de las que parte el profesor ZAGREBELSKY (2019, 122 y ss.) me parece que pueden compartirse de forma bastante pacífica, salvo por quienes militan en una suerte de paleo-positivismo. Una vez que hemos aceptado que nuestras Constituciones contienen principios y valores y, por tanto, que tienen una importante carga material, se hace difícil tratar científicamente el Derecho constitucional como una disciplina lógico-formal, tal y como ha advertido Zagrebelsky. En estos contextos pluralistas, sigue este autor -posición que comparto-, no hay soluciones matemáticas, siendo necesario alejarse de formalismos para hacer “discursivo” y “persuasivo” el procedimiento para alcanzar una solución sobre los principios en juego. De ahí que la realización de los mismos se realice en un lenguaje más próximo al de la racionalidad. Mi discrepancia reside en que no creo que esta realidad tenga que llevar a “soluciones dúctiles” a través de la “prudencia en su ponderación” (ZAGREBELSKY, 2019, 125). En mi opinión, hay un espacio intermedio entre esas soluciones dúctiles y el formalismo jurídico. De hecho, uno de los ámbitos en los que he desarrollado mi actividad investigadora ha sido precisamente el intento de definir cánones y criterios que orienten la ponderación constitucional en el enjuiciamiento de conflictos entre derechos fundamentales. Unos

este autor cuando señala que la discrecionalidad del juez constitucional debe encauzarse con un sentido republicano dirigida “al consenso sobre la Constitución”, siendo el óptimo que sus decisiones se alcanzan por unanimidad o, cuando menos, por amplias mayorías (ZAGREBELSKY, 2007, 102).

Quiero a este respecto destacar el daño que se hace a la vis integradora de la Constitución cuando un tribunal constitucional resuelve casos difíciles, con importantes connotaciones morales y políticas, realizando “deducciones constructivas” con remota conexión con la literalidad de la Constitución o cuando se anclan en originalismos y textualismos desconectados de la realidad social. Más aún si lo hacen, para colmo, fragmentándose el colegio de magistrados. En estos casos es el legislador el que, sobre la base del principio de mayoría, mejor puede establecer la licitud de determinados comportamientos o quien puede identificar la oportunidad de reconocer determinados derechos (BARBERA, 2015, 337).

En términos similares, el propio ZAGREBELSKY (2019, 97) ha puesto el acento en que “la Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. [...] La Ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que ese limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación. La ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución”. También el Tribunal Constitucional español tuvo tempranamente la ocasión de señalarlo: “La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritaria-

cánones que, a mi entender, son la clave para ofrecer la necesaria seguridad jurídica y, por ello, correspondería al legislador en primer lugar su concreción en las correspondientes normas limitadoras de los propios derechos y libertades públicas, en consonancia siempre con la jurisprudencia constitucional. Y los tribunales constitucionales deben hacer un esfuerzo por hallar esos cánones en la resolución de los casos, para no caer en ponderaciones basadas en criterios prudenciales atendiendo al contexto concreto del asunto que se les plantea.

mente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente dadas de una vez por todas” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ. 7). Y, por ello, debemos reivindicar una deferencia con el legislador y contención por parte de los tribunales constitucionales. Su función no es erigirse en “tutor” de la Constitución, ni en “albacea” del poder constituyente, como dijimos, sino confirmar que la interpretación dada por el parlamento no es inconstitucional.

Hemos de recordar, como señalara el magistrado Aragón Reyes en su voto particular a la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que el control de constitucionalidad de la ley debe “quedar reducido al de los límites que la Constitución establece (esto es, de índole negativa) y no al de los mandatos que la Constitución impone (de índole, pues, positiva). Esa es la función de este Tribunal, que está basada en la relación (que no es de estricta ejecución) que liga al legislador con la Constitución en un sistema, como el nuestro, de pluralismo democrático”. Tanto que no corresponde al Tribunal Constitucional decidir “si la opción del legislador español es la “más constitucional”, sino, simplemente, si habiendo otras opciones también constitucionalmente posibles, la adoptada por nuestro legislador era o no constitucional”.

Y es que, por mucho que comprendamos la vocación contramayoritaria de la justicia constitucional, en especial en la tutela de los derechos, y que reconozcamos como el activismo de los jueces y de los tribunales constitucionales ha facilitado una notable extensión de los derechos constitucionales; al mismo tiempo, tenemos que llevar mucho cuidado con que ello no comporte la reducción de los espacios de “mediación parlamentaria” (BARBERA, 2015, 264). La desconfianza hacia el legislador -en algunos casos fundada- no puede justificar un poder ilimitado del juez (RUBIO LLORENTE, 1984, XXIV). Unas tendencias que evocan un claro prejuicio anti-parlamentario que, en definitiva, es un prejuicio anti-democrático.

Así las cosas, aunque sea una confesión de impotencia (RUBIO LLORENTE, 1984, XXIV), para garantizar el equilibrio en el Estado constitucional democrático me parece necesario apelar al *sefl-restraint*, a la autocontención de nuestros magistrados constitucionales, quienes

no pueden ceder a la tentación justiciera ni pueden pretender convertirse en “agentes políticos” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1982, 16) a través de un uso alternativo del Derecho. Recordemos el encuadre de la justicia constitucional y las advertencias de García-Pelayo en su primer discurso como presidente del Tribunal Constitucional. Esa es la comprensión del tribunal constitucional y de la Constitución que, a mi entender, todavía hoy tenemos que reivindicar.

#### *4. A modo de conclusión: pinceladas sobre algunas rupturas y nuevos planteamientos del constitucionalismo del siglo XXI*

Hasta ahora, a lo largo de este trabajo hemos tratado de esbozar una concepción de la Constitución que consideramos “constitucionalmente adecuada”, a partir de la cual poder construir una Teoría de la Constitución que sitúa el principio democrático como centro de gravedad que sostiene la particular fuerza normativa de la Constitución. De hecho, si las primeras generaciones de constitucionalistas de después de la II Guerra Mundial tuvieron que hacer el esfuerzo de releer democráticamente las categorías constitucionales que en buena medida eran tributarias todavía del principio monárquico y de la dogmática alemana del Derecho público del siglo XIX, como ha hecho notar ARAGÓN REYES (2002, 6), el desafío que se nos presenta a las generaciones presentes es otro. Nos encontramos con la necesidad de repensar el constitucionalismo para adaptarlo a una realidad cada vez más compleja y muy diferente al magma filosófico, cultural, social y político en el que se forjaron nuestras categorías. Hoy día difícilmente podemos sostener ficciones como el ideal racionalizador que pretende organizar desde el Derecho la vida comunitaria; ideales universales como el bien común, la voluntad general o la ciudadanía; o la existencia de un Estado soberano que actúa como unidad de poder.

Si somos conscientes de que nuestro concepto de Constitución no es la “ciudad ideal”, sino una formula montada sobre unas condiciones determinadas, cuando menos mínimas, de normalidad” (CRUZ VILLALÓN, 1997, 181), debemos advertir entonces que esa normalidad ha cambiado sustancialmente en el siglo XXI. Nuestro mundo, también el político-institucional, está viviendo momentos turbulentos y

fuertes transformaciones que tienen un indudable impacto en nuestra concepción de la Constitución y en sus funciones, y que, por ende, nos exigen asumir nuevos planteamientos como constitucionalistas.

Quizá el cambio más importante venga dado por la globalización que ha dejado un mundo en cierto modo confuso y desordenado. La Constitución ha perdido su centralidad, en la misma medida que los Estados han visto diluida su condición como soberanos. El Estado nacional moderno ya no responde al paradigma hobbesiano, como ha estudiado REQUEJO PAGÉS (2016), por lo que el constitucionalismo debe enfrentarse a esta realidad post-soberana. Pero, además, se ha experimentado una notable reducción de los espacios políticos y una cada vez más evidente privatización del poder. En la actualidad, decisiones determinantes para nuestra vida se adoptan en organismos no estatales con dudosa legitimidad democrática, cuando no, directamente, por poderes privados. Piénsese en el poder ejercido por los mercados financieros o por los señores de Internet. Como ha visto ZAGREBELSKY (2019, 11), el ocaso del Estado soberano por las fuerzas corrosivas tanto internas como externas ha llevado a la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado en el ámbito político, económico, cultural... que obligan a plantearnos si esta realidad nos acerca a la situación política premoderna o puede ser la premisa para el nacimiento de un nuevo Derecho. Por mi parte, más que apostar por un nuevo Derecho, diría que lo que se hace necesario es repensar los fundamentos del orden jurídico y político para lograr nuevos equilibrios.

De ahí que se plantee la oportunidad de pensar una “constitución más allá del Estado” (FIORAVANTI, 2014, 58). Un ámbito en el que el proceso de integración europea, entendido como un proceso de integración político-constitucional, presenta indudables oportunidades, precisamente para repolitizar democráticamente esos espacios. La realidad Constitucional actual muestra todavía la convivencia del paradigma de las Constituciones nacionales, con un nuevo paradigma que se ha superpuesto, el europeo, que no hemos terminado de racionalizar y de integrar teóricamente.

A este respecto, debemos asumir que en la Unión Europea tenemos un orden que tiene una clara vocación constitucional, que cuenta con unos tratados que dentro de la lógica europea son *higher law*, que



ordena esa forma política singular de acuerdo a los postulados constitucionales, que establece unas relaciones con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros típicamente federales, pero que, cuando se plantea la relación constitucional última con estos, se produce un cortocircuito ante la imposibilidad de reivindicar la cualidad de supremacía para su Derecho original y tiene que conformarse con una versión edulcorada, la primacía, a la que se le trata de dar unos efectos prácticos similares a través del control último del Tribunal de Justicia, mientras que los tribunales constitucionales nacionales siguen afirmando su posición como custodios últimos de la supremacía de sus respectivas Constituciones. El problema constitucional de fondo es fácil de intuir: si sólo es Constitución auténtica la Constitución democrática, la Unión Europea todavía tiene un camino por delante para lograr la plena realización de este ideal y los Estados no renunciarán a reconocer la supremacía última de sus Constituciones hasta que este tránsito se produzca. Pues bien, para recorrer este camino hacia la constitucionalización europea, deberíamos asumir, en primer lugar, que, como ha estudiado FIORAVANTI (2014, 130 y ss.), la génesis federativa de la Constitución es compatible con que no exista un momento constituyente originario en sentido fuerte (de ahí que el proceso de integración europea encaje, más bien, en la lógica de un poder constituyente evolutivo), pero exige superar la legitimación negocial y funcional para dotarle de un fundamento democrático con el que completar la transición hacia una auténtica Constitución. Para lo cual, a mi entender, hay que ser capaces de identificar un momento constitucional que, según dijimos, sea expresión de ese acto fundacional, aunque no se articule necesariamente a través de una convención constitucional. Pero tiene que manifestarse de forma clara esa voluntad política. Esa legitimación democrática original es la que fracasó en aquel momento constitucional fuerte que pretendió la aprobación de una Constitución para Europa y que, desde el punto de vista de la legitimación, habría sido el salto hacia una unión claramente federal. Un gatillazo, si se me permite la expresión, que ha dejado este capital problema sin resolver. Además, en segundo lugar, por mucho que la Unión Europea ha avanzado hasta colmar desde el punto de vista del diseño institucional el original déficit democrático, su funcionamiento político sigue distando de las exigencias democráticas, sobre todo en lo que se refiere a la

rendición de cuentas y al necesario nexo político entre la mayoría parlamentaria y el gobierno. De forma que no podremos hablar de una auténtica unión constitucional hasta que no hayamos avanzado en estos dos ámbitos.

Al mismo tiempo, aunque se apueste por una concepción “federal” de la Unión Europea a través de su constitucionalización, la misma no puede construirse sobre un ideal de soberanía política como un rasgo exclusivo que se atribuye a un determinado sujeto, y tenemos que ser conscientes de que va a persistir el reto de mantener un orden constitucional equilibrado en un entorno de pluralismo constitucional (BUS-TOS GISBERT, 2005), en el que por encima de las diferencias se comparte una cultura constitucional común. Algo especialmente importante para dar una adecuada protección de los derechos fundamentales en este complejo espacio multinivel. Un ámbito en el que el “diálogo judicial” me sigue pareciendo fundamental en aras de alcanzar los necesarios equilibrios, y en el que se impone de forma creo que irremediable la lógica de “coexistencia” y el “compromiso” en ese paradigma del derecho dúctil (yo diría de relaciones dúctiles) afirmado por ZAGREBELSKY (2019, 14).

Otro aspecto capital es la necesidad de constitucionalizar los nuevos factores reales del poder en este mundo globalizado, en particular, en el ámbito digital. El constitucionalismo del siglo XXI tiene que preocuparse de domesticar a los señores de Internet, reconociendo nuevos derechos digitales, pero también orientando líneas regulatorias para constitucionalizar ese nuevo espacio que constituye un ámbito esencial para el desarrollo de las personas. La Unión Europea ha tomado conciencia de ello y ha lanzado ya un importante paquete legislativo al respecto.

Asimismo, una de las características de nuestro mundo actual es que el tiempo se ha acelerado. Algo que, a mi entender, tiene como consecuencia la crisis de los procesos rígidos de reforma de las Constituciones. También surgen nuevas preocupaciones en la sociedad del riesgo, en particular por las generaciones futuras, conscientes de que muchas de nuestras acciones tendrán que ser soportadas por otros. Aunque esta última cuestión se ha planteado en términos de “nuevos” derechos, quizá lo que deberíamos recuperar es la idea de los “deberes” constitucionales para la salvaguarda de ciertos valores supraindi-

viduales y, en concreto, para la realización del “principio de equidad generacional” en la “tutela constitucional del futuro” (PALOMBINO, 2022).

El constitucionalismo del siglo XXI se enfrenta además al desafío de lograr que la Constitución pueda cumplir con su función integradora no sólo ante el pluralismo jurídico antes señalado, sino también ante el multiculturalismo social y la nueva dialéctica identitaria que ha fragmentado el sentimiento de pertenencia comunitaria (FUKUYAMA, 2019). Una realidad agravada por los procesos de polarización política cada vez más presentes en algunas de nuestras sociedades, extremados a consecuencia de las cajas de resonancia que suponen las redes sociales.

Como tampoco se pueden desconocer los riesgos de la degeneración iliberal y populista de democracias constitucionales. De ahí que debamos reaccionar ante discursos y prácticas que minan los postulados del constitucionalismo y que pueden llevar al colapso de un Estado democrático de Derecho. Un problema que ya afecta incluso a democracias que creíamos consolidadas. Es por ello que, por mucho que sofistiquemos nuestra disciplina como una disciplina jurídica, al final no podemos olvidar la condición seminal de la misma con una vocación claramente panfletaria – en el mejor de los sentidos –. Porque el Derecho constitucional, a mi entender, ha de estar al servicio de la ideología constitucional.

Por último, no son pocas las disfunciones que encontramos en cualquiera de nuestros Estados constitucionales, y en particular en nuestro país, que exigen seguir trabajando para lograr que sea efectiva esa conciliación entre el ideal de separación de poderes y la plena realización del principio democrático. Así, vemos el desequilibrio de los poderes y contrapoderes en el Estado de partidos y una forma de gobierno cada vez más superada por las dinámicas políticas, donde se advierte una deriva claramente presidencialista; hemos adelantado aquí el papel de los tribunales constitucionales y la tensión contramayoritaria frente al legislador democrático; un sistema de fuentes que cada vez responde menos a la lógica de la ley parlamentaria como norma primaria y que se ve desbordado en el escenario de pluralismo jurídico; nuevas tendencias para perfeccionar la democracia a partir de paradigmas deliberativos o participativos...

Los desafíos a los que se enfrenta el constitucionalismo como puede verse son muchos y complejos, y muestran la tensión entre la facticidad y la validez de nuestras Constituciones (HABERMAS, 2010). Sirvan estas últimas pinceladas para comprobar la actualidad de nuestra disciplina y la necesidad actual de seguir repensando el Derecho constitucional para que los postulados constitucionales, para que esa idea de Constitución democrática que aquí se ha reivindicado pueda sobrevivir en este mundo tormentoso que nos ha traído el siglo XXI.

### *Referencias bibliográficas*

- Adams, J. (1776): *Thoughts on government*. Abril. Texto accesible en: <https://founders.archives.gov/documents/Adams/06-04-02-0026-0004>.
- Alfonso García, E. (1984): *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEPC.
- Alzaga, O. (2018): *Sociedad democrática y Constitución (Estudios y cabos sueltos)*. Madrid: Marcial Pons.
- Aragón Reyes, M. (2002): *Constitución, Democracia y control*. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- (2023), “Principios ordenadores y criterios metodológicos para el Derecho constitucional del siglo XXI”, en *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*. Zaragoza: Fundación Giménez Abad.
- Barbera, A. (2015), *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè.
- Berlin, I. (2005): *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza.
- Biscaretti, P. (1965): *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Böckenförde, E.-W.: (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta.
- Bryce, J. (2015): *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: CEPC.
- Burke, E. (1996): *Textos políticos*. Caracas: Fondo de Cultura Económica.
- Bustos Gisbert, R. (2005): *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. San Sebastián: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Carre de Malberg, R. (1998): *Teoría General del Estado*. México: UNAM.

- Coke, E. (1604): *Le Quart Part des Reports de Edward Coke*. London: Thomas Wight
- Cruz Villalón, P. (1997): “Posibilidad y cometido de un Derecho constitucional ‘constitucionalmente adecuado’”, en *Estudios de Derecho constitucional*. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal. Vol. I. Murcia: Universidad de Murcia.
- De Otto, I. (2015): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel
- De Vega García, P. (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- (1998): “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1.
- De Vergottini, G. (2022): *Diritto costituzionale comparato*. 11ª ed. Milán: CEDAM
- Ferrajoli, L. (2011): “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, n. 34.
- Ferrero, G. (2015): *El Poder. Los Genios invisibles de la Ciudad*. Madrid: Tecnos
- Fioravanti, M. (2014): *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.
- Fox, G. H. y Nolte, G. (1995): “Intolerant democracies”, *Harvard International Law Journal*, n. 36.
- Fukuyama, F. (2019): *Identidad*. Barcelona: Deusto.
- García de Enterría, E. (1982): “El Derecho constitucional como Derecho”, *Revista de Derecho Político*, n. 15.
- (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- García-Pelayo, M. (1964): *Derecho constitucional comparado*. Madrid: *Manuales de la Revista de Occidente*.
- García-Pelayo, M. (2006): “Discurso de inauguración a cargo de D. Manuel García-Pelayo y Alonso”, Tribunal Constitucional. Discursos de sus Presidentes (1980-2005). Madrid: Tribunal Constitucional.
- García-Pelayo, M. (2009): “La Constitución”, en Casas Baamonde, Mª E. y Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución española “XXX Aniversario”*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Garrorena Morales, A. (1974): *El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía liberal (1836-1847)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos

- (1997a), “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 51.
- (1997b): “Valores superiores y principios constitucionales”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje al Juan José Ruiz-Rico*. Vol. I. Madrid: Tecnos.
- (2020): *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: CEPC.
- Gomes Canotilho, J. J. (2003): *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- (2004): *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson.
- Häberle, P. (1996): *Retos actuales del Estado constitucional*. Oñate: IVAP.
- Habermas, J. (2010a): “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *LV Dianoia*, 64, 6.
- (2010b): *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hamilton, A. / Madison, J. / Jay, J. (2015): *El Federalista*. Madrid: Akal
- Hauriou, M. (1929): *Precis de Droit Constitutionnel*. Paris: Sirey.
- Heller, H. (1974): *Teoría del Estado*. México: FCE.
- Hesse, K. (1983): *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: CEC.
- Jiménez Asensio, Rafael (2003): *El constitucionalismo. proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez Campo, J. (2011): “Interpretación constitucional”, en Aragón Reyes, M. (dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*. T. I. Madrid: Thomson.
- Kelsen, H. (1934): *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Lassalle, F. (1976): *¿Qué es una Constitución?*. Barcelona: Ariel.
- Loewenstein, K. (1937): “Militant democracy and fundamental rights”, *American Political Science Review*, vol. XXXI, n. 3.
- Lucas Verdú, P. (1982): “El Derecho constitucional como Derecho administrativo”, *Revista de Derecho Político*, n. 13.
- (1989): *Curso de Derecho Político*. Vol. I. Madrid: Tecnos.
- (1994): “Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política”, *Revista de Estudios Políticos*, N. 83.
- Martín Martín, S. (2011): *El Derecho político de la Segunda República*. Madrid: Universidad Carlos III.

- McIlwain, C. H. (2016): *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: CEPC.
- Mortati, C. (2000): *La Constitución en sentido material*. Madrid: CEPC.
- Palombino, G. (2022): *Il principio di equità generazionale*. Milán: Mondadori Ed.
- Pérez Luño, A. E. (1984): “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 1, 82-132.
- Pérez Royo, J. y Carrasco Durán, M. (2018): *Curso de Derecho constitucional*. 16ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez Serrano, N. (1976): *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas.
- Popper, K. (2010): *La sociedad abierta y sus enemigos*. Madrid: Paidós.
- Ramiro Rico, N. (1974): “Breves apuntes críticos para un futuro programa moderadamente heterodoxo del Derecho político y de su muy azorante enseñanza”, *Revista Española de la Opinión Pública*, n. 37.
- Requejo Pagés, J. L. (2016): *El sueño constitucional*. Oviedo: KRK.
- Rodríguez-Zapata, J. (2016): *Teoría y práctica del Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Romano, S. (1988): *Il Diritto Pubblico Italiano*. Milán: Giuffrè Ed.
- Rubio Llorente, F. (1973): “Nota preliminar”, en Stein, E.: *Derecho político*. Madrid: Aguilar.
- (1984): “Prólogo”, en Alfonso García, E.: *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEPC.
- (1993): *La forma del Poder*. Madrid: CEPC.
- (2011a): “Constitucionalismo”, en Aragón Reyes, M. (dir.): *Temas básicos de Derecho Constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*. T. I. Madrid: Thomson.
- (2011b): “Derecho constitucional”, en Aragón Reyes, M. (dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional. Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho*. T. I. Madrid: Thomson.
- Schmitt, C. (2011): *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Smend, R. (1985): *Constitución y Derecho constitucional*. Madrid: CEC.
- Tomás y Valiente, F. (2009): “Constitución”, en Casas Baamonde, Mª E. y Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (dir.), *Comentarios a la Constitución española “XXX Aniversario”*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Villaverde Menéndez, I. (2018): “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años

de Constitución española de 1978”, en *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*. Madrid: Civitas.

Wheare, K. C. (1971): *Las constituciones modernas*. Barcelona: Ed. Labor.

Zagrebelsky, G. (2007): “Jueces constitucionales”, en Carbonell, M. (ed.): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.

- (2019): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.



Giovanni Cavaggion\*

LE ATTUALI AMBIGUITÀ DELLA DIFESA  
DEI VALORI EUROPEI, TRA POPULISMI E PROMOZIONE  
DELLA “EUROPEAN WAY OF LIFE”\*\*

SOMMARIO: 1. Le diverse accezioni della “difesa dei valori europei” nell’attuale prospettiva multilivello. – 2. La difesa populista dei “valori europei” attraverso la rivendicazione dei “diritti della maggioranza”. – 3. Prospettive future: la promozione del “patrimonio genetico” della tradizione costituzionale comune come risposta alla crisi dei valori europei.

*1. Le diverse accezioni della “difesa dei valori europei” nell’attuale prospettiva multilivello*

Quello della difesa dei “valori occidentali” è tema che ha acquisito, nell’ultima decade, una centralità sempre maggiore nel dibattito politico, sociale e culturale delle democrazie liberali.

Il problema ha radici profonde, e interseca la questione dei cosiddetti “diritti delle maggioranze” (*“majority rights”*)<sup>1</sup>, e cioè delle teorie per cui le maggioranze socio-culturali nazionali, accomunate dall’adesione alla “forma di vita” (*“Lebensform”*)<sup>2</sup> storicamente prevalente nella società di riferimento, sarebbero titolate alla protezione costituzionale della loro identità: la lingua, la religione, le pratiche, i costumi

\* Università degli Studi di Milano.

\*\* Il saggio, pubblicato per la prima volta nella collana Centro Studi sul Federalismo – Policy papers, nuova serie, n. 005/2025, fa parte delle attività dello Jean Monnet Module “European Values and Cultural Identities: Constitutional Challenges of the Promotion of the ‘European Way of Life’”, finanziato dalla Commissione europea – European Education and Culture Executive Agency (EACEA) (Call: ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH; Project: 101127290 – EU-VALUE).

<sup>1</sup> Sia consentito il rinvio a CAVAGGION, (2025).

<sup>2</sup> Si veda HABERMAS, (1992, 200 ss.).

tradizionalmente condivisi dalla maggioranza degli appartenenti alla comunità nazionale<sup>3</sup>.

Tale protezione sarebbe giustificata dal pericolo senza precedenti che le maggioranze nazionali e le loro identità devono affrontare nel “disordine” del nostro tempo, imputabile, in particolare, alle trasformazioni generate dalle grandi migrazioni, dall’avvento della società multiculturale<sup>4</sup>, dai cambiamenti demografici, dalla globalizzazione, e dall’integrazione sovranazionale. L’argomento è che questi fenomeni, in assenza di idonei correttivi, potrebbero produrre l’erosione e il declino delle “forme di vita” nazionali, e, simmetricamente, l’ascesa di nuove “forme di vita”, trasformando, entro la fine del secolo (o, secondo alcune stime, addirittura prima), le maggioranze tradizionali in vere e proprie minoranze “in casa propria”<sup>5</sup>. Sarebbero perciò giustificate, in quest’ottica, misure volte ad arrestare il declino delle identità occidentali, difendendole, promuovendole e, se del caso, imponendole in capo alle minoranze, per garantirne la perpetuazione nel tempo.

Dalle problematiche in parola non è rimasta immune l’Unione europea, ove il tema della difesa dei “valori europei” o, se si vuole, della “forma di vita europea”, è stato posto con forza, nell’ultima decade, sia dalle istituzioni sovranazionali, che dai singoli Stati membri, con la conseguenza che si potrebbe pensare che sulla questione vi sia ampio consenso nell’ordinamento eurounitario.

Tuttavia, a uno sguardo più approfondito, pare evidente che, quando l’Unione europea e i suoi Stati membri (se non altro alcuni di essi) evocano i “valori europei” e la loro difesa, essi intendono quasi sempre fare riferimento a concetti tra loro profondamente diversi (se non addirittura antitetici).

<sup>3</sup> ORGAD, (2015); PATTEN, (2020); BAUBÖCK, (2022); KOOPMANS, (2018); NEWMAN, (2017); DE WAAL, DUYVENDAK, (2022); EISENBERG, (2020); GEST, (2021). Si vedano inoltre i contributi raccolti in ORGAD, KOOPMANS, (2022).

<sup>4</sup> DI COSIMO, (2025); BALDINI, (2011).

<sup>5</sup> In generale, si stima che le maggioranze che si riconoscono nell’identità etnica e culturale tradizionale (“bianca” e cristiana) siano verosimilmente destinate a divenire minoritarie (seppur conservando, di norma, una posizione di maggioranza relativa) in tutto il mondo occidentale e, più precisamente, negli Stati Uniti, in Canada, in Australia e in Nuova Zelanda entro la metà del secolo in corso, e nei Paesi dell’Europa occidentale entro la fine dello stesso. Si veda KAUFMANN, (2019).

Invero, quando parlano di difesa dei “valori europei”, l’Unione europea e le sue istituzioni intendono fare riferimento alla necessità di implementare nuove politiche volte a proteggere i valori fondamentali dell’Unione racchiusi all’articolo 2 TUE – che altro non sono che i principi fondamentali della tradizione costituzionale comune del continente –, rinsaldando l’adesione agli stessi da parte dei cittadini europei e nelle società degli Stati membri. Trattasi dei “valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze”, che “sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini” (a cui dovrebbe essere aggiunto, forse, il valore della “pace” di cui all’articolo 3 TUE). E, del resto, l’adesione a tali valori è condizione per l’accesso all’Unione europea ai sensi dell’articolo 49 TUE, e la loro violazione da parte degli Stati membri è espressamente sanzionata ai sensi dell’articolo 7 TUE.

È in questo senso che la difesa dei valori europei era stata intesa già dalla prima Commissione von der Leyen, che aveva individuato nella protezione e promozione della “forma di vita europea” (la “*European way of life*”) una delle priorità politiche dell’Unione per il quinquennio 2019-2024, evidenziando come fosse ormai divenuto imperativo, nel mutato contesto continentale e mondiale, “proteggere i nostri cittadini e i nostri valori”, specie di fronte alle sfide rappresentate dal rigetto dello Stato di diritto, dell’uguaglianza, della tolleranza e della giustizia sociale, oltre che dalle migrazioni e dalla convivenza con le “nuove minoranze” nella società multiculturale<sup>6</sup>.

A livello nazionale, invece, il tema della difesa dei “valori europei” è stato “catturato” dai “nuovi” partiti populistici e nazionalisti, e cioè da quelle forze politiche che basano il loro programma sull’individuazione di un “vero popolo” composto da “veri cittadini”, provvisto di una sua identità tradizionale omogenea sotto il profilo culturale e valoriale (se non addirittura etnico), che deve essere difeso da (presunti) “nemici interni” (i “falsi cittadini” e i “migranti”) e “nemici

<sup>6</sup> Cfr. EU Commission, *Political Guidelines of the Commission 2019-2024*, 2019.

esterni” (le “élite globaliste” e le istituzioni sovranazionali e internazionali)<sup>7</sup>.

Il fatto che siano i partiti populistici a proporre la difesa dei valori europei potrebbe apparire, forse, a prima vista, sorprendente, dal momento che proprio l’Unione europea viene spesso indicata dai populismi come uno dei “nemici esterni” del “vero popolo” nazionale, e che pertanto le forze populiste sono, quasi sempre, anche forze “euroscettiche”. E tuttavia, i partiti populistici sono stati abili nel generare un “cortocircuito” interno al concetto di “valori europei”, sostenendo che esso coinciderebbe con l’insieme dei tratti (asseritamente) irrinunciabili della “forma di vita” tradizionale, e dunque con la religione, la lingua, il modello di famiglia, le pratiche alimentari, l’abbigliamento, storicamente condivisi dalla maggioranza della comunità nazionale.

Questi valori sarebbero stati traditi, nella narrazione populista, proprio dall’Unione europea e dalle sue istituzioni, che avrebbero alimentato (vuoi indirettamente, vuoi, secondo alcuni, nell’ambito di un disegno deliberato) i processi di disgregazione ed erosione delle identità nazionali degli Stati membri, aderendo a un progetto di trasformazione delle società del continente in senso multiculturale e cosmopolita, progetto promosso dalle “élite globaliste”, ma contrario ai desideri e alle aspirazioni delle maggioranze tradizionali, e interamente sbilanciato sulla tutela delle minoranze e dei loro diritti, al punto da “dimenticare” le “maggioranze silenziose” e le loro esigenze<sup>8</sup>. In questa prospettiva, l’Unione europea sarebbe responsabile delle grandi crisi del XXI secolo, o comunque avrebbe fatto troppo poco per proteggere i suoi cittadini, concentrando i propri sforzi (e le poche risorse disponibili) sulla protezione di “stranieri” (i migranti) o di cittadini “sleali” (cittadini di seconda generazione), o ancora di cittadini “finti” o “diversi” (appartenenti a minoranze socio-culturali), e dunque di soggetti che non condividono l’identità tradizionale e non fanno parte del “vero popolo”.

Sarebbero state proprio le istituzioni dell’Unione europea e i partiti politici “classici” europeisti, allora, ad avere promosso il declino della “forma di vita” europea (la “*European way of life*”) e dei suoi valori,

<sup>7</sup> Si vedano: MÜLLER, (2019).

<sup>8</sup> Si vedano in punto: JOPPKE, (2022), op. cit.; KAUFMANN, (2019), 342 ss., op. cit..

tentando di sostituirla con una nuova identità “globalizzata” e sovranazionale, artefatta e aliena rispetto al comune sentire della maggioranza dei consociati.

Questo “tradimento” da parte dell’Unione europea giustificerebbe, pertanto, iniziative, autonomamente intraprese da parte di singoli Stati membri, volte a proteggere (o, addirittura, a “restaurare”) le “forme di vita” nazionali tradizionali, iniziative di cui i partiti populistici si fanno promotori. Essi contrappongono alle grandi trasformazioni del nostro tempo e alla sofferenza non solo culturale, ma anche (e, forse, soprattutto) economica e sociale delle maggioranze tradizionali “declinanti”, il “mito” delle identità nazionali, promuovendo una falsa equivalenza per cui i più elevati (percepiti) livelli di qualità della vita e di tutela dei diritti (specie sociali ed economici) goduti, nel mondo occidentale, tra il Secondo Dopoguerra e gli anni ’80 del secolo scorso, sarebbero stati frutto non già della peculiare congiuntura politica, economica e sociale di quella fase storica, bensì dell’omogeneità socio-culturale delle singole comunità nazionali e dunque, in ultima analisi, all’assenza delle migrazioni, del multiculturalismo, della globalizzazione e dell’integrazione sovranazionale, inclusa, segnatamente, l’integrazione in seno all’Unione europea (oltre che, peraltro, al Consiglio d’Europa).

Trattasi, in effetti, di una proposta politica che è già stata tradotta in pratica in diversi Stati membri, per via legislativa, giurisprudenziale, e amministrativa, raggiungendo (o accingendosi a raggiungere), in molti casi, finanche il livello costituzionale.

## *2. La difesa populista dei “valori europei” attraverso la rivendicazione dei “diritti della maggioranza”*

Emblematico di questa tendenza è il caso dell’Ungheria, Paese che ha più volte modificato, nell’ultima decade, la propria Costituzione con l’intento specifico di difendere l’identità nazionale tradizionale e i relativi valori dalle trasformazioni asseritamente generate dalle migrazioni, dalla globalizzazione e, soprattutto, dall’integrazione europea<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Si vedano: LUINING, VAN HOUT, (2024); MOS, (2020); HALMAI, (2019).

Il riferimento è, *in primis*, al Nono Emendamento del 2020, che ha introdotto nella Carta fondamentale il nuovo articolo XVI, ai sensi del quale “L’Ungheria protegge il diritto del minore a un’identità che corrisponda al suo sesso alla nascita, e garantisce la sua educazione secondo i valori dell’identità costituzionale e della cultura cristiana del Paese”. Trattasi di riforma dalla portata dirompente, se appena si considera che il diritto all’istruzione si configura, nel costituzionalismo contemporaneo, alla stregua di un diritto/dovere, e che la frequenza della scuola è, quindi, per i discenti, un obbligo. In questa prospettiva, il riconoscimento del diritto di ogni minore a essere educato (dallo Stato) secondo i valori dell’identità costituzionale e della cultura cristiana del Paese equivale, in effetti, all’imposizione in capo a ciascun minore (inclusi quelli facenti parte di minoranze socio-culturali) del dovere di educarsi e formarsi secondo i valori culturali e, soprattutto, religiosi della maggioranza nazionale tradizionale, e dunque di un vero e proprio dovere di assimilazione (di rinunciare alla propria identità particolare per abbracciare quella della maggioranza)<sup>10</sup>.

Sempre il Nono Emendamento ha tentato di “cristallizzare” ulteriormente in Costituzione la configurazione tradizionale della famiglia e delle relazioni e dei ruoli di genere, introducendo, all’articolo L, la previsione per cui “La madre deve essere una donna, il padre deve essere un uomo”, con norma poi ulteriormente specificata dal recentissimo Quindicesimo Emendamento, approvato nel 2025, che ha precisato che “la persona è un uomo o una donna”.

Nella stessa direzione si era mosso altresì il Settimo Emendamento del 2018, con cui alla “Professione nazionale” (“*National Avowal*”) è stata aggiunta la clausola per cui “è obbligo fondamentale dello Stato la protezione della nostra identità, radicata nella nostra Costituzione storica”, ed è stato contestualmente approvato un nuovo articolo R(4), in forza del quale “Ciascun organo dello Stato è obbligato a proteggere l’identità costituzionale e la cultura cristiana dell’Ungheria”.

Tutte le revisioni costituzionali sopraccitate sono state poste in correlazione diretta con l’asserito tradimento, da parte dell’Unione europea, delle sue radici e dei suoi valori.

<sup>10</sup> Si veda PIZZOLATO, (2015).

Più precisamente, il Governo ungherese ha dichiarato di ritenere che “non vi può essere una cultura forte senza una identità culturale [...], non vi è identità culturale in una popolazione senza una composizione etnica stabile”, e che, in quest’ottica, “l’alterazione della configurazione etnica di un Paese equivale all’alterazione della sua identità culturale”<sup>11</sup>. In questa prospettiva, le politiche dell’Unione europea, promuovendo l’immigrazione, il multiculturalismo, e stili di vita divergenti rispetto a quello tradizionale, avrebbero rischiato di “mettere in pericolo la sicurezza del Paese e cambiare permanentemente la popolazione e la cultura” nazionali<sup>12</sup>. In senso analogo il Governo ungherese ha altresì rivendicato “il diritto di difendere il nostro Paese, la nostra cultura, le nostre leggi, le nostre tradizioni e i nostri valori nazionali, che non dovrebbero essere minacciati dalla teoria del *gender*”, asseritamente promossa dalle istituzioni europee, “che è contraria alle convinzioni della maggioranza della popolazione”<sup>13</sup>.

La Corte costituzionale ungherese, dal canto suo, ha statuito che l’ingresso illegale nell’Unione europea di moltitudini di persone portatrici di identità culturali “aliene” rispetto ai valori storicamente maggioritari nel continente, non adeguatamente contrastato (se non addirittura consentito o promosso) dalle istituzioni europee, avrebbe richiesto “nuove soluzioni”, che si sarebbero sostanziate, appunto, nell’introduzione in Costituzione dell’obbligo, per lo Stato e per le sue articolazioni, di difendere l’identità tradizionale e religiosa del Paese<sup>14</sup>, consacrando nella Carta Fondamentale la vocazione di “Repubblica cristiana” dell’Ungheria, oltre che il suo ruolo storico di “bastione della cristianità” (“*propugnaculum Christianitatis*”) in Europa<sup>15</sup>.

Meno noto ma sostanzialmente analogo nei suoi tratti fondamentali è il caso della Bulgaria, ove la necessità di difendere l’identità nazionale e i valori tradizionali della maggioranza “autoctona” ha indotto, nel 2018, la Corte costituzionale ad affermare l’incostituzionalità della

<sup>11</sup> Cfr. il discorso di Viktor Orban al *28th Balvanyos Summer Open University and Student Camp*, 22 luglio 2017, Tusnadfurdő (Băile Tușnad, Romania).

<sup>12</sup> Cfr. Unofficial translation of Bill number T/332 of 2018 by the Hungarian Helsinki Committee.

<sup>13</sup> Cfr. SCHLAGWEIN, (2020).

<sup>14</sup> Cfr. la decisione n. 3/2019 della Corte costituzionale ungherese.

<sup>15</sup> Cfr. la decisione n. 32/2021 della Corte costituzionale ungherese.

ratifica, da parte del Parlamento, della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011 (cosiddetta "Convenzione di Istanbul"), cui l'Unione europea aveva aderito l'anno precedente<sup>16</sup>.

La decisione si fonda sull'assunto per cui la ratifica della Convenzione avrebbe introdotto nell'ordinamento bulgaro il concetto (asseritamente ambiguo) di "*gender*" e "identità di genere", che la Corte ritiene incompatibile con l'ordinamento bulgaro, in cui il concetto (giuridico) di "sesso" deve essere necessariamente interpretato alla luce dell'"identità, valoriale, spirituale e culturale bulgara", e dunque dei valori che l'ordinamento giuridico deve ricavare necessariamente da "altri sistemi normativi, come quello religioso, morale e tradizionale"<sup>17</sup>. Tali valori impongono che, in Bulgaria, il concetto di "sesso" possa essere declinato esclusivamente in senso "binario" e "biologico", ed esistano pertanto due soli "generi" (maschile e femminile) legalmente riconosciuti.

Il tema non è, però, affatto limitato agli ordinamenti degli Stati membri dell'Est e, recentemente, la questione della difesa dei "valori europei" e delle identità nazionali tradizionali è stata posta al centro del dibattito politico e sociale anche in Paesi dell'"Europa dei Quindici" e, segnatamente, in Italia (specie nella XIX legislatura, a seguito della formazione del Governo guidato da Giorgia Meloni).

Basti pensare alla recente proposta di revisione costituzionale che vorrebbe modificare l'articolo 7 Cost. (che contiene oggi il fondamentale principio concordatario e di separazione degli ordini), introducendo un nuovo comma 4 ai sensi del quale "La Repubblica si riconosce nei valori storico-culturali e sociali delle sue radici giudaico-cristiane"<sup>18</sup>. La necessità della revisione – che ricorda da vicino le riforme costituzionali "identitarie" già approvate in Ungheria – è stata sostenuta dai proponenti sulla base dell'argomento per cui i Padri fondatori dell'Unione europea avrebbero "erroneamente cancellato ogni riferimento ai principi più preziosi – e ineguagliabili – dell'iden-

<sup>16</sup> Cfr. la decisione n. 13/2018 della Corte costituzionale della Bulgaria.

<sup>17</sup> Si veda SMILOVA, (2020).

<sup>18</sup> Cfr. Atto Senato n. 617, XIX legislatura, 23 marzo 2023.



tà culturale europea, delle sorgenti che contraddistinguono l'Europa stessa come tale: le radici cristiane", che sarebbero il "collante" della "Nazione" e la "cellula" da cui la Costituzione "è stata generata", "il principio fondante dell'identità europea", "sorgenti storiche e madri del patrimonio culturale e spirituale" del continente. In questa prospettiva, il "tradimento" dell'Unione (la rinuncia delle sue istituzioni a promuovere una "comunanza di valori e di radici" proteggendo i propri valori tradizionali), avrebbe "aperto un varco a coloro che vogliono imporci la loro cultura oscurantista, ergo al terrorismo di matrice islamica", così come ad "attacchi esterni" volti a erodere l'identità nazionale tradizionale e la "verità storica" dell'appartenenza del popolo italiano (e dei popoli europei) ai valori cristiani.

In senso analogo si sono sviluppate, nell'ultima decade, innumerevoli altre iniziative che, per via legislativa, giurisdizionale, o amministrativa, si sono mosse nel senso della difesa dell'identità nazionale e dei valori tradizionali dall'erosione prodotta dalle migrazioni, dal multiculturalismo, dalla globalizzazione, e dall'integrazione europea<sup>19</sup>. Si pensi, solo per fare alcuni esempi tra i molti possibili, al riconoscimento della lingua italiana come "lingua ufficiale" e "vettore" dell'identità nazionale, provvista di una "primazia immanente" e di una "centralità costituzionalmente indefettibile"<sup>20</sup>, al "revival", nella comunicazione politico-istituzionale e nella giurisprudenza costituzionale<sup>21</sup> del concetto di nazione e dell'unità e omogeneità valoriale del popolo italiano, alla ripermetrazione in senso identitario dell'istituto della cittadinanza, all'introduzione nella scuola dell'obbligo dell'insegnamento del "valore della patria" e dei valori della "famiglia tradizionale", all'imposizione nello spazio pubblico dei simboli (civici e religiosi) della maggioranza nazionale<sup>22</sup>, o alle nuove politiche di "sovranoismo alimentare".

Si pensi, ancora, alla rilevanza che il tema della difesa dell'identità nazionale e dei valori tradizionali ha avuto nella cosiddetta "Brexit", ove centrale è stata la promessa, da parte dei promotori del recesso

<sup>19</sup> Sia consentito il rinvio a CAVAGGION, (2025), 184 ss., op. cit..

<sup>20</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza n. 42/2017.

<sup>21</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza n. 192/2024.

<sup>22</sup> Si vedano: DI COSIMO, (2020); GIANFRANCESCO, (2021).

dall'Unione europea, che con il referendum del 2016 sarebbe stato possibile “riprendere il controllo”, proteggendo la maggioranza britannica (*rectius*, inglese), la sua identità, la sua cultura e il suo stile di vita tradizionali dalle minacce derivanti dall'immigrazione incontrollata imposta dalle istituzioni europee attraverso le regole dello spazio di libera circolazione<sup>23</sup>. In quest'ottica, parte dell'elettorato è stata convinta che, lasciando l'Unione europea, il Regno Unito avrebbe potuto riaffermare la sua “forma di vita” tradizionale e il suo “eccezionalismo”, “diluiti” dalle migrazioni e dalla globalizzazione, restituendo una voce alla “maggioranza silenziosa”, ormai a rischio di estinguersi e di essere sopraffatta dalle grandi trasformazioni sociali, economiche, demografiche e culturali del nostro tempo.

In generale, la difesa dell'identità nazionale e dei valori tradizionali si pone al centro dell'agenda politica di tutte le forze populiste, nazionaliste e sovraniste europee (e non solo: basti pensare al caso di Donald Trump negli Stati Uniti d'America), di maggioranza e di opposizione, ed è stata ben fotografata, di recente, nella “Carta dei Valori della Destra Sovranista Europea”, stipulata nel 2021 da quindici movimenti populistici del continente<sup>24</sup>, che si dichiarano “partiti interessati alla libertà delle nazioni e al sentimento dei popoli europei, che rappresentano cittadini legati da una tradizione europea”, preoccupati per via del fatto che, a seguito del progredire del processo di integrazione europea, “le nazioni si sentono lentamente spogliate del loro diritto ad esercitare i loro legittimi poteri sovrani”. Essi accusano espresamente l'Unione europea di avere tradito la sua missione originaria, in quanto “invece di proteggere l'Europa e il suo patrimonio, invece di permettere il libero sviluppo delle nazioni europee, sta diventando essa stessa una fonte di problemi, preoccupazioni e incertezza”, “sempre più uno strumento di forze radicali che vorrebbero realizzare una trasformazione culturale e religiosa, per arrivare alla costruzione di

<sup>23</sup> Si vedano SCHERTZER, WOODS, (2022), 162 ss.

<sup>24</sup> Hanno firmato il documento gli esponenti di Lega e Fratelli d'Italia (Italia), Rassemblement National (Francia), FPÖ (Austria), Vlaams Belang (Belgio), DPP (Danimarca), EKRE (Estonia), PS (Finlandia), PIS (Polonia), Vox (Spagna), JA21 (Paesi Bassi), EL (Grecia), PNT-CD (Romania), LLRA-KSS (Lituania), VMRO (Bulgaria).

un'Europa senza nazioni, puntando alla creazione di un Superstato europeo, alla distruzione o alla cancellazione della tradizione europea, alla trasformazione delle istituzioni sociali e dei principi morali fondamentali", attraverso l'imposizione di un vero e proprio "monopolio ideologico". Per raggiungere questo obiettivo, le istituzioni dell'Unione avrebbero operato una "costante reinterpretazione dei Trattati [...] a svantaggio degli Stati", "incoerente con i valori dell'Unione".

Le forze populiste si ripropongono, pertanto, di dare vita a una "cooperazione delle nazioni europee [...] basata sulle tradizioni, il rispetto della cultura e della storia degli Stati europei, sul rispetto dell'eredità giudaico-cristiana dell'Europa e sui valori comuni che uniscono le nostre nazioni, e non puntando alla loro distruzione". Si propone, in particolare, la difesa della famiglia come "unità fondamentale delle nostre nazioni", nella convinzione che il sostegno della famiglia tradizionale, e non invece l'"immigrazione di massa", dovrebbe rappresentare la vera risposta alla "grave crisi demografica" del continente.

Il documento ha, senza dubbio, un valore prettamente simbolico, ma pare comunque esemplificativo dell'emersione e del progressivo consolidamento, in Europa (e in Italia), di posizioni politiche identitarie e nazionaliste che un tempo si erano credute limitate a specifici ordinamenti interessati da derive illiberali o, addirittura, autoritarie e anti-democratiche, come ad esempio nel caso di alcuni degli Stati facenti parte del cosiddetto "gruppo di Visegrad".

Nella stessa direzione sembra muoversi, peraltro, la lettera recentemente inviata da nove Capi di Governo europei (tra cui la Presidente del Consiglio italiana Meloni) al Consiglio d'Europa, con la quale essi hanno denunciato una asserita inadeguatezza della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo a far fronte alle sfide delle grandi migrazioni e del mondo globalizzato, a maggior ragione per via delle interpretazioni estensive operate dalla Corte di Strasburgo, che i Governi nazionali ritengono iper-tutelanti per i migranti, nella misura in cui impedirebbero (o comunque renderebbero eccessivamente difficoltosa) l'espulsione e la deportazione di coloro che "hanno scelto di non integrarsi e si sono isolati in società parallele, allontanandosi dai valori fondamentali dell'eguaglianza, della democrazia e della libertà", o addirittura hanno "commesso crimini", mostrandosi così "ingrati" nei

confronti delle “società che li avevano accolti”<sup>25</sup>. I Governi firmatari hanno chiesto, pertanto, alla Corte EDU di operare un *revirement* sul tema della tutela dei diritti dei migranti e degli stranieri, ai fini di rendere più agevole il loro tracciamento, la loro espulsione, e la loro deportazione.

In definitiva, la *ratio* sottesa alla “difesa culturale delle nazioni” (“*cultural defence of Nations*”)<sup>26</sup> o “difesa dell’identità costituzionale” (“*constitutional identity defence*”)<sup>27</sup> promossa dalle forze politiche populiste è quella di “cristallizzare” al massimo livello consentito nell’ordinamento un vero e proprio “mito etno-nazionalista”<sup>28</sup>, fondato sulla primazia dell’identità tradizionale e dei suoi valori, che, traditi dall’Unione europea in nome di un globalismo e un multiculturalismo “nemici” dei popoli degli Stati membri, necessiterebbero oggi di una protezione rinforzata da parte delle istituzioni nazionali, in una partita in cui la posta in gioco è quella della sopravvivenza stessa della comunità statale nella sua configurazione socio-culturale storicamente prevalente. Trattasi di una postura che, se portata alle sue estreme conseguenze, pare capace di ingenerare, nel futuro a medio e lungo termine, una profonda trasformazione in senso illiberale di alcuni dei capisaldi del costituzionalismo contemporaneo<sup>29</sup>.

### 3. Prospettive future: la promozione del “patrimonio genetico” della tradizione costituzionale comune come risposta alla crisi dei valori europei

È in questo quadro di riferimento che si innesca, allora, il cortocircuito relativo alla definizione e alla difesa dei “valori europei”, che fi-

<sup>25</sup> Cfr. la lettera del 22 maggio 2025, sottoscritta dal Primo Ministro della Danimarca, dal Presidente del Consiglio dei Ministri della Repubblica italiana, dal Cancelliere federale dell’Austria, dal Primo Ministro del Belgio, dal Primo Ministro della Repubblica Ceca, dal Primo Ministro dell’Estonia, dal Primo Ministro della Lettonia, dal Presidente della Repubblica della Lituania, e dal Primo Ministro della Repubblica di Polonia.

<sup>26</sup> Si veda ORGAD, (2015), op. cit.

<sup>27</sup> Si vedano: FARAGUNA, (2024); MARTINICO, (2020).

<sup>28</sup> Si veda BENNETT, (2022).

<sup>29</sup> Sia consentito il rinvio a CAVAGGION, (2025), 475 ss., op. cit..

niscono così per essere interpretati in senso radicalmente opposto, come si è visto, dalle istituzioni dell'Unione europea e dalle forze politiche "tradizionali" da un lato, e dai Governi di alcuni Stati membri e dalle nuove forze politiche populiste dall'altro.

Per le istituzioni dell'Unione e per le forze politiche "tradizionali" i "valori europei", e dunque il fondamento della "*European way of life*", coincidono, di fatto, con i principi fondamentali del costituzionalismo democratico liberale pluralista, e dunque con le fondamenta della tradizione costituzionale comune sulle quali l'Unione europea è stata edificata, nella prospettiva di un'integrazione non solo economica, ma anche politica, culturale, sociale e costituzionale.

Per le forze politiche e i Governi nazionali populistici e nazionalisti, i "valori europei" sono invece i valori etico-morali (e, a volte, religiosi) della tradizione, che hanno contraddistinto la "forma di vita" storicamente prevalente nelle società del continente, provvisti di una centralità "immanente" e indefettibile per il solo fatto di essere stati i "valori dei padri e delle madri", e che pertanto dovrebbero essere "cristallizzati" e mantenuti perennemente uguali a sé stessi, se del caso anche attraverso la loro imposizione in capo alle minoranze.

Pertanto, per le posizioni europeiste difendere i valori europei significa proteggere il pluralismo e i diritti delle minoranze, mentre per le posizioni populiste difendere i valori europei significa limitare il pluralismo e difendere i diritti della maggioranza, con la conseguenza che queste due diverse forme di difesa dei "valori europei" possono ben entrare in contrasto l'una con l'altra<sup>30</sup>, generando un'inevitabile frizione tra Unione e Stati membri.

Un'ambiguità di questa portata è possibile, in primo luogo, proprio per via della mancanza di un vero "*demos europeo*"<sup>31</sup>, e dunque di un *idem sentire* che possa sorreggere la trasformazione della cittadinanza europea da cittadinanza transnazionale a cittadinanza politico-costituzionale<sup>32</sup>.

L'ambiguità è possibile, in secondo luogo, perché le forze politiche populiste giocano sulla (apparente) indeterminatezza del concetto di

<sup>30</sup> Si veda BIFULCO, (2018).

<sup>31</sup> Si vedano: BILANCIA, (2012); PADOA-SCHIOPPA, (2009).

<sup>32</sup> Si veda PINELLI, (2007).

“valori” evocato dall’articolo 2 TUE. I “valori” sono normalmente intesi, nelle scienze giuridiche, come costrutti etici o morali, come tali meta-giuridici, che assumono portata normativa solo attraverso la loro eventuale traduzione in regole, nella forma di principi<sup>33</sup>. I populismi tentano pertanto di “agganciare” al concetto, indubbiamente giuridico (al di là del termine utilizzato), di “valori europei” evocato dai Trattati<sup>34</sup>, il sostrato etico-morale delle identità nazionali tradizionali.

L’ambiguità è possibile, infine (e soprattutto), perché nella battaglia per la protezione dell’identità nazionale e dei valori europei viene incanalato il sempre crescente malessere socio-economico che serpeggia nelle comunità nazionali europee, imputabile all’incapacità dei Governi nazionali, ma anche dell’Unione stessa, di offrire una risposta convincente alle grandi crisi del XXI secolo (salva, forse, la parentesi virtuosa di *Next Generation EU*)<sup>35</sup>.

In questo quadro di riferimento, le iniziative che l’Unione europea ha posto in essere, nel quinquennio 2019-2024, per la promozione e il consolidamento dell’identità europea e dei valori fondamentali della tradizione costituzionale comune, si sono rivelate sostanzialmente insoddisfacenti o, quantomeno, sottodimensionate rispetto alla magnitudine della sfida posta dalla rivendicazione populista dei “diritti delle maggioranze”, nel senso che esse non sembrano essere state in grado di promuovere efficacemente un concetto di “valori europei” alternativo rispetto a quello di cui si sono appropriati i populismi nazionali.

Invero, le misure adottate nell’ambito della priorità politica relativa alla promozione della “forma di vita” europea (“*Promoting our European way of life*”) indicata dalla prima Commissione von der Leyen si sono concentrate su materie quali la riforma del sistema di immigrazione e asilo (in particolare con il controverso “Patto” del 2024), l’introduzione di specifiche misure anti-discriminazione (contro il razzismo, l’antisemitismo o l’antiziganismo), la sicurezza e il contrasto della criminalità, e il potenziamento della sanità e del diritto alla salu-

<sup>33</sup> Si vedano: LUTHER, (2002, 14 ss.); RUGGERI, (2009); MODUGNO, (2019); D’ATENA, (2012), 15 ss.

<sup>34</sup> Sia consentito il rinvio a CAVAGGION, (2023).

<sup>35</sup> Si vedano SCUTO, (2022), 9 ss.; MASTROMARINO, (2024), 11 ss.

te<sup>36</sup>. Trattasi di iniziative che, pur certamente meritorie (e che hanno addirittura incluso la nomina di un Commissario *ad hoc* per la “Promozione dello stile di vita europeo”, nella persona del Vice-Presidente della Commissione Margaritis Schinas), non sembrano aver effettivamente promosso la conoscenza e il rispetto di un sostrato valoriale, politico, sociale, economico e culturale condiviso tra i cittadini dell’Unione, e non hanno quindi attinto direttamente al “cuore” della questione della definizione del “nucleo duro” e irrinunciabile dell’identità europea e, in particolare, della riconducibilità a tale “nucleo duro” del “patrimonio genetico” della tradizione costituzionale comune: i valori del costituzionalismo democratico liberale pluralista<sup>37</sup>.

Allo stesso tempo, la procedura d’infrazione aperta a carico dell’Ungheria (attualmente all’esame della Corte di Giustizia) per violazione dei valori fondamentali europei della dignità umana e del rispetto dei diritti delle minoranze di cui all’articolo 2 TUE, oltre che dell’articolo 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione, che impone il rispetto della dignità umana<sup>38</sup>, che ha rappresentato forse l’iniziativa più incisiva per la difesa della “*European way of life*” democratica, liberale e pluralista, è stata a sua volta additata dai partiti populistici e nazionalisti alla stregua dell’ennesimo tentativo dell’Unione di imporre i suoi “falsi valori” in luogo dei valori tradizionali delle maggioranze nazionali.

Permane pertanto sostanzialmente immutata la situazione che ha caratterizzato il fallimento del Trattato costituzionale europeo all’inizio del XXI secolo, e manca, oggi come all’ora, un reale consenso tra i cittadini degli Stati membri in merito a cosa siano i valori e l’identità europei, stante la perdurante incapacità dell’Unione di “forgiare” un reale senso di appartenenza a una medesima comunità politica, e non solo a un mercato comune<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> L’elenco delle iniziative volte all’implementazione della priorità politica in questione è stato reso disponibile dalla Commissione europea all’url [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life_en)

<sup>37</sup> Così, BILANCIA, (2012), 164.

<sup>38</sup> Cfr. il caso, pendente dinanzi alla CGUE, C-769/22.

<sup>39</sup> Si veda LETTA, (2024).

In questo contesto sarà decisiva, allora, per la soluzione al problema dei “valori europei”, la capacità della seconda Commissione von der Leyen e delle istituzioni dell’Unione di dare attuazione al programma politico delineato per il quinquennio 2024-2029.

Anche per questo quinquennio, infatti, la Commissione ha scelto di dedicare una delle proprie priorità politiche alla difesa dei valori europei e, segnatamente, alla “Protezione della nostra democrazia e difesa dei nostri valori” (“*Protecting our democracy, upholding our values*”)<sup>40</sup>. La Commissione si prefigge, in particolare, di difendere i valori che hanno assicurato ai cittadini europei le libertà e i diritti che definiscono la loro “forma di vita”, difesa da cui dipende il futuro stesso dell’Europa e della democrazia in un mondo sempre più diviso e fratturato. L’obiettivo è quello di forgiare un continente unito nell’adesione ai valori della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali della persona, anche attraverso meccanismi di coinvolgimento diretto dei consociati che mettano i cittadini europei al centro dei processi democratici.

E tuttavia, al di là di tali, condivisibili, obiettivi, se si osservano le prime iniziative poste in essere per implementare la priorità politica in esame, l’impostazione non sembra discostarsi di molto, a oggi, da quella che aveva caratterizzato il quinquennio 2019-2024, se appena si considera che esse si sostanziano (per ora) in strumenti per la sicurezza (e in particolare la cybersicurezza), per il contrasto alla disinformazione e la difesa della democrazia da ingerenze esterne, e per la protezione dello Stato di diritto, specie attraverso meccanismi di condizionalità per l’accesso ai fondi del bilancio europeo (come già previsto, peraltro, dal regolamento 2020/2092).

Occorrerà, allora, uno sforzo ulteriore da parte dell’Unione e delle sue istituzioni per confrontarsi seriamente, una volta per tutte, con il tema dei “valori europei” e della loro difesa, in una prospettiva che vada oltre la mera repressione delle derive illiberali generate dai populismi in seno agli ordinamenti nazionali, e che abbracci invece la promozione tra i consociati del senso di appartenenza a una comunità politica fondata sulla conoscenza e il rispetto<sup>41</sup> dei principi fondamentali

<sup>40</sup> Cfr. EU Commission, *Political Guidelines of the Commission 2024-2029*, 2024.

<sup>41</sup> Si veda in punto DAL CANTO, (2011), 164.



della tradizione costituzionale democratica liberale pluralista e sociale, che sola può porsi alla base di un'integrazione sociale, politica, e culturale<sup>42</sup> che vada, infine, ad affiancare (e completare) l'integrazione economica nel mercato comune. Solo così sarà possibile, pare, "disinnescare" il pericolo di una deriva illiberale della forma di Stato democratico liberale sociale e pluralista, sotteso alla "captazione" e alla distorsione dei valori europei da parte delle forze politiche populiste, nazionaliste ed euroscettiche.

### *Riferimenti bibliografici*

- Baldini V. (2011), La società multiculturale come "questione giuridica". *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1.
- Bauböck R. (2022), Cultural majority rights: has multiculturalism been turned upside down?. *Ethnicities*, vol. 22, n. 4.
- Bennett S. (2022), Mythopoetic Legitimation and the Recontextualisation of Europe's Foundational Myth. *Journal of Language and Politics*, vol. 21, n. 2.
- Bifulco R. (2018), Europe and constitutional pluralism: prospects and limitations. *Italian Journal of Public Law*, vol. 10, n. 2.
- Bilancia P. (2012), La nuova governance dell'eurozona: alla ricerca del demos, in Angelini F., Benvenuti M. (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi*, Napoli, Jovene.
- Bilancia P. (2012), *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law*, Milano, Giuffrè.
- Bilancia P. (2023), La solidarietà come "collante" dell'integrazione europea. Bertolini E., Cuocolo L., Frosini J., Montanari L., Parodi G., Pollicino O., Orru R., Romeo G., Vendaschi A. (a cura di), *Itinerari della comparazione: scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, Milano, Egea.
- Cavaggion G. (2023), Nuove e vecchie sfide per i valori europei: tra "promozione dello stile di vita europeo" e difesa delle identità culturali. *Centro studi sul Federalismo Research Papers*, ottobre 2023.

<sup>42</sup> Si vedano: LUTHER, (2007); BILANCIA, (2023).

- Cavaggion G. (2025), *I diritti della maggioranza nel costituzionalismo contemporaneo. Possibili derive illiberali della difesa dell'identità nazionale*, Torino, Giappichelli.
- D'Atena A. (2012), I principi ed i valori costituzionali. D'Atena A. (a cura di), *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Torino, Giappichelli.
- Dal Canto F. (2011), Art. 1 comma 25. De Francesco G., Gargani A., Manzoni D., Pertici A. (a cura di), *Commentario al "pacchetto sicurezza"*, Torino, Utet.
- De Waal T., Duyvendak J.W. (2022), *The majority oppressed? On asymmetrical multiculturalism and majority rights*, in *Comparative Migration Studies*, vol. 10.
- Di Cosimo G. (2020), *Gli spazi pubblici e la religione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 6.
- Di Cosimo G. (2025), Diritto costituzionale e multiculturalismo: trent'anni dopo. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*.
- Eisenberg A. (2020), *The rights of national majorities: toxic discourse or democratic catharsis?*, in *Ethnicities*, vol. 20, n. 2.
- Faraguna P. (2024), Unconstitutional Constitutional Identities in The European Union. Hirschl R., Roznai Y. (a cura di), *Deciphering the Genome of Constitutionalism: The Foundations and Future of Constitutional Identity*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gianfrancesco E. (2021), *Il ragionevole accomodamento e l'esposizione di simboli religiosi: potenzialità e limiti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6.
- Gest J. (2021), Majority minority: a comparative historical analysis of political responses to demographic transformation. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 47, n. 16.
- Habermas J. (1992), *Autonomy and solidarity*, New York, Verso, 200 ss.
- Joppke C. (2022), Populism and cultural majority rights. An uneasy relationship. Orgad L., Koopmans R. (a cura di), *Majorities, minorities, and the future of nationhood*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kaufmann E. (2019), *Whiteshift. Populism, immigration and the future of white majorities*, London, Penguin.
- Koopmans R. (2018), Cultural rights of native majorities between universalism and minority rights. WZB Berlin Social Science Center Discussion Papers.
- Letta E. (2024), *Molto più di un mercato*, Bologna, il Mulino.

- Luining M., Van Hout T. (2024), Subverting EU legal concepts. How Hungary enacts illiberalism in constitutional discourse. *Journal of Language and Politics*, vol. 23, n. 5.
- Luther J. (2002), Come interpretare i principi fondamentali della Costituzione. Luther J., Malfatti E., Rossi E. (a cura di), *I principi fondamentali della Costituzione italiana*. Lezioni, Pisa, Plus.
- Luther J. (2007), *Europa costituenda. Studi di diritto, politica e cultura costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Martinico G. (2020), Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE. *DPCE online*, n. 3.
- Mastromarino A. (2024), Formazioni culturali e conflitti identitari. *Rivista AIC*.
- Modugno F. (2019), Interpretazione costituzionale. *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 8.
- Mos M. (2020), Ambiguity and Interpretive Politics in the Crisis of European Values: Evidence from Hungary. *East European Politics*, vol. 36.
- Müller J.-W. (2016), *What Is Populism?*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Newman D. (2017), Why majority rights matter in the context of ethno-cultural diversity: the interlinkage of minority rights, indigenous rights, and majority rights. Pentassuglia G. (a cura di), *Ethno-Cultural Diversity and Human Rights: Challenges and Critiques*, Leiden, Brill Nijhoff.
- Orgad L. (2015), *The cultural defense of Nations. A liberal theory of majority rights*. Oxford, Oxford University Press.
- Orgad L., Koopmans R. (2022), *Majorities, minorities, and the future of nationhood*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Padoa-Schioppa T. (2009), *Demos e Crazia in Europa*, in Astrid rassegna, 26 aprile 2009.
- Patten A. (2020), Populist multiculturalism: are there majority cultural rights?. *Philosophy & Social Criticism*, vol. 46, n. 5.
- Pinelli C. (2007), *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè.
- Pinelli C. (2019), Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale. *Questione giustizia*, n. 1.
- Pizzolato F. (2015), Ripensare la cittadinanza: dall'assimilazione all'integrazione. Gabrielli G. (a cura di), *Di generazione in generazione: teorie e pratiche dell'accoglienza*, Milano, Franco Angeli.

- Ruggeri A. (2009), Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa. *Astrid rassegna online*, n. 92.
- Scuto F. (2022), *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, Giappichelli.
- Schlagwein F. (2020), Viktor Orban's war on LGBT+ people in Hungary. DW, 21 maggio 2020.
- Schertzer R., Woods E.T. (2022), *The new nationalism in America and beyond. The deep roots of ethnic nationalism in the digital age*, Oxford, Oxford University Press, 162 ss.
- Smilova R. (2020), The Ideological Turn in Bulgarian Constitutional Discourse. The Rise Against "Genders". Sajo A., Uitz R. (a cura di), *Critical Essays on Human Rights Criticism*, The Hague, Eleven Publishing International.

Federica Fabrizzi \*

## LA GEOGRAFIA, IL TERRITORIO, I DIRITTI IN UN MONDO CHE CAMBIA

SOMMARIO: 1. Breve premessa sul concetto di “confine” e sulla sua aleatorietà. – 2. Cosa è urbano? Cosa è metropolitano? Cosa è periferico? – 3. Il caso italiano come esempio di disfunzionalità. – 4. La differenziazione come paradigma per una riorganizzazione efficace.

### 1. Breve premessa sul concetto di “confine” e sulla sua aleatorietà

In un lavoro significativamente intitolato *Frontiere, confini, limiti: e la geografia?*, il geografo Marcello Tanca, interrogandosi sul significato del confine in geografia, ricorda che per Richard Hartshorne la geografia è definita proprio come la scienza della differenziazione spaziale perché il compito del geografo consiste, appunto, nell’identificare regioni omogenee al loro interno e diverse da ciò che le circonda. Ricorda inoltre che in *La terra e l’evoluzione umana. Introduzione geografica alla storia* lo storico Lucien Febvre afferma che “nessun problema è più importante, in geografia, di quello delle suddivisioni” (TANCA, 2011).

Volendo sintetizzare molto – e correndo forse il rischio di semplificare eccessivamente – quando si suddivide non si fa altro che tracciare un confine, segnare quindi una linea che separa *cose differenti*.

Se i geografi si interrogano sul ruolo della geografia in questa operazione di “marcare le differenze”, lo stesso dovrebbero fare i giuristi, in particolare coloro che si occupano di diritto pubblico e di diritto degli enti locali. Il titolo di queste brevi riflessioni – che si pongono nella prospettiva di inquadrare la questione dei confini all’interno del concetto di differenza e della conseguente differenziazione da un punto di vista giuridico, senza pretesa di squadernare modelli o soluzioni –

\* Sapienza Università di Roma.

potrebbe essere, dunque, qualcosa che suoni: *Frontiere, confini, limiti: e il diritto pubblico?*

In altre parole, se la geografia è la scienza della differenziazione degli spazi, il diritto come si pone rispetto a questo?

Cominciamo col dire che la *differenza* può essere di diverso tipo: sempre dalla geografia sappiamo, ad esempio, che la delimitazione di un'unità fisica con caratteristiche geomorfologiche e geologiche diverse da quelle del territorio circostante segna il cosiddetto confine fisico. La differenza nella *forma* della terra identifica, dunque, un possibile criterio di distinzione. Ma quella fisica non è l'unica possibile suddivisione applicabile al territorio, esistendo anche suddivisioni che rispondono a logiche di altro genere, economiche o sociali o ancora culturali o storiche.

Dal punto di vista giuridico, l'elemento rilevante è che tutte queste possibili suddivisioni, di matrice diversa, devono trovare un momento di composizione e si devono tradurre nell'individuazione di un confine politico e amministrativo che separi "ciò che sta di qua" da "ciò che sta di là". È un'operazione tanto complessa, quanto necessaria: d'altra parte, si insegna nelle primissime lezioni di diritto pubblico che il territorio è un elemento costitutivo dello Stato, così come che gli enti pubblici territoriali sono tali proprio in quanto enti autonomi che si distinguono dagli altri enti pubblici esattamente per l'elemento del territorio: lo Stato italiano si distingue dallo Stato francese tramite un confine politico, esattamente come il comune di Todi è separato da quello limitrofo di Collazzone tramite una linea amministrativa, come accade per i comuni francesi di Saint-Genis-Pouilly e di Sergy.

La suddivisione tra livelli diversi di governo del territorio assume nella geografia amministrativa – che a buon titolo è stata definita "la più politica delle geografie" (DINI-ZILLI, 2021) – un'importanza fondamentale.

La linea che distingue, sia in senso verticale, tra Stati, che in senso orizzontale, all'interno degli Stati, i diversi soggetti, altro non è che un "fatto istituzionale", una sovrastruttura che ha la pretesa di rendere fisso ciò che, in realtà, fisso non sarebbe. Il confine politico-amministrativo, infatti, inteso come ciò che stabilisce la distinzione tra l'ente A e l'ente B in natura non esiste o, quanto meno, è assai poroso, suscettibile di modificarsi sulla base di mille diverse sollecitazioni e di

assestarsi in modi diversi in tempi diversi. Basti pensare che nel marzo del 2009 è stata diffusa la notizia che, in seguito allo scioglimento dei ghiacciai, parte dei confini tra Svizzera e Italia, disegnati nel 1861, si sono spostati di alcune decine di metri, rendendoli punti di riferimento ormai inadatti; tale fenomeno ha costretto, da un lato, i geografi ad aggiornare misurazioni, topografia e cartografia e, dall'altro, le autorità a pensare ad un "confine mobile".

Ora, se persino i confini fisici, "naturali", si modificano, spostandosi, è facile immaginare quanto siano potenzialmente mutevoli confini che si basano su fenomeni economici o sociali.

Ed infatti, come è noto, le nuove dinamiche che scaturiscono dai flussi globali di capitali e persone, dalla produzione e dalla gestione dei beni e dei servizi, così come dallo sviluppo della tecnologia e dalle nuove forme di comunicazione, sono tutti elementi che spingono nella direzione di una rapida e sempre mutevole ridefinizione dei confini economico-sociali, confini che sono indubbiamente diversi rispetto a quelli di anche solo qualche decennio fa.

A ciò si deve aggiungere la dimensione globale di taluni fenomeni: l'ambiente ed il digitale, per citare i due casi più macroscopici, mal sopportano le suddivisioni ed i confini, essendo per definizione non riducibili all'interno di territori politicamente e amministrativamente finiti.

A ben vedere, è l'idea stessa di confine così come la intendiamo ad essere sempre più in crisi "perché è in crisi la razionalità dello spazio politico, e delle appartenenze, e questo a causa delle spinte autonomistiche che si registrano a livello locale e delle dinamiche scaturite dai flussi globali di capitali e persone, di produzione, gestione, tecnologia, comunicazione" (TANCA, 2011).

Resta il fatto che le partizioni – i confini – non solo *tra* gli Stati ma anche *negli* Stati servono, giacché su di essi, pur nella varietà degli ordinamenti e dell'articolazione delle competenze, viene incardinata la diffusione dei servizi amministrativi essenziali: un elemento di rilievo nella programmazione e nell'implementazione delle politiche regionali è costituito proprio dall'individuazione di unità geografiche cui applicare le politiche. Così, da sempre l'autorità potestativa si esercita su un ritaglio territoriale che, separando ciò che separato magari non sarebbe, produce inevitabilmente delle differenze, che talvolta, peraltro,

possono avere anche conseguenze di non poco conto in termini di godimento di diritti e di fruizione di servizi: non si spiegherebbe altrimenti perché, nel decennio tra il 2005 ed il 2015, gli abitanti di ben 25 comuni del Veneto, regione a Statuto ordinario, hanno chiesto di passare nella circoscrizione territoriale del Trentino Alto-Adige, regione a Statuto speciale.

I confini amministrativi non solo servono, ma hanno anche la caratteristica di rimanere sufficientemente stabili. Gli Stati tendono, infatti, a mantenerli fissi per lungo tempo, perché modificare la griglia amministrativa troppo di frequente rappresenterebbe una soluzione di difficile gestione, che rischierebbe peraltro di produrre diseconomie. Così, nonostante sia riconosciuta come buona norma l'applicazione del principio della massima corrispondenza tra il bacino territoriale in cui avvengono le attività quotidiane e quello di governo delle stesse, talvolta tale principio si sacrifica e si verifica un disallineamento tra situazione *de jure* e situazione *de facto*. Nonostante lo scarto tra confini reali e confini amministrativi dei cosiddetti "bacini di vita" sia riconosciuto come un problema, resta evidente che alle modifiche *de jure* si giunge solo quando il territorio, naturalmente votato ad adeguarsi, non riesce più a compensare le diseconomie date da quello scarto. È in quel momento che dovrebbero intervenire le riforme.

## 2. Cosa è urbano? Cosa è metropolitano? Cosa è periferico?

Da quanto brevemente accennato, emerge chiara da una lato la necessità per gli Stati di individuare delle unità amministrative, che altro non sono che sezioni di territorio che designano una zona geografica per la quale un'autorità amministrativa ha la facoltà di prendere decisioni amministrative o strategiche, in conformità con il quadro giuridico e istituzionale dello Stato; dall'altra, la difficoltà nell'individuazione di criteri di delimitazione sufficientemente verificati e condivisi, stante la assoluta discrezionalità nella individuazione di indicatori, soglie, pesi.

La stessa Unione europea – che, come noto, non ha competenza sull'organizzazione territoriale degli Stati membri – ha sentito l'esigenza di istituire una nomenclatura statistica comune delle unità



territoriali, denominata “NUTS” (*Nomenclature of Territorial Units for Statistics*) e questo “per permettere la rilevazione, la compilazione e la diffusione di statistiche regionali armonizzate nell’UE” e “per condurre analisi socioeconomiche nelle regioni ed elaborare gli interventi nel contesto della politica di coesione dell’UE”<sup>1</sup>.

Il quadro che ne emerge è certamente assai variegato: sulla base di soglie demografiche, vengono individuati 3 livelli NUTS che nei 27 Stati dell’Unione si suddividono in 92 territori di livello NUTS 1 (per esempio gli Stati federati della Germania tedeschi, o la Danimarca, la Svezia); 268 territori di livello NUTS 2 (come le regioni italiane o le Comunità autonome in Spagna) 1214 territori di livello NUTS 3, tra i quali le province italiane, le Nomoi in Grecia, le Maakunnat in Finlandia, i Län in Svezia, le Kreise tedesche, i Dipartimenti francesi, le province spagnole, etc.

A questa suddivisione si aggiunge la partizione in LAU (Unità amministrative locali), ossia elementi costitutivi delle NUTS che comprendono i comuni dell’Unione europea: in ciascuno Stato membro, le LAU suddividono il livello NUTS 3 in uno o due ulteriori livelli di unità territoriale. E se per i tre livelli NUTS la situazione è variegata, per le LAU diventa ancora più frastagliata. Come riportato nel documento *Territorial reforms in Europe: Does size matter?*: “The average size of the English local government is almost 100 times larger than that of a typical French commune. *There is nothing like a typical or even dominant European ‘model’ of territorial organisation at the municipal level.* There is huge diversity in this respect and reforms relating to the size of municipal authorities are still topics of very hot debate and conflict in several countries” (corsivo nostro) (SWIANIEWICZ, GENDŹWILL, ZARDI, 2017).

Non si tratta, peraltro, solamente di un problema di *size*: ridurre al solo dato demografico o di estensione territoriale il problema dello *zoning* amministrativo è chiaramente un errore, giacché l’aspetto funzionale ha una rilevanza altrettanto significativa.

Un esempio evidente delle difficoltà nel ridurre la complessità territoriale in definizioni e “modelli” riproducibili si osserva quando, ad

<sup>1</sup> Come è riportato nella pagina web consultabile all’url [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document/04A\\_FT\(2017\)N51535](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document/04A_FT(2017)N51535).

esempio, si tenta di inquadrare il fenomeno delle città, ed in particolare di quelle che hanno caratteristiche “metropolitane”.

Intanto, occorre sottolineare come vi siano, appunto, almeno tre significati del concetto di città: *fisico*, come insieme del costruito; *politico-amministrativo*, che fa riferimento alla città come ambito territoriale definito dai confini amministrativi; *funzionale*, cioè connesso alle attività che vi si svolgono.

La vasta letteratura scientifica che si è occupata di sistemi urbani e di aree metropolitane dimostra come i ricorrenti tentativi di pervenire alla individuazione di criteri di delimitazione sufficientemente verificati e condivisi si siano imbattuti in enormi difficoltà. Di nuovo, vengono in soccorso gli studi di geografia nei quali la città viene descritta come un territorio sempre più esteso, quasi senza confini: vi è chi parla di città diffusa (INDOVINA, 2009); chi descrive la città come un “mosaico” di pezzi diversi e chi ricorre all’idea di arcipelago di isole, di “urban village”, di “patchwork” (LANZANI, PASQUI, 2011). In questi studi la città non è più vista come un territorio omogeneo, ma si sottolineano gli elementi di discontinuità, di interruzione, di frammentazione del territorio metropolitano. Discontinuità e frammentazione che, in Italia, anche l’Istat ha riscontrato come elemento nuovo nella definizione di spazio urbano: “nella città contemporanea l’intensificarsi dei flussi, il dilagare di forme insediative sparse in modo eterogeneo sul territorio, la commistione di usi urbani estesi allo spazio agricolo, rendono il *confine urbano sempre più sfumato* e indeboliscono il legame concettuale con le modalità di costruzione della città tradizionale” (corsivo nostro) (Istat, 2017).

Diverse ricerche hanno, dunque, messo in luce i nuovi principi relazionali alla base delle forme insediative e della morfologia urbana, che sono in aperta controtendenza rispetto alla concezione consolidata di uno spazio urbano nettamente distinto da quello non urbano.

Cambiano le forme insediative, cambia la morfologia urbana, cambia la città e, di converso, cambia anche ciò che città non è.

Così come risulta complesso definire oggi cosa sia centro urbano, allo stesso modo il concetto di “area periferica” o, per usare una terminologia più strettamente italiana, di “area interna”, ha perso parte dei suoi connotati: in un contesto digitalizzato, come si definisce il cri-

terio della “prossimità al cittadino”? Coincide ancora con la territorialità fisica, o si incarna ad esempio nell’accessibilità digitale ai servizi?

Se la transizione verso le infrastrutture *smart* è ritenuta fondamentale per gli ambienti urbani (PAPA, 2024), questa diventa cruciale nelle aree meno densamente popolate e/o meno interconnesse, che grazie a processi di digitalizzazione e innovazione possono colmare i gap.

Il bando da 10 milioni di euro dedicato alle “Soluzioni e servizi digitali per lo sviluppo socio-economico delle comunità territoriali periferiche attraverso la creazione e la valorizzazione delle destinazioni del turismo culturale”, lanciato nel maggio 2025 dall’Agenzia per l’Italia Digitale (AgID) rappresenta un’iniziativa strategica per promuovere la digitalizzazione dei borghi italiani, con l’obiettivo di valorizzare il patrimonio culturale e rilanciare il turismo nelle aree periferiche. L’iniziativa si colloca pienamente nel contesto di una complessiva strategia europea, sempre più orientata ad ampliare il campo di applicazione della *smartness*<sup>2</sup>, che potrebbe portare a riconsiderare la stessa classificazione dei territori.

Se si considera che in Italia vengono classificati come interni i comuni caratterizzati da perifericità spaziale rispetto ai poli di offerta di servizi e che, per classificarli, si usa il tempo (intermedi: 20’- 40’; periferici: 40’-75’; ultra-periferici: oltre 75’), non si può non notare come questo criterio possa essere oggi in parte superato. Non è un caso che l’analisi geografico-critica si muova verso “una più profonda considerazione di come le tecnologie digitali non solo abbiano modificato, potenziato o mediato i processi sociali esistenti, ma abbiano anche trasformato le forme e il funzionamento dello spazio fisico e operativo” (CERTOMÀ, GIACCARIA, ROMANO, CELATA, 2021).

Ma con che conseguenze giuridico-amministrative?

Una prima evidenza è che, ormai da tempo, chi si occupa di pianificazione territoriale guarda con sempre maggiore interesse a formule

<sup>2</sup> Come è stato scritto da Teresa Graziano: “Pur nelle differenze di politiche e pratiche alle singole scale nazionali (dai contratti di reciprocità in Francia alla “campagna intelligente” finlandese, passando per le piattaforme dei villaggi digitali tedeschi), le iniziative finora avviate declinano la *smartness* non soltanto in termini di infrastrutturazione tecnologica e digitalizzazione, ma anche di innovazione e inclusione sociale” (GRAZIANO, 2022).

di *governance* in grado di operare su domini a geometria variabile, nella consapevolezza che le realtà sono molteplici e cangianti.

Quella di una amministrazione a rete, dove la distribuzione delle funzioni non segue una struttura piramidale, ma si basa su modelli reticolari, più dinamici e adattivi, sembra essere sulla carta la soluzione più indicata per governare la sempre maggiore complessità dei territori e, infatti, guardando alle esperienze europee, risulta evidente come ogni Stato si orienti verso una progressiva e costante differenziazione interna, anche tra autonomie del medesimo livello.

Da questo punto di vista, l'esempio francese è forse il più significativo, trattandosi dello Stato considerato "patria dell'uniformismo": in quell'ordinamento esiste una rilevante differenziazione per le aree metropolitane, che le distingue non solo dal rimanente territorio, ma altresì le une dalle altre; le Métropoles presentano, così, soluzioni diverse per Lione rispetto a quelle previste per Parigi o per Marsiglia (VANDELLI, 2019).

Ma sull'importanza della differenziazione si tornerà.

### 3. *Il caso italiano come esempio di disfunzionalità*

Nel contesto di questa generale tendenza europea, volta da un lato a razionalizzare la suddivisione amministrativa e dall'altro a differenziare, fa in maniera preoccupante eccezione l'Italia. Il nostro Paese non solo non ha aggiornato la sua griglia amministrativa, ma quando lo ha fatto – intervenendo sulle province e istituendo le Città metropolitane con la legge 56/2014 – non sembra aver seguito alcun disegno complessivo, né alcun criterio funzionale.

Quello della mancata rispondenza degli areali amministrativi alle concrete forme di organizzazione di residenza, produzione e circolazione è indubbiamente un problema che l'Italia si trascina da sempre; tuttavia, l'assenza di un disegno di riordino territoriale – tanto a livello comunale, come pure provinciale e regionale – si è palesata in tutta la sua gravità nel momento in cui gli interventi che si sono succeduti hanno perseguito solo obiettivi di riduzione della spesa (si pensi solamente ai tagli subiti dall'ente provincia nell'arco di anni tra il 2008 ed il 2014), peraltro con esiti discutibili. L'intervento di *spending review*

ha, come ricordato, colpito il livello intermedio dell'area vasta, limitandosi peraltro alla trasformazione dell'ente provincia in ente ad elezione di secondo grado; nulla di realmente strutturale è stato previsto, invece, per il livello comunale che pure avrebbe, al pari dell'area vasta, necessità di un ripensamento. Le incongruenze, anche in questo caso, sono note: la maglia dei comuni non corrisponde più alla distribuzione territoriale delle attività produttive e residenziali e se, come già evidenziato nelle pagine precedenti, i bacini territoriali in cui si svolgono le attività quotidiane di residenza-produzione-consumo, si sono enormemente ampliati, la inevitabile conseguenza è che in Italia non c'è più corrispondenza tra la rete degli enti territoriali ed il numero degli "ambiti di vita".

Lo scollamento è riportato chiaramente nella descrizione che l'Istat ha fornito con riferimento alla distribuzione nel paese dei Sistemi Locali del Lavoro. Si leggeva già nel Report del 2014 dedicato proprio agli SLL: "Sono 611 i sistemi locali del lavoro (SLL) individuati dall'Istat nel 2011 in occasione del 15° Censimento della popolazione utilizzando gli spostamenti giornalieri casa/lavoro. Rispetto al 2001, si registra una riduzione di 72 unità. I sistemi locali del lavoro sono indipendenti dai confini amministrativi: sono 56 (9,2%) quelli che si collocano a cavallo di più regioni e 185 (30,3%) quelli che coinvolgono due o più province. I Sistemi di Voghera (Pavia) e Melfi (Potenza) sono gli unici a includere comuni appartenenti a tre regioni distinte. Il sistema locale di Milano, oltre ad essere il più esteso in termini di popolazione residente (quasi 3,7 milioni di abitanti), coinvolge 174 comuni, appartenenti a ben sette delle 12 province lombarde".

La zonizzazione funzionale mostra, dunque, numerosi fenomeni organizzativi che bypassano i limiti provinciali e regionali, e questo già più di dieci anni fa.

Dal citato Rapporto emergeva, inoltre, come nel corso degli anni le evoluzioni socio-economiche abbiano portato ad una diversa distribuzione della popolazione: "La dimensione dei sistemi 2011 è superiore a quella del 2001, sia come numero di comuni che li compongono (13,2 contro 11,9), sia per la popolazione che vi risiede (97mila abitanti contro 83mila). Sono complessivamente 221 i sistemi locali dove si registra una diminuzione della popolazione residente tra il 2001 e il 2011 (36,2%), localizzati soprattutto nel Mezzogiorno".

Tutta questa serie di dati e di informazioni avrebbe potuto – *rec-tius* avrebbe dovuto – essere utilizzata dal decisore pubblico per dare veste giuridica a concetti quali area metropolitana, città metropolitana, area interna, area periferica. Nulla invece è stato fatto.

Di più: chiunque legga questi numeri con un occhio critico dovrebbe avere contezza del fatto che una legislazione “piatta”, uguale su tutto il territorio nazionale, secondo il modello sperimentato fino ad oggi in Italia, non trova riscontro nelle dinamiche concrete del territorio. Si prenda, ad esempio, quanto si legge nel documento con riferimento al Sud d'Italia: “In linea generale il Mezzogiorno, a differenza del Centro-Nord, è maggiormente contraddistinto da sistemi locali di piccole dimensioni, come effetto di una maggiore debolezza complessiva del mercato del lavoro, dove le interazioni tra domanda e offerta di lavoro sono limitate. Di contro però, le regioni del Mezzogiorno hanno sistemi locali mediamente più autocontenuti, sia dal lato della domanda che dell'offerta di lavoro”.

Quanto riportato dall'Istat con riferimento ai Sistemi locali del lavoro sottolinea, altresì, le incongruenze sotto il profilo dell'organizzazione dell'area vasta, intesa nella duplice accezione che ha assunto nel nostro Paese di province e di città metropolitane. Anche in questo caso, qualche numero per esemplificare le asimmetrie esistenti: 10 province hanno più di un milione di abitanti, mentre ben 6 delle 20 regioni presentano una popolazione inferiore; 22 province presentano una popolazione maggiore di 800.000 abitanti; solo 3 città (province) metropolitane hanno più di 100 comuni, mentre 22 province hanno oltre 100 comuni; sul totale di poco meno di 8000 comuni, il 69% ha una popolazione inferiore a 5000 abitanti, distribuiti peraltro in modo assai disomogeneo sul territorio (in Piemonte ce ne sono 1046, in Puglia 84).

La soluzione adottata dal legislatore nel 2014 di identificare il territorio delle Città metropolitane con quello delle corrispondenti province è chiaramente descritta da tutti gli studi come illogica e, dunque, inefficiente. I confini provinciali – tranne alcune eccezioni, identificabili con i primi tre sistemi per popolazione residente, quelli di Milano, Roma e Napoli con, rispettivamente, 3,7, 3,5 e 2,5 milioni di abitanti – non possono qualificarsi come aree metropolitane perché non corrispondono alle densità relazionali e spaziali funzionali che caratterizza-

no oggi il territorio italiano. Non è d'altra parte un caso che nessuna delle 84 *Functional Urban Regions* individuate con procedura comune nel nostro Paese da Eurostat e OCSE corrisponda con un territorio provinciale.

Come evidenziato in attenti studi, “in un territorio con un policentrismo gerarchico come quello italiano [...] la questione metropolitana si presenta nella forma del consolidarsi di un’*interdipendenza asimmetrica* tra comuni contigui, dove l’asimmetria è data dalla presenza di un comune molto più grande degli altri la cui “forza di attrazione” organizza il territorio di riferimento. Questa asimmetria – e la natura dell’interdipendenza che ne consegue – mette in discussione la razionalità (sociale, politica, economica) dell’autonomia decisionale delle singole amministrazioni comunali e, in generale, dell’organizzazione politico-amministrativa vigente del territorio in questione” (CALAFATI, 2014).

Se in Italia si riflettesse seriamente sulla “questione metropolitana”, facendo tesoro di quanto le stesse dinamiche del territorio dicono, sarebbe del tutto evidente che Monza (che oggi non è città metropolitana di Milano) mai potrebbero essere disgiunta da Milano, al pari di Sesto San Giovanni (che invece è città metropolitana di Milano), così come Prato (che non è città metropolitana di Firenze) o Scandicci (che invece lo è) mai potrebbero essere separate da Firenze.

Invece, mentre altrove, in Europa, le grandi città hanno col tempo esteso i propri confini attraverso l’incorporazione di comuni contigui con i quali si era formata una integrazione spaziale e relazionale (si pensi al caso di Manchester e a quello di Monaco di Baviera), in Italia i confini amministrativi comunali sono rimasti immutati anche nei casi delle grandi città e le città metropolitane scontano la pesante asimmetria tra comuni capoluogo e altri comuni.

Sembra allora del tutto condivisibile oggi quanto scritto da Antonio Calafati già nel 2013: “Il problema del governo del territorio metropolitano può essere risolto solo *prendendo atto delle differenze nel grado e nella tipologia delle interdipendenze territoriali*. Esistono casi, molto diffusi, per i quali si devono innanzitutto ridisegnare i confini comunali per trasformare le città *de facto* in città *de jure*” (corsivo nostro) (CALAFATI, 2013).

Il caso italiano appare come particolarmente grave perché questo tipo di problema non riguarda solamente il livello metropolitano, ma è l'intera mappa dell'organizzazione territoriale-amministrativa dell'Italia a generare un'immagine del tutto sfocata – per non dire inappropriata – del territorio della penisola. Come impietosamente riferito dalla Società geografica Italiana: “la griglia separa luoghi che sarebbe conveniente stessero insieme, e ne tiene insieme altri la cui unione è semplicemente inefficiente” (Società Geografica Italiana, 2015).

#### 4. *La differenziazione come paradigma per una riorganizzazione efficace*

Il tempo di una seria riflessione interdisciplinare sulla zonizzazione, che intervenga sui confini amministrativi provando a ridurre lo scollamento tra la situazione *de facto* e la situazione *de jure*, sembrerebbe essere giunto per il nostro Paese. Gli studi economici, statistici e geografici dimostrano, infatti, come si sia raggiunto quel punto di frattura tra struttura amministrativa e struttura reale del Paese per cui la partizione, in luogo di rappresentare un fattore attivo di efficienza economica, è invece causa di diseconomie.

Ed è bene sottolineare come non si tratti solo di un problema di efficientamento del sistema, essendo piuttosto una questione che attiene al godimento dei diritti da parte dei cittadini e al raggiungimento di livelli essenziali di performance per l'intera popolazione. Basti pensare che nel caso delle piccole e medie città e delle aree metropolitane la domanda di servizi pubblici è sempre sottostimata perché è calcolata sulla scala della città amministrativa, e non su quella della città di fatto; o, ancora, basti considerare quanto siano poco lungimiranti le politiche pubbliche eccessivamente localistiche, soprattutto in materia di pianificazione territoriale.

È del tutto evidente che sarebbe altamente auspicabile che tale riordino territoriale fosse conseguente ad una seria riflessione anche sulle funzioni amministrative, ed anzi che partisse da una approfondita riflessione su queste e sul livello ottimale della loro allocazione.

Una riflessione di questo tipo, come già sottolineato, porterebbe probabilmente a valutare come necessaria l'adozione di un regime differenziato, con un significativo cambio di passo rispetto alla logica se-



guita fino ad ora dalla legislazione italiana, improntata ad un approccio che è stato definito “cieco rispetto alla differenziazione” (BIN, 2016), per non dire disturbato da essa.

Come è ampiamente noto, l'unica strada che è stata percorsa nel senso della differenziazione è quella riconducibile all'art. 116, comma 3, Cost. ed alla legge 86/2024, con tutte le problematiche e le questioni, anche di legittimità costituzionale, che ciò ha comportato e sulle quali non occorre soffermarsi (CECCHETTI, 2025).

Non è neppure compito di queste brevi riflessioni soffermarsi sul complicato tema teorico delle asimmetrie e del rapporto tra queste ed i sistemi federali, sebbene sullo sfondo degli spunti che qui si sono voluti offrire la questione indubbiamente ci sia. Nell'ambito del panorama comparato, e poi soprattutto guardando al caso italiano, le posizioni dottrinarie sono, come noto, assai divaricate. C'è chi ritiene, ad esempio, che si debba distinguere tra differenze o differenziazioni e asimmetrie perché “una cosa sono le differenziazioni che necessariamente intercorrono tra le unità componenti una qualsiasi entità composta, come lo Stato federale, e che possono essere della più varia natura (geografica, economica, demografica e così via); altra cosa sono le asimmetrie che possono esserci (oppure no) all'interno del medesimo Stato federale”. Secondo questa visione, “se è vero che le differenziazioni sono presenti in ogni Stato unitario composto, è anche vero che le differenze non creano necessariamente asimmetrie” (BIFULCO, 2020).

Secondo altri, “autonomia non può [...] che significare differenziazione, o almeno possibilità di differenziazione, dunque di approvare regole diverse da parte dei diversi territori. Risulta infatti evidente, fin dall'etimologia, che in presenza delle medesime regole non possa parlarsi di autonomia” (PALERMO, 2018).

La domanda di fondo sembra, allora, fin dove la differenziazione (e l'asimmetria) può essere tollerata in uno Stato unitario. A tale interrogativo una risposta è stata data dalla Corte costituzionale nella sent. 192/2024, che si è pronunciata sulla costituzionalità della cosiddetta legge Calderoli. In quella sede la Corte ha specificato che “Certamente qualsiasi sistema regionale ha in sé degli elementi di competizione tra le regioni, perché dà modo a ciascuna di esse, nell'ambito delle attribuzioni costituzionali, di seguire politiche differenti nella ricerca dei

migliori risultati. Tuttavia, *l'ineliminabile concorrenza e differenza tra regioni e territori*, che può anche giovare a innalzare la qualità delle prestazioni pubbliche, non potrà spingersi fino a minare la solidarietà tra lo Stato e le regioni e tra regioni, l'unità giuridica ed economica della Repubblica (art. 120 Cost.), l'eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti (art. 3 Cost.), l'effettiva garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera *m*, Cost.) e quindi la coesione sociale e l'unità nazionale – che sono tratti caratterizzanti la forma di Stato –, il cui indebolimento può sfociare nella stessa crisi della democrazia” (corsivo nostro).

Fondamentale, nella pronuncia, il diffuso ed articolato riferimento al principio di sussidiarietà, che la Corte pone a fondamento di tutto il ragionamento sulla possibilità/necessità di differenziare. È, infatti, il principio di sussidiarietà a rendere coerente l'art. 116, comma 3, Cost. con il disegno costituzionale ed è sempre il principio di sussidiarietà che “esclude un modello astratto di attribuzione delle funzioni, ma richiede invece che sia scelto, per ogni specifica funzione, *il livello territoriale più adeguato, in relazione alla natura della funzione, al contesto locale e anche a quello più generale* in cui avviene la sua allocazione” (corsivo nostro).

La differenziazione contemplata dall'art. 116, terzo comma, Cost. viene indicata dalla Corte non già come un fattore di disgregazione dell'unità nazionale e della coesione sociale, ma come “uno strumento al servizio del bene comune della società e della tutela dei diritti degli individui e delle formazioni sociali”.

Un fattore di “intrinseca flessibilità” che la Costituzione indica chiaramente nell'art. 118 dove, non a caso, si disciplinano le funzioni amministrative e dove, di nuovo non casualmente, il principio di sussidiarietà viene declinato secondo i criteri della differenziazione e dell'adeguatezza.

Come specificato dalla Corte, “secondo la prospettiva costituzionale, incentrata sul principio di sussidiarietà, la scelta sulla ripartizione delle funzioni legislative e amministrative tra lo Stato e le regioni o la singola regione, nel caso della differenziazione *ex* art. 116, terzo comma, Cost., non può essere ricondotta ad una logica di potere con cui risolvere i conflitti tra diversi soggetti politici, né dipendere da valutazioni meramente politiche. Il principio di sussidiarietà richiede che la

ripartizione delle funzioni, e quindi la differenziazione, non sia considerata *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*".

Descrivendo quel meccanismo come un ascensore, che deve saper si fermarsi al piano giusto, il principio di sussidiarietà esclude, dunque, un modello astratto di attribuzione delle funzioni e richiede invece che sia scelto, per ogni specifica funzione, il livello territoriale più adeguato, e che questa valutazione sia fatta in relazione alla natura della funzione, ed altresì al contesto al locale in cui avviene la sua allocazione. In modo, dunque, flessibile.

Naturalmente la flessibilità non può essere intesa come arbitrarieità: la ripartizione deve avvenire secondo il principio dell'efficacia e dell'efficienza nell'allocazione delle funzioni e delle relative risorse, dell'equità che la loro distribuzione deve assicurare e della responsabilità dell'autorità pubblica nei confronti delle popolazioni interessate all'esercizio della funzione.

Garantito, però, un controllo ed una supervisione *ex parte populi*, non vi sono impedimenti ad immaginare modelli flessibili.

D'altra parte, un elemento sembra incontrovertibile: esiste un "diritto dei luoghi" che si basa sulle differenze tra gli stessi ed esiste, come è stato assai efficacemente detto, "una fisiologica esigenza di differenziazione" (D'ORLANDO, 2025).

Lo dimostra il fatto che se si parla di regioni, inevitabilmente si fa riferimento alle profonde diversità di mappatura demografica, territoriale, altimetrica, produttiva, sociale e di tradizione amministrativa che le contraddistingue (BIN, 2016) e se si parla di province e di città metropolitane attenta dottrina ha giustamente sottolineato come ridurle ad uniformità sul piano delle funzioni amministrative e della stessa forma di governo "sarebbe non solo miope ma [appunto] anche contrario all'impianto costituzionale" (DE DONNO, 2025).

Persino rispetto ai comuni urbani – le città – è stato sottolineato come esiste una realtà amministrativa locale che presenta caratteristiche tali, in termini di governo degli interessi, da meritare un apprezzamento giuridico specifico. Che vi sia, dunque, la necessità che il grado di differenziazione nell'articolazione dei poteri pubblici tenga in maggior conto "quei centri che si collocano, per così dire, nel mezzo, ovvero che non sono né così piccoli da rientrare nelle specifiche leggi

oggi vigenti, né sono assorbiti nelle Città metropolitane” (GIGLIONI, 2025).

Quando si afferma, dunque, che “autonomia e differenziazione non sono curiose rivendicazioni da giustificare, ma precise esigenze costituzionali, tratti del nostro ordinamento che non si possono eliminare” (BIN, 2016), altro non si fa che tradurre sul piano costituzionale le evidenze empiriche di cui si è dato brevemente conto nelle pagine precedenti.

I principi di differenziazione e adeguatezza, presenti nel testo costituzionale, costituiscono il fondamento per l'esercizio differenziato del potere, un esercizio del potere che certamente non deve tradursi in un'arma (come è stato scritto, la differenziazione non “è uno spazio libero”, utile ad “armare” regioni alla ricerca di maggiori compiti politici in contrapposizione con l'uniformità statale (CARLONI, 2025)) ma che deve, al contrario, essere funzionale a fornire risposte differenziate, risposte specifiche a problemi specifici.

Se, come ampiamente riconosciuto in dottrina, il modello classico di riparto, improntato a criteri di uniformità e rigidità, si è dimostrato da tempo inadeguato, la soluzione non può che essere rintracciata nella differenziazione.

Differenziazione che, peraltro, è postulata, seguendo il ragionamento portato avanti nella sent. 240/2021, dallo stesso dettato dell'art. 114 Cost. In quella pronuncia, la Corte costituzionale, esprimendosi sulla questione della coerenza della soluzione per l'area vasta disegnata dalla legge 56/2014, ha, infatti, stigmatizzato il procedimento in base al quale “il territorio delle [città metropolitane] è stato fatto coincidere con quello delle [province], *senza quindi differenziare le comunità di riferimento* secondo opportuni criteri di efficienza e funzionalità, ciò che invece sarebbe necessario, ai sensi dell'art. 114 Cost., per far sì che le Città metropolitane e le Province siano in grado di *curare al meglio gli interessi emergenti dai loro territori*” (corsivo nostro).

Tale giurisprudenza costituzionale avvalorata la lettura dell'art. 114 Cost. quale principio di differenziazione e collega, correttamente, questo aspetto da un lato alla delimitazione territoriale degli enti e dall'altro al godimento dei diritti da parte dei cittadini che ricadono nei confini di quell'ente.

La soddisfazione dei bisogni specifici di ogni comunità, di ogni realtà economica e sociale, potrebbe essere raggiunta cambiando il paradigma dell'uniformità fin qui utilizzato e adottando sistemi flessibili, senza peraltro che questo significhi la dissoluzione dell'unità dell'ordinamento.

In fondo, vale per i territori esattamente lo stesso principio che si applica ai cittadini: il trattamento uguale per le situazioni uguali e il trattamento diverso per le situazioni diverse. E questo non già nella logica di acuire le distanze, ma, al contrario, esattamente in funzione di garantire il principio di eguaglianza sostanziale tra i cittadini.

### *Riferimenti bibliografici*

- Bifulco R. (2020). Differenziazioni e asimmetrie nella teoria federale, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1.
- Bin R. (2016). Chi ha paura delle autonomie?. In AA.VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli.
- Calafati A. (2013). Città e aree metropolitane in Italia (Cities and Metropolitan Areas in Italy). *GSSI Urban Studies Working Paper No. 1*.
- Carloni E. (2025). Dove va il regionalismo italiano. Considerazioni su differenziazione, amministrativizzazione, sussidiarietà. *Le Istituzioni del federalismo*, n. 1.
- Cecchetti M. (2025). La sentenza n. 192 del 2024 e la “dottrina” del giudice costituzionale sul regionalismo. *Focus territorio e istituzioni, federalismi.it*, n. 29.
- Certomà C., Giaccaria P., Romano A., Celata F. (2021). Percorsi di ricerca nelle Geografie del Digitale. In F. Dini, F. Martellozzo, F. Randelli, P. Romei (a cura di), *Oltre la globalizzazione – Feedback, Società di Studi Geografici*. Memorie geografiche NS 19.
- De Donno M. (2025). Gli insegnamenti della Corte costituzionale nella sentenza n. 192/2024. Quale lezione per le riforme locali?. *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1.
- Dini F., Zilli S. (2021). Sul cambiamento interno della geografia politica italiana. In F. Dini, F. Martellozzo, F. Randelli, P. Romei (a cura di), *Oltre la globalizzazione – Feedback, Società di Studi Geografici*. Memorie geografiche ns 19.

- D'Orlando E. (2025). Lo Stato (regionale) come integrazione. Asimmetrie e contrappesi. *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1.
- Indovina F. (2009). *Dalla città diffusa all'arcipelago metropolitano*, Milano;
- Istat (2014), *I Sistemi locali del Lavoro*. Report.
- Istat (2017), *Forme, livelli e dinamiche dell'urbanizzazione in Italia*.
- Gigliani F. (2025). Differenziare i Comuni: le città come nuovo soggetto di diritto?. *Diritto pubblico*, fascicolo 1.
- Graziano T. (2022). Gli smart villages per lo sviluppo delle comunità rurali: politiche, pratiche e modelli di innovazione in Europa. *Geotema*.
- Lanzani A.S., Pasqui A. (2011). *L'Italia al futuro. Città e paesaggi, economie e società*, Milano.
- Palermo F. (2018). Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti. *Le istituzioni del federalismo*, n. 2.
- Papa A. (2024). Smart city e inclusione (non solo) digitale. *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3.
- Società Geografica Italiana (2015). *Il riordino territoriale dello Stato*, Rapporto annuale della Società Geografica Italiana.
- Swianiewicz P., Gendźwill A., Zardi A. (2017). Territorial reforms in Europe: Does size matter? Territorial amalgamation toolkit. *Centre of Expertise for Local Government Reform*, Council of Europe.
- Tanca M. (2011). Frontiere, confini, limiti: e la geografia?. *Between*, vol. I, n. 1.
- Vandelli L. (2019). Il regionalismo differenziato. *Rivista AIC*, n. 3.

Laura Frosina \*

## VERSO QUALE FEDERALISMO? CRISI, CAMBIAMENTI E PROSPETTIVE DELLO STATO AUTONOMICO

SOMMARIO: 1. La *cuestión territorial* tra federalismo, asimmetria e secessione. – 2. La dimensione costituzionale asimmetrica dello Stato autonomico e il suo indebolimento nella prassi. – 3. Le rivendicazioni delle nazionalità storiche: i casi del Paese Basco e della Catalogna. – 3.1. La singolarità dei Paesi Baschi e il problema della mancata riforma statutaria. – 3.2. La Catalogna tra asimmetria, secessione e *finanziación singular*. – 4. Le prospettive di riforma dello Stato autonomico e le difficoltà di conciliare asimmetria e cooperazione. – 5. Riferimenti bibliografici.

### 1. *La cuestión territorial tra federalismo, asimmetria e secessione*

La *cuestión territorial* in Spagna rappresenta prima di tutto un problema storico, strettamente connessa ad alcuni passaggi chiave per la democratizzazione e la modernizzazione del Paese, che non ha trovato una risoluzione completa e soddisfacente nel corso della sua evoluzione storico-costituzionale<sup>1</sup>. Ciò non significa negare che il compromesso costituente del 78 sul modello autonomico sia stato un successo indiscusso della democrazia spagnola, poiché ha permesso a un Paese uscito da un lungo regime dittatoriale di creare uno spazio costituzionale di convivenza sociale fondato sulla integrazione del pluralismo, il riconoscimento della diversità territoriale e l'unità nazionale (CASTELLÁ ANDREU, 2018). L'esperienza dello Stato autonomico ha dato vita a un sistema quasi federale che ha dimostrato di funzionare

\* Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> La necessità di evitare rotture nella Transizione alla democrazia spagnola spiega la mancata risoluzione dello storico problema regionale, etichettato da alcuni -più specificamente- come “problema catalano”, che ha generato una frustrazione in coloro che aspiravano a una rimodulazione profonda del modello territoriale. ORTEGA y GASSET (2014), 56-57.

efficacemente, garantendo un elevato livello di decentramento territoriale e una piena integrazione sociale. Tuttavia, trascorsi circa quarantasei anni dall'entrata in vigore della Costituzione, le principali caratteristiche del modello autonomico, *abierto, indefinido, deconstitucionalizado*, che avevano favorito – specie nella sua prima fase di sviluppo – il pieno adattamento alle diversificate esigenze territoriali, stanno dimostrando sempre più i propri limiti, contribuendo a determinare malfunzionamenti, disuguaglianze e distorsioni di vario tipo. I difetti più vistosi che hanno maggiormente afflitto lo Stato autonomico nel corso degli ultimi decenni sono: la caotica distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Comunità autonome, da cui è scaturito un profluvio di ricorsi dinanzi al Tribunale Costituzionale; la carente funzione di coordinamento territoriale statale dovuta, prevalentemente, all'assenza di un Senato o di un'altra sede istituzionale di rappresentanza territoriale; il *deficit* di lealtà istituzionale e la debolezza dei meccanismi di cooperazione interterritoriale; un sistema di finanziamento autonomico lacunoso e incerto incapace di garantire l'uguaglianza e la solidarietà interterritoriale<sup>2</sup>. Queste criticità del sistema autonomico, sia di natura strutturale che sopravvenute nel corso della sua successiva evoluzione, hanno creato disuguaglianze territoriali significative, alimentando un terreno fertile per l'emersione di rinnovate spinte indipendentiste, pulsioni confederali o rivendicazioni di bilateralità estrema, che hanno incentivato -a loro volta- un'accentuata polarizzazione del dibattito politico oscillante tra opzioni secessioniste e proposte di ricentralizzazione<sup>3</sup>.

Nel dibattito dottrinale, invece, sembra emergere una volontà largamente condivisa di superare i principali problemi del Titolo VIII della Costituzione attraverso una revisione costituzionale orientata nella direzione del federalismo (AJA, 2014; ARAGÓN REYES, 2016; CAMARA VILLAR, 2018; RUBIO LLORENTE, 2014). La conversione dello Stato autonomico in un modello compiutamente federale rappresenta un orizzonte verso il quale propende non soltanto larga parte della

<sup>2</sup> Su questi e altri problemi dello Stato autonomico si rinvia a MUÑOZ MACHADO, (2017), 10-12. Più di recente, si vedano i vari contributi pubblicati nel volume a cura di GALERA VICTORIA, (2024), *passim*.

<sup>3</sup> Su questi temi si v., più di recente, DE MIGUELA BARCENA, (2025).



dottrina, ma anche alcuni partiti politici, *in primis* il *Partido socialista obrero español* (Psoe), in quanto viene considerata un elemento di indispensabile razionalizzazione istituzionale e una soluzione politico-costituzionale quasi “salvifica” per scongiurare scenari di frattura, o di disgregazione, minacciati da opzioni politiche di stampo secessionista. Il rinnovamento del compromesso costituente attraverso un *pacto federal*, le modifiche costituzionali per introdurre tecniche e meccanismi federali atti a migliorare la distribuzione delle competenze, la rappresentanza territoriale a livello istituzionale, la cooperazione interterritoriale, e il sistema di finanziamento autonomico, rappresentano degli obiettivi costruttivi ampiamente condivisi, ma non completamente risolutivi della irrisolta *cuestión territorial*. Uno dei nodi critici fondamentali, di cui la crisi indipendentista catalana ha costituito la punta dell’*iceberg*, è il ruolo dell’asimmetria costituzionale, giuridica e culturale, che è e continua a rimanere una caratteristica identificativa del modello territoriale spagnolo, la quale – se non adeguatamente affrontata – rischia di rimanere un problema strutturale irrisolto dello Stato delle autonomie (ARRIETA ALBERDI, 2025)<sup>4</sup>. In questo contributo ricostruirò alcuni dei fattori, statici e dinamici, più rilevanti dell’asimmetria nello Stato autonomico, al fine di ragionare, nella parte conclusiva, sul ruolo dell’asimmetria in un eventuale contesto federale rinnovato quale potenziale argine alle derive disgregative in grado di minacciarne l’integrità territoriale.

## 2. La dimensione costituzionale asimmetrica dello Stato autonomico e il suo indebolimento nella prassi

L’applicazione dell’asimmetria nell’ambito dei federalismi e regionalismi di carattere plurinazionale rappresenta uno strumento relativamente recente di gestione delle differenze e di risoluzione dei con-

<sup>4</sup> Si rinvia, in particolare, alle riflessioni di HERRERO, RODRIGUEZ DE MIÑÓN, (2010), 38, il quale osserva che la plurinazionalità asimmetrica rappresenta un contrasegno distintivo dello Stato autonomico, una parte fondamentale della sua struttura, il cui mancato riconoscimento può costituire problemi e generare tensioni che, se irrisolte, minacciano l’integrità della Spagna.

flitti nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo (TARLTON, 1965; MASTROMARINO, 2010). L'asimmetria si può connotare come *de jure* o *de facto* (WATTS, 2005), a seconda se venga riconosciuta e istituzionalizzata a livello costituzionale, legislativo, o rimanga meramente un fenomeno culturale, economico e sociale.

Il regionalismo spagnolo viene comunemente considerato un sistema asimmetrico, analogamente a quello italiano, poiché presenta delle differenziazioni territoriali di diversa natura ed entità che risalgono prevalentemente a fattori di origine storica. In particolare, la Costituzione spagnola del 1978 introduce elementi di differenziazione, che si traducono sia in distinzioni di natura identitaria che in asimmetrie o micro-asimmetrie, permanenti o temporanee, a seconda se siano dirette alla risoluzione di questioni o problemi territoriali strutturali o considerati meramente transitori (LÓPEZ AGUILAR, 1998; AJA, 1999). La principale differenziazione, che mantiene un valore identitario più che giuridico, si rinviene nell'articolo 2 della Costituzione che, nell'indissolubile unità della nazione spagnola, riconosce e garantisce il diritto all'autonomia di nazionalità e regioni, operando una distinzione tra queste due entità territoriali. Tale disposizione costituzionale, volta sostanzialmente a riconoscere la peculiarità storico-identitaria di Galizia, Paesi Baschi e Catalogna (MONTI, 2021), non si è tradotta in un'ampia differenziazione tra le due entità territoriali nel contesto evolutivo dello Stato autonomico, nonostante sia stata caricata di grande valore simbolico da parte delle nazionalità storiche che hanno rivendicato in passato, e continuano a rivendicare tuttora, un trattamento giuridico differenziato in forza di tale disposizione costituzionale. In realtà questa distinzione, che nella fase iniziale di costituzione dello Stato autonomico ha segnato una bipartizione tra le Comunità autonome di *cd. via rapida* e *via lenta*, è andata sfumandosi nella sua successiva evoluzione, sia in forza del processo di omogeneizzazione costituzionale cui è stato sottoposto il modello di decentramento territoriale per volontà dei principali partiti politici (*Partido Socialista Obrero Español*, *Partido Popular*), sia per la scelta delle Comunità autonome di Andalusia, Valencia, Aragona, Canarie e Isole Baleari di denominarsi nazionalità storiche o nazionalità nel quadro delle riforme statutarie di seconda gene-

razione approvate a partire dai primi anni del nuovo secolo (GARCÍA ROCA, 2005)<sup>5</sup>.

Un elemento di differenziazione costituzionale permanente del sistema territoriale è rappresentato, invece, dalla I disposizione addizionale che riconosce i *derechos históricos*, i quali hanno trovato una concreta attuazione nei regimi economico-finanziari forali dei Paesi Baschi e della Navarra, sistemi di cd. *concierto y convenio economico* (GARCÍA DE PABLOS, 2020). A questa asimmetria costituzionale si aggiungono alcune forme di micro-asimmetria permanente, conosciute come *hechos diferenciales*<sup>6</sup>, previste in diversi articoli della Costituzione che riconoscono e tutelano, ad esempio, la diversità linguistica e la co-ufficialità delle lingue autonome (art. 3), i simboli e le bandiere regionali (art. 4), la specificità insulare (disposizione addizionale III), i diritti civili locali, forali o speciali esistenti in determinate Comunità autonome (art. 149.1.8)<sup>7</sup>.

L'obiettivo del costituente spagnolo è stato, dunque, quello di risolvere la *cuestión territorial* riconoscendo le specificità storico-giuridiche di alcuni territori nella cornice unitaria dello Stato autonomico, senza introdurre degli elementi di differenziazione permanente tra le varie Comunità autonome, nella prospettiva di avanzare verso la realizzazione di un modello sempre più coeso, omogeneo e stabile, quantunque in grado di preservare questo pluralismo interno. La scelta è stata quella di non cristallizzare un doppio livello di autonomie, analogamente a quanto stabilito, per esempio, dalla Costituzione italiana, ma di congegnare un modello aperto, dinamico, destinato a su-

<sup>5</sup> In senso critico, sul rischio di una generalizzazione dell'asimmetria nelle riforme statutarie di seconda generazione v. GARCÍA ROCA, (2005) 73 ss.

<sup>6</sup> Secondo il Dizionario giuridico panispanico, l'espressione *hechos diferenciales* significa: "Talune caratteristiche culturali, storiche, geografiche, economiche o sociali di alcune Comunità autonome, alle quali è collegato il riconoscimento costituzionale o legale di particolari competenze".

<sup>7</sup> In base al testo costituzionale è possibile operare, dunque, una distinzione tra le nazionalità storiche del 1978: 1) Euskadi, Catalogna e Galizia; a cui si aggiungono, dal 2007, Andalusia, Aragona, Valencia, Baleari e Canarie; 2) autonomie singolari che rientrano a pieno nella Disposizione addizionale prima: Euskadi e Navarra; 3) territori forali con diritto civile proprio: Euskadi, Navarra, Catalogna, Galizia, Aragona e Baleari.

perare -dopo un quinquennio- la differenza strutturale tra le due tipologie di Comunità autonome, mantenendo in piedi unicamente i regimi economico-finanziari forali basco, navarro, e gli *hechos diferenciales*<sup>8</sup>.

Nei primi decenni di sviluppo dello Stato autonomico la volontà politica è stata quella di armonizzare e uniformare il sistema territoriale attraverso una serie di strumenti politici e normativi, come ad esempio i *Pactos autonomicos* del 1981 e 1992 siglati dal Psoe e dal Pp, la legge organica sull'armonizzazione del processo autonomico del 1982, cd. Loapa, dichiarata poi largamente incostituzionale dal Tribunale costituzionale, e infine le riforme degli statuti di autonomia per mezzo delle quali le Comunità autonome di via lenta hanno rafforzato il proprio livello di competenze, ai sensi dell'art. 148, comma 3, allineandosi a tutte le altre. A questi elementi si è aggiunta un'espansione legislativa dello Stato attraverso un'interpretazione estensiva, e talvolta abusiva, delle cd. *bases*, che ha compresso, in alcuni casi, l'autonomia legislativa delle Comunità autonome e la rispettiva legislazione di desarrollo.

Questo processo di omogeneizzazione e appiattimento delle differenze ha sortito alla lunga una reazione dei partiti nazionalisti baschi, catalani e galiziani che hanno ritenuto perduta la propria singolarità costituzionale e hanno iniziato a rivendicare una rinnovata differenziazione e asimmetria. Queste rivendicazioni hanno trovato una formalizzazione esplicita nella Dichiarazione di Barcellona del 1998, firmata da *Convergencia i Unio*, il *Partido nacionalista Vasco* e il *Bloque Nacionalista Gallego*, in cui sono state avanzate una serie di richieste per convertire il modello autonomico in uno Stato federale, plurinazionale e asimmetrico, dotato, tra le altre cose, di un Senato rappresentativo delle nazionalità e delle regioni, di un regime finanziario speciale per la Galizia e la Catalogna e di un maggiore livello di rappresentanza e di partecipazione delle autonomie territoriali nel contesto dell'Unione europea. Negli anni 90 il dibattito politico sulla riforma del modello territoriale si è focalizzato attorno alla contrapposizione tra una persistente evoluzione in senso omogeneizzante dello Stato autonomico sostenuta da alcune Comunità autonome, sintetizzabile nell'efficace for-

<sup>8</sup> Sui *derechos históricos* e gli *hechos diferenciales* si rinvia, in particolare, a GARCÍA ROCA, (2000) e HERRERO DE MIÑÓN, (1998).

mula *café para todos*, e un rinnovato modello federal-asimmetrico sostenuto prevalentemente dalle nazionalità storiche e descritto con la formula *champagne para las nacionalidades*. Questo contesto ha creato un terreno fertile per l'emersione di spinte e pulsioni di diversa natura confluite in proposte di riforma e nelle riforme statutarie di seconda generazione approvate nei primi anni del nuovo secolo. Mentre alcune Comunità autonome hanno cercato di differenziarsi ulteriormente avanzando richieste di maggiore autonomia, di riconoscimento della propria identità nazionale e finanche di autodeterminazione, come ad esempio i Paesi Baschi e la Catalogna; altre, invece, hanno cercato di ridurre lo scarto differenziale con le nazionalità storiche autoproclamandosi tali e rafforzando il proprio livello di competenze e di autogoverno. La metafora della lepre e della tartaruga, con cui è stato descritto da alcuna dottrina il regionalismo spagnolo (BLANCO VALDÉS, 2008; PRADERA, 1993), ha accompagnato anche quest'ultimo processo di riforma degli statuti, che ha introdotto ulteriori elementi di complessità, diversificazione e disomogeneità all'interno dello Stato autonomico.

La complessiva evoluzione del primo ventennio di vita del modello di decentramento, qui sinteticamente descritta nei suoi passaggi chiave, ha esacerbato alcune criticità strutturali ed elementi di frizione ad esso sottesi che sono sfociate in spinte disgregative e, per utilizzare un'espressione cara all'indipendentismo catalano, in tentativi di vera e propria *dexconesión* dalla Spagna che hanno messo a dura prova la sua indissolubile unità.

### 3. Le rivendicazioni delle nazionalità storiche: i casi del Paese Basco e della Catalogna

Il sentimento di frustrazione accumulato dalle Comunità autonome basca e catalana per il processo di livellamento delle autonomie e delle competenze compiutosi negli anni Novanta, e di conseguenziale annacquamento delle differenze, ha incentivato sicuramente il passaggio dall'autonomismo all'indipendentismo dei nazionalismi moderati basco e catalano. Ciò non stupisce perché entrambe le Comunità autonome hanno una caratterizzazione identitaria nazionale molto forte,

con radici storiche risalenti nel tempo, e vantano una significativa tradizione di autogoverno che ne determina la singolarità all'interno dello Stato autonomico.

Le richieste di autodeterminazione esterna, del cd. *derecho a decidir*, avanzate da parte dei nazionalismi periferici si sono intrecciate nel nuovo secolo con quelle di rinnovamento statutario, imponendosi nello scenario politico e alterando la stabilità politico-costituzionale del Paese. La correlazione tra negazione dell'asimmetria e incremento delle istanze secessioniste è risultata evidente sia nell'evoluzione dell'esperienza autonoma basca che in quella catalana (MONTI, 2021).

### 3.1. *La singolarità dei Paesi Baschi e il problema della mancata riforma statutaria*

Nei Paesi Baschi questa evoluzione verso un autonomismo più marcato, fino a un vero e proprio indipendentismo, da parte del *Partido Nacionalista Vasco*, che ha guidato insieme ai partiti del fronte abertzale il percorso sovranista avviato nei primi anni duemila, ha trovato una piena formalizzazione nella proposta di riforma statutaria del 2003, cd. Plan Ibarretxe (SOLOZABAL ECHVARRIA, 2005). Quest'ultima – come è noto – è stata approvata dal Parlamento basco ma respinta, in qualità di proposta di legge organica, dalle *Cortes Generales*. Il *Plan* presentava diversi profili di ambiguità “calcolata”, poiché se da un lato rivendicava nel preambolo il *derecho a decidir* del futuro, dall'altro, richiedeva un patto basato sulla libera associazione e compatibile con la possibilità di sviluppare uno Stato composito, plurinazionale e asimmetrico, tratteggiando un modello indefinito di confederalismo e sovranità condivisa tra Stato e Paesi Baschi (López Basaguren, 2008, 2018). Una riforma statutaria incostituzionale poiché aspirava a modificare il tipo di Stato attraverso una legge organica, risultato che avrebbe potuto essere conseguito, semmai, attraverso una revisione costituzionale, che – come noto – non incontra limiti materiali nell'ordinamento costituzionale spagnolo non aderente ad un modello di democrazia militante. Il *Plan* è stato un documento di straordinaria rilevanza politica, poiché ha segnato un cambio radicale di indirizzo del nazionalismo moderato basco rispetto all'orientamento precedentemente seguito rivolto, per lo più, a ottenere una piena attuazione

dello Statuto di Guernica con il trasferimento delle competenze pendenti da parte dello Stato centrale. La sfida indipendentista basca ha raggiunto il suo apice con l'approvazione nel 2007 della cd. *hoja de ruta*, con la quale si indicavano una serie di tappe scadenze rivolte alla celebrazione di un referendum sul problema territoriale basco. A questa è seguita l'approvazione, nel 2008, della *Ley de consulta a la ciudadanía vasca*, n. 9/2008, che prevedeva l'indizione di un referendum avente ad oggetto il tema della cessazione della violenza di ETA, come condizione per l'apertura di un dialogo e una negoziazione con l'organizzazione terroristica, nonché l'adozione di un Accordo sul *derecho a decidir* da sottoporre a referendum del corpo elettorale basco<sup>9</sup>. Questa legge, nota come secondo *Plan Ibarrexe*, ha dato vita a uno dei primi e più importanti pronunciamenti in materia referendaria e secessionista da parte del Tribunale costituzionale, ossia la sentenza n. 103/2008, che ne ha giudicato l'incostituzionalità per l'invasione della competenza esclusiva dello Stato a indire il referendum (art. 149, 1, 32 Cost) e per la violazione dell'unità della nazione spagnola sancita dall'articolo 2 della Costituzione<sup>10</sup>. Nella sentenza si è chiarito che l'attribuzione al popolo basco della titolarità del diritto a decidere equivale ad assegnare la sovranità a una frazione del popolo spagnolo, violando il principio fondamentale secondo il quale il popolo spagnolo è e rimane il titolare esclusivo della sovranità nazionale. Questa fase di radicalizzazione del nazionalismo basco più moderato, incentrata su rivendicazioni di stampo secessionista, ha rappresentato più che altro una parentesi nel corso della lunga evoluzione politico-istituzionale della Comunità autonoma, poiché ben presto ha reindirizzato le sue richieste verso un approfondimento dell'autogoverno regionale e una maggiore asimmetria e bilateralità nella cornice costituzionale dello Stato autonomico. La questione del *derecho a decidir*, sostenuta fortemente in chiave secessionista da EH Bildu e dai partiti del *frente abertzale*, è rimasta sempre presente nel dibattito politico autonomistico, ma ha perduto, nelle reinterpretazioni più moderate fornite dal nazionalismo basco del PNV, quella connotazione unilaterale e marcata-mente indipendentista ascrivibile alla fase del *Plan Ibarrexe*. Questo

<sup>9</sup> TAJADURA TEJADA, (2009).

<sup>10</sup> Su questa sentenza v. LÓPEZ BASAGUREN, (2009).

ritorno alla moderazione del PNV si spiega anche in forza delle successive riforme che hanno portato a un trasferimento delle competenze e a un'ulteriore valorizzazione della specialità fiscale forale, soddisfacendo, seppur sempre parzialmente, alcune delle principali ambizioni politiche e sociali della Comunità autonoma. In particolare, nelle ultime tre legislature (XI, XII e XIII) la costituzione dei Governi di coalizione tra il PNV e il PSE, unitamente al sostegno dei nazionalisti baschi ai due ultimi Governi di coalizione guidati da Sánchez, ha creato nuove condizioni politiche che hanno favorito un cambio di metodo sul problema della questione territoriale fondato sulla rinuncia definitiva all'unilateralismo. Gli obiettivi politici individuati dai partiti di governo coincidono con il rafforzamento dell'autogoverno, specie attraverso il trasferimento delle competenze pendenti, e l'approvazione di una riforma statutaria con il più ampio consenso politico da parte del Parlamento basco e nel rispetto della legalità vigente. Il problema risiede, però, nel trovare un accordo tra nazionalisti e non nazionalisti sui contenuti di questa riforma, considerata oramai imprescindibile da tutte le forze dell'arco parlamentare per sostituire uno Statuto datato e mai revisionato dal 1979. Il riconoscimento della nazione basca come soggetto politico, titolare del *derecho a decidir*, e la previsione di un referendum che consenta ai baschi di decidere democraticamente e legalmente il proprio futuro politico-costituzionale rappresentano le questioni più spinose e divisive al centro del dibattito politico e in conflitto con le posizioni sostenute dai principali partiti politici a livello nazionale<sup>11</sup>.

Alla luce di queste divisioni politiche, la riforma statutaria basca rischia di arenarsi precludendo alla Nazionalità storica di dotarsi di un nuovo statuto, con la conseguenza di rinunciare non soltanto a nuove forme di asimmetria costituzionali compatibili con i principi di uguaglianza e solidarietà sui quali si fonda lo Stato autonomico, ma anche a un'evoluzione statutaria analoga a quella di altre Comunità autonome che si sono dotate nell'ultimo ventennio di nuovi statuti. Questo para-

<sup>11</sup> Per un'analisi delle posizioni sostenute dalla dottrina costituzionalista sul tema del diritto all'autodeterminazione, si v. RUIPÉREZ ALAMILLO, (2002). Sui contenuti del *derecho a decidir* si v., in particolare, TUDELA ARANDA, (2016). Sui limiti del *derecho a decidir* v. CORCUERA ATIENZA, (2009).



dosso, che si estrinseca in una forma di immobilismo statutario per la Comunità autonoma basca, conferma la stretta correlazione tra asimmetria e secessione e la fondatezza dell'ipotesi di ricorrere alla prima in alternativa alla seconda.

### 3.2. *La Catalogna tra asimmetria, secessione e financiación singular*

In Catalogna, la situazione è ancora più complessa, poiché la questione nazionalista – parimenti influenzata dal processo di progressiva omogeneizzazione e compressione delle asimmetrie all'interno dello Stato autonomico – è degenerata in un tentativo più radicale di secessione unilaterale e incostituzionale (CASTELLÀ, 2016).

Va ricordato che le radici del problema catalano risalgono alla fase costituente in cui ci fu una pacifica accettazione di un modello territoriale comune, privo di una caratterizzazione giuridica specifica per la Catalogna, limitato – prevalentemente – al riconoscimento di un'asimmetria di tipo identitario contenuta nell'articolo 2 Cost<sup>12</sup>.

Fino ai primi anni duemila il nazionalismo moderato catalano, fortemente legato alla figura istituzionale di Pujol, ha avuto una connotazione pienamente autonomista slegata da qualsiasi forma di rivendicazione indipendentista<sup>13</sup>. L'orientamento politico prevalente è sempre stato quello di negoziare con gli esecutivi statali, attraverso la formula degli accordi di governabilità, nuove competenze o accordi finanziari, nell'obiettivo di rafforzare l'autogoverno, anche oltre il perimetro statutario, senza avere un'idea precisa di come tradurre la specialità della nazionalità storica catalana all'interno dello Stato autonomico. L'insoddisfazione politica per la mancanza di un modello di autonomia specifica per la Catalogna, analogo per esempio a quello basco, non ha tardato a riemergere tra i partiti catalani, nazionalisti e non nazionalisti, sfociando nella maturazione politica del nuovo Statuto del 2006. Lo statuto catalano, che ha costituito un punto di approdo fondamentale per la ridefinizione dell'autonomia catalana nel contesto dello Stato autonomico, è stato fortemente voluto sia dai partiti nazio-

<sup>12</sup> Sulle origini del nazionalismo catalano e sulla sua evoluzione v., tra gli altri, DE CARRERAS SERRA, (2010).

<sup>13</sup> Sul *pujolismo* come forma autonoma di nazionalismo che rigetta ogni opzione radicale v. CAMINAL I BADIA, (2001).

nalisti che autonomisti per riacquisire quell'asimmetria di punta perduta dopo la generalizzazione dell'autonomia determinatasi con la realizzazione del modello *café para todos*. Il nuovo statuto, infatti, introduceva, originariamente, un regime di differenziazione specifico e molto approfondito per la Catalogna basato sul pieno riconoscimento della sua singolarità, storica, culturale, linguistica, su un considerevole ampliamento delle sue competenze e, infine, sul rafforzamento dell'autogoverno regionale della Generalità, rinunciando a qualsiasi forma di richiamo alla secessione o all'autodeterminazione (TORNOS MAS, 2007; VIVER PI-SUNYER, 2008). La sua connotazione fortemente asimmetrica e autonomistica sembrava aver soddisfatto, negli anni successivi alla sua approvazione, le principali rivendicazioni del catalanismo, superando le principali questioni irrisolte legate al problema territoriale. L'intervento del Tribunale Costituzionale, con la sentenza n. 31/2010 sullo statuto catalano, ha invece segnato un passo indietro rispetto a tale traguardo poiché, dichiarando l'incostituzionalità di alcune disposizioni statutarie e offrendo una reinterpretazione costituzionalmente conforme di molte altre, ha ridimensionato considerevolmente la portata autonomistica e innovativa dello statuto, spegnendo ogni speranza dei partiti nazionalisti e autonomisti catalani di avanzare nella direzione di un federalismo asimmetrico attraverso lo strumento della riforma statutaria<sup>14</sup>. L'intervento del Tribunale costituzionale ha segnato l'inizio di una profonda crisi nei rapporti tra Madrid e Barcellona, che si è acuita nel 2012 con la chiusura da parte di Rajoy alla negoziazione del cd. *Pacto fiscal* proposto dal Governo catalano, con il quale si aspirava a introdurre un modello economico-finanziario sulla falsariga del *concierto vasco*.

Come è stato osservato da alcuna dottrina (POGGESCHI, 2018), la controversa sentenza sullo statuto e il rifiuto del *Pacto fiscal* hanno gettato le basi per l'esplosione del fenomeno indipendentista e l'avanzamento del piano secessionista, che si è articolato in una serie di tappe ed è stato definito nel suo complesso come *procés*. La dura reazione delle istituzioni statali alle richieste di asimmetria statutaria e fi-

<sup>14</sup> Tra i numerosi commenti v. AA.VV. (2010), 9–68; CASTELLÀ ANDREU, (2010). Per una prospettiva critica, si veda in particolare PÉREZ ROYO (2011), in comparazione con REQUEJO RODRÍGUEZ, (2011).

nanziaria della Catalogna ha condizionato il definitivo passaggio del catalanismo dall'autonomismo all'indipendentismo e la sua evoluzione in una direzione unilaterale che ha portato alla celebrazione, nel 2014 e nel 2017, di due consultazioni popolari completamente illegittime sul tema dell'indipendenza<sup>15</sup>. La radicalizzazione dei partiti indipendentisti catalani, l'unilateralismo, la chiusura del Governo statale e la repressione giudiziaria dello Stato centrale hanno rappresentato i tratti distintivi del *proces*, che è passato alla storia per l'assoluta indisponibilità di entrambe le parti a negoziare una soluzione politicamente e giuridicamente condivisa e la rottura democratico-costituzionale consumatasi nel corso della sua evoluzione (FERRAIUOLO, 2017; DI MARTINO, 2018). In particolare, il referendum indipendentista catalano del 2017, a cui è seguita la dichiarazione d'indipendenza del Parlamento autonomico, giudicati integralmente incostituzionali, rispettivamente, con le sentenze del Tribunale Costituzionale n. 114 e 127/2017, hanno segnato il punto di definitiva rottura con lo Stato centrale che ha portato, per la prima volta nell'esperienza costituzionale spagnola, all'applicazione della clausola di coercizione di cui all'articolo 155 della Costituzione (ALBERTI ROVIRA, 2018).

La problematica indipendentista catalana, sfociata quindi in una grave crisi politico-costituzionale, ha trovato una via per la sua risoluzione soltanto in seguito ai cambiamenti politici e alle dinamiche governative inveratesi sia a livello statale che regionale nell'ultimo quinquennio, che hanno portato ad abbandonare l'unilateralismo, le vie giudiziarie e a seguire i canali del dialogo e della negoziazione. Questi ultimi, che rappresentano, peraltro, gli elementi fondamentali per garantire la stabilità politica e governativa spagnola, hanno costituito anche il fondamento del processo di risoluzione della crisi catalana. Le aperture e gli accordi siglati dagli ultimi due Governi di coalizione guidati da Sánchez con i partiti indipendentisti catalani e la storica vittoria del *Partido socialista catalano* (Psc) nelle ultime elezioni autonome di maggio 2024, con la perdita dopo 12 anni della maggioranza indipendentista, hanno creato delle premesse politiche favorevoli per avviare una fase di pacificazione e normalizzazione politico-istitu-

<sup>15</sup> Per un'analisi di queste due consultazioni illegittime si consenta un rinvio a FROSINA, (2024), 247-264.

zionale nella Comunità autonoma sancita formalmente dalla legge organica n. 1/2024 sull'amnistia, la quale, recentemente, è stata giudicata quasi integralmente costituzionale dal Tribunale costituzionale (STC 137/2025).

Se l'obiettivo della secessione sembra, perlomeno momentaneamente, messo da parte, il conseguimento di un'asimmetria più marcata, fondata prima di tutto su un nuovo modello di autonomia finanziaria per la Catalogna, rappresenta una delle priorità sia di *Esquerra Republicana de Catalunya* che di *Junts per Catalunya*. L'accordo per la investitura di Salvador Illa, siglato tra i socialisti e i repubblicani catalani all'inizio della legislatura, prevede l'attuazione del *Pacto fiscal*, i cui contenuti fondamentali di una piena autonomia tributaria hanno già trovato una prima definizione nell'accordo raggiunto in seno alla Commissione Bilaterale Stato/Generalità riunitasi a metà luglio 2025. In quest'ultimo accordo, ritenuto ancora un traguardo parziale dai repubblicani e un completo insuccesso per gli indipendentisti di *Junts*, sono stati confermati i punti centrali del *Pacto fiscal* fondato sul trasferimento all'*Agenzia Tributaria catalana* della gestione e della riscossione del 100% delle imposte pagate nel territorio catalano e sul versamento da parte della Catalogna allo Stato centrale di una quota fissa, ancora indefinita nel suo ammontare, per i servizi pubblici erogati nella Comunità autonoma, e di un'quota di solidarietà alle altre Comunità autonome "per contribuire all'equità tra i territori"<sup>16</sup>. Si tratta di un nuovo modello simile ma non uguale al *concierto vasco*, che è stato finora disegnato nei suoi tratti fondamentali, e che richiede un'ulteriore definizione delle quantità e delle tempistiche di realizzazione e, soprattutto, l'approvazione di riforme legislative per la sua entrata in vigore. La definitiva attuazione di questo modello creerebbe una asimmetria ingiustificata per la Catalogna secondo le altre Comunità autonome, che rivendicano una riforma del sistema di finanziamento comune attraverso una revisione della Legge organica sul Finanziamento delle Comunità autonome, LOFCA, e aspirano a rafforzare il proprio regime di autonomia finanziaria, senza accrescere la distanza dalla nazionalità storica catalana. Queste recenti evoluzioni evidenziano le difficoltà legate alla risoluzione della questione catalana e quanto il model-

<sup>16</sup> Sui contenuti del nuovo *Pacto Fiscal* v. S. LAGO PEÑAS, (2024).

lo di un'asimmetria di punta fatichi a trovare un suo consolidamento all'interno dello Stato autonomico.

#### *4. Le prospettive di riforma dello Stato autonomico e le difficoltà di conciliare asimmetria e cooperazione*

L'inattuazione delle richieste di differenziazione avanzate insistentemente e persistentemente dai Paesi Baschi e dalla Catalogna, unitamente al sentimento di insoddisfazione generalizzata delle altre Comunità autonome per il funzionamento disorganico e disomogeneo del modello autonomico, hanno riattualizzato il problema della riforma costituzionale del tipo di Stato nel dibattito politico-sociale e accademico (GALERA VICTORIA 2024; DURBÁN MARTÍN, PALAO GIL, 2025).

L'acuirsi negli ultimi decenni di alcuni nodi storico-costituzionali irrisolti legati, in particolar modo, alla questione identitaria delle nazionalità storiche e al ruolo dell'asimmetria e della bilateralità nell'evoluzione del modello di decentramento, con le degenerazioni incostituzionali della tentata riforma statutaria basca e della crisi catalana, hanno evidenziato i limiti del processo di riforma statutaria, la dilatazione "non infinita" del modello autonomico e la centralità della revisione costituzionale per la risoluzione della questione territoriale<sup>17</sup>. Nel dibattito politico e dottrinale viene ampiamente sostenuta l'ipotesi di una riforma federale che sembra essersi convertita in un'opzione culturale fondamentale, prima ancora che costituzionale, e in una soluzione istituzionale indispensabile per garantire la sopravvivenza dello Stato autonomico<sup>18</sup>. La proposta "teorico-generale" più largamente condivisa è quella di un *restyling* costituzionale complessivo rivolto a consolidare uno spazio comune di convivenza, coeso e solidale, che garantisca l'unità dello Stato, l'integrazione del pluralismo e il rispetto della diversità, avanzando nella direzione di "una España cohesionada en la diversidad". Se dunque è chiaro il risultato che si intende rag-

<sup>17</sup> Sulle connessioni tra revisione costituzionale e riforme statutarie si veda ORTEGA ÁLVAREZ, (2015) e MONTILLA MARTOS, (2015).

<sup>18</sup> Sulla rivitalizzazione democratica dello Stato autonomico attraverso il federalismo v. CAAMAÑO, (2014).

giungere, è meno chiaro attraverso quali meccanismi e strumenti renderlo concretamente operativo nella prassi. Esiste un largo consenso sull'opzione federale in funzione quasi salvifica dello Stato autonomico, così come una piena consapevolezza di quali siano i suoi tasselli mancanti, ma sembra mancare, invece, una visione condivisa, anche solo embrionale, di questo nuovo modello da definire a livello costituzionale e da implementare a livello politico-legislativo. Rimane il problema di come rimodulare e razionalizzare il riparto delle competenze Stato/Comunità autonome, di come riformare la seconda Camera e il sistema delle Conferenze interterritoriali, di come realizzare la riforma del federalismo fiscale, conciliando le esigenze di coesione e cooperazione con quelle di differenziazione e asimmetria, che devono trovare un saldo punto di equilibrio nel testo costituzionale. Soprattutto le istanze di diversificazione, come ampiamente evidenziato, se non adeguatamente affrontate a livello sistemico, rischiano di amplificarsi e di creare dei cortocircuiti, talvolta paralizzanti, nel funzionamento dello Stato. Nella fase politica attuale, in particolare, nei Paesi Baschi il problema centrale rimane quello della riforma statutaria, che non riesce a decollare principalmente a causa delle divisioni politiche sul tema dell'autodeterminazione, mentre in Catalogna il nodo centrale della questione sembra essersi spostato in questi ultimi mesi dalla secessione alla riforma dell'autonomia fiscale. Non si tratta di questioni circoscritte a queste singole realtà territoriali ma di dilemmi più profondi che impattano sulla vita politico-costituzionale dello Stato. La questione della riforma statutaria basca incide sulla più generale e delicata questione dell'autodeterminazione referendaria e della sua controversa ammissibilità costituzionale, mentre quella del nuovo regime finanziario della Catalogna coinvolge anche le altre Comunità autonome che per lo più ritengono questa differenziazione costituzionalmente infondata, ingiustificata, discriminatoria, e rivendicano di ricevere un trattamento equiparato. Queste sintetiche riflessioni evidenziano la difficoltà di risolvere alcuni problemi delle nazionalità storiche attraverso soluzioni asimmetriche e bilaterali che non siano fondate su una piena accettazione da parte delle altre autonomie territoriali e su una previa revisione della "costituzione territoriale".

La conversione in senso federale del modello autonomico, attraverso l'introduzione di istituti, procedure, e sedi istituzionali tipica-

mente federali, non può prescindere da un disegno di fondo che individui una soluzione per la *vexata quaestio* delle nazionalità storiche, optando, per esempio, per un federalismo asimmetrico fondato sulla costituzionalizzazione dell'asimmetria in via definitiva, ovvero per un modello di federalismo cooperativo temperato da micro-asimmetrie, *derechos historicos* e canali bilaterali. L'apertura del *melón constitucional* spaventa molto per la pluralità di aspirazioni politiche e territoriali, talvolta confliggenti tra loro, che dovrebbero ricomporsi nell'ambito di un'ampia riforma costituzionale e per questo, a livello accademico, si suggerisce di puntare a una proposta di riforma in cui il consenso non sia una condizione per iniziare il procedimento ma un risultato da raggiungere progressivamente e laboriosamente a livello parlamentare. Il problema della riforma costituzionale risiede nella sua eccessiva complessità procedurale che rende le procedure costituzionalmente previste agli articoli 167 e 168 difficilmente praticabili nella prassi, relegando da oltre un quarantennio la Spagna in una sorta di immobilismo costituzionale, attestato dall'approvazione complessiva di sole tre riforme costituzionali. L'eccessiva rigidità della Costituzione, che si scontra con una visione teorica e giurisprudenziale che sostiene l'assenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale, rende particolarmente difficile il raggiungimento del traguardo della riforma della "costituzione territoriale", specie nel contesto attuale caratterizzato da una maggiore polarizzazione politica e da un conflitto territoriale più acceso rispetto al passato.

Il futuro dello Stato autonomico si gioca sul terreno delicato e scivoloso della revisione costituzionale e sulla sfida di delineare un modello federale in grado di soddisfare le differenti esigenze politiche, comprese quelle delle nazionalità storiche, che compongono la complessa e diversificata realtà territoriale spagnola. In questo eventuale percorso di revisione costituzionale, la Spagna sarà chiamata a saggiare la sua attitudine a convertirsi in uno Stato capace di preservare e rafforzare la sua unità nazionale attraverso una integrazione del pluralismo e una valorizzazione delle sue differenze territoriali.

### *Riferimenti bibliografici*

- AA.VV. (2010). *Valoración general de la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional*. *Revista Catalana de Dret Públic*, no. 1.
- Aja E. (1999). *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Madrid, Alianza.
- Aja E. (2014). *Estado autonómico e reforma federal*. Madrid, Alianza.
- Albertí Rovira E. (2018). *Cuestiones constitucionales en torno a la aplicación del artículo 155 CE en el conflicto de Cataluña*. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, no. 27.
- Álvarez Conde E. (2007). *Reforma constitucional y reformas estatutarias*. Madrid, Iustel.
- Aragón Reyes M. (2016). *¿Sustituir o reformar el estado autonómico?*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 108.
- Arrieta Alberdi J. (2025). *¿Problema territorial o de convivencia? Una historia y dos propuestas*. In Durbán Martín I., Palao Gil J. (eds.), *Cartografía del debate sobre la reforma territorial*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Balaguer Callejón F. (2010). *Reformas estatutarias y organización institucional*. In Ortega Álvarez L. I., Cámara Villar G., Montilla Martos J. A. (eds.), *Reformas estatutarias y organización institucional*. Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Blanco Valdés R. (2008). *La seconda decentralizzazione spagnola: fra riforma confederale e stato possibile*. In Gambino S. (ed.), *Regionalismi e statuti. Le riforme in Spagna e in Italia*. Milano, Giuffrè.
- Caamaño F. (2014). *Democracia federal. Apuntes sobre España*. Madrid, Turpial.
- Cámara Villar G. (2018). *La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional*. *Revista de Derecho Político*, no. 101.
- Caminal i Badia M. (2001). *El pujolisme i la ideologia nacionalista de Convergència Democràtica de Catalunya*. In Culla i Clarà J. B. (ed.), *El pal de pal·ler. Convergència Democràtica de Catalunya (1974–2000)*. Barcelona, Editorial Pòrtic.
- Carrillo M. (2008). *El nuevo estatuto de autonomía de Cataluña en el marco de las reformas estatutarias en España*. *Revista de Derecho*, vol. 15, no. 1, pp. 61–90.



- Castellà Andreu J. M. (2010). *La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico*. *Federalismi.it*, no. 18.
- Castellà Andreu J. M. (2016). *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*. *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 37.
- Castellà Andreu J. M. (2018). *Estado autonómico: pluralismo y integración constitucional*. Madrid, Marcial Pons.
- Corcuera Atienza J. (2009). *Soberanía y autonomía. Los límites del derecho a decidir* (Comentario de la STC 193/2008). *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 86.
- De Carreras Serra F. (2010). *La tradición histórica y el catalanismo actual*. *Cuadernos de Alzate*, no. 42.
- De Miguel Bárcena J. (2024). *Autodeterminación, secesión y derecho a decidir en el Estado autonómico*. Galera Victoria A. (ed.), *La cuestión territorial en España*. Granada, Comares.
- Di Martino A. (2018). *Il conflitto costituzionale in Catalogna: origini, svolgimento, prospettive*. *Costituzionalismo.it*, no. 1.
- Durbán Martín I., Palao Gil J. (eds.). (2025). *Cartografía del debate sobre la reforma territorial*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Ferraiuolo G. (2017). *Sovranità e territorio alla prova della crisi catalana*. *Federalismi.it*, no. 17.
- Frosina L. (2024). *Separatismi e referendum. Teoria e prassi in prospettiva comparata*. Napoli, Jovene.
- Galera Victoria A. (ed.). (2024). *La cuestión territorial en España. Un debate histórico, político y constitucional necesario*. Granada, Comares.
- García Roca J. (2000). *A qué llamamos, en Derecho, hechos diferenciales*. *Revista Vasca de Administración Pública*, no. 11.
- García Roca J. (2005). *El riesgo de la generalización de asimetrías en las reformas estatutarias y los límites del principio dispositivo*. Martín Delgado I., Ortega Álvarez L. I. (eds.), *La reforma del Estado Autonómico*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hernández Lafuente A., González García M. A. (1992–1993). *Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992: negociación, contenido y desarrollo*. *Documentación Administrativa*, no. 232–233.
- Lago Peñas S. (2024). *La reforma de la financiación autonómica y el pacto catalán*. *Cuadernos de Información Económica*, no. 303.

- López Aguilar J. (1997). *Constitución, autonomía y hecho diferencial. Cuadernos de Derecho Público*, no. 2.
- López Basaguren A. (2008). *Transformaciones del Estado autonómico y reforma del Estatuto del País Vasco: entre ruptura y "acomodamiento"*. *Federalismi.it*, no. 18.
- López Basaguren A. (2009). *Sobre referéndum y comunidades autónomas: la ley vasca de la "consulta" ante el Tribunal Constitucional*. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, no. 9.
- López Basaguren A. (2018). *El País Vasco, el modelo de autonomía territorial y la pretensión confederal del nacionalismo*. Requejo Rodríguez P. (ed.), *La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura*. Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias.
- Ortega y Gasset J. (2014). *España invertebrada y otros ensayos*. Madrid, Alianza Editorial.
- Mastromarino A. (2010). *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*. Milano, Giuffrè.
- Mastromarino A. (2014). *Addomesticare la secessione: indipendentismo e integrazione europea in dialogo*. *Percorsi Costituzionali*, no. 3.
- Monti M. (2021). *Federalismo disintegrativo? Secessione e asimmetria in Italia e Spagna*. Torino, Giappichelli.
- Montilla Martos J. A. (2015). *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- Muñoz Machado M. (2017). *Ideas para una reforma de la Constitución*.
- Ortega Álvarez L. I. (2015). *Reforma constitucional y reforma estatutaria*. Madrid, Civitas.
- Pérez Royo J. (2011). *La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España*. *Revista Catalana de Dret Públic*, no. 43.
- Poggeschi G. (2018). *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*. Napoli, Editoriale Scientifica.
- Pradera J. (1993). *La liebre y la tortuga: política y administración en el Estado de las Autonomías*. *Claves de Razón Práctica*, no. 38.
- Requejo Rodríguez P. (2011). *La posición del Tribunal Constitucional español después de la STC 31/2010*. *Revista Catalana de Dret Públic*, no. 43, pp. 317–341.
- Rubio Llorente F. (2014). *Una propuesta de federalización*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- Ruipérez Alamillo J. (2002). *Encuesta sobre el derecho de autodeterminación. Teoría y Realidad Constitucional*, no. 10–11.
- Solozábal Echavarría J. J. (2005). *Reflexiones constitucionales sobre la propuesta de modificación estatutaria de Ibarretxe*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 73.
- Tarlton C. (1965). *Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation*. *The Journal of Politics*, no. 27.
- Tornos Mas J. (2007). *Los Estatutos de Cataluña*. Madrid, Iustel.
- Tudela Aranda J. (2016). *El derecho a decidir y el principio democrático*. *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 37.
- Viver Pi-Sunyer C. (2008). *La riforma dello Statuto della Comunità Autonoma di Catalogna: principali novità e problemi di costituzionalità*. *Diritto e Società*, no. 3.
- Watts R. L. (2005). *Comparative perspectives on asymmetry in federalism*. *Asymmetry Series*, no. 4, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University.



## PARTE II

### LA COSTITUZIONE DINANZI ALLE TRASFORMAZIONI DETERMINATE DALLE SFIDE GLOBALI

*La Constitución ante las transformaciones provocadas por los desafíos globales*

*A Constituição em face das transformações provocadas pelos desafios globais*



*Paola Bilancia\**

## RIFLESSIONI SULLE PROSPETTIVE FUTURE PER UNA DIFESA COMUNE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni sulla portata del “principio pacifista” di cui all’art. 11 Cost., nella prospettiva di una difesa comune europea. – 3. Verso una difesa comune europea: il diritto primario e la sua evoluzione attraverso lo strumento della cooperazione strutturata permanente. – 4. Lo sconvolgimento causato dall’invasione russa dell’Ucraina e le prospettive future. – 5. Riflessioni conclusive.

### *1. Premessa*

L’integrazione europea sta conoscendo, in questi anni, allo stesso tempo uno dei momenti di maggiore crisi dalla sua fondazione (complici la crisi economico-finanziaria del 2008, la crisi dei rifugiati del 2015, la Brexit, e la crisi pandemica da Covid-19), ma anche una delle maggiori occasioni di progresso sulla strada verso l’obiettivo di una vera Unione di Stati. Proprio le crisi hanno evidenziato, infatti, una notevole capacità di reazione delle istituzioni europee, e una insperata condivisione di valori e di intenti tra i Governi nazionali così come tra i cittadini degli Stati membri.

Come ci ha insegnato Beniamino Caravita, che del tema dell’integrazione europea (così come di tutti i principali temi di maggiore momento nel costituzionalismo contemporaneo) è stato fine studioso, vi è una “Europa reale” che ha radici solide e profonde (nella tradizione costituzionale comune) e che è di gran lunga “migliore” dell’“Europa percepita” (o dell’Europa “distorta” dalla rappresentazione dei sovranismi, dei populismi e dei nazionalismi): è solo valorizzando le istituzioni e i valori che stanno alla base di questa “Europa

\* Università degli Studi di Milano.

reale” che il processo di integrazione europea potrà sfociare in una vera e propria costituzionalizzazione dell’Unione<sup>1</sup>.

Questa “Europa reale” è stata messa alla prova, da ultimo, dall’invasione russa dell’Ucraina, iniziata nel 2022, che ha esacerbato le molte crisi che già attraversano l’Europa, e che ha riportato lo spettro della guerra in un continente che, proprio grazie all’esperienza virtuosa dell’Unione, aveva conosciuto settant’anni di pace sostanzialmente ininterrotta, dopo le due Guerre Mondiali. Le terribili iniziative belliche russe hanno riproposto all’ordine del giorno, con una forza inedita – e come lo stesso Beniamino Caravita aveva acutamente preconizzato solo pochi anni prima – il tema della indifferibile necessità di un progetto di difesa comune europea, che vada a completare il processo di integrazione politico-costituzionale, tramutando l’Unione in una vera e propria entità statale<sup>2</sup>. Un progetto di Unione politica e costituzionale, per quanto federale, non può prescindere, infatti, da una comune competenza in tema di sicurezza e difesa da pericoli esterni, non potendo una competenza siffatta essere lasciata all’iniziativa dei singoli Stati membri.

Nel presente saggio si offriranno alcune riflessioni sulla necessità di una integrazione europea nel settore della difesa, sul suo fondamento nel diritto costituzionale nazionale e nel diritto primario, e sulle criticità che essa potrebbe incontrare.

Ai fini di affrontare il tema dello possibile sviluppo di una difesa comune europea occorre allora, preliminarmente, individuare il perimetro costituzionale entro il quale la Repubblica italiana potrebbe, in condizione di parità con gli altri Stati membri europei, aderire a un progetto siffatto.

## *2. Cenni sulla portata del “principio pacifista” di cui all’art. 11 Cost., nella prospettiva di una difesa comune europea*

Il cosiddetto “principio pacifista” (o “clausola pacifista”) è racchiuso, nella Costituzione italiana, nel primo periodo dell’art. 11 Cost.,

<sup>1</sup> Si vedano le ampie riflessioni in CARAVITA, (2020).

<sup>2</sup> Si veda sul tema CARAVITA, (2019).



che statuisce che “l’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali”. Trattasi di norma comune (entro una certa, pur contenuta, varianza), per evidenti ragioni storiche, alle tre potenze sconfitte della Seconda Guerra Mondiale, e che trova quindi un suo corrispettivo all’art. 9 della Costituzione del Giappone e all’art. 26 della Costituzione della Germania<sup>3</sup>. Al di là della loro evidente funzione nella prospettiva dei rapporti politici internazionali del Secondo Dopoguerra (e dunque l’intento di porre un “freno” costituzionale a future intemperanze di quelli che erano stati i tre principali Stati dell’Asse), le norme costituzionali in esame rappresentano la positivizzazione di quel valore fondante, e certamente prevalente nelle società europee dell’epoca, stremate dal conflitto, del rifiuto della guerra, e dunque della volontà di non consentire il ripetersi delle atrocità che avevano caratterizzato la prima metà del XX secolo. Trattasi, pertanto, del medesimo valore che ha ispirato, neppure una decade dopo, la fondazione del progetto di integrazione europea<sup>4</sup>, e che è recepito dall’art. 3 TUE, ai sensi del quale l’obiettivo dell’Unione europea è quello di “promuovere la pace”.

Nondimeno, una norma costituzionale ha valenza interna, e non può certo impedire il ricorso alla violenza nei rapporti internazionali che interessano altri Stati, e proprio per questo l’art. 11 della Costituzione è stato spesso oggetto di un acceso dibattito, politico, sociale e dottrinale, con riferimento ai limiti che esso potrebbe porre da un lato alla partecipazione a guerre altrui, e dall’altro ad alleanze difensive “preventive” (come la NATO, secondo uno schema che, verosimilmente, sarebbe riproposto, nei suoi tratti essenziali, per una difesa comune europea)<sup>5</sup>.

La dottrina che si è occupata della esegesi dell’art. 11 Cost. è sterminata, e non può qui essere oggetto di una ricognizione approfondi-

<sup>3</sup> Sulle tre cosiddette “Costituzioni pacifiste” e sul loro raffronto in una prospettiva storico-comparatistica si veda, per tutti, LOSANO, (2020).

<sup>4</sup> Si veda, *ex multis*, ANASTASIOU, (2007).

<sup>5</sup> Per una ricostruzione approfondita di tale dibattito si veda CARTABIA, CHIEFFI, (2006).

ta<sup>6</sup>. Basti ricordare, per quel che interessa ai fini del ragionamento che si sta svolgendo, che le soluzioni interpretative che si contendono il campo sono, tendenzialmente, tre.

Secondo una prima impostazione, il principio pacifista consentirebbe un unico tipo di guerra: la guerra di autodifesa della Repubblica e dell'ordinamento costituzionale (quella in cui il cittadino viene chiamato ad assolvere il "sacro dovere" di difendere la patria di cui all'art. 52 Cost.)<sup>7</sup>. Solo in tale situazione di pericolo estremo, in cui è la sopravvivenza stessa della Costituzione repubblicana e dell'impianto valoriale a essa sotteso a essere in gioco, sarebbe consentito alla Repubblica di fare ricorso alla "guerra" per sostenere le proprie ragioni. Ciò comporta, per converso, che ogni altro atto di "guerra", inclusa, segnatamente, la compartecipazione alla guerra di difesa "altrui" (di un altro popolo, come ad esempio è il caso della guerra di autodifesa dell'Ucraina a fronte dell'invasione russa) sarebbe costituzionalmente vietata. La clausola pacifista imporrebbe, quindi, alla Repubblica, nei rapporti internazionali, una stretta neutralità, che potrebbe venir meno solo nel caso in cui essa sia aggredita.

Secondo una seconda impostazione, sia il concetto di "guerra" che quelli di "difesa" e "offesa" (e dunque, in buona sostanza, il principio pacifista nel suo complesso) dovrebbero essere interpretati alla luce del diritto internazionale, in forza del suo combinato disposto da un lato con l'art. 10 comma 1 Cost. (che contiene la cosiddetta clausola di "adattamento automatico" rispetto alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute), e dall'altro con il secondo periodo dell'art. 11 Cost. (che far riferimento alle limitazioni di sovranità necessarie a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, oltre che alla promozione delle organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo). In questa prospettiva, le guerre "consentite" sarebbero solo quelle lecite secondo il diritto internazionale (e, forse, quelle avallate dall'ONU), e le condotte vietate sarebbero quelle che, sempre secondo il diritto internazionale, possono essere definite come guerra

<sup>6</sup> Si vedano almeno, oltre al già citato CARTABIA, CHIEFFI, (2006, op. cit.): BENVENUTI, (2010); CARLASSARE, (2013); CASSESE, (1975).

<sup>7</sup> In questo senso AZZARITI, (2011). In senso analogo FERRARI, (1970).

illecita, co-belligeranza o non-neutralità (come è il caso, ad esempio, per l'invio di armi a una nazione in guerra)<sup>8</sup>.

Secondo una terza impostazione, il significato di “guerra” andrebbe, invece, definito autonomamente, e il concetto di “guerra” nel diritto costituzionale potrebbe non coincidere necessariamente con il concetto di “guerra” nel diritto internazionale. Andrebbe valorizzata, in questo senso, la prospettiva originalista (la *forma mentis* del Costituente), così come il raccordo con il “sacro” dovere di difesa della patria di cui all'art. 52 Cost. Non ogni impiego della forza (si pensi alle “missioni di pace”) o atto ostile (si pensi all'invio di armi) costituisce, allora, necessariamente una “guerra” (nel significato costituzionale del termine)<sup>9</sup>. Per “guerra” (nel senso di cui all'art. 11 Cost.) dovrebbe intendersi esclusivamente quella “guerra” che avevano conosciuto i Costituenti (la Seconda e la Prima Guerra Mondiale), e che ancora avevano negli occhi e nella mente mentre scrivevano la Costituzione repubblicana: la guerra “totale”, “di annientamento”, “di conquista”, la guerra mirata alla completa distruzione dell'avversario e alla annessione coatta del suo territorio e del suo popolo. Tutto ciò che non è “guerra” in questo specifico senso non sarebbe, allora, costituzionalmente vietato.

Tutte le impostazioni richiamate hanno certamente una loro dignità scientifica, e non è certo possibile in questa sede risolvere l'annoso problema, che invariabilmente si ripresenta, nei termini sommariamente descritti, ogniquale volta la Repubblica italiana si determini a partecipare a iniziative internazionali che implicino l'uso della violenza armata, anche solo in via indiretta (si pensi, solo per citare qualche esempio recente, ai casi del Kosovo nel 1998, dell'Afghanistan nel 2001 e della Libia nel 2011). Immancabilmente vengono in discussione, in questi casi, sia la partecipazione stessa dell'Italia, sia le modalità con cui essa dovrebbe estrinsecarsi (operazioni di ricognizione, missioni offensive, missioni difensive, fornitura di armi, fornitura di armi esclusivamente difensive, ecc.).

<sup>8</sup> Tesi sostenuta, comprensibilmente, dalla dottrina internazionalistica. Su tale dottrina si veda, per tutti, di recente, ROSSI, (2022). Tra i molti Autori si veda, in particolare, CASSESE, (1975).

<sup>9</sup> Si vedano in questo senso CARTABIA, CHIEFFI, (2006).

Se si possono offrire due riflessioni al dibattito, che possono essere, forse, altresì utili a chiarire i termini della partecipazione italiana a una reale difesa comune europea, esse potrebbero essere le seguenti.

In primo luogo – pare scontato dirlo, ma la cosa è spesso trascurata nel dibattito costituzionalistico (e non) sul tema – secondo la lettera dell’art. 11 della Costituzione, l’Italia ripudia la guerra non *tout court*, bensì “*come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli*”. A prescindere da cosa si intenda per “guerra”, quindi, il “ripudio” costituzionale è operativo solo laddove tale strumento sia utilizzato con il fine qualificato di offendere la libertà di un altro popolo. Verrebbe da chiedersi, allora, in che modo la fornitura di armi a sostegno della guerra di autodifesa dell’Ucraina, di fronte alla guerra di annessione lanciata dalla Russia, possa rappresentare una “offesa alla libertà” del popolo russo (che certo non può invocare la “libertà” di annettere arbitrariamente a sé territori appartenenti ad altri popoli). Verrebbe da chiedersi, nella medesima prospettiva, in che modo una difesa comune europea potrebbe rappresentare una “offesa alla libertà di altri popoli”, posto che l’Unione europea è notoriamente fondata, coma si è già accennato, sul valore supremo della pace, e proprio per garantire la pace nel continente che è stato il teatro delle due Guerre Mondiali è stata fondata (riuscendo, peraltro, nello scopo negli ultimi settant’anni).

In secondo luogo, non sembra peregrino immaginare di poter interpretare l’art. 11 Cost., e dunque il principio pacifista, non solo alla luce dell’art. 10 Cost. o del diritto internazionale generale, ma altresì alla luce dell’art. 2 Cost., e dunque del fondamentale principio solidarista. Si potrebbe sostenere, in questa prospettiva, che la solidarietà politica prescritta dalla nostra Costituzione, calata nella dimensione dei rapporti internazionali e tra i popoli (e dunque in prospettiva che è anche personalista), valga a rendere costituzionalmente legittima non soltanto la “guerra” di autodifesa della Repubblica, ma altresì la partecipazione (nelle forme più svariate, tra cui anche l’invio di armi) della Repubblica alla guerra di autodifesa di un alleato<sup>10</sup>, o comunque di uno Stato terzo che subisca proprio quel tipo di “guerra” (totale, di annessione del popolo e del territorio) “ripudiata” dai Costituenti, e

<sup>10</sup> In questo senso si vedano anche CARTABIA, CHIEFFI, (2006).

che dunque eserciti un “sacro” diritto-dovere di difesa analogo a quello riconosciuto dall’art. 52 Cost. La partecipazione a una difesa comune europea sarebbe, allora, vieppiù giustificata, posto che il vincolo solidarista nei confronti degli altri Stati membri sarebbe rafforzato dalla comune partecipazione a una “organizzazione internazionale” (l’Unione europea) che ha lo scopo di “assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni) e dalla condivisione dei valori essenziali della tradizione costituzionale comune.

Anche a non volere aderire ad alcuna delle riflessioni appena svolte, resta il fatto che l’art. 11 Cost. si caratterizza per una innegabile “zona grigia”<sup>11</sup>, peraltro mai organicamente illuminata dalla giurisprudenza costituzionale, che, se forse non prescrive necessariamente la difesa degli Stati amici in ottica solidarista, nondimeno offre al legislatore nazionale un ampio margine di manovra (in passato ampiamente utilizzato), nel quale la partecipazione a un progetto di difesa comune europea potrebbe agevolmente collocarsi (come del resto vi si è collocata, senza che ciò desse adito a profili di incostituzionalità, la partecipazione italiana alla NATO)<sup>12</sup>.

In una stagione in cui i valori fondanti della tradizione costituzionale europea (tra cui, non ultimi, proprio quello della pace, così come quelli della libertà e dello Stato democratico di diritto) vengono fortemente posti in discussione (se non, a loro volta, espressamente “ripudiati”) da attori centrali nella comunità internazionale degli Stati (come la Russia o la Cina), anche attraverso il ricorso alla violenza, i tempi per una difesa comune europea appaiono più che mai maturi. Il progetto, tuttavia, dovrà muoversi entro il perimetro che la Costituzione disegna: solo e soltanto la difesa di tali valori, laddove essi siano esistenzialmente e concretamente minacciati, sembra infatti poter giustificare la deroga alla generale rinuncia alla violenza prescritta dal principio pacifista.

<sup>11</sup> Si veda in questo senso BENVENUTI, (2022).

<sup>12</sup> *Contra* si veda, tuttavia, SALMONI, (2022).

### 3. *Verso una difesa comune europea: il diritto primario e la sua evoluzione attraverso lo strumento della cooperazione strutturata permanente*

Così riassunto il quadro di riferimento costituzionale, occorre ora volgere lo sguardo al quadro del diritto europeo, e dunque alle modalità con cui una difesa comune europea potrebbe inverarsi nell'ambito della complessa architettura istituzionale dell'Unione e, dunque, "a Trattati vigenti" (posto che, come si dirà, è auspicabile che una difesa comune europea divenga parte integrante dei futuri Trattati che si succederanno nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione).

Con riferimento, *in primis*, al fondamento giuridico di una difesa comune europea nel diritto primario dell'Unione, l'interprete deve necessariamente interrogarsi circa la portata delle affermazioni contenute nell'art. 42 TUE, che regola la politica di sicurezza e difesa comune. Dall'analisi dell'art. in esame si possono trarre alcune considerazioni di sistema.

L'approccio dell'Unione alla questione della difesa comune appare, *prima facie*, ispirato a quella che è la dinamica prevalente con riferimento ai temi della politica estera europea, e dunque a quella logica unanimistica che è tipica delle organizzazioni internazionali, ma oggettivamente inadeguata per una entità con ambizioni statuali e quasi-federali come l'Unione europea. E del resto, l'adozione, per questo settore, del criterio dell'unanimità, non deve stupire, se appena si considera che la PESD si avvicina realmente al cuore di quelle che sono, storicamente, nel costituzionalismo moderno e contemporaneo, le competenze sovrane degli Stati, con particolare riferimento alla nota questione dell'uso legittimo della forza, che è uno dei fondamenti imprescindibili dell'esistenza stessa di un ordinamento statale.

Gli Stati membri hanno, pertanto, sempre dimostrato una certa reticenza (per non dire una vera e propria avversione) con riferimento al trasferimento al livello sovranazionale di poteri decisionali in ambito militare. Ciò è testimoniato, sin dagli albori del processo di integrazione europea, dal fallimento del tentativo di istituire la Comunità Europea di Difesa (in ultimo naufragato per via dell'opposizione francese). E infatti, le decisioni in questo settore strategico sono sempre state affidate, nel corso della storia dell'integrazione europea, al metodo in-

tergovernativo, con espressa esclusione dell'adozione di atti legislativi vincolanti<sup>13</sup>.

La conseguenza dell'approccio prudente degli Stati membri dell'Unione europea ha fatto sì che per decenni la politica di Sicurezza europea sia stata, di fatto, affidata agli Stati Uniti d'America e alla NATO (alla quale ha aderito, del resto, la quasi totalità degli Stati membri) quale organizzazione politico-militare di rilievo primario. Gli stessi Trattati europei si premurano, infatti (su richiesta politica degli Stati Uniti, ma anche di alcuni Stati membri) di rimarcare il ruolo centrale della NATO, oltre che la non interferenza di una eventuale difesa comune europea rispetto a tale ruolo.

Il quadro del diritto primario potrebbe apparire, quindi, a una prima lettura, piuttosto deludente.

E tuttavia, come si è visto, lo stesso TUE prevede un apposito meccanismo che, se debitamente valorizzato, offre (e ha già iniziato a offrire) prospettive per uno sviluppo della difesa comune "a Trattati vigenti". L'art. 42 TUE dispone, infatti, che gli Stati membri che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative possano instaurare una cooperazione strutturata permanente nell'ambito dell'Unione. La previsione di tale cooperazione va quindi a incrinare la logica unanimistica delle decisioni, pur essendo comunque pienamente coerente con una logica "interstatale" di gestione delle relazioni internazionali.

A fronte di una apparente chiusura, dunque, il diritto primario dell'Unione si è premurato di lasciare aperto un percorso, che può essere intrapreso dagli Stati, in una prospettiva di solidarietà reciproca, verso una difesa comune, prescindendo per molti versi dal criterio dell'unanimità. Si tratta di un vero e proprio "doppio binario", dovuto alla consapevolezza circa la rilevanza di una difesa comune per un qualsiasi progetto di integrazione politico-costituzionale, e dunque alla volontà di non precludere una tale maggiore integrazione, fornendo una alternativa effettivamente percorribile al criterio intergovernativo e unanimistico.

<sup>13</sup> Sia consentito in punto il rinvio a BILANCIA, (2012, 39 ss.).

La scelta in questo senso dei Trattati deve essere letta anche alla luce della crescente instabilità internazionale a cavallo del nuovo millennio, dovuta anche alla caduta del blocco sovietico, che ha posto all'ordine del giorno una sempre crescente necessità di iniziative per far fronte a crisi internazionali, in alcuni casi localizzate nello stesso continente europeo (il riferimento è alle missioni di "*peace keeping*" e "*peace enforcing*", che possono essere decise all'unanimità dal Consiglio, se del caso attraverso il ricorso alla tecnica dell'astensione costruttiva).

Ci si potrebbe forse chiedere se questa prospettiva "a due velocità", che consente di affidare la difesa comune alla "buona volontà" di solo alcuni Stati membri (garantendo un distinguo per quei Paesi che vogliono affidarsi interamente alla NATO, o che non intendono partecipare a iniziative di difesa comune), non possa finire, nel lungo periodo, per accentuare le divisioni e le differenze tra gli Stati UE (con modalità che risulterebbero incompatibili con quella che dovrebbe essere la logica di un processo di federalizzazione), attraverso la diversificazione di ruolo e di peso sulla scena politica internazionale e nell'architettura della PESD di taluni attori. Si potrebbe argomentare, in effetti, che così facendo gli Stati membri potrebbero dividersi tra "protagonisti" e, per così dire, "*back benchers*" della difesa europea.

In realtà, il concreto evolversi del quadro politico-giuridico sembra aver dimostrato che così non è, se si considera che alla cooperazione strutturata permanente in materia di difesa, a cui si è dato il via nel 2017, hanno aderito, oggi, quasi tutti gli Stati membri (si considerino inoltre gli oltre 71 progetti PESCO avviati dal 2017 a oggi, di cui un terzo sarà concluso entro il 2027). Si è così spezzata, facendo leva sulle "valvole di sfogo" presenti nei Trattati, l'uniformità unanimistica che fino a qualche anno fa era risultata dominante, e si è considerevolmente ampliato (ex art. 43 TUE) il quadro delle missioni civili e militari di attuazione della PESD.

In definitiva, il quadro che si è sinteticamente descritto sembra dimostrare da un lato la massima rilevanza del tema nella congiuntura storica attuale (e la volontà politica degli Stati membri di perseguire tale forma di integrazione), e dall'altro che il traguardo dell'incorporazione di una difesa comune nei Trattati appare, in effetti, raggiungibile nel futuro a breve termine.



#### *4. Lo sconvolgimento causato dall'invasione russa dell'Ucraina e le prospettive future*

Come si è avuto modo di accennare, la guerra in Ucraina, provocata dall'invasione russa del 2022, ha rappresentato un vero e proprio spartiacque per la politica europea di sicurezza e difesa, dimostrando come l'eventualità di una "guerra" (nel senso in cui essa era intesa, e ripudiata, dai Costituenti italiani), per giunta in territorio europeo, sia tutt'altro che remota, nonostante i quasi settant'anni di integrazione europea nello spirito della pace.

Il drammatico evento ha impresso (come spesso accade, per l'integrazione europea, con i momenti di crisi) una decisa accelerazione ai piani per una difesa comune europea e alle iniziative collegate. Si è trattato di un risveglio brutale per l'Unione (e per i suoi Stati membri), che nel XXI secolo avevano creduto di poter procedere a un "disarmo silenzioso" (che peraltro era stato stigmatizzato, in tempi recenti, dal Presidente degli Stati Uniti d'America Donald Trump, che osservava come il peso della NATO ricadesse, di fatto, prevalentemente sulle spalle americane). Gli Stati membri si sono trovati, invece, loro malgrado, a dover procedere a un riarmo ordinato, prendendo in alcuni casi decisioni della massima rilevanza storica (e si pensi soltanto all'abbandono, da parte di Finlandia e Svezia, della via della neutralità in favore dell'adesione alla NATO).

La svolta storica si sta concretando, in via più direttamente percepibile, nel finanziamento, da parte degli Stati membri, dell'acquisto comune di armi da inviare in Ucraina, nell'ambito di pacchetti di aiuti profondamente coordinati (anche con gli alleati transatlantici). Decisivo in quest'ambito è il ruolo del Fondo europeo per la Pace, che peraltro da ormai più di un anno sta rimborsando una quota delle spese sostenute per le armi inviate in Ucraina (si consideri che le richieste in questo ambito ammontano a 10,5 miliardi fino ad oggi)<sup>14</sup>.

Si intravedono all'orizzonte possibili nuove forme di collaborazione relative all'industria militare, che ha storicamente rappresentato (con le diseconomie di scala causate dall'esistenza di plurime linee di

<sup>14</sup> Cfr. la Nota del Consiglio riguardante la consegna e l'acquisizione congiunta di munizioni per l'Ucraina, approvata dal Consiglio "Affari esteri" il 20 marzo 2023.

produzione statali per la produzione dei medesimi beni) uno dei punti deboli di una possibile difesa comune europea (dal 2017 a oggi 25 Stati membri hanno deciso, non senza notevoli difficoltà, di cooperare nell'industria militare)<sup>15</sup>.

Appare probabile, poi, il potenziamento dell'Agenzia europea per la difesa, già fondata nel 2004.

Il nuovo pacchetto di progetti PESCO prevede un'ampia gamma di investimenti e sviluppo comuni in materia di difesa, in particolare nei settori aereo e spaziale.

Notevole è divenuto altresì l'interesse dell'Unione per la “*cybersecurity*”, così come quello per lo spazio (nell'ambito della nuova politica spaziale europea), se appena si considera che queste due dimensioni sono ampiamente sfruttabili per iniziative di “guerra ibrida”<sup>16</sup>. L'Unione si è, in questa prospettiva, dotata della rete di satelliti “Galileo” e del programma di raccolta dati “Copernicus”, anche nella prospettiva di fornire agli Stati membri un “ombrello comune” per la protezione da minacce esterne.

Nella medesima direzione, l'Unione prosegue la lotta, ormai iniziata da oltre una decade, contro terrorismo, disinformazione, manipolazione del consenso elettorale, nella consapevolezza che la disinformazione è ormai divenuta, a tutti gli effetti, un'arma strategica da utilizzare, contro le democrazie, da parte degli attori della comunità internazionale degli Stati che hanno intrapreso una guerra ai valori della tradizione costituzionale comune europea<sup>17</sup>.

Dal prossimo autunno, prenderanno il via le esercitazioni di una *EU intervention force* di 5000 unità, con sede a Bruxelles, che includeranno il nuovo (cosiddetto) “scudo spaziale”, e che dovranno entrare a regime nel 2025 (strumento deciso nello *Strategic Compass* del 2021 e approvato dal Consiglio nel 2022, strumento di prevenzione dei conflitti in cooperazione con la NATO).

<sup>15</sup> Sul tema si veda il report a cura di BRIANI, (2013).

<sup>16</sup> Si veda MARCHISIO, (2011).

<sup>17</sup> Si vedano, sul tema, *ex multis*, almeno: PAPA, (2018); CASTELLS, (1996); MARCHETTI, (2020); POLLICINO, (2017). Sia consentito, inoltre, il rinvio a BILANCIA, (2021).

E ancora, si prevedono, per il futuro: l'incremento degli acquisti comuni nel settore militare; l'introduzione di un limite (seppur elevato) all'acquisto di armamenti di produzione extra-europea per gli Stati membri; la sostituzione degli armamenti dell'era sovietica nei paesi dell'est Europa.

Si renderà necessario, inoltre, rimpiazzare in tempi rapidi le armi che sono state fornite all'Ucraina negli ultimi mesi, al punto che ci si sta interrogando sull'opportunità di fare ricorso, una volta ancora (sulla strada inaugurata con *Next Generation EU*<sup>18</sup> e che prosegue ora con *Repower EU*<sup>19</sup>), all'emissione di debito comune da parte degli Stati membri, in una sempre crescente prospettiva di riscoperta della solidarietà come valore fondamentale (e "collante"<sup>20</sup>) dell'integrazione europea<sup>21</sup>.

## 5. Riflessioni conclusive

Il dibattito sul futuro della difesa comune europea è stato trasformato, in modo profondo e permanente, dall'invasione russa dell'Ucraina, che ha messo in luce in modo chiarissimo quel legame, che alcuni avevano forse dimenticato (nel secolo della lunga pace), ma che è invece ancora inscindibile, tra pace, sicurezza, difesa e diritti. La capacità dei sistemi democratici di difendersi da aggressioni (militari e non) esterne è, oggi più che mai, condizione necessaria per la sopravvivenza di quei valori che compongono la tradizione costituzionale comune europea, e che costituiscono il "patrimonio genetico" del costituzionalismo europeo contemporaneo<sup>22</sup>. È solo apparentemente contraddittorio, in quest'ottica, che tra questi valori rientri quello della pace, e del resto i Costituenti italiani erano ben consapevoli del fatto che la pace, pur dovendo essere sempre *perseguita*, a volte non può che essere *conquistata*.

<sup>18</sup> Si vedano: FABBRINI, (2022); LUPO, (2022).

<sup>19</sup> Si veda LUPO, (2024, 27-29).

<sup>20</sup> Sia consentito il rinvio a BILANCIA, (2021).

<sup>21</sup> Si veda CARAVITA, (2020)

<sup>22</sup> Sia consentito il rinvio a BILANCIA, (2012).

Come lucidamente ricordato dal Presidente della Repubblica Mattarella in una recente prolusione, “L’Unione Europea è innanzitutto una comunità di valori che trova nel rifiuto della guerra come strumento di risoluzione delle controversie, nel rispetto dello Stato di diritto, nella democrazia e nel dialogo, nella coesione sociale, nelle prospettive di realizzazione dei giovani, i suoi principi cardine”: la guerra “che vede l’Ucraina aggredita dalla Federazione Russa nella sua integrità territoriale” si intreccia con “una guerra di valori, in cui sono in gioco tutti gli elementi che caratterizzano l’odierna esperienza occidentale, a partire dalla libertà”<sup>23</sup>. Il che impone (sempre con le parole del Capo dello Stato), una unità che “si esprime al fianco del popolo aggredito, chiedendo che tacciano subito le armi, che si ritirino le forze di invasione, che venga affermato il diritto del popolo ucraino a vivere in pace e in libertà”<sup>24</sup>.

È imperativa, allora, nell’immediato una *strategia* comune europea, e nel (non troppo) lungo periodo una *difesa* comune europea, la cui implementazione è ormai divenuta condizione primaria per costituire una vera e propria identità costituzionale europea<sup>25</sup>.

Gli ostacoli rispetto a questo obiettivo non sono pochi.

Il 10 gennaio 2023 il Presidente del Consiglio europeo Charles Michel ha ribadito la volontà e la necessità dell’evoluzione della difesa europea, ma ha altresì aggiunto che l’autonomia strategica dell’Unione deve fare i conti con il fatto che la NATO rimane pur sempre il fondamento della difesa collettiva (nell’ambito della terza dichiarazione di cooperazione tra UE e NATO). E del resto, non potrebbe, nell’immediato, essere diversamente, se si considera che il progetto di una reale difesa comune europea sta, oggi, ancora muovendo i suoi primi passi, mentre le esigenze concrete di difesa, come dimostrato dai recenti eventi, sono più che mai attuali.

La stessa NATO ha peraltro risolto, già nel vertice di Madrid del 2022, la sua “crisi di identità”, alla luce della necessità di una difesa

<sup>23</sup> Cfr. *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all’Università Jagellonica di Cracovia in occasione della visita di Stato in Polonia*, 19 aprile 2023.

<sup>24</sup> Cfr. *Messaggio del Presidente Mattarella in occasione del 17° Congresso Nazionale dell’A.N.P.I.*, 24 marzo 2022.

<sup>25</sup> Si veda SADURSKI, (2006).

euro atlantica rispetto ad una Russia che costituisce una realistica minaccia all'alleanza (come testimoniato dalle già richiamate iniziative per l'adesione di Svezia e Finlandia, Paesi tradizionalmente neutrali). Particolarmente importante sarà il ruolo della NATO per la dissuasione di possibili attacchi (più volte minacciati) ai Paesi Baltici e alla Polonia, e si profila all'orizzonte un aumento delle forze di reazione rapida, per questo settore, da 40.000 a 300.000 unità, oltre che l'organizzazione di ulteriori missioni congiunte. L'attenzione della NATO è, inoltre, sempre più rivolta (anche) verso la Cina, considerata alla stregua di una sfida sistemica agli interessi (e ai valori) occidentali, oltre che alle nuove minacce non strettamente militari già menzionate (e già oggetto dell'attenzione dell'Unione), quali gli attacchi cibernetici e la sicurezza energetica<sup>26</sup>.

Nondimeno, pur nel quadro di una perdurante e imprescindibile (se non altro nella congiuntura attuale) centralità della NATO, e pur potendo contare (per quanto ancora lo si vedrà, anche dopo le prossime elezioni presidenziali negli Stati Uniti) sull'"ombrello" americano, sembra più che mai necessario procedere, per tutto quanto si è tentato di argomentare, a mettere in atto un'Europa della difesa. Ciò nella consapevolezza che il processo comporterà spese e impegno politico ingenti, oltre che l'inevitabile sacrificio, in una prospettiva solidarista, di alcuni interessi strategici nazionali (è questo il caso, ad esempio, di una auspicabile maggiore condivisione degli investimenti nel settore della difesa, che non privilegi gli appalti nazionali, e di progetti congiunti di ricerca, sviluppo e approvvigionamento).

E tuttavia, anche guardando alle posizioni dei diversi Stati membri (e dunque esclusivamente "all'interno" dell'Unione), le criticità per un maggiore impegno comune nel campo della difesa esistono e non sono secondarie. Spicca, in particolare, la posizione della Francia, storicamente avversa alla compressione della sua sovranità militare, e inclinata, invece, ad assumere il ruolo di motore dell'autonomia strategica europea (anche nella prospettiva della promozione dell'industria degli armamenti francese). In questa prospettiva, la Brexit potrebbe avere facilitato, in un certo senso, il processo, elidendo uno storico contrasto di interessi tra quelli che sono stati i due principali eserciti europei (ol-

<sup>26</sup> Cfr. par. 4.

tre che i due ex grandi imperi coloniali). Spicca inoltre il ruolo nettamente divergente, con riferimento all'invasione russa dell'Ucraina (così come su molte altre questioni vitali per l'integrazione europea, come lo Stato di diritto, i diritti fondamentali, e l'immigrazione), dell'Ungheria.

Similmente, altri Stati membri sono comprensibilmente restii a cedere porzioni della propria sovranità in un settore così delicato.

Occorre comprendere, allora, che lo sviluppo di una difesa comune europea non significa necessariamente superare e lasciarsi alle spalle gli eserciti nazionali (elemento fondamentale delle identità nazionali), bensì rendere strutturali e permanenti le iniziative comuni di difesa, investendo l'Unione di maggiori responsabilità e competenze (anche se non esclusive) in materia di difesa e sicurezza comuni. L'obiettivo è quello di un'Unione che non sostituisca gli Stati membri, ma che funga piuttosto da "*global security provider*" nel panorama internazionale. Le competenze dell'Unione dovrebbero essere estese, in questa prospettiva, almeno a quelle che consentano una analisi comune dei pericoli che permetta di prendere in comune le decisioni necessarie a contrastare crisi di portata sovranazionale, che minaccino seriamente i valori e gli interessi europei, e che, come tali, non possono essere gestite "in ordine sparso" dagli Stati membri. Si potrebbe forse considerare, dal punto di vista dell'architettura istituzionale dell'Unione, l'istituzione di un autonomo "Consiglio di sicurezza" dell'Unione europea, provvisto di competenze diverse e separate rispetto al Consiglio Affari generali e Politica estera.

In definitiva, l'implementazione di una difesa comune europea necessita di essere saldamente attagliata a quei valori che essa sarà incaricata di proteggere. Il riferimento è, soprattutto, a quel principio di solidarietà politica che sta alla base di ogni ordinamento statale democratico (incluse le forme di Stato federali), e che renderebbe credibile e operativo un piano di impegno comune nel campo della difesa. Allo stesso tempo, occorre far crescere e maturare, nelle istituzioni nazionali così come nelle società civili (e, quindi, nel *demos* europeo<sup>27</sup>), una cultura della sicurezza comune che, andando di pari passo con lo sviluppo di una cultura politico- costituzionale europea<sup>28</sup>, possa andare a

<sup>27</sup> Si veda PADOA-SCHIOPPA, (2009).

<sup>28</sup> Si veda Si veda LUTHER, (2018).

porre un ulteriore fondamentale tassello nel disegno che va lentamente a comporre l'ideale (lontano, ma raggiungibile) degli Stati Uniti d'Europa.

I tempi per questo ulteriore passo sono ormai maturi, nella consapevolezza che, come Beniamino Caravita ci insegna, “una politica insipiente e di breve respiro rischia di portarci fino all'ultimo passo davanti al baratro e, arrivati fin lì, la terra potrebbe, improvvisamente, sfaldarsi sotto i nostri piedi”, e che dunque la difesa comune è, oggi più che mai, “l'ancora di salvezza dell'Europa e degli europei”<sup>29</sup>.

### Riferimenti bibliografici

- Anastasiou H. (2007), *The EU as a peace building system: deconstructing nationalism in an era of globalization*, in *International Journal of Peace Studies*, vol. 12, n. 2.
- Azzariti G. (2011), *La guerra in Libia e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 29 marzo.
- Benvenuti M. (2010), *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, Jovene.
- Benvenuti M. (2022), *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3.
- Bilancia P. (2012), *Società multiculturale: i diritti delle donne nella vita familiare*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 1.
- Bilancia P. (2012), *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law*, Milano, Giuffrè.
- Bilancia P. (2021), *Le sfide informative della democrazia*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, n. 3.
- Bilancia P. (2021), *La Repubblica e l'Unione europea*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *L'ordinamento della Repubblica*, IV ed., Padova, CEDAM.
- Briani V. (2013), *I costi della non-Europa della difesa*, CSF-IAI, aprile.
- Caravita B. (2019), *Difesa comune, istituzioni comuni come ancora di salvezza dell'Europa e degli europei*, in *Federalismi.it*, n. speciale 1.

<sup>29</sup> Così CARAVITA, (2019, op. cit., 5 e 7).

- Caravita B. (2020), *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6, IX.
- Caravita B. (2020), *Quanta Europa c'è in Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*, II ed., Torino, Giappichelli, 11.
- Carlassare L. (2013), *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- Cassese A. (1975), *Artt. 10-12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli.
- Cartabia M., Chieffi L. (2006), *Art. 11*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet.
- Castells M. (1996), *The rise of the network society, the information age: Economy, society and culture*, Oxford, Polity Press.
- Fabbrini F. (2022), *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino.
- Ferrari G. (1970), *Guerra (stato di) (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè.
- Losano M.G. (2020), *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History.
- Marchisio S. (2011), *La politica spaziale europea: una competenza dell'Unione ancora da definire*, in N. Parisi, M. Fumagalli Meraviglia, A. Santini, D. Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Marchetti G. (2020), *Le fake news e il ruolo degli algoritmi*, in *MediaLaws*, n. 1.
- Lupo N. (2022), *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1.
- Lupo N. (2024), *Il nuovo «metodo di governo» delineato dal PNRR e i suoi incoraggianti primi passi*, in P. Bilancia (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*, Bologna, Il Mulino, 27-29.
- Luther J. (2018), *I diritti umani sociali non sono insostenibili nell'Unione europea*, in *Lex Social*, vol. 8, n. 2.
- Padoa-Schioppa T. (2009), *Demos e Crazia in Europa*, in *Astrid rassegna*, 26 aprile.
- Papa A. (2018), *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, Giappichelli.



- Pollicino O. (2017), *Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*, in *MediaLaws*.
- Rossi P. (2022), *La compatibilità con la costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDIBlog*, 8 marzo.
- Sadurski W. (2006), *European constitutional identity?*, in *EUI Working Papers*, n. 33.
- Salmoni F. (2022), *La difesa comune europea come pilastro della NATO. Un esercito senza Stato per un'Europa senza sovranità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2.



*Filippo Scuto \**

## UNA QUESTIONE EPOCALE PER L'UNIONE EUROPEA: IL PROCESSO DI ADESIONE DELL'UCRAINA TRA GUERRA E INCERTA EVOLUZIONE COSTITUZIONALE DEL PAESE

SOMMARIO: 1. Un rapido percorso di avvicinamento e le sue criticità. – 2. Le questioni aperte e l'avvio dei negoziati. – 3. Alcuni, ulteriori, nodi costituzionali: rigidità della Costituzione, composizione della Corte costituzionale, disciplina dell'emergenza. – 4. L'adesione dell'Ucraina come questione epocale per l'Europa.

### *1. Un rapido percorso di avvicinamento e le sue criticità*

A seguito dell'invasione russa del febbraio 2022 che ha dato origine al conflitto armato con l'Ucraina, il processo di avvicinamento del Paese all'Unione europea ha, inevitabilmente e comprensibilmente, registrato un rapido sviluppo.

Gli eventi che si sono susseguiti da quel momento hanno posto le basi per una possibile futura adesione all'UE con una rapidità che difficilmente avrebbe caratterizzato un processo senz'altro complesso come questo (per molteplici ragioni) senza l'aggressione militare della Russia. Così, a pochi giorni dall'inizio del conflitto, il 28 febbraio del 2022 l'Ucraina ha presentato formale domanda di adesione all'UE e, a pochi mesi di distanza, a seguito del parere presentato della Commissione europea<sup>1</sup>, il 23 giugno il Consiglio europeo ha concesso all'Ucraina lo status di Paese candidato. Con altrettanta rapidità, nel

<sup>\*</sup> Università degli Studi di Milano.

Il presente contributo è stato pubblicato in P. BILANCIA, A. PAPA (a cura di), *Lo Stato di diritto tra allargamento e integrazione europea, Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2025, 77 ss.

<sup>1</sup> Si fa riferimento alla Comunicazione della Commissione europea al parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio – “Parere della Commissione sulla domanda di adesione dell'Ucraina all'Unione europea”, 17.6.2022, COM (2022) 407 final.

dicembre 2023 le Istituzioni europee hanno deciso di avviare i negoziati di adesione<sup>2</sup> e il 25 giugno 2024 si è tenuta la prima Conferenza intergovernativa con l'Ucraina.

La guerra in corso, pertanto, ha indubbiamente influito sul percorso di adesione dell'Ucraina e il consenso, in alcuni casi l'entusiasmo, mostrato dalle Istituzioni europee e dai principali Stati membri rispetto a questa prospettiva è facilmente comprensibile dato il contesto. Di più, l'avvio delle procedure di adesione ha anche rappresentato, in un certo di senso, una chiara scelta di campo compiuta dall'Unione rispetto alle politiche di aggressione neo-imperialiste della Russia che si è tradotta nella scelta di supportare il Paese aggredito. Sotto questo profilo, va anche ricordato che l'acquisizione dello status di Paese candidato ha, tra le varie conseguenze, anche quella di un significativo supporto finanziario da parte dell'UE finalizzato a procedere sulla strada del consolidamento democratico dei richiedenti e, pertanto, il percorso di adesione ha anche rappresentato una delle chiavi per garantire il sostegno economico dell'UE all'Ucraina, specie dopo l'aggressione subita.

Nel caso dell'Ucraina, dunque, le condizioni che hanno favorito il processo di adesione all'UE<sup>3</sup> sono riconducibili a un contesto del tutto particolare e drammatico che non aveva avuto precedenti sino ad oggi. Se, come si è detto, la reazione dell'Unione è perfettamente comprensibile e anche condivisibile, è proprio la particolarità del caso che sembra dover imporre un'attenta valutazione dei processi di democratizzazione in Ucraina al fine di evitare troppo semplici scorciatoie che potrebbero avere un impatto negativo sullo stesso processo di integrazione europea.

<sup>2</sup> *Conclusioni* EUCO 20/23 - CO EUR 16 - CONCL 6, § 15 e § 16, già anticipate, sul punto, dalle *Conclusioni* del Consiglio del 12 dicembre 2023, 16707/23 - ELARG 94 - COWEB 162 - COEST 669.

<sup>3</sup> Per una ricognizione del contesto che ha portato alla nuova fase di adesione dell'Ucraina all'Unione e, in questo ambito, più in generale, in riferimento alla nuova stagione di allargamento, si rinvia alle considerazioni di DI GREGORIO (2022). Sulle prospettive di adesione dell'Ucraina all'indomani dell'accelerazione impressa al processo dopo l'invasione russa del 2022, si rinvia a CASOLARI, (2022); CERRUTI, (2022); TRYKHLIB, (2024).

Rimanendo, peraltro, sulle questioni legate al contesto, bisogna necessariamente tenere in considerazione anche ciò che l'esperienza ha dimostrato in questi anni. Come dimostra il caso di numerosi Paesi dei Balcani, infatti, le procedure per l'allargamento incontrano non poche difficoltà laddove i processi di democracy buildings avvengano in contesti post-bellici e in società multiethniche lacerate da profondi scontri interni<sup>4</sup>. Si tratta di uno scenario che, inevitabilmente, dovrebbe caratterizzare anche l'Ucraina nei prossimi anni.

Sul piano delle criticità del Paese in relazione alle evoluzioni dello Stato di diritto, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del concetto di stato costituzionale<sup>5</sup>, le questioni aperte non differiscono dai nodi che solitamente vanno affrontati con molti degli altri Paesi candidati<sup>6</sup>. Ci si riferisce, evidentemente, a questioni – su cui nel prosieguo si concentrerà l'attenzione – relative all'indipendenza della magistratura, all'emergere di forti nazionalismi, alla tutela dei diritti delle minoranze, alla tutela dei diritti fondamentali, alla lotta alla corruzione e al buon funzionamento della pubblica amministrazione, agli eccessi di polarizzazione della politica interna ai quali si legano anche i rischi di un eccesso di concentrazione dei poteri. Per quanto riguarda, poi, l'Ucraina, vi è un ulteriore elemento significativo da tenere in considerazione che contraddistingue anche le altre ex Repubbliche sovietiche e che riguarda il tema del contrasto del potere degli oligarchi e, quindi, del rapporto tra politica ed economia. Si tratta, anche in quest'ultimo

<sup>4</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni di STRATULAT (2021), che evidenzia le difficoltà dell'Unione in questi contesti: «In time, the Commission has mastered the art of turning political issues into technical benchmarks, and so far, this has worked to keep the process rolling. But its box of tools and tricks has limits when it comes to democracy- and nation-building or reconciliation in war-torn, multi-ethnic societies, statehood and bilateral disputes, and even the creation of functioning market economies. The more these thorny issues rise in importance and start conditioning progress in the overall enlargement process, the more the shortage of answers becomes obvious».

<sup>5</sup> Sullo Stato di diritto quale valore fondante dell'Unione europea, come valore da promuovere nel mondo, nonché sui diversi significati di Stato di diritto e Rule of Law (sui quali non ci soffermerà in questa sede), si vedano le considerazioni di BILANCIA (2012). Sulle questioni più rilevanti, e anche problematiche, oggi, dello Stato di diritto nell'Unione europea si rinvia a BILANCIA (2025) e BALAGUER CALLEJÓN (2025).

<sup>6</sup> DI GREGORIO (2022).

caso, di nodi aperti che evidentemente possono esercitare un impatto negativo sui principi dello Stato di diritto.

Indubbiamente, la lunga guerra seguita all'invasione russa del 2022 ha configurato uno stato di eccezione in ragione del quale le tendenze verso un ridimensionamento del principio della separazione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali appaiono, forse, inevitabili. Ci si limita, qui, soltanto a ricordare che, con l'entrata in vigore nel 2022 della legge marziale che di fatto si estenderà sino al termine del conflitto, le elezioni politiche sono state rinviate a data da destinarsi<sup>7</sup> e, inevitabilmente, i diritti di libertà hanno subito una forte contrazione. Al tempo stesso, gli sforzi compiuti dall'Ucraina a partire dal 2022 per affrontare i nodi strutturali appena richiamati vanno valutati tenendo sempre in considerazione che si tratta di un Paese in guerra e che, pertanto, allo stato attuale, non è possibile giungere a conclusioni pressoché definitive sull'evoluzione in atto in ragione della precarietà sistemica in cui si trova un Paese invaso e in guerra.

Pertanto, anche alla luce di quel che si è appena evidenziato, appare essenziale analizzare lo stato dell'arte dal punto di vista dell'evoluzione democratico-costituzionale dell'Ucraina alla vigilia della guerra cui ha fatto seguito la richiesta di ingresso nell'UE del 2022. Procedendo in questa direzione, infatti, emergono alcune questioni irrisolte rispetto alle quali, come si è detto, appare difficile ipotizzare una soluzione definitiva da parte di un Paese in guerra che, contemporaneamente, si è trovato ad adottare misure emergenziali indubbiamente non ispirate ai principi della separazione dei poteri e alla tutela dei diritti fondamentali, misure restrittive oramai in vigore da tre anni.

Da questo punto di vista, una prima riflessione non può che mettere in luce un risalente legame del Paese con l'UE. L'evoluzione democratico-costituzionale del Paese è infatti andata di pari passo con il processo di avvicinamento all'UE che risale al periodo successivo alla proclamazione di indipendenza dell'Ucraina nel 1991. Nel 1994 l'Unione aveva firmato un accordo di partenariato e collaborazione politica ed economica con l'Ucraina che, successivamente, è andato

<sup>7</sup> Le elezioni parlamentari si sarebbero dovute tenere nell'ottobre del 2023, mentre le elezioni presidenziali avrebbero dovuto essere programmate per la primavera del 2024.

intensificandosi nell'ambito delle politiche europee di vicinato. Da quel momento, tutte le principali vicende ucraine, molte delle quali indubbiamente traumatiche, si sono legate a questioni che più o meno direttamente hanno avuto a che fare con il rapporto di partenariato con l'UE. La "rivoluzione arancione" del 2004 contro i brogli elettorali e la corruzione era anche finalizzata a rafforzare il legame con l'Occidente e l'integrazione con l'Unione europea. La successiva "rivoluzione della dignità" del 2014 è stata causata anche dal rifiuto dell'allora Presidente ucraino di firmare l'"Accordo di associazione" tra UE e Ucraina approvato lo stesso anno. Tale accordo, entrato in vigore in via definitiva nel 2017 dopo che ulteriori eventi traumatici come l'annessione illegale della Crimea da parte della Russia e il suo sostegno a gruppi armati illegali nell'Ucraina orientale si sono susseguiti anche in reazione alla rivoluzione "europeista" del 2014, ha rappresentato la base del processo di integrazione politico-economica con l'Unione. Ed è sulla base dell'Accordo di associazione che l'Ucraina ha iniziato ad attuare una serie di riforme e ad allineare la propria legislazione a quella dell'UE in numerosi settori<sup>8</sup>. Già nel preambolo di tale accordo, l'UE aveva riconosciuto le aspirazioni europee dell'Ucraina e accolto con favore il suo impegno a perseguire la strada del consolidamento democratico e dell'economia di mercato.

Nel processo di avvicinamento con l'UE il sostegno finanziario ha sin da subito esercitato un ruolo di primo piano. Fra il 2014 e il 2021, si è concretizzato in 1,7 miliardi di euro in sovvenzioni a titolo dello strumento europeo di vicinato e in 5,6 miliardi di euro nell'ambito di cinque programmi di assistenza macrofinanziaria sotto forma di prestiti. Ovviamente, questo supporto è andato crescendo a seguito dell'invasione russa attraverso la mobilitazione di svariati miliardi di euro ogni anno. Inoltre, a partire dal 2024, con l'adozione dello "strumento per l'Ucraina"<sup>9</sup> (previsto per il periodo 2024-2027) è stato

<sup>8</sup> Peraltro, l'Ucraina è parte contraente del trattato della Comunità dell'energia e dell'accordo sullo spazio aereo comune, che hanno contribuito al ravvicinamento della legislazione ucraina all'*acquis* dell'UE. Cittadini ucraini beneficiano dell'esenzione dall'obbligo del visto per viaggiare nello spazio Schengen dall'11 giugno 2017.

<sup>9</sup> Lo "strumento per l'Ucraina" è stato istituito mediante il regolamento (UE) 2024/792 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 febbraio 2024.

predisposto un significativo piano da 50 miliardi di euro per sostenere il Paese nel processo di adesione e nella prospettiva della ricostruzione post-bellica. L'elemento interessante riguarda la presenza della condizionalità attraverso la quale, in maniera non dissimile dall'impianto di NGEU, l'erogazione dei fondi viene ricondotta (e, appunto, condizionata) all'avanzamento del processo riformatore del Paese, anche nell'ottica del consolidamento della *rule of law* e del processo democratico<sup>10</sup>. In sostanza, il sostegno finanziario non avviene soltanto nell'ottica dello sviluppo economico ma viene condivisibilmente individuato come uno dei mezzi per favorire la stabilizzazione del Paese dal punto di vista della tenuta dello Stato di diritto oltre che della crescita economica. Del resto, l'elemento della condizionalità finanziaria legato ai casi di violazioni dei principi dello Stato di diritto da parte di uno Stato membro è uno degli *asset* portanti del "regolamento condizionalità" del 2020<sup>11</sup>.

Nell'ambito dello sviluppo di questo partenariato va comunque anche ricordato che sino alla guerra del 2022 la prospettiva dell'adesione all'Ucraina appariva all'UE piuttosto remota. L'Accordo di associazione del 2014 non conteneva significative aperture verso una vera e propria adesione anche perché mancava ogni riferimento alla possibilità che l'Ucraina divenisse un Paese candidato all'ingresso

<sup>10</sup> Come evidenzia la Comunicazione 2024 della Commissione europea sulla politica di allargamento dell'UE del 30 ottobre 2024 – COM (2024) 690 final - Il piano indica 69 riforme e 10 investimenti riguardanti 15 settori (tra cui energia, agricoltura, trasporti, transizioni verde e digitale, capitale umano, imprese statali, contesto imprenditoriale, finanze pubbliche e decentramento). Le misure mirano a rafforzare la resilienza macroeconomica e finanziaria dell'Ucraina, a migliorare la governance, ad aumentare la capacità e l'efficienza dell'amministrazione, a migliorare l'assunzione di responsabilità e l'integrità fra i ranghi della magistratura, a sostenere lo sviluppo del settore privato e a instaurare il contesto favorevole a una crescita economica sostenibile. L'auspicio è che tali riforme aiutino l'Ucraina nel percorso di adesione portando avanti l'allineamento all'acquis dell'UE, in particolare nei settori della pubblica amministrazione, della gestione delle finanze pubbliche, della lotta al riciclaggio, degli appalti pubblici, dei trasporti e dell'agroalimentare.

<sup>11</sup> Si fa riferimento al regolamento 2020/2092 dell'UE, "regolamento condizionalità" su cui si rinvia a BILANCIA (2025).



nell'UE<sup>12</sup>. Pertanto, dal punto di vista dell'Unione, l'Ucraina rientrava nella lista di Paesi certamente non in prima fila per quel che riguardava il vero e proprio allargamento e l'azione si concentrava, piuttosto, sullo sviluppo della politica di vicinato basata sul consolidamento dei rapporti politico-economici che stava alla base dell'“Accordo di Associazione” del 2014. L'avvicinamento e gli accordi con l'UE avevano dunque contribuito ad indirizzare il Paese verso i principi dello Stato di diritto e la modernizzazione economica<sup>13</sup> sulla base di un percorso disgiunto dall'ipotesi di una vera e propria candidatura all'ingresso. Il rapido cambio di passo verso la prospettiva dell'adesione è, dunque, stato indotto, da un evento traumatico “esterno” come l'aggressione russa cui ha fatto seguito una richiesta di adesione del Paese aggredito, richiesta sin da subito supportata dagli Stati membri dell'Est che da quel momento hanno iniziato a percepire come concrete le minacce per la propria integrità territoriale.

In questo contesto, va peraltro richiamata una significativa riforma costituzionale del 2019 con cui l'Ucraina ha tentato di rafforzare i legami con l'Occidente e la sua prospettiva pienamente europea. Mediante tale riforma il legislatore costituzionale ha tentato di vincolare la politica estera del Paese all'obiettivo della “piena adesione all'Unione europea e all'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord”. La riforma si è spinta anche oltre, inserendo nel Preambolo della Costituzione il riferimento all'“identità europea del popolo ucraino” e alla “irreversibilità del corso europeo ed euro-atlantico dell'Ucraina” e individuando nel Presidente il garante dell'implementazione di tale processo che, appunto, la Costituzione configura oggi come irreversibile<sup>14</sup>. Si tratta, evidentemente, di un passaggio cruciale non soltanto sul piano dei rapporti con l'UE ma anche nell'ottica di un affrancamento dal legame con la Russia e, non a caso, da più parti si è individuato anche

<sup>12</sup> Basti pensare che con la Decisione dei Capi di Stato e di governo assunta il 15 dicembre 2016 a seguito dell'esito negativo del referendum consultivo olandese sulla ratifica dell'Accordo di Associazione con l'Ucraina, si sottolineava che tale Accordo “non conferisce all'Ucraina lo status di Paese candidato all'adesione né costituisce un impegno a conferirle tale status in futuro”.

<sup>13</sup> CENUSA, LONGHURST (2022).

<sup>14</sup> Legge cost. n. 2680-VIII del 7 febbraio 2019. Sulla riforma si rinvia a FILIPPINI (2019); IBRIDO, (2022).

in questo passaggio – soprattutto in riferimento alla costituzionalizzazione di una futura adesione alla NATO – una delle cause del crescente irrigidimento della Russia nei confronti dell’Ucraina sfociato poi nell’attacco militare del 2022. Peraltro, sulla stabilità e irreversibilità di tale processo qualche dubbio potrebbe essere sollevato in ragione del fatto che, pochi anni prima (nel 2010) una legge successivamente abrogata aveva stabilito il principio del “non allineamento” del Paese inibendo quindi l’adesione ad alleanze di carattere militare. Inoltre, allo stato attuale, pur riconoscendo l’importanza e la rilevanza di tale revisione costituzionale apertamente “atlantista ed “europeista”, appare comunque lecito domandarsi se non finirà anch’essa sul tavolo di futuri negoziati di pace con la Russia, fattore quest’ultimo che impedisce di scommettere sull’irreversibilità di questo orientamento costituzionale della politica estera ucraina. In tal senso, più di un dubbio si può esprimere sulla possibilità che le evoluzioni costituzionali nel campo (cruciale) della politica estera ucraina riescano a prevalere su un contesto geo-politico globale tendenzialmente instabile e su rapporti di forza tra grandi potenze che, per varie ragioni, stanno ridisegnando gli assetti mondiali, soprattutto a seguito delle elezioni statunitensi del 2024 che hanno portato alla rielezione di Donald Trump alla Casa Bianca. Ci si riferisce, in particolare, alla prospettiva di adesione del Paese alla NATO esplicitamente esclusa in più circostanze negli ultimi mesi dal Presidente Trump.

Quel che è certo è che un forte fattore esogeno come l’invasione russa ha favorito, nella prima fase del percorso, una sorta di trattamento differenziato nell’ottica di un processo di adesione più rapido dell’Ucraina rispetto, ad esempio, all’approccio europeo maggiormente prudente tenuto con i Paesi dei Balcani. Eppure, le ragioni di questo percorso accelerato non possono mettere in disparte le criticità sul piano dell’evoluzione costituzionale e dello Stato di diritto in Ucraina che sono state sin qui solo accennate e che verranno a breve riprese<sup>15</sup>.

Il rischio è che, laddove tali nodi non venissero sciolti, il loro impatto potrebbe riverberarsi sullo stesso processo di integrazione europea oltre che sulla politica di allargamento dell’Unione. Da un lato, se si utilizzassero procedure speciali e accelerate differenziando tra “tipo-

<sup>15</sup> Si rinvia al paragrafo 2 del lavoro.

logie” di candidati l’effetto potrebbe essere quello di destabilizzare il processo di allargamento nel suo insieme, di creare pericolosi precedenti e, soprattutto, di delegittimare l’approccio sino ad oggi adottato dalle Istituzioni europee<sup>16</sup>. L’aspetto che si ritiene meritevole di maggiore attenzione, tuttavia, riguarda la non negoziabilità rispetto ai principi dello Stato di diritto e alla loro stabilità all’interno di ciascun Paese candidato. Sotto questo profilo, un’adesione frettolosa, pur giustificata dalle circostanze eccezionali richiamate, contenente deroghe e che non sia fondata su una approfondita verifica dell’approdo ragionevolmente definitivo del Paese sul piano del rispetto dei valori su cui si fonda l’Unione (a partire dallo Stato di diritto) finirebbe per aggravare ulteriormente le questioni aperte in tema di *rule of law* nello spazio europeo. Sotto questo profilo, le recenti vicende di Paesi come Ungheria, Polonia e Romania – entrati nell’UE a seguito del grande allargamento ad Est del 2004, dovrebbero fungere da monito per l’Unione<sup>17</sup>.

## 2. Le questioni aperte e l’avvio dei negoziati

L’Ucraina si è presentata ai negoziati per l’adesione – rapidamente avviati dopo l’invasione russa del 2022 – in una condizione di “fluidità” sul piano costituzionale. Se è certamente vero che sotto molti profili si è registrata in questi anni un’evoluzione verso un modello riconducibile alle democrazie occidentali, al tempo stesso tale evoluzione presenta ancora delle criticità e non appare particolarmente stabile e irreversibile, specie se si considerano i molteplici elementi di “rottura” e i passaggi traumatici che si sono susseguiti in questo percorso. Basti pensare, alle già richiamate crisi istituzionali che hanno portato alle due fratture “rivoluzionarie” nel 2004 e nel 2014 e alle molteplici questioni territoriali “aperte” con un vicino ostile come la Russia che sono culminate in una lunga guerra all’interno dello spazio europeo.

L’Ucraina si è contraddistinta in questi decenni per una incerta evoluzione costituzionale legata ad alcune complessità di fondo che

<sup>16</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni di CASOLARI (2022).

<sup>17</sup> Sul punto si tornerà nel paragrafo 4.

caratterizzano, pur nelle differenze, lo spazio ex sovietico<sup>18</sup> anche se, sotto questo profilo, appare forse eccessivo parlare di un processo di recepimento delle costituzioni “senza costituzionalismo”<sup>19</sup>. Indubbiamente, non hanno favorito una piena democratizzazione né la tardiva e complessa costruzione statuale né l’altrettanto complessa questione del profilo etnico-nazionale di questi Paesi riconducibile alla presenza di minoranze etniche, legata anche alle modalità con cui si sono tracciati i confini dopo le numerose guerre. Per lunghi periodi, le tensioni latenti appena richiamate venivano gestite e tenute sotto controllo attraverso modelli tendenzialmente autoritari. Come è evidente, è certamente più complesso riuscire a conciliare tali tensioni con i principi del costituzionalismo liberal-democratico. Non stupisce pertanto che, in questo contesto, anche l’Ucraina sia stata e sia attraversata da tensioni con le minoranze culturali, dall’emergere, in varie forme, di vecchi e nuovi eccessi sul piano del nazionalismo e, quasi inevitabilmente, da una perenne polarizzazione politica interna.

In questo contesto, senz’altro complesso, si inseriscono le evoluzioni del Paese sul piano della forma di governo e della forma di Stato. Come avvenuto nelle ex repubbliche sovietiche, anche l’Ucraina attraverso la sua Costituzione del 1996 ha delineato un avvicinamento verso il modello costituzionale occidentale, *in primis* attraverso un forte richiamo alla centralità della persona e alla tutela dei diritti fondamentali. Sul piano della separazione dei poteri e, in particolare, per quel che riguarda l’eccesso di concentrazione di poteri in capo al Presidente eletto e il riconoscimento delle autonomie territoriali, l’andamento nel Paese è stato incerto e, per certi aspetti, anche tormentato<sup>20</sup>. Non si sono, infatti, consolidate le spinte in senso autoritario verificatesi in altri Paesi (come, ad esempio, in Russia) ma, al tempo stesso, i nodi problematici non sono mancati.

<sup>18</sup> Per un approfondimento sul punto e sulle recenti evoluzioni di state-building nell’area si rinvia alle considerazioni di DI GREGORIO (2023); per un approfondimento di questi aspetti si rinvia a CARPINELLI (2022). In generale, sui processi di riforme in atto nell’area a partire dagli anni ‘90 del Secolo scorso, v. LANCHESTER, (1998); DE VERGOTTINI (1998); MEZZETTI (2000); GANINO, VENTURINI (2001); DI GREGORIO (2019).

<sup>19</sup> Si fa riferimento alla definizione data da SHARLET (1998).

<sup>20</sup> DI GREGORIO (2023a).

Nel suo percorso costituzionale, la forma di governo ucraina è andata sviluppandosi su un modello semipresidenziale in cui, accanto all'elezione diretta del Presidente, il Governo è legato a un rapporto di fiducia con il Parlamento. A tale riguardo, sia pur con fasi alterne, l'aver evitato eccessive concentrazioni dei poteri in capo al Presidente ha favorito un migliore sviluppo del sistema di pesi e contrappesi basato su un soddisfacente livello di separazione dei poteri. Anche se, come si è detto, l'approdo in tal senso non appare definitivo né scontato come hanno confermato le ripetute rivoluzioni generate anche da brogli elettorali, le numerose e gravi crisi politiche alle quali si è sempre unita l'aggravante di costanti minacce esterne. Oltretutto, il quadro appare ancora più complesso se si considera che l'implementazione in concreto della forma di governo ucraina ha mostrato non poche criticità sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede ma che, comunque, da tempo sono state evidenziate in dottrina<sup>21</sup>: i continui conflitti istituzionali tra Presidente, Governo e Parlamento che hanno generato non poche crisi politiche; le tendenze autoritarie della carica presidenziale nell'esercizio delle sue funzioni che emergono periodicamente; un sistema politico-partitico instabile e frammentato che ha indebolito il ruolo costituzionale del Parlamento; la fragilità della Corte costituzionale sul piano dell'indipendenza dal potere politico<sup>22</sup>; una tendenziale instabilità costituzionale testimoniata da continue revisioni costituzionali<sup>23</sup>.

Un altro nodo scoperto riguarda l'autonomia territoriale che, peraltro, chiama in causa anche la questione della tutela delle minoranze e delle lingue minoritarie, in particolare quelle russofone. Come è evidente, le perenni tensioni con la Russia non hanno consentito l'evoluzione di un processo volto a garantire effettiva autonomia dei territori nelle aree dell'Est del Paese in cui sono maggiormente presenti le minoranze russofone e su cui, dal 2014 è di fatto iniziata un'azione

<sup>21</sup> Si rimanda, pertanto, a DI GREGORIO (2022a); MCAFEE (2023); CHOUDHRY, SEDELIU, KYRYCHENKO (2018); MINAKOV, POMERANZ (2021); FILIPPINI (2005).

<sup>22</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni contenute nel paragrafo terzo di questo lavoro.

<sup>23</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni contenute nel paragrafo terzo di questo lavoro.

militare russa finalizzata ad assumerne il controllo. Neppure il tentativo di risolvere la questione concedendo maggiori forme di autonomia alle regioni separatiste attraverso l'adozione di una riforma costituzionale, peraltro prevista dagli accordi di Minsk<sup>24</sup>, è approdato a buon fine dal momento che il progetto di revisione si è arenato in Parlamento. La questione, irrisolta, dell'articolazione territoriale del Paese sul piano dell'autonomia dei territori dell'Est appare oramai inscindibile dal tema delle contese territoriali in quell'area e della stessa integrità territoriale dell'Ucraina a seguito dell'aggressione da parte della Russia. Di conseguenza, l'evoluzione della forma di stato e il rapporto con le autonomie rimane un grande *rebus* su cui è impossibile pronunciarsi prima di conoscere l'esito delle future negoziazioni per gli accordi di pace che, presumibilmente, tracceranno nuovi confini tra i due Paesi belligeranti.

Alla questione dell'autonomia territoriale delle regioni dell'Est è intrecciata l'altrettanto spinosa problematica della tutela delle minoranze linguistiche, e, in particolare, di quelle russofone. Nel Paese, come noto, la lingua russa è molto diffusa ed è di gran lunga quella più utilizzata non soltanto tra le minoranze russofone, tanto che è possibile parlare di un bilinguismo di fatto. Per questa ragione il legislatore ha avviato un lungo percorso per promuovere l'utilizzo della lingua ucraina come lingua di Stato e, in questo modo, ridimensionare l'utilizzo del russo. Si tratta di un percorso che non ha però consentito, ad oggi, di trovare un adeguato equilibrio tra l'esigenza di promuovere la diffusione della lingua ucraina nel paese senza comprimere eccessivamente le minoranze linguistiche. La modifica legislativa del 2019, infatti, aveva definito la lingua ucraina come unica lingua ufficiale del Paese e aveva eliminato lo *status* di lingua regionale alle lingue minoritarie, limitandone significativamente l'utilizzo nella sfera pubblica<sup>25</sup>. Si è così passati da un estremo all'altro, dal momento che in una prima fase, dopo l'acquisizione dell'indipendenza, gli interventi legislativi avevano inizialmente assegnato un peso eccessivo alla lingua russa a

<sup>24</sup> Gli accordi di Minsk vennero approvati tra il 2014 e il 2015 per tentare di porre fine al conflitto nel Donbass, regione nell'Est Ucraina, tra il governo di Kiev e le autorità separatiste filorusse.

<sup>25</sup> Per un approfondimento di questi aspetti si rinvia a CARPINELLI (2019).

scapito di quella “ufficiale”. Successivamente, nel tentativo di riequilibrare correttamente questo rapporto, si è finito per comprimere eccessivamente le minoranze linguistiche e ciò è avvenuto, evidentemente, nel contesto di una sempre crescente tensione con la Russia nell’ultimo decennio. Come aveva avuto modo di osservare la Commissione di Venezia nel 2019<sup>26</sup> – lamentando la mancanza di equilibrio dell’intervento legislativo di quell’anno – si tratta di un ambito problematico nella prospettiva di non discriminazione. Peraltro, a giudizio della Commissione di Venezia, alcune disposizioni della legge imponevano limiti alla libertà di espressione e di associazione così come disciplinate dalla CEDU.

Come si è avuto modo di accennare in precedenza, dunque, il percorso di adesione all’UE avviato a seguito dell’invasione russa del Paese ha avuto inizio in un quadro non privo di complessità. Se sono evidenti gli sforzi compiuti in questi decenni dall’Ucraina sul piano dell’evoluzione democratica, altrettanto evidenti sono le questioni ancora aperte. Questioni che, ovviamente, non possono certo essere state risolte in questi ultimi anni da un Paese in guerra la cui stabilità è stata pesantemente messa in discussione dall’invasione russa.

A queste questioni di fondo vanno aggiunti alcuni nodi strutturali che solitamente riguardano un po’ tutti i Paesi che chiedono l’adesione all’UE, criticità che direttamente o indirettamente chiamano in causa il buon funzionamento dei principi dello Stato di diritto. Si tratta di aspetti sui quali le Istituzioni europee hanno concentrato la loro attenzione sin dal parere (positivo) espresso dalla Commissione europea all’avvio dei negoziati nel 2022 all’interno del quale sono contenute specifiche richieste all’Ucraina di intervenire su quelle che vengono chiaramente considerate come criticità sulla strada del consolidamento democratico del Paese<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. CDL-AD (2019)032-e Ukraine – *Opinion on the Law on Supporting the Functioning of the Ukrainian Language as the State Language, adopted by the Venice Commission at its 121st Plenary Session* (Venice, 6-7 December 2019) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)032-e)

<sup>27</sup> Ci si riferisce alla già richiamata Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio – “Parere della Commissione

Una prima questione riguarda, indubbiamente, l'indipendenza della magistratura e, a tale riguardo, il Paese ha avviato da più di un decennio un complesso processo di riforme che, come sottolineava la Commissione già nella sua Comunicazione del 2022, si rendono necessarie in ragione di una insufficiente indipendenza del potere giudiziario dal potere esecutivo e legislativo e di un elevato livello di corruzione nel Paese. A tale riguardo, evidenziava la Commissione, “continuano a destare preoccupazione i tentativi di ingerenza interna ed esterna indebita sul sistema giudiziario”<sup>28</sup>. Al fine di rafforzare l'indipendenza dei giudici, le riforme hanno avviato un percorso finalizzato a promuovere l'integrità e la meritocrazia fra i ranghi della magistratura, rafforzare il quadro istituzionale anticorruzione e instaurare una prassi di applicazione della normativa in vigore nei casi di grande corruzione. Attraverso l'individuazione di procedure di selezione più trasparenti e meritocratiche, il Paese ha avviato un processo di rinnovamento degli organi di governo della magistratura e, in particolare, del Consiglio superiore della giustizia e della Commissione superiore per le qualifiche dei giudici dell'Ucraina. In questo contesto, come viene evidenziato nell'approfondito *Report* annuale sull'Ucraina presentato dalla Commissione nel 2024 al quale si rimanda per lo stato dell'arte relativamente al sistema giudiziario<sup>29</sup>, molti passi sono ancora da compiere in relazione alle questioni appena richiamate ma anche, ad esempio, alla capacità di perseguire efficacemente i casi di corruzione rimuovendo le attuali limitazioni della legislazione in materia di procedura penale, alla corretta applicazione delle decisioni giudiziarie, alla grave carenza di organico e alla formazione dei magistrati. Peraltro, la Commissione ha rilevato che il piano strategico predisposto dall'Ucraina per il miglioramento del sistema giudiziario è terminato nel 2023 e non è stato sostituito da un nuovo piano su larga scala che sarebbe, però, opportuno adottare in considerazione delle numerose criticità esistenti. Si tratta, pertanto, di un percorso i cui esiti non ap-

sulla domanda di adesione dell'Ucraina all'Unione europea”, 17.6.2022, COM (2022) 407 final.

<sup>28</sup> Cfr. COM (2022) 407 final, 9.

<sup>29</sup> Cfr. European Commission, 2024 Communication on EU enlargement policy – Ukraine 2024 Report, SWD (2024) 699 final, Brussels, 30.10.2024.



paiono, oggi, scontati, che il Paese ha certamente avviato ma che non può altrettanto certamente dirsi concluso.

In una situazione non molto dissimile si trova il percorso di riforme avviato per contrastare il fenomeno, dilagante, della corruzione nel Paese. Si tratta di un problema che, oltre a scoraggiare gli investimenti nazionali ed esteri, contribuisce a minare le fondamenta dello Stato di diritto e anche per queste ragioni, tra gli obiettivi primari di riforme nel Paese ha avuto in questi anni un ruolo centrale la lotta alla corruzione. Pur sottolineando gli sforzi riformatori in atto anche su questo aspetto, in particolare nei settori degli appalti pubblici, dell'energia, delle banche e della sanità, la Comunicazione della Commissione evidenziava l'esistenza di "gravi difficoltà" sotto questo profilo.

Un ulteriore problema richiamato dalla Commissione europea, tipico, peraltro, delle ex Repubbliche sovietiche, riguarda lo strapotere degli oligarchi che ha un impatto evidente sulla vita economica ma anche politica del Paese essendosi generata una problematica commistione tra potere politico e poteri economici (concentrati nelle mani di pochi soggetti privati) che non può che avere un'influenza negativa sul buon funzionamento di democrazia e Stato di diritto. Una presenza così evidente di concentrazione di poteri in capo agli oligarchi espone questi Paesi a un perenne rischio di sviluppare sistemi democratici soltanto sulla carta, in cui le scelte di fondo sono pesantemente influenzate da soggetti privati e i principi di legalità, separazione dei poteri, tutela dei diritti e garanzie costituzionali finiscono per essere ridimensionati. Si tratta, dunque, di un ulteriore nodo sistemico che deve essere sciolto e, anche sotto questo profilo, l'Ucraina ha avviato un non facile tentativo di riforme approvando anche una legge "anti-oligarchi" nel 2021<sup>30</sup> che dovrà necessariamente essere sviluppato e consolidato nei prossimi anni, a partire dall'effettiva attuazione della normativa adottata per contrastare questo fenomeno.

<sup>30</sup> Si rinvia, sul contenuto di tale legge e più in generale, sulle numerose questioni aperte sollevate da questi interventi in materia, a SPADARO (2024). Sulle caratteristiche delle oligarchie nello spazio ex-Sovietico e sull'impatto negativo che esse esercitano per quanto riguarda il buon esito delle riforme democratiche in questi Paesi, si veda KONONCZUK, CENUSA, KAKACHIA (2017).

Anche il tema, centrale, della tutela dei diritti fondamentali richiede, come ricordato dalla Commissione, ulteriori approfondimenti sotto diversi profili. Sul piano generale, il quadro giuridico ucraino in materia appare conforme alle norme europee, tuttavia l'attuazione della normativa vigente e l'effettivo rispetto dei diritti presenta ancora delle carenze. Come si è già evidenziato, la questione dei diritti delle minoranze è aperta e legata a un insieme di nodi critici di non poco conto. Nello specifico, poi, la Commissione ha evidenziato criticità per quanto concerne: le violazioni del diritto a un ricorso effettivo; le condizioni di detenzione; la parità di genere e la violenza nei confronti delle donne; l'orientamento sessuale e l'identità di genere; la tutela dei minori in ragione dell'alto tasso di istituzionalizzazione dei bambini nel Paese. Un cenno specifico merita, poi, la libertà di espressione poiché, se il diritto appare complessivamente garantito, il nodo problematico del potere in capo agli oligarchi ricade anche sull'informazione e sulla libertà dei media con effetti negativi sul pluralismo dell'informazione. I mezzi di informazione controllati dagli oligarchi, infatti, esercitavano, a giudizio della Commissione, "un'influenza sproporzionata". Per quanto riguarda la libertà di associazione, va rilevato che, a seguito dell'inizio della guerra, sono stati messi "fuorilegge" undici partiti considerati filorussi. Tale misura appare comprensibile alla luce dell'invasione del Paese da parte della Russia ma, al contempo, conferma quel che si era già rilevato in ordine all'istituzione di uno stato d'eccezione (motivato dalla guerra) che persiste oramai da tempo e che ha inevitabilmente ridotto la tutela dei diritti e ridimensionato il principio della separazione dei poteri.

Rispetto ai nodi sistemici che si sono richiamati, l'Ucraina ha proseguito nel suo impegno sulla strada delle riforme sulla base delle richieste presentate dalla Commissione europea nel 2022 anche se, come si è già rilevato, la condizione di estrema precarietà dovuta alla guerra non ha certo agevolato questo percorso. Non a caso, il quadro che emerge dalla Comunicazione della Commissione europea dell'ottobre 2024 sull'allargamento dell'UE<sup>31</sup> non appare esaltante. Pur ricono-

<sup>31</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Comunicazione 2024 sulla politica di allargamento all'UE, 30.10.2024, COM (2024) 690 final.

scendo l'impegno dell'Ucraina su tutti i punti di attenzione presentati a suo tempo dalle istituzioni europee ed evidenziando i progressi per quanto riguarda il rafforzamento dell'indipendenza della magistratura, su ognuna delle questioni sin qui richiamate<sup>32</sup> la Commissione ha evidenziato che le criticità non sono state superate<sup>33</sup>. La stessa impressione si ricava dalla lettura delle Conclusioni sull'allargamento dell'UE del Consiglio (Affari generali) del 17 dicembre 2024 che, dopo aver ribadito a più riprese che lo Stato di diritto e la protezione dei diritti fondamentali, in quanto valori fondanti dell'UE, rappresentano i requisiti indispensabili per proseguire verso l'adesione all'Unione, ha esortato l'Ucraina a proseguire sulla strada delle riforme per affrontare le numerose sfide ancora aperte<sup>34</sup>.

La sensazione che si ricava dall'analisi dei *report* della Commissione sull'Ucraina di questi anni è quella di un percorso che appare lungo e non del tutto scontato. Emerge, sotto questo profilo, una difficoltà di fondo nel conciliare gli entusiasmi iniziali, del tutto comprensibili, legati alla volontà di incorporare nell'Unione un Paese aggredito che ha subito dimostrato una straordinaria capacità di resistenza che ha reso ancora più chiare e condivisibili le ragioni di sostenere il suo percorso di avvicinamento all'Unione, con le oggettive criticità presenti in Ucraina sul piano dei principi dello Stato di diritto e della tutela dei diritti. L'Unione si trova di fronte a questo nodo di fondo che appare evidente in tutte le sue complessità.

<sup>32</sup> In sintesi: consolidamento e stabilizzazione dell'indipendenza della magistratura, tutela delle minoranze culturali (specie linguistiche), riconoscimento di forme di autonomia territoriale; riforma della pubblica amministrazione; corruzione; oligarchie, tutela dei diritti (specie nei campi in precedenza richiamati), libertà di espressione e dei media, presenza di organizzazioni criminali e traffico di esseri umani, forte polarizzazione nella società.

<sup>33</sup> Si rinvia, in particolare, al già richiamato e dettagliato *Report* della Commissione sull'Ucraina allegato alla Comunicazione del 30.10.2024.

<sup>34</sup> Cfr. Conclusioni del Consiglio "Affari generali" sull'allargamento, Bruxelles 17 dicembre 2024 (16983/24).

### *3. Alcuni, ulteriori, nodi costituzionali: rigidità della Costituzione, composizione della Corte costituzionale, disciplina dell'emergenza*

Il percorso politico e costituzionale dell'Ucraina appare come uno dei più complessi dell'area.

Lo dimostra, innanzitutto, la genesi stessa della Costituzione. Il processo costituente è stato infatti lungo e complesso sotto molteplici profili e l'Ucraina è stata l'ultima delle ex Repubbliche sovietiche ad avere adottato una sua Costituzione soltanto nel 1996. La nuova Costituzione, peraltro, non fu adottata da un'Assemblea costituente eletta a tal fine né sottoposta a referendum ma venne approvata dal Parlamento in carica. Da quel momento, il Paese non ha certamente vissuto una stabilità sul piano costituzionale poiché si sono susseguiti numerosi progetti di riforma (non tutti andati in porto) che hanno riguardato soprattutto l'assetto dei poteri sia in relazione alla forma di governo che alla forma di Stato. In particolare, l'avvicinarsi dei Presidenti eletti ha generato continue proposte di revisione relative al ruolo e ai poteri del Presidente (in non pochi casi nel tentativo di estenderli), alla questione dell'indipendenza del potere giudiziario e a quella delle autonomie territoriali. Si è trattato, quindi, di questioni che sono indissolubilmente legate all'evoluzione dei principi dello Stato di diritto in Ucraina.

In questo continuo processo di revisione costituzionale si è inserita anche la questione della rigidità della Costituzione ucraina e della tutela di tale principio<sup>35</sup>.

La Costituzione può definirsi a “rigidità variabile”<sup>36</sup> nel suo distinguere tra una procedura aggravata e una “super aggravata” a seconda dell'ambito oggetto della riforma, ferma restando l'esistenza di limiti alla revisione di carattere sostanziale (diritti, integrità territoriale, immodificabilità durante lo stato di guerra) e procedurale<sup>37</sup>. La procedu-

<sup>35</sup> Per un approfondimento della questione e, più in generale, della complessa evoluzione costituzionale del Paese sin dalle origini, si rinvia a FILIPPINI (2019).

<sup>36</sup> FILIPPINI (2019).

<sup>37</sup> Il procedimento aggravato (artt. 154 e 155 Cost. UA) prevede che il progetto sull'introduzione di modifiche nel capitolo II e nei capitoli dal IV al XII debba essere presentato dal Presidente dell'Ucraina o da almeno un terzo dei deputati alla Vercho-vna Rada. Il Parlamento lo deve inizialmente approvare almeno a maggioranza assolu-

ra con il maggior grado di aggravamento prevede un'ampia maggioranza parlamentare (2/3) e un successivo referendum popolare. La Costituzione ha introdotto anche un coinvolgimento della Corte costituzionale nel processo poiché ad essa è assegnato un controllo preventivo sul rispetto dei limiti alla revisione previsti dalla Costituzione. Inoltre, pur non essendo esplicitamente menzionato dalla Carta fondamentale, la Corte può esercitare anche un controllo *ex post* sulle revisioni, come peraltro ha più volte affermato il giudice costituzionale intervenendo su leggi di revisione costituzionale già entrate in vigore<sup>38</sup>.

Un aspetto di non poco conto ha riguardato la tenuta delle regole di revisione costituzionale poiché più volte, negli anni, i Presidenti eletti hanno tentato di aggirarle e quindi, di fatto, di allentare la rigidità della Costituzione. Queste “scorciatoie” hanno evidentemente messo sotto pressione il principio della separazione dei poteri e dei “pesi e contrappesi” contenuti nella Costituzione e in non pochi casi hanno mostrato delle fragilità anche in relazione alle procedure di revisione costituzionale. Alcuni Presidenti, appellandosi alla funzione salvifica della volontà popolare, hanno tentato di squilibrare il procedimento assegnando un peso eccessivo al referendum popolare proponendo di bypassare, attraverso il ricorso all'istituto di democrazia diretta, le altre procedure e, in particolare, il ruolo del Parlamento e della Corte costituzionale. In altre circostanze, la revisione costituzionale è avvenuta senza il necessario intervento preventivo della Corte costituzionale come richiesto dalla Costituzione, oppure si è proceduto a far entrare in vigore le nuove norme costituzionali senza aver rispettato *in toto* le procedure dettate dalla Costituzione. I procedimenti di revisione costi-

ta dei suoi componenti e, nel corso della successiva sessione ordinaria, con i voti di almeno i due terzi dei suoi componenti. Il maggiore aggravamento previsto all'art 156 Cost. UA prevede invece che il progetto sull'introduzione di modifiche nei capitoli I, III e XIII debba essere presentato dal Presidente o da almeno i 2/3 dei deputati alla Verchovna Rada dell'Ucraina che, dopo averlo ricevuto, lo deve approvare con la maggioranza di almeno due terzi dei suoi componenti per poi sottoporlo a referendum.

<sup>38</sup> Si richiamano, a tale riguardo, le sentenze della Corte costituzionale ucraina: 26 giugno 2008; 31 luglio 2010; 20 settembre 2010 e si rinvia a FILIPPINI (2019), per un esame dettagliato della giurisprudenza costituzionale relativa alle revisioni costituzionali.

tuzionale hanno quindi generato in non poche occasioni veri e propri scontri istituzionali tra Presidente, Parlamento e Corte costituzionale in cui l'oggetto del contendere ha riguardato, evidentemente, il cuore delle questioni dello Stato di diritto e del principio della separazione dei poteri.

Come dimostrano le vicende qui solo brevemente richiamate, la stabilità costituzionale in Ucraina appare ancora lontana dal realizzarsi e lo stesso principio della rigidità costituzionale non pare giunto a un approdo definitivo. La prassi con cui si è data esecuzione alle procedure di revisione ha mostrato in non pochi casi una tendenza a voler privilegiare le scelte della politica piuttosto che il diritto e le procedure costituzionali anche se, sino ad oggi, si sono sempre scongiurate derive verso forme di autoritarismo apertamente *contra constitutionem* verificatesi in altri Paesi dell'area. Sotto questo profilo, un ruolo centrale per preservare la Costituzione e la sua rigidità spetta alla Corte costituzionale la cui indipendenza dagli altri poteri dello Stato è un'altra questione che merita un approfondimento.

A tale riguardo, nella più volte richiamata Comunicazione del 2022 con cui si è aperta la strada per l'inizio dei negoziati di adesione, la Commissione europea aveva individuato nel funzionamento della Corte costituzionale ucraina e nelle procedure di selezione dei suoi membri uno dei nodi aperti del processo di avvicinamento del Paese ai principi dello Stato di diritto. Del resto, il problema di una eccessiva politicizzazione della Corte e di una certa permeabilità ai fenomeni corruttivi era già evidente da tempo. Com'è evidente, si tratta di una criticità anche riconducibile ad altre "macro questioni" aperte già richiamate e, in particolare, all'indipendenza del potere giudiziario e al contenimento della corruzione nel Paese.

Nel tentativo di affrontare questo nodo sistemico, il Paese ha avviato da un decennio un complesso processo di riforme costituzionali e legislative in cui si sono introdotte procedure estremamente dettagliate per la selezione dei giudici, con l'obiettivo di svincolare la Corte da eccessivi condizionamenti politici e fenomeni corruttivi<sup>39</sup>. In base all'art. 148 cost., i 18 giudici della Corte costituzionale sono nominati per un

<sup>39</sup> Per un approfondimento su questo articolato e complesso processo e sulle relative normative adottate in questi anni, si rinvia a DI GREGORIO (2023b).

terzo ciascuno da Presidente, Parlamento e Congresso dei giudici (l'organo di autogoverno della magistratura). Il problema delle nomine è stato affrontato rendendo via via più severi i requisiti richiesti per la carica e, soprattutto, introducendo meccanismi di selezione "su base competitiva secondo le modalità stabilite dalla legge". A tale riguardo, è stato istituito un Comitato di esperti *ad hoc* (anche internazionali) incaricato di seguire le procedure di preselezione. I meccanismi introdotti si sono rivelati, però, molto complessi e di non facile attuazione con il rischio di generare di volta in volta lunghe fasi di stallo e conseguenti paralisi della Corte<sup>40</sup>, a tacer del fatto che si siano poi anche generate delle incongruenze se si pensa che sono stati previsti requisiti più stringenti per entrare nel Comitato di esperti rispetto a quelli richiesti per essere nominati giudici costituzionali.

A testimonianza della delicatezza del rapporto tra Corte costituzionale e potere politico, peraltro, va ricordato un episodio risalente al 2020. In un contesto reso particolarmente teso da diffusi sospetti e accuse riguardo a conflitti di interesse ed episodi di corruzione riguardanti alcuni giudici costituzionali, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di alcuni provvedimenti anticorruzione adottati per adeguarsi agli *standard* europei<sup>41</sup>, avviando un duro scontro istituzionale che ha messo in discussione la tenuta del principio della separazione dei poteri. In quell'occasione, infatti, il Presidente Zelensky ha rimosso con atti presidenziali due giudici della Corte (tra cui il Presidente) in violazione della legislazione vigente e ha poi tentato di far approvare un progetto di legge che avrebbe comportato la destituzione di tutti i componenti della Corte.

Anche le difficoltà qui brevemente richiamate rappresentano uno degli aspetti di complessità relativi al processo di democratizzazione in atto in Ucraina, in un ambito particolarmente delicato come quello che riguarda il funzionamento dell'organo di giustizia costituzionale. La questione della stabilità e dell'autonomia della Corte dal potere politico si evidenzia in tutta la sua urgenza in un contesto come quello

<sup>40</sup> DI GREGORIO (2023b).

<sup>41</sup> In un contesto in cui diversi giudici costituzionali, tra cui il Presidente, avrebbero potuto essere anch'essi destinatari delle procedure di accertamento e delle sanzioni previste da quella normativa anticorruzione.

ucraino attraversato, come si è visto, da continui processi di riforma, anche costituzionali, che spesso hanno comportato un intervento del giudice costituzionale nel processo di revisione costituzionale. Da questo punto di vista, le esperienze ungherese e polacca in cui le rispettive regressioni illiberali hanno avuto inizio con una sottomissione delle due corti costituzionali alla volontà del potere politico di mettere in discussione i principi dello Stato di diritto (legati all'adesione all'UE) mostrano quanto il tema dell'indipendenza della Corte costituzionale debba essere un elemento imprescindibile nei negoziati per l'adesione dell'Ucraina.

Un'ulteriore questione di rilievo costituzionale è rappresentata dalla disciplina dell'emergenza prevista a livello costituzionale e legislativo in Ucraina in forza della quale sono consentite significative deroghe rispetto al normale assetto politico-istituzionale del Paese. Sotto questo profilo, la Costituzione ucraina, come avviene negli altri Paesi dell'area, contiene una disciplina analitica e dettagliata dei regimi derogatori ed emergenziali che si è tradotta in copiose normative che hanno introdotto molteplici "stati di eccezione" in maniera, peraltro, in alcuni casi non pienamente aderente con le stesse previsioni costituzionali, soprattutto in relazione allo stato di guerra<sup>42</sup>. Dalla disciplina dell'emergenza contenuta nell'ordinamento ucraino emerge il quadro di un Paese che, evidentemente a ragione, si percepisce perennemente "sotto attacco". Da questa continua minaccia alla sua stabilità deriva un'ampia e numerosa disciplina derogatoria rispetto all'"ordinario" che ammette un'estesa restrizione dei diritti fondamentali e un accentramento dei poteri in capo al Presidente.

Si è già avuto modo di osservare, in precedenza, che in un contesto di guerra come quello in cui si trova il Paese non può stupire che il livello di tutela dei diritti fondamentali si sia sensibilmente ridotto e che si sia verificato un accentramento di poteri in capo al Presidente eletto che ha, sin dall'inizio, guidato la resistenza ucraina contro l'invasione

<sup>42</sup> Sul punto e, in generale, sulla disciplina degli stati di eccezione in Ucraina nel contesto dell'area si rinvia agli approfondimenti di ANGELI (2024).



russe<sup>43</sup>. Si tratta, per così dire, di conseguenze fisiologiche che appaiono inevitabili. Al tempo stesso, non si può non rilevare come il lungo conflitto in corso rischi di aver reso strutturale la tendenza ad un accentramento di poteri nella figura del Presidente a scapito del sistema di separazione dei poteri configurato nella forma di governo ucraina prevista dalla Costituzione. Poiché la continua instabilità dell'area rischia, evidentemente, di protrarsi oltre il conflitto e certamente il Paese avrà davanti a sé altre sfide vitali anche quando si giungerà ad un accordo di pace, risulterà fondamentale verificare nei prossimi anni la capacità dell'Ucraina di affrontare tali sfide senza rendere "strutturale" l'emergenza e, quindi, senza continuare ad affidarsi ai molteplici stati di eccezione previsti dall'ordinamento che rischierebbero di compromettere i significativi passi in avanti compiuti sulla strada della democratizzazione e dello Stato di diritto.

#### 4. *L'adesione dell'Ucraina come questione epocale per l'Europa*

L'unificazione dello spazio europeo, di cui il processo di allargamento dell'UE ha sempre rappresentato un elemento imprescindibile, può essere considerata come un destino comune ma è, al tempo stesso, un processo non privo di contraddizioni<sup>44</sup>. E di queste contraddizioni fanno certamente parte i processi di allargamento, sia quelli passati (come dimostrano i casi di Ungheria, Polonia e Romania) che quelli futuri, in un contesto in cui, peraltro, il tema della determinazione dei confini dell'Unione europea appare estremamente complesso e non conduce, da decenni, a risposte condivise.

A tale riguardo, appaiono condivisibili le ragioni di un nuovo allargamento, *in primis* all'Ucraina per l'evidente importanza strategica di questo Paese, più volte ricordate in questi anni dalla Commissione

<sup>43</sup> Per un approfondimento sul tema dell'accentramento dei poteri in capo al Presidente nell'Ucraina in guerra che, ad esempio, ha portato in un biennio all'adozione di mille e cinquecento Decreti del Presidente, si rinvia ad ANGELI (2024).

<sup>44</sup> MORRONE (2022).

europea<sup>45</sup>: l'allargamento rappresenta un'occasione storica sia per i Paesi candidati che per gli Stati membri poiché un'Unione più grande potrebbe garantire maggiore stabilità politica e sicurezza nel Continente e potrebbe accrescere la forza dell'UE come attore di maggior peso geopolitico nel mondo. Inoltre, un mercato ulteriormente allargato potrebbe garantire nuovi benefici sociali ed economici. Al tempo stesso, la Commissione europea in questi stessi documenti fa riferimento alla necessità di un'“*integrazione graduale*” dei nuovi *partner* che, a sua volta, dovrebbe garantire un'accelerazione del processo di allargamento. Al di là di quella che potrebbe essere considerata come una posizione contraddittoria della Commissione sul punto, la questione decisiva, allora, sembra essere quella di comprendere che sia fondamentale procedere con gradualità senza bruciare le tappe e senza farsi travolgere dagli eventi geo-politici che stanno ridisegnando gli assetti mondiali dopo la rielezione di Donald Trump alla Casa Bianca.

Da un lato, infatti, questi eventi potrebbero accelerare il processo di avvicinamento dell'Ucraina all'Europa per diverse ragioni, dall'altro, occorre comunque procedere con prudenza e in maniera graduale per quanto riguarda l'ingresso vero e proprio dell'Ucraina nell'UE alla luce delle numerose questioni aperte (costituzionali e non) che si sono sin qui richiamate.

Come si è cercato di evidenziare, infatti, il Paese si trova nel mezzo di un percorso di avvicinamento all'Europa che la guerra ha certamente accelerato ma all'interno del quale una serie di nodi problematici sembrano evidenziare alcune debolezze rispetto alla cultura e al consolidamento dello Stato di diritto. Del resto, non si possono dimenticare le degenerazioni illiberali che hanno riguardato negli ultimi anni l'Ungheria e (sino alle ultime elezioni politiche nel Paese) la Polonia e che hanno messo in discussione nello spazio dell'UE la tenuta dei principi cardine dello Stato di diritto e della separazione dei poteri<sup>46</sup>. L'esperienza, insomma, sembrerebbe richiedere di procedere in ma-

<sup>45</sup> Cfr., da ultimo, la richiamata Comunicazione della Commissione del 30 ottobre 2024 del 2024 sulla politica di allargamento dell'UE.

<sup>46</sup> Sul punto e, sul complicato e laborioso processo di individuazione di strumenti di contrasto alle degenerazioni illiberali “interne” da parte dell'UE, si rinvia a DI GREGORIO (2022a); GUASTAFERRO (2023).

niera graduale nel percorso di adesione dell'Ucraina. La stessa Commissione europea ha giustamente evidenziato la necessità del consolidamento dei risultati ottenuti sulla via delle riforme, auspicando che tali risultati possano ragionevolmente considerarsi "irreversibili"<sup>47</sup>. Il che presuppone l'esigenza di portare avanti un percorso che non può dirsi concluso rafforzando, contemporaneamente, i rapporti e il sostegno economico e militare nei confronti di un Paese che è stato vittima di un'aggressione militare nello spazio europeo.

Oltre alle questioni relative allo Stato di diritto e all'evoluzione costituzionale del Paese, vi sono, poi, ulteriori aspetti che non possono essere dimenticati e che verranno in questa sede soltanto richiamati.

L'allargamento ai nuovi candidati avrebbe, evidentemente, un impatto sul processo decisionale dell'Unione che già da tempo, nel suo attuale assetto a 27, ha dimostrato di non essere in grado di rispondere alle grandi sfide del nostro tempo e, sotto questo profilo, l'ingresso di un grande Paese come l'Ucraina potrebbe rendere ancora più complesso il funzionamento dell'Unione con la sua attuale forma di governo. Più in generale, un allargamento a 37 membri, porterebbe con sé i rischi di una paralisi dell'Unione. La questione dell'allargamento, *in primis* all'Ucraina, pone quindi una sfida quasi esistenziale per l'Unione poiché appare evidente che senza avviare un processo di riforme delle Istituzioni e della forma di governo l'UE rischierebbe di implodere. Va evitato, in sostanza, il pericolo che l'UE diventi "grande da morire"<sup>48</sup>.

Inoltre, l'ingresso dell'Ucraina richiederebbe un ripensamento della politica agricola comune europea che finirebbe per ridimensionare i vantaggi di cui beneficiano in questo campo numerosi Stati membri.

<sup>47</sup> Come evidenziato nella già richiamata Comunicazione del 2024.

<sup>48</sup> Richiamando il titolo del recente Volume di GOULARD (2025). Nel volume vengono messi sul tavolo non pochi aspetti problematici relativi all'attuale processo di allargamento a 37 Stati membri che riguardano il funzionamento delle istituzioni europee in un'Europa allargata senza riforme istituzionali, gli assetti economici, le criticità e i pericoli sul piano della tutela dei principi dello Stato di diritto. Rispetto al precedente processo di allargamento ad est con l'ingresso di dieci nuovi Stati all'inizio del millennio si evidenzia, a mo' di monito, come il mancato parallelismo tra allargamento e riforme dell'Unione abbia bloccato il processo di integrazione europea in questi anni e, come naturale conseguenza, rafforzato i partiti antieuropei e i sovranismi nazionali.

Basti pensare a tale riguardo che, dopo l'inizio della guerra, la Polonia, che è uno dei maggiori sostenitori in Europa della causa ucraina, ha dovuto contemporaneamente impedire le importazioni di grano dall'Ucraina a causa di una durissima opposizione dei propri agricoltori.

Vi è, poi, un'altra questione che chiama in causa il futuro stesso della costruzione europea come entità politico-costituzionale. L'adesione dell'Ucraina potrebbe condurre verso scenari sul piano della difesa comune europea che mai si sono verificati, sino ad oggi, nel processo di integrazione. L'art. 42.7 TUE prevede, infatti, che qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata sul suo territorio, gli Stati membri debbano prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi a loro disposizione. Come è evidente, il lungo conflitto con la Russia che precede di molti anni l'invasione del 2022 in ragione delle mire espansionistiche di questo Paese nei confronti dell'Ucraina, potrebbe quindi investire in maniera diretta e sul piano militare la stessa Unione in misura ben maggiore di quanto non sia avvenuto sino ad oggi se l'Ucraina divenisse uno Stato membro. Questa ulteriore questione "esistenziale" dell'Unione – legata anche al possibile ingresso dell'Ucraina – mette evidentemente in luce tutti i ritardi del processo di integrazione europea sul piano della costruzione della difesa comune. Si tratta di un tema epocale per l'Unione e la sua sopravvivenza che richiede un atto di coraggio sulla strada della difesa comune, nella consapevolezza dei pericoli evidenti legati al rapporto con la Russia, tanto più se l'Ucraina entrasse nell'Unione senza che si avviasse un rapido processo riformatore sul piano della difesa comune e delle riforme istituzionali. Sotto questo profilo, la consapevolezza che sia in atto un evidente cambiamento di approccio degli Stati Uniti rispetto alle questioni europee e alle ragioni storiche dell'Alleanza atlantica, richiederebbe ancora di più l'immediato avvio di un più deciso processo costituente europeo – inteso in senso lato e con diverse opzioni sul tavolo come le cooperazioni rafforzate – a partire dalla difesa e dalla politica estera comune.

Il percorso di adesione dell'Ucraina pone, dunque, delle questioni non solo epocali ma, in un certo senso, anche esistenziali per l'Unione europea che vanno anche al di là della necessità primaria di preservare i principi dello Stato di diritto all'interno dell'Unione. Sull'Unione ri-

cadono senz'altro degli obblighi morali e politici nei confronti dell'Ucraina aggredita con un'invasione militare illegittima dello spazio europeo che pone inquietanti interrogativi sulla sicurezza futura dell'Europa, tanto più nel mutato contesto globale cui in precedenza si è fatto cenno. Tenendo fermo questo principio, appare necessario procedere nel percorso di avvicinamento dell'Ucraina all'Unione, consci di quelle che sono le questioni ancora irrisolte di cui si è cercato di dare conto.

In un certo senso, le vicende dell'Ucraina stanno mettendo l'Unione di fronte a sé stessa, costringendola a guardarsi allo specchio per mettere meglio a fuoco le proprie debolezze. Il processo di adesione dell'Ucraina, nella sua centralità, va quindi affrontato nella consapevolezza che in questa fase è in gioco il futuro della costruzione europea.

### *Riferimenti bibliografici*

- Angeli A. (2024). La regolamentazione degli stati di eccezione nei Paesi dello spazio ex-sovietico: il caso dell'Ucraina. *DPCE on-line*, n. 1.
- Balaguer Callejón F. (2025). Democrazia e Stato di diritto nell'Unione europea. In P. Bilancia, A. Papa (a cura di), *Lo Stato di diritto tra allargamento e integrazione europea*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1.
- Bilancia P. (2012). Lo Stato di diritto come valore in una dimensione "spaziale". *Nomos – le attualità nel diritto*, n. 1.
- Bilancia P. (2025). I mutamenti nella concezione europea dello Stato di diritto e la complessa integrazione degli ordinamenti nazionali nell'Unione europea. In P. Bilancia, A. Papa (a cura di), *Lo Stato di diritto tra allargamento e integrazione europea*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1.
- Carpinelli C. (2019). Ucraina: la questione della lingua e le sue fasi di evoluzione politica e legislativa. *NAD – Nuovi Autoritarismi e Democrazie*, n. 2.
- Carpinelli C. (2022). Radici storiche e problematiche costituzionali del conflitto russo-ucraino. *Passaggi costituzionali*, n. 1.
- Casolari F. (2022). L'Ucraina e la (difficile) prospettiva europea. *BlogDue*.
- Casolari F. (2022). Perché un'adesione istantanea dell'Ucraina all'UE non è possibile e forse non è nemmeno necessaria. *eublog.eu*.

- Cenusa D., Longhurst K. (2022). From Associated to Candidate Trio? Ukraine, Georgia and Moldova's EU membership journey. *neweasterneurope.eu*.
- Cerruti T. (2022). Ucraina e Unione europea: le ragioni di un avvicinamento graduale. *SIDIBlog*.
- Choudhry S., Sedeliu T., Kyrychenko J. (2018). *Semi-presidentialism and Inclusive Governance in Ukraine. Reflections for Constitutional Reform*. *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*.
- De Vergottini G. (1998). *Le transizioni costituzionali*. Bologna.
- Di Gregorio A. (2022a) La nuova stagione di allargamento dell'Unione europea tra dilemmi della condizionalità democratica e fragilità costituzionale dei nuovi candidati. In L. Montanari, A. O. Cozzi, M. Milenkovich, I. Ristic (a cura di), *We, the people of the United Europe: reflections on the European state of mind*. Napoli.
- Di Gregorio A. (2022b). La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo? *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1.
- Di Gregorio A. (2023a). Lo spazio ex sovietico tra "costituzionalismo" euroasiatico e condizionalità europea. *Rivista di Diritto Pubblico comparato ed europeo*, n. 1.
- Di Gregorio A. (2023b). Ucraina. La riforma delle modalità di selezione dei giudici costituzionali tra difficoltà politiche interne e rispetto delle raccomandazioni della Commissione di Venezia. *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2.
- Di Gregorio A. (a cura di) (2019). *The Constitutional Systems of Central-Eastern, Baltic and Balkan Europe*. The Hague.
- Filippini C. (2005). Le riforme costituzionali nelle Repubbliche della CSI successive all'adozione delle prime costituzioni postsovietiche: una democratizzazione impossibile?. In A. Di Giovine, S. Sicardi (a cura di), *Democrazie imperfette*. Torino. Giappichelli.
- Filippini C. (2019). Rigidità costituzionale e riforme in Ucraina tra diritto interno e diritto internazionale. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4.
- Filippini C. (2019). Rigidità costituzionale e riforme in Ucraina tra diritto interno e diritto internazionale. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 4.
- Ganino M., Venturini G. (a cura di) (2001). *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*. Milano.

- Goulard S. (2025). *Grande da morire. Allargare ancora l'Unione europea? Come la rana vanitosa della favola di Esopo, potrebbe esplodere*. Bologna. Il Mulino.
- Guastaferro B. (2023). Il principio della rule of law nell'ordinamento euro-unitario: dalla Comunità di diritto alla giustiziabilità dei valori. *Diritto pubblico*, fasc. 3.
- Ibrido R. (2022). I “fattori costituzionali condizionanti” della politica estera tra diritto e geopolitica. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2.
- Kononczuk W., Cenusa D., Kakachia K. (2017). *Oligarchs in Ukraine, Moldova and Georgia as key obstacles to reforms*, nel sito dello Georgian Institute of Politics.
- Lanchester F. (1998). I successori dell'Impero: un'eredità difficile e una democratizzazione dagli incerti risultati. In F. Lanchester, M.P. Ragonieri, *I successori dell'Impero. Le Costituzioni degli ordinamenti ex URSS*, Milano.
- Mcafee C. (2023). Semi-Presidentialism: A Pathway to Democratic Backslide. In *Penn State J. L. & Int'l Affairs*, n. 2.
- Mezzetti L. (2000). *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America latina, Asia*. Torino. Giappichelli.
- Minakov M., Pomeranz W. (2021). *Constitutional Crisis in Ukraine: Looking for Solutions*. Kennan Cable. Kennan Institute. Wilson Center, n. 65.
- Morrone A. (2022). La spinosa questione della Costituzione europea. *Nuova atlantide*, n. 5.
- Sharlet R. (1998). Legal Transplants and Political Mutations: The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States. *East European Constitutional Review*, vol. 7, 4.
- Spadaro I. (2024). Il contrasto normativo alle “oligarchie” come nuovo strumento di auto-preservazione dalla rule of law in Ucraina, Moldova e Georgia, guardando all'Europa. *Federalismi.it*, n. 5.
- Stratulat C. (2021). EU enlargement to the Western Balkans – Three observations. *www.epc.eu*.
- Trykhlil K. (2024), European integration and national reform in a time of war: Can Ukraine accomplish both?. *Future Democracy Lab*, <https://fudelab.id.uj.edu.pl/start>.





Leonardo Álvarez Álvarez\*

## LA ESCUELA JURÍDICA DE VIENA Y LA TEORÍA DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

SUMARIO: 1. Introducción: La Escuela Jurídica de Viena y la negación del derecho estatal de necesidad como categoría de la dogmática orientada al estudio del derecho positivo. – 2. La Escuela Jurídica de Viena y la deconstrucción de la categoría del derecho estatal de necesidad de la teoría jurídica del Estado. – 3. La Escuela Jurídica de Viena y la reconstrucción de la categoría del derecho estatal de necesidad: «el derecho de excepción». – 4. Conclusión: consideraciones críticas sobre la construcción del derecho de excepción por la Escuela Jurídica de Viena.

*1. Introducción: La Escuela Jurídica de Viena y la negación del derecho estatal de necesidad como categoría de la dogmática orientada al estudio del derecho positivo.*

Como afirmaba Clemens Jabloner, Director del Instituto Hans Kelsen de Viena, y uno de los mayores conocedores y estudiosos de su doctrina:

«KELSEN define el objeto del «derecho» no mediante deducciones *a priori* o afirmaciones abstractas, sino analíticamente. El objetivo de Kelsen es iluminar y reconstruir críticamente el objeto que durante tanto tiempo ha sido etiquetado como «derecho positivo» por los juristas. De este modo, ya se presupone un concepto -aunque vago- de derecho positivo. Además de esta función constructiva, la teoría pura de derecho cumple también una función deconstructiva. Consiste en criticar la jurisprudencia convencional, a la que KELSEN acusa de falsificar ideológicamente el derecho positivo disfrazando construcciones aparentemente jurídicas. Así pues, la teoría pura no es sólo una metodología para juristas, sino también una crítica de la ideología».<sup>1</sup>

\* Universidad de Oviedo.

<sup>1</sup> JABLONER (2011), 21 ss.

Jabloner dejaba constancia, de este modo, de que gran parte de las categorías que integran la *dogmática* de la teoría pura del derecho construida por la Escuela Jurídica de Viena – esto es, «el modo en que las normas deben de ser observadas»<sup>2</sup> –, no eran más que una reinterpretación del anterior aparato categorial del positivismo jurídico desarrollado fundamentalmente por Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband o Georg Jellinek a finales del siglo XIX y principios del XX. Un positivismo que sería denominado críticamente por los continuadores de la Escuela Jurídica de Viena, como positivismo «viejo cuño»<sup>3</sup> o de «viejo estilo».<sup>4</sup>

Este proceder argumental señalado por Clemens Jabloner lo reconocería el propio Alfred Verdross, cofundador de la Escuela Jurídica de Viena, junto con Hans Kelsen y Adolf Julius von Merkl, al autocalificar sus propios esquemas de pensamiento como un «positivismo crítico».<sup>5</sup> Su función fue reinterpretar críticamente desde los presupuestos metodológicos de una ciencia jurídica pura, conceptos y categorías del positivismo jurídico del siglo XIX, distinguiendo específicamente el derecho de las ciencias de la causalidad y del derecho natural.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Kelsen (1923), 34, Walter (1999), 9.

<sup>3</sup> Walter (1970), 73.

<sup>4</sup> Jakab (2005a), 341.

<sup>5</sup> Un destacado estudio que analiza la posición de la Escuela Jurídica de Viena frente a la doctrina del positivismo jurídico de finales del siglo XIX, puede verse en Kojá (1988), 42. En ocasiones la alusión a los integrantes de la Escuela Jurídica de Viena ha sido demasiado reduccionista, incluyendo solo a Kelsen, Merkl y Verdross. El propio Kelsen reconoció en la segunda edición de sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, de 1923, el destacado protagonismo en la construcción la teoría pura del derecho de los trabajos las contribuciones de Adolf Merkl (*Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, de 1923.), pero también de Alfred Verdross («Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers», de 1916), véase XV y XVI. Se ha ignorado, sin embargo, con frecuencia a autores como Franz Weyr, fundador de la denominada Escuela de Brno, Leonid Pitamic, Fritz Schreier, Felix Kaufmann y Joseph L. Kunz. Participaron con frecuencia en el seminario privado celebrado en el domicilio de Hans Kelsen en la calle Wickenburg de Viena. Contribuyeron de manera determinante a la construcción de la norma hipotética fundamental, elemento nuclear de la Escuela Jurídica de Viena. Véase al respecto Olechowski (2020), 320 ss.

<sup>6</sup> Dreier (1986), 42.

En realidad, como se tratará de demostrar en este estudio, la categoría «derecho de excepción» – *Ausnahmezustand* – que ha formado parte de la dogmática de Escuela Jurídica de Viena para el estudio del derecho positivo responde justamente a dichos esquemas de pensamiento. Dicha categoría, no es más que una reinterpretación, conforme a su nítida distinción entre *ser* y *deber ser*, de la categoría «derecho estatal de necesidad» (*Staatsnotrecht*) del positivismo jurídico de viejo estilo del siglo XIX.

Hans Kelsen y Adolf Merkl negaron, en teoría, que la categoría del *Staatsnotrecht* pudiera formar parte de la dogmática orientada al estudio del derecho positivo. Como afirmarían Kelsen ya en sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* publicados en 1911,<sup>7</sup> el derecho estatal de necesidad «es un simple hecho, jurídicamente inabarcable y, por tanto, inexistente».<sup>8</sup> Sin embargo, sería en su trabajo *Allgemeine Staatslehre* publicado en 1925 cuando Kelsen calificaría al derecho estatal de necesidad del positivismo de viejo estilo o de viejo cuño como un «derecho natural», que acabaría definiendo el tratamiento distintivo de la categoría del *Staatsnotrecht* por parte de la Escuela Jurídica de Viena. Como afirmarían Hans Kelsen:

«El Estado tiene que vivir y si es imposible que esto suceda por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, en particular el monarca, están obligados a hacer lo necesario para garantizar el mantenimiento del Estado. Naturalmente, esto no es más que un razonamiento político-iusnaturalista que, como de ordinario, intenta hacerse pasar por derecho positivo». «Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva en la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para que sus fines particulares de la justificación del estado de necesidad política».<sup>9</sup>

En muy parecido sentido, Adolf Merkl afirmarían en su *Allgemeines Verwaltungsrecht* publicado en 1927: «frente al derecho de excepción

<sup>7</sup> Se ha manejado para este trabajo la segunda edición publicada en 1923.

<sup>8</sup> P. 247.

<sup>9</sup> P. 157.

edificado sobre la base la idea necesidad que justifica la infracción del derecho..., la ciencia jurídica no puede más que calificarla como una mera apariencia de derecho, como un no derecho, como un derecho natural». <sup>10</sup> De esta manera, los fundadores de la Escuela de Viena venían a confirmar las tesis ya defendidas por Edmund Bernatzik, profesor de Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, y su principal maestro académico, que había atribuido al *Staatsnotrecht* la responsabilidad de negar la idea misma de derecho. <sup>11</sup> Y también las del también positivista Gerhard Anschütz, que había afirmado respecto del *Staatsnotrecht*: a) el derecho y deber del Estado a defenderse en caso de peligro existencial y el derecho de necesidad son «valores del ayer», <sup>12</sup> b) «el derecho de excepción existente sobre el derecho positivo es un edificio de fantasía», c) «la emergencia no otorga el derecho a infringir la ley. Contra el derecho positivo la administración no puede invocar un *ius eminens*». <sup>13</sup>

Este diagnóstico es el que, en efecto, cabe hacer retrospectivamente del tratamiento realmente crítico del derecho estatal de necesidad del positivismo jurídico de viejo cuño por parte de los fundadores de la Escuela Jurídica de Viena. Así lo confirma el actual Director del Instituto Hans Kelsen de Viena, Clemens Jabloner, que ha afirmado que «el derecho de excepción es – considerado desde un punto de vista técnico – constitucional – como la preexistencia de una «vulgarización» y de «una deslegitimación»». <sup>14</sup> Lo que parece claro es que la Escuela Jurídica de Viena niega la existencia del derecho estatal de necesidad en el aparato categorial de una ciencia pura orientada al estudio del derecho positivo.

Actuales afirmaciones sustentadas en parecidos presupuestos han reiterado la crítica de la Escuela Jurídica de Viena a la categoría del derecho estatal de necesidad. Hoy día, aún es posible ver afirmaciones como que aquella categoría es un lenguaje «redundante» (András Ja-

<sup>10</sup> P. 53.

<sup>11</sup> BERNATZIK (1886), 323 ss.

<sup>12</sup> ANSCHÜTZ (1897), 24.

<sup>13</sup> ANSCHÜTZ (1912), 142. Negó también que existiese una competencia preconstitucional del gobierno para aprobar ordenanzas de necesidad, (1871), 51 ss.

<sup>14</sup> (1999), 268.

kab),<sup>15</sup> que «el derecho de necesidad no existe» (Günter Frankenberg),<sup>16</sup> que es una «traición constitucional» (Adolf Arndt),<sup>17</sup> careciendo, por tanto, de relevancia en una ciencia jurídica orientada al estudio del derecho positivo. Incluso desde la concepción de la «positividad del derecho desde una perspectiva sociológico-jurídica»<sup>18</sup> de Niklas Luhmann, a partir de la consideración del derecho como sistema operativo cerrado y autorreferencial,<sup>19</sup> afirmará «el sistema jurídico no puede aceptar ningún estado de excepción».<sup>20</sup>

Sin embargo, para poder contextualizar en sus justos términos por qué los fundadores de la Escuela Jurídica de Viena niegan al derecho estatal de necesidad su relevancia como categoría de la dogmática orientada al estudio del derecho positivo, resulta necesario analizar someramente los presupuestos metodológicos que condujeron a su construcción. Solo así puede comprenderse adecuadamente cómo proceden a su reconstrucción en el interior de una ciencia jurídica pura orientada al estudio del derecho positivo.

## *2. La Escuela Jurídica de Viena y la deconstrucción de la categoría del derecho estatal de necesidad de la teoría jurídica del Estado*

a) Los presupuestos metodológicos de la categoría derecho estatal de necesidad

Siguiendo las precisiones de Clemens Jabloner, corresponde analizar en este estudio cómo la Escuela Jurídica de Viena ha procedido a

<sup>15</sup> JAKAB (2018), 314 ss.; JAKAB (2021), 8 ss.

<sup>16</sup> FRANKENBERG (2010), 126. En el mismo sentido se pronuncian autores como KÄGI (1945), 118; VOIGT (1952), 44. Véase un análisis de estas construcciones que niegan la existencia de un derecho de excepción como categoría autónoma de la ciencia del derecho, frente a las anteriores basadas en el dualismo ser-deber ser, en el extraordinario trabajo de TECHET (2022), 257.

<sup>17</sup> ARNDT (1962), 13.

<sup>18</sup> Así la denomina JABLONER (1999), nota 28.

<sup>19</sup> Entenderá que la Constitución cierra el sistema jurídico en la medida en que se regula como un ámbito en el cual, ella misma vuelve a reaparecer. Constituye el sistema jurídico como sistema cerrado a través de la reentrada en el sistema, (1990), 182.

<sup>20</sup> (1995), 414, (1983), 142 ss., (1985), 1 ss.

deconstruir la categoría del «derecho estatal de necesidad» – *Staatsnotrecht* – del positivismo de viejo estilo para tratar de reconstruir posteriormente un así denominado “derecho de excepción” – *Ausnahmezustand* – en el seno de una teoría pura del derecho. El denominado derecho estatal de necesidad, como categoría de la dogmática destinada al estudio del derecho positivo, se construye por el positivismo de finales del siglo XIX desarrollado principalmente por Paul Laband, Carl Friedrich von Gerber y Georg Jellinek, en el marco de unos presupuestos metodológicos, pero también políticos, muy concretos. Como ha podido demostrar András Jakab en sus destacadas contribuciones a la teoría del conocimiento jurídico, todas las posiciones que tratan de definir el concepto de Estado y de derecho, incluso la Escuela Jurídica de Viena, parten siempre, la mayoría de las ocasiones de manera implícita, de elementos antropológicos, sociológicos y filosóficos.<sup>21</sup>

El derecho estatal de necesidad es directo e inmediato resultado de la teoría del Estado construida por la iuspublicística alemana para la interpretación de la Constitución del Reich alemán de 1871.<sup>22</sup> No es, por tanto, cierto que el derecho estatal de necesidad encontrara su fundamento en el texto constitucional, a pesar de que el art. 168 de tal Constitución reconociera que el monarca, «en caso de que se encuentre amenazada la seguridad pública en el territorio federal, puede declarar en cualquier parte el estado de guerra». Esta disposición, pudo considerarse en el debate académico, todo lo más, como la plasmación jurídica declarativa del derecho estatal de necesidad, pero no como su fundamento.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> (2021), 8. Las destacadas contribuciones Jakab a la teoría del lenguaje y del razonamiento jurídico fueron desarrolladas en el marco del proyecto de investigación «CONREASON – The Comparative Constitutional Reasoning Project». Sin lugar a duda, el más relevante desarrollado en Europa hasta la fecha. Algunas de sus conclusiones, aplicadas específicamente al concepto derecho de excepción han sido plasmadas en su trabajo, *European constitutional language* (2018), 314 ss.

<sup>22</sup> HOFMANN (2005), 176.

<sup>23</sup> Esto implicó una notable diferencia con el debate académico sobre el derecho de excepción desarrollado por el positivismo moderado durante la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919, que descansó fundamentalmente en la interpretación del art. 48,2, en el que se regulaban los poderes excepcionales del

La teoría del Estado del positivismo jurídico empleada para la interpretación de la Constitución de 1871 partió de la distinción categorial entre el Estado y su derecho. Como pusiera de manifiesto Georg Jellinek, maestro del positivismo jurídico alemán – a cuyos seminarios de Heidelberg asistió Kelsen mientras se encontraba redactando sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, gracias a una beca de investigación<sup>24</sup> – el Estado aparece definido como una *realidad* metajurídica preexistente al derecho integrada por tres elementos: un territorio, una población y un poder.<sup>25</sup>

En los planteamientos del maestro de Heidelberg resulta posible apreciar el presupuesto inicialmente defendido por Philipp Zorn de que el Estado representa la *precondición de la Constitución*.<sup>26</sup> Como afirmara Georg Jellinek, «El Estado es un poder de dominación originario proyectado sobre una unidad asociativa de hombres».<sup>27</sup> Para Jellinek, es en ejercicio de su *poder* que el Estado metajurídico creará el derecho positivo y se someterá al mismo con la finalidad de garantizar las exigencias de libertad y de seguridad jurídica de los individuos.<sup>28</sup>

La denominada por Jellinek *teoría del autosometimiento del Estado a su propio derecho* («*Selbstverpflichtung des Staates an sein Recht*»)<sup>29</sup> – acogida de los planteamientos de Rudolf von Jhering –,<sup>30</sup> constituiría el elemento nuclear de la teoría del conocimiento de ese positivismo de «viejo cuño» o de «viejo estilo», como denominaría críticamente la Escuela Jurídica de Viena. Como se verá, es ese «presupuesto fundamental» – el sometimiento del Estado a su propio derecho – como lo cali-

Reichspräsident. Véase sobre este proceder argumental, HUBER (1974), 33. También del mismo autor (1981), 690 ss.

<sup>24</sup> KELSEN (2008), 83 ss.

<sup>25</sup> JELLINEK (1921), 394 ss. Véase del mismo autor (1887), 190. Esta concepción del Estado como una realidad formada por tres elementos defendida por el positivismo jurídico alemán también inspiró el desarrollo de la teoría del Estado en Austria en el siglo XIX. Véase en ese sentido la destacada obra vinculada al positivismo jurídico de ULBRICH (1883), 73 ss.

<sup>26</sup> ZORN (1880), 26.

<sup>27</sup> JELLINEK (1921), 180, 394 ss.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 370.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 367 ss.

<sup>30</sup> JHERING (1877), 304.

ficaría Hans Kelsen en la crítica a tal construcción –<sup>31</sup> el que será directo responsable de la construcción de la categoría del derecho estatal de necesidad.

Es gracias a ese «presupuesto fundamental» que Georg Jellinek asumirá la «teoría de las dos caras del Estado» que defendiera originalmente Carl Friedrich von Gerber en su obra *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* publicada en 1880.<sup>32</sup> De esta manera, se distinguía la vertiente sociológica de la vertiente jurídica del Estado, ya plenamente sometido éste al derecho creado por él mismo. Mientras la primera deberá de ser objeto de estudio por parte de la teoría *sociológica* del Estado, la segunda habrá de conformar el objeto de conocimiento de la teoría *jurídica* del Estado. Es de ese modo que el positivismo jurídico de Laband y de Jellinek pretende construir, en teoría, una «verdadera» doctrina jurídica del Estado, desvinculada ya de elementos morales, económicos y sociológicos.<sup>33</sup>

Esta ciencia jurídica del Estado recibiría la denominación *Staatsrecht* cuando describía el derecho positivo vigente o *Staatsrechtslehre* cuando construía las categorías y los conceptos orientados a su estudio.<sup>34</sup> Se diferenciará, así, de la tradicional *Staatslehre*, que había fusionado el estudio derecho positivo con elementos históricos, sociales y morales, tal y como habían realizado autores como Robert von Mohl o Lorenz von Stein.<sup>35</sup>

En apariencia, del aparato categorial de esta teoría jurídica del Estado (*Staatsrechtslehre*) del positivismo de viejo cuño formaría parte el así denominado *derecho* estatal de necesidad (*Staatsnotrecht*). Como

<sup>31</sup> Kelsen, «Staat und Recht» (1968), 162.

<sup>32</sup> Pp. 1 ss.

<sup>33</sup> Como señala Christoph Möllers del positivismo jurídico del siglo XIX, particularmente, Paul Laband «consolidó un cuerpo jurídico de teoría del Estado del derecho alemán y desarrolló un método jurídico del derecho público que se diferenciaba de otras disciplinas, de consideraciones morales y económicas», *Der vermisste Leviathan, Juristische Staatstheorie in der Bundesrepublik* (2008), 17 ss. Esta confusión que anteriormente imperaba en el estudio del derecho público fue denominada por Laband «dilettantismo» en el prólogo de la segunda edición de 1887 de su *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*.

<sup>34</sup> JAKAB (2015), 75 ss. Del mismo autor, (2016), 299.

<sup>35</sup> PAULY (1993), 177.



afirmara Carl Friedrich von Gerber, cabe hablar en la teoría jurídica del Estado de «Un derecho aún más amplio y, en principio, aún menos determinable de la autoridad estatal a intervenir en la propiedad de los particulares puede entonces justificarse por un estado de necesidad para actuar de manera determinante por las circunstancias de cada momento».<sup>36</sup>

La supuesta integración de esta categoría en una teoría jurídica del Estado orientada al estudio del derecho positivo diferenciaría, al menos en apariencia, al derecho estatal de necesidad de la anterior teoría del Estado que lo definió a partir de presupuestos estamentales y de derecho natural (*jus eminens*).<sup>37</sup> En efecto, Christian Gottlob Biener, apoyado en tales presupuestos, había definido en el siglo XVIII el derecho estatal de necesidad

“como el conjunto de medios extraordinarios necesarios para el mantenimiento del Estado en el caso de que entren en colisión el deber del Kaiser de actuar, por una parte, en favor del mantenimiento del imperio alemán, de la tranquilidad y de la felicidad y la garantía de la libertad de religión de la nobleza y de todos los sometidos y ciudadanos del Reich y, por otra parte, de observar los medios prescritos por las leyes”.<sup>38</sup>

Sin embargo, Hans Kelsen criticaría con vehemencia esta teoría de las dos caras del Estado del viejo positivismo – que distinguía la vertiente sociológica y jurídica del Estado – acusándola de un sincretismo metodológico acrítico,<sup>39</sup> de ser la responsable de la confusión de realidad y norma en el mismo objeto de estudio. La categoría del derecho estatal de necesidad, como trató de demostrar Hans Kelsen en sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* de 1911, era la más clara manifestación de confusión entre lo fáctico y el derecho positivo en el mismo objeto de estudio de una teo-

<sup>36</sup> (1880), 42.

<sup>37</sup> ANSCHÜTZ (1912), 142.

<sup>38</sup> (1780), 73.

<sup>39</sup> KELSEN, «Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode» (1968), 4.

ría «jurídica del Estado» que, buscaba, paradójicamente, diferenciarse de elementos fácticos y sociológicos.

Es cierto que la pretendida «cientificidad» la teoría jurídica del Estado del positivismo de viejo estilo obedeció externamente a la necesidad de articular una conceptualización más sistematizada propia del derecho privado (derecho romano), que respondía más al ideal científico y se alejaba de la literatura anecdótica, sociológica y desistematizada del derecho público alemán.<sup>40</sup> Sin embargo, dicha teoría jurídica del Estado y, la construcción del derecho estatal de necesidad, tuvo una finalidad política muy concreta.

Fue, en realidad, una estrategia de legitimación política eficaz, aunque cuidadosamente disimulada, desarrollada con la finalidad de apoyar el centralismo monárquico, reconociéndole espacios libres de poder, y frenar los avances de la incipiente democratización del Estado.<sup>41</sup> Robert Walter, probablemente el más importante continuador de la Escuela Jurídica Viena<sup>42</sup> afirmaría: «tras el dualismo Estado y derecho podría verse la intención política de que, junto al derecho, exista un segundo sistema, al que, dado el caso, cabe recurrir. Aparecen de este modo los *actos de necesidad* que carecen de apoyatura en el derecho, pero que pueden justificarse como actos de Estado, porque corresponden a la *esencia* o a la *función* del Estado-- dicho abiertamente, a la *razón de Estado*».<sup>43</sup>

b) La deconstrucción de la categoría del derecho estatal de necesidad por parte de la Escuela Jurídica de Viena.

Sería fundamentalmente Hans Kelsen quien achacaría a aquella pretendida científicidad de la teoría jurídica del Estado – basada en la doctrina de dos caras del Estado – llamada, en teoría, a expulsar de su estudio supuestos elementos sociológicos, haber incurrido en un «sincretismo metodológico» confundiendo, en el fondo, realidad y norma.

<sup>40</sup> JAKAB (2015).

<sup>41</sup> MÖLLERS (2000), 267; GIACOMETTI (1979), 509; VEROSTA (1959), 482 ss.

<sup>42</sup> Discípulo directo de Adolf Merkl y cofundador, junto con Kurt Ringhofer, del Instituto Hans Kelsen, de Viena en 1971.

<sup>43</sup> (1999), 28 s. Véase también críticamente MERKL (1927), 53.

Efectivamente, como afirmaría Georg Jellinek con relación al *Staatsnotrecht*:

«El dogma que considera el sistema del derecho como una unidad cerrada desconoce la relación fundamental entre derecho y Estado. Todo derecho tiene su límite insuperable en el hecho mismo de la existencia del Estado...El derecho no tiene jamás la fuerza suficiente para determinar en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de su camino».<sup>44</sup> «Los acontecimientos históricos que viven los Estados solamente pueden ser previstos de modo imperfecto y, por lo tanto, es imposible que el derecho, que quiere conscientemente operar en el futuro, pueda disponer de normas para regular todos los acontecimientos venideros imprevisibles».<sup>45</sup>

Como se puede apreciar, Georg Jellinek parte de que el derecho positivo creado por el Estado metajurídico en situaciones excepcionales, por definición, carece la capacidad suficiente para poder preservar la existencia del Estado metajurídico. Es en tal situación cuando, en base a la categoría del derecho estatal de necesidad (*Staatsnotrecht*), cederá la inicialmente defendida por Jellinek sujeción del Estado al derecho creado por él mismo y se permitirá que recupere su poder originario y manifieste su pura fuerza, desvinculado de su derecho. Como afirmará con meridiana claridad Georg Jellinek:

«La necesidad de actuar *contra legem* no se deduce naturalmente de la ley, sino de la naturaleza del Estado que precede al orden jurídico». «Todo derecho encuentra sus límites en la naturaleza del Estado. Como la existencia del Estado como orden fáctico de los factores de poder social precede a todo orden jurídico, la necesidad implacable en la lucha contra sus fuerzas enemigas, busca afirmarse incluso contra el derecho, cuando su regulación positiva entra contracción con las condiciones de existencia del Estado...».<sup>46</sup> «Si la Constitución, en tales casos, omite el derecho del gobierno a sustituir la voluntad del legislador, crea con ello una de aquellas situaciones que deben de evitarse y donde la eficacia de las fuerzas naturales del Estado ocupan el espa-

<sup>44</sup> (1921), 358 s.

<sup>45</sup> JELLINEK (1906), 43.

<sup>46</sup> (1887), 300.

cio vacío del derecho. El gobierno, obligado por la fuerza de las circunstancias, actúa aquí bajo su propia responsabilidad en caso necesario con los medios existentes».<sup>47</sup>

Sin llegar a reconocer radicalmente que el derecho aprobado por el Estado metajurídico no puede regular de ningún modo la situación de excepción como afirmara Georg Jellinek, Carl Friedrich von Gerber reconocerá que el derecho positivo debería de regular el derecho estatal de necesidad, aunque, en caso de su insuficiencia, la necesidad de preservar la existencia del Estado metajurídico cabría afirmarse incluso al margen del derecho. Como ha afirmado el citado autor: «(A)l reconocimiento del derecho estatal de necesidad subyace la idea de que el derecho a la existencia del Estado existe sobre su vida constitucional normal, que aparece en las relaciones de emergencia anormales. Sería preferible si la Constitución misma definiera el derecho de excepción y su ejercicio».<sup>48</sup>

Es al leer con detenimiento las afirmaciones vertidas por los representantes del positivismo de viejo estilo, que se demuestra su manifiesta contradicción con los presupuestos tomados como punto de partida, como percibiera con claridad Hans Kelsen. El problema del derecho estatal de necesidad sustentado directamente en el dualismo Estado y derecho, no es solo, como expusiera con acierto el autor austriaco en su *Allgemeine Staatslehre* la incoherencia que plantea desde el punto de vista de la teoría del conocimiento definir primero el objeto (el Estado formado por una parte fáctica y por una parte jurídica) y, a partir de éste, pretederminar posteriormente su método (la teoría sociológica y la teoría jurídica del Estado).

El derecho estatal de necesidad falsea, por su propia esencia, la distinción en la que se apoya el mismo positivismo de viejo estilo, al pretender distinguir, en principio, la teoría jurídica del Estado de la teoría sociológica del Estado. El derecho estatal de necesidad, supuestamente integrante del aparato categorial de la teoría jurídica del Estado implica erigir en su objeto de estudio el poder fáctico y metajurídico del Estado preexistente al derecho, y desvinculado de toda norma.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 376.

<sup>48</sup> (1880), 41 s.

Lo explica con claridad Kelsen al calificar las consecuencias que el viejo positivismo atribuyó al *Staatsnotrecht* como un milagro jurídico. Como afirmará en su obra *Gott und Staat* publicada en 1923:

«Ese es el método de la teoría del Estado que con su orden metajurídico – distinto al derecho –, de un Estado metajurídico o suprajurídico, pretende hacer jurídicamente comprensible lo jurídicamente incomprensible. Pretende hacernos creer en el milagro jurídico, al igual que la teología en el milagro natural. De la misma manera que el Estado distinto del derecho – Estado cuya voluntad es el derecho positivo y que puede, sin embargo, actuar por encima de ese derecho y al margen del ordenamiento jurídico, es decir, que puede operar milagros en materia jurídica –... ha sido reconocido como simple expresión de ciertos postulados políticos que trascienden al orden jurídico positivo... ».<sup>49</sup>

Es cierto, como afirmara el autor austriaco en su obra *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, con la categoría del *Staatsnotrecht* de la teoría jurídica del Estado, al igual que Dios se somete a las leyes del mundo para hacerse hombre, y se desvincula de éstas por medio del milagro para seguir siendo Dios, a través del «milagro jurídico» del *Staatsnotrecht*, el Estado que se somete al derecho para ser el Estado, se desvincula de sus normas en situaciones excepcionales para seguir siendo Estado.<sup>50</sup>

Estos desarrollos permiten constatar por qué la Escuela Jurídica de Viena calificó al derecho estatal de necesidad del positivismo jurídico del siglo XIX como un «no derecho, como un derecho natural» (Merkel),<sup>51</sup> como un «simple hecho, jurídicamente inabarcable como una revolución o una paralización fáctica de la maquinaria estatal» (Kelsen).<sup>52</sup> Las afirmaciones de Adolf Merkel relativas al derecho estatal

<sup>49</sup> P. 189.

<sup>50</sup> P. 247. El estudio de la teoría tradicional del Estado en parangón con la teología, ya pudo apreciarse en su trabajo publicado en 1914, «Über Staatsunrecht», 964. Aludirá en dicho trabajo a que «la imputación de actos jurídicos al Estado implicaría la misma antinomia lógica que se daría en la presentación del pecado de Dios», 972.

<sup>51</sup> (1927), 167.

<sup>52</sup> (1923), 254.

de necesidad de que «una infracción jurídica no puede ser jurídica»,<sup>53</sup> dejaban claro que el calificado como *derecho* por el positivismo de viejo estilo no podría ser, en realidad, verdadero derecho<sup>54</sup>.

La Escuela Jurídica de Viena lograba, así, deshacer uno de los mitos que aún circulan en la actualidad en la teoría del derecho de excepción, que entienden que la mayor contribución del positivismo jurídico a la citada construcción ha sido identificarlo con la denominada «fuerza normativa de lo fáctico». Que tal fuerza normativa de lo fáctico se defiende por el positivismo jurídico es indudable dado que éste se construye sobre una teoría del conocimiento que afirma que *son* derecho válido las órdenes coactivas procedentes de un poder fáctico de dominación,<sup>55</sup> identificándose así *ser* y *deber ser*, como criticarían los fundadores de la Escuela Jurídica de Viena.

Como han sido capaces de demostrar con acierto reputadas posiciones en la literatura secundaria, el así denominado derecho de excepción (*Staatsnotrecht*) por el positivismo jurídico nunca ha tenido ni la capacidad para crear derecho ni para modificarlo. Lo que legitima tal constructo es simplemente *la imposición de lo fáctico sobre el derecho*, legitimando infracciones y suspensiones del derecho positivo. Lo fáctico solo podría convertirse en derecho, tener propiamente fuerza normativa – dejando entonces de considerarse como expresión del derecho estatal de necesidad – a través de un general reconocimiento. Así lo afirma Georg Jellinek, «Existen siempre relaciones de poder en los elementos estatales que no pueden ser enjuiciadas conforme a las

<sup>53</sup> (1927), 167.

<sup>54</sup> Pero, seguramente en la calificación como *derecho* de necesidad este positivismo de viejo estilo influyó el hecho de que también éste asumiera acríticamente de la categorización de construcciones anteriores cuyos presupuestos trataron de ser deconstruidos y reconstruidos a partir de los presupuestos metodológicos kantianos de división de trabajo. Véase la calificación como «derecho de excepción» por parte de las teorías desarrolladas con anterioridad, KLÜBER (1840), 551; ZACHARIÄ (1854), 742. Y también Rudolf von Jhering afirmaría que «como la existencia humana individual, también el Estado tiene un derecho de necesidad cuando su existencia se encuentra amenazada», (1887), 330. En realidad, el positivismo de viejo cuño hizo lo mismo que el positivismo crítico de la Escuela Jurídica de Viena, reinterpretar categorías que habían sido utilizadas en el derecho público, conforme a sus propios presupuestos.

<sup>55</sup> WALTER (1999), 85.

reglas del derecho aunque, sin embargo, pueden ser legalizadas a posteriori a través de un general reconocimiento».

### 3. La Escuela Jurídica de Viena y la reconstrucción de la categoría del derecho estatal de necesidad: «el derecho de excepción»

a) Los presupuestos metodológicos de la categoría «derecho de excepción».

Probablemente la principal aportación de la Escuela Jurídica de Viena a la teoría del conocimiento jurídico fue tratar de solventar los problemas de la confusión entre realidad (ser) y norma (deber ser) de la teoría jurídica del Estado del positivismo de viejo estilo,<sup>56</sup> que se había materializado con evidente claridad en la categoría derecho estatal de necesidad.<sup>57</sup> Ello llevó a la Escuela Jurídica de Viena a practicar, en los términos señalados por Clemens Jabloner, una reconstrucción del anterior *Staatsnotrecht*, pasando su función a ser descrita en el aparato categorial de una ciencia jurídica *pura* con el concepto «derecho de excepción»: *Ausnahmezustand*.

La conversión del *Staatsnotrecht* en *Ausnahmezustand* fue el resultado de la negación de la distinción entre Estado y derecho del viejo positivismo del siglo XIX. La Escuela Jurídica de Viena defenderá la identificación de ambos conceptos. Como afirmaría Kelsen en sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, «Estado y derecho, sin lugar a duda, son dos diferentes caras de la misma cuestión».<sup>58</sup> Sin embargo, será en su *Allgemeine Staatslehre*, en la que reconocerá que «todo Estado es un Estado de derecho en el sentido de que todo acto del Estado es un acto jurídico».<sup>59</sup> También reconocerá en su trabajo *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*,

<sup>56</sup> OLECHOWSKI (2016), 164 ss.

<sup>57</sup> KELSEN, «Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode» (1968), 4.

<sup>58</sup> (1923), 406.

<sup>59</sup> (1925), 44.

«Ninguna parte del Estado se sitúa al margen del derecho y ninguna parte del derecho se sitúa al margen del Estado», «la positividad del derecho implica soberanía del derecho».<sup>60</sup>

Sin embargo, al igual que sucedió con el positivismo de viejo estilo del siglo XX, también el positivismo normativista de la Escuela Jurídica de Viena se ancló en unos presupuestos sociológico-políticos bien definidos. Como reconoció Hans Kelsen en su *Autobiografía*:

«La tesis de que el Estado, conforme a su naturaleza, es un orden jurídico relativamente centralizado que, en consecuencia, el dualismo Estado y Derecho constituye una ficción, que se apoya en una hipóstasis animista de la personificación, con cuya ayuda se suele representar la unidad jurídica del Estado, se ha convertido en un elemento esencial de mi teoría jurídica. Puede ser que yo, en último término, haya llegado a esta concepción debido a que el Estado que me quedaba más próximo y que yo mejor conocí por experiencia personal, el Estado austriaco, evidentemente era solo una unidad jurídica. En vista del Estado austriaco, integrado por tantos grupos diferentes por raza, lengua, religión e historia, se demuestran las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algunos nexos sociopsicológicos o sociobiológicos de los hombres jurídicamente pertenecientes al Estado, muy evidentemente como ficciones».<sup>61</sup>

Michael Stolleis también señalaría que tras la construcción de una teoría pura del derecho orientada exclusivamente, ahora ya sí, al estudio del derecho positivo, se encontró la intención de Hans Kelsen de situar el estudio del derecho fuera de la influencia de la iglesia católica y del antisemitismo pujante en Austria.<sup>62</sup> Sea como fuere, lo cierto es que el positivismo normativista de la Escuela Jurídica Viena marcó una radical diferencia con el positivismo jurídico de viejo estilo de Laband,

<sup>60</sup>(1928), 87 s.

<sup>61</sup> (2008), 119 ss. Sin embargo, en la actualidad, sobre la biografía y los presupuestos sociológicos e históricos de la obra del autor austriaco, vale como obra de referencia el extraordinario de trabajo del Director del Instituto Hans Kelsen de Viena, OLECHOWSKI (2020), 10 ss.

<sup>62</sup> STOLLEIS (1999), 167.



Gerber y Jellinek, erigiéndose en una construcción típicamente austriaca.<sup>63</sup>

Como ha explicado con claridad en la literatura secundaria Robert Walter, «mientras el positivismo de viejo cuño consideró que las disposiciones positivas eficaces de la autoridad social *son* derecho válido, la teoría pura del derecho consideró dichas disposiciones *como si* fueran derecho válido».<sup>64</sup> Es así que para el positivismo normativista de la Escuela de Viena, la validez de la norma (*deber ser*) no deriva de lo fáctico (*ser*), como había defendido el positivismo de viejo estilo, que llevó al reconocimiento de la «fuerza normativa de lo fáctico», entendiendo, en efecto, que las órdenes coactivas de una autoridad social *son* tratadas como derecho válido (identificando ser y deber ser). Sin embargo, esta fusión entre ser y deber ser es radicalmente criticada por Hans Kelsen. Para él, «el derecho no puede existir sin el poder..., pero el derecho no es idéntico al poder».<sup>65</sup>

El derecho y la norma se conciben para la teoría pura del derecho como el *sentido objetivo* de un acto de voluntad. La existencia específica de la norma (*deber ser*), su validez, se desvincula de este modo de la voluntad subjetiva de su creador (*ser*).<sup>66</sup> De ahí que, como reconociera Robert Walter, para la Escuela Jurídica de Viena, las disposiciones efectivas de una autoridad social no *son* (*ser*) tratadas como dere-

<sup>63</sup> WALTER (1988), 609 ss. Véase también el trabajo de JAKAB (2021), 51.

<sup>64</sup> WALTER (1970), 73. Efectivamente, Hans Kelsen reconoce «la teoría pura del derecho no afirma: el derecho *es* un orden válido objetivo *porque* se presupone la norma, uno debe de comportarse de acuerdo que la primera constitucional histórica, sino: el derecho *puede* ser considerado como un orden válido objetivo, *si* se acepta que uno debe de comportarse conforme con lo previsto en la primera constitución histórica, es decir, bajo la *presuposición* de la norma hipotético fundamental», (1960), 547. Esta consideración del derecho *como si* fuera derecho válido se desarrolló por Kelsen en aplicación de la teoría de las ficciones de Hans Vaihinger desarrollada en el trabajo *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Felix Meiner, Zweite Auflage, Leipzig, 1924. Al respecto, véase el trabajo de KELSEN, «Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie der Als-ob» (1968).

<sup>65</sup> KELSEN (1934), 70.

<sup>66</sup> JESTAEDT (2013), 1014; JABLONER (2013), 343 ss.

cho válido (*deber ser*), como el positivismo de viejo estilo, sino que *pueden*<sup>67</sup> ser tratadas *como si* fueran derecho válido.<sup>68</sup>

Y esa trascendencia del deber ser al ser, la autonomización de la norma frente a la realidad se produce – en el marco de la construcción escalonada del orden jurídico defendida por Adolf Merkl (*die Stufenbau der Rechtsordnung*) y asumida por Hans Kelsen<sup>69</sup> – gracias a la satisfacción de los requisitos dispuestos en una norma superior. Y, en último extremo, en una norma, ya no positiva, sino de la lógica, presu- puesta por la teoría del conocimiento jurídico dotada de la función de dotar de unidad a todo el sistema de normas:<sup>70</sup> la norma *lógico-* trascendental.<sup>71</sup> Es así que las órdenes coactivas efectivas de una auto-

<sup>67</sup> Fundamental aquí para esta precisión JAKAB (2004), 1046 ss.

<sup>68</sup> WALTER (1999), 73.

<sup>69</sup> Kelsen reconocería expresamente las contribuciones de MERKL (1923), pero también de Alfred Verdross («Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers», de 1916,) a la construcción de la teoría pura del derecho en la segunda edición de sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, de 1923, véase XV y XVI. Esta segunda edición es la que se ha empleado para la realización de este trabajo. La teoría de la construcción escalonada del orden jurídico de Adolf Merkl fue inicialmente asumida por Kelsen en su trabajo de 1923 «Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates» (1968), 1625 ss. Posteriormente fue ya desarrollada en su *Allgemeine Staatslehre* (1925), 229 ss., y después en su *Reine Rechtslehre* (1934), 62 ss., *The General Theory of the Law and State* (1949), 123 ss. y en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre* (1960), 196 ss. Particularmente en la construcción de su concepción dinámica del orden jurídico. En todo caso, como ha señalado Robert Walter, discípulo directo de Merkl y probablemente en más relevante continuador de la Escuela Jurídica de Viena, el propio Kelsen asumió en muchas ocasiones las tesis de Merkl sin referirse a él expresamente, algo que fue característico de dicha Escuela, en la medida en que trabajaba en la construcción de una «obra conjunta», «Adolf Merkl. Rechtstheoretisches Werk», en: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 105, 1990, 660.

<sup>70</sup> Como afirmara Adolf Merkl: «Si el caos de las formas jurídicas debe interpretarse como una suma de fenómenos relacionados, en una palabra, como un sistema jurídico, como un cosmos jurídico, [...] entonces debe [...] reconocerse como punto de partida un origen común», *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Deuticke, Wien, Leipzig, 1923, 210.

<sup>71</sup> KELSEN, «Die Funktion der Verfassung» (1968), 1975 ss. Al igual que el reglamento deriva su validez de la ley, la ley adquiere su validez de la Constitución. La Constitución misma, cuando ha sido aprobada por medios legales, adquiere su validez de otra anterior, y así hasta la primera Constitución histórica. Hay que presuponer que

ridad social se convierten en derecho válido, en un sistema ideal, en el sentido de trascendental, de normas.<sup>72</sup> Como Hans Kelsen afirmaría en su trabajo *General Theory of Law and State* publicado en 1949: «por ejemplo, un anarquista que niegue la validez de la norma hipotética fundamental del derecho ... verá la regulación positiva de las relaciones humanas (como la propiedad o los contratos) como meras relaciones de poder».<sup>73</sup>

En el marco de esta radical distinción entre realidad y norma, Hans Kelsen afirmará que la categoría del *Staatsnotrecht* del positivismo del siglo XIX debería de construirse en el marco de una ciencia jurídica pura orientada únicamente al estudio del derecho positivo, a partir del deber ser. Como consecuencia de ello, tal categoría de la ciencia del derecho pasa de denominarse *Staatsnotrecht* (derecho estatal de necesidad) a *Ausnahmezustand* (derecho de excepción). Conforme al *Ausnahmezustand*, la excepción a la sujeción de las normas en situaciones excepcionales para salvaguardar el Estado, identificado con el derecho, tiene que encontrar su fundamento y límite en el interior del derecho.

Esta reconstrucción de la categoría del *Staatsnotrecht* en el marco de una ciencia jurídica pura la pondría de manifiesto con meridiana claridad Hans Kelsen en su trabajo *Allgemeine Staatslehre* de 1925:

«Del derecho estatal de necesidad – *Staatsnotrecht* – hay que distinguir la posibilidad admitida en muchas Constituciones de suspender temporalmente, en caso de guerra o de alteraciones del orden público, las normas referentes a los derechos de libertad de los súbditos, o incluso otros preceptos constitucionales, lo cual lleva aparejada la

esta primera Constitución ha sido ilegal, es decir, no ha sido aprobada de manera jurídica. Esto es, hay una ruptura jurídica. La cuestión es de dónde se deriva la validez de esa primera Constitución histórica. La respuesta de la teoría pura del derecho será: la norma hipotética fundamental. Esta no será sino, un «presupuesto»: la presuposición, el acto de pensamiento del jurista, de que aquella primera Constitución histórica es válida. Describe este proceder con gran detalle JAKAB (2005a), 333 ss.

<sup>72</sup> Véase sobre esta cuestión el debate entre Hans Kelsen y la doctrina de la Constitución como instrumento de integración de Rudolf Smend en el marco del denominado discurso sobre el método suscitado en el marco de la vigencia de la Constitución de Weimar, KELSEN (1930), 11 ss.

<sup>73</sup> KELSEN (1949).

facultad concedida a las autoridades públicas de invadir ampliamente la libertad de los particulares. Esto es lo que constituye la proclamación del estado de sitio –*Belagerungszustand*– o derecho de excepción –*Ausnahmezustand*–».<sup>74</sup>

En muy parecidos términos, Adolf Merkl afirmaría en su *Allgemeines Verwaltungsrecht* publicado en 1927, «frente al derecho de excepción edificado sobre la base de la idea necesidad que justifica la infracción del derecho positivo – y no como una excepción jurídicamente prevista por las normas jurídicas, sino en el sentido de una excepción fáctica de las reglas jurídicas –, la ciencia jurídica no puede más que calificarla como una mera apariencia de derecho, como un no derecho, como un derecho natural».<sup>75</sup> Como se puede ver, también Merkl acaba identificando de alguna manera el derecho de excepción en las normas que legitiman suspensiones, se diría, una falta de sujeción a las normas del derecho positivo.

b) La Escuela Jurídica de Viena y la identificación de las normas que constituyen la plasmación del derecho de excepción.

Sin embargo, la Escuela Jurídica de Viena no llevó a cabo una reconstrucción acabada de la categoría del derecho de excepción en el marco de una ciencia jurídica pura. Pudiera pensarse a tenor de las manifestaciones de Hans Kelsen en su obra *Allgemeine Staatslehre*, que el derecho de excepción debería de verse en aquellas disposiciones de la Constitución que autorizan una suspensión de derechos fundamentales. Algo, que, como se ha visto, también ha acreditado Adolf Merkl en su *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Sin embargo, en otro de sus trabajos, parecería que la categoría derecho de excepción en una ciencia pura orientada al estudio del derecho positivo tendría que identificarse en otras disposiciones.

Y así en su obra *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung* publicada en 1930, en respuesta a Rudolf Smend en el contexto el debate sobre el método científico suscitado durante la vigencia de la Constitución de Weimar, afirmaría «Este es un estado

<sup>74</sup> P. 157.

<sup>75</sup> P. 53. La cursiva del texto es del autor.

de excepción (*Ausnahmszustand*) en el que la forma ordinaria de la legislación, de la administración y de la jurisdicción son desplazadas para poner en su lugar una forma extraordinaria de dichas funciones». <sup>76</sup> Pareciera, así, que el derecho de excepción implicaría una reorganización de las funciones de creación y aplicación de normas para garantizar la eficacia de toma de decisiones estatales.

Sin embargo, nada se alude en esta obra acerca de si la suspensión de derechos fundamentales debiera de ser también un elemento definitorio de la categoría derecho de excepción. Vistas críticamente las afirmaciones de Kelsen, éste construye el derecho de excepción a partir de un concepto de normalidad, definido a partir de la materia propia de la Constitución. Dicho en términos más precisos, a partir de su concepto de Constitución en sentido material. Dejando ahora a un lado las diferencias conceptuales mostradas a lo largo de su obra, Kelsen la define como una norma positiva que regula los modos de producción y de aplicación del ordenamiento. <sup>77</sup>

Adolf Merkl también avalaría la construcción de Kelsen de un derecho de excepción a partir del concepto de Constitución en sentido material identificado en las normas que llevan a cabo una reorganización de las funciones de creación y de aplicación del orden jurídico desde el punto de vista del principio de eficacia. Como afirmaría en su obra *Allgemeines Verwaltungsrecht* de 1927, al derecho de excepción:

<sup>76</sup> P. 75.

<sup>77</sup> Y así, Kelsen en su *Allgemeine Staatslehre* (1925), definió la Constitución en sentido material como «aquellas normas que se refieren a los órganos superiores del Estado (Constitución en sentido estricto) y – tal y como suele expresarse – la relación de los ciudadanos con el poder del Estado (Constitución en sentido amplio)», 252 s. Por su parte, en la primera edición de su *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, de 1934, limitará, por un lado, el concepto de Constitución en sentido material a la regulación de la legislación, y la ampliará, incluyendo, dentro de ella, el condicionamiento de la legislación a través de un catálogo de derechos fundamentales, 74 s. Por su parte, en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, de 1960, restringe la Constitución en sentido material a las normas que regulan las condiciones de la «creación de normas generales», 228.

«pertenecen, por ejemplo, la previsión de un procedimiento legislativo simplificado que la Constitución suele regular para aquellos casos en los que el proceso normal legislativo sea inadecuado. La competencia respecto de la legislación de necesidad se suele otorgar constitucionalmente a órganos ejecutivos, como al Jefe del Estado, ya sea monárquico o republicano... cobra, así, el carácter de órgano legislativo y el proceso de la legislación de necesidad puede considerarse como una variante posible, en ciertos casos, del proceso ordinario legislativo».<sup>78</sup>

Sin embargo, Hans Kelsen no vincularía expresamente las ordenanzas de necesidad – que permiten, en situaciones excepcionales, adoptar disposiciones legislativas – a la categoría del derecho de excepción.<sup>79</sup> Lo que resulta indubitadamente cierto es que la identificación del derecho de excepción en las normas constitucionales que reorganizan las funciones de creación y de aplicación de normas a fin de permitir una acción decisoria eficaz, ha sido ya una premisa que ha venido siendo pacíficamente asumida por parte de los continuadores de la Escuela Jurídica de Viena.

Probablemente el trabajo más destacado sobre el derecho de excepción construido abiertamente sobre los presupuestos metodológicos de la Escuela Jurídica de Viena ha sido el de Friedrich Koja, titulado *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*, publicado en 1979. En el mismo reconoció que:

«El rasgo característico de las normas del derecho de excepción es que permiten una forma extraordinaria de creación y de aplicación del derecho ante la incapacidad, no solo del legislador parlamentario, sino también de las diferentes fases de concreción jurídica. De tal modo, se forma una estructura jurídica según la cual, cada fase de creación y de aplicación del derecho (legislación constitucional, legislación ordinaria, promulgación de ordenanzas, de sentencias y decisiones), puede llevarse a través de la vía del derecho de excepción».<sup>80</sup>

<sup>78</sup> P. 52.

<sup>79</sup> Sobre el tratamiento de las ordenanzas de necesidad en el pensamiento de Kelsen, véase (1923), 557, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» (1929), 38, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?» (1968), 1877.

<sup>80</sup> P. 33. Más recientemente, siguiendo las teorías de Koja, véase JAKAB (2005b).

En muy parecido sentido, Felix Ermacora en su *Allgemeine Staatslehre. Vom Nationalstaat zum Weltstaat* publicada en 1970, ya afirmaría que «el fallo de todas las funciones estatales constituiría un estado de excepción».<sup>81</sup> De este modo, «la Constitución de excepción» estaría conformada según Koja por las normas positivas que regularían: a) la abreviación de los procedimientos, b) la traslación de las funciones de creación y de aplicación de normas de uno o varios órganos a otro y c) la posibilidad de introducir contenidos proscritos en las situaciones de normalidad.<sup>82</sup> Y todo ello para garantizar, como había señalado ya Felix Ermacora, «la máxima eficacia en la toma de decisiones y la aplicación de la voluntad del Estado».<sup>83</sup>

Ante estas tesis, lo cierto es que los continuadores de la Escuela Jurídica de Viena han parecido relativizar las iniciales tesis de Kelsen defendidas en su *Allgemeine Staatslehre*, que entendió que la suspensión de normas constitucionales constituye el elemento definitorio de la categoría del derecho de excepción en el seno de una teoría pura del derecho. Pervive en la actualidad la construcción realizada en su obra *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, que definió el derecho de excepción a partir del principio de concentración de poder, como una reorganización de los modos de creación y de aplicación del ordenamiento a fin de permitir que las funciones estatales de producción y de aplicación del orden jurídico pueda llevarse a cabo eficazmente.

Hay que reconocer, sin embargo, como afirma András Jakab que «Incluso antes de Kelsen, la mayoría de los constitucionalistas austriacos eran más o menos positivistas (es decir, contrarios al derecho natural), pero los particulares esquemas de pensamiento de la teoría pura del derecho ... probablemente nunca fueron realmente una opinión

<sup>81</sup> A pesar de que reconoció, como se ha expuesto, que el derecho de excepción supone «el fallo de todas las funciones estatales», Ermacora matizaría su afirmación reconociendo que en la democracia el derecho de excepción por excelencia es el que supone específicamente la incapacidad de la legislación: «en la práctica, las democracias liberales juzgan el estado de excepción por la eficacia de la función estatal de la legislación...este es el estado de excepción *per se*», (1970, 863).

<sup>82</sup> KOJA (1979), 33.

<sup>83</sup> (1970), 863.

mayoritaria».<sup>84</sup> Y ello a pesar del influjo que inevitablemente ha tenido su pensamiento como consecuencia de su determinante labor en la redacción de la Constitución de Austria de 1920.<sup>85</sup> Entre ellos, en el concepto de Constitución, claramente diferenciado del que hoy preside los esquemas de pensamiento del derecho público alemán.<sup>86</sup> De cualquiera de los modos, embargo, hoy día se ha aceptado de manera prácticamente pacífica en la literatura, incluso entre importantes representantes de la Escuela Jurídica de Viena,<sup>87</sup> que el derecho de excepción en la Ley Constitucional Federal de Austria debe de verse en su art. 18,3,<sup>88</sup> en el que se dispone:

<sup>84</sup> (2021), 58 ss.

<sup>85</sup> JABLONER, «La teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria», en: BERNAL; PORCIUNCULA, (coords.), *Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, 478.

<sup>86</sup> Lo explica con claridad András Jakab al afirmar: «Mientras en Alemania el concepto material de Constitución en buena parte de los casos aparece definido como el conjunto de las más relevantes decisiones fundamentales o como el orden jurídico fundamental de la comunidad, en Austria con el concepto de Constitución material se entiende, de ordinario, el conjunto de reglas reguladoras de la creación de normas. El concepto «decisión fundamental» y la idea de «comunidad», sobre la que se sustenta la doctrina de la integración, no han sido utilizados por las construcciones jurídicas austriacas. Tales conceptos implican particularmente una confusión de argumentos fácticos y normativos deducidos, o bien de una posición de *poder fáctico* («la decisión política fundamental»), sobre una situación *jurídica* («Constitución»), o bien de la utilización de una serie de conceptos indeterminados, como la existencia de una «comunidad», quedando sin aclarar en qué medida pueden ser delimitados a través del derecho o de otros elementos. La crítica se proclama desde la perspectiva austriaca de la siguiente forma: la hipótesis sobre la existencia de una comunidad no-jurídica no resulta sociológicamente demostrable en las sociedades plurales modernas». A fin de que pueda comprobarlo el lector, la citación literal corresponde a la traducción española de la obra original que ha sido empleada en este trabajo, en particular: «Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel - ex contrario fiat lux», en: *Der Staat*, 2, vol. 46, 2007, 268-291.

<sup>87</sup> Particularmente, WIEDERIN (2017).

<sup>88</sup> Véase, entre otros, y sin pretensión agotadora, ADAMOVICH (2022), 170; GRABENWARTER (2020), 81. Sin embargo, parte de la literatura también ha manejado un concepto de derecho de excepción en sentido amplio, incluyendo dentro del mismo: la competencia del gobierno federal para legislar sobre las necesidades de la economía y tomar medidas para garantizar el abastecimiento en tiempos de guerra y posguerra (art. 10,1, 15), el despliegue del ejército federal para defenderse de las amenazas con-



«Cuando la promulgación inmediata de medidas que constitucionalmente requieran una resolución del Consejo Nacional se haga necesaria para poder evitar un daño evidente e irreparable al público en general en un momento en que el Consejo Nacional no está reunido, no puede reunirse a tiempo o ve obstaculizada su actividad por causas de fuerza mayor, el Presidente Federal, a propuesta del Gobierno Federal y bajo su responsabilidad, podrá adoptar estas medidas mediante ordenanzas temporales que modifiquen la ley».

#### *4. Conclusión: consideraciones críticas sobre la construcción del derecho de excepción por la Escuela Jurídica de Viena*

Entre los estudiosos de la categoría del «derecho de excepción» (*Ausnahmestand*) en el marco de la teoría pura del derecho construida por la Escuela Jurídica de Viena siempre quedará la duda de si, además de la reorganización de los procesos de producción y de aplicación del ordenamiento, también la suspensión de la Constitución debería de ser un elemento nuclear de aquella categoría, algo que no ha llegado a calar en la literatura actual. Y ello, aunque lo dejara entrever el propio Hans Kelsen en su *Allgemeine Staatslehre*, en 1925.

Algunos estudiosos del pensamiento del autor austriaco, como Friedrich Koja, han venido a reconocer de alguna manera que el derecho de excepción implicaría algo más que el reconocimiento de un simple poder legislativo excepcional llamado a derogar la legislación preexistente, tal y como reconoce el art. 18,3 de la Ley Constitucional Federal de Austria. Además de un desplazamiento en el escalón jerárquico inmediatamente subordinado a la Constitución, Koja ha parecido defender que el derecho de excepción implicaría también, como sugería Kelsen, un desplazamiento de normas a nivel constitucional.

tra la seguridad exterior e interior (art. 79, 1 y 2), o la intervención militar independiente en situaciones de emergencia (art. 79, 5). Pero, también la posibilidad de imponer prestaciones obligatorias en caso de catástrofes y situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida o el bienestar colectivo, previsto en el art. 4,3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Igualmente, la posibilidad de cambiar la ubicación de la sede de los órganos superiores del Estado durante la duración de las situaciones extraordinarias (art. 5,2 y 25,2 de la Constitución). Véase al respecto FISTER (2012), 164.

Si eso fuera así, entonces surge un interrogante a la que los continuadores de la Escuela Jurídica de Viena quizás no le hayan podido ofrecer una respuesta concluyente. Este interrogante lo planteó Koja en su trabajo *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff* de 1979, sin que ofreciera una solución:

«En todo caso hay que solucionar el problema acerca de cuál es el destino que deben de tener aquellas disposiciones que fueron *desplazadas* por las normas aprobadas durante la situación de excepción, si automáticamente reinstauran su vigencia o si lo hacen a través de la correspondiente decisión de un órgano expresamente habilitado para ello».<sup>89</sup>

Como se puede ver, Koja viene a reconocer que las normas desplazadas durante la situación de excepción han puesto fin a su vigencia. El problema para el autor austriaco es si: a) la vigencia de estas normas puede ser reinstaurada cuando la pierdan las aprobadas para afrontar la situación excepcional, lo que implicaría, en teoría, que aquéllas seguirían perteneciendo al ordenamiento jurídico, o b) la pérdida de vigencia de aquellas normas las ha hecho dejar de pertenecer al ordenamiento, siendo, entonces necesario, el acto expreso de un órgano habilitado para ello para puedan volver a integrarse en él.

Pudieran suscitarse dudas de que Friedrich Koja se refiera, en realidad, al desplazamiento que generan las normas aprobadas para la situación de excepción sobre la legislación, dado que el art. 18,3 de la Ley Constitucional Federal de Austria, les atribuye expresamente la capacidad para derogar las leyes preexistentes. El interrogante de Koja podría tener pleno sentido si el derecho de excepción, para ser tal, implica también un desplazamiento al nivel constitucional, esto es, una suspensión de la Constitución, como intuía Hans Kelsen en su *Allgemeine Staatslehre*. Esto vendría a confirmarlo Felix Ermacora, al afirmar que «la suspensión de derechos fundamentales y derechos humanos – vista jurídicamente – no es una derogación, sino un desplazamiento. Su vigencia se reinstaura *ipso iure*».

Si se partiese de que el derecho de excepción ha de generar una suspensión constitucional como sugería el fundador de la Escuela de

<sup>89</sup> P. 63.

Viena, implicando como señalaba de manera coherente Friedrich Koja una pérdida de vigencia de normas constitucionales, habría probablemente que adentrarse en las consideraciones de Hans Kelsen en torno al concepto de derogación para poder resolver el problema, aunque la literatura secundaria haya acreditado que posiblemente el concepto de derogación haya sido «un punto débil de la teoría pura del derecho».<sup>90</sup>

En su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* publicada en 1979, coeditada por Robert Walter y Kurt Ringhofer, Kelsen calificaba como derogación «la cancelación de la vigencia de una norma por parte otra norma».<sup>91</sup> Por lo tanto, según el autor austriaco «Una norma cuya vigencia fue suprimida por medio de una norma derogante sólo puede recobrarla por medio de una norma que tiene el mismo contenido de la derogada».<sup>92</sup> Las afirmaciones de Kelsen vendrían a sugerir

<sup>90</sup> JAKAB (2005a), 355. Fue fundamentalmente Adolf Merkl quien se aproximó al concepto de derogación al clasificar las formas de acuerdo con el condicionamiento jurídico y su fuerza derogatoria. En particular, afirmaría que «una norma que posee fuerza derogatoria frente a otra, mientras que ésta carece de fuerza derogatoria frente a aquélla, posee un superior rango», «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues», en: MAYER-MALY; SCHAMBECK; GRUSSMANN (coords.), *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. Erster Band. Grundlagen des Rechts, Erster Teilband*. DUNCKER & HUMBLLOT, (1993, 468 ss.). KELSEN, sin embargo, no llegó a profundizar en el concepto de *derogación* en las dos ediciones de la *Reine Rechtslehre* publicadas en 1934 y 1960. El problema sobre el concepto de derogación fue reintroducido en el debate de la Escuela Jurídica de Viena por Robert Walter en 1964, en la primera edición de trabajo *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*. Más tarde, WALTER, en su trabajo publicado en 1968, «Derogation oder Invalidation», distinguiría los conceptos de derogación e invalidación.

<sup>91</sup> P. 85.

<sup>92</sup> KELSEN (1979). En la actualidad, los desarrollos de la Escuela Jurídica de Viena se han alejado de este concepto tradicional de derogación, entendido como cancelación de la vigencia temporal de una norma. En el concepto más ampliamente extendido en la actualidad, la derogación puede afectar, además de a su vigencia temporal, a su *vigencia material, territorial o personal*, THIENEL (1988), 36. En cualquiera de los casos, como ha reconocido Thienel, alterar la vigencia temporal, material, territorial o personal implica reconocer que la norma cambia. Esto no significa que pervive en el ordenamiento la *misma norma*, modificada en su vigencia. Para Thienel, la alteración de la vigencia de una norma implica que existe una nueva norma en el ordenamiento, habiendo quedado la anterior derogada.

respecto del interrogante formulado por Koja que las normas que han perdido su vigencia durante la situación de excepción, han dejado de formar parte del ordenamiento jurídico, han quedado derogadas, y por tanto, solo podrían volver a formar parte de él «a través de la correspondiente decisión de un órgano expresamente habilitado para ello».

De aceptarse esta conclusión, habría que llegar quizás al resultado de que la Constitución no podría suspenderse temporalmente para poder reinstaurar la normalidad. Volver a ésta requeriría la decisión expresa por parte de los órganos habilitados para ello. Siempre podrá soslayarse este inquietante resultado y afirmar lo que reconociera Felix Ermacora, «la suspensión de derechos fundamentales y derechos humanos – vista jurídicamente – no es una derogación, sino un desplazamiento. Su vigencia se reinstaura *ipso iure*». Si esta conclusión fuera compatible con las teorías de la Escuela Jurídica de Viena, habrán de estudiarlo los juristas.

### *Referencias bibliográficas*

- Anschütz G. (1897). Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt, en *Verwaltungsarchiv*, n. 5.
- Anschütz G. (1912). *Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Band I. O. Häring, Berlin.
- Arndt A. (1962). *Demokratie – Wertsystem des Rechts*, en Arndt A.; Freund M. (coords.), *Notstandsgesetz – aber wie?*. Wissenschaft und Politik, Köln.
- Bernatzik E. (1886). *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*. Manz, Wien.
- Biener, Christian-Gottlob, (1780) *Bestimmung der Kaiserlichen Macht-Vollkommenheit in der teutschen Reichs-Regierung. Nach ihrem wahren Ursprung und Absichten aus Urkunden, Staatshandlungen und Gesetzen erwiesen*. Paul Gotthelf Kummer, Leipzig.
- Dreier H. (1986). *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Nomos, Baden-Baden.
- Ermacora F. (1970). *Allgemeine Staatslehre. Vom National Staat zum Weltstaat*. Duncker & Humblot, Berlin.
- Fister M. (2012). *Staatsnotstandsrecht in Österreich*, en Zwitter A. (coord.), *Notstand und Recht*. Nomos, Baden-Baden.

- Frankenberg G. (2010). *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*. Suhrkamp, Berlin.
- Gerber, Carl Friedrich von. (1880). *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*. Bernhard Tauchnitz, Leipzig.
- Giacometti Z. (1979). *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*. Polygraphischer Verlag, Zürich.
- Hofmann H. (2005). *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*, en *Der Staat*, vol. 44, n. 2.
- Huber E. R. (1974). *Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit*, en Schneider H.; Götz V. (coords.), *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber zum 70 Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin.
- Huber E. R. (1981). *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Band VI: Die Weimarer Reichsverfassung*. Kohlhammer, Stuttgart.
- Jabloner C. (1999). *Verrechtlichung und Rechtsdynamik*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n. 54.
- Jabloner C. (2011). *Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen*, en Griller S.; Rill H. P. (coords.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*. Springer, Wien.
- Jabloner C. (2013). *Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis*, en Olechowski T.; Zeleny K. (coords.), *Methodenreinheit und Erkenntniss Vielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*. Manz, Wien.
- Jakab A. (2004). *Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64.
- Jakab A. (2005a). *Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 91, n. 3.
- Jakab, A. (2005b). *Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes. Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen*, en *Kritische Justiz*, 3, vol. 38.
- Jakab A. (2015). *Staatslehre – Eine deutsche Kuriosität*, en Schönberger C. (coord.), *Der «German Approach». Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*. JCB Mohr, Tübingen.
- Jakab A. (2016). *European constitutional language*. Cambridge University Press, Cambridge.

- Jakab A. (2021). *Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts. Eine Einführung für Fortgeschrittene*. Verlag Österreich, Wien.
- Jellinek, G. (1887). *Gesetz und Verordnung*. JCB Mohr, Freiburg.
- Jellinek, G. (1906). *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*. O. Häring, Berlin.
- Jellinek G. (1921). *Allgemeine Staatslehre*. Springer, Berlin – Heidelberg.
- Jestaedt M. (2013). *Geltung des Systems und Geltung im System. Wozu man die Grundnorm benötigt – und wozu nicht?*, en *Juristenzeitung*, vol. 68, n. 21.
- Jhering R. von (1877). *Der Zweck im Recht*. Band I. Breitkopf und Härtel, Leipzig.
- Kägi W. (1945). *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates: Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*. Polygraphischer Verlag, Zürich.
- Kelsen H. (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. JCB Mohr, Tübingen.
- Kelsen H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Springer, Berlin – Heidelberg – New York.
- Kelsen H. (1928). *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. JCB Mohr, Zweite Photomechanisch Gedruckte Auflage, Tübingen.
- Kelsen H. (1930). *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*. Springer, Wien.
- Kelsen H. (1934). *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Deuticke, Leipzig, Wien.
- Kelsen H. (1949). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Kelsen H. (1968). *Staat und Recht*, en Klecatsky H.; Marcic R.; Schambeck H. (coords.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band I. Europa, Wien.
- Kelsen, H. (1968). *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, en Klecatsky, H.; Marcic, R.; Schambeck, H. (coords.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band I. Europa, Wien.
- Kelsen, H. (1968). *Gott und Staat*, en Klecatsky, H.; Marcic, R.; Schambeck, H., (coords.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band I. Europa, Wien.
- Kelsen H. (1968). *Die Funktion der Verfassung*, en Klecatsky H.; Marcic R.; Schambeck H. (coords.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band II. Europa, Wien.

- Kelsen H. (1976). *Reine Rechtslehre. Mit dem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Franz Deuticke, Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage (unveränderte Nachdruck 1960), Wien.
- Kelsen H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*. Manz, Wien.
- Kelsen H. (2008). *Autobiografía*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Koja F. (1979). *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*. Anton Pustet Salzburg.
- Klüber J. L. (1840). *Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten*. Andreäische Buchhandlung, Frankfurt am Main.
- Luhmann N. (1983). *Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte*, en *Rechtshistorisches Journal*, n. 3.
- Luhmann N. (1985). *Einige Probleme mit «reflexivem Recht»*, en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 6.
- Luhmann N. (1995). *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Merkel A. (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Deuticke, Wien – Leipzig.
- Merkel A. (1927). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Springer, Wien, Berlin.
- Möllers C. (2000). *Staat als Argument*. C.H. Beck, München.
- Möllers C. (2008). *Der Vermisste Leviathan. Juristische Staatstheorie in der Bundesrepublik*. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Olechowski T. (2016). *Rechtsgeschichte. Einführung in die historischen Grundlagen des Rechts*. Facultas, Wien.
- Olechowski T. (2020). *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*. JCB Mohr, Tübingen.
- Pauly W. (1993). *Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*. JCB Mohr, Tübingen.
- Stolleis M. (1999). *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band III: Staats- und Verwaltungswissenschaft in Republik und Diktatur, 1914-1945*. CH Beck, München.
- Techet P. (2022). *Zweck und Wesen des «Ausnahmestandes» in den Lehren von Carl Schmitt und Hans Kelsen*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n. 77.
- Thienel R., *Derogation. Eine Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, en Walter W. (coord.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II. Ergebnisse eines Wiener Seminars 1988*.
- Ulbrich J. (1883). *Lehrbuch des Oesterreichischen Staatsrechts*. Carl Konegen Verlag, Wien.

Verosta S. (1958/1959). *Das Staatsnotrecht*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n. 9.



*Luigi Ferraro\**

## LO STATO DI DIRITTO NELLE SITUAZIONI DI EMERGENZA: UN'ANALISI COMPARATA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Italia e la normativa emergenziale: l'assenza di una specifica clausola costituzionale. – 3. La Spagna e la disciplina costituzionale dell'emergenza. – 3.1 Lo stato d'allarme. – 3.2 Lo stato d'eccezione. – 3.3 Lo stato d'assedio. – 4. Lo stato di crisi in Francia tra soluzioni legislative... (cont.). – 4.1 ... e previsioni costituzionali. – 5. Riflessioni sulla comparazione tra le discipline emergenziali alla luce dello Stato di diritto.

### *1. Introduzione*

La crisi sanitaria mondiale esplosa negli anni appena trascorsi, a seguito della pandemia da Covid-19, ha rinnovato l'attenzione degli ordinamenti giuridici sul tema degli stati d'emergenza e sulla compatibilità dei principi propri dello Stato di diritto. Invero, si tratta di un tema sempre attuale se solo si consideri, anche prima della pandemia, il problema del terrorismo interno e internazionale, oppure degli eventi calamitosi tragici che accompagnano la storia dell'uomo, o ancora degli ultimi accadimenti bellici, che in misura sempre crescente stanno deflagrando sullo scenario internazionale<sup>1</sup>.

Secondo parte autorevole della dottrina uno stato d'emergenza indica "le situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo, a carattere

\* Università degli Studi di Napoli Parthenope. Il contributo è aggiornato sino ad agosto 2025.

<sup>1</sup> Il riferimento è alla guerra scoppiata tra la Russia e l'Ucraina nel febbraio 2022 con un confronto militare diretto tra eserciti contrapposti, o ancora all'emergenza militare deflagrata il giorno 7 ottobre 2023 a seguito dell'attacco terroristico di Hamas nel territorio israeliano, o infine al conflitto tra Israele e Iran (13 giugno 2025), in ragione degli iniziali attacchi missilistici con cui Tel Aviv ha inteso distruggere tutti i siti in cui – a suo giudizio – il Paese islamico sta lavorando per dotarsi di una bomba nucleare.

tendenzialmente transitorio (anche se non sempre di breve durata), le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale" (PIZZORUSSO, 1993)<sup>2</sup>. Tale definizione ha il pregio di evidenziare immediatamente taluni dei profili problematici che caratterizzano uno stato di crisi, cioè la difficoltà di un ordinario funzionamento delle istituzioni e dell'ordinamento vigente, nonché il carattere provvisorio dell'emergenza, anche se non necessariamente di breve durata come ha dimostrato in modo esemplare la crisi sanitaria pandemica.

Innanzitutto, è bene precisare come nel presente contributo si aderisca all'idea prevalente secondo cui l'attivazione giuridica di uno stato d'emergenza permette di ricorrere a quel complesso di regole che, pur potendo sospendere talune garanzie dell'ordinamento costituzionale vigente, intende comunque preservarne l'integrità finale – nel rispetto dei poteri costituiti – non appena le ragioni dell'emergenza siano terminate<sup>3</sup>. Pertanto, la sospensione a carattere tutorio di taluni istituti – sollecitata dalla situazione di forte criticità – è in ogni caso finalizzata a garantire la sopravvivenza finale di un ordinamento, che può trovare al suo interno, se prevista, la procedura idonea a tale scopo.

Da ciò consegue che la disciplina emergenziale deve avere un carattere provvisorio, sebbene non sia da escludere – proprio per l'imprevedibilità e la tendenziale atipicità di ogni situazione di emergenza – un'ultrattività delle misure individuate per rispondere ad uno stato di crisi che può essere di non breve durata. Non è raro il caso di misure adottate che permangono anche oltre il periodo strettamente emergenziale, il che potrebbe rendere incerto "il discrimine tra ordinarietà e straordinarietà", mettendo a rischio i principi dello Stato di diritto, soprattutto se le libertà fondamentali venissero compromesse dalle misure di crisi (PIERGIGLI, 2023, 247)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. PIZZORUSSO, (1993); GRASSO, (1977, 869 ss.).

<sup>3</sup> Sul punto, cfr., *ex multis*, MARAZZITA, (2003, 498). Circa le finalità di uno stato d'emergenza è ben nota la distinzione proposta da SCHMITT, (2006, 172 ss.), tra la "dittatura commissaria" e la "dittatura sovrana", dove la prima intende sospendere una Carta fondamentale per tutelarne la sopravvivenza finale, mentre la seconda vuole rimuovere l'ordinamento esistente per generare e attuare una nuova Costituzione.

<sup>4</sup> Cfr. PIERGIGLI, (2023, 247). Sullo Stato di diritto si rinvia agli approfondimenti di PAPA, (2025, 1 ss.) e BALAGUER CALLEJÓN, (2025, 27 ss.).

In tale contesto emerge tutta l'importanza dei controlli politici e giurisdizionali sull'intera procedura e sull'adozione dei provvedimenti d'emergenza. I Parlamenti, insieme ai Tribunali Costituzionali, diventano allora i custodi naturali del corretto svolgimento della procedura emergenziale, evitandone torsioni capaci di farla straripare dai limiti stabiliti dall'ordinamento vigente e dai principi fondamentali fissati in una Carta costituzionale.

Può essere pertanto utile esaminare – proprio alla luce di quanto successo recentemente con l'evento pandemico, ulteriormente corroborato da altri momenti di crisi, come quelli terroristici – taluni ordinamenti di Paesi europei, quali la Francia e la Spagna, andandone a verificare la disciplina emergenziale, così da evidenziare la loro resa in termini problematici, anche in una prospettiva comparata con l'ordinamento interno, che ovviamente presenta le sue specifiche peculiarità.

## *2. L'Italia e la normativa emergenziale: l'assenza di una specifica clausola costituzionale*

Sotto il profilo del diritto interno l'indagine non può non giovare dell'approccio comparato che permette di cogliere, attraverso l'esame delle analogie e delle differenze, i caratteri tipici di ogni scelta legislativa – costituzionale o ordinaria – sugli stati d'emergenza propri di un ordinamento; in questo caso, oltre all'esperienza italiana, si volgerà lo sguardo ad altri due ordinamenti, quello spagnolo e quello francese, che condividono con il nostro una tendenziale assonanza di valori. In tal modo la comparazione potrà svilupparsi su di una base fondamentalmente comune, cioè quella del costituzionalismo, finalizzato a garantire, com'è noto, la separazione dei poteri e la tutela delle libertà fondamentali, cui si accompagna quella delle garanzie costituzionali<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. FROSINI, (2022, 15 ss.); sul metodo della comparazione, cfr. SCARCIGLIA, (2006). In particolare, sulla comparazione dei tre ordinamenti in oggetto, PIERGIGLI, (2023, 237), evidenzia come a fronte di valori di fondo omogenei, comunque si registrano tra questi tre Paesi diversità di scelte circa la forma di Stato e di governo.

Partendo dall'esperienza italiana, si evidenzia subito come il nostro ordinamento in tema di emergenza si caratterizzi per una disciplina tanto di rango costituzionale, quanto di rango legislativo, seppure quest'ultima collegata alle diverse fattispecie di crisi. Pur non essendosi optato in sede di Assemblea Costituente a favore di una specifica clausola emergenziale<sup>6</sup>, tuttavia non mancano singoli disposti costituzionali – oggetto di nostro specifico interesse – che rinviino a questo tipo di fattispecie. Innanzitutto, rileva l'art. 77 Cost. secondo cui il Governo sulla base della propria responsabilità può adottare atti di natura provvisoria, ma con forza di legge, capaci di fronteggiare “casi straordinari di necessità e di urgenza” (2° comma). Si tratta ovviamente dei decreti legge, il cui abuso da parte dell'Esecutivo nel corso degli anni ne ha quasi trasfigurato il senso originario, cioè di atti normativi di rango primario in grado di rispondere alle situazioni di crisi<sup>7</sup>. In tale contesto normativo emerge con evidenza il ruolo del Governo, dal momento che a tale organo è affidata la verifica iniziale circa la sussistenza dei presupposti straordinari di necessità e di urgenza; solo in un momento successivo intervengono le Camere che dovranno confermare, se lo ritengono, la valutazione del Governo ai fini della conversione in legge, *ex art. 77, 2° co., Cost.*

Peraltro, la recente emergenza pandemica ha confermato la natura emergenziale del decreto legge, poiché si è ricorsi a questa fonte quale presupposto legittimante per il successivo e molteplice uso di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, utili in funzione delle misure più dirette a fronteggiare la crisi sanitaria<sup>8</sup>. Proprio quest'ultima ha

<sup>6</sup> Le ragioni di tale avversione – secondo il dibattito in Assemblea Costituente – sono da rinvenire nell'art. 48 della Costituzione di Weimar, teso a regolamentare l'intervento del *Reich* nelle situazioni di eccezione, ma che poi, per le note ragioni storiche, ha favorito – insieme ad altri fattori – la nascita dello Stato autoritario nazional-socialista. Per un'apprezzabile ricostruzione sul punto dei lavori costituenti, cfr. DE MINICO, (2016, 34 ss.); sulle ragioni della crisi della Repubblica di Weimar, cfr. WIRSCHING, (2019).

<sup>7</sup> Quando si cita l'abuso del d.l. le ipotesi sono diverse: l'ampio ricorso alla decretazione d'urgenza, decreti contenenti misure ad efficacia differita, decreti di interpretazione autentica, etc.; ai fini di un esame dei presupposti per la loro adozione, v. PALADIN, (1979, 56 ss.).

<sup>8</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a FERRARO, (2020, 324 ss.).

mostrato anche il ruolo della normativa specifica di rango primario che si accompagna a quella costituzionale circa la disciplina di uno stato di emergenza, tant'è vero che il Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 7, 1° co., lett. c), e dell'art. 24, 1° co., del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della Protezione Civile), ha deliberato lo stato d'emergenza nazionale<sup>9</sup>.

L'altra disposizione costituzionale, che invece riguarda una specifica fattispecie di crisi, è l'art. 78 Cost., secondo cui il Parlamento delibera "lo stato di guerra" e conferisce all'Esecutivo "i poteri necessari", affidando poi al Presidente della Repubblica (*ex* art. 87 Cost.) il compito di dichiararne la sussistenza. La stringente sequenza numerica tra la decretazione d'urgenza, art. 77 Cost., e lo stato di guerra, art. 78 Cost., sembra far emergere ancora maggiormente il legame emergenziale tra i due disposti costituzionali. Nonostante il carattere stringato dell'art. 78 Cost., si evidenzia immediatamente il rapporto tra le Camere ed il Governo all'interno dello stato di guerra, il che sottolinea come il nostro Costituente abbia tenuto a preservare e a rafforzare la forma di governo parlamentare, pur in presenza di una delle più drammatiche fattispecie di crisi<sup>10</sup>. Tale rapporto tra organi costituzionali è poi suggellato dalla successiva dichiarazione del Presidente della Repubblica sullo stato di guerra deliberato dalle Camere, secondo il dettato dell'art. 87, 9° co., Cost.

Particolarmente significativa la previsione del conferimento dei poteri necessari al Governo; difatti, se la valutazione politica sulla deliberazione è affidata preventivamente al Parlamento, quale organo direttamente rappresentativo della volontà popolare, di poi rileva il ruolo del Governo capace di intervenire con sollecitudine in ragione delle diverse esigenze. Il conferimento dei poteri necessari all'Esecutivo è funzionale, in base ai principi dello Stato di diritto, all'esigenza di derogare in via eccezionale all'ordinario riparto delle competenze – così

<sup>9</sup> Ciò è avvenuto in data 31 gennaio 2020.

<sup>10</sup> Cfr. DE VERGOTTINI, (2021, 278). Per un'analisi dell'art. 78 Cost., con particolare riguardo ai poteri necessari riconosciuti all'Esecutivo, cfr. SCUDIERO, (1969, 77 ss.); così come relativamente alla decisione parlamentare, v. GIARDINA, (1979, 97 ss.). A completamento della disciplina costituzionale si ricorda, ai sensi dell'art. 60, 2° co., Cost., che solo in caso di guerra è possibile la proroga della durata di ciascuna Camera.

come fissato nella Carta fondamentale – in relazione a quanto è strettamente necessario per l'emergenza bellica, rimanendo fermo il compito di controllo sull'attività governativa prima di tutto da parte delle Camere<sup>11</sup>. Si tenga conto, altresì, dell'assenza di una legge di attuazione dell'art. 78 Cost., il che non ha mai permesso, nonostante le molteplici crisi internazionali<sup>12</sup>, di verificare attraverso una sua interpretazione estensiva lo schema voluto da tale disposto costituzionale, sebbene ciò significherebbe – con tutte le riserve del caso – piegare ad una tale interpretazione una norma eccezionale, come quella di nostro interesse<sup>13</sup>.

### 3. *La Spagna e la disciplina costituzionale dell'emergenza*

A differenza della soluzione italiana, la Costituzione spagnola (CE) prevede una disciplina molto composita e specifica sugli stati d'emergenza, completata e attuata dalla Legge Organica 4/1981 (LOEAE)<sup>14</sup>. L'art. 116 CE regola tre diversi stati d'emergenza, che si possono ripartire in stato d'allarme, stato d'eccezione e stato d'assedio.

#### 3.1. *Lo stato d'allarme*

Tale stato d'emergenza, ai sensi dell'art. 116.2 CE, è dichiarato dall'Esecutivo attraverso un decreto del Consiglio dei Ministri, che ne determinerà anche l'ambito di applicazione territoriale. Lo stato d'allarme può essere previsto per un termine massimo di quindici

<sup>11</sup> Sui limiti e sul regime dei poteri necessari, cfr. SCUDIERO, (1969, 103 ss.).

<sup>12</sup> Non a caso la legge n. 145/2016, in tema di "Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali", all'art. 1, 1° co., precisa che – in riferimento al suo ambito di applicazione – tale dettato normativo si pone "al di fuori dei casi di cui agli articoli 78 e 87, nono comma, della Costituzione".

<sup>13</sup> Sulle difficoltà di procedere ad una interpretazione estensiva dell'art. 78 Cost. quale norma eccezionale, capace di derogare all'ordinaria suddivisione costituzionale delle competenze, cfr. MORTATI, (1976, 713). Sulla mancata applicazione dell'art. 78 Cost., cfr. VEDASCHI, (2018, 135) e PATRONI GRIFFI, (2006, 1532). Per le dinamiche della forma di governo in caso di guerra, poi, cfr. FONZI, (2024, 679 ss.).

<sup>14</sup> *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.*

giorni, a condizione che sia previamente informato il Congresso dei Deputati, cioè la Camera politica, la quale dopo potrà eventualmente autorizzarne una proroga. I presupposti necessari per l'attivazione di questo stato di crisi, invece, sono stabiliti nella Legge Organica e devono rappresentare "gravi alterazioni della normalità": gli eventi calamitosi, le crisi sanitarie, "come le epidemie", il blocco totale dei servizi pubblici essenziali e le situazioni in cui vi è carenza dei beni di prima necessità (art. 4 LOEAES)<sup>15</sup>. Secondo quanto stabilito dall'art. 8 LOEAES è compito del Governo informare il Congresso dei Deputati dando conto delle ragioni circa l'attivazione dello stato d'allarme, nel pieno rispetto del rapporto tra la Camera politica e l'Esecutivo come tipicamente avviene in una forma di governo parlamentare.

L'asse Esecutivo-Congresso dei Deputati si inverte, almeno con riferimento a questo tipo di situazione emergenziale, solo nel caso di autorizzazione necessaria per un'eventuale proroga dei 15 giorni inizialmente previsti. In tal modo sarà possibile alla Camera politica fissarne le condizioni, ma soprattutto controllare che non vi sia da parte del Governo alcuna lesione dei diritti fondamentali; infatti, ai sensi dell'art. 55 CE e limitatamente a taluni diritti (es.: diritto alla libertà e sicurezza; inviolabilità del domicilio; libertà di circolazione, etc.), solo negli stati d'eccezione e d'assedio è possibile una loro sospensione<sup>16</sup>, mentre nello stato d'allarme vale il principio generale per cui i diritti fondamentali possono essere limitati (art. 53.1 CE), ma sempre nel pieno rispetto del loro contenuto essenziale<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Per un commento sull'art. 116 CE, ALZAGA VILLAAMIL, (1978, 357 ss.). Ai fini di una valutazione sui presupposti necessari per lo stato d'allarme cfr. CRUZ VILLALON, (1981, 124 ss.). Lo stato d'allarme è stato deliberato per la prima volta (10 dicembre 2010) in occasione di uno sciopero sindacale dei controllori di volo per i considerevoli disagi che furono arrecati ai passeggeri spagnoli, su cui peraltro si è espresso il *Tribunal Constitucional*, prima con ATC 7/2012 e dopo con STC 83/2016.

<sup>16</sup> Sulla limitazione e sospensione dei diritti, cfr., *ex multis*, ABA CATOIRA, (2011, 334).

<sup>17</sup> Riguardo al tema della determinazione del contenuto essenziale dei diritti la letteratura è ampia; tra gli altri, cfr. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, (1996, 41 ss.); v., altresì, PAREJO ALFONSO, (1981, 169 ss.). In una prospettiva comparata, cfr. MICHEL, (2009).

Relativamente alle misure adottabili durante lo stato d'allarme, specificate nel relativo decreto di dichiarazione, è utile ricordare la limitazione alla libertà di circolazione delle persone, ciò che è avvenuto in particolare durante l'emergenza pandemica, o la possibilità di requisire provvisoriamente i beni necessari, nonché di limitare il consumo di beni di prima necessità, come ancora può essere prevista l'occupazione temporanea di industrie e fabbriche, oltre all'adozione degli ordini necessari per garantire il rifornimento dei mercati. Tali misure sono tutte previste all'art. 11 LOEAES, a conferma di quanto la normativa organica debba considerarsi integrativa di quella costituzionale. Si tratta di rimedi limitativi di taluni diritti fondamentali in ossequio a quanto richiesto per fronteggiare lo stato d'allarme e a quanto stabilito dall'art. 53.1 CE, per cui le misure previste dovranno garantire in ogni caso il nucleo essenziale dei diritti eventualmente limitati.

### 3.2. *Lo stato d'eccezione*

L'art. 116 CE, al terzo comma, prevede un ulteriore stato d'emergenza, cioè quello d'eccezione, il quale deve essere prima autorizzato dal Congresso dei Deputati e poi dichiarato dall'Esecutivo con un decreto. Tale deliberazione governativa, in ragione dell'autorizzazione ricevuta dalla Camera bassa, deve fissare gli effetti dello stato d'eccezione, la sua estensione territoriale, oltre alla sua durata "che non può superare i trenta giorni", comunque prorogabili per un eguale periodo di tempo, ma nel rispetto delle stesse condizioni iniziali.

Come appare evidente, mentre nel precedente stato d'allarme l'iniziativa è tutta nelle mani del Governo attraverso l'immediata dichiarazione dello stato d'emergenza, dovendone dare solo comunicazione al Congresso, nello stato d'eccezione, al contrario, è preventivamente necessaria un'autorizzazione del Congresso dei Deputati, cui poi deve seguire il decreto di dichiarazione del Governo, con un contenuto conforme a quanto autorizzato dall'organo rappresentativo della volontà popolare (art. 14 LOEAES)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. CRUZ VILLALON, (1981, 106 ss.); sull'art. 14 LOEAES. Relativamente allo stato d'eccezione, cfr. CÁMARA VILLAR, M.L. BALAGUER CALLEJÓN, MONTILLA MARTOS, (2013, 374 ss.).



I presupposti per l'attivazione dello stato d'eccezione sono stabiliti, come per lo stato d'allarme, dalla Legge Organica; infatti, secondo l'art. 13 LOEAES, quando il libero esercizio dei diritti, l'ordinario funzionamento delle istituzioni democratiche e dei servizi pubblici essenziali, o qualunque altro aspetto dell'ordine pubblico sia gravemente alterato da non potervi mettere riparo con gli ordinari poteri, il Governo potrà sollecitare l'autorizzazione della Camera politica per dichiarare lo stato d'eccezione (1° co.). Ciò significa che l'iniziale autorizzazione parlamentare necessita comunque di una sollecitazione del Governo che dovrà prevedere: la specificazione dei diritti sospendibili nel rispetto di quanto indicato dall'art. 55.1 CE<sup>19</sup>, con le relative misure da adottare, il perimetro territoriale in cui è sancito lo stato d'eccezione, nonché la sua durata che non potrà eccedere i trenta giorni, e, infine, la determinazione delle sanzioni pecuniarie nei riguardi di coloro che contravverranno alle regole vigenti in questo stato d'emergenza (2° co.). Tale richiesta del Governo sarà dibattuta dal Congresso, con la possibilità eventualmente di apportarvi modifiche (3° co.).

L'elenco dei diritti sospendibili, ai sensi dell'art. 13.2, lett. a), LOEAES, non è derogabile rispetto a quanto stabilito nell'art. 55.1 CE, a conferma dell'eccezionalità della previsione costituzionale funzionale ad uno stato di crisi, ma finalizzata comunque a preservare la Costituzione e i suoi valori al termine dell'emergenza, tant'è vero che non rientra nelle ipotesi di sospensione la garanzia costituzionale, prevista dall'art. 169 CE, a mente della quale la Carta fondamentale non

<sup>19</sup> Ai sensi dell'art. 55.1 CE possono essere sospesi negli stati d'eccezione o d'assedio i seguenti diritti fondamentali: il diritto alla libertà e alla sicurezza; l'inviolabilità del domicilio e la segretezza delle comunicazioni; la libertà di residenza e di circolazione; la libertà di manifestazione del pensiero e di comunicazione; la riserva di giurisdizione per il sequestro di pubblicazioni, di registrazioni ed altri mezzi di informazione; la libertà di riunione; il diritto di sciopero; il diritto dei lavoratori e degli imprenditori ad adottare misure di conflitto collettivo. La stessa LOEAES negli artt. 16-24 prevede poi una serie di specificazioni circa i diritti sospendibili. Riguardo a tale sospensione, cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, (2001, 107 ss.); cfr. CARMONA CUENCA, (2021, 16 ss.).

può essere riformata durante alcuno degli stati d'emergenza di cui all'art. 116 CE, né tanto meno in tempo di guerra<sup>20</sup>.

Infine, in base all'art. 15 LOEAES, qualora il Governo dovesse ritenere utili misure diverse da quelle originariamente previste dovrà sempre chiedere al Congresso l'autorizzazione necessaria per la modifica del decreto iniziale dichiarativo dello stato d'eccezione; se poi dovessero persistere le condizioni giustificative dello stato di crisi, l'Esecutivo potrà avanzare istanza sempre alla Camera bassa per la necessaria proroga, ma per un periodo non superiore ai trenta giorni.

### 3.3 *Lo stato d'assedio*

Lo stato d'assedio rappresenta l'ultima situazione d'emergenza disciplinata dall'art. 116.4 CE, secondo cui, in questo caso, spetta direttamente al Congresso dei Deputati, a maggioranza assoluta, la relativa dichiarazione sulla base della proposta che può provenire solo dal Governo; in tale dichiarazione la Camera politica deve stabilire lo spazio territoriale di efficacia dello stato d'assedio, la sua durata e le condizioni<sup>21</sup>. In realtà, per i presupposti bisogna ancora una volta ricorrere alla LOEAES, art. 32, laddove è precisato che dinanzi ad una insurrezione o atto di forza, rispettivamente, contro la sovranità dello Stato spagnolo, il suo ordinamento costituzionale o la sua integrità territoriale, il Governo potrà proporre al Congresso dei Deputati – che rimane il decisore finale – l'attivazione dello stato d'assedio, sempre che non vi sia altro strumento utile per porvi rimedio<sup>22</sup>.

L'Autorità militare dovrà pubblicare i bandi contenenti le misure utili a fronteggiare la crisi in oggetto (art. 34 LOEAES) e, come nello

<sup>20</sup> Sull'art. 169 CE, cfr. CRUZ VILLALON, (1984, 137 ss.); per tale limite alla riforma costituzionale, cfr. GAMBINO, LOZANO MIRALLES, PUZZO, RUIZ RUIZ, (2018, 379 ss.).

<sup>21</sup> Per un esame dello stato d'assedio, seppure prima dell'entrata in vigore della Legge Organica sugli stati d'emergenza, cfr. CRUZ VILLALON, (1980).

<sup>22</sup> Secondo VEDASCHI, (2007, 321 ss.), il fatto che in tale stato di crisi sia in pericolo proprio l'ordinamento costituzionale comporta "la maggiore pericolosità di questa situazione d'emergenza che si traduce, sul piano procedurale, nel massimo grado di 'parlamentarizzazione della crisi'". Per un'analisi, in generale, dello stato d'assedio, cfr. MODUGNO, (1971, 273 ss.), così come CARNEVALE, (2002, 4509 ss.).

stato d'eccezione, anche nello stato d'assedio si potrà procedere eventualmente alla sospensione dei diritti. Questo tipo di emergenza evidenzia un carattere militare in ragione dell'insurrezione o dell'atto di forza che ne rappresentano i presupposti, per cui il Governo, alla luce delle sue responsabilità in materia, dovrà designare l'autorità militare competente a dare seguito a tutte le misure contemplate e dovrà accollarsi "*todas las facultades extraordinarias previstas*" per lo stato d'assedio, *ex art. 33* della più volte citata Legge Organica<sup>23</sup>.

In conclusione, l'ordinamento costituzionale spagnolo ha adottato una disciplina particolareggiata per gli stati d'emergenza, prevedendo ben tre differenti ipotesi, stato d'allarme, stato d'eccezione e stato d'assedio, i cui presupposti, con le connesse discipline, sono diversi. Lo stato d'allarme intende rispondere prevalentemente alle catastrofi naturali e alle crisi sanitarie, lo stato d'eccezione, invece, ad emergenze dell'ordine pubblico che incidono sui diritti dei cittadini e sulla vita delle istituzioni democratiche e, per finire, lo stato d'assedio alle crisi militari. Per questi tre stati d'emergenza sono poi previste eguali garanzie, come l'impossibilità dello scioglimento del Congresso dei Deputati durante il loro periodo di vigenza e l'automatica convocazione delle Camere qualora non fossero riunite (art. 116.5 CE); egualmente, non è possibile interrompere il funzionamento delle *Cortes*, come anche degli altri poteri costituzionali, rimanendo fermo in ognuno degli stati di crisi illustrati il principio di responsabilità dell'Esecutivo, secondo quanto stabilito dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria (art. 116.5 CE e art. 116.6 CE).

#### 4. *Lo stato di crisi in Francia tra soluzioni legislative.... (cont.)*

In Francia, relativamente agli stati d'emergenza, si registra un in-

<sup>23</sup> Cfr. MUÑIZ, (2002, 53). Non di meno, è opportuno precisare che è compito della Corona, ai sensi dell'art. 63.3 CE, dichiarare la guerra e siglare la pace, sempre a seguito di autorizzazione dei due rami del Parlamento; allo stesso tempo, l'art. 33 LOEAS richiama – proprio per sottolineare le responsabilità dell'Esecutivo – l'art. 97 CE, secondo cui quest'ultimo organo costituzionale "dirige la politica interna ed estera, l'amministrazione civile e militare e la difesa dello Stato".

treccio di discipline tra previsioni costituzionali e soluzioni legislative. Partendo da queste ultime, bisogna innanzitutto richiamare lo stato d'urgenza (*état d'urgence*) disciplinato dalla legge n. 55-385, secondo cui questo stato di crisi può essere attivato nell'ipotesi di pericolo imminente per gravi violazioni dell'ordine pubblico, ma anche per eventi che, in ragione della loro gravità, configurino gli estremi di una calamità pubblica (art. 1)<sup>24</sup>. Pertanto, a differenza della regolamentazione spagnola, in quella francese si registra nel medesimo stato d'emergenza tanto il presupposto della violazione dell'ordine pubblico, quanto quello relativo alle calamità naturali<sup>25</sup>.

Per fronteggiare lo stato d'urgenza è previsto all'art. 5 di assegnare ai Prefetti il potere di vietare la libera circolazione e la permanenza in un dipartimento a chi può costituire una minaccia per la sicurezza e lo stesso ordine pubblico. Nel caso del divieto di permanenza in un dipartimento "il provvedimento deve indicare la durata [...] della misura, le precise circostanze di fatto e di luogo che la giustificano, nonché il territorio a cui si applica" (3° co.). Sempre un'autorità politico-amministrativa come il Ministro dell'interno, ai sensi dell'art. 6, può disporre l'obbligo di residenza per coloro che costituiscono una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico, sebbene nel rispetto delle garanzie legislative<sup>26</sup>. Del resto, secondo la "teoria delle circostanze eccezionali" dovuta alla giurisprudenza amministrativa francese, è possi-

<sup>24</sup> Cfr. DE TULLIO, (2020, 284 ss.); v. anche CONSEIL D'ÉTAT, *Les états d'urgence: la démocratie sous contraintes*, in *Étude annuelle 2021* - <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/etudes-annuelles/les-etats-d-urgence-la-democratie-sous-contraintes>, 2021, 42 ss., sul regime dello stato d'urgenza in forza della legge del 3 aprile 1955.

<sup>25</sup> Il Consiglio dei Ministri può dichiarare con decreto l'*état d'urgence* stabilendone il perimetro territoriale di vigenza. Il termine della sua durata è di dodici giorni, con la possibilità tuttavia di proroga attraverso la sola legge che dovrà fissare il termine definitivo (artt. 2 e 3).

<sup>26</sup> *Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-527 QPC*, 22 dicembre 2015, *Considérant* 5. In tale decisione il Consiglio costituzionale ha stabilito che l'obbligo di residenza non viola l'art. 66 Cost. fr., secondo cui "nessuno può essere detenuto arbitrariamente", in quanto l'istituto previsto dal legislatore si pone come fine quello di prevenire i reati e non di violare la libertà personale. Tutto ciò rileva in ragione di una disciplina legislativa che incide sui diritti fondamentali, per di più a seguito di provvedimenti adottati da organi amministrativi come il Ministro dell'interno e i Prefetti.

bile in situazioni straordinarie l'estensione dei poteri dell'amministrazione "per il tempo necessario", il che aiuta a comprendere la ragione della facoltà riconosciuta all'autorità amministrativa di intervenire sui diritti fondamentali, in base alle disposizioni sopra richiamate (BONTEMPS DI STURCO, 2011, 13 ss.)<sup>27</sup>.

È utile, tuttavia, sottolineare un diverso indirizzo emerso dalla Legge n. 2017-1510 che ha tuttora l'obiettivo di rispondere al fenomeno terroristico. L'art. 4, ad esempio, ha stabilito che il giudice delle libertà – e dunque non l'autorità amministrativa – può autorizzare la perquisizione di un luogo e il sequestro di documenti, con riferimento a coloro il cui comportamento costituisce sempre una minaccia particolarmente grave per la sicurezza e l'ordine pubblico, allo scopo di impedire la commissione di atti di terrorismo<sup>28</sup>.

La Legge n. 55-385 è stata utilizzata per fronteggiare l'emergenza terroristica che ha colpito la Francia soprattutto qualche anno addietro, come in occasione degli attentati del 13 novembre 2015<sup>29</sup>, cui ha poi fatto seguito dopo due anni la citata Legge n. 2017-1510, con l'obiettivo di non prorogare più lo stato d'urgenza, inizialmente adottato dall'allora Presidente della Repubblica F. Hollande. Ciò evidenzia come discipline emergenziali, nonostante si caratterizzino per la loro provvisorietà, siano in realtà prorogate in più occasioni assumendo una certa stabilità che da un lato sembra contraddire il suddetto carattere temporaneo degli stati di crisi, dall'altro, però, evidenzia le pecu-

<sup>27</sup> Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale risalente alla prima guerra mondiale, ma tuttora valido e applicato, come precisa BONTEMPS DI STURCO, (2011, 13 ss.), che cita anche gli estremi di tale giurisprudenza. Su questa teoria cfr. pure DEFFENU, LAFAILLE, (2020, 183), i quali evidenziano come tale orientamento giurisprudenziale sia stato utilizzato anche durante la recente emergenza pandemica.

<sup>28</sup> Questa disposizione ha modificato il *Code de la sécurité intérieure*, in particolare prevedendo l'art. L229-1 nei termini sopra descritti con riguardo al comma 1. Cfr. DE VIVO, (2018, 1 ss.). È bene, però, precisare che altre disposizioni della Legge n. 2017-1510 riprendono il medesimo indirizzo della normativa sullo stato d'urgenza, affidando nuovamente all'autorità amministrativa provvedimenti che incidono sui diritti fondamentali. Ciò nonostante, è necessario comunque ricordare che la stessa Legge n. 55-385, all'art. 14-1, stabilisce in termini di garanzia che i provvedimenti adottati in forza di quest'atto legislativo sono soggetti al controllo del giudice amministrativo.

<sup>29</sup> Si ricordino, altresì, le stragi di Nizza (14 luglio 2016) e l'attentato di Strasburgo (11 dicembre 2018).

liarità di ogni specifica emergenza che possono richiedere anche più proroghe dello stato di necessità, come è avvenuto pure in Spagna in occasione della pandemia, cui si farà riferimento più avanti<sup>30</sup>.

Proprio durante l'emergenza Covid-19 la Francia ha adottato una nuova disciplina legislativa – Legge n. 2020-290 (23 marzo 2020) – tesa ad introdurre nell'ordinamento l'*État d'urgence sanitaire*, al fine di individuare soluzioni più idonee a quello stato di crisi sanitaria. Tale istituto è stato inserito nel Codice della Sanità Pubblica (C.S.P., Parte terza, Titolo III, Cap. I bis), sebbene vada rilevato in termini problematici come la disciplina sia rimasta in vigore solo sino al 31 luglio 2022, confermando una sua valenza funzionale unicamente alla pandemia, il che se per un verso conferma il carattere provvisorio delle misure, per l'altro pone in dubbio l'opportunità di adottare una *nuova normativa* durante la fase critica dell'emergenza, mancando quelle condizioni di ponderatezza, serenità ed equilibrio necessarie per una regolamentazione di tale tipo<sup>31</sup>. Del resto, prima dell'entrata in vigore di questa rinnovata disciplina era già vigente l'art. L3131-1 C.S.P. – che non a caso ha rappresentato l'ancoraggio normativo per tutti i provvedimenti assunti dal Governo nelle fasi iniziali della pandemia – secondo cui nell'ipotesi di grave minaccia sanitaria, in particolare di epidemia, il Ministro della salute può adottare qualsiasi misura proporzionata ai rischi corsi per tutelare la salute della popolazione (1° co.)<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Con riferimento all'esperienza francese, in occasione degli attentati terroristici del 13 novembre 2015, va ricordato come lo stato d'urgenza sia stato prorogato più volte dal Presidente Hollande sino al 1 novembre 2017; infatti, proprio con la Legge n. 2017-1510, che rientrava nell'indirizzo politico del nuovo Presidente Macron, si è interrotta la suddetta proroga. In realtà, l'obiettivo finale del Presidente Hollande era quello di 'costituzionalizzare' lo stato d'urgenza per garantire alla disciplina un rango superiore a quello della normativa primaria, ma alla fine tale risultato non è stato raggiunto. Cfr. FONTAINE, (2008, 39 ss.).

<sup>31</sup> Per tale rilievo critico, se si vuole, cfr. FERRARO, (2021, 348); cfr. anche CASSIA, (2020).

<sup>32</sup> Tale formulazione dell'art. L3131-1 C.S.P. è quella vigente in quanto dell'entrata in vigore (23 marzo 2020) dello stato d'emergenza sanitaria, in quanto la disposizione è stata successivamente modificata.

L'*état d'urgence sanitaire* era precisato dall'art. L3131-12, in forza del quale tale situazione di crisi poteva essere dichiarata su tutto o su parte del territorio francese in caso di catastrofe capace di mettere in pericolo la salute della popolazione per la sua natura e gravità, evidentemente ritenuta maggiore nella valutazione del legislatore rispetto alla grave minaccia di epidemia *ex art.* L3131-1 C.S.P.<sup>33</sup>. Allo stesso tempo furono previste anche le misure da adottare in termini di limitazioni dei diritti (art. L3131-15) come, per esempio, la restrizione della libertà di circolazione, l'obbligo del confinamento domiciliare, i limiti al diritto di riunione, anche ai fini delle celebrazioni religiose, etc. In questo modo, avendo fatto ricorso alla legislazione ordinaria, si è garantita comunque una base normativa più solida rispetto alle misure da adottare, in ragione della riserva di legge prescritta dall'art. 34 Cost. fr., in materia di diritti civili, e delle garanzie necessarie per l'esercizio delle pubbliche libertà da parte dei cittadini. L'efficacia di queste misure è rappresentata dal fatto che, come è stato rilevato, mentre nello stato d'urgenza "il Ministro degli interni può sì decretare una misura sostanzialmente analoga agli arresti domiciliari, ma [solo] nei confronti di *singoli individui*", "con la legge del 2020 [...] [invece] il Primo ministro può vietare ogni spostamento al di fuori della propria abitazione per *l'intera popolazione*" (DEFFENU, LAFFAILLE, 2020, 198)<sup>34</sup>.

#### 4.1. ... e previsioni costituzionali

Passando alla disciplina di rango costituzionale un particolare rilievo assume l'art. 16 Cost. fr., che individua l'ipotesi più importante di emergenza allorquando "le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto"; in tal caso il Presidente della Repubblica può adottare le misure richie-

<sup>33</sup> Ai sensi, poi, dell'art. L3131-13 lo stato di emergenza sanitaria era dichiarato con decreto del Consiglio dei Ministri, adottato sulla base della relazione del Ministro della Salute; tale decreto motivato determinava il territorio in cui entrava in vigore e il Governo doveva informare il Parlamento dei provvedimenti.

<sup>34</sup> Cfr. DEFFENU, LAFFAILLE, (2020).

ste dalle circostanze, consultando ufficialmente il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale (1° co.).

In questo contesto normativo il Capo dello Stato può esercitare poteri eccezionali utili a fronteggiare le diverse ipotesi emergenziali ora richiamate, tenendo conto della sua posizione di primazia in tale fattispecie, il che ad esempio è dimostrato dalle consultazioni non vincolanti con il Capo del Governo, con i Presidenti dei due rami del Parlamento e con il Presidente del Consiglio costituzionale<sup>35</sup>. Dell'esercizio di tali poteri il Presidente della Repubblica dovrà informare la Nazione con un messaggio (2° co.), rispondendo così direttamente al popolo nella logica della forma di governo semipresidenziale.

Le misure adottate devono poter garantire in tempi rapidi ai poteri pubblici costituzionali i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti, con la previsione, al riguardo, di consultare sempre il Consiglio costituzionale (3° co.). Si tratta di un ulteriore parere consultivo da parte del *Conseil*, dopo quello del 1° comma cui però farebbe seguito – in caso di inosservanza – una responsabilità politica del Capo dello Stato direttamente nei confronti dell'elettorato, dal momento che il parere è pubblico e motivato<sup>36</sup>, a differenza di quello del 3° comma, per il quale non è richiesta analoga pubblicità. L'obiettivo di quest'ultima disposizione è di riservare ai poteri pubblici costituzionali i mezzi necessari per l'esercizio dei loro compiti, evocando così l'applicazione del prin-

<sup>35</sup> Cfr. FRANCHI SCARSELLI, (1991, 273 ss.), e LAMARQUE, (1961, 618 ss.). Attraverso il proprio parere il *Conseil constitutionnel* dovrà constatare, in relazione alla singola fattispecie, l'esistenza o meno dei presupposti *ex art. 16 Cost. fr.* (art. 53, *Ordonnance* n. 58-1067, 7 novembre 1958).

<sup>36</sup> Art. 53, *Ordonnance* n. 58-1067, relativamente al parere di cui all'art. 16, 1° co., *Cost. fr.*; v. VEDASCHI, (2007, 306, nota 117), la quale precisa che "la gran parte della dottrina francese legge nella richiesta di motivazione del *Conseil* una seria garanzia, posto che, davanti ad un parere contrario, assai difficilmente il Presidente potrebbe assumersi la responsabilità politico-istituzionale di dichiarare lo stato di emergenza. Ciò nondimeno, non è richiesta alcuna forma di pubblicità per i pareri del *Conseil* sui singoli provvedimenti presidenziali, che parrebbero esenti dal controllo di costituzionalità".



cipio di proporzionalità utile a misurare il grado di necessità dei suddetti mezzi<sup>37</sup>.

Circa l'impossibilità di revisionare la Costituzione durante lo stato d'emergenza, a differenza di quanto previsto dalla Carta fondamentale spagnola, nulla è esplicitato nella normativa francese, non a caso il limite si rinviene solo attraverso le pronunce del Consiglio costituzionale<sup>38</sup>, così che i poteri presidenziali, per quanto estesi, non possono arrivare ad un'iniziativa di modifica della Costituzione.

Proprio per gli ampi poteri riconosciuti al Capo dello Stato, l'art. 16 Cost. fr. prevede disposizioni a tutela del sistema, come quella per cui "il Parlamento si riunisce di pieno diritto" nel corso dell'emergenza (4° co.) e, soprattutto, l'impossibilità di sciogliere l'Assemblea nazionale "durante l'esercizio dei poteri eccezionali" (5° co.). In quest'ultimo caso la Camera politica conserva il potere di adottare, se lo ritiene, una mozione di sfiducia, obbligando il Primo Ministro alle dimissioni, *ex art.* 50 Cost. fr., ed ancora il Parlamento potrebbe destituire il Presidente della Repubblica in caso di attività incompatibile con i doveri del proprio mandato (art. 68, 1° co., Cost. fr.)<sup>39</sup>. È evidente che tale ultima previsione prova a bilanciare l'ampio raggio di poteri presidenziali, soprattutto se si considera che ai sensi dell'art. 19 Cost. fr. gli atti del Presidente adottati in forza dell'art. 16 Cost. fr. non "sono controfirmati dal Primo ministro e, se del caso, dai ministri responsabili"<sup>40</sup>.

Infine, l'art. 16, 6° co., Cost. fr., dispone che trascorsi trenta giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il Consiglio costituzionale può essere incaricato di verificare la perdurante presenza dei presupposti di cui al primo comma e il *Conseil* potrà esprimersi ancora una volta attraverso un parere pubblico. Invece, quest'ultimo organo "procede di *plein droit* (corsivo nostro) a tale esame e si pronuncia alle stesse condizioni allo scadere dei sessanta giorni di esercizio dei poteri ecce-

<sup>37</sup> Cfr. SAINT-BONNET, (1998, 1712 ss.), relativamente ai limiti.

<sup>38</sup> *Conseil constitutionnel, Décision n° 92-312 DC*, 2 settembre 1992, *Considerant* 19.

<sup>39</sup> Cfr. LAMARQUE, (1961, 620 s.).

<sup>40</sup> Sul punto, v. VEDASCHI, (2007, 306).

zionali”<sup>41</sup>. È rilevante, pertanto, il ruolo assegnato al Consiglio dal momento che, in questo caso, potrà procedere di diritto per verificare, senza alcuna sollecitazione esterna e trascorsi i sessanta giorni, la persistente legittimità – in base ai presupposti – dei poteri eccezionali *de quibus*, anche se alla fine potrà adottare solo un parere pubblico<sup>42</sup>. Ciò nonostante, l’assunzione di tale atto consente comunque al *Conseil* di informare la pubblica opinione sul legittimo esercizio dei poteri presidenziali, riconoscendo così a quest’ultima il ruolo di giudice finale dello stato di emergenza nella sua qualità di soggetto sovrano.

L’art. 16 Cost. fr. è stato applicato, in verità, una sola volta in occasione del tentativo di colpo di stato algerino nel 1961, a dimostrazione di una difficoltà nel ricorrere a tale disposto proprio per gli ampi poteri riconosciuti al Presidente, nonostante i numerosi fatti emergenziali, come da ultimo la pandemia, che hanno colpito il Paese transalpino. A completamento della disciplina costituzionale in tema di emergenza è necessario rammentare anche lo stato d’assedio e la dichiarazione di guerra. Il primo (art. 36 Cost. fr.) può essere decretato dal Consiglio dei ministri, con un potere di proroga che non può andare oltre i dodici giorni senza l’autorizzazione del Parlamento. Tale stato d’assedio deve essere dichiarato solo in caso di pericolo imminente derivante da una guerra straniera o da un’insurrezione armata, secondo quanto stabilito dall’art. L2121-1, Codice di difesa, il quale prevede anche che i poteri necessari al mantenimento dell’ordine e quelli di polizia debbano essere trasferiti a favore dell’autorità militare (art. L2121-2)<sup>43</sup>. In particolare, nell’ipotesi di una guerra che proviene dall’estero rileva pure l’art. 35 Cost. fr., per cui la dichiarazione di guerra deve essere autorizzata dal Parlamento, con l’Esecutivo che ha il dovere di infor-

<sup>41</sup> Trascorsi i trenta giorni il Consiglio costituzionale può ricevere l’incarico dal Presidente dell’Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori. È bene precisare comunque che tale ultimo disposto costituzionale è stato previsto solo in un momento successivo (riforma costituzionale del 2008), proprio per evitare un’eccessiva durata dei poteri *ex art.* 16.

<sup>42</sup> Sul ruolo consultivo del *Conseil constitutionnel* all’interno dell’art. 16 Cost. fr., v. PLATON, (2008, 103 ss.).

<sup>43</sup> Cfr. DE VIVO, (2016, 721 s.), sullo stato d’assedio; egualmente, cfr. DE TULLIO, (2020, 284).

mare le Camere della sua decisione di intervento con le forze armate fuori dai confini della Francia (1° e 2° co.).

##### *5. Riflessioni sulla comparazione tra le discipline emergenziali alla luce dello Stato di diritto*

In ragione di quanto sinora illustrato, nella comparazione tra gli ordinamenti italiano, spagnolo e francese sulle fattispecie emergenziali il tema dello Stato di diritto si presenta particolarmente complesso, poiché ci si confronta con un potere che tende ad uscire fuori dall'ordinario e dove, pertanto, un ruolo fondamentale è svolto dal sistema delle garanzie<sup>44</sup>. Sotto il profilo del tipo di disciplina prescelta i tre ordinamenti esaminati hanno adottato soluzioni molto diverse.

L'Italia ha preferito non introdurre nella sua Carta una clausola generale sull'emergenza, optando per soluzioni costituzionali specifiche come lo stato di guerra (art. 78 Cost.) e il ricorso al decreto legge (art. 77 Cost.) quale fonte del diritto utile ad uno stato di necessità. La Spagna, al contrario, ha adottato una disciplina costituzionale molto dettagliata, individuando tre diverse ipotesi di crisi, tutte tipizzate nella propria Legge fondamentale, con una regolamentazione integrativa da parte della Legge Organica, mentre la Francia si è affidata ad un intreccio normativo tra disciplina costituzionale e legislativa<sup>45</sup>. Infatti, oltre alla dichiarazione di guerra e allo stato d'assedio (artt. 35-36 Cost. fr.), la fattispecie emergenziale più importante di quest'ultimo Paese è sicuramente presente in Costituzione all'art. 16, seppure si sia ricorso ad esso solo in occasione del colpo di Stato di Algeri agli inizi degli anni '60<sup>46</sup>; allo stesso tempo, altre ipotesi emergenziali come lo

<sup>44</sup> Come evidenzia PIERGIGLI, (2023, 8), pur nelle differenze di discipline tra gli ordinamenti, "l'obiettivo è, in ogni caso, quello di contenere e limitare l'esercizio dei poteri straordinari, di proteggere un nucleo essenziale di garanzie costituzionali e consentire, quanto prima possibile, il ripristino dello *status quo ante*". Ancora sullo Stato di diritto in una chiave comparata, cfr. FROSINI, (2023, 7 ss.).

<sup>45</sup> Sul "doppio canale dell'emergenza in Francia: clausole costituzionali ed *état d'urgence* legislativo", cfr. MILAZZO, (2020, 412 ss.).

<sup>46</sup> Relativamente al legame tra l'art. 16 Cost. fr. e i fatti di Algeri, cfr. DE TULLIO, (2020, 285).

stato d'urgenza e lo stato d'emergenza sanitaria sono state disciplinate con legge ordinaria, in particolare la seconda con una disciplina generata direttamente durante l'emergenza pandemica.

Gli ordinamenti esaminati sembrano ribadire l'indirizzo generale tipico di una disciplina eccezionale, cioè quello di preservare l'ordine costituzionale, come dimostrano gli istituti di garanzia previsti. In particolare, le Camere politiche, quali organi direttamente rappresentativi della volontà popolare, non possono essere sciolte secondo le indicazioni rispettivamente dell'art. 60, 2° co., Cost., dell'art. 116.5 CE e dell'art. 16, 5° co., Cost. fr., così come sempre le Camere devono intendersi automaticamente convocate in casi di emergenza, in forza di quanto stabilito dall'art. 116.5 CE, dall'art. 16, 4° co., Cost. fr. e anche dall'art. 62, 2° co., della nostra Cost., a mente del quale, com'è noto, ciascun ramo del Parlamento può essere convocato, se necessario, in via straordinaria. Appare, dunque, evidente che le Camere politiche rappresentino uno degli elementi di garanzia per lo Stato di diritto in contesti di crisi.

Anche i tempi ristretti di applicazione delle norme emergenziali, come nel caso dello stato d'allarme e dello stato d'eccezione in Spagna, o lo stato d'assedio in Francia, sono un'ulteriore conferma di un ripristino il prima possibile dello *status quo ante*, per recuperare la piena efficacia dei principi dello Stato costituzionale di diritto. Tuttavia, la previsione della possibilità di proroga, come sancita in diversi istituti emergenziali, non di rado dilata l'applicazione degli stati di necessità. Oltre a quanto già illustrato per lo stato d'urgenza in Francia, anche in Spagna durante la recente pandemia è stato prorogato più volte lo stato d'allarme, per cui esso, entrato in vigore il 14 marzo 2020, si è poi protratto, seppure con taluni intervalli temporali, sino al 9 maggio 2021<sup>47</sup>. Ciò, però, è significativo, in quanto se da un lato la straordinarietà dei poteri richiede limiti di tempo stringenti per la durata di uno

<sup>47</sup> Del resto, solo il 5 luglio 2023 il Governo “aprobó un Acuerdo por el que se declaró” la cessazione definitiva della situazione di crisi sanitaria determinata dal Covid-19, in [https://administracion.gob.es/pag\\_Home/atencionCiudadana/Crisis-sanitaria-COVID-19.html](https://administracion.gob.es/pag_Home/atencionCiudadana/Crisis-sanitaria-COVID-19.html). Per una ricostruzione delle decisioni adottate in Spagna durante il periodo pandemico, cfr. DI CAPUA, (2023, 77 ss.), nonché FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, (2021, 513 ss.).

stato d'emergenza, dall'altro è necessario sempre tenere conto delle peculiarità di ogni stato di necessità, come nel caso della pandemia da SARS-CoV-2, i cui tempi utili per fronteggiarla si sono sicuramente dilatati tra misure restrittive dei diritti, selezione della terapia più appropriata per la malattia e individuazione del vaccino necessario a sconfiggere il virus.

Alla luce degli ordinamenti esaminati, un'ulteriore garanzia dello Stato di diritto si rinviene nel veto di riformare le Costituzioni durante le crisi emergenziali. È significativo lo specifico divieto previsto al riguardo dall'art. 169 CE – seppure con riferimento al momento di inizio di una riforma costituzionale<sup>48</sup> – e dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* per l'esperienza francese, così da confermare il principio generale per cui i poteri esercitati in questo contesto, seppure eccezionali, devono comunque muoversi nei limiti di una Carta fondamentale, senza il pericolo di un loro superamento. Ciò comporta che anche laddove sia stata prevista una sospensione dei diritti fondamentali, come nel caso dell'art. 55.1 CE per lo stato d'eccezione e lo stato d'assedio in Spagna, tale soluzione, sicuramente straordinaria, deve essere perimetrata all'interno della cornice di riferimento rappresentata dalla Costituzione. In questo contesto, allora, un ruolo altrettanto importante è sicuramente svolto in termini tutori dagli organi di giustizia costituzionale, il cui compito è verificare il rispetto delle disposizioni costituzionali che regolamentano gli stati di crisi<sup>49</sup>.

Sebbene l'ordinamento italiano non presenti una clausola generale in Costituzione sugli stati d'emergenza, non di meno rilevano, come si è visto nella presente indagine, fattori di garanzia come la possibilità di proroga delle Camere, seppure soltanto in caso di guerra, o l'eguale possibilità di una loro convocazione straordinaria. Tale indicazione ga-

<sup>48</sup> Secondo CÁMARA VILLAR, M.L. BALAGUER CALLEJÓN, MONTILLA MARTOS, (2025, 60 ss.), l'obiettivo del divieto di cui all'art. 169 CE è di “evitar que se produzcan reformas en períodos de grave alteración del orden social y político que podrían afectar a la naturaleza misma del orden constitucional”.

<sup>49</sup> Pur essendo rimasta fuori dal presente contributo, è emblematica la giurisprudenza costituzionale che si è succeduta in Spagna sul problema relativo agli effetti prodotti dalle misure di crisi, adottate dal Governo durante la pandemia, in tema di limitazione *vs* sospensione dei diritti fondamentali, soprattutto con riguardo alla libertà di circolazione (es.: SSTC 148/2021, 183/2021 e 136/2024).

rantista è ulteriormente ribadita dalla previsione dei ‘soli’ poteri necessari conferiti all’Esecutivo dal Parlamento durante lo stato di guerra. Volendo accettare l’idea dell’art. 78 Cost. come modello di riferimento di ogni contesto di crisi, pur nella evocata problematicità di tale assunto, emerge nel conferimento dei poteri necessari il ricorso generale al principio di proporzionalità, come confermato anche dall’esperienza spagnola e francese. Invero, per la Spagna all’art. 1.2 LOEAE si precisa che le misure da adottare dovranno sempre essere proporzionate alle circostanze, così allo stesso modo nell’ordinamento francese, proprio all’art. 16, 3° co., Cost., si sottolinea l’importanza di garantire ai poteri pubblici costituzionali “i mezzi necessari” per l’esercizio dei loro compiti. In tal modo, sembra emergere un rinnovato elemento in grado di dimostrare che in uno Stato costituzionale democratico l’eccezionalità dei poteri emergenziali debba in ogni caso essere strettamente proporzionata allo stato di necessità per non esondare dal perimetro di una Legge fondamentale, dal momento che il regime degli stati di crisi è indirizzato comunque a garantire la sopravvivenza finale dell’ordinamento costituzionale e non certo la sua trasfigurazione.

### *Riferimenti bibliografici*

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28.
- Alzaga Villaamil, O. (1978). *Artículo 116*, in *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Ediciones del Foro. Madrid.
- Balaguer Callejón, F. (2025). Democrazia e Stato di diritto nell’Unione europea. In Papa, Bilancia (a cura di), *Lo Stato di diritto tra allargamento e integrazione europea*, RDPE, n. 1.
- Bilancia, P. (2025). I mutamenti nella concezione europea dello Stato di diritto e la complessa integrazione degli ordinamenti nazionali nell’Unione europea. In Papa, Bilancia (a cura di), *Lo Stato di diritto tra allargamento e integrazione europea*, RDPE, n. 1.
- Bontemps di Sturco, C. (2011). Francia, in Passaglia (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*. In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

- Cámara Villar, G.; Balaguer Callejón, M.L.; Montilla Martos, J.A. (2013). *Introducción al derecho constitucional*, Balaguer Callejón, F. (Coord.). Tecnos: Madrid.
- Carmona Cuenca, E. (2021). Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales ¿limitación o suspensión?. *Revista de Derecho Político*, n. 112.
- Carnevale, P. (2002). Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità. *Giurisprudenza Costituzionale*.
- Cassia, P. (2020). L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique?. *Mediapart* (<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/230320/l-etat-d-urgence-sanitaire-remede-placebo-ou-venin-juridique>).
- Cruz Villalon, P. (1980). *El Estado de sitio y la Constitucion*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- Cruz Villalon, P. (1981). El nuevo derecho de excepcion. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 2.
- Cruz Villalon, P. (1984). Estados excepcionales y suspension de garantias, Tecnos. Madrid.
- Deffenu, A.; Laffaille, F. (2020). Stato di emergenza sanitaria e Covid-19: (breve) lettura francese di un fenomeno giuridico abnorme. *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- De Minico, G. (2016). *Costituzione, emergenza e terrorismo*. Jovene. Napoli.
- De Tullio, M.F. (2020). Il mito dell'emergenza e le garanzie costituzionali. Insegnamenti dall'esperienza francese. *Rivista AIC*, n. 3.
- De Vergottini, G. (2021). Profili costituzionali della gestione delle emergenze. *Rassegna Parlamentare*, n. 2.
- De Vivo, J. (2016). Sicurezza e diritti fondamentali: la risposta italiana e francese al terrorismo. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3.
- De Vivo, J. (2018). Francia: dallo stato di emergenza alla nuova legge antiterrorismo. *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Di Capua, V. (2023). Emergenza e diritti fondamentali. *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1.
- Fernández de Casadevante Mayordomo, P. (2021). Las emergencias constitucionales no regladas o insuficientemente regladas: una aproximación teórico-práctica. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 48.
- Ferraro, L. (2020). Italia y el Covid-19: el orden constitucional puesto a prueba en la emergencia. In Arnaldo Alcubilla, Canosa Usera (Directores), *El Derecho Constitucional ante el Covid-19*. Wolter Kluwer: Madrid.

- Ferraro, L. (2021). La Francia e la nuova disciplina emergenziale a seguito del Covid-19: lo stato di emergenza sanitaria. In Chieffi, L. (a cura di), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico* (Tomo II). Mimesis: Milano-Udine.
- Fontaine, L. (2008). La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits?. *CRDF*, n. 6, (<https://journals.openedition.org/crdf/6822>).
- Fonzi, A. (2024). L'influenza della forma di governo sulle dinamiche relative alle decisioni sulla guerra. Spunti di riflessione fra il semipresidenzialismo francese e il parlamentarismo italiano. *DPCE online*, SP1.
- Franchi Scarselli, G. (1991). Il diritto della necessità nel diritto pubblico francese. *Rivista Militare*.
- Frosini, T.E. (a cura di) (2022). *Diritto pubblico comparato*. Il Mulino: Bologna.
- Frosini, T.E. (a cura di) (2023). *Rule of Law come costituzionalismo*, Il Mulino. Bologna.
- Gambino, S.; Lozano Miralles, J.; Puzzo, F.; Ruiz Ruiz, J.J. (2018). *Il sistema costituzionale spagnolo*. Cedam. Milano.
- Giardina, A. (1979). Art. 78 Cost., in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*. Zanichelli. Bologna-Roma.
- Grasso, P.G. (1977). *Necessità (stato di) (Diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano.
- Lamarque, J. (1961). *La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958*, in *Revue du droit public*.
- Lorenzo Rodríguez-Armas, M. (1996). *El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional*, in *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, n. 13.
- Marazzita, G. (2003). *L'emergenza costituzionale*. Giuffrè. Milano.
- Michel, L. (2009). ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11.
- Milazzo, P. (2020). Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: qualche lezione francese sul “rendimento” delle clausole di emergenza costituzionale. *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale.
- Modugno, F. (1971). Stato d'assedio (voce). *Novissimo Digesto Italiano*. UTET. Torino.



- Mortati, C. (1976). *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II. Cedam. Padova.
- Muñiz, J.N. (2002). Emergencias constitucionales y catástrofes en el ordenamiento constitucional español. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 17.
- Paladin, L. (1979). *Art. 77 Cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*. Zanichelli. Bologna-Roma.
- Papa, A. (2025). Allargamento dell'Unione e Stato di diritto: una riflessione a più voci tra presente e futuro. In Papa, Bilancia (a cura di), *Lo Stato di diritto tra allargamento e integrazione europea*, RDPE, n. 1.
- Parejo Alfonso, L. (1981). *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a proposito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 3.
- Patroni Griffi, A. (2006). *Art. 78 Cost.* In Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II. UTET. Torino.
- Piergigli, V. (2023). *Diritto costituzionale dell'emergenza*. Giappichelli. Torino.
- Pizzorusso, A. (1993). *Emergenza, stato di*, in Treccani – *Enciclopedia delle scienze sociali* ([https://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza\\_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/))
- Platon, S. (2008). Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit contemporain?. *Revue française de droit constitutionnel*, n. 5.
- Requejo Rodríguez, P. (2001). ¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?. *Revista de Derecho Político*, n. 51.
- Saint-Bonnet, F. (1998). Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception. *Revue du droit public*, n. 5/6.
- Scarciglia, R. (2006). *Introduzione al diritto pubblico comparato*. Il Mulino. Bologna.
- Schmitt, C. (2006). *La dittatura*, in Caracciolo (a cura di). Settimo Sigillo. Roma.
- Scudiero, M. (1969). *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*. Jovene. Napoli.
- Vedaschi, A. (2007). *À la guerre comme à la guerre?*. Giappichelli. Torino.
- Vedaschi, A. (2018). *Art. 78*. In Clementi, Cuocolo, Rosa, Vigevari (a cura di), *La Costituzione italiana*. Il Mulino. Bologna.
- Wirsching, A. (2019). *Weimar, cent'anni dopo*. Donzelli. Roma.



*Claudia de Partearroyo Francés* \*

EL NÚMERO DE PRÓRROGAS DEL ESTADO  
DE ALARMA Y SU DURACIÓN:  
ALGUNAS PROPUESTAS PARA RESPETAR  
EL MARCO CONSTITUCIONAL  
DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN ESPAÑOL

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Apuntes sobre las características del derecho constitucional de excepción español. – 3. Sucinta descripción del régimen constitucional del estado de alarma. – 4. Breve contexto de la aplicación del estado de alarma en las crisis de los controladores aéreos y de la Covid-19. – 5. La duración del estado de alarma. – 5.1. La duración de la prórroga del estado de alarma: la necesidad de establecer un plazo máximo de 15 o 20 días en la LOAES. – 5.2. El número de prórrogas del estado de alarma: una propuesta para regular mayorías cualificadas en el RCD. – 6. Conclusiones y propuestas.

### *1. Introducción*

El presente trabajo, centrado en la duración de los estados de alarma, ha sido elaborado a raíz de una comunicación presentada en el excelente VII Congreso del Seminario Ítaloespañol, dedicado a «La constitución en los tiempos de las transiciones»<sup>1</sup>. El diccionario de la Real Academia Española define el término «transición» como la «acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto». Esto es exactamente lo que sucede cuando se declara un estado de emer-

\* Universidad Autónoma de Madrid

<sup>1</sup> La comunicación, enmarcada en la mesa dedicada a «La separación de poderes y Estado de Derecho», tenía por título «El estado de alarma ante la naturaleza congresual y gradual del derecho constitucional de excepción español». Tras las recomendaciones y reflexiones de los miembros de la mesa, conformada por el presidente Gennaro Ferraiuolo, el *discussant* Víctor J. Vázquez Alonso y el relator Daniel Jove Villares, a quienes agradezco sinceramente todas sus aportaciones, he reestructurado aquel amplio trabajo para reconducirlo al particular problema de la duración del estado de alarma en el marco constitucional del derecho de excepción español.

gencia ante crisis de tal magnitud que solo pueden superarse activando el derecho constitucional de excepción. El régimen jurídico ordinario cede ante otro distinto, el extraordinario, caracterizado por concentrar el poder en manos del Ejecutivo y limitar extraordinariamente o suspender derechos y libertades fundamentales. Pero este cambio no queda extramuros del derecho, como habitualmente sucedía con anterioridad a los estándares propios de los Estados constitucionales actuales, sino que aspira a enmarcarse en principios como los de separación de poderes y de respeto al Estado de derecho, como acredita el marco jurídico-constitucional de la excepción en España.

A nuestro juicio, ese marco constitucional se ha puesto en entredicho a raíz de las dos emergencias que en España han dado lugar a la activación del artículo 116 CE: la crisis de los controladores aéreos de 2010 y la crisis de la Covid-19 a partir de 2020. En ambos casos se acudió al estado de alarma (art. 116.2 CE), un mecanismo excepcional cuya ambigüedad y agilidad resultan especialmente atractivas para unos poderes – primero Ejecutivo, después Legislativo – que han hecho del mismo un instrumento capaz de militarizar civiles, declararse sin ninguna vinculación a sus supuestos de hecho habilitantes, suspender derechos fundamentales, prorrogarse por seis meses, concatenar seis prórrogas y delegar las competencias excepcionales de manera inconstitucional en el ministro de Sanidad y en autoridades de las comunidades autónomas o ciudades con estatutos de autonomía.

En nuestra opinión, el empleo del estado de alarma en las crisis de 2010 y 2020 ha acreditado suficientes excesos por parte de los poderes públicos como para replantearse si su regulación merece ser modificada a nivel legal y/o constitucional. Entre otros motivos porque, en principio, no resultan satisfactorias ni la regulación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOAES o LO 4/1981), ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída como consecuencia de las dos crisis.

En el marco de ese amplio estudio merece ser destacado uno de los problemas más importantes de la figura constitucional del artículo 116.2 CE: la duración del estado de alarma, único al que se circunscribe este trabajo. La importancia del principio de temporalidad en el derecho de excepción, crucial para la supervivencia del Estado social y democrático de derecho, hace que nos centremos exclusivamente en

los enigmas constitucionales sobre el número de prórrogas admisibles en un estado de alarma y la duración de las mismas, cuestiones no abordadas todavía por el legislador orgánico y, además, no resueltas de manera precisa – a nuestro juicio – por la jurisprudencia constitucional.

Para abordar este objeto de investigación, partiremos del marco general del derecho constitucional de excepción español, para seguir por el estudio concreto del estado de alarma. El estudio dogmático, jurisprudencial y práctico de la duración de esta figura constitucional nos permitirá adentrarnos en algunos de los problemas suscitados por su uso y regulación en España a raíz de las dos emergencias señaladas, para finalmente plantear la adecuación de su configuración en el ordenamiento jurídico y realizar, en su caso, propuestas de *lege ferenda*.

## 2. *Apuntes sobre las características del derecho constitucional de excepción español*

Los rasgos comunes que forman parte del concepto de los estados de emergencia son la imprevisibilidad; la excepcionalidad; la necesaria existencia de una amenaza grave, real e inminente; la concentración de poder en el Ejecutivo y la temporalidad. Todo ello unido a la intrínseca finalidad de superar la situación de emergencia y de volver a la normalidad, que «tanto más fácil será, cuanto mayor fidelidad se guarde durante el período de excepción a lo que la Constitución era y pretende seguir siendo» (REQUEJO, 2001, 100).

Sin poder detenernos en cada elemento, interesa subrayar que la imprevisibilidad característica de las situaciones excepcionales suele generar zonas grises en regulación de la emergencia, en muchos casos necesarias y/o deliberadas, lo que obliga a salir de la rigidez propia del Estado de derecho, pero sin renunciar a sus principios y fundamentos. Sobre todo, en países como España, que se enmarca en el submodelo denominado «estado excepcional» (LAFUENTE BALLE, 1989, 30 y ss.), basado en el «mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis; si bien con la previsión de una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos» (CRUZ

VILLALÓN, 1984, 17). En consecuencia, estos modelos deben aspirar a lograr un equilibrio en la regulación del derecho de excepción que sea flexible y garantista: suficientemente flexible para permitir a los poderes públicos superar la crisis y necesariamente garantista para evitar que esas mismas autoridades se perpetúen en el poder o abusen del mismo.

El modelo al que pertenece el derecho constitucional español se refleja en la Constitución (principalmente arts. 55.1 y 116 CE), en la norma que la desarrolla (LO 4/1981)<sup>2</sup> y en la norma que la complementa [Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982 (RCD, en adelante)]. Por supuesto, también se desprende de la jurisprudencia constitucional recaída a raíz de la crisis de los controladores aéreos y la crisis de la Covid-19.

En este sentido, la propia Constitución rodea los estados de excepción de ciertas garantías comunes que podríamos considerar básicas y que van aumentando a medida que pasamos de un estado excepcional a otro, muchas de ellas dirigidas a acotar los extraordinarios poderes que se confieren al poder público con la finalidad de establecer límites y de evitar abusos de poder, como son, entre otras, la remisión a una ley orgánica que regule las competencias y limitaciones de los estados de excepción (art. 116.1 CE, materializada en la LOAES); la prohibición de iniciar reformas constitucionales (art. 169 CE); la imposibilidad de disolver el Congreso y de interrumpir su funcionamiento y el de los demás poderes constitucionales del Estado (art. 116.5 CE) y la no modificación del principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes (art. 116.6 CE).

La Constitución trata, en definitiva, de crear un marco excepcional que haga efectiva «la preeminencia del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo en un sistema de democracia parlamentaria» (STC 168/2021, FJ 3). Como explica Vázquez Alonso, existe «una suerte de mandato constitucional de integridad parlamentaria en el ámbito de los supuestos contemplados en el artículo 116. Un mandato [...] vinculado a la salvaguarda de la esencia democrática de la separación de poderes, es-

<sup>2</sup> La Constitución y la LO 4/1981 conforman el «bloque constitucional» o «bloque de constitucionalidad» (SSTC 168/2021, de 5 de octubre, FJ 3, y 183/2021, de 27 de diciembre, FJ 3) del derecho de excepción español.

pecíficamente durante aquellos procesos de crisis en los que se incrementa el poder del ejecutivo» (2020, p. 273).

Por su parte, el Capítulo I de la LO 4/1981 complementa las garantías del artículo 116 CE por medio de disposiciones comunes a los tres estados, que responden a los principios descritos primero por Cruz Villalón (1984, pp. 64 y ss.) y plasmados luego en la importante STC 83/2016, de 28 de abril: «los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 1.2); el principio de temporalidad (art. 1.3); los principios de vigencia inmediata y de publicidad (art. 2); y, en fin, el principio de responsabilidad (art. 3.2)» (FJ 7). Igualmente, consideramos que los estados excepcionales responden también a los principios de excepcionalidad, de mayor proximidad al marco constitucional ordinario y de conexidad con la crisis. Como se ve, algunos de estos principios coinciden con los rasgos característicos de los estados de emergencia expuestos.

De manera particular, cada estado excepcional tiene sus propios procedimientos y garantías: el estado de alarma se declara por el Gobierno durante máximo 15 días y se puede prorrogar con autorización del Congreso de los Diputados (art. 116.2 CE), pudiendo únicamente limitar derechos fundamentales (art. 55.1 CE *a sensu contrario*); el estado de excepción se declara igualmente por el Gobierno pero siempre con autorización previa de la Cámara Baja (art. 116.3 CE), mientras que el estado de sitio se declara directamente por la mayoría absoluta del Congreso, a propuesta exclusiva del Gobierno (art. 116.4 CE), pudiendo estos dos últimos estados suspender determinados derechos fundamentales (art. 55.1 CE). Este último precepto, inserto en el Capítulo V del Título I CE —«De la suspensión de los derechos y libertades»—, constituye una garantía esencial porque imposibilita suspender la Constitución de forma total, por eso se denomina doctrinalmente como la «Constitución suspendible» (Torres, 2018, p. 632).

En síntesis, nuestro marco constitucional configura un derecho de excepción limitado, congresual y gradual, con supervivencia de la Constitución, donde se desenvuelve el estado de alarma, figura objeto de esta investigación.

### *3. Sucinta descripción del régimen constitucional del estado de alarma*

El artículo 116.2 CE regula el estado de alarma de la siguiente manera:

«El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración».

Por su parte, tanto la LO 4/1981 como el RCD desarrollan el precepto transcrito sin ahondar o añadir prácticamente nada nuevo a la redacción dada por el artículo 116.2 CE. De este modo, determinan que la declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros (art. 6.1 LOES), debiendo determinar el ámbito territorial, la duración y los efectos del mismo, que no podrá exceder de quince días, y cuya prórroga solamente podrá producirse con la autorización expresa del Congreso de los Diputados (art. 6.2 LOAES) antes de que expire el plazo de 15 días (art. 162.2 RCD).

Por consiguiente, nos encontramos ante el único estado que puede ser declarado por el Gobierno sin autorización previa del Congreso de los Diputados, dotando de máximo protagonismo al Ejecutivo. De ahí que Cruz Villalón (1981, 105 y ss.) lo denomine, durante los 15 primeros días – como máximo –, «estado de alarma gubernamental», diferenciándolo del «estado de alarma parlamentario», que comienza con la autorización de prórroga por el Congreso. Esa falta de intervención parlamentaria en el estado de alarma gubernamental representa, a nuestro modo de ver, una fórmula poco garantista que se justifica por su imposibilidad de suspender derechos fundamentales (art. 55.1 CE).

Además, cuando el artículo 116.2 CE se limita a establecer que el decreto que declare el estado de alarma determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración, debe entenderse inconstitucional la declaración que extienda los efectos del estado de alarma a aquel ámbito territorial que no quede afectado por el supuesto de hecho, como se predica del principio de necesidad inserto en el



artículo 1.2 LOAES<sup>3</sup>. Igualmente, pese a que el artículo 116.2 CE no añade otras medidas que necesariamente deban detallarse en el decreto, está claro que el decreto no puede contener exclusivamente el ámbito territorial al que se constriñe el precepto constitucional, sino que además deberá recoger su «duración» y «efectos» (como establece el art. 6.2 LOAES y la doctrina constitucional desde la STC 83/2016).

En este sentido, el Tribunal Constitucional determina que la autorización del Congreso para prorrogar el estado de alarma, «sin perjuicio de su virtualidad como instrumento de control político del Gobierno, [se configura] como elemento determinante del alcance, de las condiciones y de los términos de la misma» (SSTC 83/2016, FJ 8 y 183/2021, FJ 8). Esta doctrina, que a efectos de simplificación denominaremos *doctrina de la disposición congresual*, fue iniciada por la STC 83/2016 a partir del FJ 4 del ATC 7/2012, que equiparó la autorización de la prórroga del estado de alarma a la propia del estado de excepción (art. 13.3 LOAES)<sup>4</sup>. Una jurisprudencia que se ha convertido en doctrina bien asentada (SSTC 148/2021, de 14 de julio, FJ 2; 168/2021, FJ 3, y 183/2021, de 27 de octubre, FFJJ 8 y 9), que esencialmente determina que es el Congreso el que dispone o decide sobre el estado de alarma prorrogado.

#### 4. Breve contexto de la aplicación del estado de alarma en las crisis de los controladores aéreos y de la Covid-19

Para abordar los problemas de esta figura constitucional, debemos exponer, siquiera someramente, su aplicación desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Como hemos advertido, el artículo 116 CE y la LO 4/1981 solo se han aplicado en España con ocasión de dos crisis, en ambos casos mediante el empleo del estado de alarma: la

<sup>3</sup> Artículo 1.2 LOAES: «Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad».

<sup>4</sup> Dispone el artículo 13.3 LOAES que el «Congreso debatirá la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, pudiendo aprobarla en sus propios términos o introducir modificaciones en la misma».

crisis de los controladores aéreos (2010) y la crisis ocasionada por la Covid-19 (2020)<sup>5</sup>.

En la primera crisis, tras decretar el cierre del espacio aéreo para paliar una huelga laboral del colectivo de los controladores aéreos<sup>6</sup>, el Gobierno activó el sábado 4 de diciembre de 2010 – cuando comenzaba el puente de la Constitución –, por primera vez, el artículo 116 CE a través del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, posteriormente prorrogado por el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre<sup>7</sup>. El estado de alarma de los controladores aéreos duró en total 43 días, con una única prórroga que se extendió desde el 17 de diciembre hasta las 24 horas del 15 de enero de 2021. La impugnación de estas normas por los controladores aéreos produjo diversas resoluciones del Tribunal Supremo<sup>8</sup> y, por lo que aquí interesa, dos resoluciones del Tribunal Constitucional: el ATC 7/2012, de 13 de enero, y la STC 83/2016, de 28 de abril, que básicamente perfilaron el control jurisdiccional de los estados de emergencia ante el Tribunal Constitucional al determinar que los actos

<sup>5</sup> Desafortunadamente, el impacto de estas dos emergencias no ha debido de ser suficientemente significativo para el legislador orgánico, pues la LOAES ha permanecido inalterada desde su publicación. Si bien, cabe advertir que el grupo parlamentario de Ciudadanos en el Congreso presentó una proposición de ley durante la crisis de la Covid-19 para actualizar la LOAES. Vid. Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. Serie B, n.º 202-1, de 19 de noviembre de 2021. Disponible en: <[https://www.congreso.es/en/iniciativas-grupo?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_id=122%2F000174](https://www.congreso.es/en/iniciativas-grupo?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=122%2F000174)>. [Consultado el 2/02/2022].

<sup>6</sup> Para conocer con detalle lo ocurrido durante la crisis de los controladores aéreos, me remito al excelente estudio de Carlos Vidal Prado y David Delgado Ramos (2011), pese a no compartir algunas conclusiones de su trabajo.

<sup>7</sup> Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

<sup>8</sup> Hasta el momento, AATS 857/2011, de 10 de febrero; 2985/2011, de 9 de marzo; 3816/2011, de 5 de abril; 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo; 6821/2011, de 8 de junio; y 6197/2012, de 1 de junio. Todos los recursos que interpusieron los controladores aéreos ante el Tribunal Supremo fueron inadmitidos, lo cual resulta «muy discutible atendiendo a las razones que se dieron» (Presno, 2020).

gubernamentales y parlamentarios que declaran, autorizan o prorrogan los estados de alarma, excepción y sitio tienen rango o valor de ley. Por ende, el Alto Tribunal no llegó a analizar la constitucionalidad de las medidas ni de la duración de este estado de alarma.

Por su parte, la crisis de la Covid-19 se desencadenó tras la declaración de la Organización Mundial de la Salud (OMS) del brote del entonces nuevo coronavirus (2019-nCoV) como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII)<sup>9</sup>. En nuestro caso, el Gobierno español declaró el estado de alarma por medio del Decreto 436/2020, de 14 de marzo de 2020<sup>10</sup>, que se prorrogó hasta en seis ocasiones<sup>11</sup>, duró casi cien días y perdió su vigencia a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020. Transcurrido el verano, el Gobierno declaró un segundo estado de alarma circunscrito a varios municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid, mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre<sup>12</sup>. Dos días después de finalizar su vigencia, declaró el último estado de alarma – segundo a nivel nacional – de esta crisis sanitaria a través del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre<sup>13</sup>, prorrogado por seis meses<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional (30 de enero de 2020). Declaración de Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII). Disponible en: <[https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. [Consultado el 20/02/2022]

<sup>10</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

<sup>11</sup> Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; Real Decreto 514/2020 de 8 de mayo de 2020; Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

<sup>12</sup> Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

<sup>13</sup> Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

<sup>14</sup> Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Hasta el momento, han recaído las siguientes resoluciones dignas de destacar para este trabajo en la jurisdicción constitucional durante la crisis pandémica: la STC 110/2021, de 13 de mayo, que declaró la inconstitucionalidad de una disposición por quebrantar los límites materiales de los decretos leyes; la STC 148/2021, de 14 de julio, que declaró la inconstitucionalidad parcial de los reales decretos que declararon y prorrogaron el primer estado de alarma en la crisis de la Covid-19 por suspender derechos fundamentales y habilitar al ministro de Sanidad para modular medidas restrictivas de la libertad de empresa; la STC 168/2021, de 5 de octubre, que otorgó el amparo por vulneración del derecho a la participación política porque se impidió el ejercicio de la función representativa y de control al Gobierno; la STC 183/2021, de 27 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad parcial de los decretos que declararon y prorrogaron el segundo estado de alarma a nivel nacional por la crisis de la Covid-19, como consecuencia de la extensión temporal de su prórroga (seis meses), el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia y la delegación en los presidentes de las comunidades autónomas o de las ciudades con estatuto de autonomía, como autoridades competentes delegadas, de potestades de restricción de libertades fundamentales y de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto; y la STC 70/2022, de 2 de junio, que declaró la inconstitucionalidad de un precepto que atribuía a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia la potestad de autorizar o ratificar las medidas que las autoridades sanitarias no estatales considerasen urgentes y necesarias para la salud pública y afectasen a los derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente, por menoscabar, entre otros, la reserva de jurisdicción del poder judicial, el principio de separación de poderes y la independencia judicial.

Como hemos advertido, en estas páginas solo abordaremos los problemas planteados por la figura del artículo 116.2 CE en relación con su duración, exceptuando por tanto significativos problemas en relación con el carácter gradual y congresual del derecho constitucional de excepción, como los relativos a la suspensión de derechos fundamentales (STC 148/2021)<sup>15</sup>, la militarización de civiles (art. 3 del RD 173/2010), la au-

<sup>15</sup> Como pudimos poner de manifiesto (DE PARTEARROYO, 2021), coincidimos con otorgar a la suspensión del artículo 55.1 CE un *alcance material* conectado con la intensi-

sencia de vinculación a los supuestos de hecho habilitantes para declarar el estado de alarma (art. 1 del RD 173/2010) y la delegación de competencias excepcionales de manera inconstitucional en el ministro de Sanidad (STC 148/2021, FJ 9) y en autoridades de las comunidades autónomas o ciudades con estatutos de autonomía (STC 183/2021, FJ 8).

### *5. La duración del estado de alarma*

La determinación de la duración de la prórroga del estado de alarma (parlamentario) es una de las facultades que corresponde al Congreso de los Diputados en virtud del artículo 6.2 LOAES y de la doctrina de la disposición congresual.

En principio, parece que la Constitución no establece una duración máxima de prórroga ni un número máximo de prórrogas, dejando abierta la duda del límite temporal del estado de alarma; lo que no significa, bajo ningún concepto, que pueda permanecer en vigor indefinidamente (recordemos el principio de necesidad y temporalidad del art. 1.2 LOAES). Tampoco hacen lo propio la LO 4/1981 ni el RCD. Este vacío crea una gran flexibilidad, posiblemente pretendida por el constituyente, que invita a los poderes públicos a optar por aplicar el

dad de las restricciones de los derechos fundamentales de la STC 148/2021, y no un alcance estrictamente formal, como hicieron los votos particulares a la sentencia citada. Sin embargo, en contraposición a la jurisprudencia de la STC 148/2021, FJ 3, concebimos la suspensión de derechos como una excepción a la garantía del contenido esencial del artículo 53.1 CE, no solo como una limitación especialmente intensa o cualificada de los mismos [si bien, debemos añadir que la STC 183/2021 contradice a la STC 148/2021, toda vez que, pese a reiterar su doctrina, afirma que el estado de alarma no puede suponer «una injerencia en el “núcleo indisponible” del derecho, entendiendo por tal aquella intromisión que afectara al contenido irreductible del derecho fundamental, hasta el punto de hacerlo irreconocible o de impedir su ejercicio, lo que no es el caso» (STC 183/2021, FJ 4)]. Con todo, en contra de los votos particulares de la STC 148/2021 y de un importante sector doctrinal, sí coincidimos con el resultado de la STC 148/2021: la inconstitucionalidad del art. 7 RD 463/2020 por suspender el derecho a la libertad de circulación.

estado de alarma<sup>16</sup>, pues pueden interpretar que es posible prorrogarlo en más de una ocasión por un plazo no acotado a los 15 días de su primera declaración (art. 116.2 CE). Las dos interpretaciones amplias han sido adoptadas por el Gobierno y el Congreso en las dos crisis excepcionales de España desde 1978<sup>17</sup>, que siempre se han decantado, teniendo muy en cuenta estos criterios, por el estado de alarma.

*5.1. La duración de la prórroga del estado de alarma: la necesidad de establecer un plazo máximo de 15 o 20 días en la LOAES*

La duración de las prórrogas por un plazo superior a 15 días se ha dado en las dos crisis: el artículo 2 del RD 1717/2010, de 17 de diciembre, prorrogó el estado de alarma hasta las 24 horas del 15 de enero de 2011 (casi un mes) y el artículo 2 del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre<sup>18</sup>, prorrogó el estado de alarma hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021 (seis meses). Cabe añadir que el primer estado de alarma de la crisis sanitaria (RD 436/2020, de 14 de marzo de 2020) se prorrogó hasta en seis ocasiones – aunque siempre cada 15 días –, duró casi cien días y perdió su vigencia a las 00:00 horas del 21 de junio de 2020 (más de tres meses).

<sup>16</sup> Invitación que se potencia también por la capacidad de reaccionar de inmediato a la emergencia, toda vez que el estado de alarma gubernativo no requiere previa autorización del Congreso.

<sup>17</sup> Cuando hablamos de las dos crisis excepcionales nos referimos a las emergencias que han dado lugar a la activación del derecho constitucional de excepción. Sin duda han existido otras emergencias, extraordinariamente graves, que sin embargo no llevaron a los poderes públicos a utilizar el artículo 116 CE. Sirva a título de ejemplo el terrorismo de la banda terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna), el golpe del 23F (1981), el 11 M (2004) y el proceso independentista catalán (en este último caso con la activación del artículo 155 CE en 2017).

<sup>18</sup> Recordemos que, pasado el verano de 2020, el Gobierno declaró un segundo estado de alarma circunscrito a varios municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid, mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre. Dos días después de finalizar su vigencia, declaró el último estado de alarma – segundo a nivel nacional – de la crisis sanitaria a través del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre de 25 de octubre. Este práctico solapamiento o concatenación de estados de alarma es otro problema que alcanza a todos los estados de emergencia. Pese a ser un tema relevante, tampoco puede ser abordado aquí por cuestiones de tiempo y espacio.

A la vista de la disparidad, acaso excesiva, del número de prórrogas de los estados de alarma declarados en España y de la duración de las mismas, conviene reflexionar de cara al futuro sobre la posibilidad de acotar ambos criterios, sobre todo si queremos preservar dos elementos esenciales de nuestro modelo de derecho de excepción limitado: el principio de temporalidad – crucial para impedir la perpetuidad de los estados de excepción – y la finalidad misma de superar la crisis y volver cuanto antes a la normalidad. Pues una cosa es la necesaria flexibilidad y otra la arbitrariedad o la desproporcionalidad.

Sin embargo, para controlar los excesos en la duración de las prórrogas de los estados de alarma, el Tribunal Constitucional no ha optado por ninguno de estos criterios – interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)<sup>19</sup> y principio de proporcionalidad (art. 1.2 LOAES) –. Así, la STC 183/2021<sup>20</sup> excluyó el canon de proporcionalidad como parámetro de control para que la duración de la prórroga del estado de alarma sea la «estrictamente indispensable» (1.2 LOAES)<sup>21</sup>. En este sentido, la proporcionalidad fue desplazada por un novedoso «criterio de razonable adecuación del período de tiempo de la prolongación del estado de alarma a las circunstancias del caso concreto» (STC

<sup>19</sup> Disposición que sigue vigente durante los estados del artículo 116 CE (STC 148/2021, FJ 3).

<sup>20</sup> Sentencia que, recordemos, enjuició, entre otras, la constitucionalidad de la duración de 6 meses de la prórroga del segundo estado de alarma declarado a nivel nacional (art.2 RD 956/2020).

<sup>21</sup> En concreto, la STC 183/2021 determinó lo siguiente: «Ni el límite constitucional de quince días —que pesa, por mandato constitucional, sobre el Gobierno— es trasladable a la determinación parlamentaria de la duración de esta prórroga, ni, tampoco, el principio de proporcionalidad resulta pauta adecuada para enjuiciar la validez del plazo establecido por el Congreso de los Diputados. [Para] la posible valoración jurídico-constitucional de establecer unos plazos de prórroga de mayor o de menor duración, nada aporta el principio de proporcionalidad, cuya racionalidad propia está en la necesidad de equilibrar o ajustar bienes en tensión recíproca, aunque estén igualmente reconocidos por la Constitución; tensión que en absoluto cabe aquí ver. La fijación parlamentaria de un determinado plazo de prórroga está al servicio de la posible disposición periódica por el Congreso de la vigencia y condiciones del estado de alarma. Frente a esta garantía, en sede política, de la preservación del buen funcionamiento del estado de derecho y de los derechos fundamentales no se alza ningún bien constitucional contrapuesto cuya preservación impusiera ponderación alguna» (FJ 8).

183/2021, FJ 8), desarrollado en cuatro requisitos a cumplir por el Congreso: i) la necesidad de prolongar el estado de alarma; ii) la valoración del período de tiempo que, previsiblemente, estime imprescindible para revertir la situación de grave anormalidad; iii) la correspondencia entre el período de duración de la prórroga a autorizar y las medidas a aplicar en su transcurso; y iv) la prudencia para hacer efectivo el control periódico de la revisión de la actuación del Gobierno.

En principio, parece que el Alto Tribunal excluye la proporcionalidad como canon para enjuiciar, exclusivamente, la constitucionalidad de la duración de la prórroga del estado de alarma, pues nada dice acerca de la duración de los primeros 15 días del estado de alarma gubernativo y la duración de los estados de excepción y sitio, que tienen reglas más específicas<sup>22</sup>. No obstante, la vocación de generalidad del parámetro de «razonable adecuación», unida a las también genéricas consideraciones que llevaron al Tribunal Constitucional a excluir la proporcionalidad como canon apropiado, podrían llevarnos a una conclusión distinta. En nuestra opinión, las cuatro exigencias de la «razonable adecuación» representan una tentativa descriptiva del proceso racional que deben seguir los diputados para decidir el plazo de la prórroga de un estado de alarma no determinado en la LOAES; criterio aplicable, a nuestro juicio, al establecimiento por parte del Congreso de la duración de cualquier estado excepcional.

Partiendo de la base de la indudable lógica de los criterios del máximo intérprete de la Constitución, consideramos conveniente, por ra-

<sup>22</sup> Dispone el artículo 116.3 CE que «La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos». Es decir, cabe una única prórroga de máximo 30 días. Por su parte, el artículo 116.4 CE establece que «El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones». En consecuencia, no limita de ningún modo su duración ni menciona si quiera la posibilidad de prórroga, aunque se da por hecho. En cualquier caso y ante el silencio de la LO 4/1981 y el RCD, es evidente que el artículo 1.2 LOAES aplica como canon para controlar la constitucionalidad de su duración, pues es una disposición común a los tres estados, y eventualmente parece aplicable también la jurisprudencia de la STC 183/2021 sobre el «criterio de razonable adecuación».



zones de seguridad jurídica, certeza del derecho y control de la actuación de los poderes públicos conforme a los cánones propios de un Estado de derecho (arts. 1 y 9 CE), incluir *plazos de 15 o 30 días como máximo* para prorrogar el estado de alarma en la LOAES. Como sostiene el profesor Aragón Reyes, «de la Constitución y de la LO 4/1981 se desprende que las prórrogas han de serlo por plazo no superior a 15 días. [...] Si el estado de alarma pudiera, y debiera, prolongarse por más tiempo, sería necesario, pues, obtener la preceptiva autorización del Congreso cada 15 días» (2021, p. 10). En rigor, este criterio nos parece es el más ajustado al texto constitucional y al principio de excepcionalidad, que obliga a realizar interpretaciones de carácter restrictivo. Si bien, existen buenas razones para sostener un plazo más amplio, de máximo 30 días, en línea con la propuesta de reforma de la LOAES del grupo Parlamentario Ciudadanos<sup>23</sup>.

Entre las razones para argumentar la constitucionalidad de una prórroga superior a 15 días no se encuentra, en nuestra opinión, el precedente de la prórroga del estado de alarma de los controladores aéreos a través del RD 1717/2020<sup>24</sup>, como defendió el Defensor del

<sup>23</sup> El artículo único de la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio añade al artículo 6 LOAES que: «El plazo máximo de la prórroga acordada por el Congreso será de treinta días». La exposición de motivos de la proposición de ley, en líneas generales bien fundada, sujeta sin embargo el exceso de la duración de la prórroga del tercer estado de alarma declarado durante la crisis de la Covid-19, de nada más y nada menos que seis meses, a una condición que no compartimos: «Prórrogas de seis meses como la concedida al estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 sin perjuicio de la utilidad de la medida en sí para atajar la crisis sanitaria planteada, *se antojan excesivas cuando no existe obligación expresa del Gobierno de comparecer ante el Congreso de los Diputados a rendir cuentas* sobre su actuación ni de que lo hagan, en su caso, las autoridades competentes delegadas» [énfasis añadido]. A la luz de nuestro derecho de excepción, una prórroga de seis meses es excesiva en cualquier caso, exista o no rendición de cuentas. Más grave, claro está, si esta última no existe, pero excesiva, desmesurada, desmedida o, en fin, exagerada, en todo caso. Sumados los seis meses de prórroga a los, como máximo, 15 días iniciales del estado de alarma, este estado de emergencia duró más que la conocida dictadura romana (Schmitt, 1985: 33).

<sup>24</sup> Recordemos que el estado de alarma de los controladores aéreos duró en total 43 días, con una única prórroga que se extendió desde el 17 de diciembre hasta las 24 horas del 15 de enero de 2021. Es decir, una prórroga de prácticamente un mes (más de 15 días).

Pueblo<sup>25</sup>. En primer lugar, porque una eventual inconstitucionalidad pasada nunca puede justificar una futura. Eventualidad que no fue resuelta por el Alto Tribunal en la STC 83/2016, toda vez que no entró a analizar la constitucionalidad de las medidas, las condiciones ni la duración del estado de alarma de los controladores aéreos. Y, en segundo lugar, porque, como explica Matia Portilla, «que exista un precedente que apoye esta conclusión no es un argumento de peso» (2021, pp. 9 y 10).

Las razones que a nuestro juicio sí avalan esta posible interpretación tienen que ver, primero, con la imprevisibilidad característica de los estados de emergencia<sup>26</sup>, constatada una vez más por la realidad de la crisis de la Covid-19, que demostró que algunas medidas excepcionales pueden requerir más de 15 días para tener efectividad. Y segundo, con que esta interpretación amplia no parece ser contraria a la literalidad del artículo 116 CE. Como apunta López Basaguren, «la propia dicción literal de la disposición constitucional, en comparación con la establecida para el estado de excepción, [lleva] a considerar que la duración de las prórrogas del estado de alarma no est[á] limitada con carácter previo, por lo que [las prórrogas] podían exceder del plazo de quince días» (2022, p. 272). Ahora bien, como expone Biglino Campos, aunque «ni el artículo 116.2 la Constitución ni el artículo 6 de la LO 4/1981 establecen expresamente un límite temporal a la duración de la prórroga, quizás haya límites implícitos a la misma» (2021, p. 13).

Como se ha visto, esta última opción es la que adoptó el Tribunal Constitucional: corresponde al Congreso determinar la duración de la prórroga del estado de alarma respetando ciertos límites, aunque no estén especificados en la LOAES (STC 183/2021, FJ 8). Por lo tanto, esta facultad del Congreso no es libre: «no se trata de una decisión que carezca de requisitos o que sea una decisión sin límites jurídico» (BASAGUREN, 2022, p. 273).

<sup>25</sup> Resolución adoptada por el Defensor de pueblo (e.f.), el 20 de enero de 2021, en relación con las solicitudes de recurso de inconstitucionalidad sobre las normas del segundo estado de alarma a nivel nacional durante la crisis de la Covid-19. Disponible en: <[https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/01/Resolucion-compulsada-20027822\\_1.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/01/Resolucion-compulsada-20027822_1.pdf)>. [Consultado el 1/09/2024].

<sup>26</sup> Característica incuestionable desde LOCKE (1689) hasta SCHMITT (1985), pasando por ROUSSEAU (1762) y por ROSSITER (1948).

En nuestra opinión, si se asume esta interpretación amplia, no queda más remedio que determinar la duración de los plazos de las prórrogas de los estados de alarma en la LO 4/1981, como consecuencia de la irresponsabilidad de los diputados y miembros del Gobierno durante la crisis de la Covid-19, acreditada tanto por su dejación de funciones – contraria a la doctrina de la disposición congresual y al obligado control parlamentario al Gobierno (STC 183/2021, FJ 8) –<sup>27</sup>, como por la exigencia de peticiones políticas ajenas a la finalidad constitucional de superar la crisis – contraria al principio de conexidad con la crisis y claramente predicable de la STC 110/2021<sup>28</sup> –. Tal y como subraya Recuerda Girela, la prórroga de medio año del segundo estado de alarma a nivel nacional fue «desacertada y muy peligrosa, entre otras razones, porque la autorización de prórroga es un mecanismo de control del Congreso de los Diputados sobre el ejercicio de un poder extraordinario y excepcional por parte del Gobierno que incide sobre los derechos fundamentales, restando esa prórroga eficacia al control parlamentario» (2022, 321).

Estos motivos nos llevan a proponer regular con claridad en la LOAES la duración máxima de las prórrogas de los estados de alarma. Si se opta por incluir un plazo máximo de 15 días de prórroga, en línea con el profesor Aragón Reyes (2021), nada se puede objetar dada su impecable constitucionalidad. Si se opta por determinar un plazo superior a 15 días, consideramos que no podría extenderse más de 30 días como *máximo*, por ser un plazo que supone un equilibrio razona-

<sup>27</sup> Como expresa SÁENZ ROYO (2021, 398), «aún admitiendo esa prórroga de seis meses, con ello el Congreso hace una clara dejación de funciones al impedir el control y, en su caso, el cambio por el propio Congreso de las condiciones aprobadas».

<sup>28</sup> La STC 110/2021 declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico del COVID-19, que modificaba la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, por quebrantar los límites materiales de los decretos leyes. Como no podía ser de otro modo, la sentencia no apreció la concurrencia de la necesaria conexión de sentido entre la causa genérica habilitante de la aprobación del decreto ley, la emergencia resultante de la declaración del estado de alarma para hacer frente a la crisis de la Covid-19, y el contenido del precepto legal concretamente impugnado, que modificaba la composición de un órgano gubernamental que no estaba llamado a intervenir en la gestión de la pandemia.

ble para evitar abusos o extralimitaciones, garantizar el control político al Gobierno, preservar la preeminencia del Congreso sobre el Gobierno, adecuarse a los principios de temporalidad y necesidad (art. 1 LOAES) y dotar a la vez de flexibilidad a los poderes encargados de retornar a la normalidad. Si bien el plazo se aleja de los primeros 15 días del estado de alarma, «limitación que debería de tenerse en cuenta a la hora de fijar su extensión» (BIGLINO CAMPOS, 2021, 14), tanto que dobla literalmente el tiempo inicial del estado de alarma gubernamental, es un plazo que no llega a rebasar los 30 días del estado de excepción. La similitud del estado de alarma parlamentario con el estado de excepción, por la autorización previa del Congreso para su declaración, permite traer a colación los plazos del estado de excepción para acomodar los propios del de alarma<sup>29</sup>. En ambos casos el Congreso debería seguir la lógica de los criterios del Tribunal, aunque convendría explicitar los plazos de prórroga del estado de alarma en la LOAES por los motivos ya explicados.

Además de la duración de la prórroga del estado de alarma, interesa dejar apuntado un mínimo esbozo del límite a la duración del estado de alarma gubernativo, que tampoco puede ser ilimitado. De igual forma que sucede con la duración de cualquiera de los tres estados excepcionales, al estado de alarma gubernativo son de aplicación los principios de temporalidad y necesidad artículo 1.2 LOAES. De manera concreta, nos limitamos a resaltar que el artículo 116.2 establece literalmente que el estado de alarma será declarado por el Consejo de Ministros por un plazo «máximo» de quince días. Es decir, no solo no es necesario agotar esos 15 días, sino que podría resultar inconstitucional un estado de alarma gubernativo quincenal que contraría lo dispuesto en el artículo 1.2 LOAES; algo que, en nuestra opinión, debería enjuiciarse de forma similar a los parámetros de la detención preventiva del artículo 17.2 CE, que tampoco puede durar «más del tiempo estrictamente necesario».

<sup>29</sup> En contra de este razonamiento me remito al interesante voto particular del magistrado González Rivas a la STC 183/2021, que expresa de forma razonada por qué los plazos de un estado de excepción no afectan a la interpretación sobre el plazo de la prórroga de un estado de alarma.

Por supuesto, en la reforma que proponemos de la LOAES habría que especificar necesaria y claramente que la duración de 15 o 30 días de prórroga consiste en un plazo *máximo*, en el sentido recién explicado.

*5.2. El número de prórrogas del estado de alarma: una propuesta para regular mayorías cualificadas en el RCD*

La posibilidad de prorrogar el estado de alarma en más de una ocasión se ha constatado en la realidad, con la crisis de la Covid-19<sup>30</sup>, y se ha confirmado por el Tribunal Constitucional, primero de manera implícita y luego de forma expresa. En este sentido, en la STC 148/2021, el Alto Tribunal no se llegó pronunciar explícitamente sobre el número de prórrogas posibles en un estado de alarma, aunque implícitamente validó las seis prórrogas del primer estado de alarma de la crisis sanitaria (FJ 2)<sup>31</sup>. Por su parte, las SSTC 168/2021, FJ 3, y 183/2021, FJ 8, admitieron esta posibilidad explícitamente. Así, la STC 168/2021 fue la primera en señalar de forma expresa que, tras la debida autorización del Congreso, el estado de alarma se puede prolongar «mediante la concesión de una o de sucesivas prórrogas» (FJ 3).

Tanto para el número de prórrogas como para su duración, sería interesante plantear mecanismos idóneos para salir de la situación excepcional cuanto antes, siempre que las circunstancias lo permitan. Para desincentivar un estado excepcional vitalicio, conviene regular instrumentos adecuados que aseguren el abandono de las figuras excepcionales de manera oportuna y controlada. En ese afán por prescindir de los poderes excepcionales, proponemos promover la vuelta a la normalidad lo antes posible por medio de la utilización de trámites legislativos tales como el procedimiento de urgencia del artículo 93 del RCD. Se podría pensar incluso en crear un procedimiento legislativo

<sup>30</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prorrogado hasta en seis ocasiones por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; Real Decreto 514/2020 de 8 de mayo de 2020; Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.

<sup>31</sup> Con todo, debe señalarse que el número de prórrogas no fue impugnado (Antecedente 1 de la STC 148/2021). Por tanto, tampoco pudo ser objeto de control de constitucionalidad.

específico para situaciones de emergencia, en aras de retornar a principios básicos de un Estado democrático de derecho como la separación de poderes, permitiendo que el Congreso de los Diputados retome cuanto antes su actividad ordinaria. En este sentido, coincidimos con el planteamiento de Tudela Aranda sobre «si no sería necesario incorporar al elenco de instrumentos parlamentarios un nuevo procedimiento de urgencia que consiga equilibrar y combinar todas las necesidades» (TUDELA, 2020, 13).

Centrándonos en el concreto problema del número de prórrogas posibles a concatenar en un estado de alarma, queremos traer a colación una interesante propuesta de la Comisión de Venecia, relativa a las mayorías con que deben aprobarse eventuales prórrogas de estados de emergencia en los Parlamentos. Como se sabe, el único estado que especifica la mayoría necesaria para aprobar una declaración o autorización de prórroga de los estados del artículo 116 CE es el estado de sitio, que exige mayoría absoluta (arts. 116. 4 CE y 164.2 RCD). Ni la CE, ni la LO 4/1981, ni el RCD especifican las mayorías para aprobar los estados de alarma parlamentarios y los estados de excepción. Ante la ausencia de normas que establecen mayorías especiales, en consonancia con el principio democrático, ya se sabe que las votaciones se llevan a cabo por mayoría simple (art. 79 RCD).

Pues bien, como resulta que no hay norma que instaure mayoría especial alguna para el estado de alarma, rige el principio de mayoría simple: la prórroga deberá ser aprobada por la mayoría de los miembros presentes (art. 79 CE). En principio, la exigencia de mayoría simple no nos inspira demasiada confianza, sobre todo en relación con los apartados c) y d) del artículo 4 LOAES, que en nuestra opinión pueden surgir a raíz de desórdenes públicos por motivaciones políticas<sup>32</sup>:

<sup>32</sup> Aunque no podamos detenemos en este punto, sí interesa dejar señalado que, en contra de la opinión mayoritaria —entre otros, VELASCO CABALLERO (2020), CASTELLÀ ANDREU (2020), GARRIDO LÓPEZ (2021) y V. ÁLVAREZ GARCÍA (2020)—, la LOAES no consiguió despolitizar del todo el estado de alarma ni logró construir un verdadero derecho de excepción cualitativo, sino que instauró un modelo híbrido o mixto: en parte gradual, como se desprende claramente de la Constitución en nuestra opinión y como determinó el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 (FJ 3), y en parte cualitativo, por el esfuerzo —no del todo conseguido [vid. arts. 4 a) y d), 28 y 32.3 LOAES]— del legislador orgánico para diferenciar la naturaleza de los estados de alarma, excepción y sitio en la LOAES.

al fin y al cabo, estamos hablando de una autorización capaz de restringir de forma extraordinaria derechos fundamentales (STC 148/2021, FFJJ 3 y 5). Restricciones que, en el caso de los derechos de los artículos 14 a 29 CE, requieren como norma general ser tramitadas por ley orgánica, lo que a su vez exige mayoría absoluta (art. 81 CE). Sin embargo, dada la urgencia y flexibilidad que demandan las situaciones excepcionales, y teniendo en cuenta que el propio constituyente otorga directamente al Gobierno la capacidad de restringir derechos fundamentales durante el estado de alarma gubernativo – nunca suspenderlos (art. 55.1 CE) –, entendemos que la votación de la prórroga del estado de alarma por mayoría simple es adecuada a las circunstancias y al marco constitucional de excepción. No obstante, asumir la propuesta de la Comisión de Venecia sobre la exigencia de mayorías cualificadas a partir de la segunda prórroga que, en su caso, se solicite ante el Congreso<sup>33</sup>, comportaría a nuestro juicio una importante garantía de cara a la protección de los derechos fundamentales y además ayudaría a prevenir abusos relativos a una prolongación excesiva del derecho de excepción.

En definitiva, resulta interesante plantearse la adopción del criterio de la Comisión de Venecia en la autorización de prórroga del estado de alarma a partir de la segunda solicitud de prórroga o, para dotar de mayor flexibilidad al sistema, a partir de la tercera solicitud. Todo ello dependiendo de una eventual modificación de la LOAES que limite el plazo máximo de duración de cada prórroga en el sentido que hemos propuesto: de 15 o 30 días máximo. Con todo, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico carezca formalmente de esta recomendación, es

Estos motivos nos hacen coincidir con autores que sostienen que los apartados c) y d) del artículo 4 LOAES poseen una «naturaleza ambigua [y] pueden deberse a situaciones vinculadas con el orden público» (F. J. Álvarez, 2020: 13 y 14), de la misma manera que coincidimos con que «una catástrofe o una epidemia, igual que una huelga, tanto pueden justificar un estado de alarma como de excepción en función de la alteración que estas puedan provocar y, sobre todo, de las medidas que sea necesario adoptar para afrontarlas» (TERUEL, 2020).

<sup>33</sup> Comisión Europea para la Democracia por el Derecho: Comisión de Venecia (2016). *Opinion on the Draft Constitutional Law on "Protection of the Nation" of France*, p. 19. Disponible en: <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)006-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)006-e)>. [Consultado el 17/08/2024].

importante resaltar, como valoración positiva, que todas las autorizaciones de prórrogas en las crisis de 2010 y 2020 fueron aprobadas siempre por mayoría absoluta<sup>34</sup>.

## 6. Conclusiones y propuestas

Las cuestiones aquí consideradas, entre otras igualmente significativas, fomentan que los poderes públicos se inclinen preferentemente por el estado de alarma, en ocasiones sin respetar su configuración legal y constitucional. La excesiva flexibilidad en el número de prórrogas y su duración en el estado de alarma, que tiene como contrapartida la rigidez de la única prórroga de 30 días (máximo) en el estado de excepción, incentiva el recurso al instrumento del artículo 116.2 CE. Estímulo incrementado por la directa declaración por parte del Ejecutivo del estado de alarma gubernativo.

Sin pretender ahondar en posibles reformas constitucionales, cuestión que debería examinarse de manera conjunta con el resto de problemas que a nuestro juicio han ocasionado tanto la aplicación del estado de alarma durante las crisis de 2010 y 2020, como la articulación legal y jurisprudencial de esta figura excepcional, sí nos atrevemos a proponer algunas modificaciones legales para impedir las extralimitaciones temporales vividas especialmente en la crisis sanitaria.

Por lo que respecta a la posibilidad de prorrogar el estado de alarma en más de una ocasión, corroborada por las crisis de 2010 y 2020 y confirmada por el Tribunal Constitucional (STC 168/2021, FJ 3), no tenemos nada que objetar. Sí nos parece necesario, en cambio, proponer límites o garantías para asegurar el respeto al principio de

<sup>34</sup> La prórroga del estado de alarma de la crisis de los controladores aéreos fue aprobada por 180 votos a favor, nueve en contra y 131 abstenciones. DS, Pleno, núm. 214, de 16 de diciembre de 2010. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 493, de 17 de diciembre de 2010 y núm. 494 de 20 de diciembre de 2010).

En cuanto a la crisis de la Covid-19, las seis prórrogas del primer estado de alarma a nivel nacional (RD 463/2020) fueron aprobadas con mayorías cambiantes, pero siempre logrando mayoría absoluta. BOCG, Congreso de los Diputados, de marzo a junio de 2020. Disponible [aquí](#).



temporalidad y a la finalidad de volver cuanto antes a la normalidad. En este sentido, la creación de un nuevo procedimiento de urgencia distinto del previsto en el artículo 93 RCD, como propone TUDELA ARANDA (2020), para salir de la situación excepcional cuanto antes, o la inclusión del criterio de la Comisión de Venecia en el RCD para cualificar las mayorías requeridas a medida que se prorroguen los estados de alarma, nos parecen necesarias para impedir extralimitaciones en el empleo del artículo 116. 2 CE.

En cuanto a la duración de las prórrogas de los estados de alarma, la experiencia de la prórroga de medio año del segundo estado de alarma declarado a nivel nacional durante la crisis de la Covid-19, instaurada por el RD 956/2020, obliga a que propongamos reformar la LOAES para acotar las prórrogas del estado de alarma incluyendo un plazo de 15 o 30 días, en línea con el profesor Aragón (2021) en el primer caso, o con la propuesta de reforma de la LOAES del Grupo Parlamentario Ciudadanos en el segundo. El momento para exigir una mayoría cualificada (segunda o tercera prórroga) dependería de la opción que se adopte en cuanto a la duración de las prórrogas de un estado de alarma (15 o 30 días).

Finalmente, conviene destacar que la inclusión en la LOAES de un plazo de 15 o 30 días para prorrogar el estado de alarma debe especificar que se trata de una duración *máxima*, como ocurre en el estado de alarma gubernativo, que a nuestro juicio debería interpretarse en ambos casos conforme a los parámetros de la detención preventiva del artículo 17.2 CE. Este criterio podría coadyuvar a respetar los principios de temporalidad y excepcionalidad del artículo 1.2 LOAES, de tal modo que un estado de alarma no dure más del tiempo «estrictamente necesario», usando los términos del artículo 17.2 CE, o más del tiempo «estrictamente indispensable», empleando los expresados por el propio artículo 1.2 LOAES.

### *Referencias bibliográficas*

- Álvarez García, F. J. (2020). Estado de alarma o de excepción. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 1-20.

- Álvarez García, V. (2020). El coronavirus (covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 86-87, 6-21.
- Aragón Reyes, M. (2021). Covid-19 y Estado Autonómico. Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado Autonómico y covid-19*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 1-13.
- Biglino Campos, P. (2021). El impacto de la Covid en la distribución de competencias. En J. Tudela Aranda (coord.). *Estado autonómico y COVID-19* (pp. 15-39). Iustel. Madrid. Disponible en: <[https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/1-biglino\\_paloma\\_impacto\\_covid\\_distribucion\\_competencias.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/1-biglino_paloma_impacto_covid_distribucion_competencias.pdf)>. [Consultado el 20/09/2024].
- Castellà Andreu, J. M. (2020). Incidencia de la Covid-19 sobre la democracia constitucional: reflexiones desde España. *Letras Libres*, 15 de abril de 2020. Disponible en: <<https://letraslibres.com/politica/incidencia-de-la-covid-19-sobre-la-democracia-constitucional-reflexiones-desde-espana>>. [Consultado el 16/08/2024].
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo derecho de excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, pp. 93-128.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos. Madrid.
- Garrido López, C. (2021). *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Marcial Pons. Madrid.
- Lafuente Balle, J. M. (1989). Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. *Revista de Derecho Político*, 30, pp. 23-54.
- De Partearroyo Francés, C. (2021). La suspensión de derechos fundamentales: una revisión crítica tras la crisis de la Covid-19. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 44, pp. 35-67.
- Locke, J. (1689). Chapter 14: Of Prerogative. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett publishing classic.
- López Basaguren, A. (2022). El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica. (SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, pp. 237-282.
- Matia Portilla, J. (2021). Ensayo de aproximación a las cuestiones planteadas por la crisis sanitaria en relación con el Estado autonómico. En J. Tudela Aranda (coord.). *Estado autonómico y COVID-19* (pp. 1-21). Zaragoza:

- Fundación Manuel Giménez Abad. Disponible en: <[https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/9-matia\\_javier\\_ensayo\\_crisis\\_sanitaria\\_estado\\_autonomico.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/9-matia_javier_ensayo_crisis_sanitaria_estado_autonomico.pdf)>. [Consultado el 8/09/2024].
- Presno Linera, M. A. (2020). Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (6): control jurisdiccional de la declaración del estado de alarma y de sus prórrogas. *El derecho y el revés*. Disponible en: <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/06/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-6-control-jurisdiccional-de-la-declaracion-del-estado-de-alarma-y-de-sus-prorrogas/>>. [Consultado el 9/06/2022].
- Recuerda Girela, M. Á. (2022). Las garantías constitucionales en los estados de emergencia (SSTC 148/2021, 168/2021, 183/2021). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, pp. 283-325.
- Requejo Rodríguez, P. (2001). ¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales? *Revista de Derecho Político*, 51, pp. 105-138.
- Rossiter, C. L. (1948). *Constitutional Dictatorship, crisis government in the modern democracies*. Princeton University Press.
- Rousseau, J.-J. (1762). *El contrato social*. Istmo. Madrid. Edición de 2004.
- Sáenz Royo, E. (2021). Estado autonómico y Covid-19. *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 375-398. Disponible en <[file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-EstadoAutonomicoYCovid19-8187282%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-EstadoAutonomicoYCovid19-8187282%20(1).pdf)>. [Consultado el 20/09/2024].
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura*. Alianza Editorial. Madrid.
- Teruel Lozano, G. M. (2020). Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía inderogable. *Hay Derecho. Expansión*.
- Torres Muro, I. (2018). Los estados excepcionales. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y M. A. Casas Baamonde (Dirs.). *Comentarios a la Constitución Española (XL Aniversario)*, Tomo II (pp. 630-638). Fundación Wolters Kluwer. Madrid. Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.
- Tudela Aranda, J. (2020). Parlamento y crisis sanitaria - reflexiones preliminares. *Monografía cuadernos: El parlamento ante el Covid-19*. Fundación Manuel Giménez Abad, 8, pp. 6-16.
- Vázquez Alonso, V. J. (2020). Sobre la controvertida convocatoria de la Diputación Permanente del Parlamento Andalúz durante el estado de alarma. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 107, pp. 271-276.

- Velasco Caballero, F. (2020). Estado de Alarma y distribución territorial del poder. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 78-87.
- Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D. (2011). Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 92, pp. 243 y 265

VOLONTÀ POPOLARE E STATO DI GUERRA:  
L'IPOTESI DEL REFERENDUM SULLA DELIBERAZIONE  
DI CUI ALL'ART. 78 COST.

SOMMARIO: 1. Premessa: la mancata attivazione dello stato di guerra nell'esperienza costituzionale italiana e la sua circoscrizione "sostanziale" alla guerra difensiva ex art. 11 Cost. – 2. Sovranità popolare e incidenza sulla deliberazione dello stato di guerra mediante lo strumento referendario. – 3. Ragioni ostative. A) Lo stato di guerra come attivazione di uno stato giuridico emergenziale e non come decisione materiale sul conflitto. – 4. B) Il dibattito sulla forma della deliberazione dello stato di guerra come aspetto "pregiudiziale". – 4.1. *Segue*: spunti in chiave comparata che emergono dall'analisi delle esperienze di altri ordinamenti. – 4.2. *Segue*: sulla forza della legge con cui è deliberato lo stato di guerra e sulla sua potenziale capacità di "derogare" temporaneamente alla Costituzione. – 5. C) Sul "rischio" di affidare al voto popolare la gestione di un contesto emergenziale "speciale". – 6. D) Sulla tempistica dell'iter referendario e sulla sua scarsa "adattabilità" alla deliberazione dello stato di guerra. – 7. E) Sul rapporto con il divieto espresso di referendum sulle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. – 8. F) Sull'intervento della Corte costituzionale in un ipotetico giudizio di ammissibilità del referendum. – 9. Conclusioni. Necessità di un'apposita riforma costituzionale diretta ad estendere la partecipazione popolare alla deliberazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost.

*1. Premessa: la mancata attivazione dello stato di guerra nell'esperienza costituzionale italiana e la sua circoscrizione "sostanziale" alla guerra difensiva ex art. 11 Cost.*

L'art. 78 Cost. disciplina l'unico istituto che, all'interno della Costituzione repubblicana, è preposto a fronteggiare una specifica situazione emergenziale: lo stato di guerra (PIERGIGLI, 2023, 607). Nonostante

\* Università di Pisa.

proposte dottrinali favorevoli ad una sua più ampia applicazione, tali da estenderne la portata anche ad altre ipotesi emergenziali (si pensi al contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19, cfr. CELOTTO, 2020, 53 ss.), è prevalsa la tesi di una sua stretta interpretazione, non potendo essere travalicata la lettera della disposizione che lo vorrebbe connesso alla sola emergenza bellica. Come è stato sostenuto, infatti, la disposizione andrebbe letta in parallelo con l'art. 77 Cost., il quale abilita già il Governo a fronteggiare le più disparate situazioni emergenziali mediante l'adozione di atti urgenti quali i decreti-legge. A questi strumenti occorrerebbe ricorrere anche nelle situazioni che vedono lo Stato esposto ai pericoli per la sua sicurezza e stabilità che vengono dall'interno (es. una guerra civile) dovendo limitarsi il ricorso all'art. 78 Cost. alla sola ipotesi della aggressione esterna (GIARDINA, 1979, 115).

Anzi, a ben vedere, il giudizio sull'esatto verificarsi delle condizioni per la sua attivazione si è rivelato addirittura più rigido di quanto il testo non consentisse, al punto che – nonostante non sia mancata occasione (in passato e, forse, anche nelle contingenze più recenti) per la sua attivazione – mai finora si è fatto ricorso alla dichiarazione di cui al combinato degli artt. 78 e 87, comma 9, Cost. Questo dipende anche dalla interdipendenza sostanziale che la dichiarazione dello stato di guerra ha con il principio pacifista e con i criteri che fissano le condizioni di “legittima” partecipazione a un conflitto, che, inteso nel senso più rigoroso, dovrebbe essere esclusivamente difensivo<sup>1</sup>.

Ad ogni modo, il fenomeno bellico è stato oggetto nel periodo che è intercorso tra la fine della Seconda guerra mondiale e i giorni nostri di tante e significative evoluzioni che una sua riconduzione alle astratte categorie della “aggressione” e della “difesa” appare ormai poco plausibile. La formazione di un nuovo ordine internazionale, con la nascita della Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1945 e il tentativo – non proprio riuscito – di convogliare ogni aspetto concernente l'uso della forza tra

<sup>1</sup> Se si dovesse ritenere che la risposta militare ad una aggressione esterna sia sempre subordinata alla solenne deliberazione dello stato di guerra allora nessun margine di operatività potrebbe residuare per l'istituto in esame, rivelandosi di fatto inutile. In realtà lo scopo della deliberazione, come vedremo, non è da intendere nei termini di una semplice autorizzazione all'uso della forza, ma nella instaurazione di un preciso regime giuridico, peculiare rispetto a quello che normalmente regola i rapporti tra poteri e la produzione del diritto (GIARDINA, 1979, 102).

gli Stati negli organi in essa costituiti (su tutti il Consiglio di sicurezza), nonché il progressivo affermarsi di regole del diritto internazionale che hanno definito in modo “capillare” – ma non per questo meno incerto – i casi in cui l'uso della forza si può considerare legittimo, hanno portato ad una frammentazione del fenomeno che, da categoria unitaria, ha visto il sorgere di due distinte categorie. Il paradosso consiste nello scindere il concetto di “guerra”, andato incontro ad un processo di “rimozione” nella prassi delle relazioni tra Stati i quali, in modo più o meno esplicito, si professano contro l'uso della forza e a favore delle soluzioni pacifiche delle controversie, da tutta una miriade di altri “fenomeni”, implicanti comunque l'uso della forza (e quindi dotati di pari portata distruttiva), i quali sono considerati del tutto legittimi e rientrano nella piena disponibilità degli Stati. In virtù di ciò, se è vero che l'Italia non ha mai dovuto affrontare una guerra difensiva dopo la fine del secondo conflitto mondiale, è anche vero che numerose sono state le occasioni in cui, più o meno direttamente, ha fatto ricorso all'uso della forza. Ciononostante, mai è stata ritenuta necessaria la deliberazione di cui all'art. 78 Cost., da ricondurre appunto alla “guerra” nella sua prima ostracizzata accezione e non ai distinti “fenomeni” di impiego della forza cui si è accennato. Diverse sono le ragioni ipotizzate in dottrina sulla limitativa ricostruzione delle condizioni per la deliberazione dello stato di guerra (CARNEVALE, 2019, 38 ss.), ma in un certo senso valgono a suffragare quanto sostenuto circa il carattere ormai desueto di un istituto (VEDASCHI, 2021, 148; DE VERGOTTINI, 2004, 215), non più adeguato alle evoluzioni della fenomenologia dei conflitti e alla circostanza che la guerra oggi non si dichiara, ma si fa (FIORILLO, 2009, 126).

L'aumento odierno della conflittualità a livello internazionale (si pensi al conflitto ormai protratto tra Russia e Ucraina o a quello che vive una delle stagioni più calde di sempre in Medio Oriente) riporta al centro della discussione un istituto pensato per far fronte ad una specifica situazione emergenziale, con tutte le conseguenze che ne derivano sul riparto di attribuzioni tra i poteri dello Stato e sull'alterazione delle consuete modalità di produzione del diritto, inducendo a interrogarsi sulla possibilità che il popolo possa svolgere una forma di controllo, mediante strumenti “diretti” – attraverso istituti di tipo referendario – o “indiretti” – con l'affidamento di tale funzione al Parlamento chiamato a intervenire nella procedura di cui all'art. 78 Cost. (CHIEFFI, 1990, 246 ss.).

## 2. Sovranità popolare e incidenza sulla deliberazione dello stato di guerra mediante lo strumento referendario

Tali circostanze si intrecciano quindi con una prospettiva sostanziale, ove si è avanzata l'osservazione per cui il potere di pronunciarsi sulla condotta di guerra debba essere sempre riconosciuto ai cittadini, in quanto più immediati destinatari dei suoi effetti negativi (BRANCATI, 2024, 139)<sup>2</sup>. Per quanto sia possibile formulare considerazioni ipotetiche, non supportate dall'esperienza di un istituto mai attivato in concreto, si vuole affrontare la questione sul piano metodologico delle fonti del diritto, per vagliare la possibilità che ai cittadini possa essere data voce in questo ambito attraverso uno strumento ampiamente utilizzato, quello referendario. In sostanza, ci si chiede se la deliberazione dello stato di guerra possa o meno essere sottoposta al referendum abrogativo di cui all'art. 75 Cost., in quanto, a parere di chi scrive, tale eventualità incontrerebbe una serie di ostacoli, talvolta difficili da superare a livello concreto (FERRARI, 1970, 839; *contra* LUCIANI, 2005, 496).

Chi ha autorevolmente sostenuto la possibilità che la dichiarazione parlamentare dello stato di guerra possa essere assoggettata al voto referendario abrogativo (LUCIANI, 2005, 385 e 496) sembra supportare la propria posizione con un duplice argomento di natura formale e sostanziale. Da una parte, infatti, non è possibile rinvenire in Costituzione indicazioni circa una sottrazione di tale fonte al referendum abrogativo, fonte che (con le precisazioni che saranno più avanti fatte) ha la stessa forza di tutte le altre leggi e non potrebbe essere tenuta indenne dall'abrogazione popolare solo in virtù di una sua peculiare importanza. Dall'altra, in chiave sostanziale, sarebbe proprio questa "peculiare importanza" a sollecitare un confronto con l'opinione pubblica sulle conseguenze della deliberazione dello stato di guerra, salva la possibilità di riscontrare una causa di inammissibilità del quesito ove il venir meno della partecipazione a operazioni militari imposte dalla adesione a tratta-

<sup>2</sup> Il quale pare comunque rilevare la difficoltà di saldare il dato "sostanziale" sulla opportunità che i cittadini debbano essere i soggetti prioritariamente interessati a manifestare un'opinione diretta e giuridicamente significativa sulla guerra, con quello "formale" che riguarda l'utilizzabilità del referendum ex art. 75 Cost. allo scopo.



ti internazionali possa far sorgere una responsabilità del nostro Paese sul piano internazionale.

Non sarebbe, inoltre, ostativo al voto referendario popolare sulle leggi dichiarative dello stato di guerra il supposto carattere “politico” che tali fonti rivestono per propria natura. In dottrina è stato osservato come una limitazione di tale portata, in generale, avrebbe l’effetto di imporre un ulteriore limite fortemente “antidemocratico” all’uso del referendum, perché diretto ad impedire l’intervento popolare su ogni scelta parlamentare di attuazione dell’indirizzo politico (CHIAPPETTI, 1974, 218)<sup>3</sup>. Tale limitazione andrebbe, così, ricondotta ai casi tassativi di cui all’art. 75 Cost., il quale enuclea le leggi per le quali solo al Parlamento spetterebbe la decisione sulla misura attuativa dell’indirizzo politico, ma senza la possibilità di estendere, oltre un certo limite, «l’applicazione del principio della riserva a favore del Parlamento delle decisioni che attengono al solo svolgimento del rapporto di fiducia». Questa sarebbe la ragione per cui, anche una fonte intrinsecamente politica, relativa alla deliberazione dello stato di guerra, non potrebbe essere assoggettata ad un regime differente da quello riservato dall’art. 75, comma 1, Cost. a tutte le altre leggi strettamente connesse all’attuazione dell’indirizzo politico (CHIAPPETTI, 1974, 221).

Se non è il contenuto politico della dichiarazione dello stato di guerra a poter giustificare la sua sottrazione al referendum abrogativo, allora per tale peculiare tipo di legge dovrebbe valere l’argomento generale per cui andrebbe sempre consentito l’uso dello strumento referendario per permettere al popolo di sindacare nel merito le scelte attuative del dettato costituzionale compiute dal Parlamento, in particolare quando queste siano discrezionali, nella misura in cui al decisore politico si presentano più alternative possibili, tutte costituzionalmente praticabili, e questi decide di orientarsi su una piuttosto che su un’altra (CARNEVALE, 1992, 149). Tale considerazione andrebbe, però, puntualizzata proprio tenen-

<sup>3</sup> Oltre alla circostanza che sarebbe estremamente difficile l’enucleazione di una categoria sufficientemente determinata di leggi politiche o di indirizzo politico, in grado di differenziarla da tutte le altre leggi (che pure danno sempre attuazione all’indirizzo politico). Al riguardo potrebbero essere sottratte al voto referendario soltanto quelle leggi per le quali il Parlamento assolve al compito di “vagliare scelte governative già attuative di fini di indirizzo politico, nuovi o comunque diversi da quelli previsti dall’accordo di governo” (CHIAPPETTI, 1974, 219).

do conto delle indicazioni costituzionali sull'uso legittimo della forza di cui all'art. 11 Cost. Mentre un maggior margine di discrezionalità sarebbe ravvisabile per quelle ipotesi di impiego della forza imposte da un trattato internazionale o dall'adesione all'ONU, incluso il rispetto delle regole del diritto internazionale (si pensi, ad es. alla legittima difesa collettiva), minore (o nullo) sarebbe il margine quando la deliberazione dello stato di guerra sia diretta a fronteggiare la crisi provocata da una aggressione militare esterna. Fatto sta che nella prima ipotesi non si è mai fatto ricorso alla deliberazione e la seconda, fortunatamente, non si è mai verificata da quando la Costituzione è entrata in vigore.

È proprio il collegamento con l'istanza pacifista consacrata nell'art. 11 Cost. a comportare che per le delibere capaci di incidere sulla sua osservanza la Costituzione preveda le più elevate garanzie di controllo democratico (GIARDINA, 1979, 95). Tuttavia, la lettura dell'art. 78 Cost. lascia intendere che tale controllo debba svolgersi per il mezzo della intermediazione parlamentare; è al ruolo assegnato alle Camere nella procedura deliberativa che il Costituente ha pensato per soddisfare le accennate esigenze di democraticità e non tanto ad una forma di partecipazione diretta del popolo attraverso il referendum.

Se ragioni di ordine sostanziale, legate alla rilevanza politica della legge di deliberazione dello stato di guerra, non sembrano porre particolari ostacoli alla possibilità di sottoporla a referendum abrogativo, sono argomenti di carattere "pratico" e, talvolta, "sistematico" a far emergere più di un dubbio sulla praticabilità (ovvero sulla utilità) di una tale soluzione.

### *3. Ragioni ostative. A) Lo stato di guerra come attivazione di uno stato giuridico emergenziale e non come decisione materiale sul conflitto*

Alcune questioni hanno carattere "pregiudiziale" rispetto alla soluzione del quesito indagato, perché puntano a dare risposta a due diversi interrogativi: il primo, su quale sia l'obiettivo che si vuole realmente conseguire con l'assoggettamento a referendum della legge deliberativa dello stato di guerra e il secondo (che sarà analizzato al successivo paragrafo), sulla dubbia natura dell'atto attraverso il quale le Camere effettuano la deliberazione.

Riguardo al primo aspetto, va chiarito che lo “stato di guerra” non riguarda lo svolgimento o meno di un conflitto (che per sua natura si sottrae alle dinamiche del diritto e il cui giudizio potrebbe essere condotto secondo i dettami dell’art. 11 Cost.), ma l’instaurazione di un regime giuridico emergenziale destinato a fronteggiare un accadimento conflittuale (LO CALZO, 2023, 241; PIERGIGLI, 2023, 607).

È chiaro, infatti, che l’esistenza di una conflittualità a livello internazionale prescinde da ogni deliberazione formale degli organi costituzionali di un certo Stato. La guerra si presenta come elemento del tutto svincolato dal diritto e dalle sue forme, essa è «situazione di fatto in cui vengono a trovarsi due o più stati che si affrontano militarmente con l’intenzione di annientarsi a vicenda» (GIARDINA, 1979, 100). Questa “fattualità” della guerra appare a maggior ragione dimostrata nell’unico caso di guerra “legittima” che il nostro ordinamento riconosce, la guerra puramente difensiva. Essa, infatti, trae avvio da un’aggressione esterna come mero fatto, e non certo dalla circostanza che le Camere abbiano deliberato e meno un connesso “stato di guerra”.

La scissione tra le due dimensioni, quella fattuale della guerra e quella giuridica della deliberazione dello stato di guerra è rilevabile anche dal mancato “allineamento” tra i due fenomeni, tant’è vero che una delibera di cessazione dello stato di guerra non implica certo la fine del conflitto armato, il quale potrebbe proseguire con forme diverse da quelle che avevano inizialmente indotto le Camere alla deliberazione. Allo stesso modo, la conclusione delle ostilità a livello internazionale non porta ad una automatica decadenza dello stato di guerra il quale potrebbe, seppur in via transitoria, essere soltanto rimodulato nella definizione dei “poteri necessari” conferiti, in modo da renderlo aderente al mutato contesto.

La deliberazione dello stato di guerra, quindi, è destinata a produrre effetti esclusivamente sul piano interno, senza avere alcuna capacità di intaccare quello internazionale. Essa determina l’entrata in vigore del c.d. diritto di guerra, comprensivo di una serie di disposizioni dettate appositamente in relazione a questo particolare stato (SORRENTINO, 2009, 233)<sup>4</sup>. In sostanza, la deliberazione dello stato di guerra assolve ad

<sup>4</sup> Si pensi, ad esempio, alla circostanza relativa all’applicazione delle disposizioni del Codice penale militare di guerra e del Codice penale militare di pace, il cui tratto

una funzione giuridica abilitante rispetto ad altre norme, non tanto rispetto a determinate condotte. Definisce quel particolare “stato” che viene posto come condizione di carattere “temporale” alla operatività di un diritto che, in tempo di pace, resta quiescente.

Se l'intenzione dei sostenitori della opportunità di sottoporre le leggi di deliberazione dello stato di guerra a referendum abrogativo è quella di attribuire al popolo la capacità di incidere sulle scelte “politiche” dello Stato in ordine alla condotta da tenere rispetto ad un certo conflitto, influenzando in questo modo la prosecuzione o la cessazione delle ostilità, ci si troverebbe di fronte ad una sorta di *aberratio ictus*, giacché l'oggetto del quesito verrebbe ad essere erroneamente spostato dalla dimensione interna, relativa alle conseguenze giuridiche che la deliberazione comporta, a quella esterna, relativa allo svolgimento del conflitto.

Per queste ragioni, il referendum non potrebbe avere mai ad oggetto il semplice “fare o non fare la guerra”, ma solo il tipo di risposta normativa che gli organi politici intendono dare ad una certa situazione di fatto. In altri termini, si darebbe la possibilità ai cittadini di incidere sulle limitazioni di alcuni diritti che la deliberazione può comportare, ma la loro manifestazione di volontà non potrebbe incidere la dimensione fattuale del conflitto. A maggior ragione ciò varrebbe in un caso di conflitto puramente difensivo, ove la risposta contro l'aggressione esterna sarebbe di per sé giustificata dall'art. 11 Cost.

#### 4. B) *Il dibattito sulla forma della deliberazione dello stato di guerra come aspetto “pregiudiziale”*

La seconda questione pregiudiziale rispetto al dibattito intorno alla possibilità di sottoporre o meno la deliberazione dello stato di guerra al referendum abrogativo, è quella concernente la natura della “fonte” attraverso cui pervenire alla stessa. Il rigido vincolo imposto dall'art. 75 Cost., per cui all'abrogazione referendaria sarebbero sottoponibili solo

scriminante è rappresentato proprio dal fatto che ci sia stata o meno una deliberazione dello stato di guerra. Oppure alle disposizioni costituzionali relative alla giurisdizione dei Tribunali militari (art. 103 Cost.) o alla deroga alla impugnabilità in cassazione delle relative sentenze (art. 111, comma 7, Cost.).

le leggi e gli atti con valore di legge, potrebbe essere soddisfatto soltanto nell'ipotesi in cui si accogliesse la tesi della natura legislativa dell'atto di deliberazione, mentre è controverso in dottrina se ad essa non si possa provvedere mediante delibera bicamerale non legislativa (per la prima tesi cfr. FERRARI, 1970, 834; PINNA, 1993, 57; *contra*, SCUDIERO, 1969, 78).

L'art. 78 Cost., infatti, non contiene una indicazione specifica sulla forma della deliberazione e del connesso conferimento dei poteri necessari al Governo. Anche se ragioni di coerenza del sistema delle fonti (che rispetto agli altri interventi normativi del Governo prevede sempre un intervento legislativo in funzione abilitante o convalidante), potrebbero indurre a preferire la soluzione che vuole la deliberazione e il conferimento dei poteri disposti con la legge, occorre rilevare che sul punto non vi è assolutamente unanimità di vedute in dottrina, anche a causa della mancanza di qualsiasi riscontro oggettivo della prassi.

Va innanzitutto segnalata la posizione di chi vorrebbe la deliberazione dello stato di guerra e il conferimento dei poteri necessari disposti con legge. Tali autori sostengono, come conseguenza logica della loro tesi, la contestualità dei due atti dispositivi anche se, da un punto di vista funzionale, non sarebbero tra loro assimilabili. Vale a dire con un unico atto avente la forma della legge le Camere provvedono sia a deliberare sull'avvio di un regime giuridico particolare connesso alla guerra sia a fissare i limiti dei poteri "necessari" che il Governo può esercitare per la durata di questo stato (CHIAPPETTI, 1974, 220). Altri autori, invece, distinguono i due momenti e condividono la circostanza che ad essi si possa dare svolgimento con atti di natura diversa: mentre per la deliberazione dello stato di guerra le Camere potrebbero ricorrere ad una deliberazione non legislativa, per il conferimento dei poteri necessari, data la loro intrinseca natura normativa, sarebbe opportuno ricorrere ad un atto che abbia la forma della legge (SORRENTINO, 2009, 234)<sup>5</sup>. In-

<sup>5</sup> Sulla circostanza che la deliberazione dello stato di guerra e il conferimento dei poteri necessari siano fasi concettualmente distinte di uno stesso procedimento in particolare GIARDINA, 1979, 98. Ciò deporrebbe a favore della tesi secondo cui per la deliberazione dello stato di guerra la Costituzione non imporrebbe il ricorso alla legge. L'autore adduce al riguardo almeno quattro distinti argomenti. In primo luogo, la legge non è l'unico atto attraverso il quale si manifesta la volontà del Parlamento; in secondo luogo, il mancato riferimento alla legge da parte dell'art. 78 Cost., se da una

fine, si segnalano coloro i quali ritengono che per entrambi gli atti sia sufficiente l'adozione di delibere parlamentari non legislative (DE VERGOTTINI, 2004, 232).

La soluzione favorevole alla forma legislativa (o non) del conferimento comporta, quale ulteriore conseguenza sul piano delle fonti, l'interrogativo sul rapporto che si instaura tra l'atto parlamentare e gli atti per mezzo dei quali il Governo esercita i "poteri necessari".

Diversi sono gli autori che hanno letto nell'articolazione dei rapporti tra queste fonti, in una vicenda del tutto peculiare, i tratti della delega, da intendere però in modo del tutto "atipico" rispetto a quella "tipica" dell'art. 76 Cost. (CHIAPPETTI, 1979, 220; SORRENTINO, 2009, 232). È evidente che la peculiarità di tali fonti possa risaltare al punto da collocarle in un ambito particolare e distinto sia da quello della delega legislativa in senso proprio, sia da quello della decretazione d'urgenza (GIARDINA, 1979, 109). La specifica situazione a cui il conferimento dei poteri si riferisce non consentirebbe di ricorrere ai medesimi contenuti della delega che l'art. 76 Cost. impone in tutte le altre circostanze; in altri termini il Parlamento non sarebbe nelle condizioni di fissare in maniera sufficientemente determinata i principi, i criteri direttivi, l'oggetto e soprattutto la durata del conferimento, richiedendo le esigenze belliche una più elastica determinazione (GIARDINA, 1979, 109)<sup>6</sup>. Né sarebbe possibile assimilare il conferimento all'istituto della decretazione d'urgenza, sia perché il Parlamento non potrebbe essere chiamato a svolgere sugli atti del Governo un controllo analogo a quello che svolge

parte non può essere sopravvalutato, dall'altra non può essere totalmente ignorato, in quanto conferma anche a livello costituzionale l'incertezza manifestatasi in dottrina; in terzo luogo, entrambe le soluzioni vedrebbero il coinvolgimento, in funzione di garanzia, del Capo dello Stato, indipendentemente dal fatto che si manifesti in forme diverse, ossia quelle dell'art. 87 Cost. o quelle della promulgazione; infine, l'utilizzo della legge potrebbe aprire al rischio del ricorso alla decretazione d'urgenza, vista la fungibilità delle due fonti e il contesto emergenziale, che snaturerebbe la procedura pensata proprio per consentire al Parlamento di assolvere al ruolo di primo attore nelle decisioni sulla gestione giuridica dei conflitti.

<sup>6</sup> Nel caso specifico il contenuto della delega sarebbe fissato direttamente, ma implicitamente, dall'art. 78 Cost., il quale richiederebbe l'individuazione della assunzione dello stato di guerra previamente o contestualmente deliberato, l'individuazione degli Stati esteri con cui è in corso il conflitto e il conferimento dei poteri necessari a fronteggiare il conflitto. CHIAPPETTI, (1979, 221).

in sede di conversione, sia perché, ad una più attenta osservazione, sarebbe lo stesso istituto della conversione ad essere logicamente incompatibile con una abilitazione previamente conferita<sup>7</sup>.

I rapporti che si instaurano tra le fonti implicate dall'art. 78 Cost. sono solo indirettamente connessi al profilo della forma della deliberazione dello stato di guerra, visto che il dibattito intorno alla natura della delega potrebbe svolgersi negli stessi termini anche ove si accogliesse la tesi che solo per il conferimento dei poteri necessari sia opportuna la legge. Se guardiamo, però, all'aspetto relativo alla deliberazione dello stato di guerra, che la natura dell'atto sia legislativa o meno non intacca il piano della effettività del controllo parlamentare, il quale potrebbe dare adeguate garanzie di democraticità anche se ad essere preferita fosse la delibera non legislativa, tuttavia è in grado di pregiudicare in modo irrimediabile, anche se da un punto di vista formale, la possibilità di un controllo popolare attraverso lo strumento del referendum abrogativo.

L'esperienza costituzionale italiana ha le sue peculiarità, che derivano sia dai principi che definiscono i rapporti tra guerra e pace, sia dal principio democratico che colloca il Parlamento in una posizione di preminenza rispetto agli altri poteri (Corte cost. n. 154 del 1985), aspetti che influenzano le scelte nel campo delle fonti della guerra. Tuttavia, una rapida rassegna sulle soluzioni seguite da ordinamenti affini al nostro può essere utile a verificare se l'utilizzo della legge come strumento per la dichiarazione dello stato di guerra sia ricorrente, ovvero non sia reputata imprescindibile, con scelte che si orientano su fonti di natura diversa, ma in grado di offrire analoghe garanzie.

#### *4.1. Segue: spunti in chiave comparata che emergono dall'analisi delle esperienze di altri ordinamenti*

L'osservazione condotta su alcuni ordinamenti affini a quello italiano induce a rilevare, innanzitutto, una scarsa considerazione per il tema della forma dell'atto deliberativo, essendo piuttosto l'attenzione concentrata su una più precisa definizione del riparto di compiti tra i vari orga-

<sup>7</sup> Sarebbe illogico che il Parlamento prima abiliti il Governo all'adozione di determinati atti quali espressione dei poteri necessari e poi neghi la loro "convalida" votando contro la conversione. GIARDINA, (1979, 109).

ni coinvolti nella procedura. D'altra parte, anche su un piano storico, sono estremamente rari i casi in cui ci sia stata una espressa presa di posizione costituzionale a favore della forma legislativa dell'atto di deliberazione dello stato di guerra, tra questi quello della Costituzione di Weimar del 1919, in cui la scelta era giustificata anche dal fine di assoggettare la deliberazione al referendum (GIARDINA, 1979, 99)<sup>8</sup>.

In Francia è l'art. 35 Cost. a fissare la disciplina sulla deliberazione e la dichiarazione dello stato di guerra, oltre che sulla diversa fattispecie dell'autorizzazione all'impiego delle forze armate all'estero. La disciplina vigente è il frutto delle modifiche apportate con la Legge costituzionale n. 2008/724 del 23 luglio 2008. Laconicamente la disposizione si limita a sancire che la dichiarazione di guerra deve essere autorizzata dal Parlamento (PATRONI GRIFFI, 2006, 1542), senza specificare il tipo di atto che quest'organo è tenuto ad adottare, ma semplicemente lasciando intendere che il Presidente e il Governo non possono, senza autorizzazione, procedere ad alcuna dichiarazione. Come per l'Italia, anche per la Francia dall'entrata in vigore della Costituzione del 1958 non si è mai fatto ricorso alla dichiarazione dello stato di guerra.

Il testo costituzionale, a differenza dell'Italia (ove vige al riguardo una legge ordinaria, la l. n. 145/2016), prevede anche la disciplina sull'impiego della forza nell'ambito delle missioni internazionali, stabilendo che, in questo caso, il Governo è tenuto ad informare le Camere sulla necessità di impiegare le Forze armate all'estero al massimo entro tre giorni dall'inizio delle operazioni. Se queste si protraggono oltre i quattro mesi il Governo deve chiedere alle Camere apposita autorizzazione al prolungamento. A differenza della dichiarazione di guerra, diverse sono state le ipotesi dal 2008 ad oggi in cui le Camere sono state chiamate ad autorizzare l'impiego delle forze armate all'estero.

In Germania la disciplina costituzionale della dichiarazione dello stato di guerra è dettagliatamente racchiusa in un apposito Titolo della *Grundgesetz*, composto da 11 disposizioni (artt. 115a-115l), e dedicato

<sup>8</sup> L'Autore osserva comunque che, per quanto si trattasse di motivazioni encomiabili, queste peccavano di scarso realismo a livello giuridico, essendo piuttosto indice della volontà di dare copertura costituzionale al divieto sull'uso della forza sancito a livello internazionale nel sistema della Società delle Nazioni.



allo “stato di difesa”<sup>9</sup>. Anche in questo caso manca una chiara presa di posizione a favore della natura legislativa o meno della deliberazione, stabilendosi che lo stato di difesa è dichiarato dal *Bundestag*, con l’approvazione del *Bundesrat*, in caso di aggressione militare esterna del territorio della Repubblica federale. La dichiarazione è sollecitata da un’istanza del Governo federale e richiede per la sua approvazione una maggioranza particolarmente qualificata, pari ai due terzi dei voti espressi tra i presenti e corrispondenti almeno alla maggioranza assoluta dei componenti del *Bundestag*. Nel caso in cui ragioni di urgenza non consentissero l’espressione tempestiva del voto delle due Camere, la deliberazione può essere assunta da un’apposita Commissione comune<sup>10</sup>, sempre con le garanzie del computo delle maggioranze che abbiamo visto.

Specularmente all’Italia, anche in Germania la disciplina sull’impiego delle forze armate all’estero è affidata ad una apposita legge e non al dettato costituzionale. La Legge del 2005 è incentrata sul riconoscimento di un ruolo centrale al Parlamento nella decisione sull’impiego delle forze armate nelle operazioni militari. Le attività preparatorie o umanitarie non sono soggette alla medesima autorizzazione, non essendo inquadrate tra le operazioni militari propriamente dette. Prima dell’avvio delle operazioni il Governo deve chiedere l’autorizzazione al *Bundestag*, il quale può approvare o rigettare la richiesta, ma non emendarla. Nel caso di operazioni che richiedano un impiego limitato della forza è possibile accedere a un procedimento semplificato di autorizzazione: in questo caso il Governo invia la richiesta al *Bundestag*, il Presidente la trasmette ai gruppi dell’organo parlamentare e se entro sette giorni non è chiesto dibattito si intende approvata. Il Governo ha comunque il dovere di informare il *Bundestag* sullo sviluppo della missione.

Nel Regno Unito, in assenza di una Costituzione scritta, le decisioni sull’uso della forza sono state sempre tradizionalmente ricondotte alle prerogative della Corona. Si è segnalata, però, un’evoluzione della prassi

<sup>9</sup> Tra l’altro, in modo particolarmente rigoroso, l’art. 87 Cost. stabilisce anche che, al di fuori del caso della difesa dall’aggressione esterna, l’impiego delle forze armate è consentito esclusivamente nei casi stabiliti dalla Costituzione, vale a dire nelle ipotesi dello “stato di difesa” e dello “stato di tensione”. PATRONI GRIFFI, (2006, 1542).

<sup>10</sup> Si tratta di una apposita Commissione, formata per due terzi dai componenti del *Bundestag* e per un terzo dai componenti del *Bundesrat*.

nel senso di un maggior coinvolgimento del Parlamento al riguardo, a partire dai dibattiti sulle missioni in Iraq nel 2003 e in Libia nel 2011. Sullo specifico punto della forma dell'atto di deliberazione è significativa l'indicazione che viene dai lavori della Commissione della Camera dei Comuni per la riforma politica e costituzionale, pubblicata il 20 marzo 2014<sup>11</sup>. In questa circostanza la presa di posizione era chiara a favore della risoluzione parlamentare non legislativa, quale atto più adeguato per formulare l'assenso parlamentare all'impiego della forza militare da parte dell'esecutivo.

In Spagna, seguendo un orientamento consolidato negli ordinamenti monarchici, l'art. 63, comma 3, Cost. stabilisce che la dichiarazione della guerra e della pace spetta al Re, previa autorizzazione delle Camere (PATRONI GRIFFI, 2006, 1543). Una più puntuale disciplina, però, è dettata a livello di legislazione organica, la prima del 1980, con cui si è data esecuzione alla riserva espressa dall'art. 8 Cost. che rimette a tale fonte la regolamentazione delle basi dell'organizzazione militare e, successivamente, con la Legge organica del 17 novembre 2005, n. 15, sulla Difesa nazionale, che ha sostituito la prima legge del 1980. Tuttavia, la nuova disciplina non specifica la forma dell'autorizzazione, limitandosi a rinviare all'art. 63, comma 3, Cost. nella parte in cui indica, tra i doveri delle *Cortes generales* in tema di difesa, quello di disporre sulla autorizzazione in esame. L'attenzione è, quindi, maggiormente incentrata sulla diversa fattispecie della partecipazione delle forze armate spagnole alle operazioni militari all'estero, alle quali la Spagna è tenuta in virtù della adesione a trattati o accordi internazionali.

Negli Stati Uniti la Costituzione ripartisce i poteri di guerra tra l'Esecutivo e il Legislativo federale. In tal senso, mentre il Presidente è il capo delle forze armate, è al Parlamento che spetta la dichiarazione di guerra. Tuttavia, la Costituzione non specifica la forma che questa dichiarazione deve avere. Al riguardo chiarificatore è stato l'intervento della Corte di appello del primo distretto con la sentenza No. 03-1266 del 13 marzo 2003, che ha riconosciuto ai fini di una valida dichiarazione di guerra anche una semplice risoluzione del Congresso.

<sup>11</sup> House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, Parliament's role in conflict decisions: a way forward, Twelfth Report of Session 2013–14 Report, 20 March 2014.

A completare il quadro costituzionale è intervenuta la legge 7 novembre 1973, che ha stabilito i casi in cui il Presidente può esercitare i propri poteri di Comandante in Capo delle Forze armate, vale a dire: nel caso in cui ci sia stata una esplicita dichiarazione di guerra, nel caso in cui sia stato espressamente autorizzato o in caso di emergenza. Nel caso in cui avvii l'impiego delle forze armate senza apposita autorizzazione il Presidente è tenuto ad informare le Camere con una relazione scritta e, se entro sessanta giorni queste non deliberano una dichiarazione di guerra o una espressa autorizzazione, il Presidente è tenuto a cessare l'impiego della forza. Resta sempre la possibilità per le Camere, con una dichiarazione congiunta, di richiedere la cessazione immediata dell'impiego delle forze armate.

*4.2. Segue: sulla forza della legge con cui è deliberato lo stato di guerra e sulla sua potenziale capacità di “derogare” temporaneamente alla Costituzione*

A ciò andrebbe aggiunto l'aspetto concernente la “forza” della legge con cui si delibera lo stato di guerra. Vista la natura emergenziale dell'atto è opportuno interrogarsi sulla sua capacità di derogare, seppur in via transitoria, ad alcune disposizioni costituzionali (MORTATI, 1962, 600; ANGIOLINI, 1986, 148; PINNA, 1993, 50; OLIVETTI, 2020, 131)<sup>12</sup>.

Al riguardo appare condivisibile la tesi sostenuta in dottrina circa un'efficacia sospensiva “limitata” ovvero “puntuale” della deliberazione dello stato di guerra su alcuni diritti costituzionali. Infatti, la suddetta dichiarazione non implica alcuna “rottura” costituzionale, né una più contenuta “sospensione generalizzata”, potendo al più condurre alla sospensione di alcuni diritti costituzionalmente riconosciuti o di alcune norme sull'organizzazione dei poteri, ma con la garanzia che tali limitazioni abbiano carattere temporaneo e, soprattutto, funzionale alle necessità dettate dal conflitto in atto (GIARDINA, 1979, 110).

<sup>12</sup> Volendo, per l'affinità della circostanza emergenziale a cui le due ipotesi si riferiscono, si veda anche la nota tesi di ESPOSITO, (1962, 831 ss.), sulla capacità del decreto-legge di derogare temporaneamente alla Costituzione, contra BARILE, CHELI, GRASSI, (1985, 461).

Anche con la menzionata circoscrizione dell'effetto sospensivo, sarebbe lecito chiedersi se la legge che delibera lo stato di guerra e conferisce i poteri necessari non abbia i caratteri della legge "rinforzata" sul piano della resistenza passiva all'abrogazione, per la quale non sarebbe consentita la sottoposizione a referendum abrogativo<sup>13</sup>. Tale legge, infatti, avrebbe la capacità di sospendere, seppur temporaneamente, disposizioni di rango costituzionale, pertanto, almeno su un piano sostanziale-contenutistico, parrebbe avere una capacità dispositiva superiore a quella di qualsiasi altra legge ordinaria. Ci si potrebbe, quindi, interrogare sulla circostanza che l'emergenza giustificativa della deliberazione dello stato di guerra sia in grado di incidere, oltre che su alcuni diritti in senso proprio, anche sui limiti oggettivi dell'art. 75 Cost., aggiungendone uno ulteriore a quelli già espressamente previsti e valutabili dalla Corte costituzionale in sede di ammissibilità del quesito.

*5. C) Sul "rischio" di affidare al voto popolare la gestione di un contesto emergenziale "speciale"*

Continuando ad indagare il profilo emergenziale si deve rilevare un intreccio con la problematica della titolarità dei poteri decisionali nei contesti emergenziali. Nel nostro sistema manca una norma costituzionale generale sulle emergenze. L'art. 78 Cost. lo è sicuramente, ma riguarda un solo ambito specifico (VEDASCHI, 2024, 751). Se, come detto, la deliberazione sullo stato di guerra non è un'abilitazione al conflitto, essa costituisce l'atto di avvio di un regime giuridico peculiare, in cui si riscontra un'alterazione nelle normali regole di produzione del diritto e di esercizio dei poteri, con un sicuro rafforzamento delle capacità di intervento del Governo. Il dubbio da affrontare riguarda, quindi, la possibilità di affidare a un referendum popolare la possibilità di porre nel

<sup>13</sup> Anche se la Costituzione non prescrive quegli aggravamenti procedurali che normalmente connotano l'approvazione delle leggi rinforzate, cfr. PALADIN, (1996, 196); LUCIANI, (2005, 461); in tal caso, più che riferirsi alla fonte, l'aggravamento andrebbe ricondotto alla "sequenza" cui la fonte dà avvio, la quale vede il coinvolgimento di tre distinti soggetti, nella deliberazione, dichiarazione e svolgimento dei poteri necessari.

nulla provvedimenti emergenziali, con tutti i rischi che a ciò si accompagnano. Su tutti, il rischio di incertezza sulle misure da adottare e di sbandamento dell'opinione pubblica in un momento particolarmente grave per la vita dello Stato (CHIAPPETTI, 1979, 222).

Al di là di tale circostanza che, per quanto criticata (LUCIANI, 2005, 385, nota 34), non può essere del tutto trascurata<sup>14</sup>, l'aspetto che desta maggiori perplessità riguarda proprio l'idoneità dello strumento referendario a intervenire in contesti emergenziali, nonché l'affidamento al popolo non di un doveroso potere di controllo *ex post*, magari attraverso strumenti che facciano emergere le responsabilità dei soggetti chiamati a gestire la crisi, ma del potere di incidere direttamente sulle misure adottate ad emergenza in atto, con il rischio di vanificare l'efficacia della risposta degli organi a tal fine deputati<sup>15</sup>.

D'altra parte, sul piano procedurale, andrebbe anche considerato che la Costituzione assegna ad una "triade" ben definita l'adozione dei provvedimenti sullo stato di guerra: Parlamento, Presidente della Repubblica e Governo, con un procedimento sicuramente più complesso rispetto alla mera adozione di una legge ordinaria.

#### 6. D) *Sulla tempistica dell'iter referendario e sulla sua scarsa "adattabilità" alla deliberazione dello stato di guerra*

Non andrebbero, poi, trascurati alcuni aspetti legati alla tempistica del procedimento referendario (RIZZO, 1962, 39). Non è, infatti, detto che lo stato di guerra debba necessariamente durare anni, ma potrebbe durare anche per un periodo più limitato, che comunque non consentirebbe di concludere utilmente il complesso iter necessario a pervenire alla consultazione popolare sul referendum. L'applicazione dell'istituto referendario potrebbe, quindi, essere improduttiva di effetti concreti,

<sup>14</sup> In quanto, pur non avendo la capacità di incidere sulla astratta praticabilità dello strumento referendario, almeno da un punto di vista sostanziale fa emergere dei dubbi sulla circostanza che tale soluzione, oltre che praticabile, sia anche opportuna.

<sup>15</sup> In un contesto nel quale, tra l'altro, potrebbero essere facilmente influenzate da stati emotivi e suggestioni transitorie, visto il rilievo dei beni della vita coinvolti (CHIEFFI, 1990, 258).

quando diretta ad ottenere l'abrogazione di un atto "presupposto" (la deliberazione dello stato di guerra) di altri atti (adottati in virtù dei poteri necessari), nell'ipotesi in cui lo stato di guerra fosse già stato revocato per il venir meno delle sue condizioni di fatto. Se il referendum, in quanto abrogativo, può disporre solo per il futuro, l'abrogazione rischierebbe di colpire qualcosa la cui efficacia sia già cessata, senza poterne intaccare gli effetti prodotti attraverso l'esercizio dei poteri necessari.

Si tratta di una questione che potrebbe essere letta in parallelo con la difficoltà di sottoporre a referendum un decreto-legge, nel caso in cui non venisse convertito al termine dei sessanta giorni (LUCIANI, 2005, 494). Anche in questo caso gli aspetti di natura formale, relativi alla collocazione dei decreti-legge tra gli atti con forza di legge astrattamente passibili di abrogazione referendaria, non varrebbero a risolvere problemi di altra natura legati alla vigenza temporale di tali fonti. L'intervento popolare, in quanto dotato di effetti abrogativi, non potrebbe incidere sulle disposizioni contenute nel decreto-legge, le quali devono essere convertite entro sessanta giorni dalla pubblicazione, pena la decadenza con effetto *ex tunc*. L'efficacia *pro futuro* dell'abrogazione referendaria impedisce, quindi, che essa possa intaccare le disposizioni del decreto-legge vigenti per i rapporti giuridici sorti nel passato, ma verosimilmente non più vigenti al momento della votazione (CHIAPPETTI, 1979, 200). È vero che, mentre tale circostanza si pone in termini di maggior certezza, quella relativa alla durata della deliberazione dello Stato di guerra è aleatoria (perché, come osservato da CHIEFFI, 1990, 258, condizionata da fattori internazionali fluidi e soggetti repentini e imprevedibili mutamenti), ma si tratta di un dato da non sottovalutare, sempre nella prospettiva di conseguire un effetto abrogativo reale e non meramente formale (cosa che, ad esempio, avverrebbe anche nel caso in cui il conferimento dei poteri necessari conseguente alla deliberazione abbia già portato alla produzione protratta di effetti giuridici nelle more del procedimento che, per le ragioni esposte, non potranno essere rimossi per via referendaria).

Queste problematiche, in un certo senso, andrebbero a collocarsi accanto a quelle rilevate dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 16/1978, ove – nel diverso ambito della incidenza referendaria nel processo di formazione dei trattati internazionali – si escludeva l'oppor-

tunità di ricorrere allo strumento referendario anche in ragione della durata dell'iter, che difficilmente avrebbe consentito alla votazione di intervenire prima della stipulazione (chiaramente, prima della legge di autorizzazione alla ratifica, per la quale vige un espresso divieto).

7. E) *Sul rapporto con il divieto espresso di referendum sulle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali*

Un ulteriore spunto di riflessione, che deriva dalla lettura dei limiti posti dall'art. 75 Cost. all'oggetto del referendum, è quello che riguarda il rapporto tra possibilità di sottoporre ad esso la deliberazione dello stato di guerra e il divieto di sottoporre a referendum le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. A destare dubbi in dottrina sarebbe soprattutto la circostanza, difficilmente giustificabile sul piano logico, per cui l'inosservanza di un obbligo internazionale andrebbe evitata, quando la causa fosse addebitabile alla scelta popolare diretta, ma non anche quando essa fosse il frutto di una valutazione discrezionale degli organi parlamentari (CARLASSARE, 1981, 482; discrezionalità che oggi, comunque, appare significativamente ridotta dalla operatività del nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost., cfr. BRANCATI, 2024, 128). Quasi un residuo della concezione che vorrebbe comunità e organizzazione pubblica poste su piani separati, ormai da intendersi superata dal principio della sovranità popolare sancito dall'art. 1 Cost. (CARIOLA, 1994, 139).

Ci si potrebbe, ad ogni modo, interrogare sull'eventualità che la medesima *ratio*, di non esporre il nostro paese ad una responsabilità sul piano internazionale, potrebbe emergere anche nel caso in cui la deliberazione dello Stato di guerra rientrasse tra quelle azioni o decisioni che sono il frutto di vincoli assunti sul piano internazionale dall'Italia (FERRARI, 1970, 839; *contra* LUCIANI, 2005, 385 ss.).

È vero che, ad opinione di chi scrive, si tratta di circostanze ben diverse, in quanto nel caso di possibili violazioni degli accordi internazionali, come conseguenza dell'abrogazione della dichiarazione dello stato di guerra, ci si troverebbe nello specifico ambito degli accordi già formalmente recepiti e portati ad esecuzione. È però significativo che l'apparente illogicità (CARNEVALE, 1992, 46 ss.) del distinto trattamento

formale tra leggi di autorizzazione alla ratifica (per le quali è previsto un limite espresso di soggezione a referendum) e leggi di esecuzione (per le quali tale limite non è espressamente sancito) è stata progressivamente superata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha esteso l'ambito di operatività del divieto ben oltre gli stringenti limiti della disposizione costituzionale, fino a ricomprendere anche quelle leggi produttive di «effetti strettamente collegati all'ambito di operatività dei trattati» (MORVIDUCCI, 1982, 555; SALERNO, 2006, 346 s.)<sup>16</sup>. Proprio tra queste ultime potrebbero collocarsi le leggi deliberative dello stato di guerra, ove questa fosse condotta in virtù di trattati previamente stipulati e recepiti.

Un caso emblematico sarebbe quello relativo all'art. 5 Statuto NATO, il quale sancisce, che nel caso di un attacco armato contro una o più parti dell'Alleanza, questo sarà considerato come un attacco diretto contro tutte le parti e, di conseguenza, ciascuno degli alleati assisterà la parte o le parti attaccate «intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata». La formulazione dell'articolo, però, lascia aperto il ricorso alla deliberazione dello stato di guerra a distinte eventualità, giacché l'impiego della forza è solo una delle possibili ipotesi di risposta ad un attacco, ma non la sola. Ragion per cui, la necessità di una dichiarazione si porrebbe nell'esclusivo caso di un intervento militare in senso proprio (GIARDINA, 1979, 104).

A ciò andrebbe aggiunta la considerazione per cui – come detto – non esiste un parallelismo automatico tra deliberazione dello stato di guerra (che interessa il profilo “interno”) e contributo a un conflitto esterno (che interessa il profilo della responsabilità “esterna”), sia del fatto che, per le ragioni appena indicate, in tutte le ipotesi in cui l'Italia ha fornito il proprio supporto ad operazioni militari, più o meno estese,

<sup>16</sup> In particolare, considerato quanto hanno disposto sul punto le sentenze nn. 30 e 31 del 13 febbraio 1981. Con queste la Corte costituzionale ha integrato la propria giurisprudenza sulla portata del divieto di referendum sulle leggi di autorizzazione dei trattati internazionali, ben oltre il limite in precedenza fissato dalla sentenza n. 16/1978, la quale già aveva sancito che il divieto dell'art. 75 operasse anche nel momento della esecuzione dei trattati.



non si è mai ritenuto di far ricorso alla deliberazione dello stato di guerra.

I dubbi intorno al limite del divieto di referendum sulle leggi di autorizzazione alla ratifica e sulla sua estensione alla deliberazione dello stato di guerra finiscono, così, per assumere una consistenza relativa, perché, se da una parte è vero che l'interpretazione giurisprudenziale particolarmente estensiva della clausola in parola potrebbe ricomprendere anche la tipologia di legge di cui si discorre, è altrettanto vero che, al fine del rispetto dei più significativi trattati di alleanza militare ai quali l'Italia ha aderito, è del tutto irrilevante la scelta sull'attivazione o meno dello stato di guerra, destinato per sua natura ad esaurire i propri effetti su un piano puramente interno.

*8. F) Sull'intervento della Corte costituzionale in un ipotetico giudizio di ammissibilità del referendum*

A parziale temperamento dei dubbi prospettati circa la praticabilità della via referendaria sullo stato di guerra, potrebbe richiamarsi la funzione di garanzia che la Corte costituzionale svolge in sede di ammissibilità del quesito referendario, con una valutazione che ricalcherebbe quella condotta per i quesiti sulle leggi costituzionalmente vincolate (MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, 2024, 305 s.): in questo caso, ove la dichiarazione dello stato di guerra non fosse imposta (ad esempio, in caso di intervento militare in sostegno di un altro Stato aggredito), la Corte potrebbe ammettere il quesito; diversamente, ove la dichiarazione dello Stato di guerra fosse costituzionalmente doverosa (dedotta verosimilmente sulla base dei limiti dell'art. 11 Cost. alla guerra "difensiva" e del dovere di difesa della Patria di cui all'art. 52 Cost. per considerazioni simili cfr. CHIEFFI, 1990, 259), la Corte potrebbe dichiarare inammissibile il quesito<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Secondo la definizione che la Corte costituzionale ha fornito con la sentenza n. 27/1987, hanno contenuto costituzionalmente vincolato quelle leggi ordinarie alla cui eliminazione per mezzo del referendum seguirebbe la perdita di efficacia di un principio espressamente voluto e garantito dalla Costituzione. In questo senso, volendo fare un parallelo, la legge deliberativa dello stato di guerra costituirebbe l'unico atto forma-

Se si parte dalla concezione che le leggi costituzionalmente vincolate siano quelle che costituiscono «l'unica necessaria disciplina, consentita in sede attuativa della norma costituzionale» (ZAGREBELSKY, 1978, 28), allora possono sorgere dubbi sul fatto che si ponga un effettivo limite alla soggezione al referendum abrogativo per le leggi deliberative dello stato di guerra, almeno in tutti quei casi in cui ci si colloca al di fuori della guerra puramente difensiva. Al di là di questo stretto caso, infatti, residuerebbe (come di fatto è avvenuto) un certo margine di discrezionalità politica del legislatore, al punto che la deliberazione non potrebbe definirsi costituzionalmente imposta. Ciononostante, non erano mancate posizioni che tendevano ad estendere la portata del limite a tutte le ipotesi di leggi essenziali per la garanzia dell'integrità dello Stato, in particolare nell'ambito militare (CARNEVALE, 1992, 145; CHIEFFI, 1990, 259). In questi termini, il limite della natura costituzionalmente vincolata delle leggi deliberative dello stato di guerra si estenderebbe ben oltre l'ipotesi della guerra strettamente difensiva, assorbendo ogni valutazione direttamente o indirettamente connessa alla sicurezza esterna dello Stato.

Inoltre, la soluzione che vorrebbe affidare alla Corte un ruolo di garante sull'ammissibilità dei quesiti inerenti le delibere sullo stato di guerra fa sorgere un ulteriore interrogativo (analogamente ai dubbi che riguardano il sindacato incidentale sulla stessa deliberazione disposta con legge, cfr. FERRARI, 1970, 838)<sup>18</sup>, nella misura in cui inserisce la Corte all'interno del novero degli organi coinvolti nella valutazione sulle

le di cui le Camere disporrebbero per dare corso alla risposta dell'ordinamento di fronte al fenomeno bellico, in particolare nell'ipotesi in cui questo si configurasse nella forma dell'aggressione esterna, unica rispetto alla quale l'art. 11 Cost. espressamente sancisce la legittimità della risposta armata.

<sup>18</sup> Resterebbe aperta una ulteriore eventualità, legata alla circostanza che le delibere in questione, pur ove si negasse una loro natura legislativa, potrebbero essere soggette a sindacato attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. In questa sede la Corte potrebbe essere chiamata a verificare la reale sussistenza delle ragioni che, a livello costituzionale, abilitano gli organi indicati dagli artt. 78 e 87 alla adozione delle delibere in parola. Si tratta di una questione di particolare delicatezza, ma che incide relativamente sul profilo indagato, incentrato non tanto sul controllo giurisdizionale sulla deliberazione, ma sul contributo popolare alla stessa. Le complesse implicazioni che ne possono derivare non consentono di analizzarle in maniera dettagliata in questa sede, ma costituiscono uno spunto di grande interesse, meritevole di specifica trattazione.

condizioni abilitanti alla dichiarazione dello stato di guerra, finendo in definitiva per rimettere a questa il giudizio ultimo sulla risposta alla guerra, secondo una valutazione che non potrebbe non partire dalla ponderazione di elementi di fatto o politici, più che giuridici in senso stretto, per di più intrecciati con la collocazione dell'Italia nel contesto internazionale. Considerata la già forte "esposizione politica" della Corte ogniqualvolta è chiamata a giudicare dell'ammissibilità di un quesito referendario (PERTICI, 2010, 3), l'ulteriore estensione del suo intervento all'ambito di cui ci si occupa aggiungerebbe alla "esposizione politica interna" anche un suo contributo nella "esposizione internazionale" dello Stato. Diversa sarebbe, invece, l'ipotesi in cui la Corte fosse chiamata a verificare l'incidenza del quesito su un oggetto "non consentito", seppure implicitamente, quale sarebbe lo stato di guerra secondo l'ipotesi accennata nei paragrafi precedenti. Infatti, in questo caso, il giudizio della Corte dovrebbe limitarsi ad un riscontro oggettivo, senza che ad essa possano residuare margini di valutazione discrezionale sulla "doverosità" o meno della deliberazione in connessione alla natura del conflitto.

*9. Conclusioni. Necessità di un'apposita riforma costituzionale diretta ad estendere la partecipazione popolare alla deliberazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost.*

In conclusione, per quanto appaia molto apprezzabile la considerazione secondo cui a pronunciarsi sulla guerra debbano essere i cittadini, come immediati destinatari dei suoi effetti negativi (ma anche per l'avvenuto superamento di una concezione che vorrebbe il potere estero esclusiva pertinenza dello Stato persona; LUCIANI, 2005, 387), appare difficile raccordare questa affermazione di valore sostanziale con gli articolati aspetti procedurali e formali che ruotano attorno alla dichiarazione dello stato di guerra e con i limiti imposti allo strumento referendario nel nostro ordinamento, nonché, a maggior ragione, con una pratica utilità di un quesito formulato su questo oggetto. Un'apertura in tal senso potrebbe aversi esclusivamente attraverso una (difficile) riforma costituzionale (ad esempio, con l'introduzione di un comma ulteriore in aper-

tura dell'art. 78 Cost., che ne muterebbe significativamente la portata)<sup>19</sup>, volta a valorizzare espressamente il coinvolgimento popolare nelle valutazioni che ruotano attorno alla partecipazione ai conflitti, non tanto sul piano “formale” della deliberazione dello stato di guerra, quanto su quello “sostanziale” della conformità della partecipazione al conflitto al principio pacifista dell'art. 11 Cost.

Ciò non significherebbe necessariamente aprire allo strumento del referendum abrogativo, circostanza che avrebbe piuttosto richiesto un intervento sull'art. 75 Cost. con problemi sul piano della tecnica legislativa difficilmente sormontabili, ma valorizzare la dimensione democratica del dibattito sull'uso della forza, ampliando il novero dei soggetti già coinvolti nella gestione delle situazioni di conflitto. Sempre tenendo fermi alcuni “limiti”, quale la necessità di un'azione tempestiva nelle situazioni di emergenza che non potrebbe soffrire pericolose paralisi, ma, al di fuori di questa (ad esempio per tutte quelle situazioni che implicano l'uso della forza, ma che fino ad oggi non hanno mai condotto all'attivazione dello stato di guerra), concependo strumenti attraverso i quali i cittadini abbiano la concreta possibilità di orientare le scelte dei pubblici poteri sulla guerra e sulla pace.

### *Riferimenti bibliografici*

- Angiolini, V. (1986). *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*. Padova: CEDAM.
- Barile, P., Cheli, E., Grassi, S. (1985). *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: CEDAM.
- Brancati, B. (2024). Preservare il referendum abrogativo, rimeditando alcuni limiti alla sua ammissibilità. *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, pp. 87-142.

<sup>19</sup> A Costituzione invariata, quindi, si ritiene che lo strumento referendario non possa essere utilizzato per l'abrogazione delle delibere sullo stato di guerra. Come condizione per il coinvolgimento dei cittadini sul punto, si sostiene un'eventuale modifica dell'art. 78 Cost., piuttosto che dell'art. 75 Cost., in quanto intervenire su quest'ultima disposizione servirebbe soltanto ad esplicitare un divieto di referendum sulla dichiarazione dello stato di guerra, la cui mancata indicazione è parsa in dottrina una mera dimenticanza del Costituente. Cfr. CHIAPPETTI, (1974, 222).

- Cariola A. (1994). *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Carlassare, L. (1981). Adattamento ordinario e referendum abrogativo. *Giurisprudenza costituzionale*, I, pp. 462-483.
- Carnevale, P. (1992). *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*. Padova: CEDAM.
- Carnevale, P. (2019). Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali. In Carnevale, P., Greppi, E., Roudier, K., *Il diritto della Guerra e della Pace*. Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 25-89.
- Celotto, A. (2020). *Necessitas non habet legem?*. Modena: Mucchi Editore.
- Chiappetti, A. (1974). *L'ammissibilità del referendum abrogativo*. Milano: Giuffrè.
- Chieffi, L. (1990). *Il valore costituzionale della pace. Tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*. Napoli: Liguori Editore.
- De Vergottini, G. (2004). *Guerra e Costituzione*. Bologna: Il Mulino.
- Esposito, C. (1962). Decreto-legge. *Enciclopedia del diritto*, XI, Giuffrè: Milano, pp. 831-867.
- Ferrari, G. (1970). Guerra (stato di) (dir. cost.). *Enciclopedia del diritto*, XIX. Milano: Giuffrè, pp. 816-849.
- Fiorillo, M. (2009). *Guerra e diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Giardina, A. (1979). Art. 78. La formazione delle leggi. *Commentario alla Costituzione Branca-Pizzorusso*, Tomo II. Roma-Bologna: Il Foro italiano-Zanichelli.
- Lo Calzo, A. (2023). L'attualità del fenomeno bellico tra principi supremi e assetto delle fonti. L'ordinamento italiano di fronte alla guerra in Ucraina. *Consulta Online*, 1, pp. 230-249.
- Luciani, M. (2005). Art. 75. La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo. *Commentario alla Costituzione Branca-Pizzorusso*, Tomo I, 2. Roma-Bologna: Il Foro italiano-Zanichelli.
- Malfatti, E., Panizza, S., Romboli, R. (2024). *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Mortati, C. (1962), *Istituzioni di diritto pubblico*. CEDAM: Padova.
- Morviducci C. (1982). L'ammissibilità del referendum rispetto alle leggi di esecuzione dei trattati. *Rivista di diritto internazionale*, pp. 555-570.
- Olivetti, M. (2020). *Diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli.
- Paladin, L. (1996). *Le fonti del diritto italiano*. Bologna: Il Mulino.

- Patroni Griffi, A. (2006). Art. 78 Cost.. In Bifulco, R., Celotto, A., Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, II. Torino: UTET, pp. 1531-1544.
- Pertici, A. (2010). *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*. Torino: Giappichelli.
- Piergigli, V. (2023). Potere e stato di emergenza. In Cartabia, M.; Ruotolo, M. (dir.), *Potere e Costituzione*, Milano: Giuffrè, pp. 599-631.
- Pinna, P. (1993). Guerra (stato di). *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII. Torino: UTET.
- Rizzo, R. (1962). Natura ed efficacia del referendum abrogativo. *Montecitorio*, 9-10.
- Salerno, F. (2006). Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno. *Rivista di diritto internazionale*.
- Scudiero, M. (1969). *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*. Napoli: Jovene.
- Sorrentino, F. (2009). *Le fonti del diritto italiano*. Padova: CEDAM.
- Vedaschi, A. (2021). Art. 78 Cost. In Clementi, F., Cuocolo, L., Rosa, F., Viganani, G.E. (a cura di), *La Costituzione italiana*, I. Bologna: Il Mulino, pp. 146-150.
- Vedaschi, A. (2024). Costituzionalismo, declinazioni del principio pacifista e conflitti armati. *DPCE Online*, [S.l.], v. 63, n. SP1, maggio 2024, pp. 741-777.
- Zagrebelsky, G. (1978), Relazione al secondo convegno giuridico. AA.VV., *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Roma: Piramide.

*Lucía Álvarez Albarenga \**

## INSTRUMENTALIZATION IN EU MIGRATION POLICY: FROM LEGAL EXCEPTIONALISM TO THE STATE OF WAR

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. An EU Pact on Migration and Asylum pleasing just the EU. – 2. Irregular migrants and refugees: an existential threat to the EU's security in the New EU Pact on Migration and Asylum. – 2.1. A genealogy of the refugee as a threat to the European constitutional consciousness. – 3. A common asylum procedure choking fundamental rights: disseminated exception clauses. – 4. The instrumentalization of migration: clearing the path from exception to aggression. – 5. Conclusions. Securitarian practices in EU migration policies: autocratic legalism, methodological whiteness and legitimacy issues. – 6. Bibliographic references.

### *1. Introduction. An EU Pact on Migration and Asylum pleasing just the EU*

Last May 2024, the European Parliament finally managed to pass the transcendental New EU Pact on Migration and Asylum (the Pact). This package of regulations, portrayed by its sponsors as to be a rather naïve and much needed integrative tool of the Common European Asylum System (CEAS), underpins the institutionalisation of the securitization of migration by the means of legal exception.

As such, security-oriented legislation and *soft law* agreements focused on returns<sup>1</sup> have sadly become the norm whereby Western post-national states more and more often rely on to manage irregular incoming flows of migrants and asylum seekers from the Global South. Actually, all of this has been possible thanks to a comprehensive ap-

\* University of Vigo. International protection lawyer and PhD assistant professor of Public International Law and International Relations at the University of Vigo.

<sup>1</sup> SANTOS VARA, (2024, 124).

proach including positive legislation to limit migration, restrictive judicial interpretations over fundamental and human rights violations as the European Court of Human Rights in *N.D. and N.T. v. Spain*<sup>2</sup>, where State responsibility for pushbacks was rejected on grounds of illegal entrance in Spain, a deliberate abuse of the *threat rhetoric* to frame migrants as a threat to the EU's security and public order<sup>3</sup>, or the generalised tolerance of populations to the limitation of fundamental rights, more prominently, since the Covid-19 pandemics securitised policy response<sup>4</sup>.

The Pact, far from redressing flaws and enhancing fair integration of the CEAS, is likely to intensify existing differences in responsibility and solidarity burden-sharing among Member States<sup>5</sup>, since the *principle of first entry*<sup>6</sup> and a flexible solidarity scheme<sup>7</sup> with no compulsory relocation has been passed in detriment of first line Members and of asylum seekers and migrants' rights<sup>8</sup>.

Distancing itself from non-barrier founding principles reflected in article 3 of the Treaty on European Union (TEU) or article 26.2 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the EU has shifted focus to border reinforcement even in interior borders, like the most recent call for the exception of article 25.1 of the Schengen Border Code whereby Germany has implemented allegedly just tem-

<sup>2</sup> European Court of Human Rights. Grand Chamber. *Case of N.D. and N.T. v. Spain*. Applications nos. 8675/15 and 8697/15. Strasbourg; 13 Feb 2020. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-201353%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-201353%22]})

<sup>3</sup> DAVITTI, (2018, 1173–1196).

<sup>4</sup> GOLDNER LANG, (2023 141–164).

<sup>5</sup> SANTOS VARA, (2024, 46–53). *Op. cit.*

<sup>6</sup> *Ibid*, *Op. cit.* 1, pp. 94.

<sup>7</sup> SANTOS VARA, (2022, 1243–1263); Regulation (EU) 2024/1351 of the European Parliament and the Council of 14 May 2024 on asylum and migration management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) No 604/2013.

<sup>8</sup> CEAR, (2024). El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos. *Servicio de Investigación y Estudios del Área de Incidencia de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado*. Madrid, pp. 9–21 <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2024/04/Pacto-Europeo-de-Migracion-y-Asilo-retos-y-amenazas.pdf>



porary checks to tackle irregular migration<sup>9</sup>, but most significantly, on exterior borders, with the introduction of a *pre-entry screening system*<sup>10</sup> and *border procedures*<sup>11</sup> to prevent irregular migrants and asylum seekers gaining right of entry to EU territory<sup>12</sup>.

However, this *Insight* adopts a constructivist approach to security issues based on the Foucauldian understanding of crisis as a phenomenon that ought to be analysed “more than in the form of failure, in the form of a productive moment of governmentality through the invention, operation, opposition and application of different practices of knowledge and strategies of power” (CORDERO, 2017)<sup>13</sup>. From his reading of Foucault’s work on governmentality and security, the author argues the ultimate goal of policy-design would be achieving the modern liberalist idea of governmental efficiency, being the one able to produce “a new concept of social freedom based on the autonomy of market exchange between individual parties as its functional and normative principle” (CORDERO, 2017)<sup>14</sup>.

Therefore, the analytical perspective of this *Insight* will depart from legal and political analysis assuming the founding *principle of free movement* of the EU stems from a democratic and universalistic fundamental rights position. Instead, it will be argued the EU security agenda aims to reproduce the material conditions to maintain market

<sup>9</sup> Euronews & AP. (Sep 10<sup>th</sup> 2024). Germany announces temporary border checks at all land borders. *Euronews* <https://www.euronews.com/my-europe/2024/09/10/germany-announces-temporary-border-checks-at-all-land-borders>; Council of the EU. (Feb 6<sup>th</sup> 2024). Schengen: Council and European Parliament agree to update EU’s borders code. *Press release*. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/02/06/schengen-council-and-european-parliament-agree-to-update-eu-s-borders-code/>

<sup>10</sup> Regulation (EU) 2024/1356 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 introducing the screening of third-country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817.

<sup>11</sup> Regulation (EU) 2024/1348 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU.

<sup>12</sup> CEAR, (2024, 27- 28). *Op. cit.*

<sup>13</sup> CORDERO, (2017, 141).

<sup>14</sup> *Ibid.*

freedom, dismissing fundamental rights claims in a process of what MORENO-LAX (2023) calls “softification”<sup>15</sup> and “lawification”<sup>16</sup>, having the effect of fragmenting fundamental, human rights and asylum laws, to establish “discontinue legal protections, and ultimately stratify human dignity”<sup>17</sup>.

To achieve efficiency, AGAMBEN (2007) argues exceptional means become a governmental technique<sup>18</sup> in the “Securitization State”<sup>19</sup>, meaning this one does not intervene “to effectively prevent catastrophes; rather, they allow them to happen (and, in some cases, even contribute to their occurrence) so that they can then use them to intervene and restore security in the right way” (DAVITTI, 2018)<sup>20</sup> making sense in a logic of “therapeutic interventions” (CORDERO, 2017)<sup>21</sup>.

Liquidity is trendy, especially in migration policymaking, and this encompasses legal tools, exceptions, as well as to the legal reach of EU borders<sup>22</sup>. Therefore, the Pact can be defined as a comprehensive toolbox spilling over the CEAS from the waters of the EU Common Security and Defence Policy (CSPD), since it advances a policy response urged by a framed threat to the security of EU Member States.

Out from the several Regulations passed last May 2024, this *Insight* focuses on the Regulation (EU) 2024/1359 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and amending Regulation (EU) 2021/1147 (Crisis Regulation), because it is the introduction of a exception system in EU law on the basis of migratory emergency.

The Crisis Regulation is a step back in the protection of asylum seekers and refugees, a derogation of basic principles of international

<sup>15</sup> See MORENO-LAX, (2023). The “Crisification” of Migration Law: Insights from the EU External Border. *Queen Mary Law Research Paper No. 403/2023*. Forthcoming, STELLA BURCH ELIAS, KEVIN COPE AND JILL GOLDENZIEL, (2023).

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 15.

<sup>18</sup> AGAMBEN, (2007, 44).

<sup>19</sup> MBEMBE, (2016, 59).

<sup>20</sup> DAVITTI, (2018, 1183). *Op. cit.*

<sup>21</sup> CORDERO, (2017, 139). *Op. cit.*

<sup>22</sup> DAVITTI, (2018, 1177). *Op. cit.*

asylum law and fundamental and human rights law, at the time of stepping forward, especially through the instrumentalization of migration, to a state of war and its legal principles.

This Eurocentric notion of instrumentalization, but also of crisis and security, enhances a legal framework susceptible of activating military responses to perceived acts of aggression in the sense of article 39 of the UN Charter, at the time of failing or neglecting inquiry over the role of EU postcolonial geopolitics in terms of management of migrant populations perpetuating the “logics of enclosure” (MBEMBE, 2016)<sup>23</sup>.

## *2. Irregular migrants and refugees: an existential threat to the EU's security in the New EU Pact on Migration and Asylum*

One of the most controversial introductions of the Pact is the mandatory *pre-entry screening procedure*<sup>24</sup>, to be implemented systematically to every irregular migrant arriving -by air, land and sea- to the external borders of the EU without legal authorisation to neither enter, neither stay in terms of article 6 of Regulation (EU) 2016/399<sup>25</sup>. According to article 1 (b) of the Screening Regulation, this process is also applicable to irregular migrants found within EU territory and regarding which “there is no indication”<sup>26</sup> they have been subjected to such procedure at the external borders.

The screening procedure aims to undertake preliminary health and vulnerabilities checks (article 12) and identification or verification of identity through documents, information given by the country of origin or by the collection of biometric data (article 14), but more significantly, article 15 introduces a security check for all third-country

<sup>23</sup> MBEMBE, (2016, 79).

<sup>24</sup> Regulation (EU) 2024/1356 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 introducing the screening of third-country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817.

<sup>25</sup> Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification).

<sup>26</sup> Article 1 (b) of Regulation (EU) 2024/1356.

nationals with no permission of entry “to verify whether they might pose a threat to internal security. That security check might cover both the third country nationals and the objects in their possession”<sup>27</sup>.

Once the process is completed and as long as the processing Member State does not hold any security concerns over the particular migrant, if they have filed an application of international protection, they shall be directed, most likely, to the newly introduced *asylum border procedure*<sup>28</sup> whereby, in a fast-track assessment of the applicant’s claim, they will eventually get recognised the right to some sort of international protection, or in turn, they will be directed to the now fully-integrated *return procedure*<sup>29</sup>.

It is important to note that during the *pre-entry screening* and the *border procedure*, asylum seekers do not hold a right of entry to the EU territory<sup>30</sup> and their legal status remains unclear as to what specific legal issues of personal jurisdiction and constitutional detention<sup>31</sup> this *non-entry fiction* will bring about in relation to fundamental and human rights<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> *Ibid*, article 15.1.

<sup>28</sup> Regulation (EU) 2024/1348 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, from article 43 onwards.

<sup>29</sup> Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals.

<sup>30</sup> Article 6 of the Regulation (EU) 2024/1356, *op. cit.* 25, and article 43.2 of the Regulation (EU) 2024/1348.

<sup>31</sup> On constitutional reform to lower Member State’s guarantees over detention, DE LA ORDEN BOSCH, (2024, 25) argues: “In sum, the greatest paradox is that the implementation of the Pact in Spain would require constitutional and legal amendments in order to reduce the scope of human rights. Consequently, «new» would mean involution”.

<sup>32</sup> *Ibid*, to this extent, DE LA ORDEN BOSCH (2024) follows: “The fiction of non-entry cannot lead to a disguised and indirect expulsion (or so called “constructive expulsion”<sup>72</sup>), and must in any case respect the fundamental principle of non-refoulement (Convention relating the Status of Refugees, Art. 33.1; EU Charter on Fundamental Rights, art. 19.2), the prohibition of torture and inhumane and/or other degrading treatments (ECHR, Art. 3), and the prohibition of collective expulsions (ECHR Protocol 4, Art. 4; EU Charter on Fundamental Rights, art. 19.1). According to the jurisprudence of the ECtHR, extraterritoriality does not preclude States from

As such, by establishing different procedures based on legal or irregular entry to the EU to assess the threat to security posed by the mere presence of migrants within EU territory, on the one hand, undermines the principle of non-discrimination enshrined in article 2 of the TEU and article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights.

The fact that some third-country nationals enjoy visa exemptions into the EU<sup>33</sup>, can make differences in treatment on grounds of nationality between asylum seekers, considering it will mean the fulfilment/unfulfillment of article 6 of Regulation (EU) 2016/399 and, as such, the eventual subjection to *pre-screening* and *border* procedures, without necessarily being considered within the EU territory. On the other hand, it remains unclear why irregular migrants with no right of entry would necessarily pose more of a security threat than migrants with an initial right of entry but that, after the expiration of a short-term visa, become irregular within the territory.

Actually, for the cases of Italy or Spain, this will mean that *pre-screening* and *border* procedures will be implemented systematically to incoming African migrants, who have generally been portrayed as the major threat to the EU's stability<sup>34</sup>. However, most part of asylum applications filed in Spain during 2023<sup>35</sup> (last available statistics) have been submitted in a Police Station (97%)<sup>36</sup>, not at the borders (2%)<sup>37</sup>, since the applicants filing them were exempted from visa applications in regard of their nationality. Against all deceptions, numbers do not lie, and the highest rates of applications filed by country of origin in

being responsible for everyone's rights within their jurisdiction. As stated in *ND and NT vs. Spain*, States cannot rely on extraterritoriality to escape from the obligations of the ECHR". pp. 27.

<sup>33</sup> See Annex II of the Regulation (EU) 2018/1806 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement (codification).

<sup>34</sup> ARENÓS KARSTEN & RAICHANDE (2024).

<sup>35</sup> ACCEM. (2024). Informe 2024 sobre Personas Refugiadas en España y en la Unión Europea. Available at: <https://www.accem.es/refugiados/informe-personas-refugiadas-datos-2023#tab-id-1>

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

2023 were: Venezuela (60.534)<sup>38</sup>, Colombia (53.564)<sup>39</sup> and Peru (14.308)<sup>40</sup>, followed by Honduras (3.685)<sup>41</sup>, Cuba (3.082)<sup>42</sup>, Morocco (3.076)<sup>43</sup>, Nicaragua (2.759)<sup>44</sup>, Senegal (2.173)<sup>45</sup>, Rusia (1.694)<sup>46</sup>, El Salvador (1.377)<sup>47</sup> and Mali (1.330)<sup>48</sup>.

Such security distinctions, unrested on statistics of entrance, only on the legality of the entrance -something out of reach to the migrant since Member States and the EU juggle with visas<sup>49</sup> in the implementing of the *carrot-stick approach* in their foreign relations with third countries<sup>50</sup> – raise serious questions of legitimacy over fundamental rights derogations to certain asylum seekers and migrants by means of targeted procedures on security grounds.

As a result, the boundaries between refugee and irregular migrant categories, as well as internal/external borders or the distinction of legal normality and exceptional policies<sup>51</sup>, blurs itself<sup>52</sup>. The introduction of *screening procedures* and security exceptions that, in practice, pro-

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> SANTOS VARA, (2024) explains how the implementation of the 2019 amending of the Visa Code [Regulation (EU) 2019/1155 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Regulation (EC) No 810/2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code)], introduced a negative conditionality mechanism whereby the Commission is entitled to evaluate the level of commitment of third-countries with bilateral agreements over migration and readmission. In case the Commission's evaluation is negative, it can propose the Council of the EU to impose specific restrictions on short-term visas to the nationals from that third-country. The author stresses this kind of negative conditionality is not directed to bolster democracy, the rule of law or human rights. *Op. cit.* 1, pp. 141-142.

<sup>50</sup> *Ibid. Op. cit.* 1, pp. 138.

<sup>51</sup> DAVITTI, D. (2018, 1188). *Op. cit.*

<sup>52</sup> SANTOS VARA, (2024, 63). *Op. cit.*

duce the effect of restricting access to the asylum procedure, makes anyone who does not hold a right of entry susceptible of being potentially returned without considering the merits over existing needs of protection. As a result, these practices may lead to a systematic violation of the *non-refoulement principle*.

### 2.1. *A genealogy of the refugee as a threat to the European constitutional consciousness*

Copenhagen School securitisation theory<sup>53</sup> is a constructivist approach useful to understand how a particular issue is moved away from the realm of ordinary policymaking to the field of exception. Drawing upon a state-centred understanding of security, securitarian or securitized policies provide for military, surveillance-based, restrictions or derogations of fundamental rights law as adequate responses to redress a given threat into constitutional normalcy. However, this framework, while still pertinent to spot out trends in legislation in the now overly demonstrated<sup>54</sup> securitized field of migration, has been problematised from race and postcolonial researchers<sup>55</sup> as being biased for withholding Eurocentric<sup>56</sup> and *civilizationist*<sup>57</sup> assumptions.

<sup>53</sup> STRITZEL, (2014): [https://doi.org/10.1057/9781137307576\\_2](https://doi.org/10.1057/9781137307576_2)

<sup>54</sup> For all, VON ROSEN, (2019, 35-40): <https://www.jstor.org/stable/26679776>

<sup>55</sup> HOWELL & RICHTER-MONTPETIT, (2020, 3-22): <https://doi.org/10.1177/0967010619862921>

<sup>56</sup> *Ibid.* HOWELL, & RICHTER-MONTPETIT, (2020, 6) describe Eurocentrism as: “involving the ideas that: (1) ‘Europe’ or ‘the West’ is ontologically distinctive; (2) European development was endogenous; and (3) European cultural and political achievements were subsequently diffused across the world”.

<sup>57</sup> *Ibid.* HOWELL, & RICHTER-MONTPETIT, (2020, 7) argue: “Civilizationism is a term used to describe racist (theoretical) perspectives that contain three assumptions: (1) Civilizations can, and ought to, advance, and some (Western) civilizations are more ‘advanced’; (2) civilizational progress is not only technological and material, but political and moral; and (3) the ‘underdevelopment’ of certain civilizations represents a problem for, or threat to, developed ones. Drawing on a broad canon of civilizationist political philosophy, canonical securitization theory texts develop a narrative of world-historical progress in which civilizational advancement beyond the violence of ‘primal anarchy’ involves curtailing securitization through the instantiation of civilized ‘normal politics’.

According to HOWELL & RICHTER-MONTPETIT (2020), “this perspective is only made possible by ignoring colonial history, ongoing (settler-)colonial relations, and the racial violence of normal liberal politics”<sup>58</sup> in a movement that “de-historicizes migration, rendering it an abnormal, undesirable occurrence that challenges the Westphalian foundations of the EU” (MORENO-LAX, 2023)<sup>59</sup>.

Following this approach, a genealogy of the refugee as a threat to the modern liberal imaginary is due. In this sense, AGAMBEN (2001) - drawing upon the insight of Hannah Arendt in *Imperialism*, where she outlined *The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man* as to be a complementary phenomenon-, argues the refugee embodies the rupture between the *human* and the *citizen*. Now and then, the human condition of the refugee is not enough as to be granted rights to become a citizen where they are considered aliens.

Precisely, the relationship between fundamental rights, modern nation-state and sovereignty is so elementary because in the logic of the “transition”<sup>60</sup> from the “royal sovereignty of divine origin”<sup>61</sup> to the concept of national sovereignty of the Enlightenment brought about by declarations of rights such as the 1789 Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, sovereignty (as an ideal) is constructed upon the notion of *nativity* or birth<sup>62</sup>. As such, the historical antonymy of common folks and sovereignty is surpassed by regulating “natural naked life”<sup>63</sup> into law.

This movement sublimated the merging of the *principle of nativity* and the *principle of sovereignty*<sup>64</sup> as the basis of the new nation-state<sup>65</sup>. The insolvable unity among nativity and nation, of the theoretical continuum from the human who becomes a citizen because is born as a national of the nation-state, is conflicted by the very existence of refugees or irregular migrants who live in that State. In other words, the

<sup>58</sup> *Ibid.* HOWELL, & RICHTER-MONTPETIT, (2020, 16).

<sup>59</sup> MORENO-LAX, (2023, 30), *Op. cit.*

<sup>60</sup> AGAMBEN, (2001, 26).

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*



refugee and the irregular migrant break “the identity between the human and the citizen and that nativity and nationality, it brings the original fiction of sovereignty to crisis” AGAMBEN (2001)<sup>66</sup>.

Furthermore, AGAMBEN (2001) holds that universalized concepts of the contemporary legal consciousness such as fundamental rights and the classical understanding of state sovereignty emanating from the people ought to be “abandoned”<sup>67</sup>, precisely because the legal status of the refugees and irregular migrants, their dispossession of rights, embodies the definition of a *naked life*, removed from any legitimate protection against violence and, therefore, expectant to an exercise of death against it ordered by sovereign power. In this sense, EL-TAYEB (2011) draws upon legal theorist Bonnie Honig to problematize this same issue:

“What if refugees, rather than (or in addition to) being the exceptions to the juridical state (or continental) system, are metaphorically its norm, the exemplary objects of the sort of power that the state system and its sovereign legalism represent but hide-Bio-power and its rule overall as bare life?” (EL-TAYEB, 2011)<sup>68</sup>.

This overview makes itself useful by giving us a more qualified perspective, a political genealogy to revise the complex intricacies of European multi-levelled sovereign power, the legal category of refugees and the design of migration governmentality techniques laid out in the Pact.

As protections of asylum, human and fundamental rights law are significantly compromised in the European “reform” by the implementation of a securitized policy approach that sees migration as a potential threat to the Union’s ends and stability, arguably, such derogative legal paradigm in favour of national security brings about the reification of the twentieth century refugee phantasmagorical menace to the nation-state’s survival in a logic where “power no longer has today any form of legitimization other than emergency, and because power

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 22.

<sup>68</sup> HONIG, EL-TAYEB, (2011, 115).

everywhere and continuously refers and appeals to emergency as well as labouring secretly to produce it”<sup>69</sup>.

### *3. A common asylum procedure choking fundamental rights: disseminated exception clauses*

Migration laws put forward by the Pact have been extensively revised by civil society organisations<sup>70</sup> since negotiations began back in 2016. In 2024, the proposals of regulations finally passed right before the EU’s Parliament term was finished, but the laws approved are a qualitative downgrade in fundamental and rights guarantees for asylum seekers and refugees, an expansion of executive authority, mainly, of the Commission and an “incremental normalization” (MORENO-LAX, 2023)<sup>71</sup> of the legal phenomenon of an audience “that legitimizes securitised understandings and extensive forms of control, foreclosing alternative visions” (MORENO-LAX, 2023)<sup>72</sup>.

The Pact, in a logic directed to merge the asylum procedure with the return system<sup>73</sup>, has designed *pre-screening*<sup>74</sup>, *border*<sup>75</sup> and *sub-*

<sup>69</sup> AGAMBEN, (2001, 15 - 16), *Op. Cit.*

<sup>70</sup> ECRE. (June 9<sup>th</sup> 2023). Editorial: Migration Pact Agreement Point by Point. <https://ecre.org/editorial-migration-pact-agreement-point-by-point/>; SUTHERLAND, (Dec 21<sup>st</sup> 2023): <https://www.hrw.org/news/2023/12/21/eus-migration-pact-disaster-migrants-and-asylum-seekers>; AMNESTY INTERNATIONAL. (April 4<sup>th</sup> 2024). EU: Migration and Asylum Pact reforms will put people at heightened risk of human rights violations. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/04/eu-migration-asylum-pact-put-people-at-risk-human-rights-violations/>; CIVIL RIGHTS DEFENDERS. (April 11<sup>th</sup> 2024). The EU’s new migration and asylum pact hollows out the right to asylum. <https://crd.org/2024/04/11/the-eus-new-migration-and-asylum-pact-hollows-out-the-right-to-asylum/>

<sup>71</sup> NEAL, A. (2009). Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of Frontex. 47 *Journal of Common Market Studies*. 333, 353. In MORENO-LAX, V. (2023). *Op cit.* 16, pp. 4.

<sup>72</sup> MORENO-LAX, V. (2023). *Op cit.* 15, pp. 4.

<sup>73</sup> Regulation (EU) 2024/1348 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU. This Regulation implements a combined approach of asylum and return procedures that, along with the pre-screening procedure,

*standard* procedures<sup>76</sup>, that along with the non-entry fiction<sup>77</sup> and the restriction of movement<sup>78</sup> or systematic detention<sup>79</sup> of asylum seekers and irregular migrants, will enhance the number of returns<sup>80</sup> and border rejection practices<sup>81</sup>.

can effectively undermine procedural guarantees of asylum seekers as well as legal provisions to identify international protection needs of the applicants. *See* SANTOS VARA, (2024, 77 - 78). *Op. cit.*

<sup>74</sup> Regulation (EU) 2024/1356.

<sup>75</sup> Article 43 and ff. of Regulation (EU) 2024/1348.

<sup>76</sup> *See* the “accelerated examination procedure” set up in article 42 and ff. of the Regulation (EU) 2024/1348.

<sup>77</sup> Article 6 of Regulation (EU) 2024/1356. In point (68) of the preamble to Regulation (EU) 2024/1348 fiction of non-entry during border procedures is explained: “Entry into the territory is not authorised where the applicant has no right to remain, where he or she has not requested to be allowed to remain for the purposes of an appeal procedure, or where a court or tribunal has decided that he or she should not be allowed to remain pending the outcome of an appeal procedure. In such cases, to ensure continuity between the asylum procedure and the return procedure, the return procedure is also carried out in the context of a border return procedure provided for in Regulation (EU) 2024/1349 for a period not exceeding 12 weeks”.

<sup>78</sup> Articles 8 and 9 of Directive (EU) 2024/1346 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 laying down standards for the reception of applicants for international protection.

<sup>79</sup> Article 10 and ff. of Directive (EU) 2024/1346.

<sup>80</sup> For instance, article 15 of Regulation (EU) 2024/1356 fails to define what is understood as a third-country national posing a “threat to internal security”. Neither article 15 (security check), 16 (arrangements for identification and security checks) or 18 (completion of the screening) prescribe what is the procedure to be applied to a person found as to pose a “threat to internal security” in terms of article 15. However, article 18.1 refers to the return procedure of third-country nationals who have not applied for international protection; also, returns based on “safe third country” criteria set up in articles 57 and ff. of Regulation (EU) 2024/1348; *see* article 37 Regulation (EU) 2024/1348 over the rejection of an application and issuance of a return decision and Regulation (EU) 2024/1349 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 establishing a return border procedure, and amending Regulation (EU) 2021/1148.

<sup>81</sup> SANTOS VARA, (2024, 157), as many other scholars, argue the Pact reproduces a model of migration management developed based on the *hotspot* approach. Also, the Pact will be applied along with national legislation. Under Spanish law (Additional disposition 10<sup>th</sup> of the Organic Law on Rights and Freedoms of Aliens in Spain and Their Social Integration 4/2000), push-backs in Ceuta and Melilla were legalised in

This whole legal architecture incorporating many exception clauses throughout the regulations and linked directives, is likely to have a detrimental impact on the guarantees associated to the right to life, integrity of the person or the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (articles 2, 3 and 4 EU Charter on fundamental rights), since it will undermine the proper application of principle of *non-refoulment* (article 33 of the 1951 Refugee Convention and article 19 of the EU Charter on fundamental rights) and the principle of non-discrimination (articles 20, 21 of the EU Charter of Fundamental Rights and 3 of the 1951 Refugee Convention).

Also, by providing for a *pre-screening* mechanism as part of the ordinary asylum procedure, as well as extensively regulating exceptions with the aim of directing certain asylum seekers to special *sub-standard procedures*<sup>82</sup>, altogether with the non-suspensive effect<sup>83</sup> and specific conditions<sup>84</sup> provided for the appealing process against negative decisions, can amount to systemic violations of the right to an effective remedy (article 47 EU Charter of Fundamental Rights) and, overall, the right to asylum enshrined in article 18 of the EU Charter of Fundamental Rights.

2015 The Sentence of the Spanish Constitutional Court 172/2020, of November 19th 2020, declared the legalisation of push-backs constitutional, as long as it was applied only to: a) individual entries; b) subjected to full judicial review; c) in accordance with international law obligations.

<sup>82</sup> Article 42 of Regulation (EU) 2024/1348 introduces a wide number of exceptions that allow the pertinent authorities to examine international protection applications through the “accelerated examination procedure”. Exception (j) raises significant concerns as it can be applied to applications of nationals and stateless persons who come from a third country for which the EU international protection recognition rate is 20% or lower. This rate can be significantly elevated to 5% in times of crisis (article 11.3 of Regulation (EU) 2024/1359).

<sup>83</sup> Article 68 of Regulation (EU) 2024/1348.

<sup>84</sup> Article 67 of Regulation (EU) 2024/1348.

#### *4. The instrumentalization of migration: clearing the path from exception to aggression*

Article 9 of the 1951 Refugee Convention provides for the observance of provisional measures taken by Contracting Parties “in time of war or other grave and exceptional circumstances”. These measures shall be directed to protect certain aspects deemed essential to national security and shall be provided in relation to a “particular person”.

Despite of what at first glance may seem as a clause granting total discretion to the Contracting Parties, even applicable to the securitized migration crisis in the EU legal paradigm, article 9 should not be interpreted as to allow exceptions to the 1951 Refugee Convention based on a Crisis Regulation designed to be applied not to individual asylum applications in particular, but to the asylum procedure as a whole during times of crisis.

From an already restrictive common asylum procedure, the Crisis Regulation introduces a permanent exception regime into EU asylum and migration laws, something equally innovative as concerning. This Regulation provides for a set of specific measures, consisting in solidarity provisions (article 8 and 9) and derogations (article 10 and ff.), aimed to redress threats to the EU internal security and public order in situation of crisis, force majeure or instrumentalization.

Article 1.4 defines a situation of crisis:

(a) an exceptional situation of mass arrivals of third-country nationals or stateless persons in a Member State by land, air or sea, including of persons that have been disembarked following search and rescue operations, of such a scale and nature, taking into account, inter alia, the population, GDP and geographical specificities of the Member State, including the size of the territory, that it renders the Member State's well-prepared asylum, reception, including child protection services, or return system non-functional, including as a result of a situation at local or regional level, such that there could be serious consequences for the functioning of the Common European Asylum System; or

(b) a situation of instrumentalization where a third country or a hostile non-state actor encourages or facilitates the movement of third-country nationals or stateless persons to the external borders or to a Member State, with the aim of destabilising the Union or a Member State, and where such actions are liable to put at risk essential functions of a Member State, including the maintenance of law and order or the safeguard of its national security.

And article 1.5 establishes force majeure is:

For the purposes of this Regulation, force majeure refers to abnormal and unforeseeable circumstances outside a Member State's control, the consequences of which could not have been avoided notwithstanding the exercise of all due care, which prevent that Member State from complying with obligations under Regulations (EU) 2024/1351 and (EU) 2024/1348.

Therefore, in case of article 1.4 (a), mass arrivals of migrants is considered to threaten the functionality of the CEAS as well as being a spontaneous phenomenon, while the instrumentalization of article 1.4 (b), refers to a mass arrival, in this case, sponsored by a third country or "hostile non-state actor" and with the aim of "destabilising the Union or a Member State, including the maintenance of law and order or the safeguard of its national security". Then, the definition of article 1.4 (b) shows securitizing elements similar to counterterrorist security approaches: subjective intent of a non-EU threatening actor and the contextual definition of EU's security.

Originally, the notion introduced by article 1.4 (b) is the response to the so-called 2021 "Belarus migration crisis"<sup>85</sup> in which this third country, in retaliation for measures adopted by the EU against the alleged electoral fraud of the 2020 elections, would have instigated around 9,000 migrants from Iraq, Syria and Afghanistan to cross EU borders through Latvia, Lithuania and Poland.

<sup>85</sup> THE EUROPEAN CENTRE OF EXCELLENCE FOR COUNTERING HYBRID THREATS (2023). Instrumentalized migration and the Belarus crisis: Strategies of legal coercion. Hybrid CoE Paper 17. <https://www.hybridcoe.fi/wp-content/uploads/2023/04/20230425-Hybrid-CoE-Paper-17-Instrumentalized-migration-and-Belarus-WEB.pdf>

In this case, Member States declared a state of emergency in their territory, militarizing the affected external borders and passed laws legitimizing border detention and summary returns. However, instead of recriminating fundamental rights derogations by these States, the Commission defined the event as an “hybrid attack”<sup>86</sup>, adopting a rhetoric of exception to boost the success of regulation proposals that were under debate at the time.

Since then, there have been other examples of alleged instrumentalization efforts such as the 2021 Morocco-Spain instrumentalization in the Ceuta border<sup>87</sup> or the undergoing events in the Russia-Finland border<sup>88</sup>. All these situations have prompted different responses from the Member States, from the declaration of the state of exception<sup>89</sup>, border closures<sup>90</sup>, pushbacks<sup>91</sup>, deployment of the military<sup>92</sup> or the passing of national laws restricting access to asylum<sup>93</sup>.

<sup>86</sup> EURONEWS (Nov 11<sup>th</sup> 2021). Belarus border chaos a 'hybrid attack not a migration crisis', says EU's von der Leyen. <https://www.euronews.com/2021/11/10/dozens-of-migrants-detained-in-poland-after-breaking-across-belarus-border>

<sup>87</sup> NAUTIYAL, (July 1<sup>st</sup> 2021). Morocco, Spain and the Instrumentalisation of Migration. *Diplomatist.com*. <https://diplomatist.com/2021/07/01/morocco-spain-and-the-instrumentalisation-of-migration/>

<sup>88</sup> MINISTRY OF INTERIOR (June 6<sup>th</sup> 2024). The European Union must be able to protect its security in situations of instrumentalised migration. Finish government. <https://valtioneuvosto.fi/en/-/1410869/the-european-union-must-be-able-to-protect-its-security-in-situations-of-instrumentalised-migration>

<sup>89</sup> BIELECKA, (2022). Poland Finally Lifts State of Emergency at Belarus Border. *Human Rights Watch*. <https://www.hrw.org/news/2022/07/06/poland-finally-lifts-state-emergency-belarus-border>

<sup>90</sup> ERLING, (July 10<sup>th</sup> 2024). Poland will do what is needed to end Belarus border crisis, says deputy minister. *Reuters.com*. <https://www.reuters.com/world/europe/poland-will-do-what-is-needed-end-belarus-border-crisis-says-deputy-minister-2024-07-10/>; ECRE (April 19<sup>th</sup> 2024). EU Eastern Borders: Finland Closes its Border with Russia Indefinitely Despite Criticism – Hungary, Poland, and Slovakia Oppose Implementation of New EU Migration Pact While Lithuania Prefers to Pay – Northern Latvia's New Asylum Centre Receives Support from Local Community. <https://ecre.org/eu-eastern-borders-finland-closes-its-border-with-russia-indefinitely-despite-criticism-%E2%80%95-hungary-poland-and-slovakia-oppose-implementation-of-new-eu-migration-pact-while-lithuania-prefers/>

Opposed to this, civil society organisations have not remained silent to such approaches and the legitimization they could eventually find in the now-approved Crisis Regulation, expressing major concern over vague definitions and wide room for legal uncertainty that could, most certainly, lead to abuses<sup>94</sup>.

Regarding the use of both EU law and national legal provisions on the state of exception or emergency, Chapter II on Governance, does not preclude the simultaneous application of the two legal bodies in situations of crisis. Even if the Member State has retained some prerogatives to activate national exception laws, if it wishes to deploy the mechanism of the Crisis Regulations, it will have to issue a reasoned request to the Commission (article 2).

According to article 3, the Commission, once examined the motivated request, can adopt an implementing decision declaring a situation of crisis, but it will be the Council implementing decision the one authorising the derogations and solidarity measures of Chapters III and IV. For this to happen, article 4 provides that the Commission will have to make a proposal to the Council at the time of adopting its implementing decision, while the intervention of the Parliament is not foreseen further than being informed by the Commission (article 4.1. *in fine*).

As such, the great part in activating the crisis procedure is played by the Commission, in an overall concentration of decision-making

<sup>91</sup> BLANCO, (2021): <https://www.newtral.es/que-son-las-devoluciones-en-caliente-ceuta/20210519/>

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> AMNESTY INTERNATIONAL (July 12nd 2024). Finland: Emergency law on migration inconsistent with EU law and must be “rigorously scrutinized”. <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2024/07/finland-emergency-law-on-migration-inconsistent-with-eu-law-and-must-be-rigorously-scrutinized/#:~:text=The%20new%20emergency%20law%20defines,an%20attempt%20to%20destabilize%20it.>

<sup>94</sup> ECRE (2022). A step too far: introducing “Instrumentalisation” in EU law. Policy note 40. <https://ecre.org/wp-content/uploads/2022/03/Policy-Note-40.pdf>; ECRE (2024). ECRE Comments Paper: Regulation on Addressing Situations of Crisis and Force Majeure in the Field of Migration and Asylum. <https://ecre.org/comments-paper-regulation-on-addressing-situations-of-crisis-and-force-majeure-in-the-field-of-migration-and-asylum/>



powers in the EU executive bodies with no significant parliamentary control whatsoever. In fact, in the implementing decision, the Commission will assess and declare whether a third country or a hostile non-state actor is facilitating the movement of third-country nationals or stateless persons into the Union (article 3.4.a).

The plenary powers afforded to the Commission, together with the vague notions of instrumentalization, but also of crisis and security throughout the Pact, raise serious legal concerns over the real reach that the framing of threats under the Pact will have in practice. Although it has been argued against<sup>95</sup> the hybrid attack rhetoric amounting to acts of aggression in the sense of article 39 of the UN Charter, and therefore capable of activating the right to self-defence of article 51 of the UN Charter, it remains possible the provisions for cases of instrumentalization eventually allow the Commission, in the race of armament and military tension of today<sup>96</sup>, to consider a particular migratory event a threat to peace under the “weaponisation of migrants”<sup>97</sup> and proxy wars paradigms. If not, Member States can always declare if an event of this kind qualifies in terms of articles 39 and 51 of the UN Charter, even though it is not likely to happen against the will of the Commission.

In any case, the extensive powers granted to the Commission are not proportionally counter-balanced by the introduction of fundamental rights monitoring functions (article 6.2 of the Crisis Regulation) and coherence provisions (article 1.2 of the Crisis Regulation), that have no influence at all over the declaration or restriction of crisis procedures.

<sup>95</sup> HUTTUNEN, (Jan 2<sup>nd</sup> 2024): <https://www.ejiltalk.org/countering-instrumentalised-migration-the-case-for-border-closure-through-a-derogation-under-the-echr/>

<sup>96</sup> SIPRI. (April 22<sup>nd</sup> 2024): <https://www.sipri.org/media/press-release/2024/global-military-spending-surges-amid-war-rising-tensions-and-insecurity>

<sup>97</sup> FORTI, (2022): <https://www.ejiltalk.org/weaponisation-of-migrants-migrants-as-a-political-weapon-and-the-eu-regulatory-response-what-to-expect-now/>

6. *Conclusions. Securitarian practices in EU migration policies: autocratic legalism, methodological whiteness and legitimacy issues*

The Pact, in force in two years from now, has already started to change the CEAS, although not in the direction, at least on paper, of redressing structural inequalities<sup>98</sup> among Member States while preserving fundamental rights of migrants.

Instead, the approach followed by the Commission “normalises violence against non-citizens and legitimises the coercive containment of unauthorised mobility at the expense of individual rights” (MORENO-LAX, 2023)<sup>99</sup>. Even if we accept the EU was founded upon the values enshrined in article 2 of the TEU, we cannot deny the prescriptions of the Pact rely on security considerations to justify the selective application of such principles.

Neglecting to interrogate the threat and emergency rhetoric used to destitute fundamental rights guarantees in terms of citizenship is a privilege and a bias of EU and Western policymaking actors, which apply methodological frameworks coming from explanations to crisis from the “liberal inter-governmentalism” theory<sup>100</sup>. According to this, crisis is explained for “exogenous factors, external to the EU” (MORENO-LAX, 2023)<sup>101</sup>, allowing the EU and Member States to externalise responsibility in the state of things, to induce a general perception of war to their populations through dehumanizing narratives that place vulnerable people seeking protection and a better life, while advancing exceptional legislations that effectively deregulate the field of human and fundamental rights to preserve, at all costs, the hegemonic geopolitical superiority of the EU and its goal of achieving modern liberal freedom.

An expert-driven governance, who does not accept questioning, is focused on producing governmentality techniques that can transcend “binaries of norm/exception, crisis/routine” (MORENO-LAX, 2023)<sup>102</sup>,

<sup>98</sup> SANTOS VARA, (2024, 155). *Op. cit.*

<sup>99</sup> MORENO-LAX, (2023, 30). *Op. cit.*

<sup>100</sup> *Ibid.* pp. 6.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.* pp. 30.

in an attempt of achieving constant legitimation “for restrictions that become embedded in policy and legal structures” (MORENO-LAX, 2023)<sup>103</sup>.

As such, and in line with the argument held by HOWELL & RICHTER-MONTPETIT (2020), the absolute failure to integrate a human security-based approach that places fundamental rights and asylum guarantees in the centre of the policymaking process, is due to the systematic Eurocentrism and “methodological whiteness”<sup>104</sup> that seeks to remain unquestioned because it conveniently reduces racism as a problem of language. In fact, when drawing upon a Schmittian concept of security<sup>105</sup> referring to “exception, emergency and threat” (HOWELL & RICHTER-MONTPETIT, 2020)<sup>106</sup>, the Pact conceptualises the migrant of racialized features – if compared, for instance, to the frame applied to Ukrainian refugees –<sup>107</sup> as the embodiment of such exception and threat.

Gaps in contextualization of policy and the role of international law as a driver for crisis framing, producing a hollowing of constitutional values as fundamental rights, evidences the deterioration in legitimation of contemporary normative processes on the matter. Actually, a trait of autocratic policymaking is that instead of operating under the logic of “liberal constitutionalism” (SCHEPPELE, 2018)<sup>108</sup>, a methodology committed to rights protection, “checked power, to the defense of the rule of law, and to liberal values of toleration, pluralism and equality” (SCHEPPELE, 2018)<sup>109</sup>, the requirements for “legalist” (SCHEPPELE, 2018)<sup>110</sup> policymaking “are simply formal: law meets a positivist standard for enactment as a technical matter when it follows

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> BHAMBRA, (2017): <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/11/10/why-are-the-whiteworking-classes-still-being-held-responsible-for-brexit-and-trump/>. HOWELL & RICHTER-MONTPETIT, (2020, 11). *Op. cit.*

<sup>105</sup> *Ibid.* p. 8.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>107</sup> GERBAUDO, (2022, 615-626).

<sup>108</sup> SCHEPPELE, (2018, 545–584): <https://www.jstor.org/stable/26455917>.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

the rules laid down, regardless of the content or value commitments of those laws” (SCHEPPELE, 2018)<sup>111</sup>.

In reality, this Pact is a statement of Europe’s securitarian metamorphosis with an unprecedented eloquence in terms of creating new derogatory categories, such as the non-entry fiction and reinforcing the role of EU in postcolonial geopolitics when managing migrant populations. In this scheme, MBEMBE (2016) adapts the Foucauldian approach to governmentality to argue race today is “a security device based on what we can call the principle of the biological rootedness of the species. The latter is at once an ideology and a technology of governance”<sup>112</sup> operative under the “logics of enclosure”<sup>113</sup>.

Finally, if crisis is a technology to produce securitized legislation, it could be argued there is a legal dynamic instrumentalising migration to advance and hinder legal protections of migrants and asylum seekers in Europe, where a resignification process of the rights bearer under international, EU and national constitutional law is underway, in parallel to the erosion of the rule of law and the constitutional legal order as a whole<sup>114</sup>.

In this state of things, the positive laws enacted to tackle instrumentalization practices to the EU are not designed to give protection to migrants and asylum seekers, making them susceptible to become a weapon that eventually could call for the activation of the UN collective-security system, in a step from a permanent state of crisis to a state of war.

### *Bibliographic references*

Books and articles:

Agamben, G. (2001) *Means without End: Notes on Politics*. Pre-Textos eds. 1st ed. Spanish ed. Valencia. pp. 26.

<sup>111</sup> *Ibid.* pp. 562-563.

<sup>112</sup> MBEMBE, (2016, 79-80). *Op. cit.*

<sup>113</sup> *Ibid.* pp. 79.

<sup>114</sup> See MINDUS, (2022).

- Agamben, G. (2007). *State of exception*. AH Editora. 3rd ed. 2nd reimp. Buenos Aires.
- Bhambra, G.K. (2017). Why are the white working classes still being held responsible for Brexit and Trump?' *LSE Blog*, 10 November. <https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/11/10/why-are-the-whiteworking-classes-still-being-held-responsible-for-brexit-and-trump/>
- Cordero, R. (2017). *Crisis and Critique. On the Fragile Foundations of Social Life*. Routledge. New York.
- Davitti, D. (2018). Biopolitical Borders and the State of Exception in the European Migration 'Crisis'. *European Journal of International Law*. Volume 29. Issue 4.
- El-Tayeb, F. (2011). *European Others. Queering Ethnicity in Postantional Europe*. University of Minnesota Press.
- Forti, M. (2022). Weaponisation of Migrants? Migrants as a (Political) Weapon and the EU Regulatory Response: What to Expect Now. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <https://www.ejiltalk.org/weaponisation-of-migrants-migrants-as-a-political-weapon-and-the-eu-regulatory-response-what-to-expect-now/>
- Gerbaudo, M. (2022). The European Commission's Instrumentalization Strategy. Normalising Border Procedures and De Facto Detention. *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 7. N°. 2.
- Goldner Lang, I. (2023). "Laws of Fear" in the EU: The Precautionary Principle and Public Health Restrictions to Free Movement of Persons in the Time of COVID-19. *European Journal of Risk Regulation*. 14(1).
- Howell, A., & Richter-Montpetit, M. (2020). Is securitization theory racist? Civilizationism, methodological whiteness, and antiblack thought in the Copenhagen School" *Security Dialogue*, 51(1), 3-22. <https://doi.org/10.1177/0967010619862921>
- Huttunen, J. (Jan 2nd 2024). Countering Instrumentalised Migration: The case for Border Closure Through a Derogation under the ECHR. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <https://www.ejiltalk.org/countering-instrumentalised-migration-the-case-for-border-closure-through-a-derogation-under-the-echr/>
- Mbembe, A. (2016). *Critique of Black Reason*. Futuro Anterior Eds. Ulzama. Spanish edition.
- Mindus, P. (2022). On Population Design: Using Migration Law to Dismantle Constitutional Democratic Institutions. In Stoyanova, V. & Smet, S.

- eds. *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Neal, A. (2009). Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of Frontex. 47 *Journal of Common Market Studies*.
- Santos Vara, J. (2022). Flexible Solidarity in the New Pact on Migration and Asylum: A New Form of Differentiated Integration? *European Papers*. Vol. 7, 2022, No 3.
- Santos Vara, J. (2024). *El nuevo pacto de la Unión Europea sobre migración y asilo*. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- Scheppele, K. L. (2018). Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, 85(2). <https://www.jstor.org/stable/26455917>
- Stritzel, H. (2014). *Securitization Theory and the Copenhagen School*. In: *Security in Translation. New Security Challenges Series*. Palgrave Macmillan: London. [https://doi.org/10.1057/9781137307576\\_2](https://doi.org/10.1057/9781137307576_2)
- Von Rosen, J. (2019). The Securitization of Migration as a Threat to Liberal, Democratic Societies. *Sicherheit Und Frieden (S+F) / Security and Peace*, 37(1), 35–40. <https://www.jstor.org/stable/26679776>

Media articles & press releases:

- Amnesty International. (April 4th 2024). EU: Migration and Asylum Pact reforms will put people at heightened risk of human rights violations. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/04/eu-migration-asylum-pact-put-people-at-risk-human-rights-violations/>
- Amnesty International (July 12nd 2024). Finland: Emergency law on migration inconsistent with EU law and must be “rigorously scrutinized”. <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2024/07/finland-emergency-law-on-migration-inconsistent-with-eu-law-and-must-be-rigorously-scrutinized/#:~:text=The%20new%20emergency%20law%20defines,an%20attempt%20to%20destabilize%20it.>
- Bielecka, A. (July 6th 2022). Poland Finally Lifts State of Emergency at Belarus Border. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/news/2022/07/06/poland-finally-lifts-state-emergency-belarus-border>

- Blanco, M. (May 19th 2021). Crisis migratoria en Ceuta: ¿qué son las devoluciones en caliente? Newtral.es. <https://www.newtral.es/que-son-las-devoluciones-en-caliente-ceuta/20210519/>
- Civil Rights Defenders. (April 11th 2024). The EU's new migration and asylum pact hollows out the right to asylum. <https://crd.org/2024/04/11/the-eus-new-migration-and-asylum-pact-hollows-out-the-right-to-asylum/>
- ECRE. (June 9th 2023). Editorial: Migration Pact Agreement Point by Point. <https://ecre.org/editorial-migration-pact-agreement-point-by-point/>
- ECRE (April 19th 2024). EU Eastern Borders: Finland Closes its Border with Russia Indefinitely Despite Criticism – Hungary, Poland, and Slovakia Oppose Implementation of New EU Migration Pact While Lithuania Prefers to Pay – Northern Latvia's New Asylum Centre Receives Support from Local Community. <https://ecre.org/eu-eastern-borders-finland-closes-its-border-with-russia-indefinitely-despite-criticism-%E2%80%95-hungary-poland-and-slovakia-oppose-implementation-of-new-eu-migration-pact-while-lithuania-prefers/>
- Erling, B. (July 10th 2024). Poland will do what is needed to end Belarus border crisis, says deputy minister. Reuters.com. <https://www.reuters.com/world/europe/poland-will-do-what-is-needed-end-belarus-border-crisis-says-deputy-minister-2024-07-10/>
- Euronews (Nov 11th 2021). Belarus border chaos a 'hybrid attack not a migration crisis', says EU's von der Leyen. <https://www.euronews.com/2021/11/10/dozens-of-migrants-detained-in-poland-after-breaking-across-belarus-border>
- Ministry Of Interior (June 6th 2024). The European Union must be able to protect its security in situations of instrumentalised migration. Finish government. <https://valtioneuvosto.fi/en/-/1410869/the-european-union-must-be-able-to-protect-its-security-in-situations-of-instrumentalised-migration>
- Nautiyal, G. (July 1st 2021). Morocco, Spain and the Instrumentalisation of Migration. Diplomatist.com. <https://diplomatist.com/2021/07/01/morocco-spain-and-the-instrumentalisation-of-migration/>
- SIPRI. (April 22nd 2024). Global military spending surges amid war, rising tensions and insecurity. Stockholm. <https://www.sipri.org/media/press->

release/2024/global-military-spending-surges-amid-war-rising-tensions-and-insecurity

Sutherland, J. (Dec 21st 2023) EU's Migration Pact is a Disaster for Migrants and Asylum Seekers. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/news/2023/12/21/eus-migration-pact-disaster-migrants-and-asylum-seekers>

Table of reports and policy papers

ACCEM. (2024). Informe 2024 sobre Personas Refugiadas en España y en la Unión Europea. Available at: <https://www.accem.es/refugiados/informe-personas-refugiadas-datos-2023#tab-id-1>

CEAR. (2024). El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos. Servicio de Investigación y Estudios del Área de Incidencia de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Madrid, pp. 9-21. Available at: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2024/04/Pacto-Europeo-de-Migracion-y-Asilo-retos-y-amenazas.pdf>

ECRE (2022). A step too far: introducing “Instrumentalisation” in EU law. Policy note 40. <https://ecre.org/wp-content/uploads/2022/03/Policy-Note-40.pdf>

ECRE (2024). ECRE Comments Paper: Regulation on Addressing Situations of Crisis and Force Majeure in the Field of Migration and Asylum. <https://ecre.org/comments-paper-regulation-on-addressing-situations-of-crisis-and-force-majeure-in-the-field-of-migration-and-asylum/>

The European Centre Of Excellence For Countering Hybrid Threats (2023). Instrumentalized migration and the Belarus crisis: Strategies of legal coercion. Hybrid CoE Paper 17. <https://www.hybridcoe.fi/wp-content/uploads/2023/04/20230425-Hybrid-CoE-Paper-17-Instrumentalized-migration-and-Belarus-WEB.pdf>



*Miguel Ángel Sevilla Duro\**

UNA PROPUESTA DE CATEGORIZACIÓN DE LOS LÍMITES  
AL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO  
DE LA INTEGRACIÓN SOBRE  
LAS CONSTITUCIONES NACIONALES

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Concepto y delimitación del principio de primacía. – 3. A vueltas con la (pretendida) condicionalidad de la primacía. – 4. Límites formales y materiales a la primacía del derecho de las integraciones. – 4.1. Los derechos fundamentales. – 4.2. La distribución competencial. – 4.3. La identidad constitucional. – 5. Conclusiones.

*1. Introducción*

La naturaleza del principio de primacía es bidimensional: Como puede intuirse, una primera dimensión es la elaboración de los parámetros de su doctrina por el órgano de resolución de controversias de cada integración económica; pero su plena recepción, la segunda dimensión, depende de su incorporación a los ordenamientos constitucionales de los Estados parte por medio de su afirmación en voz de los intérpretes constitucionales nacionales, tarea que dista mucho de resultar sencilla<sup>1</sup>. No faltan argumentos para dificultar esa afirmación. Como sostuvo SAIZ ARNAIZ (2005, p. 60) en directa alusión a la doctrina de los contralímites, asumir que el derecho de la integración prima sobre las leyes y reglamentos puede resultar más o menos complicado, pero aceptar que ese mismo derecho se impone a la Constitución suscita, “como mínimo perplejidad”; y, todavía más, dar por bueno que ni siquiera los fundamentos del propio sistema de organización del poder público están a salvo del empuje de la primacía puede parecer “pura y simplemente inaceptable, salvo que la Constitución deje de ser lo que está llamada a ser”.

La jurisprudencia de los máximos intérpretes constitucionales de

\* Universidad de Extremadura.

<sup>1</sup> Al respecto, WEILER, (1981, 274-275).

los Estados parte de cualquier proyecto más o menos exitosos de integración económica se encuentra en esta línea. Es muy conocida la tensa relación entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA). Algo similar podría predicarse de la Corte costituzionale italiana desde su sentencia en el asunto *Frontini* hasta su cuestión prejudicial en el asunto *M.A.S.* sobre el significado y la aplicación de *Taricco*. En España, aun con menos beligerancia, no es baladí la salvaguardia que el Tribunal Constitucional estableció a la primacía del Derecho de la Unión Europea (UE) en su Declaración 1/2004. Los ejemplos parecen inacabables y, como tratará de evidenciarse, exceden por mucho del ámbito del proyecto europeo, pues la primacía es un principio existente en todas las integraciones económicas, si bien con variadas modulaciones.

A colación de este último extremo, y antes de entrar a conocer las distintas formulaciones y límites del principio de primacía en el derecho de las integraciones, conviene hacer un mínimo alto en el camino en relación con la heterogeneidad de las integraciones económicas en vigor en el mundo: No es posible alcanzar un concepto unívoco de integración, y ello condiciona notablemente la forma en la que opera la primacía en cada contexto. De hecho, podría decirse que existen tantas definiciones de integración como integraciones hay en vigor, lo que dificulta indudablemente cualquier intento de comparación, pues cada integración ha configurado la primacía y ha admitido unos límites más o menos incisivos en función de su estadio de profundización, concretas necesidades y perspectiva futuras de cohesión jurídica y económica. Dicha compleja taxonomía de las integraciones, por lo tanto, determina la percepción misma de la primacía<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> A efectos de este trabajo se entiende por integración aquella organización internacional que a) es creada por varios Estados (plurilateral); b) es creada de forma libre y voluntaria sobre la base de un tratado; c) tiene una estructura propia más o menos formalizada (usualmente, uno o más órganos o instituciones); d) tiene y puede expresar una voluntad propia (*volonté distincte*) que puede ser distinta de la de sus Estados parte; e) tiene una base territorial regional (si bien este elemento puede flexibilizarse), y f) ejerce competencias que son propias de los Estados con el objetivo de profundizar en materia económica, entendiendo por profundización la convergencia normativa e institucional –un paso más allá de la cooperación– con el objeto de aumentar los flujos comerciales intra y extrarregionales. Esta definición, pese a incluir una serie de

Esta dificultad de conceptualización y delimitación trata de abordarse en el apartado 2 de este trabajo, que además de aspirar a un entendimiento de la primacía ajeno al eurocentrismo – en cuanto es posible – procura asentar las premisas básicas de la primera de las dimensiones enunciadas, aquella que radica en la jurisprudencia de los órganos de resolución de controversias de las integraciones. Tras ello, el apartado 3 pretende abordar la problemática de la (in)condicionalidad de la primacía, afirmada con frecuencia por el derecho de las integraciones y sus intérpretes y negada habitualmente, con igual intensidad, por las altas cortes de los Estados parte. Con base en lo anterior, el apartado 4 se dedica a la segunda de las dimensiones de la primacía, la que se halla en la doctrina de los máximos intérpretes constitucionales nacionales, y pone el foco en los límites formales y materiales que estos han esgrimido; en particular, los derechos fundamentales, la distribución competencial y la identidad constitucional. El trabajo se acompaña de una serie de reflexiones conclusivas sobre la eventual necesidad de reconsiderar la primacía en un sentido diferente al actual.

## *2. Concepto y delimitación del principio de primacía*

Sintéticamente, el principio de primacía implica que, en caso de elementos que solo un tipo concreto de organización internacional tiene, da lugar a estructuras cuyo nivel de profundización (entiendo por tal la mayor o menor integración) varía notablemente. Así, es posible distinguir, sin profundizar más en este punto sobre sus diferencias, entre Zonas de Libre Comercio (ZLC), Uniones Aduaneras (UA), Mercados Comunes (MC), y Unidades Económicas y Monetarias Supraestatales (UEMS). Además, como es lógico, esas distintas etapas –en realidad, solo las dos primeras– pueden alcanzarse siguiendo dos modelos de ejercicio del poder diferentes, el intergubernamental y el supraestatal. Ambos modelos, como también ocurre con las etapas, son construcciones teóricas puras que, en la práctica, difícilmente se hallarán con pureza, por lo que es frecuente encontrar modelos mixtos o imperfectos. La categorización original de las etapas es obra de BALASSA (1962, 2), que distingue entre cinco. Su modulación y depuración teórica ha sido un proceso paulatino y no ajeno a debates y discrepancias en la doctrina. Al respecto, sobre la concepción aquí asumida sobre las distintas etapas y modelos de ejercicio del poder, *vid.* SEVILLA DURO, (2025, cap. I.C. y D.).

conflicto entre el derecho de la integración y el derecho interno de los Estados miembros, el primero se aplica con preferencia sobre el segundo. Este principio no se plasma con frecuencia en el derecho primario de las integraciones, sino que es, eminentemente, de construcción y configuración jurisprudencial, aunque existen algunas excepciones notables, como el artículo 8.4 del Tratado de la EAC (“los órganos, las instituciones y las leyes de la Comunidad prevalecerán sobre los nacionales similares nacionales similares en las cuestiones relativas a la aplicación del Tratado”) o el artículo 32.1 del acuerdo del GCC (“las disposiciones del presente Acuerdo prevalecerán en caso de discrepancia con las leyes y normas locales de los Estados miembros”)<sup>3</sup>.

La primacía no descansa ni en los preceptos de apertura constitucional de los Estados hacia la integración ni, como se verá más adelante, y pese a la discusión doctrinal existente, en la naturaleza internacional de las integraciones. Como acertadamente señala Enes (2017, p. 170), se fundamenta en la afirmación de autosustentación normativa de la validez del derecho de la integración por medio de un razonamiento circular que sostiene su autonomía en un autoproclamado “nuevo ordenamiento jurídico” dotado de poderes, competencias y autonomía a partir de los cuales inferir su exigencia de primacía absoluta. Esta lógica es tributaria de la jerarquía kelseniana, por lo que el derecho de las integraciones, aunque formalmente se basa en el *pacta sunt servanda* habida cuenta de la naturaleza de organización interna-

<sup>3</sup> En la UE trató de incluirse en el artículo I-6° de la malograda Constitución Europea de 2004. En la actualidad se plasma en la Declaración número 17 aneja al Tratado de Lisboa, en la que “[l]a Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”. La citada Declaración incorpora el dictamen de 22 de junio de 2007 del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, que añade que “este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea”, y que “el hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia”. Con profundidad, *vid.* SEVILLA DURO (2025, cap. II.B.).

cional de las integraciones, se muestra como un sistema autorreferencial que, en este sentido, no se aleja mucho de los sistemas estatales<sup>4</sup>.

La relación entre el citado *pacta sunt servanda* y la primacía es, todavía hoy, muy discutida. Parte de la doctrina entiende que la primacía no implica nada más allá de lo que se dispone en los artículos 26 y 27 CVDT sobre la observancia de los tratados<sup>5</sup>. Otros autores, con los que aquí se coincide más, estiman que difícilmente puede ser así, porque del *pacta sunt servanda* solo se desprende una obligación de resultado y una primacía limitada al orden jurídico internacional, pero que no se proyecta necesariamente sobre el orden interno en tanto se garantice el respeto a los compromisos asumidos internacionalmente<sup>6</sup>; ello además de que la CVDT no establece una ordenación entre normas, sino que se limita a recordar la imposibilidad de invocar el derecho interno para incumplir el internacional.

Debe hacerse otra precisión conceptual sobre la que más adelante se ahondará: primacía no equivale ni a supremacía ni a jerarquía, aunque en ocasiones se confundan<sup>7</sup>. La jerarquía está ligada a la legitimidad democrática propia del sistema de fuentes de los Estados constitucionales de Derecho, razón por la que no opera nominalmente en las integraciones, que carecen de soberanía a falta de un auténtico proceso constituyente; y el principio de primacía es una mera previsión o consecuencia del sistema de reparto de competencias entre la integración y sus Estados parte. En este sentido, parte de la doctrina ha criticado la utilización del principio de primacía por su “adherencia auto-

<sup>4</sup> Con profundidad, *vid.* MACCORMICK, (1997, 334-337).

<sup>5</sup> Por todos, WEILER, (1995, p. 220) y la bibliografía por él citada. Con más moderación, MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, (2018, 689-690) sostienen que la primacía está “ligad[a] íntimamente al principio *pacta sunt servanda*”.

<sup>6</sup> Por todos, ENES, (2017, 170-171).

<sup>7</sup> Como ejemplo, para el TJCA la autonomía del ordenamiento andino implica la supremacía de sus normas, tal como lo señaló el 28 de septiembre de 2001 en la Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Perú (Sentencia de 28 de septiembre de 2001, proceso 89-AI-2000). Con profundidad, *vid.* TREMOLADA ÁLVAREZ, (2006, 64). En el ámbito de la UE, López Basaguren afirma que el principio de autonomía del DUE, en la configuración realizada por el TJUE – particularmente en los dos dictámenes sobre la adhesión de la UE al CEDH – es, en realidad, un principio de supremacía respecto a cualquier otro ordenamiento o sistema jurídico (LÓPEZ BASAGUREN, 2022, 27).

ritaria, impropia de nuestro tiempo, del principio de jerarquía normativa” (GARCÍA GUERRERO, 2014, 472)<sup>8</sup>.

Por su parte, la supremacía opera en un plano distinto a la primacía. La Declaración 1/2004 (§4) del Pleno del Tribunal Constitucional de España ahonda a este respecto, si bien lo hace de forma innecesaria y equívoca para parte de la doctrina (LÓPEZ CASTILLO, 2022, 318). A juicio del Constitucional español, la primacía se desenvuelve en el orden de la aplicación de normas válidas; mientras que la supremacía lo hace en el de los procedimientos de normación. Así, “la supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas [piénsese en las cláusulas de apertura], con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla”. La primacía, sin embargo, “no se sustenta necesariamente en la jerarquía” por las razones antedichas, “sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas [competencia], en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones”. No es este el espacio para incidir en las críticas a la Declaración, pero sí conviene traer a colación la tesis de Ferreres Comella, que considera que esta distinción puede resultar admisible si se trata de derecho derivado, pues una norma nacional postergada puede recuperar su aplicabilidad si se deroga o modifica la norma de la integración que resulta preferente, pero difícilmente cabe en el derecho primario, que tiene cierta vocación de permanencia (FERRERES COMELLA, 2005, 90).

Como se ha remarcado, la primacía encuentra su fundamento último en la autonomía del derecho de la integración. La sentencia ineludible al tratar de este principio es, como por todos es sabido, la clásica *Costa c. ENEL*. En la misma se determina la naturaleza y

<sup>8</sup> Incide el autor (*Ibidem*) en que “la primacía no puede entenderse como jerarquía normativa en ningún caso porque las normas de la [integración] no expresan un mayor plus de voluntad popular, esto es, no tienen mayor legitimidad democrática y porque la supremacía constitucional descansa en que este tipo de normas son obra del poder constituyente, en cambio, las normas primarias de la [integración] son fruto de poderes constituidos”.

características específicas del derecho de la hoy UE, se alude a la “limitación definitiva”<sup>9</sup> derivada del principio de atribución, se remarca el carácter obligatorio del derecho derivado, se apunta hacia el principio de cooperación leal en tanto prohibición de establecer medidas que pongan en riesgo los objetivos de la integración, y – en lo que aquí más interesa – se construye la primacía como condición existencial del entonces derecho comunitario, en el que los Estados no pueden modificar unilateralmente las normas, razón por la que cualquier norma incompatible debe excluirse o inaplicarse, sin perjuicio de la materia que regule<sup>10</sup>. De este modo, la primacía implica una obligación positiva: la necesidad de que los Estados parte adecúen su legislación interna para contribuir a los objetivos marcados por el derecho de la integración; y una obligación negativa: la necesidad de que los Estados parte adecúen su legislación interna para no perjudicar tales objetivos.

La obligación positiva, por ser mucho más evidente, ha generado menores reticencias en los Estados integrados, y normalmente encuentra un respaldo, más o menos explícito, en el derecho primario de las integraciones, ya sean estas intergubernamentales o supraestatales (artículos 1 del Tratado de Asunción, 4.3 del TUE, 9 del Tratado de Chaguaramas revisado de la CARICOM, o 4.j del Tratado del ECOWAS, entre muchos otros)<sup>11</sup>. La obligación negativa, pese a que puntualmente también se consagra en el derecho primario (por ejemplo, en el artículo 6 del Protocolo de Tegucigalpa del SICA), ha dado lugar

<sup>9</sup> Conviene advertir que ninguna otra sentencia ha predicado la condición “definitiva” de la limitación de la soberanía (SAIZ ARNAIZ, 2005, p. 66).

<sup>10</sup> Así, como ejemplo, “si se incoa un proceso penal en virtud de una medida legislativa nacional que se considera contraria al Derecho comunitario, una condena en dicho proceso también es incompatible con dicho Derecho” (Sentencia de 16 de febrero de 1978, asunto 88/77, caso *Schonenberg y otros*, punto 3 del fallo). Con profundidad sobre esto, *vid.* MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, (2018, pp. 691-694).

<sup>11</sup> Estos artículos, a los efectos expuestos en este subapartado, implican el deber de los Estados de acomodar su legislación interna a sus obligaciones internacionales, en línea con la clásica Opinión Consultiva de 21 de febrero de 1925 (Serie B, núm. 10) del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, relativa al intercambio de poblaciones griegas y turcas: “Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos”.

a una vasta e interesante jurisprudencia por la reacción, con frecuencia disconforme, emanada por los intérpretes de las constituciones menos abiertas a los procesos de integración. Esta obligación negativa, construida esencialmente por el TJUE, añade a lo ya señalado en *Costa c. ENEL* que “el hecho de no derogar expresamente [una] legislación nacional [contraria al derecho de la integración] no puede tener el efecto de mantener una situación de inseguridad jurídica”, haciendo ver que las normas internas incompatibles son inaplicables de pleno derecho<sup>12</sup>. En todo caso, de no derogarse en sede legislativa, no se puede impedir al juez nacional la “facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias”<sup>13</sup>. Además, tal facultad se predica de todas las instancias jurisdiccionales – no solo de las que presiden la cúspide del poder judicial o de los máximos intérpretes constitucionales –, así como de cualesquiera otras autoridades administrativas nacionales<sup>14</sup>. En algunas integraciones, como la CAN, el máximo órgano de solución de controversias ha afirmado que “el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, sino que ‘tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias’”<sup>15</sup>.

La Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2022, asunto C-430/21, en el caso *RS* recuerda que la primacía opera también frente a los textos constitucionales, por lo que una norma declarada como

<sup>12</sup> Sentencia de 15 de octubre de 1986, asunto 168/85, caso *Comisión c. Italia*, §9.

<sup>13</sup> Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, caso *Simmenthal*, §22; y de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, caso *Factortame*, §20.

<sup>14</sup> Sobre su aplicación por todos los jueces nacionales, *vid.* la citada Sentencia del caso *Simmenthal*, §§21-24. Sobre su extensión al ámbito de las autoridades administrativas, *vid.*, entre otras, las Sentencias del TJUE de 29 de abril de 1999, asunto C-224/97, caso *Ciola*, §§26 y 30; y de 14 de septiembre de 2017, asunto C-628/15, caso *The Trustees of the BT Pension Scheme*, §54. Como recoge este último párrafo, “tanto las autoridades administrativas como los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones del Derecho de la Unión, están obligados a garantizar la plena eficacia de estas disposiciones dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición nacional contraria sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional”.

<sup>15</sup> Sentencia de 25 de mayo de 1988, proceso núm. 2-IP-88.



constitucional de forma expresa en el control de constitucionalidad puede ser contraria al derecho de la integración. Esta afirmación se ha reiterado en la posterior Sentencia de 26 de septiembre de 2024, asunto C-792/22, caso *Energothenica*, §61-62; y pese a seguir siendo objetada o matizada por parte de la doctrina tras la publicación de la referida Sentencia (*vid.* MATIA PORTILLA, 2023, 577), así como por los jueces constitucionales más apegados a la noción reactiva de identidad constitucional, no es novedosa, ni siquiera exclusiva del Derecho de la Unión Europea (DUE). En la Sentencia sobre el caso *Internationale Handelsgesellschaft* – concretando el precedente, de índole más procesal, del caso *San Michele*<sup>16</sup> – ya se establece expresamente que “al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma”, ni siquiera los “derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro” o “los principios de una estructura constitucional nacional”<sup>17</sup>. Por citar un ejemplo alejado del continente europeo, la CCJ también remarcó que “las normas comunitarias ocupan un lugar prioritario respecto a las normas nacionales, dado que su aplicación es preferente o prioritaria respecto al Derecho Interno de los Estados Miembros, primacía de carácter absoluto incluso respecto de las normas constitucionales, ya que no tendría sentido que sus efectos pudieran ser anulados o eludidos por los Estados”<sup>18</sup>. En un sentido parecido, el Tribunal de la EAC sostuvo que “incluso cuando el Tribunal Superior de un Estado parte haya dictado una resolución definitiva sobre la constitucionalidad de una ley nacional, que no sea recurrible ante un tribunal superior, (...) tal resolución no impediría que este Tribunal siguiera preguntándose si esa ley nacional violaba el Tratado

<sup>16</sup> Sentencia de 22 de junio de 1965, asunto 9/65, caso *San Michele*. En ella, el TJUE se negó a posponer su sentencia hasta que al Corte costituzionale italiana se pronunciase, como solicitaba la recurrente, so acertado pretexto de que ello equivaldría a aceptar que las constituciones (y su interpretación) priman sobre el DUE.

<sup>17</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, caso *Internationale Handelsgesellschaft*, §3.

<sup>18</sup> Sentencia de 5 de marzo de 1998, caso núm. 10, *Coto Ugarte c. Consejo Superior Universitario de la Universidad de El Salvador*, considerando I.

de la EAC y llegara a una conclusión diferente de la del tribunal nacional superior”<sup>19</sup>. En resoluciones anteriores, este Tribunal ya había afirmado – con acierto y expresa cita a la jurisprudencia europea – que la razón por la que en caso de conflicto entre el derecho de la integración y el nacional se da primacía al primero es para que este “se aplique uniformemente y sea eficaz”<sup>20</sup>.

Como señalan Mangas Martín y Liñán Nogueras (2018, 694), a diferencia de la eficacia directa, que es una característica relativa, la primacía es una característica absoluta y la condición existencial de la propia Unión. Así, mientras que la eficacia directa contribuye a la integración y puede no existir en modelos intergubernamentales puros, como se ha ejemplificado *supra* con el caso del MERCOSUR, la primacía cobra un relieve aún mayor, pues condiciona la existencia misma de la integración, al punto de concebirse como la regla “fundamental para la existencia de la Comunidad”<sup>21</sup>. Con todo, la primacía es dependiente del efecto directo, como se ha venido advirtiendo por la doctrina desde hace décadas (DOUGAN, 2007, 935-936) y se ha asumido, más recientemente, por la jurisprudencia<sup>22</sup>. De forma muy pareci-

<sup>19</sup> Sentencia de 3 de diciembre de 2019, ref. 2, de 2015, caso *Foro de Organizaciones de la Sociedad Civil de África Oriental (EACSO) c. Fiscal General de la República de Burundi y otros*.

<sup>20</sup> Sentencia de 30 de mayo de 2007, ref. 1 de 2006, caso *Prof. Peter Anyang' Nyong'o y otros c. Fiscal General de la República de Kenia y otros*.

<sup>21</sup> Sentencia de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, caso *Comisión c. Bélgica*, §19.

<sup>22</sup> *Vid.* Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, caso *AK y otros c. Sqd Najwyższy*, §§157-161.

La primacía tiene también una muy estrecha conexión con los principios de atribución y competencia. Extrapolando las consideraciones esgrimidas por DE LA QUADRA-SALCEDO sobre el principio de prevalencia en España (2009, 221), la primacía no establece qué nivel territorial es el competente para adoptar ciertas regulaciones ni, como se acaba de decir, afecta al plano de la titularidad de las competencias, sino que opera como una regla de resolución de colisiones normativas que produce la inaplicación de la norma (estatal o de la integración) válida que se opone a la norma del otro nivel, sin con ello afectar a la validez de la que resulta inaplicada. Así, como es evidente, solo puede recurrirse al principio de primacía una vez que ya se ha utilizado el principio de competencia para determinar y verificar la previa validez de las normas confrontadas (DE LA QUADRA-SALCEDO, 2009, 222).

da, el TJCA ha remarcado que la primacía (en su jerga, “preeminencia”) es una “característica esencial del Derecho Comunitario” y un “requisito básico para la construcción integracionista”<sup>23</sup>. Es posible afirmar, por tanto, que es condición de posibilidad de todo tipo de integración, más allá de la etapa del proceso de profundización en que se encuentre y de su modelo de ejercicio del poder.

A partir de todo lo anterior puede concluirse que el mentado entendimiento del carácter absoluto de la primacía es propio de una relación de tipo intrasistémico (y no intersistémico), pues en las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes solo se imponen normas de conflicto instrumentales, pero no un régimen de prevalencia formal, como es propio en las integraciones (ENES, 2017, 172). Se está, por tanto, más próximo a los sistemas federales y a una concepción monista del sistema de fuentes que a los sistemas internacionales de resolución de conflictos entre ordenamientos diferentes y desconectados. La primacía no debe verse, entonces, como una innovación jurisprudencial del TJUE ni de cualquier otro órgano de solución de controversias de una integración, sino como una adaptación de la perspectiva estatalista (constitucional) de ordenación del sistema de fuentes, razón por la que la relación de supra y subordinación a la que va ligada el principio se plasma en práctica identidad en las integraciones y en los modelos federales, tal y como se expondrá en los sucesivos apartados.

### 3. *A vueltas con la (pretendida) condicionalidad de la primacía*

El TCFA, sin perjuicio de lo que se desarrollará más adelante, afirmó con claridad que, “a diferencia de la primacía de aplicación del Derecho federal, prevista en el artículo 31 de la Ley Fundamental del ordenamiento jurídico alemán, la primacía de aplicación del Derecho de la Unión no puede ser global” (Sentencia *Honeywell*, §53, citando la *BVerfGE* 73, 339). Mismo punto de vista expuso desde la doctrina, décadas atrás, DE OTTO (1998, 27). La muy criticable Sentencia del TC rumano sobre la independencia de su Poder Judicial se pronuncia

<sup>23</sup> Sentencia de 3 de diciembre de 1987, proceso núm. 1-IP-87, considerando 2.

todavía con mayor claridad: “la Ley Fundamental del Estado es la expresión de la voluntad popular, lo que significa que no puede perder su fuerza vinculante simplemente por la existencia de una discrepancia entre sus propias disposiciones y las disposiciones europeas, por lo tanto, la adhesión a la UE no puede afectar la supremacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico”<sup>24</sup>. En este punto, se asuma o no tal premisa, es inevitable retrotraerse a la afirmación de Häberle de que la dependencia de la “constitución” material de una UEMS – como la UE – de las de sus Estados parte es mayor, tanto de hecho como de derecho, que la de una Federación respecto de sus Estados constituyentes<sup>25</sup>.

Lo cierto es que, como se ha evidenciado al tratar del principio en abstracto, con alusiones expresas a la principal jurisprudencia comparada del TJUE (casos *Internationale Handelsgesellschaft*, *San Michele o RS*), la CCJ o el Tribunal de la EAC, la primacía de la integración opera *prima facie* también respecto de las normas de rango constitucional, además de poder conducir a su reforma. Como es natural, esto último sucederá en un grado superior a mayor supraestatalidad de la integración, si bien la primacía opera también en modelos intergubernamentales y poco profundos. Como contrapunto, la evidencia empírica da muestra de que a medida que la necesidad de profundización hace más evidente el posible contraste entre normas constitucionales internas y derecho (primario) de la integración, se tiende a establecer o reforzar las cláusulas de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados parte en el propio derecho de la integración, como muestra el TUE en su artículo 4.2, que recoge la pretensión en este sentido del proyecto de constitución europea (*vid.* VECCHIO, 2015, 98-99). Sin embargo, la incorporación formal – o, en su caso, reafirmación o potenciación – de estas cláusulas, ya sea en el derecho, ya en la jurisprudencia, no puede interpretarse como un quiebre de las implicaciones derivadas de la primacía, sino como un eficaz mecanismo de conexión y respeto a las normas constitucionales.

<sup>24</sup> Sentencia del TC de Rumanía núm. 390, de 8 de junio de 2021, §22. Traducción extraída de PIZZOLO, (2022, 275).

<sup>25</sup> Esta afirmación parece hecha, claro, en clave de federalismo de agregación o integración (HÄBERLE, 2006, 220).

Ningún órgano de resolución de controversias de las integraciones ha admitido hasta la fecha la condicionalidad de la primacía como regla general. Se trata, al contrario, de una primacía incondicional o absoluta, como muestra con meridiana claridad la Sentencia del TJUE en el caso *Melloni*; y ello con base en los principios de confianza y refuerzo mutuo y, por consecuencia, en la efectividad del derecho de la integración<sup>26</sup>. Con todo, vale advertir que la primacía únicamente habría de entrar en juego cuando la integración actúa en el marco de sus competencias, pero no cuando los Estados ejerzan legítimamente las competencias que les corresponden<sup>27</sup>.

Esta situación, si se retorna a Kelsen (2002, 370), aproxima a las integraciones mucho más hacia los Estados federales que hacia las confederaciones, pues mientras que en el Estado federal el derecho de la federación prevalece incondicionadamente sobre el de los Estados federados, en las confederaciones, salvo que se limite expresamente, existe un “derecho de anulación” que otorga a los Estados la capacidad para declarar la nulidad de los actos irregulares de la unión y para negarles obediencia por tal motivo; por ejemplo, en caso de sobrepasar la esfera competencial y lesionar directa o indirectamente su derecho interno.

Como es natural, la postura de Luxemburgo no se ha asumido unánimemente ni en la doctrina ni en las resoluciones de los máximos intérpretes constitucionales de los Estados parte<sup>28</sup>. A colación del caso *Melloni* se ha dicho que interpretar la primacía como incondicional equivale a configurarla como supremacía sobre las constituciones nacionales, lo que no cabe a la luz de los tratados; y si ello se acepta – como señala el voto particular de García-Calvo y Montiel a la DTC 1/2004 del TC español (§8) –, se está transfiriendo a la integración la

<sup>26</sup> Sentencia de 26 de febrero de 2016, asunto C-399/11, caso *Melloni*, §63.

<sup>27</sup> Así lo señala – y se comparte – BIGLINO CAMPOS, (2007, 172) en clave nacional. Indica la autora que este hecho, unido a que la primacía no es necesaria cuando la Federación actúa dentro de sus competencias exclusivas, implica que la primacía no es incondicionada en sentido estricto, pues hay ámbitos (las competencias exclusivas) que están vedados a una u otra unidad.

<sup>28</sup> Incluso algunos tribunales, como el *Conseil d'Etat* francés, llegaron a afirmar en un primer momento que en la medida en que el hoy TJUE no tenía jurisdicción para examinar la validez del derecho interno, no podía considerarlo incompatible con el DUE (Decisión de 1 de marzo de 1968, caso *Semoules*).

potestad de reformar las constituciones nacionales siempre que, en el ejercicio de sus competencias propias, estime necesario hacerlo. Además, el hecho de que las reformas así producidas sean tácitas, no expresas, no cambia su naturaleza ni permite ignorar que lo que se transfiere no es el ejercicio de algunas competencias concretas de órganos del Estado, sino el del poder soberano del pueblo de los Estados parte para establecer su propia Constitución.

El ejemplo más enriquecedor para la comprensión de esta postura, dada la mayor profundización de la integración, se encuentra en la UE, que debe ser analizada con cierto detenimiento. Ninguna otra integración ha dado lugar, ni siquiera lejanamente, a un diálogo jurisdiccional tan rico en la materia. Son bien sabidos los argumentos de las principales resoluciones al respecto, para cuya mayor profundización es necesario hacer una remisión a la doctrina más autorizada en la materia (CLOOTS, 2015; PIZZOLO, 2022; SAIZ ARNAIZ y ALCOBERRO LLIVINA, 2013; y CRAIG y DE BÚRCA, 2020, 317-345).

#### *4. Límites formales y materiales a la primacía del derecho de las integraciones*

De un análisis detenido de la jurisprudencia comparada se puede extraer que los límites esgrimibles al principio de primacía pueden ser de dos tipos. En primer lugar, los límites de índole formal, que son, fundamentalmente, tres: los propios límites a la reforma constitucional; los términos marcados por la fórmula constitucional habilitante (o cláusula de apertura); y las cláusulas de intangibilidad de la constitución, ya sean estas explícitas o implícitas. En segundo lugar – y con las matizaciones que a continuación se harán –, los límites materiales son también tres: el respeto a la protección de los derechos fundamentales, la distribución de competencias y la identidad constitucional. Los dos últimos perviven siempre, y son inherentes al proceso de profundización, con las salvedades interpretativas del significado del último; mientras que el primero subsiste solamente hasta el avance a la UEMS, según se tratará de argumentar. Todos tienen una mayor importancia y concreción a menor grado de profundización y mayor intergubernamentalismo en el modelo de ejercicio del poder.

Son estos límites materiales los que aquí más interesan, pues se insertan o plasman en los formales, que no son más que una forma de vehicularlos en el texto constitucional. Dicho de otro modo: todo límite constitucional que pueda esgrimirse frente al principio de primacía tiene una base material que se desprenderá de uno de los elementos formales referidos. Así, cualquier motivo material alegado será, a su vez, un límite formal; bien a la reforma constitucional, y, por ende, al proceso de integración; bien frente a los excesos de lo previsto en la fórmula constitucional habilitante; bien a modo de cláusula de intangibilidad; bien mediante una combinación de los anteriores. Podría decirse, entonces, que los materiales responden a la pregunta “¿cuáles son los límites?” y que los formales se refieren a la cuestión “¿dónde están plasmados?”, por lo que habría de matizar la concepción de los formales como límites en sentido estricto, en tanto son, más bien, sustentos constitucionales.

Es pertinente, por ende, centrarse en lo material sin obviar su inserción en los sustentos formales, que resultan instrumentales – y en consecuencia son excedentes – a efectos de este estudio<sup>29</sup>. Sin perjuicio de que usualmente se alude a los límites materiales en conjunto y en relación con los principios constitucionales fundamentales de los Estados, es preciso referirse con mayor precisión a cada uno no sin antes reiterar la advertencia de que el conjunto de resoluciones que se citan a continuación no aluden en exclusiva al límite junto al que se mencionan –más allá del supuesto de hecho enjuiciado–, sino usualmente al conjunto de los tres por medio de argumentaciones de tipo más holístico.

#### 4.1. *Los derechos fundamentales*

El primer límite, el respeto a los derechos fundamentales, se plasma con claridad en la precitada sentencia *Solange I* (1974), en la que el TCFA se negó a reconocer la primacía incondicional del DUE debido al posible impacto que pudiera tener en la legislación de la Unión sobre los derechos básicos consagrados en la Constitución alemana, por

<sup>29</sup> Aunque no categoriza los límites del mismo modo en que se hace en este trabajo, se puede ahondar en los aquí llamados formales en PIZZOLO (2022, pp. 160-173).

lo que mantuvo que el nivel de protección de la Ley Fundamental de Bonn (GG) prevalecería sobre el DUE en caso de conflicto. Ese mismo año la Corte costituzionale italiana pronunció su sentencia sobre el caso *Frontini* en una línea muy parecida, sosteniendo que las limitaciones de la soberanía concretadas en el tratado de Roma no podían “otorgar a los órganos de la CEE un poder inaceptable para violar los principios fundamentales de [su] ordenamiento constitucional o los derechos inalienables del hombre”, y que “en tal caso, siempre estaría asegurada la garantía de que este Tribunal controlaría la compatibilidad permanente del Tratado con los principios fundamentales mencionados”. 12 años más tarde, el TCFA matizaría sustancialmente su doctrina en *Solange II* (1986), donde – pese a que no renunció a su competencia en materia de derechos fundamentales – declaró que no la ejercería mientras prevalecieran las condiciones de protección de los derechos fundamentales consagradas por el TJCE. El caso *Fragd* (1989), también de la Corte costituzionale italiana, reiteró que el DUE no podía aplicarse en Italia si contravenía principios fundamentales de la Constitución italiana relativos a la protección de los derechos humanos<sup>30</sup>. La Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, del TC español, supuso un paso más en esta línea. Esta sentencia, que tenía por obligación la asunción la doctrina *Melloni* – pero que acabó teniendo por objeto una dilución o, para muchos, ninguneo, del deber de acatar (PIZZOLO, 2022, 133) –, interesa aquí, principalmente, por actualizar la “válvula de seguridad” planteada en la DTC 1/2004 (§2) al indicar que la “cesión constitucional” de España a la UE tenía unos límites materiales “no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto [y que] se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia artículo 10.1, constitución española”.

Como puede intuirse, el conjunto de los argumentos aquí referidos tienen que ver con el clásico debate del nivel adecuado de protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, por lo que se

<sup>30</sup> Sentencia 232, de 21 de abril de 1989.



presume que en un nivel muy avanzado de integración y supraestatalidad – presumiblemente, de completitud de la UEMS (lo que equivaldría, *de facto*, a un Estado federal) o, cuanto menos, de firme y absoluta consolidación del MC –, en el que existe una verdadera y uniforme tutela de los derechos y libertades a nivel de la integración, no cabría esgrimir el argumento del estándar (maximalista y propio) de tutela de los derechos por cuanto la integración también sería competente en dicho plano. Hasta alcanzar este estadio, y en tanto los derechos no se garanticen a nivel de la integración, podría considerarse como un límite admisible. En este sentido, la situación de la UE a la luz de la jurisprudencia citada en este subapartado no puede ser más paradigmática, pues la protección en la integración no es subsidiaria – al estilo del TEDH –, sino supraestatal, por lo que debe primar.

#### 4.2. La distribución competencial

El segundo de los límites constitucionales a la primacía tiene que ver con la distribución de competencias y la imposibilidad de actuaciones *ultra vires* por parte de la integración. La sentencia *Maastricht* del TCFA evidencia con claridad esta posición<sup>31</sup>. En ella el TCFA hizo valer su jurisdicción para revisar las acciones de las “instituciones y agencias” europeas – lo que presumiblemente incluía al TJCE – para garantizar que se mantenían dentro de los límites de sus competencias y no transgredían los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes. Las posteriores sentencias de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/93, caso *Bananas*, y de 9 de noviembre de 1995, asunto C-466/93, caso *Alemania c. Consejo*, incidirían en esta cuestión; y el también citado caso *Honeywell* estableció las condiciones en las que el TCFA

<sup>31</sup> Además de los extractos ya precitados, se destaca que la sentencia incide en que “se infringe el artículo 38 GG si una ley que abre el ordenamiento jurídico alemán a la validez y aplicación directas del [DUE] no establece con suficiente certeza el programa de integración previsto. Si no queda claro hasta qué punto y en qué medida el legislador alemán ha dado su consentimiento a la transferencia del ejercicio de competencias soberanas, entonces será posible que la Comunidad Europea reclame funciones y competencias que no se especificaron. Eso equivaldría a una habilitación general y, por tanto, sería una cesión de competencias, algo contra lo que el artículo 38 de la Constitución ofrece protección” (§48).

afirmaba negar a aceptar la legislación de la UE con base en que la integración había actuado más allá de sus competencias y, por tanto, *ultra vires* (CRAIG Y DE BÚRCA, 2020, 321-324). Esto se muestra asimismo en la primera cuestión prejudicial planteada por el TCFA ante el TJUE, el 14 de enero de 2014, en relación con la decisión *Outright Monetary Transactions* (OMT) del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo<sup>32</sup>.

Otros jueces constitucionales, como el polaco, en su Sentencia sobre el caso *Lisboa*<sup>33</sup>, o el checo, en su Sentencia sobre el caso del pago de las pensiones entre República Checa y Eslovaquia tras la disolución de Checoslovaquia<sup>34</sup>, son también reseñables por aludir al argumento *ultra vires* como límite competencial; especialmente en el segundo y muy controvertido caso, en el cual el máximo intérprete constitucional checo se negó a aplicar la doctrina del TJUE emanada en la Sentencia de 22 de junio de 2011, asunto C-399/09, caso *Landtová* (Anagnostaras, 2019). En un sentido parecido, aunque algo menos beligerante, el Tribunal Supremo de Dinamarca también sostuvo en su sentencia referida al Tratado de Lisboa que las interpretaciones que el TJUE hiciera del DUE no debían dar lugar a una ampliación de los poderes de la integración, así como que conservaba el derecho de revisar y determinar si la actuación de la UE era conforme con el Acta de Adhesión del Estado, ampliando así su doctrina previa, sentada en el caso *Maastricht*, según la cual el DUE solo se podía declarar inaplicable en Dinamarca en una “situación extraordinaria” en la que hubiese una “certi-

<sup>32</sup> Según la argumentación del TCFA, las alteraciones sobrevenidas en el DUE que excediesen del contenido de los tratados válidamente acordados por Alemania no contarían con el consentimiento parlamentario del Estado y, en consecuencia, no serían vinculantes (§21), de forma que, “a raíz de la impugnación admisible de un acto *ultra vires*, el Tribunal Constitucional Federal debe controlar la aplicabilidad y el efecto vinculante de los actos de las instituciones y otros organismos de la Unión Europea en Alemania, en la medida en que dichos actos sirvan de base a las medidas adoptadas por las autoridades alemanas” (§23). Todo ello sucede porque la primacía del DUE no es plena – a diferencia de la primacía del Derecho federal alemán sobre el de los *Länder* – (§26), lo que habilita a que el TCFA determine “el contenido básico inviolable de la identidad constitucional” y revise “si una norma [europea] (en la interpretación determinada por el Tribunal de Justicia) interfiere con este núcleo” (§27).

<sup>33</sup> K 32/09, de 24 de noviembre de 2010.

<sup>34</sup> PL ÚS 5/12, de 31 de enero de 2012.

dumbre necesaria” sobre la actuación *ultra vires* de la UE<sup>35</sup>. La sentencia del TCFA de 5 de mayo de 2020 sobre el programa de compra de activos del BCE es la última en esta lista, ni exclusiva ni excluyente, en la que solo se han mencionado algunas de las principales resoluciones en la materia.

#### 4.3. *La identidad constitucional*

El tercer y último límite tiene que ver con el respeto a la identidad constitucional, objeto de enorme, interesante y difícilmente abarcable debate en la doctrina; especialmente en la europea<sup>36</sup>. La sentencia *Lisboa* del TCFA – que también alude al control *ultra vires* como límite al principio de primacía – plasma con claridad este extremo<sup>37</sup>, que también fue parámetro de control al afirmar la compatibilidad de la orden de detención europea con el ordenamiento constitucional ale-

<sup>35</sup> Pasa más inri, tras la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/14, caso *Dansk Industrie*, el Tribunal Supremo danés – en su Sentencia *Ajos* – profundizó en los contralímites que venía señalando y desacató la respuesta de Luxemburgo. Un recorrido sobre el conjunto de la jurisprudencia danesa citada en MADSEN, OLSEN y ŠADL (2017, en particular, sobre el caso *Maastricht*, 146-147; y sobre el caso *Lisboa*, 147-148).

<sup>36</sup> Entre otros, FARAGUNA, (2017); VON BOGDANDY, (2005); CRUZ VILLALÓN, (2013); o ALLEZARD, (2022).

<sup>37</sup> “La garantía de la identidad constitucional nacional en virtud del Derecho constitucional y de la Unión va de la mano en el espacio jurídico europeo. El control de identidad permite examinar si, debido a la actuación de las instituciones europeas, se han vulnerado los principios del artículo 1 y del artículo 20 GG, declarados inviolables en el artículo 79.3 GG. De este modo se garantiza que la primacía de la aplicación del DUE sólo se aplica en virtud y en el contexto de la habilitación constitucional que sigue vigente” (§240). En este sentido, “especialmente sensibles para la capacidad de un Estado constitucional de configurarse democráticamente son las decisiones sobre el derecho penal sustantivo y formal (1), sobre la disposición del monopolio del uso de la fuerza por la policía dentro del Estado y por el ejército hacia el exterior (2), las decisiones fiscales fundamentales sobre los ingresos públicos y el gasto público, estas últimas especialmente motivadas, entre otras cosas, por consideraciones de política social (3), las decisiones sobre la configuración de las condiciones de vida en un Estado social (4) y las decisiones de especial importancia cultural, por ejemplo sobre el derecho de familia, el sistema escolar y educativo y el trato con las comunidades religiosas (5)” (§250).

mán en la *BVerfG*, 2 *BvR* 2735/14, de 15 de diciembre de 2015. Otro claro y reciente ejemplo puede encontrarse en la cuestión prejudicial planteada por la Corte costituzionale italiana en el asunto *M.A.S.* sobre el significado y la aplicación de *Taricco*. En ella, reafirmando su aceptación general a la primacía del DUE, la Corte sostuvo que la doctrina de Luxemburgo estaba supeditada al respeto de los principios supremos del orden constitucional italiano y de los derechos fundamentales en él consagrados; consideración doctrinal sobre la que no obtuvo respuesta en la Sentencia de Luxemburgo, que no entró a analizar el significado o los términos de la identidad<sup>38</sup>. Muchas otras resoluciones, como la citada Sentencia del TC español al caso *Melloni* también aluden a la noción de identidad constitucional, pero la que quizá ha sido la más contundente (y polémica) al respecto es la Sentencia 22/2016 del TC de Hungría, que sostuvo que el Estado no puede renunciar a la identidad constitucional por medio de un tratado internacional como el de adhesión a la UE, pues solo puede ser privada de tal identidad a través de la “extinción definitiva de su soberanía, de su condición de Estado independiente”, razón por la que la protección de la identidad constitucional es deber del Tribunal Constitucional mientras Hungría sea un Estado soberano<sup>39</sup>.

Lo expuesto en el párrafo anterior no es óbice para defender que la noción de identidad no debe evaluarse siempre y necesariamente desde una óptica reactiva, pues su sentido último es el de una herramienta de garantía de la diversidad y el equilibrio que está fundada, en el caso europeo, en los valores de la propia integración y, en particular, en los artículos 2 y 4.2 del TUE. A lo anterior se añade una realidad constatable: los dos procesos propios de profundización en la integración — esto es, el avance en las etapas y la mayor supraestatalidad —, en tanto fomentan la homogeneización jurídica de los Estados parte, promueven el establecimiento y refuerzo de las cláusulas de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados, lo que resulta

<sup>38</sup> Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, las implicaciones de la Sentencia de 5 de diciembre de 2017, asunto, C-42/17, caso *M.A.S.*, y la posterior sentencia 115/2018 de la Corte costituzionale, de 10 de abril, *vid.* PICCIRILLI, (2018).

<sup>39</sup> Sentencia 22/2016, de 16 de diciembre de 2016, del TC de Hungría. Traducción extraída de PIZZOLO, (2022, 269).

razonable desde un punto de vista de defensa de la soberanía y el ordenamiento constitucional nacional. Así se desprende de la configuración del mentado artículo 4.2 del TUE. En este punto, no parece inadecuado que, como señalan Von Bogdandy y Schill, una interpretación sistemática de este precepto – que se entiende extrapolable a cualesquiera procesos que avanzasen a un estadio profundo de integración – no solo desprenda la exigencia de respeto de las identidades constitucionales nacionales, sino también la habilitación a los jueces constitucionales internos para invocar, en determinadas y acotadas circunstancias, límites del bloque de constitucionalidad, como los aquí referidos, a la primacía del derecho de la integración (VON BOGDANDY y SCHILL, 2011, 1419). La específica determinación de qué supuestos y condiciones resultarían admisibles a estos efectos es, todavía, una tarea sobre la que se requiere mucho más estudio y profundización, especialmente a la luz de la jurisprudencia en construcción de los órganos de solución de controversias de las integraciones<sup>40</sup>.

## 5. Conclusiones

La diversidad entre los distintos procesos de integración económica condiciona significativamente la manera en la que se entiende y aplica el principio de primacía. Cada integración presenta características, necesidades y ambiciones únicas que influyen cómo se articula normativa y jurisprudencialmente este principio. Algo parecido ocurre con los límites que le trazan los intérpretes constitucionales, que dependerán, fundamentalmente, del deseo y las posibilidades de apertura al exterior de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El prolífico desarrollo de la UE de un acervo jurisprudencial rico y complejo ha moldeado desde los inicios la concepción misma de la

<sup>40</sup> Basta pensar en los aparentes vaivenes de la doctrina de Luxemburgo; en ocasiones deferente con la identidad constitucional (quizá la muestra más evidente sea la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, caso *Sayn-Wittgenstein*, sobre la confrontación entre la libre circulación y la Ley austriaca sobre abolición de la nobleza, de las Órdenes laicas de Caballeros y de Damas y de determinados títulos y honores), en ocasiones radicalmente contraria a ella (por ejemplo, en el ya citado caso *Melloni*).

primacía; pero otras integraciones con menor grado de profundización y mayor intergubernamentalismo han reformulado y delimitado su aplicación en atención a sus concretos contextos. Esta variabilidad se refleja en la jurisprudencia comparada, donde se observan diferentes grados de aceptación, resistencia y condicionalidad de la primacía; en particular cuando la norma en conflicto es la constitución nacional, que en la mayoría de las integraciones se excluye del ámbito de aplicación del principio.

Si se pone el foco en el nivel nacional, el entendimiento de la primacía por parte de los tribunales constitucionales de los Estados integrados tampoco es compartido en todos sus términos. Ello no obsta para habilitarnos a considerar que del conjunto de sus decisiones parecen poder configurarse dos grandes tipos de límites en atención a su naturaleza: por un lado, los límites formales, que se ligán a las restricciones a la reforma constitucional, los términos establecidos en las cláusulas de apertura de cada constitución y las eventuales cláusulas de intangibilidad, ya sean explícitas o implícitas; por otro lado, los límites materiales, que se concretan en tres grandes aspectos: el nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales, la distribución de competencias interna – en el seno de cada Estado – y externa – entre la integración y los Estados – y la identidad constitucional. Los límites formales actúan como sustento o vehículo para expresar los límites materiales, que son de índole más sustantiva.

La coexistencia entre el principio de primacía del derecho de la integración y el respeto a las constituciones nacionales constituye un desafío jurídico de trascendencia capital que refleja las tensiones inherentes entre la integración económica – particularmente, a mayor supraestatalidad – y la soberanía de cada Estado. Desde un extremo, garantizar la primacía del derecho de la integración es vital para la coherencia, sistematicidad y efectividad del orden jurídico comunitario; desde el otro, su implementación a nivel nacional ha de tener lugar siempre de conformidad con los fundamentos constitucionales de los Estados parte. La conciliación del derecho común con las constituciones nacionales no es solo un acto de reconocimiento formal, sino una necesidad para preservar la legitimidad democrática y la diversidad constitucional que caracterizan a cualesquiera Estados integrados, a lo que se añade que una percepción social de absoluta subordinación de

las constituciones nacionales al derecho de la integración puede erosionar la confianza pública en el proyecto supraestatal, como paradigmáticamente ejemplifica el tratado constitucional europeo de 2004.

El cauce para la solución de la tensión dialéctica entre primacía y soberanía interna – que se plasma, a su vez, en disfuncionalidades en el diálogo judicial – pasa por una concepción no unívoca de los límites a la primacía, sino modulable en función de las particularidades de cada proceso. Esto conduce a repensar el acierto de extrapolar acríticamente la doctrina del TJUE a otras integraciones económicas, como viene haciéndose desde el último tercio del siglo XX – sobre todo en América Latina –, máxime si se considera que los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación del principio aumentan según se avanza en el proceso de profundización y supraestatalidad. Sin una garantía de la primacía del derecho de las integraciones es imposible que cualquier proyecto de cooperación o armonización económica progrese, pero no toda concepción de la primacía es válida o suficiente; en particular, cuando se menoscaban los fundamentos últimos de los ordenamientos constitucionales internos.

### *Referencias bibliográficas*

- Allezard, L. (2022). Constitutional identity, identities and constitutionalism in Europe. *Hungarian Journal of Legal Studies*, 63.
- Anagnostaras, G. (2019). Activation of the ultra vires review: The Slovak pensions judgment of the Czech Constitutional Court. *German Law Journal*, 14(7).
- Balassa, B. (1962). *The theory of economic integration*. George Allen & Unwin LTD. London.
- Biglino Campos, P. (2007). *Federalismo de integración y de devolución: El debate sobre la competencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Cloots, E. (2015). *National identity in EU law*. Oxford University Press. Oxford.
- Craig, P.; De Búrca, G. (2020). *EU law. Text, cases and materials* (7ª ed.). Oxford University Press. Oxford.
- Cruz Villalón, P. (2013). La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Uni-*

- versidad Autónoma de Madrid*, 17.
- De La Quadra-Salcedo Janini, T. (2009). Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado autonómico. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 20, 219-238.
- De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (6ª reimp. de la 2ª ed.). Ariel. Barcelona.
- Dougan, M. (2007). When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy. *Common Market Law Review*, 44(4).
- Enes, G. (2017). *Unidade e diferenciação no direito da União Europeia. A diferenciação como um princípio estruturante do sistema jurídico da União*. Almedina. Coimbra.
- Faraguna, P. (2017). Constitutional identity in the EU—A shield or a sword? *German Law Journal*, 18(7).
- Ferreres Comella, V. (2005). La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional. En A. López Castillo, A. Saiz Arnaiz, & V. Ferreres Comella (Eds.), *Constitución española y Constitución europea* (pp. 77-89). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- García Guerrero, J.L. (2014). Alguna reflexión a propósito del complejo ordenamiento jurídico de la Unión Europea y de los diferentes estatutos de derechos fundamentales, en perspectiva española. En A. Matilla Correa, L. G. Rodríguez Lozano, & T. Garza Hernández (Eds.), *Estudios jurídico-administrativos en homenaje a Germán Cisneros Farías* (pp. 454-480). Universidad Autónoma de Nuevo León. México.
- Häberle, P. (2006). *Europäische Verfassungslehre* (4ª ed.). Nomos. Baden-Baden.
- Kelsen, H. (2002). *Teoría General del Estado* (trad. L. Legaz Lacambra). Comares. Granada.
- López Basaguren, A. (2022). El Derecho Primario de la UE. La protección de los Derechos Fundamentales en la UE. En A. López Castillo (Ed.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (Vol. II, pp. 19-81). Tirant Lo Blanch. Valencia.
- López Castillo, A. (2022). La aplicación (judicial) del Derecho de la UE en los Estados miembros. Especificidad, efectividad (eficacia directa, interpre-



- tación conforme y responsabilidad patrimonial por incumplimiento estatal) y primacía del Derecho de la UE. En A. López Castillo (Ed.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (Vol. II, pp. 249-368). Tirant Lo Blanch. Valencia.
- MacCormick, N. (1997). Democracy, subsidiarity, and citizenship in the 'European Commonwealth'. *Law and Philosophy*, 16(4).
- Madsen, M.R.; Olsen, H.P.; Šadl, U. (2017). Competing supremacies and clashing institutional rationalities: The Danish Supreme Court's decision in the Ajos case and the national limits of judicial cooperation. *European Law Journal*, 23(1-2).
- Mangas Martín, A.; Liñán Noguerras, D.J. (2018). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (9ª ed.). Tecnos. Madrid.
- Matia Portilla, F.J. (2023). Vertiente interna y externa, así como bilateral y multilateral del gobierno de la globalización. En *V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional: "Derecho Constitucional y Globalización"*. Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Santo Domingo.
- Piccirilli, G. (2018). The 'Taricco saga': The Italian Constitutional Court continues its European journey. *European Constitutional Law Review*, 14(4).
- Pizzolo, C. (2022). *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*. Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba.
- Saiz Arnaiz, A. (2005). De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución. En A. López Castillo, A. Saiz Arnaiz, & V. Ferreres Comella (Eds.), *Constitución española y Constitución europea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Saiz Arnaiz, A.; Alcoberro Llivina, C. (Eds.). (2013). *National constitutional identity and European integration*. Intersentia. Cambridge.
- Sevilla Duro, M.Á. (2025). *Las relaciones entre las integraciones económicas y sus Estados parte. Un estudio desde la teoría federal*. Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza.
- Tremolada Álvarez, E. (2006). El Derecho andino: Una sistematización jurídica para la supervivencia de la Comunidad Andina de Naciones. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 57.
- Von Bogdandy, A. (2005). Identidad constitucional exploración de un fenó-

- meno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de 'lege lata' y 'lege ferenda'. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75.
- Von Bogdandy, A.; Schill, S.W. (2011). Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty. *Common Market Law Review*, 48(5).
- Weiler, J.H.H. (1981). The community system: The dual character of supranationalism. *Yearbook of European Law*, 1(1).
- Weiler, J.H.H. (1995). Does Europe need a constitution? Demos, telos and the German Maastricht decision. *European Law Journal*, 1(3).

Gloria Marchetti \*

AMBIENTE E SOSTENIBILITÀ:  
VERSO UN NUOVO MODELLO DI SVILUPPO  
ECONOMICO E SOCIALE

SOMMARIO: 1. Il cambio di prospettiva su ambiente e sostenibilità a livello europeo: dall'evoluzione dei Trattati UE alle nuove strategie contenute nel *Green Deal* e nel *Next Generation EU*. – 2. L'impatto del diritto e delle azioni europee sulle politiche e sulle regolamentazioni statali. – 3. Le innovazioni della riforma costituzionale del 2022 in merito alla tutela dell'ambiente, allo sviluppo e al principio di sostenibilità. – 4. Una lettura della novella costituzionale che pone le premesse per un'innovazione del modello di sviluppo socio-economico.

*1. Il cambio di prospettiva su ambiente e sostenibilità a livello europeo: dall'evoluzione dei Trattati UE alle nuove strategie contenute nel Green Deal e nel Next Generation EU*

Come è noto, l'Unione europea ha mutato, nel tempo, l'approccio ai temi dell'ambiente, dello sviluppo, della sostenibilità e dell'integrazione delle politiche ambientali con quelle socio-economiche; ciò attraverso la modifica delle disposizioni dei Trattati UE ma soprattutto, più recentemente, mediante l'adozione delle nuove strategie previste dal *Green Deal* e dal *Next Generation EU*.

Al riguardo, va sottolineato che l'Unione europea ha progressivamente rafforzato le politiche in materia di ambiente, prevedendo un loro legame con le altre politiche, grazie anche all'evoluzione delle disposizioni dei Trattati UE (CARETTI, TARLI BARBIERI, 2022, 460 ss.).

Con il Trattato di Maastricht (TUE) del 1992 sono state poste le basi per un rafforzamento dell'intervento europeo in materia ambientale; esso considera la politica ambientale fondamentale per l'Unione, in quanto contribuisce, tra l'altro, a realizzare i suoi obiettivi. In quest'ottica, la politica ambientale non è più considerata, come in pas-

\* Università degli Studi di Milano.

sato, solamente in funzione della costruzione di un mercato interno, ma trova una propria autonoma e formale legittimazione (Si cfr. CASSESE, 1995; CHITI M.P., 1999, 131 ss.; NASCIMBENE, GAROFALO, 2012; CROSETTI, FERRARA, FRACCHIA, OLIVETTI RASON, 2018, 15-24).

Le successive modifiche dei Trattati hanno poi previsto, oltre all'inclusione della politica ambientale tra gli obiettivi fondamentali dell'UE, un impegno degli Stati membri a garantire un «alto livello» di protezione ambientale e una stretta correlazione tra la tutela dell'ambiente e lo sviluppo (si cfr. MARZANATI, 2004, 139 ss.), nel senso che le politiche di mercato devono essere sostenibili e integrate a quelle ambientali.

In seguito, il Trattato di Lisbona (si cfr. BILANCIA, 2012) ha ulteriormente rafforzato la correlazione tra le politiche di tutela dell'ambiente e quelle volte ad uno sviluppo sostenibile. L'art. 3 TUE stabilisce che l'Unione si impegna «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». L'art. 11 TFUE prevede che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente» debbano «essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (BERNARDI, MICCÙ, 2022, 95)<sup>1</sup>. Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 37, prevede che «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile» (LUCARELLI, 2001, 258 ss.; GRASSI, 2002, 227 ss.). A seguito di tali innovazioni, pertanto, i Trattati pongono gli interessi ambientali e quelli economici in un rapporto di integrazione reciproca: l'obiettivo è di creare un più

<sup>1</sup> Al riguardo, BERNARDI, MICCÙ, (2022), 95, sottolineano che nell'attuale formulazione dell'art. 11 del TFUE «il concetto di sviluppo sostenibile assume un significato più ampio di quello misurato sul fragile equilibrio tra sviluppo economico e tutela dell'ambiente, aprendosi all'integrazione tra le diverse azioni che possono essere intraprese e, dunque, alla nozione di "ecocompatibilità"».

forte legame tra politiche, nell'ottica di contemperare le esigenze legate ad una crescita economica e sociale nell'ambito di un'economia di mercato che tenga in considerazione, comunque, la qualità dell'ambiente. In questo contesto, il concetto di sviluppo non è più posto in relazione solamente al mercato e alle attività economiche ma è considerato nell'ottica di uno sviluppo economico, sociale ed ambientale. È quindi già rinvenibile nei Trattati la concezione – che diventerà poi centrale nelle politiche definite dal *Green Deal* – di uno stretto legame tra il concetto di sostenibilità – non più solo di sviluppo sostenibile – economica, ambientale e sociale, e la natura trasversale della politica dell'ambiente.

Va altresì evidenziato, che l'Unione europea ha costantemente implementato le politiche ambientali, e la loro integrazione con le altre politiche, attraverso l'adozione di direttive e di regolamenti, che hanno dato vita ad un consistente *corpus* normativo europeo in materia, e importanti atti di *soft law*. Tali atti, in particolare, hanno avuto conseguenze rilevanti sulle politiche degli Stati membri in materia ambientale. In particolare, i cd. Programmi di azione comunitaria in materia ambientale (PAA) – programmi pluriennali avviati negli anni '70 del secolo scorso, quando l'ambiente non era ancora previsto dai Trattati, che hanno elaborato alcuni importanti principi in materia, poi ripresi, peraltro, dai Trattati stessi – i libri verdi e quelli bianchi e le comunicazioni e raccomandazioni rivolte agli Stati, hanno contribuito a stimolare il loro impegno sui temi ambientali e ad indirizzare le loro politiche interne.

Gli interventi delle istituzioni europee, pertanto, si sono viepiù inseriti nel solco di azioni strategiche e in un'ottica di lungo periodo, determinando un progressivo rafforzamento delle politiche ambientali (CECCHETTI, 2021, 25), accompagnato da un'integrazione sempre più marcata con le altre politiche eurounionali. Tali iniziative sono poi culminate nell'adozione del *Green Deal*<sup>2</sup> – finalizzato a ridurre a zero l'impatto sull'ambiente delle attività connesse all'industria e alla creazione di energia, con l'obiettivo di raggiungere la neutralità climatica

<sup>2</sup> Presentato l'11 dicembre 2019 dalla Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen.

entro il 2050 – e del *Next Generation EU*<sup>3</sup>, indirizzato anche a finanziarne gli obiettivi (PAPA, 2024, 228-229).

Ed invero, con il *Green Deal* e, più recentemente, con il *Next Generation EU*, l'Unione europea ha intrapreso una nuova azione strategica, ponendosi in una prospettiva diversa rispetto alle tradizionali politiche ambientali così come definite dai Trattati (CHITI, 2022, 19 ss.). La nuova strategia europea, infatti, pone al centro dell'attenzione la tutela e il ripristino degli elementi ecologici (clima, ecosistemi, biodiversità, non contemplati espressamente dai Trattati); una tutela che dovrebbe mirare non solo a garantire il diritto alla salute e al benessere dei cittadini, ma anche a salvaguardare un più generale interesse delle generazioni future a godere degli stessi diritti e a soddisfare i propri bisogni. Tutela dell'ambiente che si pone, dunque, in un'ottica anche intergenerazionale e che deve tener conto della necessità di implementare, al contempo, uno sviluppo sociale ed economico. Da questo punto di vista, l'Unione ha adottato un diverso approccio, rispetto al passato, nel considerare il rapporto tra ambiente, economia e società. Secondo i Trattati UE, uno sviluppo economico sostenibile non può prescindere da un uso razionale delle risorse e deve comportare un miglioramento della qualità dell'ambiente. Il *Green Deal*, invece, va oltre tale visione, assumendo un nuovo approccio allo sviluppo economico che parte da un diverso presupposto: atteso che la tutela degli ecosistemi è funzionale alla salute degli individui e può apportare benefici anche all'economia, non è solo lo sviluppo economico che deve essere sostenibile, ma devono esserlo anche gli ecosistemi stessi. Approccio che è confermato anche dalla recente previsione, da parte dell'Unione europea, del principio del *Do Not Significant Harm (DNSH)*, esplicitato dai regolamenti UE n. 2020/852 e n. 2021/241 che pongono come requisito per l'esercizio di qualsiasi attività economica quello di non arrecare «danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali». In particolare, il regolamento n. 2021/241, che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza, stabilisce che gli investimenti previsti nei Piani

<sup>3</sup> Si vedano: il Regolamento (UE) n. 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19; il Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza.

nazionali per la ripresa e la resilienza debbono soddisfare il principio di «non arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali», nel rispetto, dunque, del principio del *Do Not Significant Harm*. Principio che assume, dunque, una particolare rilevanza, in grado di influenzare in maniera significativa le politiche economiche degli Stati membri, sia in generale che, più in particolare, nel momento della predisposizione dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza, i cui investimenti debbono soddisfare tale principio; politiche che dovrebbero essere volte ad uno sviluppo equilibrato, che tenga conto degli obiettivi ambientali.

Lo sviluppo, inoltre, deve essere equilibrato e sostenibile anche dal punto di vista sociale (su questo aspetto si veda, diffusamente, SCUTO, 2022, *passim*). Le nuove azioni europee, infatti, impongono agli Stati non solo di rendere sostenibile lo sviluppo economico, ma anche di garantire la sostenibilità degli ecosistemi, evitando, al contempo, che le politiche *green* comportino sacrifici eccessivi, per i cittadini e le imprese, e garantendo – parallelamente – adeguate politiche sociali.

La nuova strategia europea configura, dunque, un più stretto legame, rispetto alle tradizionali politiche in materia ambientale, tra un rafforzamento della tutela ecologica, una diversa concezione di sviluppo (considerato nelle sue declinazioni di sviluppo economico, ambientale e sociale) e la creazione, di conseguenza, di un nuovo modello di società, più equa, giusta e solidale. In altri termini, se dall'art. 37 della Carta di Nizza e dall'art. 11 TFUE emergeva già il principio di integrazione della tutela dell'ambiente con tutte le altre politiche, anche economiche e sociali, con il *Green Deal* viene compiuto un salto di qualità nella direzione di una sua concreta attuazione; ciò in quanto vengono affrontate in maniera integrata le sfide legate al contrasto del cambiamento climatico e del degrado ambientale e allo sviluppo socio-economico.

In definitiva, l'obiettivo perseguito è quello di realizzare, in concreto, un'effettiva sostenibilità, non più solo economica, come in passato, ma pure ambientale e sociale, in un'ottica intergenerazionale, attraverso una maggiore integrazione delle politiche settoriali (ambientali, economiche e sociali).

## *2. L'impatto del diritto e delle azioni europee sulle politiche e sulle regolamentazioni statali*

Appare persino pleonastico sottolineare il forte impatto del diritto primario, del diritto derivato e delle azioni dell'Unione europea sulle politiche e sulle regolamentazioni statali.

La normativa e le politiche dell'Unione europea hanno, in più fasi e in modi diversi, «imposto» anche al nostro Paese: di adottare determinate discipline (in tal senso, significativa è stata l'adozione del Codice dell'ambiente del 2006 (CARAVITA, MORRONE, 62 ss.)<sup>4</sup> – che ha introdotto<sup>5</sup> quelli che sono i principi generali, in tema di tutela dell'ambiente, che si rifanno proprio alla normativa europea: principio dell'azione ambientale, principio dello sviluppo sostenibile, principio di sussidiarietà e di leale collaborazione, il diritto di accesso alle informazioni ambientali e di partecipazione a scopo collaborativo<sup>6</sup> – e opportune politiche ambientali, nonché di dotarsi di adeguate strutture con competenze specifiche (ad esempio, l'istituzione del Ministero dell'ambiente, poi variamente nominato, avvenuta nel 1986, anche perché si era avvertita l'importanza di avere un rappresentante presso il Consiglio dei ministri dell'ambiente UE che partecipasse all'elaborazione delle decisioni in materia (sul quale si cfr. FERRARA, 2016, 100 ss.).

Al riguardo, pur essendo incontestabile che l'attuazione delle politiche ambientali, a livello statale, abbia incontrato delle difficoltà, e che tale attuazione non è sempre stata pienamente coerente con gli obiettivi europei (DI COSIMO, 2012), è innegabile che il contesto europeo abbia fornito dei punti fermi per il legislatore e per gli amministratori pubblici e abbia portato ad una maggiore considerazione della tutela dell'ambiente.

Per altro verso, inoltre, l'evoluzione del ruolo dell'Unione europea in materia ambientale, ha contribuito in modo determinante a far assumere alla tutela dell'ambiente, anche a livello nazionale, un rilievo costituzionale, grazie all'elaborazione della giurisprudenza della Corte

<sup>4</sup> D.lgs. n. 152/2006.

<sup>5</sup> A seguito della modifica avvenuta con il successivo d.lgs. n. 4/2008.

<sup>6</sup> Principi successivamente ridefiniti dal d.lgs. n. 128/2010.



costituzionale. A partire dagli anni '80, infatti, essa ha riconosciuto, prima che fosse introdotto il termine ambiente in Costituzione – prima, dunque, della modifica costituzionale del Titolo V, parte seconda, del 2001, che ha ridefinito le competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di ambiente (si cfr. BILANCIA, 2019, 344) (attribuendo alla potestà legislativa esclusiva dello Stato «la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»<sup>7</sup> – si cfr. SALERNO, 2019, 393; COLAVECCHIO, 2005, 1 ss.) e a quella concorrente Stato-Regioni «la valorizzazione dei beni ambientali e culturali»<sup>8</sup> – si cfr. BELLETTI, in pubblicazione) e della recente riforma del 2022, che ha inserito in Costituzione un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente – e, quindi, in assenza di specifici riferimenti, la sua natura di valore costituzionale (CECCHETTI, 1994, 252 ss.; DELL'ANNO, 2009, 585 ss.); ciò attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 9 Cost., secondo cui la tutela del paesaggio non riguarda solo la protezione delle bellezze naturali ma deve tener conto della difesa dell'ambiente, in quanto presupposto per la salvaguardia della salute e per l'esistenza stessa dell'umanità.

In questo contesto, sulla scia degli orientamenti dell'Unione europea relativi alla protezione dell'ambiente, a seguito del *Green Deal* e del *Next generation EU*, si inseriscono i recenti e profondi mutamenti delle politiche e della regolamentazione, anche costituzionale, nel nostro Paese.

Da un lato, il Governo ha avviato, attraverso l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), la cd. transizione ecologica, dimostrando la volontà di un impegno ad affrontare le problematiche ambientali e climatiche. Transizione che, nel rispetto degli obblighi europei, dovrebbe produrre un forte impatto non solo sulle politiche ambientali – nella prospettiva di una maggiore tutela dell'ambiente – ma altresì su quelle economiche e sociali.

Dall'altro lato, la l. cost. n. 1/2022 (sulla quale si cfr. CECCHETTI, 2021, 7 ss.; BIFULCO, 2022a, 1 ss., 2022b, 69 ss., 2022c, 44 ss.; BILANCIA, in pubblicazione; CAVINO, 2022, 21 ss.; IMARISIO, SOBRINO (a cura di), 2022; LAMBERTI, 2022, 1 ss.; MORELLI, 2022, 31 ss.; MORRONE, 2022a, 783 ss., 2022b, 91 ss.; SALVEMINI, 2022; SORRENTINO,

<sup>7</sup> Art. 117, c. 2, lett. s).

<sup>8</sup> Art. 117, c. 3, Cost.

2022, 64 ss.), ha introdotto nell'art. 9 – accanto alla promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica e alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione – la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La riforma, inoltre, ha modificato l'art. 41 Cost., prevedendo che l'iniziativa economica del privato non possa svolgersi in modo da recare danno (anche) alla salute e all'ambiente e disponendo che la legge determini i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata (anche) a fini ambientali.

### *3. Le innovazioni della riforma costituzionale del 2022 in merito alla tutela dell'ambiente, allo sviluppo e al principio di sostenibilità*

Pur avendo la tutela dell'ambiente già assunto, nel nostro Paese, il rilievo di valore costituzionale, derivante dagli artt. 2, 9 e 32 Cost., ad opera della giurisprudenza costituzionale, si ritiene che la revisione costituzionale, se letta in maniera sistemica, anche alla luce del recente orientamento maggiormente ecologista dell'Unione europea – che emerge, come si è visto, soprattutto dal *Green Deal* ma anche dal *Next Generation EU* – abbia una portata fortemente innovativa (in tal senso, BIFULCO, 2022a, 2, 2022b, 73 ss.; BILANCIA, 2022, 181 ss.; FATTI-BENE, 2022, 1 ss.; in senso contrario, FROSINI, 2021, 1 ss.; DI PLINIO, 2021, 1 ss.; SEVERINI, CARPENTIERI, 2021, sp. 5), che impone l'adozione di nuovi paradigmi da parte dei pubblici poteri. Nuovi paradigmi che poggiano su una diversa concezione di tutela dell'ambiente, di sviluppo e di sostenibilità. Ai fini del presente saggio, pare opportuno, quindi, soffermarsi sulle innovazioni introdotte dalla riforma costituzionale e sulle loro conseguenze: sulla tutela dell'ambiente; sull'equilibrio tra tutela ambientale e attività d'impresa; sulle concezioni di sviluppo e di sostenibilità. La portata fortemente innovativa della novella costituzionale, infatti, è in grado di incidere non solo sul livello di tutela ambientale ma anche sull'intero assetto costituzionale e sul bilanciamento di valori e interessi – soprattutto economici – di rilevanza costituzionale che si pongono in conflitto con la tutela dell'ambiente.

In primo luogo, si ritiene che la riforma debba comportare una

maggiore effettività della sua tutela, da parte del legislatore, delle amministrazioni e dei giudici. Al riguardo, la previsione della tutela dell'ambiente, anche nell'interesse delle future generazioni, come «principio fondamentale», impone alla Repubblica un obbligo costituzionale in tal senso, volto ad una sua maggiore protezione, in una prospettiva intergenerazionale (sul tema, si vedano CELOTTO, 2022, 21 ss.; CLEMENTI, 2022, 48 ss.; D'ALOIA, 2022, 26 ss.; PALOMBINO, 2022, sp. 101 ss.; MAZZINA, 2008, 361 ss.), e ad impedire eventuali arretramenti, possibili, invece, attraverso una sua configurazione pretoria. Configurazione che, infatti, non era in grado di fornire riferimenti «certi» né al legislatore, avendo come solo limite quello della «non manifesta irragionevolezza», né alla Corte costituzionale, che poteva valutare solo quest'ultimo elemento (CECCHETTI, 2020, 9), caso per caso. Con l'introduzione di un vero e proprio «principio costituzionale ambientalista» (MARCHETTI, 2024), invece, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi costituisce un riferimento «vincolante» e «certo», di natura costituzionale, che funge da parametro di legittimità delle leggi (D'AMICO, 2019, 3), che dovrebbe quindi impedire arretramenti dei livelli di tale tutela (BILANCIA, in pubblicazione; CECCHETTI, 2021, 7 ss.; PORENA, 2022, 124).

In secondo luogo, dalla novella costituzionale emerge un'evoluzione dell'approccio al tema ambientale; sebbene l'approccio sia ancora antropocentrico – dato che la riforma costituzionale deve essere letta in maniera sistematica con gli altri principi costituzionali, primo tra tutti il principio personalista di cui all'art. 2 Cost. (in tal senso, CARAVITA, 1993, sp. 204; CECCHETTI, 2006, 57) – si ritiene che esso sia «temperato» da una visione maggiormente ecocentrica; visione secondo cui l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi sono elementi da salvaguardare in ogni loro aspetto, considerati in maniera autonoma rispetto all'essere umano – in quanto esprimono di per sé un valore, da tutelare anche nell'interesse delle future generazioni – e costituiscono un limite espresso all'esercizio della libertà di iniziativa economica (si ritiene, infatti, che l'iniziativa non debba arrecare danni non solo all'ambiente, come previsto dall'art. 41 Cost., ma nemmeno alla biodiversità e agli ecosistemi, in osservanza dell'art. 9 Cost.). Pertanto, nonostante una lettura sistemica dei principi costituzionali richieda ancora l'adozione di una concezione antropocentrica (in tal senso VIOLINI,

2021, 39; in senso contrario D'AMICO, 2022, 2; FATTIBENE, 2022, 1 ss.), la novella costituzionale impone un'interpretazione della centralità della persona che non può tradursi in termini di superiorità; l'uomo non può avere un rapporto di dominio sulla natura e la tutela dell'ambiente non deve essere solo funzionale a soddisfare i suoi bisogni (CECCHETTI, 2006, 56 ss.). Dalle innovazioni costituzionali emerge, pertanto, l'idea di uno stretto rapporto di dipendenza tra essere umano e ambiente che considera il primo come parte dell'ecosistema, in un rapporto armonioso con tutte le specie e la natura (in tal senso, MADDALENA, 2019; RONCHETTI, 2021, 78). La centralità dell'essere umano deve quindi essere intesa anche nel senso di una sua responsabilità, in quanto unico in grado di ripristinare e mantenere la biodiversità e gli ecosistemi (FLICK, 2023, 9), in una prospettiva intergenerazionale e di sostenibilità. Al riguardo, peraltro, va ricordato che anche dai lavori preparatori della legge di riforma emerge la volontà di «allontanarsi» dalla tradizionale visione meramente antropocentrica. Del resto, tale approccio si pone in linea con il cambio di paradigma dell'Unione europea.

In terzo luogo, dalla lettura sistemica dell'art. 9 e dell'art. 41 Cost., emerge chiaramente l'obiettivo di perseguire un maggiore equilibrio tra la protezione ambientale e la tutela dell'iniziativa economica. Gli interessi ambientali e quelli economici non sono posti in un rapporto di preminenza assoluta dell'uno o dell'altro, ma di integrazione reciproca che implica la necessità di un equo bilanciamento degli stessi. Bilanciamento che deve necessariamente tener conto della costituzionalizzazione del principio ambientalista, nell'ottica anche dell'interesse delle future generazioni, nel senso di una maggiore tutela ambientale. L'inserimento del «principio costituzionale ambientalista» tra i principi fondamentali attribuisce allo stesso un carattere di preminente rilevanza (anche se non in senso assoluto) rispetto ad altri interessi costituzionali, soprattutto a quelli economici, che si pongono con esso in contrasto (si cfr. BIFULCO, 2022b, 86 ss.; MORRONE, 2022b, 98 ss.)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Al riguardo, BIFULCO, (2022b), 86 ss., sottolinea che «Per quanto non sia possibile tracciare una gerarchia tra i principi fondamentali, anche dopo la l. cost. 1/2022, è vero però che il bilanciamento del caso concreto non potrà non tener conto del fatto che il principio della tutela dell'ambiente trova ora due ulteriori concretizzazioni nel

Sia il legislatore che i giudici – soprattutto la Corte costituzionale – sono chiamati, nell'attività di bilanciamento tra valori, a considerare gli interessi ambientali di preminente rilevanza rispetto a quelli economici, nel caso questi ultimi consistano nell'intraprendere o continuare un'attività d'impresa che possa danneggiare in maniera significativa l'ambiente. Pertanto, la riforma impone un ripensamento, rispetto al passato, del rapporto tra gli interessi ambientali e di quelli economici, nel momento di un loro bilanciamento. In proposito, va ricordato che spesso, in passato, sia il legislatore che la Corte costituzionale hanno compiuto un bilanciamento che si può definire «ineguale» o «non equo» tra interessi ambientali ed economici, facendo prevalere i secondi. In particolare, la Corte costituzionale laddove è stata chiamata a considerare, di volta in volta, i valori costituzionali (che stanno alla base dei principi e dei diritti fondamentali) coinvolti, operando un «ragionevole» bilanciamento degli stessi, ha spesso mostrato la tendenza a privilegiare le esigenze di natura economico-finanziaria rispetto a quelle legate alla tutela dell'ambiente. Emblematica di questa tendenza è, ad esempio, la giurisprudenza costituzionale legata alle vicende dell'ILVA di Taranto (in particolare, la sent. Corte cost. n. 85/2013, sulla quale si cfr. BIN, 2013, 510 ss.; GENINATTI SATÈ, 2013; MASSA, 2013, 1 ss.; MEZZANOTTE, 2013, 669 ss.; ROMBOLI, 2014, 441 ss.). Ciò, nonostante emergesse già – anche prima della recente riforma costituzionale – l'idea di una priorità, sebbene non assoluta, di interessi rinvenibili nell'art. 41 Cost.: la previsione secondo la quale l'iniziativa economica privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana – e, dopo la riforma dell'art. 41 Cost, anche della salute e dell'ambiente – comporta, infatti, che gli interessi sottesi alla sicurezza e alla dignità umana (e ora alla salute e all'ambiente) debbano essere considerati prioritari rispetto al diritto a iniziare o proseguire un'attività produttiva che li possa ledere.

Ora, la novella costituzionale, come si è visto, stabilisce espressa-

testo costituzionale, disposte proprio nel cuore della norma sull'iniziativa economica». In senso contrario, MORRONE, (2022b), 98 ss., sostiene che «la revisione costituzionale [abbia] introdotto una “gerarchia di valori” in cui l'ambiente ha una posizione di primarietà tale da porlo al di sopra degli altri (...) valori costituzionali».

mente che, pur essendo libera l'iniziativa economica privata, le relative attività non possano svolgersi in modo da arrecare danno, tra l'altro, all'ambiente. Di conseguenza, la tutela dell'ambiente deve essere considerata in maniera prioritaria rispetto al diritto a iniziare o proseguire un'attività produttiva dannosa per lo stesso. Ciò non significa che l'attività economica debba essere funzionalizzata alla protezione ambientale, ma che la stessa attività non debba mai porsi in contrasto con gli obiettivi ambientali (in tal senso, BILANCIA, in pubblicazione)<sup>10</sup>. In altri termini, il legislatore e il giudice costituzionale sono chiamati ad effettuare un diverso bilanciamento degli interessi ambientali e di quelli economici, rispetto al passato, dando un maggiore peso alla tutela dei primi. Tale interpretazione, peraltro, è coerente con le innovazioni introdotte, più in generale, dal *Green Deal* e, più nello specifico, come già ricordato, con l'introduzione del principio del *Do Not Significant Harm*. Principio, appunto, ripreso dall'art. 41 della nostra Costituzione, laddove prevede ora espressamente che l'esercizio delle attività economiche non possa arrecare danni, tra l'altro, all'ambiente. Al riguardo, inoltre, è indicativo che dai lavori preparatori della riforma emerga la volontà del legislatore di «far pesare maggiormente» gli interessi ambientali rispetto a quelli economici, in caso di bilanciamento.

A conforto di tale tesi, si pone, inoltre, la sent. n. 105/2024 (la cd. sentenza "Priolo", sulla quale si cfr. BIN, 2024, 1058 ss.; CARDUCCI, 2024, 1 ss.), la quale, nell'effettuare, alla luce degli innovati artt. 9 e 41 Cost., un bilanciamento tra istanze ambientali ed economiche, ha considerato la tutela dell'ambiente e della salute come valori che prevalgono sulle esigenze di continuare un'attività economica che li danneggi.

D'altro canto, l'idea che la tutela dell'ambiente debba essere considerata in maniera prioritaria rispetto al diritto a iniziare o proseguire un'attività produttiva dannosa per lo stesso, oltre ad essere imposta dalla novella costituzionale, emerge dalle sentenze CEDU che sono, come noto, in grado di influenzare le decisioni dei giudici e delle autorità nazionali. Va ricordato, al riguardo, che la Corte europea dei dirit-

<sup>10</sup> In proposito, BILANCIA, in pubblicazione, ritiene «la scelta del legislatore [...] condivisibile, dal momento che è certamente necessario [...] che la tutela dell'ambiente e della salute limitino le attività economiche».

ti dell'uomo (Corte EDU) ha condannato l'Italia proprio in relazione all'ILVA di Taranto. Nel 2019 e nel 2022 la Corte EDU ha condannato lo Stato italiano perché la legislazione sull'*ex* ILVA si poneva in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). In particolare, con sentenza definitiva del 5 maggio 2022<sup>11</sup>, la Corte ha accertato il persistere delle violazioni dell'art. 8 ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare") e dell'art. 13 ("Diritto a un rimedio effettivo") della CEDU<sup>12</sup>, in quanto le autorità italiane hanno omesso e continuano ad omettere l'adozione di misure necessarie, rispettivamente, a tutelare la salute dei cittadini dagli effetti pregiudizievoli delle emissioni nocive dell'impianto siderurgico ed a predisporre rimedi effettivi per ottenere la bonifica dell'area coinvolta dall'inquinamento<sup>13</sup>. Nella recente sentenza del 30 gennaio 2025<sup>14</sup>, poi, la Corte EDU ha condannato l'Italia, sempre per violazione dell'art. 2 della CEDU, a causa della gestione inadeguata dell'emergenza ambientale nella Terra dei Fuochi. Nello specifico, la Corte ha evidenziato la mancanza di misure efficaci da parte dello Stato italiano per prevenire e contrastare l'inquinamento, come l'identificazione e il monitoraggio delle aree inquinate, la bonifica dei siti contaminati, il contrasto dei reati ambientali e l'informazione alla popolazione. In altri termini, secondo la Corte, l'art. 2 CEDU impone alle autorità nazionali di adottare tutte le misure appropriate per salvaguardare la vita dei cittadini residenti in quell'area. Merita di essere sottolineato, inoltre, che – dato che sono state rilevate la natura persistente del problema e le carenze sistemiche – la Corte ha applicato la procedura della "sentenza pilota", ai sensi dell'art. 46 CEDU, prescrivendo all'Italia di adottare: una strategia globale e maggiormente strutturata che tenga conto di misure esistenti e future; un meccanismo di monitoraggio indipendente che verifichi l'attuazione e l'impatto delle misure introdotte nell'ambito della stra-

<sup>11</sup> Pronunciata sul ricorso n. 4642/17 Ardimento e altri c Italia.

<sup>12</sup> Già accertate nella sentenza Cordella e altri c. Italia e Lina Ambrogio Melle e altri c. Italia, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15, del 24 gennaio 2019.

<sup>13</sup> Alle stesse conclusioni è giunta la Corte europea in altre tre sentenze pubblicate nella medesima data relative ai ricorsi n. 37277/16 A.A. e altri c Italia, n. 48820/19 Briganti e altri c Italia e n. 45242/17 Perelli e altri c Italia.

<sup>14</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, sentenza del 30 gennaio 2025, Cannavacciuolo e altri c. Italia, ricorsi nn. 51567/14 e altri.

tegia globale; una piattaforma completa e accessibile volta a informare il pubblico sui rischi potenziali o effettivi per la salute e sulle azioni intraprese o previste per gestire tali rischi. Attraverso tale procedura, pertanto, è stato imposto all'Italia di attuare, entro due anni, le misure previste.

Ciò dovrebbe portare ad una rottura rispetto al passato; nel nostro Paese, infatti, come si è visto, è stato per lo più effettuato un bilanciamento «ineguale» tra la tutela dell'iniziativa economica, considerata prioritaria, rispetto alla salvaguardia dell'ambiente. Pertanto, se già in passato erano opinabili quelle sentenze della Corte costituzionale che operavano un simile bilanciamento (in tal senso, RONCHETTI, 2021, 80) ora, alla luce della novella costituzionale, sarebbero da considerare «inaccettabili».

#### *4. Una lettura della novella costituzionale che pone le premesse per un'innovazione del modello di sviluppo socio-economico*

La riforma è in grado di incidere su diversi aspetti dell'ordinamento costituzionale; essa ha un impatto – ponendosi peraltro in linea con i nuovi orientamenti eurounionali – non solo sulla tutela ambientale ma anche sull'evoluzione dei concetti di società, sviluppo, economia e tutela dei diritti fondamentali e, quindi, sul modello economico-sociale costituzionale (per un inquadramento del tema si cfr., in generale, BILANCIA, 1996).

In particolare, la novella costituzionale si pone nella prospettiva di ridefinire il modello economico e sociale, delineando un nuovo paradigma di sviluppo, in una prospettiva intergenerazionale. Si prefigura, dunque, un nuovo modello di società, improntata alla sostenibilità, in cui lo sviluppo è considerato nelle tre dimensioni che devono necessariamente integrarsi: dimensione sociale, economica e ambientale. Ciò emerge dalla lettura congiunta degli artt. 9 e 41 Cost.: lettura che impone di perseguire un equilibrio tra tutela ambientale e attività economiche, secondo una nuova concezione di sviluppo e sostenibilità, nonché di ridefinire l'intervento dello Stato nell'economia, al fine di perseguire finalità non più solo economiche e sociali ma anche ambientali.



Per un verso, la modifica dell'art. 9 Cost. impone alla Repubblica un nuovo obiettivo: la tutela di tutti gli elementi dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche a beneficio delle future generazioni. Da questo punto di vista, i pubblici poteri sono tenuti a perseguire finalità sociali integrandole con le esigenze di tutela degli elementi ecologici, nella prospettiva di realizzare un nuovo modello di sviluppo economico.

Per altro verso, poi, la finalità di tutelare l'ambiente, oltre che tra i principi fondamentali, è espressamente affermata ora anche dall'art. 41 Cost. che – come si è visto – prevede non solo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare danno allo stesso ambiente ma impone allo Stato di indirizzare e coordinare l'attività economica a fini ambientali (oltre che sociali). Quest'ultima previsione pone le basi, in linea con il *Green Deal*, per un cambiamento del modello economico, in cui l'economia non deve essere più indirizzata solo allo sviluppo sostenibile, ma essere *green*, circolare e solidale, nell'ottica del mantenimento e del ripristino della biodiversità e degli ecosistemi e di sviluppo, sociale ed economico, equilibrato. Sviluppo che tenga conto non solo di criteri quantitativi ma anche di quelli qualitativi, mettendo al centro la persona e l'esigenza di garantirle i diritti fondamentali, anche attraverso la salvaguardia degli elementi ecologici. Ciò al fine di delineare un modello di economia che, nell'ambito del liberalismo, rafforzi la dimensione sociale, tenendo conto della fondamentale esigenza di tutelare l'equilibrio ecologico della biosfera e degli ecosistemi; modello in grado di meglio conciliare gli obiettivi di *welfare*, fondati sull'uguaglianza e sulla solidarietà, nel solco degli artt. 3 e 2 Cost., le finalità ambientali e la libertà d'impresa, in un'ottica di sostenibilità (si cfr. BUZZACCHI, 2023, 108)<sup>15</sup>. In proposito, appare significativo che anche dai lavori preparatori della legge di riforma, emerga l'esigenza di coniugare la tutela dell'ambiente con lo sviluppo econo-

<sup>15</sup> In tal senso, BUZZACCHI, (2023), 108 ss., ritiene che «La “qualità” della sostenibilità accolta in Costituzione è costituita proprio dalla (...) parallela modifica dell'art. 41: in questa disposizione vengono individuati nuovi ed ulteriori limiti, rispetto a quelli già esistenti, all'attività economica dei privati, e vengono altresì raffigurati anche fini ambientali – oltre a quelli sociali – che possono dare luogo a poteri di indirizzo del legislatore nei confronti di tutta la produzione di beni e servizi, di operatori sia pubblici che privati».

mico e sociale e di creare – quindi – un nuovo modello di sviluppo sostenibile, non solo nella sua dimensione economica ma anche in quella ambientale e sociale.

In altri termini, la tutela dell'ambiente non deve essere ritenuta come limite *strictu sensu* all'attività d'impresa ma, anche alla luce della strategia europea del *Green Deal*, deve essere considerata come elemento da integrare con un equo sviluppo socio-economico. Ne deriva che l'attività d'impresa non può più essere volta solo a realizzare una mera crescita economica, ma deve essere finalizzata a garantire i diritti fondamentali delle generazioni attuali e future. Si tratta di una prospettiva che privilegia l'idea di progresso, inteso come un processo di miglioramento non solo delle condizioni economiche ma anche della qualità di vita delle persone, desumibile, peraltro, già dall'art. 4 Cost., laddove fa riferimento «al progresso materiale o spirituale della società». Ed è proprio in questa prospettiva che la riforma costituzionale pone le premesse per una ridefinizione dell'intervento dello Stato nell'economia, al fine di perseguire finalità non più solo sociali ma anche ambientali, secondo un nuovo paradigma di sviluppo, maggiormente diretto ad una effettiva garanzia dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza, in un'ottica intergenerazionale. L'intervento dello Stato nell'economia sembrerebbe quindi destinato ad espandersi (in tal senso, DE LEONARDIS, 2022, 31 ss.; M. CECCHETTI, 2022a, 146, 2022c, 39), attraverso l'elaborazione di politiche economiche sostenibili e integrate a quelle ambientali (nonché a quelle sociali), al fine di perseguire uno sviluppo equilibrato, considerato nelle tre dimensioni – sociale, economica e ambientale –, in grado di considerare maggiormente l'essere umano e l'*habitat* in cui vive nonché gli interessi delle generazioni presenti e future. La recente formulazione dell'art. 41 Cost. rafforza l'idea che – posto l'obiettivo fondamentale della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità umana, come previsto dall'art. 3, comma 2, Cost. – l'intervento pubblico nell'economia debba essere indirizzato a promuovere il progresso civile e sociale che deve, comunque, prevalere sull'obiettivo di perseguire la mera crescita economica, secondo le nuove concezioni di sviluppo e sostenibilità sopra esposte (al riguardo, si cfr. SCUTO, 2024, 218).

In conclusione, si ritiene che la riforma prefiguri un nuovo model-

lo economico e sociale, improntato alla sostenibilità, secondo un nuovo paradigma di sviluppo, maggiormente diretto ad una effettiva garanzia dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza, in un'ottica intergenerazionale.

### *Riferimenti bibliografici*

- Belletti, M. (in pubblicazione). La tutela dell'ambiente nella riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione. Quali i profili di precettività?. In Lamberti A. (a cura di), *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali. Atti del Convegno Internazionale di studi (Università degli Studi di Salerno – Comune di Cava de' Tirreni, 1, 2 e 3 dicembre 2022)*.
- Bernardi, M.; Miccù, R. (2022). *La diade "ambiente-energia" e lo sviluppo sostenibile: alla ricerca della "quadratura del cerchio"*. In Icolari, M.A. (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*. Giappichelli. Torino.
- Bifulco, R. (2022a). Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente. *federalismi.it, paper*.
- Bifulco, R. (2022b). *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno (28 gennaio 2022)*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Bifulco, R. (2022c). *"Il compito che definisce la nostra generazione": la l. cost. 1/2022 nella prospettiva dell'Environmental Constitutionalism*. PasS. Cost.
- Bilancia, P. (1996). *Modello economico e quadro costituzionale*. Torino. Giappichelli.
- Bilancia, P. (2012). *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon Treaties*. Giuffrè. Milano.
- Bilancia, P. (2019). *Le Regioni e l'ambiente: elementi comparati nel costituzionalismo europeo contemporáneo*. Corti sup. sal.
- Bilancia, P. (2022). *Riflessioni sul principio costituzionale di tutela del paesaggio nell'ordinamento italiano*. PasS. Cost.
- Bilancia, P. (in pubblicazione). *La riforma dell'art. 9 della Costituzione: prospettive e possibili criticità*. In Lamberti A. (a cura di), *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali, Atti del Convegno Internazionale di studi (Università degli Studi di Salerno – Comune di Cava de' Tirreni, 1, 2 e 3*

- dicembre 2022).
- Bin, R. (2013), *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza 'Ilva'* ([Osservazione a] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85). In *Giur. cost.*
- Bin, R. (2024). *Il "caso Priolo": scelta politica vs. bilanciamento in concreto (in margine alla sent. 105/2024)*. In *Consulta online*.
- Buzzacchi, C. (2023). *Attività economiche e ambiente nel prisma (o mantra?) della «sostenibilità»*. In *Rivista AIC*.
- Caravita, B. (1993). *Tra crisi e riforme. Riflessioni sul sistema costituzionale*. Torino. Giappichelli.
- Caravita, B.; Morrone, A. (2016). *Le fonti del diritto ambientale*. In Caravita, B.; Cassetti, L.; Morrone A. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*. Il Mulino. Bologna.
- Carducci, M. (2024). *Il duplice "mandato" ambientale tra costituzionalizzazione della preservazione intergenerazionale, neminem laedere preventivo e fattore tempo. Una prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 13 giugno 2024*. DPCE Online, Osservatorio.
- Caretti, P.; Tarli Barbieri, G. (2022). *La disciplina comunitaria della tutela ambientale*. In Caretti, P.; Tarli Barbieri, G., *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, 5a ed.. Giappichelli. Torino.
- Cassese, S. (a cura di) (1995). *Diritto ambientale comunitario*. Giuffrè. Milano.
- Cavino, M. (2022). *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*. PasSaggi Cost.
- Cecchetti, M. (1994). *Rilevanza costituzionale dell'ambiente e argomentazioni della Corte*. *Riv. giur. amb.*
- Cecchetti, M. (2006). *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "Diritto dell'ambiente"*. *federalismi.it*.
- Cecchetti, M. (2020). *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*. Audizione presso la I Commissione permanente del Senato della Repubblica "Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione. *Dir. pubbl. eur.-Rass. Online*.
- Cecchetti, M. (2021). *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità*

- (anche) innovativa e molte lacune. In Cecchetti, M.; Ronchetti, L.; Bruti Liberati E. (a cura di), *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Cecchetti, M. (2022a). *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione. Corti supr. Sal.*
- Cecchetti, M. (2022b). *La disciplina sostanziale dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione. Ist. Fed.*
- Cecchetti, M. (2022c). *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente nella memoria di Beniamino Caravita di Toritto*. In AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno (28 gennaio 2022)*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Celotto, A. (2022). *Art. 9 e diritti delle future generazioni. PasS. Cost.*
- Chiti, E. (2022). *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process. Common Market Law Review.*
- Chiti, M.P. (1999). *Ambiente e "Costituzione europea": alcuni nodi problematici*. In Grassi, S.; Cecchetti, M.; A. Andronio A. (a cura di), *Ambiente e diritto*. Olschki. Firenze.
- Clementi, F. (2022). *Le "generazioni future" come paradigma interpretativo dell'articolo 9 Cost. PasS. Cost.*
- Colavecchio, A. (2005). *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*. In Gabriele, F.; Nico A.M. (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*. Cacucci. Bari.
- Crosetti, A.; Ferrara, R.; Fracchia, F.; Olivetti Rason, N. (2018). *Introduzione al diritto dell'ambiente*. Editori Laterza. Roma.
- D'Aloia, A. (2022). *L'art. 9 Cost. e la prospettiva intergenerazionale. PasS. Cost.*
- D'Amico, M. (2019). *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica. Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, reperibile in Senato della Repubblica, [www.senato.it](http://www.senato.it).
- D'Amico, M. (2022). *Una riforma costituzionale importante. RGAonline.*
- De Leonardis F. (2022), *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*. In AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente, Atti del Convegno 28 gennaio 2022*. Editoriale Scientifica. Napoli.

- Dell'Anno, P. (2009). *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà ad elevata protezione. Ambiente e Sviluppo.*
- Di Cosimo, G. (2012). *L'Italia inadempiente. La difficile attuazione del diritto europeo in materia ambientale.* Cedam. Padova.
- Di Plinio, G. (2021). *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente.* federalismi.it, paper.
- Fattibene, R. (2022). *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione. Nomos. Le attualità nel diritto.*
- Ferrara A. (2016). *Le competenze dell'amministrazione statale.* In Caravita, B.; Cassetti, L.; Morrone A. (a cura di), *Diritto dell'ambiente.* Il Mulino. Bologna.
- Flick, G.M. (2023). *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza.* federalismi.it, paper.
- Frosini, T.E. (2021). *La Costituzione in senso ambientale. Una critica.* federalismi.it, paper.
- Geninatti Satè, L. (2013). "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013). [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- Grassi, S. (2002). *La Carta dei diritti fondamentali e la tutela dell'ambiente (Art. 37).* In Vettori G. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati.* Cedam. Padova.
- Imarismo, L.; Sobrino G. (a cura di) (2022). *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e le sue implicazioni: un primo confronto. Atti del seminario svoltosi a Cuneo il 29 aprile 2022.* Università degli studi di Torino. Torino.
- Lamberti, A. (2022). *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022. Relazione introduttiva del Convegno Internazionale di Studi "Ambiente, Sostenibilità e Principi Costituzionali" (Università degli studi di Salerno – Comune di Cava de' Tirreni – 1, 2 e 3 dicembre 2022).* In Nomos. Le attualità nel diritto.
- Lucarelli, A. (2001). *Art. 37.* In Bifulco, R.; Cartabia, M.; Celotto A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* Il Mulino. Bologna.
- Maddalena, P., *Audizione Senato, 24 ottobre 2019. Modifica articolo 9 della Costituzione,* reperibile in Senato della Repubblica, [www.senato.it](http://www.senato.it)
- Marchetti, G. (2024). *Il "principio fondamentale ambientalista" nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull'assetto costituzionale.* Giappichelli. Torino.

- Marzanati, A. (2004). *Lo sviluppo sostenibile*. In Lucarelli, A.; Patroni Griffi A. (a cura di), *Studi sulla costituzione europea. Percorsi e ipotesi*. ESI. Napoli.
- Massa, M. (2013). *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA. Osservatorio sulle fonti*.
- Mazzina, P. (2008). *Quali strumenti per tutelare le generazioni future?*. In Bifulco, R.; D'Aloia A. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*. Napoli. Jovene.
- Mezzanotte, M. (2013). *Il "sistema normativo ambientale nella sentenza Ilva", tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*. *Rass. parl.*
- Morelli, A. (2022). *La tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali: le ragioni e le potenzialità di una riforma*. *PasS. Cost.*
- Morrone, A. (2022a). *Fondata sull'ambiente*. In *Ist. Fed.*
- Morrone A. (2022b). *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*. In AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno 28 gennaio 2022*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Nascimbene, B.; Garofalo, L. (2012). *Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione europea*. Cacucci. Bari.
- Palombino, G. (2022). *Il principio di equità generazionale*. Milano. Le Monnier.
- Papa, A., 2024. *Transizione ecologica e transizione digitale: due milestones nella prospettiva della ripresa e resilienza del Paese*, in Bilancia P. (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*. Il Mulino. Bologna.
- Porena, D. (2022). *Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*. *federalismi.it*.
- Romboli, R. (2014). *Nota a corte cost., sent. n. 85/2013*. In *Foro it.*
- Ronchetti, L. (2021). *Il bilanciamento tra tutela dell'ambiente e garanzia dei diritti costituzionali. Per un eco-costituzionalismo in nome della giustizia ambientale*. In Cecchetti, M.; Ronchetti, L.; Bruti Liberati E. (a cura di), *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Salerno, G. (2019). *La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nella prospettiva del regionalismo differenziato*. *Corti sup. Sal.*
- Salvemini, L. (2022), *Il nuovo diritto dell'ambiente tra recenti principi e giuri-*

- sprudenza creativa*. Giappichelli. Torino.
- Scuto, F. (2022). *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*. Giappichelli. Torino.
- Scuto F. (2024). *Il PNRR nel quadro del rinnovato protagonismo dello Stato nell'economia*. In Bilancia P. (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*. Il Mulino. Bologna.
- Severini, G.; Carpentieri, P. (2021). *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione. Giustizia insieme*.
- Sorrentino G. (2022), *La tutela dell'ambiente nella Costituzione dopo la legge costituzionale n. 1 del 2022. Considerazioni minime*. PasS. Cost.
- Violini, L., in Violini, L.; Formici, G (2021). *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*. In Pantalone P. (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui. Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, 7 ottobre 2021*. Mucchi. Modena.



Ester Ferriello \*

## LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL LITIGIO CLIMÁTICO ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La interacción entre el derecho internacional del medio ambiente y la protección de los derechos fundamentales ante órganos y tribunales internacionales. – 3. Los principios del derecho internacional del medio ambiente ante los tribunales nacionales. – 4. *Sigue*. La invocación autónoma. – 5. *Sigue*. El uso interpretativo para ampliar el contenido de las normas constitucionales y convencionales sobre derechos fundamentales. – 6. Observaciones finales.

### 1. Introducción

En las últimas décadas, a pesar de la creciente gravedad del calentamiento global, la cooperación internacional en materia ambiental ha evidenciado todas sus limitaciones, registrando el fracaso sistemático de los Estados a la hora de identificar obligaciones claras para combatir el cambio climático, las cuales deberían orientar sus políticas ambientales a nivel nacional<sup>1</sup>.

En respuesta a este *impasse*, individuos y organizaciones no gubernamentales (ONG) han inaugurado el denominado “litigio climático”, en particular ante los tribunales internos. Se trata de un caso de *strategic litigation*<sup>2</sup>, promovido con el objetivo *directo* de proteger derechos subjetivos (como los derechos a la vida, a la salud, a un ambiente sano

\* Universidad de Nápoles Federico II.

<sup>1</sup> Para una visión general, véanse MARKELL, RUHL (2012); PEEL, OSOFSKY (2020) y United Nations Environment Programme (2023). Para una revisión exhaustiva de la jurisprudencia pertinente, también se recomienda consultar la base de datos del Sabin Centre for Climate Change Law de la Columbia Law School, disponible en el enlace [www.climatecasechart.com](http://www.climatecasechart.com).

<sup>2</sup> Este fenómeno ha sido objeto de análisis en múltiples estudios dentro del ámbito de la doctrina, entre los cuales cabe señalar los de RAMSDEN, GLEDHILL (2019) y VAN DER PAS (2024).

y a la vida privada), pero con el propósito *indirecto* de instar al demandado a implementar medidas de mitigación que reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero.

De este modo, a pesar de la tradicional fragmentación del ordenamiento internacional en una pluralidad de sectores normativos, la práctica del litigio climático refleja un proceso de recomposición y una creciente interacción entre el derecho internacional del medio ambiente y los derechos humanos. Esta relación se manifiesta de manera efectiva en el contexto judicial. No obstante, persisten diferentes áreas de incertidumbre en relación con los esquemas argumentativos empleados por los jueces para establecer la conexión entre estas normas.

En el ámbito estrictamente interno, los demandantes suelen invocar, por un lado, las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos (por ejemplo, en el contexto europeo, los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; CEDH) y, por otro lado, las cláusulas de responsabilidad extracontractual (*tort law*) de derecho interno<sup>3</sup>. En este contexto, subsisten dudas sobre la posibilidad de que normas de derecho internacional general puedan desempeñar un papel en este tipo de litigios.

Por tanto, el presente estudio tiene como objetivo aclarar la función que normas generales, como los principios de prevención, de equidad intergeneracional y de «no ocasionar daños» (conocido como *no harm principle*) pueden desempeñar en la protección de los derechos fundamentales de los individuos ante los tribunales internos. La finalidad es determinar si y en qué medida estos principios, influenciados también por el desarrollo de la práctica institucional y jurisprudencial internacional en materia ambiental, pueden contribuir a la tutela de los derechos fundamentales frente al desafío global del cambio climático.

<sup>3</sup> Como ejemplos, cabe mencionar los conocidos asuntos Corte Suprema de los Países Bajos (2019), sentencia, caso núm. 19/00135, Urgenda Foundation c. Países Bajos (20 de diciembre de 2019); Tribunal de Distrito de La Haya (2021), sentencia, caso núm. C/09/571932, Milieudefensie y otros c. Royal Dutch Shell (26 de mayo de 2021); Tribunal de Apelación de Bruselas (2023), sentencia, caso núm. 2015/4585/A, VZW Klimaatzaak c. Bélgica (30 de noviembre de 2023). Todas las decisiones están disponibles en: <https://www.climatecasechart.com>.

Esta interacción entre protección ambiental y derechos fundamentales, en el ejemplo del ordenamiento jurídico italiano, se ha visto aún más favorecida por la modificación del artículo 9 de la Constitución italiana, introducida mediante la Ley Constitucional del 11 de febrero de 2022, n.º 1, que ha incorporado expresamente la protección del medio ambiente entre los principios fundamentales del sistema jurídico<sup>4</sup>. Con esta reforma, se ha pretendido elevar a rango constitucional principios generales del derecho internacional del medio ambiente, como los mencionados anteriormente<sup>5</sup>. En su nueva formulación, el artículo 9 de la Constitución establece los fundamentos para el desarrollo futuro de la jurisprudencia y confiere a los tribunales internos un robusto soporte normativo para fortalecer la protección medioambiental. Esta disposición se alinea con un contexto internacional en el que la responsabilidad de responder a las imperiosas demandas de protección parece recaer, en gran medida, sobre los jueces nacionales.

En los apartados siguientes, tras una introducción sobre la evolución de la práctica institucional y jurisprudencial internacional (párr. 2), la exposición se estructurará en dos secciones, correspondientes a las principales perspectivas desde las cuales la protección del medio ambiente y sus principios pueden adquirir relevancia en el ámbito interno (párrs. 3-5). Finalmente, se ofrecerán algunas reflexiones sobre la posibilidad de que el recurso a las normas generales de derecho internacional del medio ambiente contribuya a ampliar la tutela de los individuos en el contexto de la lucha contra el cambio climático (párr. 6).

<sup>4</sup> El artículo 9 de la Constitución italiana, en su texto actual, establece lo siguiente: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

<sup>5</sup> GRECO (2023, 276). No se trata de un caso aislado: en las últimas dos décadas, las preocupaciones ambientales han impulsado numerosas reformas constitucionales, motivadas por la evolución de la práctica y la política internacionales. Al respecto, véanse CARAVITA, MORRONE (2016), AMIRANTE (2022), ARAÚJO, KOESSLER (2022). Sobre la noción de principio general del derecho internacional del medio ambiente utilizada aquí, véase *infra*, párr. 2.

## *2. La interacción entre el derecho internacional del medio ambiente y la protección de los derechos fundamentales ante órganos y tribunales internacionales*

Antes de proceder al análisis de la jurisprudencia interna, será preciso ilustrar brevemente el papel desempeñado por los tribunales y órganos internacionales en la evolución de los principios internacionales del medio ambiente, a fin de comprender si y cómo su contenido y alcance se han desarrollado a nivel internacional hasta permitir, como se verá, su aplicación fuera de los límites de su ámbito de aplicación originario.

En este contexto, es preciso aclarar en primer lugar qué se entenderá, de aquí en adelante en este escrito, por “principios” generales del derecho internacional del medio ambiente. Con esta expresión se designarán las normas de derecho internacional del medio ambiente que han adquirido el carácter de derecho internacional general, ya constituyan práctica consuetudinaria internacional o principios generales del derecho internacional. En concreto, objeto del presente estudio serán los pronunciamientos jurisdiccionales de los tribunales nacionales que se refieran a los principios de prevención, equidad intergeneracional y de «no ocasionar daños»<sup>6</sup>.

Pasando ahora a la evolución de dichas normas en el ámbito internacional, cabe destacar, en primer lugar, que, aunque estas se refieren a la protección del medio ambiente en las relaciones interestatales<sup>7</sup>, en los últimos años el vínculo – reconocido en numerosas ocasiones por

<sup>6</sup> Los principios del derecho internacional del medio ambiente, como los mencionados, han tenido una función muy importante en la configuración y evolución de este sector normativo. Sin embargo, su naturaleza jurídica, contenido, fuerza vinculante y funciones siguen siendo en gran medida inciertos. Para profundizar en el tema, véanse los trabajos de PINESCHI (2014); VIÑUALES, DUPUY (2018, 58-104); DE SADELEER (2020); GERVASI (2022) y BRUS, MERKOURIS, DE HOOGH (2023). En este trabajo se ha decidido centrar el análisis en los principios mencionados porque son aquellos cuyo desarrollo a nivel internacional está más maduro, y esto también es evidente a nivel interno, ya que son los que los tribunales nacionales también utilizan en mayor medida.

<sup>7</sup> En cuanto a la responsabilidad internacional de los Estados en relación con el cambio climático, se remite, entre otros, a GERVASI (2017).

la comunidad internacional – entre la vulneración de los derechos fundamentales y el cambio climático ha abierto la posibilidad de imaginar su aplicación de manera más amplia para la protección de los derechos subjetivos de los individuos, ya sea como base jurídica autónoma o invocándolos en el contexto de la interpretación sistemática de otras normas de derecho escrito<sup>8</sup>.

De hecho, la existencia de una interconexión entre el respeto de los derechos humanos y las obligaciones positivas de los Estados en virtud de dichos principios ha hallado respaldo en diversas manifestaciones de la jurisprudencia internacional<sup>9</sup>. Prueba de ello es, por ejemplo, la opinión consultiva adoptada en 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte interamericana), que se sirvió del principio de prevención para ampliar su jurisdicción a violaciones extraterritoriales de los derechos humanos. Según la Corte interamericana, para garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), los Estados tienen la obligación de prevenir «significant environmental damages *within* and *outside* their territory»<sup>10</sup>. En el mismo

<sup>8</sup> VIÑUALES, CHUFFART, 2014, 287-291; DUVIC-PAOLI, 2018, 235-239; BRUNNÉE, 2020, 179; DUVIC-PAOLI, GERVASI, 2023, 232-235, y AUZ, VIVEROS-UEHARA, 2023.

<sup>9</sup> Este vínculo también se ha consagrado en numerosos documentos de instituciones internacionales, tales como la Declaración conjunta sobre derechos humanos y cambio climático, emitida en el 2019 por los cinco órganos de tratados de derechos humanos de la ONU (accesible el enlace adjunto: <https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2019/09/five-un-human-rights-treaty-bodies-issue-joint-statement-human?LangID=E&NewsID=24998>), el Informe Clima Seguro 2019 del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente (UN. Doc. A/74/161), el documento del PNUMA “Haciendo las paces con la naturaleza”, de 18 de febrero de 2021 (accesible el enlace adjunto: <https://www.unep.org/es/resources/making-peace-nature>), la Declaración conjunta de los órganos de las Naciones Unidas sobre el derecho a un medio ambiente sano, firmada por 15 organizaciones de la ONU el 26 de julio de 2022 (UN Doc. A/76/L.75) y la Declaración conjunta sobre derechos humanos y cambio climático de 2024 (accesible el enlace adjunto: [https://www.un.org/pga/wp-content/uploads/sites/108/2024/05/Joint-Statement\\_ES.pdf](https://www.un.org/pga/wp-content/uploads/sites/108/2024/05/Joint-Statement_ES.pdf)).

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), Opinión Consultiva OC-23/17, *Medio ambiente y derechos humanos* (15 de noviembre de 2017, párr. 174). Cabe señalar que la Corte considera legitimados para invocar la violación de sus derechos fundamentales todos los individuos que hayan sufrido daños a causa del incumpli-

sentido, dos años después, en 2019, el Comité de los Derechos del Niño – órgano de control encargado de velar por la implementación y el respeto de la Convención sobre los Derechos del Niño – también se pronunció en términos similares en el caso *Sacchi et al. c. Argentina et al*<sup>11</sup>. En la comunicación dirigida al Comité, los recurrentes habían observado que «[t]he duty to prevent foreseeable human rights harms caused by climate change dovetails with the prevention principle under international environmental law»<sup>12</sup>. En respuesta a las cuestiones planteadas, el Comité, a pesar de considerar inadmisibles las reclamaciones por la falta de agotamiento previo de los recursos internos por parte de los jóvenes recurrentes, valoró el dictamen adoptado por la Corte Interamericana en 2017, y concluyó que un Estado puede ser considerado responsable por los daños transfronterizos ocasionados a los derechos fundamentales de los ciudadanos, como consecuencia del

miento por parte del Estado de sus obligaciones ambientales, con independencia del carácter trasfronterizo del daño. En este sentido, es evidente que los jueces se remiten al principio de prevención como una base jurídica autónoma para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención. En la misma resolución, la Corte interamericana aclara significativamente que «[t]he American Convention obliges States to take actions to prevent eventual human rights violations [...]. In this regard, although the principle of prevention in relation to the environment was established within the framework of inter-State relations, the obligations that it imposes are similar to the general duty to prevent human rights violations» (ivi, párr. 133). Sobre este punto, véase también BRUNNÉE (2020, 178): «[t]he harm prevention rule would extend the extraterritorial scope of human rights obligations for environmental protection, and the primary rule's substantive and procedural dimensions would matter in assessing whether a State is meeting these human rights obligations. In turn, through the human rights regime, a path could be open for individuals to hold States to their obligation to prevent significant transboundary environmental harm, quite possibly including climate-related harm».

<sup>11</sup> Comité de los Derechos del Niño (2019), Decisión Comunicaciones núm. 104-8/2019, *Sacchi y otros c. Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía* (8 de octubre de 2019).

<sup>12</sup> Comité de los Derechos del Niño (2019), Comunicación *Sacchi y otros c. Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía* (23 de septiembre de 2019, párrs. 177-183, en especial párr. 179).

incumplimiento de la obligación de prevención en cuestiones medioambientales<sup>13</sup>.

Las decisiones anteriormente mencionadas parecen confirmar una tendencia, consolidada a nivel internacional, que considera que el contenido de las obligaciones positivas de protección de los derechos fundamentales que recaen sobre los Estados debe integrarse mediante la referencia a las disposiciones de los principios internacionales del medio ambiente<sup>14</sup>.

Sin embargo, tanto la existencia del vínculo entre los derechos humanos y los principios del derecho internacional del medio ambiente como el contenido y el alcance de las obligaciones que de ellos se desprenden siguen siendo objeto de debate y requieren esclarecimiento. Como confirmación de lo anterior, basta considerar que, en la solicitud de dictamen presentada en marzo de 2023 ante la Corte Internacional de Justicia por parte de la Asamblea General, ésta solicitó precisamente que se aclarara, teniendo en cuenta también el principio de prevención de daños ambientales, el alcance de las obligaciones estatales en relación con el cambio climático, no solo respecto a otros Estados, sino también en relación con las generaciones presentes y futu-

<sup>13</sup> Comité de los Derechos del Niño (2019), Decisión Comunicaciones núm. 104-8/2019, *Sacchi y otros c. Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía* (8 de octubre de 2019, párr. 10.5).

<sup>14</sup> En su informe de 2019, el Relator Especial sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente señaló, por ejemplo, que «Human rights obligations are reinforced by international environmental law, as States are obliged to ensure that polluting activities within their jurisdiction or control do not cause serious harm to the environment or peoples of other States or to areas beyond the limits of national jurisdiction. Given the foreseeability of increasing climate impacts, this well-established ‘no harm’ rule of customary international law is being violated as a result of [GHG] emissions, which, regardless of where they are emitted, are contributing, cumulatively, to adverse effects in other States, including small island developing States. The Urgenda case in the Netherlands is an important precedent, as the Court relied on international human rights law to hold the Government of the Netherlands accountable for fulfilling commitments the Government itself says are necessary to prevent dangerous climate change» (*Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, UN Doc. A/74/161, párr. 66). Para profundizar en el tema puede consultarse SAVARESI (2024).

ras<sup>15</sup>. Asimismo, en enero de 2023, Chile y Colombia solicitaron a la Corte interamericana que determinara qué medidas de protección de los derechos fundamentales que los Estados deben implementar en relación con las obligaciones de diligencia debida y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas<sup>16</sup>.

Ambos tribunales emitieron sus dictámenes consultivos en julio de 2025, consolidando la tendencia antes descrita y confirmando la progresiva interrelación entre derechos humanos y principios del derecho internacional del medio ambiente. La Corte Internacional de Justicia afirmó de manera expresa que «the full enjoyment of human rights cannot be ensured without the protection of the climate system and other parts of the environment»<sup>17</sup>, destacando además que «international human rights law, the climate change treaties and other relevant environmental treaties, as well as the relevant obligations under customary international law, inform each other»<sup>18</sup>. En consecuencia, según la Corte, los Estados están obligados a adoptar medidas «to protect the climate system and other parts of the environment» con el objetivo de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos<sup>19</sup>. De manera complementaria, la Corte interamericana reforzó el deber de diligencia de los Estados en materia de cambio climático, exigiendo que se consideren los riesgos específicos para los derechos humanos y la vulnerabilidad de sus titulares, integrando la perspectiva de derechos humanos en la formulación, implementación y seguimiento de todas las políticas y medidas relacionadas con el cambio climático, de

<sup>15</sup> Asamblea General, Resolución 77/276. UN Doc. A/77/L.58.

<sup>16</sup> En relación con este aspecto, véase asimismo el comentario de AUZ, VIVEROS-UEHARA (2023), según los cuales: «[d]ue diligence and the CBDR questions could push some interpretative boundaries. Considering climate mitigation as a human rights obligation implies that states could be held accountable for failing to reduce GHG emissions, thereby gaining affected individuals a direct opportunity to claim redress».

<sup>17</sup> Corte Internacional de Justicia (2025), *Opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático* (23 de julio de 2025, párr. 403); véase también HERI (2025). Además, para un análisis más general de las obligaciones generales de prevención invocadas en dicho dictamen, véase BRUNNÉE (2025).

<sup>18</sup> *Opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático*, cit., párr. 404).

<sup>19</sup> *Ivi*, párr. 403.



modo que no se generen nuevas vulnerabilidades ni se agraven las pre-existent<sup>20</sup>.

En este contexto, y a raíz de la progresiva interrelación a nivel internacional entre los principios ambientales y la protección de los derechos humanos, se plantea la cuestión de si los tribunales nacionales, mediante el recurso a las normas generales de derecho internacional mencionadas, pueden contribuir al debate, ofreciendo un mecanismo eficaz para la protección de los individuos afectados por el cambio climático y sus consecuencias.

### 3. Los principios del derecho internacional del medio ambiente ante los tribunales nacionales

En las últimas dos décadas, como se ha mencionado anteriormente, se ha evidenciado un incremento notable en el número de litigios climáticos presentados ante tribunales nacionales. El contencioso climático se caracteriza por su diversidad, al considerar tanto a los sujetos contra los que se han emprendido acciones legales (Estados o empresas)<sup>21</sup>, como los objetos de las demandas de los recurrentes (medi-

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2025), *Opinión consultiva sobre la emergencia climática y los derechos humanos* (8 de julio de 2025, párrs. 236-237); véase también el análisis de KNOX (2025).

<sup>21</sup> En lo concerniente a los litigios contra los Estados véase, entre otros, Corte Suprema de los Países Bajos (2019), sentencia, caso núm. 19/00135, *Urgenda c. Países Bajos* (20 de diciembre de 2019); Corte Suprema de Irlanda (2020), sentencia, caso núm. 205/19, *Friends of the Irish Environment c. Gobierno de Irlanda* (31 de julio de 2020); Tribunal Constitucional Federal de Alemania (2021), sentencia, casos núm. BvR 2656/18, BvR 78/20, BvR 96/20, BvR 288/20, *Neubauer y otros c. Alemania* (24 de marzo de 2021); Tribunal de Apelación de Bruselas (2023), sentencia, caso núm. 2015/4585/A, *VZW Klimaatzaak c. Bélgica* (30 de noviembre de 2023). Por lo que se refiere a los litigios contra empresas, véanse, a modo de ejemplo, los asuntos Tribunal de Distrito de La Haya (2021), sentencia, caso núm. C/09/571932, *Milieudefensie y otros c. Shell* (26 de mayo de 2021); Tribunal de Roma (2023), acto de citación, caso núm. R.G. 26468/2023, *Greenpeace Italy et al. c. ENI S.p.A., Ministerio de Economía y Finanzas y Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.* (9 de mayo de 2023); Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales (2023), sentencia, caso núm. EWHC 2182 (Ch), *ClientEarth c. Consejo de Administración de Shell* (31 de agosto de 2023).

das de mitigación, medidas de adaptación, impugnación de planes climáticos o su falta de implementación, entre otros)<sup>22</sup>. Así, en los párrafos siguientes se intentará comprender cómo, en este contexto, las normas del derecho internacional ambiental han surgido, o pueden surgir, para proteger los derechos fundamentales de los individuos frente a los daños causados por el cambio climático. En particular, se presentarán dos escenarios. En primer lugar, se investigará la posibilidad de que estos principios se utilicen como base jurídica autónoma para obtener la protección de los derechos subjetivos de los individuos comprometidos por los efectos del cambio climático<sup>23</sup>. En segundo lugar, se explorará la hipótesis de que el uso de estas normas de manera interpretativa pueda contribuir a fortalecer y ampliar el contenido de las disposiciones constitucionales o convencionales que protegen los derechos fundamentales<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Por ejemplo, se pidió a los tribunales que condenaran al demandado a reducir las emisiones en una determinada cantidad en los casos *Urgenda c. Países Bajos* y *Milieudefensie y otros c. Shell* antes mencionados; que condenaran al demandado a un facere en relación con la cuestión de la adaptación a los impactos climáticos en el caso *Leghari c. Pakistán* (véase la nota 41 *infra*); y que impugnaran la legislación nacional sobre el clima en el caso *Neubauer y otros c. Alemania*.

<sup>23</sup> Como ha señalado BRUNNÉE (2020), citada en la nota 10, ya se había planteado esta posibilidad en relación con los órganos encargados de la supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos. Para profundizar en el tema más general de la aplicabilidad directa de las normas del derecho internacional general, véase, entre otros, IWASAWA (2022).

<sup>24</sup> Esta posibilidad ha sido mencionada en relación con los derechos económicos y sociales por VIÑUALES, CHUFFART (2014, 287): «The conclusion that we reach is, admittedly, no surprise to an audience specialized in human rights: the impact of international environmental law is, essentially, to broaden the scope of human rights, and particularly of ESC rights, in a variety of ways». De manera aún más explícita, DUVIC-PAOLI, GERVASI (2023) sostienen que: «Reliance on the prevention principle through systemic integration, on the other hand, could strengthen the application of human rights obligations to climate change cases from a legal point of view» (235, nota 126).

#### 4. Sigue. *La invocación autónoma*

En primer lugar, se ha explorado la posibilidad de que los principios mencionados, como normas de derecho internacional general, obliguen a los Estados a prevenir la vulneración de los derechos fundamentales y, por lo tanto, puedan ser invocados como base jurídica autónoma ante los tribunales nacionales, no solo para proteger los intereses ambientales, sino también los derechos subjetivos de los individuos. Tradicionalmente, como se ha observado, estas normas tenían como objetivo prevenir daños transfronterizos en las relaciones bilaterales entre Estados y, en ocasiones, en aquellas multilaterales relacionadas con “áreas comunes” fuera de la jurisdicción estatal. Sin embargo, a la luz de las crecientes evidencias de la interconexión entre el respeto de los derechos humanos y las obligaciones positivas de los Estados derivadas de estos principios (véase *supra*, párr. 2), se busca evaluar si su alcance se ha ampliado con el tiempo para incluir también la protección de los individuos frente a los efectos adversos del daño ambiental en el disfrute de sus derechos fundamentales. En este sentido, destacan especialmente dos decisiones judiciales.

Una de ellas es el caso *Centro para los Estudios de Justicia Social c. Colombia*, donde la Corte Constitucional colombiana debía decidir si las actividades de extracción minera y deforestación llevadas a cabo por el gobierno en la zona del río Atrato violaban los derechos fundamentales de los recurrentes<sup>25</sup>. En este contexto, es relevante que la Corte citó el principio de prevención de origen internacional como una norma destinada a evitar y minimizar los daños ambientales «as an objective in itself, regardless of the repercussions that may be caused in the territories of other nations»<sup>26</sup>. Esta afirmación es significativa, dado que, como se ha señalado anteriormente, este principio tradicio-

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia (2016), sentencia, caso núm. T-622/16, *Centro para los Estudios de Justicia Social c. Colombia* (caso del río Atrato) (10 de noviembre de 2016).

<sup>26</sup> *Ivi*, párr. 7.34. El presente caso ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina, al pertenecer a una serie bastante reducida de medidas en las que los tribunales han incluido entre los sujetos de derecho a seres no humanos, como la Naturaleza en sí misma o sus componentes animados e inanimados. En relación con este tema, véase BAGNI (2018).

nalmente solo se ha aplicado en las relaciones entre Estados. La interpretación de los jueces colombianos resulta particularmente innovadora, ya que sugiere la posibilidad de que los ciudadanos puedan invocar esta norma de manera autónoma, siempre que consideren que el entorno en el que viven ha sido afectado por el incumplimiento de la obligación preventiva<sup>27</sup>. No obstante, en el resto de la decisión y en la parte dispositiva de la sentencia, la Corte no hace más referencia al principio mencionado y basa su decisión en el incumplimiento del principio de precaución<sup>28</sup>, tal como se interpreta en la jurisprudencia interna, concluyendo que las autoridades estatales son responsables por la violación de los derechos a la vida, la salud y el medio ambiente de las comunidades étnicas del valle del río Atrato y sus derechos bioculturales<sup>29</sup>.

El otro caso relevante es el de *Urgenda c. Países Bajos*, en el que los demandantes solicitaron a la Corte territorial de La Haya que condenara al Estado a adoptar medidas de mitigación, consistentes en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero<sup>30</sup>. La última instancia en pronunciarse sobre el asunto fue la Corte Suprema de los Países Bajos, que confirmó la condena del Estado a reducir las emisiones en al menos un 25% con respecto a los niveles de 1990 para 2020,

<sup>27</sup> La Corte Constitucional de Colombia utiliza el principio de prevención como fundamento jurídico autónomo, tal y como lo haría la Corte Interamericana de Derechos Humanos, únicamente un año después, en el 2017, en la opinión consultiva previamente citada (véase la nota 10).

<sup>28</sup> La mención del principio de precaución no es indicativa para nuestro estudio, puesto que la Corte Constitucional de Colombia reconoce que «[i]n the international order, the application of the precautionary principle continues to generate conflicting positions [and] [t]here still is no consensus in the international community regarding its understanding and scope» y, por consiguiente, procede a examinar su aplicación en la jurisprudencia interna (*Centro para los Estudios de Justicia Social c. Colombia*, cit., párr. 7.36). En lo que concierne a la controvertida naturaleza jurídica de este principio, se recomienda VIÑALES, DUPUY (2018, 70-73).

<sup>29</sup> *Centro para los Estudios de Justicia Social c. Colombia*, cit., párrs. 7.35-7.41.

<sup>30</sup> Se habían pronunciados anteriormente el Tribunal de Distrito de La Haya (2015), sentencia, caso núm. C/09/456689, *Urgenda c. Países Bajos* (24 de junio de 2015) y la Corte de Apelación de La Haya, División de Derecho Civil (2018), sentencia, caso núm. 200.178.245/01, *Países Bajos (Ministerio de Infraestructura y Medio Ambiente) c. Urgenda* (9 de octubre de 2018).

fundamentando la obligación en el *no harm principle*. Según los jueces holandeses, el Estado está obligado no solo con otros Estados, sino también con sus propios ciudadanos, a tomar medidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. De esta manera, los jueces de la Corte Suprema interpretaron de forma extensiva este principio, tradicionalmente aplicado solo en las relaciones intergubernamentales, y reconocieron el derecho de los ciudadanos de los Países Bajos a demandar al Estado para que este cumpla con dicho principio<sup>31</sup>. Así, utilizaron la referencia al *no harm principle* para ordenar al Estado adoptar las medidas necesarias para prevenir daños transfronterizos derivados del cambio climático<sup>32</sup>. Sin embargo, al continuar con la lectura del fallo, se observa que la obligación del Estado hacia sus ciudadanos sigue estando vinculada a la necesidad de proteger sus derechos fundamentales<sup>33</sup>. En este sentido, la Corte Suprema especifica que es solo «pursuant to Articles 2 and 8 ECHR» que el Estado «is obliged towards the residents of the Netherlands, in accordance with its share as referred to above in 5.8, to take adequate measures to reduce greenhouse gas emissions from Dutch territory»<sup>34</sup>.

En conclusión, aunque algunos tribunales nacionales han comenzado a aplicar los principios del derecho internacional ambiental más allá de sus límites tradicionales, estos casos siguen siendo excepcionales. No obstante, esta práctica, junto con la jurisprudencia internacional mencionada anteriormente y a la espera de los dictámenes consultivos pendientes, podría señalar una tendencia hacia la ampliación de la aplicación de estos principios, lo que eventualmente permitiría su invocación autónoma por parte de los individuos.

<sup>31</sup> Corte Suprema de los Países Bajos (2019), sentencia, caso núm. 19/00135, *Urgenda c. Países Bajos* (20 de diciembre de 2019, párrs. 5.7.1–5.7.6).

<sup>32</sup> SAVARESI (2024, p. 289).

<sup>33</sup> Véase en particular, Corte Suprema de los Países Bajos (2019), sentencia, caso núm. 19/00135, *Urgenda c. Países Bajos* (20 de diciembre de 2019, párr. 6.8): «[i]n view of the considerations in 5.7.2–5.7.9 above [que se refieren al denominado principio de no ocasionar daños, N. del T.], the Supreme Court finds that Articles 2 and 8 ECHR relating to the risk of climate change should be interpreted in such a way that these provisions oblige the contracting states to do ‘their part’ to counter that danger».

<sup>34</sup> *Ivi*, párr. 6.1.

5. Sigue. *El uso interpretativo para ampliar el contenido de las normas constitucionales y convencionales sobre derechos fundamentales*

En este punto, se hace necesario analizar la posibilidad de que los principios del derecho internacional ambiental sean empleados por los tribunales nacionales como herramienta de interpretación sistemática, con el objetivo de ampliar el alcance de las normas constitucionales o convencionales destinadas a la protección de los derechos fundamentales. Este enfoque se asemeja al adoptado por los órganos internacionales encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados en materia de derechos humanos. En este contexto, a menudo estos órganos jurisdiccionales hacen referencia al principio de integración sistemática, reconocido en el artículo 31, párrafo 3, letra c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para incorporar exigencias previstas por otras normas del derecho internacional en los razonamientos jurídicos contenidos en sus decisiones. Este método ha sido utilizado de manera recurrente en materia ambiental por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>35</sup> y también ha sido respaldado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario General n.º 36 sobre el derecho a la vida<sup>36</sup>. Asimismo, la doctrina ha sugerido que ciertos principios, como el de prevención, podrían utilizarse eficazmente para ampliar el contenido de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (2009), sentencia, caso núm. 67021/01, *Tatar c. Rumanía* (27 de enero de 2009). Más recientemente, la importancia del criterio de interpretación sistemática, previsto en la letra c) del apartado 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, también ha sido reafirmada por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en su dictamen de 1 de mayo de 2024 sobre las obligaciones de protección de los Estados en el mar frente al cambio climático. Sobre esto último, véanse los comentarios de LONGO (2024), SILVERMAN-ROATI, BÖNNEMANN (2024) y PAINE (2024).

<sup>36</sup> Comité de Derechos Humanos (2019), Comentario General núm. 36, UN Doc. CCPR/C/GC/36 (3 de septiembre de 2019).

<sup>37</sup> DUVIC-PAOLI, GERVASI (2023, p. 235). Según los dos autores, «the prevention principle could be decisive in extending, through ‘climate considerations’, the scope of human rights obligations to climate change».

Del análisis de la práctica jurisprudencial se desprende que diversos tribunales nacionales han adoptado este enfoque. A continuación, se presentan los casos más representativos.

Un primer ejemplo es el ya mencionado caso *Urgenda*, en el que la Corte Suprema de los Países Bajos confirmó tanto las conclusiones como el razonamiento seguido por la Corte de Apelación, apartándose, en cambio, de la argumentación del tribunal de primera instancia<sup>38</sup>. En su decisión, la Corte fundamentó la condena del Estado demandado en la necesidad de proteger el derecho a la vida y al respeto de la vida privada y familiar de los demandantes, reconocidos en los artículos 2 y 8 del CEDH. Según la Corte Suprema, estas disposiciones deben interpretarse a la luz del principio de precaución, lo que implica la obligación del Estado de adoptar medidas preventivas tanto de mitigación como de adaptación<sup>39</sup>.

El razonamiento seguido por los jueces refleja precisamente el esquema aquí analizado: recurrieron a la interpretación sistemática, tomando como referencia el principio de precaución – considerado un principio general del derecho internacional ambiental – para ampliar el contenido y el alcance de las normas convencionales de protección de los derechos fundamentales<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Los jueces de primera instancia, de hecho, refiriéndose a los artículos 2 y 8 del CEDH, habían afirmado que *Urgenda* «itself cannot be designated as a direct or indirect victim, within the meaning of Article 34 ECHR, of a violation of Articles 2 and 8 ECHR» y que en cualquier caso, dichas normas no eran aptas para otorgarle un derecho subjetivo específico a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Tribunal de Distrito de La Haya (2015), sentencia, caso núm. C/09/456689, *Urgenda c. Países Bajos* (24 de junio de 2015, párrs. 4.45 y 4.52).

<sup>39</sup> Corte Suprema de los Países Bajos (2019), sentencia, caso núm. 19/00135, *Urgenda c. Países Bajos* (20 de diciembre de 2019, párr. 5.3.2). En lo que respecta a este aspecto, resulta imperativo realizar una precisión. En términos generales, hasta el momento no se ha considerado el principio de precaución en el presente estudio. Esta omisión se debe a la existencia de una controversia en torno a la naturaleza jurídica del principio de precaución, como se ha mencionado anteriormente en la nota 28. No obstante, es relevante señalar que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Suprema de los Países Bajos lo citan como una norma de derecho internacional general. Por lo tanto, se considera pertinente tener en cuenta el razonamiento de la Corte Suprema de los Países Bajos para este análisis.

<sup>40</sup> *Ivi*, párr. 5.6.1

Un enfoque similar ha sido adoptado por otros tribunales nacionales, que han recurrido a los principios generales del derecho internacional ambiental para ampliar el contenido de las normas sobre derechos fundamentales previstas en sus respectivas constituciones.

Un ejemplo significativo es el caso *Leghari c. Pakistán*, en el que el demandante solicitó al Tribunal Superior de Lahore que determinara si el retraso del Estado en la implementación del Plan Nacional de Acción Climática constituía una violación de sus derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana. Al ordenar al Estado que adoptara todas las medidas necesarias para la pronta ejecución del programa de adaptación al cambio climático, los jueces consideraron esencial interpretar y complementar los artículos 9 (derecho a la vida) y 14 (derecho a la dignidad humana) de la Constitución nacional con diversos principios generales del derecho ambiental, como el desarrollo sostenible, el principio de precaución, la evaluación de impacto ambiental y la equidad intergeneracional<sup>41</sup>.

En este contexto, también se inscribe el caso *Rabab Ali c. Pakistán*, actualmente pendiente ante el Tribunal Superior de Lahore. En este asunto, la demandante, una niña pakistaní de siete años, ha solicitado a los jueces que esclarezcan expresamente si los derechos fundamentales a la vida, a la propiedad privada, a la dignidad humana y a la igualdad, garantizados por la Constitución, incluyen en su ámbito de aplicación los principios internacionales del derecho ambiental mencionados anteriormente<sup>42</sup>.

El análisis de esta segunda vía lleva a dos observaciones. En primer lugar, resulta evidente que, como ya se ha planteado en la doctrina<sup>43</sup>, los principios generales del derecho internacional ambiental a menudo desempeñan una función auxiliar al ampliar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales. En consecuencia, se abre la posibilidad de que los individuos interpongan recursos con el objetivo de obtener

<sup>41</sup> Tribunal Superior de Lahore (2018), sentencia, caso núm. WP-25501/2015, *Leghari c. Pakistán* (25 de enero de 2018, párrs. 12 y 20).

<sup>42</sup> Tribunal Superior de Lahore (2016), recurso, *Rabab Ali c. Pakistán* (1 de enero de 2016, pp. 5-6).

<sup>43</sup> VIÑUALES, CHUFFART (2014, 287). Los dos autores se referían claramente a la utilización de tales principios por las cortes y tribunales internacionales.



la condena del Estado por la violación directa de derechos fundamentales (como el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad humana), interpretados a la luz de los deberes de prevención y mitigación establecidos en el derecho internacional<sup>44</sup>. Por lo tanto, y en relación con la segunda y última consideración, resulta razonable prever que la postura adoptada por los tribunales nacionales anteriormente descrita contribuya en el futuro a un incremento del litigio climático conocido como *human rights based approach*.

## 6. Observaciones finales

En principio, nos propusimos analizar el litigio climático ante los tribunales nacionales con el objetivo de comprender el papel que estos jueces desempeñan o podrían desempeñar en el futuro frente al desafío global del cambio climático. Para ello, partiendo de la creciente interacción entre el derecho internacional ambiental y los derechos humanos a nivel internacional, se ha examinado el papel que los principios generales del derecho internacional ambiental juegan en la protección de los derechos fundamentales de los individuos ante los tribunales nacionales.

Se han planteado dos posibles enfoques. En primer lugar, se analizó la posibilidad de que el contenido de dichos principios haya evolucionado con el tiempo, superando su naturaleza tradicionalmente interestatal, abriendo la puerta a que los individuos puedan invocar estos principios de manera autónoma para protegerse de los impactos de los daños ambientales en sus derechos subjetivos. Al respecto, se ha observado que, en algunos casos, los tribunales nacionales han mostrado disposición para ampliar el alcance de ciertos principios, en particular el de prevención y el *no harm principle*, dejando abierta la posibilidad de su invocación autónoma. Sin embargo, como se anticipó, estos son casos aislados, de los cuales no se puede extraer más que una tendencia que aún requiere confirmación adicional.

Por otro lado, el análisis de la práctica interna ha mostrado que el uso más frecuente de estos principios se da a través de su interpreta-

<sup>44</sup> Para profundizar en el tema, véase MONTINI (2020, 516-521).

ción, con el fin de reforzar y ampliar el alcance de las normas constitucionales o convencionales destinadas a proteger los derechos fundamentales. De hecho, los tribunales nacionales parecen estar inclinados a interpretar de manera expansiva los deberes de protección de los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y la dignidad humana, a la luz de los principios ambientales mencionados. Como se ha señalado, en opinión de quien escribe, esta actitud de los jueces podría fomentar un aumento del litigio climático basado en los derechos humanos.

En conclusión, el estudio realizado parece evidenciar que el papel de los tribunales nacionales y su capacidad para desarrollar argumentos innovadores pero sólidos, incluso mediante la apertura de los sistemas jurídicos internos al derecho internacional, constituye un factor clave para afrontar el desafío global del cambio climático. Como se ha demostrado, además de las normas internas y convencionales, las normas de derecho internacional general en materia ambiental ofrecen un nivel adicional al que el juez nacional puede recurrir, desempeñando un papel clave para reforzar las decisiones judiciales en este contexto.

### *Referencias bibliográficas*

- Amirante, D. (2022). Environmental Constitutionalism Through the Lens of Comparative Law: New Perspectives for the Anthropocene. En D. Amirante; S. Bagni (Eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions* (148-167). Routledge. Londres / Nueva York.
- Araújo, R.; Koessler, L. (2022). The Rise of the Constitutional Protection of Future Generations. *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/the-rise-of-the-constitutional-protection-of-future-generations/>.
- Assanti, E. G. (2021). Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda. *Federalismi.it*, 17.
- Auz, J.; Viveros-Uehara, T. (2023). Another Advisory Opinion on the Climate Emergency? The Added Value of the Inter-American Court of Human Rights. *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/another-advisory-opinion-on>

- the-climate-emergency-the-added-value-of-the-inter-american-court-of-human-rights/-
- Bagni, S. (2018). Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana. *DPCE ONLINE*, 37(4).
- Briegleb, A.; De Spiegeleir, A. (2023). From Urgenda to Klimaatzaak: A New Chapter in Climate Litigation. *Verfassungsblog*. [verfassungsblog.de/from-urgenda-to-klimaatzaak/](https://verfassungsblog.de/from-urgenda-to-klimaatzaak/).
- Brunnée, J. (2025). The advisory opinion on obligations of states in respect of climate change: Harm prevention under customary international law. *Völkerrechtsblog*. <https://voelkerrechtsblog.org/the-advisory-opinion-on-obligations-of-states-in-respect-of-climate-change/>.
- Brunnée, J. (2020). Procedure and Substance in International Environmental Law. *Recueil des cours*, 405.
- Brus, M.; Merkouris, P.; de Hoogh, A. (2023). *The Normative Status of Climate Change Obligations under International Law*. European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL\\_STU\(2023\)749395](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2023)749395)
- Castellaneta, M. (2000). L'individuo e la protezione dell'ambiente nel diritto internazionale. *Rivista di Diritto internazionale*, 83(4).
- Caravita, B.; Morrone, A. (2016). Ambiente e Costituzione, en B. Caravita, L. Cassetti y A. Morrone (Eds.), *Diritto dell'ambiente* (pp. 17-38). Il Mulino. Bologna.
- De Sadeleer, N. (2020). *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press. Oxford.
- Duvic-Paoli, L.A.; Gervasi, M. (2023). Harm to the Global Commons on Trial: The Role of the Prevention Principle in International Climate Adjudication. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 32.
- Duvic-Paoli, L.-A. (2018). *The Prevention Principle in International Environmental Law*. Cambridge University Press. Cambridge.
- Gervasi, M. (2021). *Prevention of Environmental Harm Under General International Law. An Alternative Reconstruction*. Nomos & Editoriale Scientifica. Baden-Baden / Nápoles.
- Gervasi, M. (2017). Le regole della responsabilità internazionale degli Stati dinanzi alla sfida del cambiamento climatico. En A. Spagnolo; S. Saluzzo (Eds.), *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali:*

- nuove fattispecie e problemi di attribuzione e di accertamento* (61-88). Le-dizioni. Milán.
- Greco, D. (2023). The 2022 “Environmental Reform” of The Italian Consti-tution and International Law. *Italian Yearbook of International Law*, 32.
- Corina, H. (2025). Human Rights in the ICJ’s Climate Opinion: A Compar-a-tive Evaluation. *VerfBlog*. <https://verfassungsblog.de/human-rights-in-the-icjs-climate-opinion/>.
- Iwasawa, Y. (2022). Domestic Application of International Law. Brill | Ni-jhoff. Leiden.
- Knox, J. (2025). The Inter-American Court of Human Rights advisory opin-ion on the climate emergency: A Global South contribution to climate governance. *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/the-inter-american-cou-rt-of-human-rights-advisory-opinion-on-the-climate-emergency-a-global-south-contribution-to-climate-governance/>.
- Longo, A. (2024). Passing on the Baton: A Few Reflections on the Applicable Law in the ITLOS Advisory Opinion on Climate Change and Ocean Acidification. *Sidiblog.it*. <http://www.sidiblog.org/2024/06/28/passing-on-the-baton-a-few-reflections-on-the-app-licable-law-in-the-itlos-advisory-opinion-on-climate-change-and-ocean-acidification/>.
- Markell, D.; Ruhl, J.B. (2012). An empirical assessment of climate change in the courts: a new jurisprudence or business as usual? *Florida Law Review*, 64(15).
- Maxwell, L.; Mead S.; van Berkel D. (2022). Standards for adjudicating the next generation of Urgenda-style climate cases. *Journal of Human Rights and the Environment*, 13(1).
- Mayer, B. (2022). The judicial assessment of states’ action on climate change mitigation. *Leiden Journal of International Law*, 35(4).
- Montini, M. (2020). Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani. *Ordine internazionale e diritti umani*, (3).
- Morvillo, M. (2019). Climate change litigation e separazione dei poteri: rifles-sioni a partire dal caso Urgenda. *Forum di quaderni costituzionali – Ras-segna*.
- Paine J. (2024). The ITLOS Advisory Opinion on Climate Change: Selected Issues of Treaty Interpretation. *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/the-itlos-advisory-opinion-on-climate-change-selected-issues-of-treaty-interpretation/>.

- Peel, J.; Osofsky, H.M. (2020). Climate change litigation. *Annual Review of Law and Social Science*, 16.
- Petel, M.; Vander Putten, N. (2023). The Belgian Climate Case: Navigating the Tensions Between Climate Justice and Separation of Powers. *Verfassungsblog*. [verfassungsblog.de/the-belgian-climate-case/](https://verfassungsblog.de/the-belgian-climate-case/).
- Pineschi, L. (2014). I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern. En R. Ferrara; M.A. Sandulli (Eds.), *Trattato di diritto dell'ambiente* (vol. I, pp. 93-152). Giuffrè Editore. Mil n.
- Ramsden, M.; Gledhill, K. (2019). Defining Strategic Litigation. *Civil Justice Quarterly*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3467034>
- Savaresi, A. (2024). Climate change litigation: the role of international law. *Cambridge International Law Journal*, 13(2).
- Savaresi, A.; Auz, J. (2019). Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries. *Climate Law*, 9.
- Silverman-Roati, K.; B nnemann, M. (2024). The ITLOS Advisory Opinion on Climate Change: An introduction into the joint blog symposium. *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/the-itlos-advisory-opinion-on-climate-change/>
- United Nations Environment Programme (2023). *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*. Nairobi.
- van der Pas, K. (2024), Strategic Litigation. En M. Fink (Ed.), *Redressing Fundamental Rights Violations by the EU: The Promise of the 'Complete System of Remedies'* (209–226). Edward Elgar. Cheltenham.
- Viñuales, J.E.; Chuffart, S. (2014). From the Other Shore: Economic, Social, and Cultural Rights from an International Environmental Law Perspective. En E. Reidel et al. (Eds.), *Contemporary Challenges in the Realization of Economic, Social and Cultural Rights* (286-307). Oxford University Press. Oxford.
- Viñuales, J.E.; Dupuy, P-M. (2018). *International Environmental Law*, Cambridge University Press. Cambridge.



*Antonio Mariconda* \*

LA SEPARACIÓN DE PODERES  
FRENTE AL LITIGIO CLIMÁTICO:  
EL DERECHO INTERNACIONAL COMO GUÍA ENTRE  
EL ACTIVISMO JUDICIAL PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA  
Y EL RESPETO A LAS PRERROGATIVAS  
DEL LEGISLADOR

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La intrínseca relatividad de la noción de separación de poderes. – 3. Las sentencias en materia de cambio climático y la separación de poderes. – 4. El derecho internacional y la separación de poderes en materia climática. – 5. Conclusión.

*1. Introducción*

Entre las críticas más evidentes al marco jurídico internacional en materia de cambio climático destaca la falta de mecanismos destinados a obligar a los Estados al cumplimiento de los compromisos asumidos (KLABBERSM 2018, 17 ss.; KULOVESI; RECIO, 2023, 320 ss.). Este sector está compuesto, de hecho, principalmente por normas de carácter programático que establecen objetivos a largo plazo, dejando una gran discrecionalidad a los Estados respecto a los medios que consideran adecuados para alcanzarlos. En este sentido, es paradigmática la formulación del Acuerdo de París, que por un lado obliga a las Partes a comprometerse a mantener el aumento de la temperatura muy por debajo de los 2 °C respecto a los niveles preindustriales (y continuar los esfuerzos para limitar dicho aumento a 1,5 °C), y por otro, encomienda a las *Nationally Determined Contributions* (NDCs) formuladas libremente por los Estados la tarea de identificar los medios para alcanzar dicho objetivo (DUPUY; VIÑUALES, 2018, 187 ss.). Como resultado, y tal como subrayó recientemente el *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) de las Naciones Unidas, la comunidad inter-

\* Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR).

nacional está lejos de cumplir los objetivos de reducción de emisiones establecidos<sup>1</sup>.

Esta inercia – o la insuficiente acción – por parte de los legisladores y los poderes ejecutivos frente a los riesgos existenciales derivados del cambio climático ha llevado a individuos y organizaciones no gubernamentales (ONG) a buscar estrategias alternativas para alcanzar los objetivos establecidos por el derecho internacional. Entre ellas, destaca el litigio climático estratégico, es decir, el conjunto de acciones judiciales emprendidas con el fin de impulsar un cambio en las políticas estatales en esta materia. Esta “vía judicial” hacia la transición ecológica ha cobrado un gran impulso en los últimos años, y en la actualidad se asiste a una auténtica proliferación de este tipo de litigios en todo el mundo<sup>2</sup>. No obstante, en la búsqueda de estos objetivos, los demandantes deben recurrir a regímenes jurídicos distintos al derecho internacional del cambio climático, ya que este último no entra en la jurisdicción *ratione materiae* de ningún tribunal al que tengan acceso. Así, estas acciones estratégicas se fundamentan bien en el *duty of care*, cuya infracción da lugar a una responsabilidad extracontractual del Estado, o en los derechos humanos, cuya violación sería inevitable en caso de incumplimiento de los compromisos en materia de cambio climático (SAVARESI, SETZER, 2022, 7 ss.; MISONNE, TORRE SCHAUB, ADAM, 2023, 454 ss.).

No cabe duda de que, en el panorama jurídico actual, los jueces nacionales e internacionales se han convertido en un actor central en la lucha contra el cambio climático y en un instrumento privilegiado para impulsar el avance de la transición ecológica. Sin embargo, al analizar este escenario, surgen cuestiones más amplias de gran interés para los publicistas, desafiando algunas categorías consolidadas de su instrumental teórico. Entre ellas, destaca la noción de separación de poderes tal como se ha concebido tradicionalmente: ¿puede un juez, que por definición carece de legitimidad política, recurrir a normas formuladas de manera imprecisa, como los derechos humanos o las disposiciones

<sup>1</sup> Para profundizar en el tema, puede consultarse Intergovernmental Panel on Climate Change (2023).

<sup>2</sup> Para profundizar en el tema, puede consultarse United Nations Environment Programme (UNEP) (2023).



nacionales en materia de responsabilidad extracontractual, para indicar al poder legislativo y ejecutivo el camino a seguir en la lucha contra el cambio climático? Y en caso afirmativo, ¿hasta qué punto puede hacerlo cuando el objeto del litigio involucra decisiones de política pública? (ASSANTI, 2021; PANE, 2023).

La respuesta solo puede ser relativa, es decir, dependerá de la concepción de la separación de poderes que se adopte como referencia. En efecto, se trata de un concepto flexible, cuya definición concreta está estrechamente vinculada a las contingencias histórico-políticas.

A la luz de ello, el presente artículo, a través del análisis de la jurisprudencia relevante, subraya que las sentencias dictadas en el marco del litigio climático estratégico reflejan distintas concepciones de la separación de poderes y busca determinar cuál de ellas se ajusta mejor al actual marco jurídico internacional.

Con este propósito, la segunda sección explicará por qué la separación de poderes debe considerarse un concepto relativo; la tercera examinará algunos casos especialmente representativos sobre su interpretación en el litigio climático estratégico; la cuarta analizará el papel del derecho internacional en este debate; y, finalmente, la quinta sección presentará las conclusiones.

## 2. La intrínseca relatividad de la noción de separación de poderes

A lo largo de la historia del constitucionalismo moderno, el concepto de separación de poderes ha sido interpretado de diversas maneras, inevitablemente influenciado por el contexto histórico y político en el que se desarrollaron las distintas experiencias jurídicas y los autores que las analizaron (ECKES, 2021a, 1316). Es útil presentar desde el inicio estas distintas conceptualizaciones, ya que, como se verá, constituyen la base de las decisiones judiciales en el litigio estratégico sobre el cambio climático.

En primer lugar, el origen del concepto puede atribuirse a la obra de Montesquieu, quien, en *L'Esprit des Lois*, introdujo la idea de que las funciones de gobierno deben dividirse entre tres poderes distintos: el legislativo, encargado de elaborar las leyes; el ejecutivo, responsable de aplicarlas; y el judicial, competente para sancionar a quienes las in-

fringen (MONTESQUIEU, 1748). Cada poder debe ejercer sus funciones de manera independiente y sin invadir el ámbito reservado a los otros dos. En este marco, a menudo se asocia a Montesquieu la imagen del juez como *bouche de la loi*, es decir, como un mero aplicador mecánico del texto legislativo<sup>3</sup>.

Sin embargo, esta concepción debe interpretarse a la luz del contexto histórico en el que se inscribe, es decir, la reacción ilustrada frente a los excesos del absolutismo. Desde esta perspectiva, se comprende que subyace en ella también la idea de pesos y contrapesos (*checks and balances*), según la cual la noción de separación de poderes, necesariamente flexible y concreta, busca prevenir un desequilibrio en el ejercicio del poder, como ocurrió en las monarquías absolutas (HAZO, 1968, 1965, 665 ss.).

De ello se desprende que la figura del juez en la obra de Montesquieu ha sido interpretada de dos maneras diferentes: por un lado, enfatizando su función de *juge automate*, reduciéndolo a un mero instrumento de aplicación mecánica de la ley; por otro, subrayando su papel como contrapeso frente a los poderes que expresan la voluntad de la mayoría (el legislativo y el ejecutivo) con el fin de prevenir su tiranía (SCHOUKENS, 2024, 187-188).

Esta ambivalencia en el pensamiento de Montesquieu se refleja en la evolución teórica del principio en el siglo siguiente.

De hecho, de la interpretación más restrictiva del papel del juez surgieron teorías como la del acto político, que postula la existencia de un espacio reservado al poder político, completamente excluido del control jurisdiccional. En algunas ocasiones, la jurisprudencia de distintos países ha considerado que la gestión de los asuntos exteriores por parte del poder ejecutivo pertenece a este ámbito y, según esta teoría, es inmune al control judicial, quedando así, de facto, fuera del alcance del derecho internacional (AMOROSO, 2012; AMOROSO, 2015; MAGI, 2021, 1029 ss.).

Por el contrario, la interpretación de la separación de poderes como un instrumento destinado principalmente a garantizar un equilibrio entre los poderes se tradujo, con el advenimiento del Estado so-

<sup>3</sup> Para un análisis profundo de esta concepción del juez en la obra de Montesquieu, puede consultarse SPECTOR (2015).

cial y el constitucionalismo del siglo XX, en una lectura “funcional” del concepto por parte de la doctrina. Estos autores sostienen que la separación de poderes no constituye un fin en sí mismo (ACKERMANN, 2000, 633), sino que está al servicio del objetivo supremo de las democracias liberales: la protección de la autonomía colectiva e individual (MÖLLERS, 2013, 4). La primera se garantiza mediante un proceso decisional democrático, en el cual la voluntad de la mayoría se convierte en derecho, mientras que la segunda se protege a través de la existencia de límites a esta voluntad colectiva y mayoritaria (ECKES, 2021b). Desde esta perspectiva, la separación de poderes no puede ser sino un concepto esencialmente relacional, que otorga mayor importancia a la interacción y al control recíproco entre los poderes que a su estricta separación, con el fin de garantizar los principios en los que se basa (ECKES, LEINO-SANDBERG, WALLERMAN GHAVANINI, 2021).

Esta relación, por tanto, es fluida y dinámica, y se traduce en una redefinición constante de los límites entre lo político (es decir, la búsqueda del equilibrio entre los intereses en juego a la luz de la voluntad de la mayoría) y lo jurídico, entendido como las decisiones políticas previas cristalizadas en normas del ordenamiento. Esto implica, naturalmente, que el primer ámbito corresponde a los órganos con legitimación política, que expresan la voluntad de la mayoría, mientras que el segundo recae sobre los órganos con legitimación técnica, que desempeñan una función de garantía de la autonomía individual.

Ahora bien, en los ordenamientos contemporáneos, esta interacción ha entrado en crisis (AZZARITI, DELLAVALLE, 2014), ya que, como ha señalado la doctrina, se ha producido un “oscurecimiento de la representación política y una apropiación de la producción del derecho por parte de las “comunidades”, en particular, de la “comunidad de juristas” y, dentro de ella, de los jueces en una posición preeminente. Comunidad versus Estado”. Esto se debe a que la total falta de “responsividad” frente a los grandes desafíos contemporáneos ha convertido a los órganos políticos en “formalmente legitimados, pero sustancialmente ya no legítimos”, y, por lo tanto, “en la práctica, “tiranos””<sup>4</sup> (STAIANO, 2018, 37). Y es precisamente esta tiranía la que, se-

<sup>4</sup> [traducción propia].

gún la concepción relacional de la separación de poderes, justificaría una intervención reequilibradora por parte del poder judicial.

Entre los grandes desafíos a los que se hace referencia, en los cuales la política está demostrando trágicamente sus límites, se encuentra, sin duda, la lucha contra el cambio climático. Este es precisamente el argumento central del litigio estratégico: la inacción del legislador no deja otra opción que recurrir a los tribunales. Los demandantes, por tanto, buscan liberarse de la “tiranía omisiva” del poder político, adhiriéndose así a la concepción funcional y relacional de la separación de poderes.

El instrumento utilizado para este propósito son normas formuladas de manera vaga, que pueden ser interpretadas y dotadas de contenido por el juez (ECKES, 2021a, 1310). En particular, las acciones climáticas pueden basarse en normas *tort-based*, es decir, en disposiciones nacionales que reflejan el principio del *neminem laedere* (como el artículo 2043 del Código Civil italiano), o en normas *rights-based*, es decir, en derechos humanos reconocidos a los demandantes (como los artículos 2 y 8 del CEDH). A esto se suma el uso de la *best available science* como herramienta para demostrar que la discrecionalidad del legislador a la hora de elegir qué medidas adoptar se ha visto significativamente reducida (MAXWELL, MEAD, VAN BERKEL, 2021).

Todo esto implica que la petición dirigida al juez para que “sustituya” al legislador sigue teniendo, en última instancia, un fundamento normativo. Si esto es compatible o no con el principio de separación de poderes depende de la concepción que se adopte: ciertamente no lo es desde la perspectiva decimonónica del juez como *bouche de la loi*, pero sí lo es desde la concepción sustancial y finalista que se ha desarrollado en contraposición a esta.

Es necesario, por tanto, examinar la jurisprudencia relevante para comprender cómo los distintos tribunales involucrados en el litigio estratégico sobre el cambio climático han interpretado el principio de separación de poderes (SALTALAMACCHIA, 2024).

### 3. Las sentencias en materia de cambio climático y la separación de poderes

Un primer grupo de casos ha adoptado una visión rígida de la se-

paración de poderes, negando cualquier posibilidad de que el juez se pronuncie en materia climática. Este grupo corresponde, ante todo, a la “primera generación” de litigios estratégicos, en la que los jueces estadounidenses jugaron un papel protagonista. En casos como *American Electric Power Company Inc.*<sup>5</sup> y *Comer*<sup>6</sup>, los tribunales estadounidenses aplicaron la teoría del acto político al cambio climático, estableciendo que las decisiones sobre la reducción de emisiones implican una ponderación razonada de los distintos intereses en conflicto. Por tanto, esta tarea corresponde al poder legislativo o al ejecutivo a través de la cooperación internacional. Este enfoque fue reiterado recientemente por el *Ninth Circuit Court of Appeals* en su sentencia sobre el célebre caso *Juliana*, en la que se afirmó de manera tajante que “va más allá de las competencias de un tribunal ordenar, elaborar, supervisar o implementar el plan de acción solicitado por la parte demandante. Como han señalado las opiniones de los expertos, cualquier plan eficaz requeriría necesariamente una serie de complejas decisiones de política que, para bien o para mal, corresponden al poder ejecutivo y legislativo”<sup>7</sup>.

Sin embargo, este enfoque restrictivo no es exclusivo de la jurisprudencia estadounidense. Dos ejemplos de ello son el caso *Klimaatzaak*, resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en 2021, y el caso denominado *Giudizio Universale*, decidido por el Tribunal de Roma en 2024<sup>8</sup>.

En el primer caso, los jueces belgas llegaron a una conclusión paradójica: el Estado belga y las tres regiones que lo componen, demandados en el litigio, habían violado el artículo 1382 del Código Civil, que les obliga a actuar con prudencia y diligencia, así como los artículos 2 y 8 del CEDH, que garantizan, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al respeto de la vida privada y familiar. De hecho, los demandados, a pesar de ser conscientes de los riesgos que el cambio

<sup>5</sup> *American Electric Power Company Inc. et al. v Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011).

<sup>6</sup> *Comer v. Murphy Oil USA*, No. 1:05-CV-00436-LG-RHW, 2007 WL 6942285 (S.D. Miss. Aug. 30, 2007); *City of Oakland v. BP p.l.c.*, No. 3:17-cv-06011-WHA (N.D. Cal. June 2018).

<sup>7</sup> *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020), 25. [traducción propia].

<sup>8</sup> Para otros ejemplos, véase PANE (2023, 387 ss.).

climático representa para la población del país, no habían adoptado las medidas necesarias para evitar que estos se materializaran. No obstante, el principio de separación de poderes impedía que un tribunal ordenara al gobierno modificar sus objetivos de reducción de emisiones, ya que este tema está reservado al legislador y al ejecutivo<sup>9</sup>. Por lo tanto, aunque se constató la violación, el tribunal belga consideró que no podía pronunciarse al respecto.

De manera similar, los jueces romanos declararon que “[e]l interés cuya protección se invoca a través de la reparación del daño según los artículos 2043 y 2051 del Código Civil no forma parte de los intereses subjetivos jurídicamente protegidos, ya que las decisiones sobre las modalidades y los plazos para gestionar el fenómeno del cambio climático antropogénico – que implican valoraciones discrecionales de orden socioeconómico y un análisis coste-beneficio en los distintos sectores de la vida colectiva – corresponden a los órganos políticos y no pueden ser objeto de sanción en el presente juicio. Con la acción civil presentada, los demandantes piden, en esencia, que el Tribunal anule las disposiciones normativas primarias y secundarias [...] que representan la implementación de las decisiones políticas del legislador y del gobierno en cumplimiento de los objetivos asumidos a nivel internacional y europeo (a corto y largo plazo), lo que supondría una violación de un principio fundamental del ordenamiento jurídico: la separación de poderes”<sup>10</sup>.

En cambio, otro grupo de casos se inscribe en una lógica diferente, ya que los jueces han considerado compatible con el principio de separación de poderes pronunciarse sobre los planes de reducción de emisiones elaborados por el ejecutivo y el legislativo, aunque sin llegar a

<sup>9</sup> Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile, 4ème Chambre, 17 juin 2021, No. 2015/4585/A. Cabe destacar que esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones de Bruselas, que, además de confirmar las violaciones, condenó a las autoridades a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Véase Cour d’appel de Bruxelles, Section Civile, 2ème Chambre, 30 novembre 2023, Nos. 2021/AR/1589, 2022/AR/737 y 2022/AR/891.

<sup>10</sup> Tribunale ordinario di Roma, Seconda Sezione Civile, 26 febbraio 2024, No. 39415/2021, 12 [traducción propia]. Véase al respecto LUPORINI (2021); BRUNO (2022); BUTTI (2024); CECCHI, (2024); PALOMBINO (2024); VINKEN, MAZZOTTI (2024).

imponer umbrales específicos que deban cumplirse. En este sentido, destaca la histórica sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2021 en el caso *Neubauer*. En ella, los jueces alemanes declararon que parte del plan climático alemán (*Bundesklimaschutzgesetz*) era incompatible con los derechos fundamentales. En particular, el Tribunal señaló que el artículo 20a de la Constitución obliga al legislador a proteger el clima y, sobre todo, a distribuir equitativamente el presupuesto de carbono entre las generaciones. Bajo esta premisa, el plan resultaba inadecuado, ya que permitía que una generación consumiera una gran parte del presupuesto de CO<sub>2</sub>, trasladando a las generaciones futuras la carga de reducir las emisiones (ECKES, 2021c). Sin embargo, la sentencia precisó que “no es función de los tribunales [...] traducir el lenguaje vago del artículo 20a de la Constitución en límites cuantificables de calentamiento global ni en cantidades específicas de emisiones u objetivos de reducción”<sup>11</sup>.

Otro ejemplo claro de este enfoque es la reciente sentencia *Klimaseniorinnen* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup>. En ella, los jueces de Estrasburgo dictaminaron que la insuficiente acción de Suiza en la reducción de emisiones violaba el artículo 8 del CEDH. De hecho, el cambio climático tiene efectos perjudiciales sobre la vida, la salud y la calidad de vida de los demandantes, y al ignorarlos, a pesar de conocerlos, el Estado incumplía sus obligaciones positivas derivadas de este artículo. Al hacer esta afirmación, la Corte también tuvo en cuenta el respeto de las atribuciones del legislador y, dado que se trata de un tribunal internacional, la separación de poderes en su sentido vertical, es decir, entre el poder judicial supranacional y los Estados miembros<sup>13</sup>. A este respecto, precisó que “la intervención de los jueces, incluida esta Corte, no puede sustituir las acciones que deben ser emprendidas por el poder legislativo y el ejecutivo”<sup>14</sup>; sin embargo, cuando la cuestión afecta derechos protegidos por el CEDH, “ya no es

<sup>11</sup> *Neubauer*, BVerfG, 1 BvR 2656/18, 2021, par. 206 [traducción propia], véase al respecto DI MARTINO (2024).

<sup>12</sup> STEDH de 29 de abril de 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others y otras c. Suiza*.

<sup>13</sup> Sobre este concepto, véase POLZIN (2022).

<sup>14</sup> TEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, par. 412.

solo una cuestión de política o políticas, sino también una cuestión de derecho, lo que incide en la interpretación y aplicación de la Convención”<sup>15</sup>. Por tanto, el Tribunal puede pronunciarse sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, en la medida en que un aumento indiscriminado de estas podría provocar graves e irreversibles violaciones de los derechos humanos. Esto no significa que los jueces de Estrasburgo puedan dictar qué medidas debe adoptar el Estado demandado, ya que esta decisión sigue siendo una atribución del legislador nacional y se enmarca dentro de su margen de apreciación (BLATTNER, 2024).

Por último, un tercer grupo de casos va aún más lejos: los jueces no solo han declarado que la inacción del legislador constituye una violación de normas de responsabilidad extracontractual o de derechos humanos, sino que también han identificado estándares específicos que el legislador debe respetar (MORVILLO, 2019). En este sentido, destaca el caso considerado un *leading case* en la materia: la sentencia *Urgenda*, emitida por el Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Hoge Raad*) en 2019 (tras un litigio que involucró también al Tribunal de Distrito de La Haya en 2015 y al Tribunal de Apelación de La Haya en 2018)<sup>16</sup>. En esta decisión, los jueces neerlandeses afirmaron que el gobierno de los Países Bajos, debido a una acción insuficiente para reducir las emisiones, había violado los artículos 2 y 8 del CEDH, ya que, ante el riesgo real e inminente de que la vida y el bienestar de los ciudadanos neerlandeses se vieran perjudicados, y siendo plenamente consciente de ello, no había tomado todas las medidas posibles para evitar que ese riesgo se materializara<sup>17</sup>. Además, había incumplido el *duty of care* que tiene respecto de las personas bajo su jurisdicción, lo que generaba una responsabilidad extracontractual.

Dicho esto, la *Hoge Raad* fue aún más allá y, basándose en los informes del *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) y en el marco jurídico internacional sobre cambio climático, estableció un objetivo concreto de reducción de emisiones: la reducción mínima para

<sup>15</sup> *Ibidem*, par. 450 [traducción propia].

<sup>16</sup> *Staat der Nederlanden v. Stichting Urgenda*, Hoge Raad der Nederlanden, 20 de diciembre de 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

<sup>17</sup> *Ibidem*, par. 5.6.2.



los Países Bajos debía ser del 25 % respecto a los niveles de 1990 para 2020. Así, el tribunal impuso un objetivo preciso al legislador, dejando a su discreción únicamente los medios para alcanzarlo (SCHOUKENS, 2024, 190 ss.).

En definitiva, la aplicación del principio de separación de poderes en el litigio climático varía según el contexto jurídico de cada país, pero el derecho internacional podría ofrecer un marco interpretativo común que guíe a los tribunales nacionales en su actuación.

#### *4. El derecho internacional y la separación de poderes en materia climática*

Las normas del derecho internacional que pueden ser útiles para nuestros fines se dividen en dos ámbitos: por un lado, los derechos procesales ambientales y, por otro, los derechos humanos.

En lo que respecta a los primeros, destaca el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental (*Convenio de Aarhus*), que en su artículo 9(3) establece que “cada Parte velará por que los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional”. Además, en su artículo 9(4) especifica que “los procedimientos a que se refieren los apartados 1, 2 y 3 precedentes deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación, si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo”<sup>18</sup>. Sobre este punto, la guía de implementación del Convenio, elaborada por Naciones Unidas, aclara que “en situaciones en las que persista una violación o pueda ocurrir un daño adicional, o cuando exista la posibilidad de remediar un daño o mitigar sus efectos, los tribunales y las autoridades adminis-

<sup>18</sup> Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:22005A0517%2801%29>>.

trativas deben estar capacitados para emitir una decisión que ponga fin a la situación o exija una acción correctiva”<sup>19</sup>. Aunque el Convenio de Aarhus tiene un alcance regional europeo, es importante señalar que existen regímenes similares en otros continentes, por lo que el razonamiento puede extenderse a estos<sup>20</sup>.

A la luz de lo expuesto en el apartado anterior, resulta evidente que las demandas presentadas en los litigios estratégicos sobre el cambio climático se enmarcan plenamente dentro de las disposiciones citadas del Convenio de Aarhus. En consecuencia, esto obliga al juez nacional, al menos, a pronunciarse y proporcionar un recurso adecuado a los demandantes cuando se cumplan los requisitos establecidos.

A esto se suman los elementos proporcionados por el derecho internacional de los derechos humanos, en particular la protección ofrecida por los artículos 6 y 13 del CEDH.

En relación con el artículo 6, la sentencia *Klimaseniorinnen* lo analizó porque a la asociación recurrente se le había denegado la legitimación activa ante los tribunales internos<sup>21</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se cumplían las condiciones para la aplicabilidad del artículo 6, dado que existía una controversia genuina y seria sobre un derecho de carácter civil (el derecho a la vida y la integridad física, derivado del artículo 10 de la Constitución) y que el resultado del procedimiento era “directamente decisivo” para la asociación<sup>22</sup>.

El Tribunal también destacó el papel esencial de las asociaciones en la defensa de causas específicas relacionadas con la protección ambiental, así como la importancia de la acción colectiva en el contexto del cambio climático. Sin embargo, determinó que los tribunales internos no habían tratado la demanda de manera seria o adecuada, ya que no evaluaron el fondo de las alegaciones ni proporcionaron razo-

<sup>19</sup> United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) (2014), 200-201. [traducción propia]

<sup>20</sup> Por ejemplo, para el contexto interamericano, el *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, más conocido como el Acuerdo de Escazú.

<sup>21</sup> TEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, par. 615 ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

nes convincentes para su rechazo. Además, no realizaron un examen suficiente de la evidencia científica disponible sobre el cambio climático y sus efectos actuales y futuros sobre los derechos humanos, ni se pronunciaron sobre la legitimación activa de la asociación, lo que requería una valoración independiente de la situación de los recurrentes individuales.

Dado que no existían otras vías legales o garantías procesales disponibles, el Tribunal concluyó que la restricción impuesta al acceso a la justicia de la asociación había afectado la esencia misma de este derecho. Finalmente, la sentencia enfatizó el papel crucial de los tribunales nacionales en el litigio climático y la importancia del acceso a la justicia en este ámbito, en línea con la jurisprudencia desarrollada en varios Estados miembros del Consejo de Europa.

Por su parte, el artículo 13 establece que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tendrá derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional”. Para poder invocar esta garantía, el demandante debe presentar una reclamación plausible conforme al Convenio. Como se ha observado, la sentencia *Klimaseniorinnen* determinó que un esfuerzo insuficiente en la reducción de emisiones puede, bajo ciertas condiciones, constituir una violación del artículo 8. En consecuencia, los demandantes en los litigios estratégicos sobre el cambio climático pueden considerarse titulares de una reclamación plausible conforme al CEDH y, por lo tanto, amparados por el artículo 13, lo que debería garantizarles el acceso a la justicia nacional para hacer valer sus derechos<sup>23</sup>.

A la luz de esta breve descripción del marco jurídico internacional sobre el acceso a la justicia en materia de cambio climático, resulta evidente que su finalidad es garantizar la más amplia revisión judicial posible. En este contexto, los jueces desempeñan un papel central en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones climáticas, asegurando que los Estados adopten las medidas necesarias para hacer frente a la crisis climática.

<sup>23</sup> Aunque la sentencia considera que las evaluaciones relativas al artículo 13 están incluidas en las del artículo 6, no aborda este aspecto de manera explícita; véase *ibídem*, par. 641 ss.

## 5. Conclusión

En conclusión, una breve revisión comparada de las sentencias emitidas en casos de litigio estratégico sobre el cambio climático ha mostrado que, en las diversas experiencias jurídicas, el respeto al principio de separación de poderes se manifiesta de manera distinta. Estas diferencias se justifican por el hecho de que, como se ha señalado, la separación de poderes es un concepto inherentemente relativo, que varía tanto histórica como geográficamente.

Sin embargo, las referencias a los instrumentos de derecho internacional pertinentes han demostrado que la discrecionalidad de los distintos ordenamientos en la gestión de esta cuestión no es absoluta, sino que existen límites claramente definidos en el derecho internacional del medio ambiente y de los derechos humanos. A la luz de ello, los demandantes en litigios climáticos deben, cuando se cumplan las condiciones establecidas por estas normas, tener acceso a un tribunal nacional. En consecuencia, los enfoques más restrictivos de la separación de poderes, que evocan la concepción decimonónica del juez como *bouche de la loi*, no pueden considerarse compatibles con el marco jurídico internacional en cuanto al acceso a la justicia en cuestiones relacionadas con el cambio climático. Esto no implica que los distintos ordenamientos deban perder sus especificidades, sino simplemente que el derecho internacional impone un umbral mínimo que debe ser respetado: el acceso a recursos efectivos, más allá del cual no se puede retroceder.

## Referencias bibliográficas

- Ackermann, B. (2000), The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, n. 3.
- Amoroso, D. (2012), *Insindacabilità del potere estero e diritto internazionale*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- Amoroso, D. (2015), Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law. *Chinese Journal of International Law*, n. 1.
- Assanti, E. (2021), Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal

- caso Urgenda. *Federalismi.it*, <<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=45677>>
- Azzarriti, G.; Dellavalle, S. (2014), *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico transnazionale*. Edizioni scientifiche italiane. Napoli.
- Blattner, C. (2024), Separation of Powers and KlimaSeniorinnen. *Verfassungsblog*. <<https://verfassungsblog.de/separation-of-powers-and-klimaseniorinnen/>>.
- Bruno, I. (2022), La Causa Giudizio Universale. Quattro test costituzionali sui poteri del giudice adito. *Federalismi.it*, <[https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47479&content=&content\\_author=>](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47479&content=&content_author=>)>.
- Butti, L. (2024), Chi decide sulle politiche climatiche? contenzioso climatico, separazione dei poteri e “Rule of Law”. *Rivista Giuridica dell’Ambiente*. <<https://rgaonline.it/articoli/contributi/chi-decide-sulle-politiche-climatiche-contenzioso-climatico-separazione-dei-poteri-e-rule-of-law/>>.
- Cecchi, R. (2024), Il Giudizio (o Silenzio?) Universale: una sentenza che non farà la storia, *Diritti Comparati*. <<https://www.diritticomparati.it/il-giudizio-o-silenzio-universale-una-sentenza-che-non-fara-la-storia/>>.
- Di Martino, A. (2024), Un caso histórico en el litigio climático transnacional. derechos, intertemporalidad y democracia a partir del klima-beschluß del tribunal constitucional alemán. *Roma e America. Diritto Romano Comune*, n. 2.
- Dupuy, P.M.; Viñuales, J.E. (2018), *International Environmental Law*. Cambridge University Press. Cambridge.
- Eckes, C. (2021a), Tackling the Climate Crisis with Counter-majoritarian Instruments: Judges Between Political Paralysis, Science, and International Law. *European Papers*, n. 3.
- Eckes, C. (2021b), The Urgenda Case is Separation of Powers at Work. *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2021-39*, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3979729](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3979729)>.
- Eckes, C. (2021c), Separation of Powers in Climate Cases: Comparing cases in Germany and the Netherlands. *Verfassungsblog*, <<https://verfassungsblog.de/separation-of-powers-in-climate-cases/>>
- Eckes, C.; Leino-Sandberg, P.; Wallerman Ghavanini, A. (2021). Conceptual Framework for the Project “Separation of Powers for 21st Century Europe (SepaRope)”, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2021-06*, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3777334](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3777334)>.

- Hazo, R. G. (1968), Montesquieu and the Separation of Powers. *American Bar Association Journal*, n. 7.
- Intergovernmental Panel on Climate Change (2023), *AR6 Synthesis Report (SYR): Climate Change 2023*. <<https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>>.
- Klabbers, J. (2018). On Responsible Global Governance. En Klabbers, J.; Varaki, M. Vasconcelos Vilaca, G. (eds), *Towards Responsible Global Governance*. Helsinki University Press. Helsinki.
- Kulovesi, K.; Recio, M.E. (2023), Fighting a Hard Battle with a Soft Weapon: Is International Climate Change Law Softening?. En Eliantonio, M.; Korkea-aho, E.; Mörtz U. (eds), *Research Handbook on Soft Law*. Elgar. Cheltenham.
- Luporini, R. (2021), The “Last Judgment”: Early reflections on Upcoming Climate Litigation in Italy. *Questions of International Law*. <<https://www.qil-qdi.org/the-last-judgment-early-reflections-on-upcoming-climate-litigation-in-italy/>>.
- Magi, L. (2021), Giustizia climatica e teoria dell’atto politico: tanto rumore per nulla. *Osservatorio sulle fonti*, n. 3.
- Maxwell, L. S.; Mead, S.; van Berkel, D. (2021), Standards for Adjudicating the Next Generation of Urgenda-style Climate Cases. *Journal of Human Rights and the Environment*, n. 1.
- Misonne, D. ; Torre Schaub, M.; Adam, A. (2023), Chronique sur la Justice Climatique en Europe (2015–2022). *Revue Trimestrielle de Droit de l’Homme*, n. 2.
- Möllers, C. (2013), *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford University Press. Oxford.
- Montesquieu, C. L. de S. B. (1748), *De l’Esprit des lois*. Barillot. Geneva.
- Morvillo, M. (2019), Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda. *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, n. 6), <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=12627>>.
- Palombino, G. (2024), Il Giudizio Universale è inammissibile: quali prospettive per la giustizia climatica in Italia?, *LaCostituzione.info*, <<https://www.lacostituzione.info/index.php/2024/03/25/il-giudizio-universale-e-inammissibile-quali-prospettive-per-la-justizia-climatica-in-italia/>>.
- Pane, G. (2023), Pro e contro dei rimedi domestici: prospettive di sinergia nel contenzioso climatico europeo. *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 2.

- Polzin, M. (2022), Emotion and the Vertical Separation of Powers: Ultra-Vires Review by National (Constitutional) Courts, and EU and International Law. *ICL Journal*, n. 3.
- Saltamacchia, L. (2024), Il contenzioso climatico strategico ed il principio della separazione dei poteri. *Questione Giustizia*, <<https://www.questionegiustizia.it/articolo/contenzioso-climatico-strategico>>.
- Savaresi, A.; Setzer, J. (2022), Rights-based litigation in the climate emergency: mapping the landscape and new knowledge frontiers. *Journal of Human Rights and the Environment*, n. 1.
- Schoukens, H. (2024), Climate Change Litigation and the Separation of Powers: Effective Legal Protection as the Ultimate Yardstick?. En F. Sindico, F.; McKenzie, K.; Medici-Colombo, G. A.; Wegener, L. (eds), *Research Handbook on Climate Change Litigation* (184-206). Elgar. Cheltenham.
- Spector, C. (2015), La bouche de la loi? Les figures du juge dans L'Esprit des lois. *Montesquieu Law Review*, n. 3.
- Staiano, S. (2018), In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore. *Federalismi.it*, <[https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37045&content=&content\\_author=>](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37045&content=&content_author=>)>
- UN Environment Programme (UNEP), (2023), *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*. <[https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/43008/global\\_climate\\_litigation\\_report\\_2023.pdf?sequence=>](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/43008/global_climate_litigation_report_2023.pdf?sequence=>)>.
- United Nations Economic Commission for Europe, (2014), *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*. <<https://unece.org/environment-policy/publications/aarhus-convention-implementation-guide-second-edition>>
- Vinken, M.; Mazzotti, P. (2024), The First Italian Climate Judgment and the Separation of Powers. *Verfassungsblog*. <<https://verfassungsblog.de/the-first-italian-climate-judgement-and-the-separation-of-powers/>>.





*María Moreno Serrano\**

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y EL ACCESO  
A LA JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA:  
UN ANÁLISIS JURÍDICO COMPARADO  
ENTRE ITALIA Y ESPAÑA

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Análisis de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – 2.1. Acceso a la justicia para ONG en materia ambiental – 2.2. Evaluación ambiental y principio de prevención – 2.3. Derecho a un recurso efectivo en materia ambiental – 3.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – 3.1.-Vulneración del artículo 8 CEDH por contaminación grave: doctrina consolidada. Caso López Ostra c. España y otros clásicos – 3.2. Caso Cordella y otros c. Italia – 3.3. Caso Cláudia Duarte Agostinho y otros c. Portugal y otros – 3.4. Caso Carême c. Francia – 3.5. Caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza – 4. Influencia Combinada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Protección del Medio Ambiente en Italia y España – 4.1. Impacto de la jurisprudencia del TJUE en la legislación nacional: armonización y cumplimiento – 4.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Protección de Derechos Humanos – 5. Logros, Evaluación Crítica y Recomendaciones – 5.1. Logros y Avances – 5.2. Desafíos Persistentes – 5.3. Recomendaciones – 6. Conclusiones.

## *1. Introducción*

En las últimas décadas, hemos sido testigos de cómo la crisis climática ha desencadenado una transformación significativa en el contexto jurídico europeo, demostrando la existencia de una verdadera necesidad de desarrollar marcos legales robustos que aseguren la protección efectiva del medio ambiente y la salud pública. En este sentido, la creciente interrelación entre el cambio climático y los derechos fundamentales ha intensificado la demanda de mecanismos legales que garanticen la responsabilidad de los Estados sobre sus compromisos am-

\*Universidad Complutense de Madrid

bientales, particularmente en lo que respecta al acceso a la justicia: consagrado en el Convenio de Aarhus<sup>1</sup> y reforzado por la jurisprudencia de los Altos Tribunales Europeos<sup>2</sup>, y crucial para permitir que individuos y organizaciones no gubernamentales puedan tener la posibilidad de impugnar las decisiones administrativas que tengan un impacto negativo en el entorno, asegurando, así, una protección más robusta de los derechos fundamentales. Por ello, el derecho al medio ambiente y el acceso a la justicia se han consolidado como pilares fundamentales del marco jurídico de la Unión Europea, constituyendo la base de un desarrollo sostenible y equitativo.

La presente investigación se centra en la evolución y el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en Italia y España, dos Estados miembros que, por su posición geográfica, enfrentan desafíos ambientales significativos<sup>3</sup>. A continuación, a través del análisis de casos recientes y relevantes, se resalta la importancia de la efectiva implementación de las normativas ambientales y el acceso a la justicia en ambos países, subrayando el papel crucial de los ciudadanos, organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONG), parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo en la promoción y protección de estos derechos.

## *2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El TJUE ha desempeñado un papel fundamental en la consolidación del derecho ambiental en la Unión Europea, estableciendo importantes precedentes para el acceso a la justicia ambiental. Con el

<sup>1</sup> Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998.

<sup>2</sup> Esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> La presente investigación hace referencia, en primer lugar, a la jurisprudencia del TJUE, seguida de la del TEDH. En este sentido, es preciso mencionar que este orden no implica ninguna jerarquía, ya que ambos tribunales son igualmente significativos en el contexto tratado; se trata únicamente de una cuestión estructural.

propósito de esclarecer cómo esta jurisprudencia ha influido en Italia y España, en la presente sección se analizan varios de los casos relevantes que, por sus características, han tenido un impacto significativo en los mismos.

## *2.1. Acceso a la justicia para ONG en materia ambiental*

### *2.1.1 Asunto C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie c. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*

En primer lugar, la cuestión central de la STJUE de 8 de marzo de 2011, Asunto C-240/09, c. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky fue resolver si las ONG tienen derecho a acceder a los tribunales para impugnar las decisiones administrativas en materia ambiental, conforme al artículo 9.3 del Convenio de Aarhus<sup>4</sup>. En este caso, una organización no gubernamental eslovaca que se dedicaba a la protección del medio ambiente solicitó al Ministerio de Medio Ambiente ser parte en el procedimiento de toma de decisiones administrativas relativo a la concesión de varias excepciones de protección ambiental del sistema de protección de especies (en concreto, el oso pardo) y áreas protegidas por la Directiva 92/43/CEE de hábitats naturales. El TJUE determinó que, a pesar de que el artículo 9.3 del Convenio de Aarhus carezca de efecto directo, los tribunales nacionales están obligados a interpretar sus leyes procesales de manera que se garantice el acceso a la justicia para las ONG en asuntos ambientales, incluso cuando la legislación nacional no lo permita expresamente, reforzando la posición de estas como guardianes del medio ambiente (pár. 52). En consecuencia, en Italia y España, se fortaleció el papel de las ONG en la supervisión de las decisiones ambientales<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Traspuesto en la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

<sup>5</sup> En Italia, por ejemplo, las ONG han ganado un acceso más amplio a los tribunales administrativos, permitiéndoles desafiar decisiones que afectan el medio ambiente

### 2.1.2. Asunto C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation c. Bezirkshauptmannschaft Gmünd*

La STJUE de 20 de diciembre de 2017 resolvió el Asunto *Protect Nature –, Arten – und Landschaftsschutz Umweltorganisation c. Bezirkshauptmannschaft Gmünd*, en el que una ONG austriaca impugnó la decisión de las autoridades locales que autorizaba, bajo la ley Austriaca de aguas – *Wasserrechtsgesetz* –, que implementaba la Directiva 2000/60/CE de política de Aguas, la construcción de un proyecto en un área protegida sin la debida evaluación ambiental y fuera del ámbito de la Directiva de Evaluación de impacto Ambiental<sup>6</sup>. En ese momento, el ordenamiento jurídico austriaco establecía que las ONG no tenían el derecho a ser parte en procedimientos administrativos fuera del ámbito de la Directiva 2010/75/UE de emisiones industriales. En consecuencia, el TJUE dictaminó que las ONG, y el público en general, tienen el derecho de impugnar decisiones administrativas que puedan afectar al medio ambiente a pesar de que la legislación nacional establezca límites estrictos para el acceso a los tribunales (párr. 30-58), reforzando la aplicación del principio de precaución y la necesidad de una vigilancia pública robusta. En Italia y España, este asunto ha sido utilizado para cuestionar las barreras procesales que limitan la capacidad de las ONG para actuar en defensa del medio ambiente<sup>7</sup>.

## 2.2. *Evaluación ambiental y principio de prevención*

### 2.2.1 Asunto C-237/07, *Dieter Janecek c. Freistaat Bayern*

La STJUE de 25 de julio de 2008, resolvió el caso C-237/07, *Dieter*

sin necesidad de demostrar un interés directo y personal, siguiendo la interpretación del TJUE en este caso.

<sup>6</sup> Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

<sup>7</sup> En España, por ejemplo, ha conducido a una interpretación más flexible de los requisitos de legitimación activa en los procedimientos ambientales, facilitando que las ONG puedan llevar casos ante los tribunales sin estar sujetas a restricciones desproporcionadas.

Janecek contra Freistaat Bayern, en el que un ciudadano alemán impugnó la inacción de las autoridades locales en la adopción de un plan de acción para mejorar la calidad del aire en Múnich, que debía incluir, además, las medidas a corto plazo para garantizar el límite autorizado por la legislación comunitaria por lo que respecta a las emisiones de partículas finas PM10 en el aire ambiente, impuesto en la Directiva 96/62/CE sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente<sup>8</sup>. En su resolución, el TJUE respaldó que los ciudadanos tienen derecho a exigir a las autoridades competentes la adopción de medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los límites de contaminación comunitarios. Concretamente, como establece la resolución en su párrafo 42, “en caso de riesgo de que se sobrepasen los valores límite o los umbrales de alerta, los particulares directamente afectados deben poder obtener de las autoridades nacionales competentes que se elabore un plan de acción, incluso cuando dispongan, en virtud del Derecho nacional, de otros medios de acción para conseguir que dichas autoridades tomen medidas de lucha contra la contaminación atmosférica”. En definitiva, se reforzó la idea de que la protección del medio ambiente es directamente justiciable y que los ciudadanos tienen un papel activo en la vigilancia del cumplimiento de las normativas ambientales. En Italia y España, el caso Janecek ha sido fundamental para que los ciudadanos puedan exigir la implementación de medidas efectivas para mejorar la calidad del aire y otros aspectos ambientales, impulsando a las autoridades a adoptar planes de acción más estrictos y garantizar su cumplimiento.

#### 2.2.2. Asunto C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Terre wallonne ASBL c. Région wallonne*

Por su parte, la STJUE de 28 de febrero de 2012 resolvió el asunto C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Terre wallonne ASBL* contra la Región de Valona, y abordó el alcance de la evaluación de

<sup>8</sup> El TJUE interpretó el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, en su versión modificada por el Reglamento (CE) no 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003.

impacto ambiental en relación con la protección de los recursos naturales y la biodiversidad en un caso en el que dos ONG belgas impugnaron la validez de un decreto regional<sup>9</sup> que permitía el desarrollo de actividades agrícolas intensivas sin realizar la mencionada evaluación. El TJUE resolvió que los Estados miembros están obligados a realizar estas evaluaciones exhaustivas antes de adoptar planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, según lo establecido en la Directiva 2001/42/CE de Evaluación Ambiental Estratégica. Así, la falta de una evaluación adecuada (e, incluso, de su subsanación) podría invalidar las decisiones tomadas bajo dicho plan o programa, reafirmando el principio de prevención y precaución (párr. 39-63). Este caso ha tenido un impacto considerable en la implementación de políticas ambientales en Italia y España, donde las autoridades han intensificado sus procedimientos de evaluación de impacto ambiental para cumplir con los estándares establecidos por el TJUE.

### 2.2.3. Asunto C-626/22, *C.Z. y otros c. Ilva SpA in Amministrazione Straordinaria* y otros

El Asunto C-626/22, ILVA y otros es uno de los más recientes y significativos de la jurisprudencia ambiental del TJUE en relación con Italia. Este caso se centró en la planta siderúrgica de ILVA en Tarento, uno de los complejos industriales más contaminantes en Europa. La STJUE de 25 de junio de 2024 decidió sobre las obligaciones de Italia bajo la Directiva 2010/75/UE sobre emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación)<sup>10</sup>, y determinó que Italia debe cumplir sus obligaciones bajo la Directiva adoptando todas las medidas necesarias para garantizar que las instalaciones de la planta operen conforme a las mejores técnicas disponibles para reducir la conta-

<sup>9</sup> Arrêté du Gouvernement wallon modifiant le livre II du Code de l'environnement constituant le Code de l'eau en ce qui concerne la gestion durable de l'azote en agriculture, de 15 de febrero de 2007.

<sup>10</sup> “La Directiva 2010/75 refundió siete Directivas, entre las que figura la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, que había codificado la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación” Párrafo 3 STJUE de 25 de junio de 2024.

minación, considerando todo tipo de emisiones potencialmente contaminantes y nocivas (párr. 106-122). Además, subrayó la prohibición de la extensión reiterada de plazos cuando existieran riesgos graves para la salud y el medio ambiente, y que la inacción estatal constituye una violación del Derecho comunitario (párr. 123-132). Este caso es significativo, no solo por la magnitud de la planta de ILVA y su impacto ambiental, sino también porque refuerza la obligación de los Estados miembros de aplicar estrictamente las normas ambientales de la UE en contextos de alta carga industrial.

### *2.3. Derecho a un recurso efectivo en materia ambiental*

#### *2.3.1. Asunto C-416/10, Jozef Križan y otros c. Slovenská inšpekcia životného prostredia*

El Asunto C-416/10, Jozef Križan y otros contra Slovenská inšpekcia životného prostredia fue resuelto a través de la STJUE de 15 de enero de 2013. En este caso, la petición de decisión prejudicial fue presentada en el marco de un litigio en el que residentes de dos localidades eslovacas impugnaron la legalidad de la autorización por parte de la Inspección eslovaca de medio ambiente de la construcción y explotación de un vertedero de residuos peligrosos, argumentando que no se había realizado una evaluación adecuada del impacto ambiental ni se les había permitido participar en el proceso de toma de decisiones. El TJUE dictaminó que los ciudadanos deben tener acceso a un recurso efectivo que les permita impugnar decisiones que vulneren los derechos ambientales reconocidos por la legislación comunitaria, incluyendo el acceso a medidas provisionales de suspensión de autorizaciones contrarias al Derecho comunitario (párr. 105-110), y exigió que las decisiones puedan ser impugnadas sin obstáculos financieros o procedimentales excesivos<sup>11</sup>. En concreto, defendió que la confidencialidad comercial no puede ser causa para denegar el acceso a la información durante el procedimiento (párr. 74-91). En Italia y España,

<sup>11</sup> Todo ello, interpretando de manera conjunta el artículo 15 bis de la Directiva 96/61/CE, el artículo 9, apartados 2 y 4, del Convenio de Aarhus y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales.

esta sentencia ha fortalecido el acceso a la justicia individual y el papel del Poder Judicial como garante de los derechos ambientales, especialmente respecto a proyectos que puedan tener un impacto significativo en el medio ambiente y en áreas protegidas.

### 3. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El TEDH desempeña un papel crucial en la integración del derecho al medio ambiente en el núcleo de los derechos fundamentales. A pesar de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) no contenga una disposición específica sobre el derecho al medio ambiente, sus artículos se han interpretado por el TEDH a la luz de la degradación ambiental y su impacto en el derecho a la vida (art. 2 CEDH), el respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), y el derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH) (FERNÁNDEZ DE CASA-DEVANTE ROMANÍ, 2018). El presente análisis revisa varios de los casos más recientes y relevantes del Alto Tribunal de Derechos Humanos europeo que han influido en la protección del medio ambiente y en la garantía del acceso a la justicia en Italia y España.

#### 3.1. *Vulneración del artículo 8 CEDH por contaminación grave: doctrina consolidada. Caso López Ostra c. España y otros clásicos*

Como cabe esperar, el primer asunto referenciado es el caso *López Ostra c. España*, hito en la jurisprudencia ambiental del TEDH. En este supuesto, una residente de Lorca demandó al Estado español alegando que las emisiones contaminantes de una planta de tratamiento de residuos cercana a su hogar violaban su derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)<sup>12</sup>. En la STEDH de 9 de diciembre de 1994, resolución de la demanda n° 16798/90, el TEDH falló a favor de la demandante, estableciendo que una injerencia grave en el disfrute del domicilio, como la causada por la contaminación ambien-

<sup>12</sup> También alegó la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 CEDH, si bien el Tribunal no apreció su vulneración por no alcanzarse el umbral de gravedad requerido.



tal, constituye una violación del artículo 8 CEDH. El Tribunal destacó que, aunque los Estados gocen de un margen de apreciación en cuestiones medioambientales, deben equilibrar los intereses económicos con el bienestar de los ciudadanos para asegurar que la actividad industrial no comprometa gravemente la calidad de vida (pár. 58). Este fallo tuvo un impacto relevante en España, donde se reforzó la normativa ambiental para evitar que se repitieran situaciones similares, y en toda Europa, al vincular la protección del medio ambiente con los derechos humanos, permitiendo que las víctimas de daños ambientales busquen remedios bajo el CEDH.

En clara conexión con el asunto anterior, los casos *Fadeyeva c. Rusia* (STEDH de 9 de junio de 2005, demanda n°55723/00), *Giacomelli c. Italia* (STEDH de 2 de noviembre de 2006, demanda n° 59909/00) y *Tătar c. Rumanía* (STEDH de 27 de enero de 2009, demanda n° 67021/01) reafirmaron la obligación positiva del Estado de prevenir y mitigar riesgos graves para la salud derivados de actividades industriales contaminantes, exigiendo marcos normativos adecuados y participación política. En todos ellos, se probó que los demandados habían vulnerado el artículo 8 CEDH por no tomar las medidas necesarias para proteger el derecho a la vida privada y familiar de los ciudadanos demandantes.

Estos pronunciamientos han sido determinantes para que países como Italia y España integren la dimensión de los derechos fundamentales en situaciones de contaminación grave, impulsando una mayor vigilancia administrativa y reforzando la tutela efectiva frente a daños ambientales. En particular: han motivado el endurecimiento de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y han consolidado la exigencia de garantizar la participación pública en la toma de decisiones; sirviendo de referencia en otros Estados europeos al subrayar la necesidad de que todo proyecto potencialmente peligroso sea precedido de una evaluación ambiental rigurosa. En el caso italiano, estas sentencias han influido también en el fortalecimiento de la responsabilidad estatal preventiva, recordando a los Estados miembros del Consejo de Europa la importancia de establecer marcos regulatorios estrictos para evitar catástrofes ambientales que comprometan derechos fundamentales.

### 3.2. Caso *Cordella* y otros c. *Italia*

El caso *Cordella* y otros c. *Italia*, STEDH de 24 de enero de 2019 (Demandas n° 54414/13 y 54264/15) constituye uno de los fallos más recientes del TEDH en relación con la responsabilidad estatal por contaminación industrial. La demanda fue interpuesta por 180 residentes de Tarento y la región – zonas de alto riesgo ambiental debido a las emisiones de la planta siderúrgica ILVA –, quienes alegaron que la contaminación del aire causada había afectado gravemente su salud y bienestar, en violación de los artículos 2, 8 y 13 CEDH.

El TEDH declaró inadmisibles las pretensiones de 19 demandantes por no residir en la zona, si bien, dictaminó que Italia había incurrido en una violación del artículo 8 CEDH (pár. 174) y, por tanto, había fallado en su deber de proteger a los residentes frente a los riesgos que entrañaba la exposición prolongada a contaminantes peligrosos –entre ellos PM10 y SO<sub>2</sub>, causantes de enfermedades graves–, reconociendo la inacción del Estado en la gestión de la contaminación industrial. Por otro lado, el Tribunal apreció una vulneración del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo, pár. 176), pues los demandantes no habían dispuesto de mecanismos internos efectivos para reclamar medidas de descontaminación del territorio.

Si bien el Tribunal no aplicó el procedimiento de sentencia piloto, invocó el artículo 46 CEDH para subrayar la obligación del Estado de ejecutar con urgencia el plan medioambiental aprobado, a fin de proteger la salud pública y el derecho a un entorno saludable (párr. 177-182). Asimismo, se estableció un precedente relevante al reforzar la responsabilidad estatal frente a la inacción ambiental y se consolidó, un grado más, el acceso a la justicia para las comunidades afectadas por la contaminación industrial.

### 3.3. Caso *Cláudia Duarte Agostinho* y otros c. *Portugal* y otros

El caso *Cláudia Duarte Agostinho* y otros c. *Portugal* y otros, STEDH de 9 de abril de 2024 (Demanda n° 39371/20) supuso el primer intento de articular ante el TEDH una responsabilidad conjunta de múltiples Estados por la insuficiencia de sus políticas climáticas. En este caso, seis jóvenes portugueses presentaron una demanda contra

treinta y tres Estados miembros del Consejo de Europa, incluidos Portugal y otros países europeos, alegando que la inacción estatal para combatir el cambio climático suponía una vulneración de sus derechos consagrados en los artículos 2 y 8 del CEDH. Para ello, invocaron además varios principios ambientales consolidados, como el de precaución, el de equidad intergeneracional y el deber positivo de los Estados de prevenir riesgos previsibles y graves para los derechos fundamentales, además de la prohibición de discriminación.

Sin embargo, en su resolución, el Tribunal declaró inadmisibile la totalidad de la demanda, con base en el principio de territorialidad contenido en el artículo 1 del CEDH<sup>13</sup>, concluyendo que no existía una conexión suficientemente directa entre las emisiones generadas por los Estados y la situación concreta de los demandantes en Portugal que permitiese extender la jurisdicción extraterritorial. En cuanto a Portugal, donde residían los demandantes, la inadmisibilidad se fundamentó en la falta de agotamiento de los recursos internos (art. 35.1 CEDH). En definitiva, el Tribunal reafirmó que no es suficiente alegar un interés colectivo o general en la protección del medio ambiente para ser considerado víctima en los términos del CEDH.

Aunque el Tribunal no llegó a examinar el fondo del litigio, esta resolución marca un hito en los litigios climáticos al delimitar el alcance del CEDH frente a desafíos ambientales globales. La resolución refuerza la doctrina sobre el carácter subsidiario del TEDH, los estrictos requisitos de admisibilidad y los límites de la jurisdicción extraterritorial, a la vez que pone de manifiesto la tensión entre los marcos tradicionales de protección de derechos y la dimensión transnacional del cambio climático y, en consecuencia, invita a reflexionar sobre la necesidad de adaptar los mecanismos jurídicos vigentes para permitir una tutela efectiva frente a los impactos climáticos, especialmente en contextos de interdependencia ecológica y desigualdad generacional.

### 3.4. Caso *Carême c. Francia*

En *Carême c. Francia*, STEDH de 9 de abril de 2024 (Demanda n°

<sup>13</sup> Según el mismo, los Estados contratantes solo están obligados a garantizar los derechos del CEDH a las personas bajo su jurisdicción.

7189/21), el TEDH abordó la posibilidad de vincular el impacto del cambio climático en los derechos humanos, concretamente en relación con el artículo 8 CEDH. El demandante, antiguo alcalde de Grande-Synthe, alegó que la falta de acción del Estado francés frente al cambio climático representaba una amenaza grave para sus derechos, ya que habitaba en una zona vulnerable a inundaciones y fenómenos climáticos extremos. El Tribunal declaró la inadmisibilidad de la demanda al considerar que el demandante no residía en el área en el momento de interposición de la demanda y no podía ser considerado víctima en virtud del artículo 34 CEDH.

Si bien, aunque no se diera un pronunciamiento sobre el fondo, el caso ha derivado en un aumento de interés doctrinal sobre la eventual responsabilidad y obligación positiva de los Estados de prevenir los efectos del cambio climático sobre los derechos fundamentales. Por ello, la importancia de este caso radica en su contribución al debate jurídico sobre el alcance del artículo 8 CEDH, citado en debates tanto en Italia como en España, entre otros, sobre la posible responsabilidad estatal de la degradación climática en áreas como Venecia o el litoral mediterráneo español.

### 3.5. Caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* y otros c. *Suiza*

En *Klimaseniorinnen c. Suiza*, STEDH de 9 de abril de 2024 (Demanda n° 53600/20), el Tribunal examinó la demanda interpuesta por una asociación suiza de mujeres de avanzada edad, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*, que alegaba que la inacción del Estado suizo frente al cambio climático violaba sus derechos consagrados en los artículos 2 y 8 CEDH. En concreto, defendían que el aumento de las temperaturas incrementaba desproporcionadamente los riesgos para la salud de las personas de edad avanzada, particularmente vulnerables a todos ellos, como las olas de calor.

El TEDH, en un fallo sin precedentes, reconoció la legitimación activa de las demandantes como representantes de un colectivo altamente vulnerable a los efectos adversos del cambio climático, y concluyó que Suiza había incumplido sus obligaciones positivas al no adoptar políticas suficientemente eficaces en la mitigación de estos efectos, que afectan claramente sobre el derecho a la vida privada y familiar.

En Italia y España, este caso ha sido un hito y un referente simbólico para los movimientos ambientales y organizaciones de derechos humanos: en ambos, donde la población envejece rápidamente, ha motivado discusiones sobre la necesidad de incorporar políticas específicas para proteger a los ancianos frente a los efectos del cambio climático, como las olas de calor en ciudades como Roma y Milán; y, además, ha sido referenciado por asociaciones de mayores y grupos ambientalistas para exigir planes de adaptación climática más ambiciosos y la inclusión de la perspectiva de edad en las políticas ambientales.

#### *4. Influencia Combinada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Protección del Medio Ambiente en Italia y España*

La influencia combinada del TEDH y del TJUE ha creado un marco sólido y multifacético para la protección ambiental que debe materializarse a nivel interno en los ordenamientos jurídicos italiano y español. Cada uno de estos órganos jurisdiccionales, dentro de su respectivo ámbito de competencia, ha hecho contribuciones significativas que, hasta el día de hoy, en conjunto, han fortalecido la tutela ambiental multinivel.

##### *4.1. Impacto de la jurisprudencia del TJUE en la legislación nacional: armonización y cumplimiento*

La jurisprudencia del TJUE ha sido determinante en la progresiva armonización del Derecho ambiental en los Estados miembros, ejerciendo una función no solo correctiva, sino también orientadora. En los casos de España e Italia, esta influencia ha sido especialmente visible tanto en la configuración legislativa como en la interpretación judicial, impulsando una transformación estructural de los marcos normativos internos conforme a los estándares europeos (Parlamento Europeo, 2025).

En Italia, destaca la reforma constitucional de 2022, mediante la cual se modificaron los artículos 9 y 41 de la Constitución para consagrar la protección del medio ambiente, los ecosistemas y la biodiversi-

dad, también en beneficio de las generaciones futuras (PETITTI, 2022). Esta reforma constitucional ha reforzado el mandato ecológico del legislador y ha permitido reinterpretar el ordenamiento jurídico a la luz de los principios de sostenibilidad, en línea con el acervo de la Unión. Asimismo, el *Codice dell'Ambiente* (Decreto Legislativo n° 152, de 3 de abril de 2006) ha sido objeto de reformas continuas en cumplimiento de diversas directivas europeas, especialmente las relativas a residuos y emisiones, muchas de ellas motivadas por infracciones declaradas por el TJUE.

En el caso español, la jurisprudencia europea ha tenido un impacto igualmente transformador. A nivel legislativo, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, se inscribe en la lógica de transposición de la Directiva 2011/92/UE, modelada tras procedimientos de infracción<sup>14</sup>. A esta norma se suma la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, que establece un marco coherente con los compromisos del Pacto Verde Europeo y el Acuerdo de París, reflejando la obligación estatal de integrar las políticas climáticas en todas las áreas de actuación pública. Por otro lado, cabe destacar el reconocimiento del Mar Menor y su cuenca como sujeto de derechos a través de la Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor y avalada por el Tribunal Constitucional en su STC 142/2024, de 20 de noviembre.

En el plano procesal, el TJUE ha sido esencial para reforzar las garantías de acceso a la justicia en materia ambiental. El asunto *Lesoochranárske zoskupenie VLK* estableció que los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar el Derecho interno de forma conforme con el Convenio de Aarhus, facilitando la participación de ONG y particulares en los procesos judiciales. En ausencia de una directiva específica sobre esta materia, esta doctrina ha contribuido a unificar los requisitos de legitimación procesal ambiental en los Estados miembros, también en Italia y España.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el resuelto en la sentencia C-404/09, relativa a deficiencias en la protección de la red Natura 2000.

Asimismo, los principios de lealtad institucional (art. 4.3 TUE) y de efecto útil actúan como ejes interpretativos transversales, pues no se trata únicamente de evitar obstáculos al cumplimiento del Derecho de la Unión, sino de adoptar medidas proactivas que garanticen su eficacia práctica. En materia ambiental, ello exige a autoridades administrativas y jueces nacionales preferir aquellas interpretaciones del Derecho interno que aseguren una protección efectiva del entorno natural conforme a los objetivos de las directivas europeas.

#### *4.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Protección de Derechos Humanos*

La progresiva incorporación del medio ambiente al núcleo de los derechos humanos ha transformado cómo se aborda la degradación ecológica en Europa, pues ya no se contempla exclusivamente como un fenómeno natural o técnico, sino como una vulneración potencial de derechos fundamentales reconocidos por el CEDH – en particular en sus artículos 2 y 8 –. Tal evolución, como han señalado Boyle (2012) y Fernández de Casadevante Romaní (2018), entre otros, constituye un hito en el desarrollo del derecho ambiental europeo, al situar la protección del entorno en el centro de las garantías inherentes a la dignidad humana.

En el ámbito interno, tanto en España como en Italia, esta jurisprudencia ha propiciado un cambio interpretativo relevante. Los tribunales nacionales han comenzado a analizar los casos de deterioro ambiental desde una perspectiva de derechos fundamentales: en el español, ello se ha traducido en resoluciones judiciales que incorporan consideraciones ambientales como parte esencial del contenido del derecho a la integridad personal y a un entorno adecuado (FIGUERUELO BURRIEZA, 2005); por su parte, en Italia, esta doctrina ha reforzado la obligación positiva del Estado de prevenir daños medioambientales significativos, especialmente cuando puedan afectar la salud, la vida o la vida privada de las personas. En este sentido, casos emblemáticos como *López Ostra c. España* y *Corde-lla y otros c. Italia* ilustran cómo el Tribunal ha reconocido que la exposición prolongada a contaminación grave o a riesgos ambien-

les no controlados puede constituir una violación directa de los artículos 2 y 8 del CEDH (Consejo de Europa, 2021)<sup>15</sup>.

Este reconocimiento jurisprudencial ha contribuido a consolidar el derecho a un medio ambiente saludable como componente esencial del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales. Al no tratarse de una pretensión accesorio o derivada, sino de una exigencia jurídica sustantiva, que condiciona la actuación estatal y orienta la interpretación de los derechos constitucionales en clave ecológica, esta tendencia obliga a los poderes públicos a considerar de forma sistemática las repercusiones medioambientales de sus políticas, elevando el estándar de diligencia en la toma de decisiones administrativas y legislativas (Consejo de Europa, s.f.).

Además, la nueva jurisprudencia climática del TEDH apunta a una posible intensificación de esta línea argumentativa, especialmente en el contexto del cambio climático. A través de nuevas decisiones aún en consolidación, el Tribunal ha comenzado a vincular los efectos de este fenómeno con derechos como la vida, la integridad física y la vida familiar, abriendo paso a una interpretación más dinámica del CEDH (DORESTE HERNÁNDEZ & MORENO-CERVERA, 2024). En definitiva, esta orientación promueve, en países como España e Italia, un replanteamiento constitucional que fortalece el deber de protección ambiental, generando una presión creciente para adoptar medidas efectivas frente a la crisis climática.

### *5. Logros, Evaluación Crítica y Recomendaciones*

Con base al análisis previo de jurisprudencia del TJUE y del TEDH, cabe llevar a cabo una recapitulación de la evolución del derecho ambiental y del acceso a la justicia ambiental en la Unión Europea y el Consejo de Europa, con especial atención a Italia y España. Esta, muestra avances relevantes, pero también desafíos significativos que merecen una consideración en el marco de los principios ambien-

<sup>15</sup> En estos asuntos, el Tribunal no solo declaró la existencia de una afectación sustancial a la calidad de vida y la salud de los recurrentes, sino que exigió a los Estados adoptar medidas estructurales para evitar la repetición de tales vulneraciones.



tales europeos (Agencia Europea del Medio Ambiente, 2006) para acompañarla finalmente de recomendaciones dirigidas a fortalecer la protección ambiental y mejorar la eficacia del acceso a la justicia.

### 5.1. Logros y Avances

En Italia y España, uno de los logros fundamentales reside en la efectiva incorporación de las directivas europeas en sus marcos normativos nacionales, en concordancia con los principios generales de la política ambiental europea (Parlamento Europeo, 2024). Italia ha destacado en este sentido mediante la consolidación y las sucesivas actualizaciones del *Codice dell'Ambiente*, mientras España lo ha conseguido principalmente mediante la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental.

Asimismo, la jurisprudencia del TJUE ha consolidado significativamente el rol de las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en la protección ambiental, asegurando mayor participación pública y ampliando el acceso efectivo a la justicia (RODRÍGUEZ-ARANA, 2023). En particular, Italia ha respondido a pronunciamientos judiciales europeos mejorando la evaluación ambiental y culminando en la reforma constitucional de 2022. En España, la jurisprudencia europea ha impulsado una protección más sólida de áreas naturales sensibles, incrementado sustancialmente la participación ciudadana en procesos ambientales y facilitando un acceso judicial más efectivo frente a decisiones administrativas potencialmente dañinas para el entorno.

Por otro lado, la jurisprudencia del TEDH ha vinculado la protección ambiental con la protección efectiva de derechos fundamentales, como la vida y la integridad personal (Fernández de Casadevante Romani, 2018; Rodríguez-Arana, 2023), lo que ha comprometido a los Estados miembros a implementar medidas preventivas y correctivas eficaces que garanticen el bienestar ante amenazas ambientales.

### 5.2. Desafíos Persistentes

A pesar de estos avances, la implementación efectiva y homogénea de la legislación ambiental continúa presentando retos considerables. Como ya señalaba MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2008), existen grandes diferencias en la interpretación y aplicación del derecho am-

biental, derivadas de las disparidades regionales en capacidad administrativa, voluntad política e institucionalidad, que a su vez se derivan en desigualdades a nivel de protección ambiental y en el acceso equitativo a la justicia, subrayando la urgente necesidad de avanzar hacia una mayor armonización normativa y cooperación administrativa europea.

En Italia, especialmente en regiones como Campania, aún existen graves problemas en materia de gestión de residuos y contaminación industrial, agravados por escasos recursos, corrupción y debilidad institucional (Comisión Europea, 2022). En España, por su parte, el acceso efectivo a la justicia ambiental sigue limitado para comunidades vulnerables y ONG debido a los elevados costes judiciales y a la lentitud procesal, desalentando así los litigios ambientales, especialmente cuando existen intereses económicos relevantes involucrados (ClientEarth, 2017; Comisión Europea, 2022).

Un desafío adicional común es la insuficiente formación técnica y jurídica de jueces, abogados y funcionarios públicos en derecho ambiental, ya que su complejidad demanda una capacitación continua e interdisciplinaria que, por ahora, es deficiente en estos contextos. De igual manera, existen desafíos en la implementación local efectiva local de la jurisprudencia ambiental pues, en ocasiones, su aplicación ha enfrentado resistencias institucionales o han quedado parcialmente incumplidas (Comisión Europea, 2022).

### *5.3. Recomendaciones*

A continuación, se presentan diversas recomendaciones que responden a las debilidades identificadas y que se dirigen a fortalecer la protección efectiva del medio ambiente y garantizar un acceso real a la justicia ambiental en España e Italia. Las propuestas planteadas persiguen promover una mayor equidad, transparencia y eficiencia en la gestión ambiental, asegurando no solo el respeto formal del derecho ambiental, sino una protección genuina y cercana a la ciudadanía y a sus necesidades reales.

En primer lugar, resultaría prioritario que ambos países fortalezcan sus capacidades institucionales y administrativas, especialmente en las regiones con mayor vulnerabilidad ambiental, lo que implica destinar más recursos técnicos, financieros y humanos a la supervisión del

cumplimiento normativo. Igualmente, se recomienda intensificar la cooperación entre los distintos niveles de gobierno, nacional, regional y local, y abordar con determinación problemas estructurales como la corrupción. Para ello, es imprescindible que todas las decisiones administrativas relacionadas con la protección ambiental se adopten de forma transparente y con una orientación prioritaria hacia el bienestar colectivo, la salud pública y la conservación efectiva del medio ambiente. (Comisión Europea, 2022; OCDE, 2024).

En segundo término, sería fundamental mejorar el acceso a la justicia ambiental mediante la simplificación de procedimientos judiciales, la reducción de los costes asociados a litigios ambientales y la puesta en marcha de mecanismos especializados de asistencia jurídica gratuita y, además, agilizar sus tiempos procesales. Asimismo, sería aconsejable establecer tribunales especializados o designar jueces formados específicamente en derecho ambiental, lo que garantizaría que los conflictos ambientales fuesen abordados con precisión jurídica y técnica. (Espacio Público, 2017).

Por otra parte, la formación permanente y especializada en derecho ambiental para jueces, abogados y funcionarios públicos debería constituirse en una prioridad institucional, a través de la implementación de programas formativos con enfoque interdisciplinar. A la vez, sería indispensable fortalecer institucionalmente a los organismos encargados de la protección ambiental, dotándolos de recursos técnicos, financieros y de personal debidamente capacitado. (Comisión Europea, 2020).

Finalmente, es crucial fomentar una participación pública auténtica, inclusiva y efectiva en los procesos decisorios ambientales. Para ello, deberían establecerse mecanismos claros y transparentes que permitiesen a todos los sectores sociales involucrarse en las decisiones que afectan directamente su entorno y su calidad de vida (Government Partnership, s.f.), a través, por ejemplo, de campañas sistemáticas de sensibilización ciudadana y de la mejora del acceso público a la información ambiental.

## 6. Conclusiones

La presente investigación comparada sobre el derecho al medio ambiente y el acceso a la justicia en el marco de la Unión Europea permite constatar una evolución en ellos impulsada decisivamente por la jurisprudencia del TJUE y del TEDH: ambos han desarrollado interpretaciones innovadoras que han situado la protección ambiental en una posición central del ordenamiento europeo, reafirmando su conexión ineludible con la tutela de los derechos fundamentales.

Por una parte, la jurisprudencia del TJUE ha cumplido una función esencial en la armonización normativa, obligando a los Estados miembros, en particular Italia y España, a interpretar su legislación interna conforme a estándares europeos. Casos emblemáticos como *Le-soochranárske zoskupenie* y *Protect Nature* han sido fundamentales para fortalecer el papel de la sociedad civil y las ONG en el acceso a la justicia ambiental, eliminando barreras procesales que tradicionalmente limitaban la tutela efectiva del entorno. Además, este impulso ha derivado en reformas legislativas significativas, entre ellas la reciente modificación constitucional italiana y la promulgación en España de normas clave como la Ley de Evaluación Ambiental y la Ley de Cambio Climático.

Simultáneamente, el TEDH ha avanzado de manera decisiva en la integración del derecho al medio ambiente dentro del ámbito sustancial de los derechos humanos, interpretando el CEDH con una perspectiva ambiental progresiva y humanista. Sentencias fundamentales como *López Ostra c. España* y *Cordella c. Italia* ilustran claramente cómo el Tribunal ha reconocido la degradación ambiental grave como una violación directa de derechos fundamentales tales como el respeto a la vida privada y familiar, lo que ha contribuido a elevar significativamente los estándares exigibles a las autoridades nacionales en la prevención y el remedio del daño ambiental.

No obstante, este panorama jurídico optimista contrasta con desafíos persistentes en la implementación efectiva y equitativa de estas normativas y jurisprudencias en ambos Estados, tal y como se observa en sus correspondientes *Environmental Implementation Reviews*. En particular, existen problemas críticos como la desigualdad regional en la aplicación de la legislación ambiental, la insuficiencia de recursos

destinados a la supervisión efectiva, y los elevados costes y complejidades procedimentales que todavía dificultan el acceso equitativo a la justicia ambiental, por lo que se hacen necesarias una serie de recomendaciones dirigidas a superar estas dificultades estructurales. Entre ellas, destacan el fortalecimiento institucional y administrativo a nivel regional y local, la simplificación y abaratamiento del acceso a los mecanismos judiciales ambientales, la creación o especialización de órganos jurisdiccionales en materia ambiental, y el fortalecimiento de programas de formación interdisciplinaria para jueces, abogados y funcionarios públicos. Asimismo, se enfatiza la necesidad de profundizar en mecanismos efectivos de participación ciudadana y transparencia, claves para asegurar una gobernanza ambiental verdaderamente democrática e inclusiva.

En definitiva, el futuro del derecho ambiental europeo y del acceso efectivo a la justicia dependerá en su mayoría de la capacidad de los Estados miembros para asumir con determinación estas recomendaciones a través de no solo el marco normativo europeo, sino también cultivando una cultura de responsabilidad compartida en la protección del medio ambiente, que garantice un entorno saludable y equitativo para generaciones actuales y futuras.

### *Referencias bibliográficas*

- Agencia Europea de Medio Ambiente. (2006). *Integración de la política ambiental en Europa: Situación actual y marco de evaluación* [Traducción al español supervisada por el Ministerio de Medio Ambiente]. Ministerio de Medio Ambiente, Centro de Publicaciones
- Alan Boyle, Human Rights and the Environment: Where Next?, *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 3, August 2012.
- Ambrosetti Club (2022). Environmental protection enters the Italian Constitution.
- Bermejo Latre, J. L. (2007). Política ambiental de Italia. *Anuario de Derecho*, 219-232.
- ClientEarth. (2017). *El Acceso a la Justicia en España*.
- Comisión Europea. (2020). *Formación de los profesionales de la justicia y prácticas de formación*.

- Comisión Europea (2022). *Environmental Implementation Review 2022: Country report – Spain* (SWD(2022) 256 final). Publications Office of the European Union.
- Comisión Europea (2022) *Environmental Implementation Review 2022: Country report – Italy* (SWD(2022) 275 final). Publications Office of the European Union.
- Consejo de Europa. (2021). *Guía sobre la jurisprudencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de medio ambiente*.
- Consejo de Europa. (s.f.). *Protección legal del medio ambiente mediante los derechos humanos*.
- Doreste Hernández, J., & Moreno-Cervera De la Cuesta, P. (2024). *Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 9 de abril de 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Switzerland*. Actualidad Jurídica Ambiental.
- Espacio Público. (2017). *Propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental*.
- European Court of Human Rights. (2024). *Environment and the European Convention on Human Rights*.
- Fernández de Casadevante Romaní, C.(2018). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la protección del medio ambiente*. Iustel.
- Figueruelo Burrieza, Á. (2005). *Protección constitucional del medio ambiente en España y Europa*. Criterio Jurídico Santiago de Cali, 5(1), 9–29.
- Giles Carnero, Rosa. «Jurisprudencia ambiental de la Unión Europea (Primer semestre 2023)». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2023, VOL. 14, núm. 1.
- González-Trevijano Sánchez, P. (2025). *El principio de protección del Medio Ambiente, una perspectiva de Derecho Comparado: España*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2008). "Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Revista InDret*, 4/2008.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2008). *Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. *InDret*, 4.
- Open Government Partnership. (s.f.). *Clima y medio ambiente: democracia ambiental*.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2024). *Justicia ambiental*.
- Parlamento Europeo (2025). *El marco constitucional y normativo ambiental en España*.

- Parlamento Europeo. (2024). *La política de medio ambiente: principios generales y marco básico*.
- Parlamento Europeo. (2024). *La política de medio ambiente: principios generales y marco básico*.
- Petitti, S. (2022). La protección del medio ambiente en la Constitución italiana. Tribunal Constitucional de España.
- Poggeschi, G. (2022). La revisión medioambiental del 11 febrero 2022 de la Constitución italiana: ¿Un cambio substancial o formal? *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, 2, 1-12.
- Rodríguez-Arana, J. (2023). *Sobre la reciente jurisprudencia medioambiental del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. *Revista de la Sala Constitucional*, 5, 8-13.
- Salazar Orduño, E.(2016) Derecho ambiental y Acceso a la justicia ecológica (pp. 155-188). En T. Vicente(Ed.), *Justicia ecológica en la era del Antropoceno*. Editorial Trotta.
- Senato della Repubblica. (2021). *Disposizioni per la tutela, lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con metodo biologico*.
- Tafalla, M. (2024). ¿Por qué la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024 es tan importante? XXIII Seminario de Centros de Documentación Ambiental y Espacios Naturales Protegidos, Granadilla, Cáceres, 26-28 de junio de 2024. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.
- UNECE. (2012). *Case Summary: European Union: LZ VLK vs. Ministry of Environment (preliminary ruling)*, C-240/09.
- UNECE. (2012). *Summary of the Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 March 2011, Lesoochránárske zoskupenie VLK v. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky (Case C-240/09)*. United Nations Economic Commission for Europe.





Ignazio Spadaro \*

## IL REGIONALISMO ITALIANO ALLA PROVA DELLO *EUROPEAN GREEN DEAL*

SOMMARIO: 1. La spinta dell'Unione europea verso la «transizione verde». – 2. Il *green public procurement* nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3. L'evoluzione della *governance* del PNRR in senso accentrato. – 4. Le possibili ricadute sull'autonomia regionale. – 5. *Segue*. Ulteriori fattori di debolezza delle Regioni: fiscalità, contribuzione alla finanza pubblica, sussidiarietà. – 6. Sulla possibile insorgenza di disparità inter-territoriali. – 7. Considerazioni conclusive sulla necessità di un maggiore coinvolgimento delle Regioni (anche) in prospettiva europea.

### 1. *La spinta dell'Unione europea verso la «transizione verde»*

Le *Political guidelines* pubblicate dalla Presidente della Commissione europea all'indomani della sua rielezione, nel luglio 2024, danno ampio risalto all'esigenza di abbracciare un modello di sviluppo economico che sia ecologicamente «sostenibile». Tale obiettivo, oltre ad essere coerente con molteplici disposizioni di diritto primario (artt. 3 Tue, 21 Tue, 11 Tfue, 37 Cdfue), si pone in continuità con le linee programmatiche del quinquennio precedente<sup>1</sup>. Com'è noto, esse si sono già concretizzate nello *European Green Deal* (Marchetti, 2024), ambizioso “pacchetto” di atti normativi destinati a mitigare la cd. impronta ecologica di molte attività antropiche e raggiungere la neutralità climatica entro il 2050, con una riduzione del 55% dei gas serra rispetto al 1990 già nel 2030, e del 90% entro il 2040. Invero, si tratta di obiettivi ambiziosi, che nel 2021 hanno acquisito piena vincolatività per effetto del regolamento 2021/1119 (cd. *European Climate Law*). Benché a fine 2023 la Commissione abbia constatato «lacune» e «ri-

\* Università di Catania.

<sup>1</sup> Comunicazione COM(2019) 640 final dell'11 dicembre 2019, su cui v. il commento di CARTA (2020).

tardi» da parte di diversi Stati membri<sup>2</sup>, nel febbraio 2024 il progetto si è ulteriormente consolidato con la *Antwerp Declaration for a European Industrial Deal*, in cui le settantatré maggiori imprese europee, alla presenza della Presidente della Commissione, hanno assunto l'impegno ad investire cospicue risorse nello sviluppo e nell'implementazione di sistemi produttivi e tecnologie più ecosostenibili (VERDOLINI, 2024).

Non a caso, nel testo del regolamento 2021/241 la *green transition* è in cima agli interventi finanziabili mediante il dispositivo per la ripresa e la resilienza (art. 3)<sup>3</sup>. Inoltre, ad essa si affiancano la previsione del principio “*do not significant harm*” per l'approvazione dei progetti (art. 5, § 2) (BARTOLINI, 2024) e l'obbligo, per gli Stati membri, di destinare al perseguimento della neutralità climatica «almeno» il 37% delle risorse (art. 16, § 2).

In Italia, esigenze di speditezza hanno spinto verso una gestione normativa della transizione di tipo *top-down*, ossia controllata dagli organi di governo e dalle Amministrazioni statali. Ciò appare evidente se si prendono in esame alcune disposizioni del nuovo *Codice dei contratti pubblici*, introdotte proprio su impulso dell'UE<sup>4</sup>, insieme a quelle che, dopo molteplici rimaneggiamenti, delineano oggi la *governance* del *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR). Su di esse ci si soffermerà, quindi, nei paragrafi successivi, per poi saggiarne l'effettiva compatibilità con le garanzie apprestate all'autonomia regionale dalla Costituzione.

<sup>2</sup> V. la comunicazione *Stato dell'Unione dell'energia 2023*, COM(2023) 650 final del 24 ottobre 2023, § 2, cui cfr. la stretta complementarità tra diritto europeo e legislazione nazionale argomentata da KULOVESI - OBERTHÜR - VAN ASSELT - SAVARESI, (2024), e, anche per alcuni spunti in prospettiva *de iure condendo*, SAMKHARADZE, (2023).

<sup>3</sup> Com'è noto, il dispositivo si inserisce nel più ampio programma *Next Generation EU*, su cui v. l'attenta disamina di LUPO, (2023).

<sup>4</sup> Sulla matrice europea delle disposizioni sul *GPP* contenute nel Codice vigente, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, così come di quelle inserite nei due Codici previgenti, v. l'ampia ricostruzione di CREPALDI - MICALIZZI, (2023), cui cfr., sul piano normativo, almeno le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, entrambe del 31 marzo 2004, la direttiva 2009/33/CE del 23 aprile 2009 e, più di recente, le direttive 2014/24/UE, 2014/23/UE e 2014/25/UE, del 26 febbraio 2014.

## 2. Il green public procurement nel nuovo Codice dei contratti pubblici

A partire già dal *Codice dei contratti pubblici* del 2006, Parlamento e Governo hanno introdotto una disciplina sempre più rigorosa in tema di ecosostenibilità delle acquisizioni di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni, ivi comprese quelle delle Regioni.

Pur nell'impossibilità di esaminare in dettaglio tutte le previsioni in tema di "appalti verdi" contenute nel Codice vigente, sembra opportuno segnalarne alcune, che più di altre paiono espressive dell'indirizzo politico in esame. La prima è contenuta nell'art. 95, co. 1, lett. a), a norma del quale le stazioni appaltanti sono tenute ad escludere dalle procedure di gara tutti gli operatori che abbiano commesso «gravi infrazioni [...] agli obblighi in materia ambientale». L'ampiezza della formula utilizzata induce a ritenere che tale causa di esclusione operi anche in assenza di un preventivo accertamento giudiziale, come potrebbe essere, ad esempio, la condanna per uno dei reati *ex* artt. 452-bis ss. c.p. Del pari, sono da ritenersi compresi nella fattispecie i meri illeciti amministrativi, anche se mai contestati in precedenza. È evidente l'aggravio che può derivarne in sede istruttoria, ed il conseguente rischio di impugnazioni.

La seconda disposizione su cui è d'uopo soffermarsi è l'art. 57, co. 2, il quale impone di inserire nei bandi alcuni «criteri ambientali minimi» (CAM), ossia «specifiche tecniche» e «clausole contrattuali», fissati a livello ministeriale con l'obiettivo di escludere le imprese i cui processi produttivi o organizzativi abbiano un impatto eccessivo sull'ecosistema, p. es. per la quantità degli scarti di lavorazione o per l'impiego di materiali non riciclabili. Le relative verifiche possono essere agevolate dal ricorso alle cd. eco-etichette, che attestano la conformità di singoli prodotti e servizi a determinati *standard* di sostenibilità ambientale. Tuttavia, l'Allegato II.5 al Codice stabilisce che, qualora un concorrente dimostri di non potersi procurare l'etichettatura richiesta nel bando per «motivi ad esso non imputabili», le Amministrazioni debbono valutare caso per caso, alla luce di ogni altro mezzo di prova eventualmente prodotto dall'interessato (pt. II, sez. A, punto 3). Analogo orientamento è maturato in giurisprudenza con riferimento alle «certificazioni di sistemi di qualità», che concernono, invece, la capacità tecnico-professionale dell'impresa ed il cui possesso è

anch'esso previsto, all'art. 100, co. 5, lett. c) cod. contr. pubbl., tra i requisiti di selezione degli offerenti<sup>5</sup>.

Infine, deve senz'altro richiamarsi quella che è, forse, la novità più significativa introdotta dal Codice del 2023, ossia l'aggiudicazione secondo il solo criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa», da individuarsi, tuttavia, sulla base del «miglior rapporto qualità/prezzo», del «costo» o dell'«elemento prezzo», *ex art.* 108, co. 1. La medesima disposizione, al comma 4, precisa che qualora l'Amministrazione scelga di valorizzare il rapporto qualità/prezzo, deve valutarlo alla luce di indici oggettivi, tra cui, per l'appunto, «gli aspetti [...] ambientali connessi all'oggetto dell'appalto»<sup>6</sup>. Quanto, invece, al costo, l'Allegato II.8, § III, n. 5, lo riconduce al «ciclo di vita» del prodotto e, per tal via, consente di tenere in considerazione le risorse necessarie a compensare le eventuali «emissioni di [...] sostanze inquinanti» o, comunque, ad «attenua[re i] cambiamenti climatici» che possano esserne provocati.

Previsioni *ad hoc* regolano, infine, l'appalto dei servizi di ristorazione, per i quali l'art. 130, co. 1 cod. contr. pubbl. impone di verificare, al fine di preferirle in sede di aggiudicazione, quali offerte diano maggiori garanzie di conformità alle «disposizioni ambientali in materia di economia sostenibile» ed ai «pertinenti criteri ambientali minimi».

### 3. *L'evoluzione della governance del PNRR in senso accentrato*

Nella sua attuale formulazione<sup>7</sup>, il PNRR italiano dedica alla *green transition* due intere missioni, rubricate «Rivoluzione verde e transizione ecologica» e «RePowerEU» (PAPA, 2024), i cui interventi si col-

<sup>5</sup> V., seppur con riferimento al testo previgente, TAR Puglia, 5 gennaio 2023, n. 34, e Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2455. In particolare, l'Allegato II.13 menziona le certificazioni ambientali UNI EN ISO 14001 e EMAS.

<sup>6</sup> Questa prescrizione era stata di fatto anticipata dalla delibera n. 5/2008 dell'allora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

<sup>7</sup> Il PNRR è stato approvato dal Consiglio con decisione di esecuzione 2021/0168 del 13 luglio 2021, successivamente aggiornata con decisioni di esecuzione 2023/0295 del 19 settembre 2023 e 2023/0442 dell'8 dicembre 2023.

locano, in buona parte, all'interno di materie di competenza legislativa regionale. Così è, ad esempio, per la irreggimentazione delle acque piovane (M2C4-11 bis) e per l'istituzione di percorsi formativi nel campo della cd. *green expertise* (M7-9, M7-10), riconducibili, la prima, a «protezione civile» e «governo del territorio» (art. 117, co. 3 Cost.) e, la seconda, alla «formazione professionale», che dottrina pressoché unanime colloca nell'alveo dell'art. 117, co. 4 Cost. (CARRER, 2016, n. 2).

Senonché, è un dato di fatto che il coinvolgimento delle Regioni alla redazione del Piano è stato marginale, perché limitato ad interlocuzioni informali o meramente informative (CECCHETTI, 2022)<sup>8</sup>. Anche il ruolo da esse svolto nella fase attuativa ha subito un progressivo ridimensionamento. Per effetto di reiterate novelle, infatti, la *governance* del Piano si è evoluta in senso sempre più accentrato (DIRRI, 2024), finendo per essere attribuita ad organi posti alle dirette dipendenze della Presidenza del Consiglio (Cabina di regia per il PNRR, Struttura di missione PNRR) e del Ministero dell'Economia (Ispettorato generale per il PNRR), quando non addirittura allo stesso Consiglio dei ministri, investito di penetranti «poteri sostitutivi» e di «superamento del dissenso», esercitabili anche nei confronti degli enti territoriali<sup>9</sup>.

I meccanismi di raccordo politico-istituzionale, che pure esistono, sono «piuttosto blandi» (MAINARDIS, 2022), perché slegati dall'assunzione di decisioni giuridicamente vincolanti. Ai sensi degli artt. 2 e 3 d.l. 77/2021, nella generalità dei casi essi contemplano l'intermediazione del Ministro per gli Affari regionali e, per quanto attiene alla «cooperazione con il partenariato economico, sociale e territoriale», anche quella del Presidente della Conferenza delle Regioni, che di fatto tende ad esprimere le sole posizioni condivise dalla maggioranza degli enti ivi rappresentati. La partecipazione diretta dei Presidenti regionali alla Cabina di regia è limitata alle sedute che trattino questioni di loro diretta «competenza» o «interesse», mentre l'intervento ai lavori del Comitato interministeriale per la transizione

<sup>8</sup> Cfr. CECCHETTI, (2022, 290-291).

<sup>9</sup> V. rispettivamente l'art. 12 e l'art. 13 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77; in dottrina, almeno TABACCHI, (2023), e LERRO, (2022), cui *adde*, problematicamente, FERRARO, (2024).

ecologica alle sole materie di interesse «specifico» della Regione di volta in volta invitata.

Quanto, poi, alla concreta erogazione delle risorse, va evidenziata la primazia mantenuta dall'Amministrazione statale tanto per i progetti «a titolarità», in cui lo Stato è anche soggetto attuatore, quanto per i progetti «a regia», la cui attuazione è, invece, demandata a terzi. Nella prima ipotesi le Regioni possono figurare solo come beneficiarie; nella seconda, pur potendo aspirare alla gestione diretta degli interventi, esse concorrono all'ottenimento dei fondi sul medesimo piano di ogni altro ente, sia pubblico che privato. In nessun caso, comunque, è data loro l'ultima parola su tipologia e caratteristiche dell'opera o del servizio da realizzare<sup>10</sup>.

#### 4. *Le possibili ricadute sull'autonomia regionale*

Invero, sulla base delle previsioni appena richiamate può affermarsi che, già nel breve termine, la transizione verde è destinata a gravare in misura considerevole sui bilanci regionali. È noto, infatti, che le tecnologie innovative e meno inquinanti presentano spesso maggiori costi di acquisto e manutenzione, per effetto dei cospicui investimenti in ricerca e sviluppo che ne sono alla base. Ciò si riverbera, a cascata, sui prezzi praticati dalle imprese in sede di *GPP* e, con buona probabilità, diventerà un banco di prova a partire dal 2027, quando, in forza del principio di sussidiarietà cd. verticale (art. 108, co. 1 Cost.), gli enti territoriali dovranno sobbarcarsi agli oneri di mantenimento e gestione delle opere e dei servizi ora realizzati grazie ai finanziamenti PNRR.

Sempre in tema di appalti, potrebbero rivelarsi onerose le attività di valutazione e verifica dei requisiti prescritti dal Codice (es. assenza di pregresse condotte aziendali anti-ecologiche, rispetto dei criteri ambientali minimi, conformità di imprese e prodotti agli *standard* di certificazioni di qualità ed etichette, esternalità ambientali incidenti sul co-

<sup>10</sup> L'art. 9, co. 1 d.l. 77/2021 riserva ai vari Enti territoriali solo l'esercizio delle «specifiche competenze istituzionali»: una formula, invero, concettualmente al limite della tautologia, se non addirittura priva di reale portata normativa, come osservato da BAILO - FRANCAVIGLIA, (2022).

sto del ciclo di vita e sul rapporto qualità/prezzo). Invero, è quanto meno improbabile che a questi adempimenti le Amministrazioni regionali saranno sempre in grado di provvedere senza ricorrere a consulenti esterni, i cui pareri, proprio perché frutto di discrezionalità tecnica (si pensi alla stima delle predette esternalità), potranno dar adito ad impugnazioni e richieste risarcitorie.

Ebbene, il reperimento delle risorse necessarie a fronteggiare tali esborsi potrebbe richiedere la riduzione di altre poste di bilancio, determinando così una compressione, seppur indiretta, della libertà di programmazione politico-amministrativa degli enti territoriali. Compressione che, nel caso delle Regioni, si sommerebbe alle interferenze già prodotte in via diretta dagli interventi PNRR in materie di loro competenza. La questione non è di poco conto, specie se si considerano, da una parte, l'obbligo di copertura delle leggi di spesa posto dall'art. 81, co. 3 Cost.; dall'altra, i vincoli risultanti dal novellato art. 119 Cost., nelle parti in cui esso impone alle Autonomie di garantire «l'equilibrio dei relativi bilanci» (comma 1) e ne ammette l'indebitamento solo a condizione che sia volto a «finanziare spese di investimento», che sia corredato da «piani di ammortamento» e che «per il complesso degli enti di ciascuna Regione» sia comunque «rispettato l'equilibrio di bilancio» (comma 7)<sup>11</sup>.

Nella medesima prospettiva, ulteriori interrogativi potrebbero scaturire dall'attuazione del regionalismo differenziato *ex* art. 116, co. 3 Cost. L'art. 5 della legge n. 86/2024, infatti, prevede che, per ogni nuova funzione attribuitale, la Regione ha diritto a ricevere dallo Stato un adeguato *pattern* di risorse «finanziarie, umane, strumentali e organizzative», da alimentarsi mediante «compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale». Ne deriva un tendenziale assottigliamento delle entrate statali, peraltro in assenza

<sup>11</sup> Su tali considerazioni non sembra incidere in maniera significativa la previsione, contenuta nell'art. 1, co. 466 della legge 11 dicembre 2016, n. 232, che ha fini del pareggio basti il conseguimento di un «saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali»; anche se è oggettivo che tale prescrizione ha superato la più complessa disciplina inizialmente dettata dal Patto di stabilità interno (ossia, per le sole Regioni, dall'art. 1, co. 463 della legge 23 dicembre 2014, n. 190, e, poi, anche per gli altri Enti territoriali dall'art. 1, co. 710 ss. della legge 28 dicembre 2015, n. 208).

di un obbligo restitutorio di eventuali eccedenze. Benché parte della dottrina sembri ritenere tale assetto coerente con la *ratio* filo-autonomista dell'istituto (GIOVANARDI, 2022), è lecito domandarsi quante risorse possano concretamente residuare allo Stato per la perequazione fiscale e per la «promozione dello sviluppo» delle aree in difficoltà, pur testualmente previste dall'art. 9, co. 3 e dall'art. 10, co. 1 della legge medesima<sup>12</sup>. Tanto più se si considera che, per espresso disposto dell'art. 9, co. 1, ogni concessione di autonomia è soggetta a vincolo di invarianza finanziaria, né può comportare una riduzione dei fondi destinati alle altre Regioni.

La problematicità di tali previsioni è confermata dal fatto che la Corte costituzionale, con sentenza 3 dicembre 2024, n. 192, ha avvertito l'esigenza di elaborarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, secondo la quale i predetti trasferimenti di risorse debbono determinarsi adottando il criterio della «gestione efficiente», tenendo conto «del quadro generale della finanza pubblica, degli andamenti del ciclo economico, del rispetto degli obblighi eurounitari» e, se possibile, anche dell'opportunità di «liberare risorse» a favore dello «Stato», a «copertura delle spese che, nonostante la devoluzione, restano comunque a suo carico» (§ 22.1 cons. dir.). La sentenza ha fornito elementi utili a circoscrivere, altresì, numero ed ampiezza delle competenze trasferite, allorché ha chiarito che ogni deroga al riparto operato dall'art. 117 Cost. dev'essere «giustificata e motivata con precipuo riferimento alle caratteristiche della funzione e al contesto (sociale, amministrativo, geografico, economico, demografico, finanziario, geopolitico ed altro) in cui avviene la devoluzione», in modo da evidenziarne i vantaggi «in termini di efficacia e di efficienza, di equità e di responsabilità» (§ 4.3 cons. dir.)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Cfr., condivisibilmente, MANGANARO, (2024), 11, secondo il quale si prospetterebbe solo una «pseudo-perequazione», insufficiente a rimuovere gli odierni «divari di cittadinanza».

<sup>13</sup> Tale assunto, successivamente ribadito e dettagliato in motivazione (§ 8.3 e § 8.4 cons. dir.), conduce all'annullamento dell'art. 2, co. 1 della legge impugnata «nella parte in cui non prescrive che l'iniziativa regionale sia giustificata alla luce del principio di sussidiarietà». Invero, la tesi era stata ampiamente sostenuta in dottrina anche sulla base del principio di non discriminazione, applicato alle singole comunità locali: cfr. TESAURO, (2019), e MONE, (2019). Nel medesimo senso sia consentito segnalare,



Senonché, tali orientamenti non sembrano superare del tutto le criticità poc'anzi prospettate. Infatti, la scelta di “cosa” e “quanto” concedere, volta per volta, a ciascuna Regione presenta un elevato tasso di politicità e, quindi, di libertà, che la stessa giurisprudenza costituzionale ritiene sindacabile solo nei casi-limite dell'irragionevolezza «manifesta» e dell'«arbitrarietà»<sup>14</sup>. Nella pratica, molto dipenderà, quindi, dalla misura in cui ciascuna compagine governativa si mostrerà più o meno sensibile, per così dire, alle esigenze dell'autonomia o, all'inverso, a quelle dell'unità nazionale.

##### 5. Segue. *Ulteriori fattori di debolezza delle Regioni: fiscalità, contribuzione alla finanza pubblica, sussidiarietà*

Anche a prescindere dall'attuazione dell'art. 116, co. 3 Cost., lo sforzo richiesto alle Regioni per finanziare la *green transition* potrebbe rivelarsi arduo per via della condizione di strutturale debolezza in cui tali enti già versano sul piano dell'approvvigionamento finanziario.

L'art. 119 Cost., come riformato nel 2001, al fine di valorizzare il ruolo degli enti sub-statali ha conferito ad essi «autonomia finanziaria di entrata e di spesa» (comma 1), da esercitarsi anche mediante l'imposizione di «tributi [...] propri» e la previsione di «compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio» (comma 2). Al comma 4, Regioni ed enti locali sono chiamati a «finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite» mediante risorse proprie, salvo, tuttavia, la facoltà dei territori con minore capacità fiscale di attingere ad un fondo perequativo statale «senza vincoli di destinazione» (comma 3) e quella, generale, di accedere a «risorse aggiuntive» per il perseguimento di scopi specifici: promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale; rimozione degli

anche per ulteriori rinvii e per alcune conferme in prospettiva comparata, SPADARO, (2023).

<sup>14</sup> V. in questo senso, *ex multis*, Corte cost., 8 maggio 2019, n. 155, § 6.1 cons. dir., ed ulteriori rinvii, cui cfr. già. Corte cost., 14 dicembre 1988, n. 1130, § 2 cons. dir., che si sforza di tenere concettualmente distinte le valutazioni sulla ragionevolezza (costituzionalità) da quelle che intercettino, invece, il merito delle scelte legislative. In dottrina, restano attuali le considerazioni a suo tempo svolte da CARTABIA, (2013).

squilibri economici e sociali; effettivo esercizio dei diritti della persona; eventuale perseguimento di scopi eccedenti le funzioni ordinarie (comma 5); rimozione degli svantaggi derivanti dall'insularità (comma 6)<sup>15</sup>.

Senonché, a ben vedere il legislatore ordinario non ha mai posto le Regioni nella condizione di disporre di fonti di finanziamento autonome (RIVOSECCHI, 2024). A ventitré anni dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V, le Regioni traggono ancora la quasi totalità delle risorse da «tributi propri *derivati*», nonché da un complesso di addizionali e sovrapposte a tributi «erariali»<sup>16</sup>, su cui i Consigli hanno un margine d'intervento limitato. L'art. 7 legge n. 42/2009, che detta i principi generali della materia, stabilisce che nel primo ordine di casi la legge regionale può «modificare le aliquote» e «disporre esenzioni, detrazioni e deduzioni», mentre con riguardo alle addizionali può soltanto «introdurre variazioni percentuali» delle aliquote e «detrazioni». In sostanza, la Regione è abilitata a «rinunciare» ad una parte dei prelievi, ma non anche ad incrementarli. I «tributi propri» in senso stretto, posti nella libera disponibilità di ciascuna Regione, sono ancora un'eccezione<sup>17</sup>, anche per l'impossibilità di sottoporre a doppia imposizione manifestazioni di capacità contributiva già tassate a livello statale<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> L'odierno riferimento all'insularità risale all'art. 1, co. 1 della legge costituzionale 7 novembre 2022, n. 2, ma già prima del 2001 l'art. 119 Cost. prevedeva che «per provvedere a scopi determinati, e particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le Isole, lo Stato assegna per legge a singole regioni contributi speciali». Sul tema v. per tutti FROSINI, (2020).

<sup>16</sup> Enfasi aggiunta. V. l'art. 1, co. 1, lett. b) legge n. 42/2009, che peraltro sembra ricomprendere nella categoria delle addizionali anche le sovrapposte, nonostante si tratti di istituti tecnicamente diversi: cfr. PEVERINI, 2015, *passim*, in *www.treccani.it*.

<sup>17</sup> Eccezione limitata, di fatto, a (pochi) tributi commutativi ed imposte di scopo, come osserva GALLO, (2012), 7. Per approfondimenti v., rispettivamente, RICCI, (2021), e DEL FEDERICO, (2008). In questa sede non sembra utile soffermarsi sull'ulteriore categoria dei tributi cd. «assimilati» a quelli propri, su cui v. comunque LETIZIA, (2020).

<sup>18</sup> V. puntualmente l'art. 67, co. 1 DPR 29 settembre 1973, n. 600, e l'art. 163 TUIR; in dottrina, MARINONI, (2023), ed ulteriori rinvii. Al riguardo, è appena il caso di ricordare che le deleghe contenute nella legge n. 42/2009, volte per l'appunto a ridurre l'imposizione statale a favore di una «più ampia autonomia di entrata di regioni ed enti locali» (art. 2, co. 2, lett. ee), sono rimaste largamente inattuatae.

Come già accennato, il principio di sussidiarietà tende a riversare sulle Regioni anche una parte delle difficoltà sperimentate dai livelli di governo inferiori. Province, Città metropolitane e Comuni, oltre ad essere sprovvisti di autonomia legislativa e, quindi, impositiva, registrano lacune in sede di accertamento e riscossione<sup>19</sup>. Da ultimo, il decreto legislativo n. 110/2024<sup>20</sup> ha tentato di porvi rimedio trasferendo tali adempimenti all'Agenzia delle Entrate-Riscossione (art. 2), ma alcune delle nuove previsioni potrebbero rivelarsi inefficaci o, addirittura, controproducenti. In particolare, l'art. 6 del decreto non solo limita la responsabilità dell'Agenzia ai casi di dolo o colpa grave, ed inoltre consente all'ente creditore di verificare la correttezza della riscossione solo dopo che il credito si sia deteriorato o che siano trascorsi cinque anni senza che sia stato soddisfatto, con l'ulteriore sbarramento rappresentato dalla soglia massima del 6% dei crediti soggetti a discarico su base annua<sup>21</sup>. Il risultato, per certi versi paradossale, è che gli enti locali che subiscano eventuali inefficienze del sistema di riscossione sono di fatto impossibilitati a porvi rimedio, finendo per dipendere dallo Stato per il soddisfacimento dei propri crediti e sulla Regione, quale ente più prossimo, per provvedere ai fabbisogni di spesa incompressibili (es. servizi pubblici essenziali).

Per altro verso, è evidente come la circostanza che le Regioni si reggano su una fiscalità sostanzialmente derivata le esponga al rischio di ripensamenti da parte del legislatore statale, suscettibili di creare "buchi" nei rispettivi bilanci. A questo proposito, basti richiamare l'imminente soppressione dell'IRAP, prospettata dall'art. 8 della legge

<sup>19</sup> V. in questo senso, sulla base di alcuni rilevamenti ministeriali aggiornati all'esercizio 2022, DE TONI, (2024).

<sup>20</sup> Decreto legislativo 29 luglio 2024, n. 110 (cd. decreto Riscossione), decimo decreto attuativo della riforma fiscale disposta dalla legge 9 agosto 2023, n. 111.

<sup>21</sup> Più precisamente, tale disposizione, nel demandare l'esatta determinazione della quantità e dei criteri delle verifiche ad un successivo decreto ministeriale, stabilisce che la (mancata) riscossione dei tributi erariali potrà essere oggetto di controllo in una misura compresa tra il 2% e il 6%, mentre quella dei tributi regionali e locali nella misura massima del 5%.

n. 111/2023 dopo anni di crescenti esenzioni<sup>22</sup>, nonché, da ultimo, la facoltà concessa dall'art. 13 d.lgs. 110/2024 ai contribuenti in «difficoltà economico-finanziaria», di rateizzare i pagamenti fino a dieci anni<sup>23</sup>.

Ed ancora, tutte le Autonomie territoriali sono tenute a contribuire alla tenuta dei conti pubblici, mediante il contenimento delle spese<sup>24</sup> e delle esposizioni debitorie<sup>25</sup>, la rinuncia a trasferimenti statali o l'effettuazione di versamenti diretti all'Erario. Per ciascun livello di governo, ivi comprese le Regioni, le modalità e l'entità del contributo sono stabilite annualmente dallo Stato in forza della propria competenza concorrente sul «coordinamento della finanza pubblica»<sup>26</sup>, salva soltanto la possibilità, per gli enti territoriali, di negoziare condizioni meno gravose in sede Conferenza Unificata e, per le sole Regioni speciali, anche nel testo di apposite intese bilaterali<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. in particolare la recente esenzione totale concessa a tutte le persone fisiche esercenti attività commerciali, artistiche o professionali dall'art. 1, commi 8 e 9, della legge 30 dicembre 2021, n. 234.

<sup>23</sup> Il nuovo testo dell'art. 19 DPR 29 settembre 1973, n. 602, come modificato dall'art. 13 d. lgs. 110/2024, prevede ratei differenziati sulla base dell'importo, del momento della richiesta e del fatto che la difficoltà economico-finanziaria sia documentata, presunta o soltanto dichiarata. In precedenza, la dilazione non poteva superare i sei anni, salvo casi eccezionali.

<sup>24</sup> Cfr., pur con qualche perplessità, CONTE, (2020).

<sup>25</sup> Questo, in particolare, in funzione dei «vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea», secondo la formula introdotta dall'art. 4 della legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, nel testo dell'art. 119, co. 1 Cost.

<sup>26</sup> Sull'interpretazione data dalla giurisprudenza costituzionale a tale lemma, particolarmente favorevole al legislatore statale, v. l'ampia disamina operata da GALLO, (2017), cui cfr. di recente Corte cost., 14 maggio 2024, n. 87, § 4 ss. cons. dir.

<sup>27</sup> Va segnalato che tutte le intese di questo tipo oggi in vigore riconoscono o al Presidente del Consiglio, o ai Ministri dell'Interno e dell'Economia, il potere di incrementare unilateralmente il contributo al verificarsi di determinate circostanze. Per approfondimenti v. CAMERA DEI DEPUTATI - SERVIZIO STUDI, *La finanza regionale*, settembre 2024, 8, accessibile da [www.camera.it](http://www.camera.it).

## 6. Sulla possibile insorgenza di disparità inter-territoriali

Se si conviene che autonomia e solidità finanziaria sono, per così dire, due lati della medesima medaglia, non sembra azzardato ipotizzare che le dinamiche appena delineate non graveranno su tutte le Regioni misura identica, bensì penalizzeranno soprattutto quelle che, trovandosi in una condizione di svantaggio economico-occupazionale, dispongono di minori fonti di approvvigionamento fiscale.

A rigore, tale rischio dovrebbe essere disinnescato dall'istituto della perequazione, previsto al comma 3 dal già menzionato art. 119 Cost. Tuttavia, tale forma di sostegno, che già oggi sconta il limite dell'orizzontalità<sup>28</sup>, in futuro potrebbe indebolirsi ulteriormente, per almeno due motivi. Il primo è rappresentato dal margine di approssimazione insito nei concetti di "costo" e "fabbisogno *standard*", che com'è noto stanno sostituendo progressivamente il criterio, fattuale, della spesa storica (art. 15, co. 1 d.lgs. 68/2011).

Il secondo motivo è che l'art. 22 della legge n. 111/2023 prevede che alla "fiscalizzazione" degli odierni trasferimenti statali, necessaria all'attuazione del federalismo fiscale, non dovranno derivare né «nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica», né alcun «incremento della pressione tributaria». Si profila, così, un depauperamento delle entrate erariali, a cui la maggioranza di governo, pur di evitare l'impopolarità derivante da un peggioramento dei servizi pubblici statali, potrebbe essere tentata di reagire riducendo le somme erogate ad altri enti.

Invero, la riserva al «Mezzogiorno» di «almeno il 40 per cento delle risorse allocabili territorialmente», introdotta nel testo del decreto-legge n. 77/2021 in sede di conversione (art. 2, co. 6-bis), potrebbe rivelarsi utile per colmare l'odierno *gap* fiscale e la conseguente dipendenza delle Regioni in discorso dalla perequazione. Tuttavia, trattandosi di criticità strutturali e storicamente sedimentate, è realistico ipotizzare che gli interventi PNRR non avranno un effetto immediato,

<sup>28</sup> Contrariamente alla *ratio* dell'art. 119 Cost., il meccanismo in esame opera per lo più come re-distribuzione delle risorse già presenti su ciascun livello di governo, anziché come canale per nuove immissioni di ricchezza da parte dello Stato: cfr., criticamente, MONDINI, (2021), e già LETIZIA, (2020).

mentre immediata sarà l'esigenza di darvi continuità – come già osservato – dopo l'esaurimento degli odierni finanziamenti europei.

Una seconda disparità, seppur, forse, meno incisiva, potrebbe ravvisarsi a scapito delle Regioni speciali. L'art. 11, co. 2 legge n. 86/2024, infatti, consentiva anche ad esse di acquisire nuove competenze e, per quanto rileva in questa sede, anche le ulteriori fonti di finanziamento ad esse correlate mediante le intese *ex art.* 116, co. 3 Cost. La Consulta, però, ha giudicato questa previsione in contrasto con la *ratio* stessa della specialità<sup>29</sup>. Di conseguenza, per tali Regioni l'unica via per conseguire tali risultati resta la revisione dei rispettivi Statuti, che però presenta un livello di aggravamento procedimentale complessivamente più elevato<sup>30</sup>.

### *7. Considerazioni conclusive sulla necessità di un maggiore coinvolgimento delle Regioni (anche) in prospettiva europea*

In conclusione, sembra corretto affermare che le misure attraverso cui si sta dando svolgimento alla *green transition*, se da un lato sono opportune a fronte delle minacce generate dall'inquinamento ambientale e dai cambiamenti climatici, dall'altro impattano negativamente sull'autonomia delle Regioni, a livello sia finanziario che politico-amministrativo. Ciò appare distonico tanto con quella spiccata sensibilità per il decentramento politico-amministrativo che traspare dal testo

<sup>29</sup> Sentenza n. 192/2024, cit., § 6 cons. dir., VII cpv. In precedenza, la dottrina si era divisa sul punto, come analiticamente ricostruito da MORELLI, (2020). In particolare, contro l'accesso delle Regioni speciali alla differenziazione «ai sensi dell'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» si era espresso RUGGERI, (2020).

<sup>30</sup> Benché la legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, preveda che le modifiche agli Statuti speciali non siano sottoposte a *referendum* confermativo «nazionale» (cfr. artt. 103 St. Trentino-Alto Adige, 41-ter St. Sicilia, 54 St. Sardegna, 63 St. Friuli-Venezia Giulia, 50 St. Valle d'Aosta), e malgrado la maggioranza richiesta per la seconda deliberazione sui disegni di legge costituzionale sia uguale a quella prevista per le leggi di differenziazione dall'art. 116, co. 3 Cost., sulle prime può comunque chiedersi la celebrazione di un *referendum* confermativo a livello regionale e resta l'aggravamento della doppia votazione «ad intervallo non minore di tre mesi», cui la Riforma stessa ha aggiunto la necessità di un parere preliminare da parte dei rispettivi Consigli, da approvarsi entro un ulteriore termine di due mesi.

dell'art. 5 Cost., quanto con lo svolgimento che si è inteso dare ad essa con la Riforma del 2001. Senza contare le ulteriori tensioni col principio costituzionale di non discriminazione (art. 3, co. 1), inteso con riferimento alle comunità locali.

Invero, non sembra che le suddette criticità siano sanate dalla configurabilità di una competenza statale esclusiva nelle materie «rapporti internazionali», «rapporti dello Stato con l'Unione europea» e «tutela dell'ambiente [e] dell'ecosistema». Quanto ai primi due lemmi, è appena il caso di osservare, a mente della sentenza della Corte costituzionale n. 223/2023<sup>31</sup>, che la necessità di assolvere agli impegni assunti nei confronti dell'UE, così come, potrebbe aggiungersi, quella di realizzare gli obiettivi fissati nell'Agenda 2030 e nei molteplici altri accordi internazionali di settore, non può avere effetti «totalizzant[i]». In altri termini, secondo i Giudici essa non può invocarsi per giustificare eventuali «vanifica[zioni]» delle «competenze regionali», poiché all'art. 117, co. 5 Cost. queste ultime sono «chiamate in causa», e quindi fatte salve, proprio ai fini dell'«attuazione» e dell'«esecuzione» degli «accordi internazionali» e degli «atti dell'Unione europea» (§ 5.2.2 cons. dir.).

Per quanto riguarda, invece, il terzo lemma, l'orientamento sempre più “stato-centrico” assunto nel corso degli anni dalla giurisprudenza costituzionale<sup>32</sup> oggi andrebbe, forse, mitigato alla luce dell'art. 9 Cost., come novellato nel 2022. Tale disposizione, infatti, mentre riserva alla «legge dello Stato» la «tutela degli animali», attribuisce quella dell'«ambiente», della «biodiversità» e degli «ecosistemi» ad un soggetto giuridicamente diverso, la «Repubblica», tra i cui elementi

<sup>31</sup> Sentenza 22 dicembre 2023, n. 223, con nota di LANEVE, (2024).

<sup>32</sup> Dopo una prima fase in cui aveva di fatto inquadrato la materia “ambiente” tra quelle di competenza concorrente (cfr. le sentenze del 14 luglio 1976, n. 175, § 2 cons. dir., e del 22 maggio 1987, n. 183, § 2 cons. dir.), la Corte ha progressivamente ridotto gli spazi dell'intervento regionale, in nome del «preminente interesse nazionale» all'«unitarietà» e all'«omogeneità» dell'ordinamento, garantite dalla legge statale (sentenza del 7 ottobre 2003, n. 307, § 7 cons. dir., II cpv., cui cfr. più di recente le sentenze del 17 febbraio 2021, n. 21, § 4.1 cons. dir., e del 5 maggio 2021, n. 86, § 8 cons. dir., II cpv.).

costitutivi l'art. 114, co. 1 Cost. colloca anche Regioni<sup>33</sup>. Ciò sembra legittimare una lettura restrittiva dell'art. 117, co. 2, lett. s) Cost., che valorizzi le molteplici interferenze esistenti tra la protezione dell'ambiente, da una parte, e le numerose materie di competenza regionale, sia concorrente che residuale, che con essa si intersecano (es. governo del territorio, protezione civile, produzione e trasporto dell'energia; agricoltura, allevamento, geotermia).

In questa prospettiva, per finanziare i costi di una transizione verde pienamente rispettosa del principio autonomistico il legislatore potrebbe, quindi, valutare la creazione di un apposito fondo, formalmente nazionale ma sostanzialmente “repubblicano”, perché gestito dal Ministero dell'Ambiente sulla base di criteri condivisi con la Conferenza Unificata ed alimentato da tutti i livelli di governo, in proporzione alle rispettive entrate.

Con specifico riferimento al PNRR, inoltre, potrebbe essere utile introdurre una presunzione di preferibilità per la formula “a regia”, insieme al riconoscimento di punteggi aggiuntivi ai progetti che, essendo proposti da enti territoriali, possano ragionevolmente presumersi rispondenti alle esigenze delle rispettive popolazioni<sup>34</sup>. Si realizzerebbe così, seppur per tramite di procedure di finanziamento formalmente statali, quell'«effettivo coinvolgimento delle autonomie» nell'attuazione del Piano che, sino ad ora, è mancato (Lupo, 2022, p. xi).

Del resto, nel 2024 è stata la stessa Agenzia europea dell'Ambiente a raccomandare che la *green transition* sia «giusta» e che, a tal fine, essa si basi su «un'attenta considerazione delle specificità, delle disuguaglianze e delle sfide del contesto locale», nonché sul coordinamento tra le *policies* propriamente «ambientali» con quelle di altri settori<sup>35</sup>; ivi

<sup>33</sup> Per considerazioni più approfondite in questo senso sia consentito rinviare a SPADARO, (2024).

<sup>34</sup> Sul regionalismo come strumento in grado di «dare risposte alle specificità territoriali» cfr. in generale PAPA, (2020).

<sup>35</sup> *Just sustainability transitions. From concept to practice, report* n. 12/2024 del 5 novembre 2024, 5, cui si rinvia diffusamente anche per ulteriori riferimenti, anche dottrinali. Nel medesimo senso, in Italia, già GIANCASPERO - CONZUTTI, (2022, 35-36), che evidenziano l'esistenza di uno stretto nesso tra «radicamento territoriale» ed efficacia di qualunque programmazione.



compresi – nell’ottica di queste riflessioni – quelli eventualmente assegnati dalle Costituzioni nazionali alla competenza di enti sub-statali.

Può, infine, osservarsi che una condivisione programmatica degli interventi con i rappresentanti dei territori in cui essi debbano attuarsi contribuirebbe a prevenire possibili fenomeni di “rigetto” da parte della società civile<sup>36</sup>. Essa, cioè, potrebbe deflazionare quella parte della cd. *climate change litigation* che sempre più spesso vede gruppi organizzati di cittadini avversare alcune misure *green* nelle aule di giustizia, paventandone ricadute negative sul piano economico o occupazionale<sup>37</sup>. Si pensi, ad esempio, alla diffusione di nuove tecnologie industriali che, insieme al consumo di energia, riduca il fabbisogno di manodopera, ove ciò avvenga in assenza di idonei ammortizzatori sociali, piani di riqualificazione e ricollocamento dei lavoratori in esubero *etc.*

### Riferimenti bibliografici

- Bartolini, A. (2024). Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH. *Federalismi.it*, 15.
- Bailo, F., & Francaviglia, M. (2022). L’attuazione del PNRR nella Regione Liguria. *Le Regioni*, 5.
- Carta, M. C. (2020). Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell’ambiente e le iniziative di diritto UE. *Eurojus*, 4.
- Carrer, M. (2016). La potestà legislativa residuale delle Regioni: dal riparto per materie all’assetto costituzionale dei rapporti Stato-Regioni. *Osservatorio costituzionale*, 2.
- Cartabia, M. (2013). I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Reperibile su <https://www.cortecostituzionale.it>
- Cecchetti, M. (2022). L’incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e

<sup>36</sup> Trattasi di una questione non ignota al legislatore, che infatti ha adottato norme *ad hoc* per contenere il rischio che gli interventi PNRR fossero rallentati o, addirittura, bloccati dalla proposizione di impugnazioni: v. per tutti INTERLANDI, (2023), cui *adde* più di recente MAGLIARI, (2024).

<sup>37</sup> V., anche con riferimento ad altri Paesi, SAVARESI *et al.*, (2024, 1379 ss).

- le conseguenze nei sistemi amministrativi. *Rivista AIC*, 3.
- Conte, D. (2020). I rischi del regionalismo differenziato: profili fiscali e finanziari. In L. Carpentieri & D. Conte (Eds.), *Dal federalismo al regionalismo: prospettive nazionali ed esperienze europee*. Giappichelli. Torino.
- Crepaldi, G., & Micalizzi, R. (2023). Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali. *Federalismi.it*, 14.
- De Toni, A. (2024). Lo stato di crisi degli enti locali: evoluzione e prospettive (p. 35). Reperibile su <https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it>
- Del Federico, L. (2008). Autorità e consenso nell'imposizione tributaria: riflessioni sui tributi paracommutativi e sulle tasse facoltative. *Ragion Pratica*, 1.
- Dirri, A. (2024). La leale cooperazione nell'asestamento del PNRR: un regionalismo "esecutivo" per il superamento dei divari territoriali. *Osservatorio costituzionale*, 1.
- Ferraro, L. (2024). Il potere sostitutivo nei casi di inadempienza. In P. Bilancia (Ed.), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*. Il Mulino. Bologna.
- Frosini, T. E. (2020). «Insularità» e Costituzione. *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1.
- Gallo, F. (2012). I principi del federalismo fiscale. *Diritto e pratica tributaria*, 1.
- Gallo, F. (2017). Attualità e prospettive del coordinamento della finanza pubblica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. *Rivista AIC*, 2.
- Giangaspero, P., & Conzutti, A. (2022). La c.d. "Sessione europea" dei Consigli regionali: un passaggio importante per le Assemblee legislative. *Queste Istituzioni*, 2.
- Giovanardi, A. (2022). Dalla timida e incompleta attuazione del federalismo fiscale ai non riusciti tentativi di differenziazione. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 1.
- Interlandi, M. (2023). I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. *Federalismi.it*, 8.
- Kulovesi, K., Oberthür, S., Van Asselt, H., & Savaresi, A. (2024). The European Climate Law: Strengthening EU procedural climate governance? *Journal of Environmental Law*, 1.

- Laneve, G. (2024). La Corte ridimensiona il dimensionamento scolastico regionale (e rinsalda l'autonomia delle istituzioni scolastiche). *Osservatorio costituzionale*, 4.
- Lerro, A. (2022). Governance del PNRR e rapporti fra centro e autonomie territoriali. *Italian Papers on Federalism*, 2.
- Letizia, L. (2020). *Lineamenti dell'ordinamento delle Regioni. Ragioni e limiti del federalismo fiscale*. Giappichelli. Torino.
- Lupo, N. (2022). Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti. *Federalismi.it*, 1, xi.
- Lupo, N. (2023). Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale. *Federalismi.it*, 1.
- Magliari, A. (2024). I contratti pubblici per le infrastrutture nel prisma del PNRR: alcune considerazioni critiche su una “semplificazione difficile a farsi”. *Federalismi.it*, 16.
- Mainardis, C. (2022). PNRR e Regioni: sovrapposizione di materie, supremazia del potere centrale e leale collaborazione al confine tra diritto e politica. *Le Regioni*, 5.
- Manganaro, F. (2024). Il regionalismo differenziato nell'attuale dibattito parlamentare. *Federalismi.it*.
- Marchetti, G. (2024). *Il “principio fondamentale ambientalista” nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull'assetto costituzionale*. Giappichelli. Torino.
- Marinoni, S. (2023). *La clausola del “beneficiario effettivo” nella fiscalità internazionale ed europea*. Giappichelli. Torino, nt. 55.
- Mondini, A. (2021). Le imposte e il sistema tributario multilivello. In A. Mondini (Ed.), *Corso di diritto della finanza pubblica*. Wolters Kluwer. Milano.
- Mone, D. (2019). Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione. *Rivista AIC*, 1.
- Morelli, A. (2020). Fonti e procedimenti dell'asimmetria. In A. Arabia, A. Iacoviello, & G. Napolitano (Eds.), *Differenziazione e asimmetria nel regionalismo italiano*. Giuffrè. Milano.
- Papa, A. (2020). Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. In L. Carpentieri & D. Conte (Eds.), *Dal federalismo al regionalismo. Prospettive nazionali ed esperienze europee*. Giappichelli. Torino.

- Papa, A. (2024). Transizione ecologica e transizione digitale: due milestones nella prospettiva della ripresa e resilienza del Paese. In P. Bilancia (Ed.), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*. Il Mulino. Bologna.
- Peverini, L. (2015). Addizionali e sovrimposte. Recuperato da <https://www.treccani.it>
- Ricci, C. (2021). Tributi di scopo tra giustificazioni politiche e categorie giuridiche. *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2.
- Rivosecchi, G. (2024). Regioni, finanza, livelli essenziali e principio democratico. *LeCostituzionaliste*.
- Ruggeri, A. (2020). Attuazione dell'art. 116, III Cost. e prospettive di specialità regionale. *Diritti regionali*, 1, pp. 21 ss.
- Samkharadze, I. (2023). The regional energy and climate governance. *Journal for European Environmental & Planning Law*, 3–4, pp. 237 ss.
- Savaresi, A., et al. (2024). Conceptualizing just transition litigation. *Nature Sustainability*, pp. 1379 ss.
- Spadaro, I. (2023). Regionalismo differenziato e forma di Stato. *Italian Papers on Federalism*, 2, pp. 167 ss.
- Spadaro, I. (2024). Tutela dell'ambiente, aree protette e governo del territorio. *AmbienteDiritto.it*, 2, pp. 13 ss.
- Tabacchi, A. (2023). Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR. *Federalismi.it*, 9, pp. 128 ss.
- Tesauro, G. (2019). Autonomia regionale differenziata, sistema sanitario nazionale e oltre. *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, numero speciale 2, pp. 61–62.
- Verdolini, E. (2024). Verso un diritto alla mobilità sostenibile? L'impatto dell'European Green Deal nel settore dei trasporti. *Federalismi.it*, 19, pp. 394 ss.

*Giuseppe Rigobello\**

LA DIMENSIONE CULTURALE  
NELLA PROTEZIONE DELL'AMBIENTE.  
ITINERARI COSTITUZIONALI TRA ITALIA E SPAGNA

SOMMARIO: 1. L'ambiente come operazione culturale. – 2. La natura come costruzione culturale nella tradizione giuridica occidentale. – 3. Ambiente e cultura nel panorama sovranazionale. La cornice UNESCO. – 4. Il paesaggio come incontro tra natura e cultura. – 5. Le prime forme di tutela della natura in Italia e Spagna. La natura come patrimonio culturale. – 5.1. L'esperienza italiana. – 5.2. I Parques Naturales spagnoli. – 6. Itinerari costituzionali. – 7. Conclusioni.

*1. L'ambiente come operazione culturale*

Dalla primavera del 2022, gruppi di attivisti ambientalisti – come *Last Generation* e *Just Stop Oil* – hanno adottato una peculiare forma di protesta nonviolenta suscitando un vasto clamore mediatico. Gli attivisti hanno preso di mira alcuni dei simboli più importanti del patrimonio culturale europeo, facendoli oggetto di azioni eclatanti al fine di richiamare l'attenzione sulla crisi ecologica e climatica di matrice antropogenica. Tali azioni vanno dalla torta lanciata sulla *Gioconda* di Leonardo da Vinci, alla vernice (lavabile) sul muro esterno di Palazzo Vecchio a Firenze, ad attivisti che s'incollarono volontariamente alla cornice della “Venere” di Botticelli<sup>1</sup>.

Non è questo il luogo per discutere dell'opportunità di questa forma – decisamente singolare – di protesta, né della sua reale utilità a supporto della causa ecologista propugnata dai movimenti ambientalisti. Appare piuttosto interessante evidenziare invece come, attraverso queste azioni, gli attivisti abbiamo saputo instaurare una felice correla-

\* Università degli Studi di Verona.

<sup>1</sup> Per un resoconto sulle azioni in questione e un'analisi delle stesse, si rimanda a MONTANARI, (2024). Per una prospettiva più prettamente giuridica, si veda anche CONTE, (2023).

zione tra l'ambiente e il patrimonio culturale – e, più in generale, tra ambiente e cultura. Si tratta di una correlazione che, se ben indagata, va ben oltre l'estemporanea ricerca di attenzione mediatica, rivelando un legame molto più stretto e radicato nel decennale sviluppo del diritto ambientale di produzione internazionale o nazionale.

Il diritto dell'ambiente, nelle sue molteplici declinazioni, è uno strumento volto alla regolazione dell'utilizzo delle risorse naturali che si caratterizzano per la loro esauribilità e per il controllo delle attività umane capaci di causare un danno a tali risorse o all'uomo stesso<sup>2</sup>. Seppur la nascita di un apparato normativo in materia ambientale possa vantare solamente mezzo secolo di vita, non si può negare che il problema della regolazione dell'utilizzo di risorse limitate sia stato da sempre una questione che il diritto si è trovato ad affrontare (ZAMBRANA MORAL, 2022). Ciò che distingue il moderno diritto dell'ambiente è, da una parte, la conoscenza scientifica dei limiti planetari (KELMAN, 2022) che regolano il sistema entro cui la società umana è inserita, dall'altra l'organizzazione del problema dell'utilizzo delle risorse attraverso alcune formule concettuali per molti versi inedite, come “sostenibilità”, “diritti intergenerazionali”, ecc. Si tratta, insomma, di criteri culturali che di volta in volta differenziano il modo in cui le società organizzano giuridicamente le proprie relazioni con la realtà naturale<sup>3</sup>.

Il concetto di “Antropocene”, per quanto contestato dal punto di vista strettamente geologico, ha goduto negli ultimi anni di una vasta fortuna nell'ambito delle scienze sociali, che di volta in volta lo hanno scomposto in sottocategorie. Tra queste, la nozione di “nomocene” è volta ad evidenziare il ruolo determinante che il diritto ha e continua a giocare nel definire le relazioni tra uomo e ambiente (VIOLA, 2024). Le strutture che regolano la nostra società sono prima di tutto strumenti culturali che determinano una particolare “visione del mondo”: secondo il geografo JASON MOORE (2015), infatti, il capitalismo sarebbe da intendersi, prima ancora che come sistema economico, come “*a way of organize nature*” (p. 2); e ancora, “*we process physical geo-*

<sup>2</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, (1977).

<sup>3</sup> Proprio delle relazioni tra società e ambiente naturale si occupa la *environmental history*. Si veda MCNEILL, (2003).

*graphy into 'nature'; human activity thus blurs the line between culture, nature, and economy*" (NICOLINI, 2022, 259).

Il rapporto tra diritto e cultura è infatti di tipo biunivoco e si presta ad essere indagato attraverso due opposti punti di vista: uno "interno" e l'altro "esterno" al diritto stesso. Il punto di vista interno – il più immediato per gli studiosi di diritto positivo – consiste nella prospettiva che guarda alla cultura come oggetto di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, intendendo quindi per "cultura" i diversi modi in cui essa può essere oggettivizzata e riconosciuta, ovvero il patrimonio culturale (GRANARA, 2020). Come osserva Peter Häberle (2001), tuttavia, "se il ragionamento procede invece non dal diritto e dallo Stato verso la cultura, ma viceversa dalla cultura verso il diritto e si arricchisce la concezione media con definizioni sociologiche e antropologiche, emergono immediatamente i limiti (cognitivi) di tale restituzione concettuale" (p. 19). Il rapporto può essere osservato anche adottando un *punto di vista esterno*, considerando il fenomeno giuridico stesso come prodotto culturale. In questi termini, il diritto dell'ambiente costituisce una delle differenti (e spesso contraddittorie) espressioni di come le nostre società organizzano culturalmente il proprio rapporto con la realtà ambientale che si trovano a vivere<sup>4</sup>.

Tale carattere del diritto dell'ambiente viene invece per certi versi mistificato dall'approccio adottato dalla tradizione giuridica occidentale, egemonica a livello internazionale, che lo relega quasi esclusivamente (almeno sul piano nazionale) ad una branca del diritto amministrativo. Al contrario, proprio le relazioni tra ambiente e pluralismo culturale sono state alla base di un nuovo approccio giuridico proveniente dal *Global South* e in particolare da alcuni stati del Sud America che, pur mantenendo un modello giuridico proveniente dalla *Western Legal Tradition* (il costituzionalismo), hanno saputo infonderlo di principi "propri di un'ontologia e di un sistema di relazioni molto diversi da quelli del pensiero occidentale" (BAGNI, 2023, 163) e che affondano le proprie radici nella "cosmovisione" dei popoli colonizzati. I *derechos de la Naturaleza* riconosciuti, fra le altre, dalla costituzione dell'Equador – primo importante esempio del movimento – rappre-

<sup>4</sup> «Every culture is an amalgam of ecological traditions, some of them internally contradictory» (KRADER, 1970, 14).

sentano uno dei più interessanti esiti dell'incontro tra il costituzionalismo e il pluralismo culturale – un pluralismo che, in questa cosmovisione, diviene anche giuridico. Tale prospettiva non si sostituisce al diritto dell'ambiente comunemente inteso come interesse pubblico costituzionalmente tutelato, ma vi si affianca, riferendosi alla Natura, da una parte, come soggetto di diritto, anziché mero oggetto, dall'altra, come costruzione essenzialmente culturale di relazioni, simboli e valori che una popolazione assegna alla realtà naturale (BAGNI, 2023).

## 2. *La natura come costruzione culturale nella tradizione giuridica occidentale*

Pur destando l'interesse di numerosi studiosi, la circolazione del modello dei *derechos de la Naturaleza* non ha lambito in maniera significativa il contesto giuridico europeo (BAGNI, 2022), se si escludono alcuni sporadici, per quanto significativi, esperimenti<sup>5</sup>. Non potrebbe essere altrimenti: del resto, si tratta di un modello che nasce in aperta polemica con la cultura giuridica occidentale e colonizzatrice, e che si va a radicare su di un sostrato culturale evidentemente differente da quello europeo. Ciò che ci interessa indagare non è però l'eventuale trasposizione del modello dei *derechos della Naturaleza* negli ordinamenti europei, bensì la presenza di un'analogia consapevolezza della dimensione (anche) culturale di quella parte del diritto che è volta a regolare le relazioni tra attività antropiche e l'ecosistema in una prospettiva di sviluppo sostenibile, che si traduca in differenti strumenti normativi frutto della diversa tradizione giuridica e culturale. Si tratta di evidenziare come anche all'interno della tradizione giuridica europea – prodotto della cultura razionalistica e scientifica –, la *natura*, come destinataria di ampie parti del diritto dell'ambiente, non sia totalmente estranea all'uomo, ma sia sempre in qualche modo compresa culturalmente – si potrebbe dire, 'costruita'.

<sup>5</sup> Si pensi al caso del riconoscimento della personalità giuridica della laguna del Mar Menor in Spagna e al progetto "*Towards a EU Charter of Fundamental Rights of Nature*". Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, SALAZAR ORTUÑO, (2022); MARTÍNEZ DALMAU, (2023); European Economic and Social Committee (2020).



In questo senso, è di grande interesse il “lungo processo di ampliamento o di ‘espansione’ cui nel corso degli anni la nozione [...] di patrimonio culturale è andata incontro a livello mondiale rispetto ad una concezione materiale e ‘colta’” (BROCCOLINI, 2023, 1668). Si tratta di un’evoluzione che ha come esito maggiormente rappresentativo sul piano internazionale la Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (2003), ma che, proprio nel contesto europeo, ha portato anche alla formulazione della Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società (2005). Significativo è l’art. 2 della citata Convenzione, che riconosce come parte del patrimonio (o eredità) culturale “tutti gli aspetti dell’ambiente che sono il risultato dell’interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi” (Consiglio D’Europa, 2005, art. 2.1), introducendo nella cultura giuridica europea una nozione di “ambiente” come elemento culturale.

Ancora, è attraverso la nozione di “paesaggio”, da sempre strettamente ancorata alla categoria del patrimonio culturale, che gli Stati europei hanno introdotto, già nei primi decenni del Novecento, una primissima forma di tutela della natura, per quanto in assenza di una moderna prospettiva ecologica. Si tratta di una nozione che oggi, grazie a fonti come la Convenzione Europea del Paesaggio, ha assunto una notevole complessità concettuale, allargandola anche ad una prospettiva ecosistemica incentrata sulle complesse relazioni tra attività umane, realtà naturale e riconoscimento culturale.

Nelle pagine che seguono si cercherà quindi di ricercare le tracce di una possibile interrelazione tra l’ambiente e la cultura in alcuni ordinamenti europei. Muovendo dall’impostazione derivante dall’ordinamento sovranazionale (in particolar modo gli strumenti dell’UNESCO e la Convenzione Europea del Paesaggio) si intende intraprendere uno studio comparativo dei casi di Italia e Spagna in merito alla dimensione culturale della tutela dell’ambiente, in primo luogo dal punto di vista costituzionale. In alcuni testi costituzionali infatti è riscontrabile un certo interesse per la realtà naturale ben prima dell’avvento del c.d. costituzionalismo ambientale, processo relativamente recente attraverso cui l’ambiente viene a tutti gli effetti costituzionalizzato. Italia e Spagna, come si avrà modo di vedere più avanti, rappresentano un punto di osservazione privilegiato per ricostruire le

diverse fasi di costituzionalizzazione dei rapporti tra ambiente e cultura, sia per le vicissitudini storiche che hanno caratterizzato le rispettive traiettorie costituzionali, sia per essere a tutti gli effetti due Stati “pionieri” nella regolamentazione della conservazione della natura, già a partire dai primi decenni del Novecento.

### 3. *Ambiente e cultura nel panorama sovranazionale. La cornice UNESCO*

L'emergere di un moderno diritto dell'ambiente è dovuto in particolar modo alla spinta del diritto internazionale. Appuntamenti come la Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano (1972) hanno saputo porre al centro dell'agenda politica degli Stati il tema della tutela della natura e del rispetto dei limiti ecologici. Come s'è già evidenziato, il complesso *framework* internazionale in materia di ambiente si è via via strutturato sotto l'egemonia culturale della tradizione giuridica occidentale: ciò ha fatto sì che le categorie attraverso cui il problema della tutela della natura è stato organizzato rientrano a pieno nella “griglia” concettuale di matrice occidentale. Proprio per mettere in luce tali strutture può essere utile osservare come è stata trattata la relazione tra ambiente e cultura all'interno della cornice dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, le Scienze e la Cultura (UNESCO), l'istituzione internazionale che più di tutte ha affrontato la questione.

Nel perseguire la propria finalità di “contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza rafforzando, con l'educazione, le scienze e la cultura, la collaborazione tra le nazioni” (Nazioni Unite, 1945, art. 1), l'UNESCO ha saputo, fin dalla seconda metà degli anni Sessanta del secolo scorso, cogliere fruttuosamente le sfide che la nascente consapevolezza della crisi ambientale poneva alle istituzioni internazionali. Già nel 1968 nacque, proprio in seno alla UNESCO, il programma *Man and the Biosphere* (MAB), avente ad oggetto le relazioni tra uomo e ambiente (BRIDGEWATER, 2016) e volto a promuovere una ricerca interdisciplinare che guardasse alla protezione ambientale non solo dal punto di vista delle scienze naturali, ma anche delle scienze umane (JARDIN, 1994). Esemplificativo di questo approccio, volto a porre l'accento sulle relazioni uomo – ambiente, fu l'istituzione delle *Bio-*

*sphere Reserves*, siti in cui la fondamentale funzione di preservazione dell'ambiente e della biodiversità si univa al tentativo di promuovere uno sviluppo economico e umano sostenibile (JARDIN, 1994), e dunque capace di integrare le attività antropiche nel contesto ecosistemico da proteggere.

Il più noto esito del lavoro dell'UNESCO è tuttavia, senza dubbio, la *World Heritage Convention* (WHC) del 1972. Si tratta di una tappa fondamentale per quanti riguarda il riconoscimento giuridico delle strette relazioni tra tutela dell'ambiente e della cultura, in quanto rappresenta "l'unico strumento internazionale a vocazione universale che, con carattere di piena vincolatività, offra una protezione congiunta dei due elementi" (ODDENINO, 2014, p. 14). La Convenzione infatti introduce, accanto alla nozione di *Cultural Heritage*, quella di *Natural Heritage*, indentificata in quei "*natural features consisting of physical and biological formations or groups of such formations, which are of outstanding universal value from the aesthetic or scientific point of view; geological and physiographical formations and precisely delineated areas which constitute the habitat of threatened species of animals and plants of outstanding universal value from the point of view of science or conservation; natural sites or precisely delineated natural areas of outstanding universal value from the point of view of science, conservation or natural beauty*" (UNESCO, 1972, art. 2)<sup>6</sup>. I siti che rientrano nella categoria di *Natural Heritage* sono quindi zone che, proprio per le proprie caratteristiche ambientali, assumono un valore che è anche culturale, inteso come interesse alla loro preservazione per finalità scientifiche, estetiche, ecc.

La Convenzione UNESCO riconosce i siti naturali come parte fondamentale del *World Heritage*, e come tali meritevoli di tutela; tuttavia, il rapporto tra cultura e natura viene ricostruito su una base essenzialmente dicotomica, separando nettamente ciò che appartiene al

<sup>6</sup> Nella traduzione italiana: «monumenti naturali costituiti da formazioni fisiche e biologiche o da gruppi di tali formazioni di valore universale eccezionale dall'aspetto estetico o scientifico; le formazioni geologiche e fisiografiche e le zone strettamente delimitate costituenti l'habitat di specie animali e vegetali minacciate, di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico o conservativo; i siti naturali o le zone naturali strettamente delimitate di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico, conservativo o estetico naturale».

*Cultural Heritage* da ciò che costituisce *Natural Heritage* (DAILOO, PANNEKOEK, 2021). Si tratta di un'impostazione che nel corso degli anni è progressivamente venuta meno, preferendo una visione sempre più in grado di integrare la dimensione culturale in quella naturale (e viceversa): nel 1979 viene inserito nella *World Heritage List* il primo sito "*mixed cultural and natural heritage*" e, con la revisione delle *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention* del 1992, viene introdotta la figura del *Cultural Landscape*, inquadrata tra il *Cultural Heritage* (DAILOO, PANNEKOEK, 2021). Infine, con la revisione delle *Operational Guidelines* del 2005, i criteri per la valutazione dell'eccezionale valore universale dei siti, fino ad allora sei per la dimensione culturale e quattro per quella naturale, vengono individuati in dieci criteri, valenti tanto per la *cultural*, quanto per la *natural heritage* (2005).

In seno al *framework* costituito dall'UNESCO, più problematico è stato invece il rapporto tra le esigenze di preservazione dei siti individuati nella *World Heritage List* e le prassi culturali che tradizionalmente possono esservi praticate da alcune popolazioni. Il modello repressivo di qualsiasi attività antropica considerata potenzialmente dannosa, derivante da un'impostazione che guardava al *Natural Heritage* "*as pristine areas of wilderness, undisturbed by human impact*" (OVIEDO, T. PUSCHKARSKY, 2021, 126), spesso non ha saputo prendere adeguatamente in considerazione le esigenze delle popolazioni che mantengono un legame – innanzitutto culturale – con il proprio territorio. Si tratta di un problema che si è presentato con particolare urgenza nei riguardi delle popolazioni indigene, spesso già di per sé oggetto di discriminazione: "*protected areas frequently overlap with traditional lands of Indigenous and other rural peoples, with their population traditionally practising stewardship of there sites. These areas often fracture related tangible or intangible heritage and a richness of cultural expressions and cultural diversity associated with the natural environment and biological diversity*" (OVIEDO, T. PUSCHKARSKY, 2021, 126, 127).

Tuttavia, con il passare del tempo si è progressivamente fatto strada un approccio "*right based*", in grado di integrare nelle esigenze di conservazione della natura i diritti – in particolare quelli di tipo culturale, ma non solo – delle popolazioni che abitano i luoghi oggetto di tutela. D'altra parte, proprio le diverse pratiche e conoscenze

tradizionali che costituiscono l'eredità culturale delle comunità trovano oggi tutela attraverso la "Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale" (2003); tra queste vengono citate della Convenzione stessa le "*knowledge and practices concerning nature and the universe*" (UNESCO, 2003, art. 2.2). Il riconoscimento del valore del patrimonio culturale immateriale non solo rappresenta la base per un suo bilanciamento e integrazione con le esigenze di conservazione dell'ambiente, ma, anzi, consente di dare un impulso alla protezione della natura, introducendo un essenziale elemento di pluralismo e di partecipazione delle popolazioni locali (D'ALESSANDRO, 2023).

Da ultimo, è degna di nota la Dichiarazione di Hangzhou "*Placing Culture at the Heart of Sustainable Development Policies*" (2013), dove viene fortemente affermata la centralità della dimensione culturale nel perseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile, anche di tipo ambientale (UNESCO, 2013).

#### 4. *Il paesaggio come incontro tra natura e cultura*

Nel quadro della tutela del patrimonio culturale disegnato dall'UNESCO, uno dei passaggi fondamentali che ha consentito un cambio di paradigma in merito alle relazioni tra ambiente e cultura è stato il riconoscimento della nozione di paesaggio culturale. Tali siti vengono riconosciuti come the "*combined works of nature and of man*» *designated in Article 1 of the Convention. They are illustrative of the evolution of human society and settlement over time, under the influence of the physical constraints and/or opportunities presented by their natural environment and of successive social, economic and cultural forces, both external and internal*" (UNESCO, 1999, n. 36). La nozione di "paesaggio culturale" consente, da una parte di interpretare le relazioni tra una comunità e il proprio ambiente naturale come parte del patrimonio culturale, d'altro lato di considerare la realtà naturale stessa come costruzione culturale, frutto di una complessa e stratificata compenetrazione tra elementi fisici del territorio, attività umane e assegnazione di valori condivisi. Ciò fa sì che "*many sites cannot be separated into criteria of culture or nature*" (STREACKER, 2020, 280).

Anche al di fuori del *framework* dell'UNESCO, il paesaggio si presenta come un dispositivo in grado di dare rilevanza giuridica alla dimensione culturale della realtà naturale. Ciò tanto più in un contesto in cui la nozione di paesaggio è stata oggetto di una notevole evoluzione, andando ad abbracciare una concezione diffusa e sempre più in grado di dialogare con i diversi interessi e le diverse politiche che insistono sul territorio, non ultimo il diritto dell'ambiente. Pietra angolare di questa impostazione e fonte sovranazionale di riferimento per gli Stati europei è la Convenzione Europea del Paesaggio, siglata a Firenze nel 2000.

Tale carattere si evince già dalla definizione che la Convenzione assegna al proprio oggetto di tutela: “Paesaggio’ designa quella parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni” (Consiglio D’Europa, 2000, art. 1). Esso consiste, in altri termini, in un valore culturale che le popolazioni assegnano al proprio territorio, ed in particolare alla realtà naturale ed ambientale che lo compone e alle relazioni che l’attività umana intreccia con essa. La componente culturale è in questo senso essenziale anche laddove ci si confronti con un’area in cui l’attività antropica è del tutto assente: secondo la Convenzione, perché vi sia paesaggio è necessaria l’azione percettiva di una comunità, che operi una comprensione culturale della realtà che le si staglia davanti. È alla luce del protagonismo della comunità che vanno lette le differenze di approccio rispetto alla nozione di *cultural landscape* dell’UNESCO: “*in a notable departure from the approach of the World Heritage Convention, no categories or criteria are provided*” (STREACKER, 2018, 96). Nell’impostazione della Convenzione Europea del Paesaggio vi è, infatti, l’assenza di criteri a priori per stabilire cosa è “paesaggio”, lasciando tale definizione al riconoscimento da parte delle popolazioni che abitano il territorio, secondo i propri valori. Il campo di applicazione della Convenzione concerne, infatti, tanto i paesaggi “che possono essere considerati eccezionali, sia i paesaggi della vita quotidiana, sia i paesaggi degradati” (Consiglio D’Europa, 2000, art. 2).

Un secondo aspetto della Convenzione degno di interesse è rappresentato dall’art. 5 lett. d), che impone alle parti di “integrare il paesaggio nelle politiche relative all’assetto territoriale ed urbanistico, nel-

le politiche culturali, ambientali, agricole, sociali ed economiche”. Attraverso la nozione di integrazione, il paesaggio inteso in senso diffuso assume una valenza tanto metodologica, quanto sostanziale, relativa alle diverse politiche che insistono sul territorio e che lo definiscono (NICOLINI, ANDREOLI, 2023). In quanto “forma del territorio” (PRE-DIERI, 1981, 504), il paesaggio rappresenta il criterio in grado di dare unità alle politiche territoriali, e come tale deve essere preso in considerazione dell’ordinamento giuridico. Ancora, in quanto elemento essenzialmente culturale, espressivo dell’identità delle comunità, l’integrazione del paesaggio consente di evidenziare la dimensione culturale delle diverse politiche, tra esse una delle più rilevanti è proprio il diritto dell’ambiente.

##### *5. Le prime forme di tutela della natura in Italia e Spagna. La natura come patrimonio culturale*

La Convenzione di Firenze (2000) è l’esito di una lunga evoluzione della nozione di paesaggio e della sua tutela giuridica, che finalmente assume un carattere diffuso e dinamico, in opposizione alla concezione meramente estetico-identitaria che, come si vedrà, era stata alla base delle prime fonti legislative in materia. Eppure, proprio in ragione dal pionieristico riconoscimento giuridico della necessità di salvaguardare alcuni paesaggi identitari è possibile rintracciare, in alcuni Stati europei dei primi decenni nel Novecento, una forma embrionale di tutela della natura, istanza supportata da un vero e proprio movimento proto-ambientalista che si era sviluppato in alcuni settori dell’*élite* politico-culturale europea<sup>7</sup>. Si trattava di un movimento di opinione del tutto eterogeneo, in cui trovavano spazio, oltre ad una componente maggioritaria che guardava al paesaggio come al “volto della patria”, inteso in senso estetico e patriottico, anche una componente scientifica e naturalistica, che si poneva il sempre più urgente problema della salvaguardia degli elementi naturali (flora e fauna *in primis*), gravemente minacciate dallo sviluppo della società industriale (PICCIONI, 2014).

<sup>7</sup> Per una ricostruzione del movimento si veda PICCIONI, (2014); CASADO DE OTAOLA, (1997).

In questo contesto storico, l'elemento naturale non solo appare in maniera culturalmente connotata, ma anzi assume rilevanza solo in quanto funzionale al progetto patriottico (quando non apertamente nazionalistico) degli Stati. Conseguentemente, ben poco spazio viene concesso alle espressioni del pluralismo culturale, proveniente dalle differenti comunità che compongono il corpo sociale dello Stato.

Italia e Spagna raccolgono parallelamente le sollecitazioni di questo movimento con una serie di interventi legislativi tra gli anni dieci e venti del XX secolo. Le prime forme di protezione della natura nei due paesi mediterranei seguono principalmente due modelli: il primo – che trova maggiore operatività in Italia – vede l'introduzione della tutela del paesaggio, riprendendo il medesimo approccio del *framework* che si stava costituendo parallelamente in materia di beni storico-artistici<sup>8</sup>; il secondo – presente in entrambi gli Stati ma che ha avuto, almeno in un primo momento, maggior fortuna in Spagna, più per ragioni storico-politiche che giuridiche – attraverso l'introduzione dei parchi nazionali, modello proveniente dagli Stati Uniti.

### 5.1. *L'esperienza italiana*

Con la legge n. 778 dell'11 giugno 1922 (la c.d. Legge Croce), per la prima volta in Italia vengono introdotte delle misure volte alla tutela delle “bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico”. La legge in questione arriva all'esito di un lungo e conflittuale percorso, affondando le proprie radici nella legge per la conservazione della pineta di Ravenna<sup>9</sup> e nei numerosi tentativi dell'onorevole Rosadi di introdurre anche per il paesaggio una norma analoga a quella già adottata per la protezione dei beni di interesse storico-artistico. Che la legge Croce del 1922 sia da inquadrare all'interno della cornice della tutela del patrimonio culturale è evidente fin dall'art. 1, ai sensi del quale “sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale e della loro particolare relazione con la storia ci-

<sup>8</sup> Sul nesso tra protezione del patrimonio culturale e protezione del paesaggio alla nascita delle rispettive normative si veda GRANARA, (2020).

<sup>9</sup> L. 16 luglio 1904, n. 411.



vile e letteraria”<sup>10</sup>. La medesima disposizione, inoltre, estende la tutela anche a quelle che vengono definite come “bellezze panoramiche”. L’oggetto di tutela, anche qualora si tratti di un elemento naturale, è uno specifico bene immobile che assume rilevanza agli occhi dell’ordinamento in quanto espressione di valori storici ed estetici, non per la sua eventuale importanza di tipo ambientale. Anche il riferimento, nel secondo comma, alle bellezze panoramiche, per quanto apra potenzialmente ad una lettura maggiormente “diffusa” dell’oggetto di tutela, rimane riferito ad un criterio di eccezionalità, volto ad associare il panorama, pur composto dal rapporto tra elementi naturali e umani, ad un vero e proprio monumento (CAPONE, 2019).

Ciononostante, secondo alcuni autori, è possibile ritenere che l’utilizzo di termini come “monumenti naturali”, “bellezze” e “veduta” fosse frutto soprattutto di una vera e propria strategia politica “utilizzata con arguzia per assimilare il paesaggio a un quadro (cioè a una categoria di beni già tutelata dalla legge)”, accortezza che “permise in quegli anni, non solo in Italia, di passare dalla tutela dei monumenti artistici a quella dei monumenti naturali” (CAPONE, 2019, 50), entro cui far confluire anche aspetti più prettamente scientifico-naturalistici<sup>11</sup>. In questi termini, riprendendo la prospettiva da cui hanno preso le mosse queste pagine, per quanto riguarda gli albori della tutela della natura in Italia, possiamo parlare, anziché di una componente culturale nella tutela dell’ambiente, di una componente ambientale nel più generale quadro della protezione del patrimonio culturale.

Anche il secondo modello pionieristico di protezione della natura è riscontrabile nell’Italia dei primi anni venti: nel medesimo anno in cui vede la luce la legge Croce, viene istituito il primo parco nazionale italiano, il Parco del Gran Paradiso, seguito, l’anno successivo, dal parco d’Abruzzo. Si tratta certamente di un risultato significativo per quanto riguarda il conservazionismo italiano, ma che non ha saputo lasciare, a causa del sostanziale disinteresse da parte del regime fascista (GRAF VON HARDENBERG, 2014), almeno nei primi decenni, un’impronta significativa né nell’ordinamento italiano (spicca l’assenza

<sup>10</sup> L. 11 giugno 2022, n. 778, art. 1.

<sup>11</sup> Motivo per cui tra i sostenitori della legge Croce troviamo molti nomi del proto-ambientalismo scientifico, come Lino Vaccari e Renato Pampanini (CAPONE, 2019).

di una norma generale in materia di parchi naturali, lacuna colmata solamente nel 1991, con la legge n. 394), né concretamente nella tutela ambientale dei luoghi in questione (PICCIONI, 2023).

## 5.2. *I Parques Naturales spagnoli*

La Spagna è stata uno dei primissimi paesi europei a raccogliere fruttuosamente l'esperienza protezionistica degli Stati Uniti basata sull'istituzione dei parchi nazionali: una forma di tutela tipicamente statunitense, che nasce già nella seconda metà dell'Ottocento con la creazione del celeberrimo parco di Yellowstone (1872). Questo particolare strumento di tutela ha suscitato una forte influenza nell'*élite* culturale di questa parte dell'Atlantico, contribuendo a plasmare il modello di protezione della natura, seppur in un contesto del tutto differente, come quello europeo (CASADO DE OTAOLA, 1997). L'alto livello di antropizzazione dei territori appartenenti agli Stati europei non consentiva infatti l'applicazione dei principi della *wilderness*, tanto cari ai teorici americani come John Muir, facendo sì che in paesi come la Spagna (come anche l'Italia) il modello del parco naturale dovesse rinunciare al suo carattere di alterità rispetto all'ambiente umano, secondo un canone di presunta incontaminatezza, per confrontarsi costantemente con la presenza dell'uomo.

Tali istanze trovarono una prima fondamentale sostanza legislativa già nel 1916, con la *Ley de Parques Naturales*<sup>12</sup>: si tratta di una breve legge – composta di appena tre articoli – volta a promuovere l'istituzione di parchi nazionali per la tutela di quei “*sitios ó parajes excepcionalmente pintorescos, forestales ó agrestes*”<sup>13</sup>. Si può osservare come, ancora una volta, il criterio che determina la necessità della tutela è di tipo prevalentemente estetico, e pertanto la conservazione della fauna e della flora, come anche le particolarità geologiche e idrologiche, sia funzionale al mantenimento della “*beleza natural de sus paisaje*”. A prova del fatto che l'istituzione dei parchi nazionali si ponesse fin dal principio il problema della fruizione degli stessi da parte della popolazione, assumendo dunque un carattere prima di tutto culturale,

<sup>12</sup> Ley de 7 de diciembre de 1916, n. 343, de Parques Nacionales de España.

<sup>13</sup> Ibid., art. 2.

si può notare che la legge in esame pone come primo obiettivo dell'istituzione del parco innanzitutto quello di favorirne l'accesso attraverso adeguate vie di comunicazione<sup>14</sup>.

L'anno seguente alla pubblicazione della *Ley de Parques Naturales*, un'importante innovazione viene introdotta dal Regolamento volto all'implementazione della *Ley* stessa. Accanto alla figura del parco nazionale, viene introdotta quella dei *sitios naturales*, individuati come quei luoghi considerati tali “*por lo extraordinario de sus condiciones naturales ó por la aureola que pueda prestarles la Historia, la Religión ó la leyenda*”<sup>15</sup>. Si tratta di una figura introdotta per la tutela di quei siti di notevole importanza naturale e culturale, ma che non presentano quel carattere “*excepcional y completo de las mismas*”, tale da renderlo un parco nazionale. Come osserva J. Martínez Pino (2017) attraverso queste figure, anche in Spagna “viene a palesarsi una concezione paesaggistica e patrimoniale del territorio che faceva confluire i valori naturali con gli aspetti estetici, storici, religiosi o patriottici”.

## 6. Itinerari costituzionali

Come s'è avuto modo di vedere, la tutela del paesaggio e degli spazi naturali culturalmente connotati hanno rappresentato il mezzo con cui alcuni Stati hanno potuto porsi il problema della regolazione del repentino mutamento dei caratteri naturali dei propri territori, assorbendo nei diversi ordinamenti giuridici istanze che possono essere definite proto-ambientaliste. Le medesime istanze sono state raccolte anche sul piano del diritto costituzionale attraverso formule e strumenti di volta in volta differenti e adeguati allo “spirito del proprio tempo”. L'interesse per il paesaggio, attraverso cui alcune prime Costituzioni hanno saputo integrare un'embrionale forma di riconoscimento giuridico della natura, ha progressivamente ceduto il passo ad una più contemporanea costituzionalizzazione dell'ambiente, frutto del progressivo avanzamento della conoscenza scientifica, dell'evoluzione del panorama giuridico internazionale e della crescente sensibilità di una buona

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Real Decreto del 23 de febrero de 1917, art. 1.

parte dell'opinione pubblica, pur seguendo ondate, tempi e soluzioni differenti da Stato a Stato (AMIRANTE, 2023). Parallelamente, sul modello delle costituzioni del Messico (1917) e di Weimar (1919), anche la cultura ha assunto progressivamente un ruolo sempre più rilevante tra i valori costituzionali, divenendo finanche “uno dei caratteri precipui di ogni regime politico democratico” (CORDINI, 2017, 84)<sup>16</sup>.

Da questa prospettiva, osservare il percorso di costituzionalizzazione delle relazioni tra ambiente e cultura in Italia e Spagna è per certi versi un punto di osservazione privilegiato per la ricostruzione delle diverse fasi di tale percorso, riscontrabili anche a livello globale. Le vicissitudini storico-politiche dei due paesi mediterranei hanno fatto sì che i passaggi salienti della rispettiva storia costituzionale fossero sempre collocati in fasi di costituzionalizzazione differenti ed alternate, rendendo possibile un dialogo fitto ma soprattutto “differito”. Mentre la Spagna, con la Costituzione del 1931, si poneva nel solco delle costituzioni democratiche razionalizzate, modellate sull'esempio di Weimar (PEGORARO, RINELLA, 2024), in Italia il regime fascista conservava, almeno formalmente, il vecchio Statuto Albertino, di impostazione liberale e ottocentesca. Al contrario, la Costituzione italiana del 1948 rappresenta un dei massimi esempi della cultura costituzionale affermatasi nel secondo dopoguerra e caratterizzata dalla piena affermazione dei diritti umani e del garantismo costituzionale, cultura che in Spagna non poteva essere recepita a causa della dittatura impostasi a seguito della guerra civile. Ancora, la caduta del regime di Franco ha fatto sì che lo Stato iberico si dotasse di una nuova costituzione democratica nel 1978, ponendosi, insieme a Portogallo e Grecia, nella prima fase di costituzionalizzazione dell'ambiente (AMIRANTE, 2023). Tale spinta è stata infine pienamente recepita anche dall'Italia solo nel 2022, con la modifica all'art. 9 Cost.

Osservando le diverse modalità attraverso cui l'ambiente entra nel panorama costituzionale globale, sono stati proposti quattro modelli di classificazione delle relazioni tra beni ambientali e culturali, delineate dalle differenti costituzioni. Il *modello unitario* è rappresentato da quei casi in cui disposizioni in materia di beni culturali e beni ambientali sono contenute nel medesimo contesto normativo; appartengono inve-

<sup>16</sup> Cfr. PRIETO DE PEDRO, (2004).

ce al *modello complesso* quelle costituzioni in cui ambiente e cultura sono trattate in disposizioni separate e non strettamente collegate; il *modello semplice* è seguito nei casi in cui una costituzione di occupi solamente di uno dei due aspetti, tacendo sul secondo; infine, appartengono al *modello residuale* le costituzioni che mancano di disposizioni tanto in materia di beni culturali, tanto in materia di ambiente (MEZZETTI, 1997).

La Costituzione Italiana – prima ancora della riforma del 2022 – costituirebbe un esempio del modello unitario, in quanto “affida alla Repubblica compiti di promozione dello sviluppo della cultura e di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione” (MEZZETTI, 1997, 4, 5). Si tratta di una posizione condivisibile a patto di ritenere che la nozione di “paesaggio” fatta propria dai costituenti aderisse a quella di “paesaggio-ambiente”, inteso come insieme delle relazioni tra gli elementi naturali che caratterizzano un territorio. Tale accezione del termine non è invece direttamente riscontrabile nel testo costituzionale, ma si afferma nell’ordinamento italiano solo successivamente, grazie al graduale lavoro interpretativo portato avanti da dottrina e giurisprudenza, che ha consentito, in primo luogo, di “ripensare giuridicamente la questione del paesaggio [...] superando [...] l’idea che la salvaguardia del paesaggio sia quella limitata a oggetti e spazi circoscritti e specifici di speciale valore estetico (le ‘bellezze naturali’). Le nuove nozioni che vengono proposte sono, allora, quelle di paesaggio come ‘forma del paese’, ‘forma sensibile dell’ambiente’, ‘forma del territorio e dell’ambiente’” (DESIDERI, 2010, 10). A tal riguardo, merita di essere ricordata la fondamentale interpretazione dell’art. 9 di ALBERTO PREDIERI (1969). In secondo luogo, com’è noto, è proprio a partire dalla nozione di paesaggio (unitamente a quella della tutela della salute) che si è giunti, dapprima in dottrina e poi anche nella giurisprudenza, ad un riconoscimento del valore costituzionale dell’ambiente. Si può dunque sostenere che l’adesione al modello unitario non sia un carattere genetico della costituzione italiana, orientata, al contrario, inizialmente unicamente verso una prospettiva culturale (entro cui trova posto la disciplina dei beni paesaggistici), ma avviene nel corso dei decenni successivi grazie all’effetto creativo dei formanti dottrinale e giurisprudenziale, che hanno saputo accostare la nozione costituzionale di paesaggio al crescente interesse per il problema dell’ambiente.

Ciò considerato, la recente riforma costituzionale, che ha introdotto, tra le altre cose, il terzo comma dell'art. 9 in merito alla tutela dell'ambiente, della biodiversità, gli ecosistemi e gli animali, può essere letta in primo luogo "come un consolidamento, per esplicita menzione nella nostra carta fondamentale, di un orientamento interpretativo che ha progressivamente incluso la tutela ambientale all'interno della tutela paesaggistica" (CONTE, 2023, p. 87). Si tratterebbe, insomma, del riconoscimento formale della costituzionalizzazione dell'ambiente, già avvenuta per via interpretativa. In questo senso, la portata della riforma apparirebbe del tutto svalutata, volta unicamente ad associare la Costituzione italiana al novero di quelle che Domenico Amirante (2023) chiama "costituzioni ambientali revisionate".

Un'interpretazione opposta è invece quella di chi ravvede negli effetti della riforma il rischio di una scissione tra le nozioni costituzionali di ambiente e paesaggio, destinata ad acuire i conflitti tra i due interessi fondamentali, che in più occasioni si presentano come divergenti.

Senza necessariamente seguire la posizione di chi afferma come pericolosa la separazione del valore costituzionale dell'ambiente dalla nozione di paesaggio (come anche della salute), è innegabile che "l'enunciazione della valenza costituzionale dell'ambiente inteso quale 'ecosistema', 'biodiversità' provochi indirettamente una rideterminazione delle caratteristiche proprie dell'interesse paesaggistico, da ritrovarsi – se non in opposizione – in una dinamica di autonoma separazione da quello ambientale" (PARISI, 2023). A tal riguardo può tornare utile la lettura del concetto di paesaggio come luogo di incontro tra ambiente e cultura, punto di contatto e di scambio tra i due interessi che hanno ormai raggiunto una piena e pari dignità costituzionale, rappresentata anche dalla posizione formale della tutela del paesaggio al secondo comma dell'art. 9, allo stesso tempo linea di separazione e *continuum* concettuale tra il primo comma (cultura) e il nuovo terzo comma (ambiente ed ecosistema). Esaurita la funzione storica volta a tradurre in termini giuridici l'embrionale attenzione verso la realtà naturale e la trasformazione dei territori, il paesaggio riemerge negli ordinamenti costituzionali ormai consapevoli della rilevanza giuridica della crisi ecologica, come strumento concettuale in grado di dare valore, da una parte, alla dimensione culturale dell'ambiente, dall'altra,

alla dimensione ambientale del patrimonio culturale, ponendosi nel solco dell'elaborazione proveniente dal diritto internazionale.

L'apparente esaurirsi della funzione storica della nozione costituzionale del paesaggio nel momento dell'avvento delle "costituzioni ambientali" è ben rappresentato dal caso spagnolo. Come già ricordato, con la Costituzione del 1931, la Spagna è stata uno dei primi Stati ad introdurre nella propria carta fondamentale una disposizione concernente la protezione dei "*lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico*" (art. 45). Un'analoga disposizione non è invece presente nella Costituzione del 1978, caratterizzata invece, da una parte, dal riconoscimento del valore costituzionale dell'ambiente, dall'altra, dalla perdita di ogni riferimento ad una dimensione naturale per quanto riguarda il patrimonio culturale. Il periodo della transizione democratica, culminato con la scrittura della nuova costituzione, avviene infatti negli anni in cui la crisi ambientale cominciava a farsi spazio, oltreché nelle istanze politico-culturali di parte dell'opinione pubblica occidentale, anche nell'agenda politica degli Stati, su spinta del diritto internazionale (basti ricordare la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, tenutasi a Stoccolma nel 1972). Si può supporre che proprio l'identificazione del valore costituzionale dell'ambiente abbia messo in ombra il ruolo del concetto di paesaggio, considerato probabilmente (anche sulla base dell'osservazione dei percorsi di paesi come l'Italia) come uno stadio precoce della tutela giuridica della natura, da considerarsi superato nel momento di un suo pieno riconoscimento.

Seguendo la classificazione proposta da MEZZETTI (1997), la costituzione spagnola appartiene dunque al modello complesso, caratterizzato da disposizioni tanto in merito alla tutela dell'ambiente, quanto della cultura, ma non funzionalmente collegate tra loro, delineando due differenti ambiti di intervento.

Per quanto concerne l'ambiente, l'art. 45 stabilisce che "tutti hanno diritto di fruire di un ambiente adeguato allo sviluppo della persona e hanno il dovere di preservarlo. I pubblici poteri vigilano sulla razionale utilizzazione di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare le condizioni di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, avvalendosi dell'indispensabile solidarietà collettiva". Come molti autori hanno evidenziato, l'ambiente viene considerato dall'articolo richiama-

to da due differenti punti di vista: da una parte come diritto soggettivo, dall'altra come "diritto oggettivo rivolto, prevalentemente, ai pubblici poteri" (AMIRANTE, 2000, 27), ma che costituisce anche un obbligo in capo ai cittadini stessi. Un aspetto degno di menzione è l'esplicito collegamento funzionale tra la tutela dell'ambiente e lo sviluppo della persona, concetto che, se da una parte legittima una lettura antropocentrica dell'ambiente come diritto umano (BORRÀS PEN-TINAT, 2014), dall'altro consente di interpretare le disposizioni in materia ambientale come parte del generale compito di garantire a tutti i cittadini una "*digna calidad de vida*", affermato nel preambolo della Costituzione stessa, obiettivo questo da raggiungere attraverso "*el progreso de la cultura y de la economía*"<sup>17</sup>. Condividendone la finalità, il diritto all'ambiente può dunque essere letto come parte tanto della c.d. costituzione economica, quanto della costituzione culturale (MONTORO CHINER, 2000). Quest'ultima può essere definita come quella parte della costituzione composta dal "*conjuntos de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la vida cultural*" (RUIZ ROBLEDO, 1998). Una prospettiva di questo tipo consente una lettura delle relazioni tra ambiente e cultura, per come disciplinate nella Costituzione spagnola, in una chiave di minor dicotomia e separatezza (MARTÍNEZ PINO, 2017), in grado di rendere giustizia (ed evidenziare una più solida base costituzionale) all'apparato normativo in materia di paesaggio culturale riscontrabile nel contesto spagnolo (CERRINA FERONI, 2019).

## 7. Conclusioni

Le sfide che la crisi ecologica pone alla società umana e, dunque, al diritto come strumento di regolazione delle società stesse, impongono di considerare le relazioni tra uomo e ambiente in termini storici e, di conseguenza, culturali. I paesaggi che quotidianamente viviamo, seppur composti da elementi naturali, sono il prodotto della secolare negoziazione tra attività antropiche e le condizioni fisico-naturali del territorio. La contrapposizione tra natura e artificialità è essa stessa una

<sup>17</sup> Constitución Española, 1978, Preambolo.



costruzione culturale, che può differire tra società differenti nel tempo e nello spazio. Ancora, i diversi modi in cui le comunità politicamente organizzate regolano l'uso delle risorse naturali dipendono dai rapporti di forza presenti nel corpo sociale, dal differente grado di sviluppo tecnico, dalle tradizioni e dai valori che di volta in volta vengono assegnati a beni e luoghi.

Seppur il diritto dell'ambiente di matrice internazionale si basi essenzialmente sull'esperienza occidentale delle relazioni tra società e ambiente, non si deve dimenticare che si tratta questa di un'esperienza storicamente e geograficamente collocata, che non può essere assolutizzata. Non stupisce dunque come negli ultimi decenni sia registrabile una forte spinta, proveniente principalmente dai paesi in via di sviluppo, volta a contendere l'egemonia occidentale in merito alla tutela dell'ambiente, e che fa leva proprio sulla diversa costruzione culturale di cosa sia "natura" e quali siano le relazioni tra essa e le società umane.

In questo contesto risulta utile osservare come anche gli ordinamenti giuridici europei hanno saputo, coscientemente o meno, mettere in luce la dimensione culturale (e quindi anche storica) delle relazioni tra uomo e ambiente. Se in un primo momento gli Stati europei dei primi decenni del Novecento hanno "incontrato" la natura come mera componente del patrimonio culturale, alla stregua di un quadro e dandole una lettura in termini nazionalistici, con l'avvento di una più compiuta coscienza ecologica si è assistito a una (per lo meno apparente) divaricazione tra la tutela dell'ambiente e la costituzione culturale.

La nozione di paesaggio (nelle diverse accezioni come "veduta", "bellezze naturali", ecc.), in particolare, ha rappresentato una delle forme attraverso cui gli Stati hanno saputo introdurre il problema della tutela della natura nei rispettivi ordinamenti giuridici. Nel mutato contesto della piena integrazione della tutela dell'ambiente nelle costituzioni di quasi tutto il mondo, il ruolo di tale concetto può trovare una sua nuova ragion d'essere proprio nell'attitudine a creare un ponte tra la tutela dell'ambiente e la dimensione culturale riconosciuta come essenziale valore costituzionale.

### Riferimenti bibliografici

- Amirante D. (2000). Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato. In D. Amirante (Cur.), *Diritto ambientale e Costituzione*, Franco Angeli, Milano
- Amirante D. (2023). Metodo comparativo, ambiente e dinamiche costituzionali. *DPCE Online*, 2.
- Bagni S. (2022). Los derechos de la naturaleza en el contexto jurídico europeo y comparado. *Ecuador Debate*, 116.
- Bagni S. (2023). Diritti della natura nei nuovi costituzionalismi del Global South: riflessioni sulla teoria dei formanti. *DPCE online*, 2.
- Borràs Pentinat S. (2014). Dal derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza. *R.A.V.A.P.*, 99-100.
- Bridgewater P. (2016). The Man and the Biosphere programme of UNESCO: rambunctious child of the sixties, but was the promise fulfilled?. *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 19.
- Broccolini A. (2023). Il patrimonio culturale immateriale e l'antropologia. Evoluzioni, intersezioni, mondi locali. *DPCE Online*, 2.
- Capone N. (2019). L'invenzione del paesaggio. Lo spazio terrestre nella prospettiva costituzionale. *Politica del diritto*, 1.
- Casado De Otaola S. (1997), *Los primeros pasos de la ecología en España*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid.
- Cerrina Feroni G. (2019). Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei. *Federalismi*, 8.
- CONSIGLIO D'EUROPA (2000), *Convenzione Europea del Paesaggio*.
- CONSIGLIO D'EUROPA (2005), *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*.
- Conte L. (2023). Ambiente, paesaggio, cultura. Il "lessico" costituzionale dopo la riforma. *Rivista AIC*, 3.
- Cordini G. (2017). Cultura e patrimonio culturale nel costituzionalismo comparato. *Il Politico*, 82.
- D'alessandro C. (2023). La salvaguardia del patrimonio immateriale, una prospettiva per lo sviluppo sostenibile e la tutela della biodiversità. *DPCE Online*, 2.
- Dailoo S. I., Pannekoek F. (2021). Nature and culture: a new World Heritage Context. In A. J. Connolly (Cur.), *Cultural Heritage Rights*, Routledge, New York.

- Desideri C. (2010), *Paesaggio e paesaggi*, Giuffrè, Milano.
- EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2020), *Towards a EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, 2020.
- Granara D. (2020). L'origine della tutela del patrimonio culturale in Europa. *DPCE Online*, 2.
- Häberle P. (2001), *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma.
- Jardin M. (1994). Les réserves de la biosphères se dotent d'un statut international: enjeux et perspectives, *Revue Juridique de l'Environnement*, 4.
- Kelman, I. (2022). Planetary Boundaries. In K. Simms K et al. (Eds.), *The Routledge Handbook of Global Development* (pp. 147–157). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003017653>.
- Krader L. (1970). Environmental threat and social organization. *The annals of the American Academy of political and social science*, 389.
- Martín Mateo R. (1977), *Derecho ambiental*, Instituto de estudios de administración local, Madrid.
- Martínez Dalmau R. (2023). Una laguna con derecho a existir. La Naturaleza como sujeto de derechos y el reconocimiento de la personalidad jurídica del Mar Menor. *Teoría y Realidad Constitucional*, 52.
- Martínez Pino J. (2017). Il paesaggio come oggetti di tutela in Spagna. Percorso normativo e processo formativo. *Il capitale culturale*, 15.
- McNeill J. R. (2003). The nature and culture of environmental history. *History and Theory*, 42.
- Mezzetti L. (1997), *I diritti della natura: paradigmi di giuridificazione dell'ambiente nel diritto pubblico comparato*, CEDAM, Padova.
- Montanari T. (2024), *Le statue giuste*, Laterza, Bari.
- Montoro Chiner M. J. (2000). La tutela dell'ambiente in Spagna. Profili costituzionali. In D. Amirante (Cur.) *Diritto ambientale e Costituzione*, Franco Angeli, Milano.
- Moore J. W. (2015), *Capitalism in the web of life. Ecology and the accumulation of capital*, Verso, London, p. 2.
- Nazioni Unite (1945), *Costituzione dell'UNESCO*.
- Nicolini M., Andreoli E. (2023). La costruzione giuridica del paesaggio: un patrimonio immateriale tra territori, identità e cultura. *DPCE online*, 2.
- Nicolini M. (2022), *Legal Geography. Comparative law and the production of space*, Springer, Cham.
- Oddenino A. (2014). La tutela della natura e del paesaggio nel diritto interna-

- zionale: gli strumenti a vocazione universale. In F. Rosario & M. A. Sandulli (Cur.), *Trattato di diritto dell'ambiente. Tomo III* (pp. 3 – 25), Giuffrè, Milano.
- Oviedo G., Puschkarsky T. (2021). World Heritage and rights-based approaches to nature conservation. In A. J. Connolly (Cur.), *Cultural Heritage Rights*, Routledge, New York.
- Parisi E. (2023). I moderni caratteri del concetto giuridico di paesaggio. *Federalismi*, 17.
- Pegoraro L., Rinella A. (2024), *Sistemi costituzionali*, II edizione, Giappichelli, Torino.
- Piccioni L. (2014), *Il volto amato della patria. Il primo movimento per la protezione della natura in Italia 1880 – 1934*, Temi, Trento.
- Piccioni L. (2023), *Parchi naturali. Storia delle aree protette in Italia*, Il Mulino, Bologna.
- Predieri A. (1969). Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio. In *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, vo. II, *Le libertà civili e politiche*, Vallecchi, Firenze.
- Predieri A. (1981). Paesaggio (voce). In *Enciclopedia del diritto*, Volume XXXI, Giuffrè, Milano.
- Prieto De Pedro J. (2004), *Cultura, culturas y constituciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Ruiz Robledo A. (1998), *La Constitución Cultural Española*, Istituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- Streacker A. (2018), *Landscape protection in International Law*, Oxford Academic, Oxford.
- Strecker A. (2020). Landscape as Cultural Heritage. In F. Francioni & A. F. Vrdoljak (Cur.), *The Oxford handbook of international heritage law*, Oxford UP, Oxford.
- UNESCO (1972), *Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage*.
- UNESCO (1999), *Operational guidelines for the implementation of the World Heritage Convention*.
- UNESCO (2003), *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*, Parigi.
- UNESCO (2013), *The Hangzhou declaration. Placing culture at the heart of sustainable development policies*.
- Vicente Giménez T., Salazar Ortuño E. (2022). La iniziativa legislativa popu-

- lar para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XIII, 1.
- Viola P. (2024). Nomocene e tradizione giuridica antropocenica. Per una ipotesi di narrazione. *DPCE Online*, 2.
- Zambrana Moral P. (2022), *La protección del medio ambiente: perspectiva histórico-jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor.



*Sandra Lopes Luís* \*

## A RELEVÂNCIA DA ALIMENTAÇÃO NA LUTA CONTRA AS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. – 2. Vinculações de direito internacional convencional. – 3. Vinculações de direito europeu. – 4. O direito português. – 5. Outros países europeus: o caso alemão. – 6. Reflexões acerca da relação entre a alimentação e a proteção do clima. – 7. Conclusões.

### *1. Considerações iniciais*

Pretendemos, neste breve texto, refletir acerca da relação entre a alimentação, em particular a alimentação baseada em vegetais, e as alterações climáticas, com especial enfoque no ordenamento jurídico português. Procuramos, em concreto, analisar de que forma a legislação em matéria de proteção do clima reconhece ou consagra a possibilidade de a dieta alimentar ter impacto nas alterações climáticas.

O enquadramento jurídico das alterações climáticas e a atuação do Estado português neste domínio não podem ser dissociados das obrigações internacionais assumidas por Portugal, quer no âmbito das convenções internacionais de que é parte, quer no quadro do direito da União Europeia, razão pela qual iremos também considerar estas dimensões texto que se segue.

### *2. Vinculações de direito internacional convencional*

A Organização das Nações Unidas (doravante ONU) tem tido um papel de bastante relevo na luta contra as alterações climáticas. O Secretário Geral das Nações Unidas tem alertado para a situações de emergência climática que estamos a viver, tendo afirmado, inclusivamente, na Conferência das Partes sobre a Convenção do Clima - COP

\* Universidade de Lisboa. Lisbon Public Law Research Centre.

27, realizada no Egito em novembro de 2022, que “Estamos numa autoestrada para o inferno climático com o pé no acelerador.”

Portugal é signatário dos principais instrumentos internacionais em matéria de defesa do clima, entre os quais se destacam a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas de 1992, o Protocolo de Quioto de 1997 e o Acordo de Paris de 2015.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas de maio de 1992<sup>1</sup> não faz menção direta à alimentação vegetal ou a uma dieta baseada em vegetais<sup>2</sup> enquanto medida amiga do clima, mas reconhece que a agricultura é um setor vulnerável às alterações climáticas e também uma fonte significativa de emissões poluentes, como o metano e o óxido nítrico.

Da mesma forma, o Protocolo de Quioto, adotado em dezembro de 1997<sup>3</sup>, não faz referência à alimentação vegetal, no entanto, abre caminho para que os sistemas alimentares sejam considerados no âmbito das políticas climáticas, na medida em que reconhece a agricultura como fonte de emissões, faz alusão às emissões de metano por ruminantes e ao óxido nítrico de fertilizantes, e faz ainda referência ao mecanismo “*Land use, land use change and forestry*”, relativo à contabilização das emissões de carbono associadas à deflorestação para pastagens.

O Acordo de Paris, adotado em dezembro de 2015 na 21ª Conferência das Partes<sup>4</sup>, por sua vez, sem que mencione a palavra alimentação, refere, no preâmbulo, a importância da segurança alimentar “Reconhecendo a prioridade fundamental que consiste em salvaguardar a

<sup>1</sup> Foi assinada por Portugal a 13 de junho de 1992 e entrou em vigor a 21 de março de 1994.

<sup>2</sup> Note-se que usamos a expressão “alimentação vegetal” como designando uma alimentação baseada em vegetais, tanto incluindo os casos de alimentação vegetariana como os casos de alimentação vegana, que configuram conceitos distintos, pois enquanto a dieta vegetariana exclui o consumo de carne e peixe, mas permite o consumo de outros produtos de origem animal, como os ovos, laticínios e o mel, a dieta vegana baseia-se em alimentos de natureza e origem exclusivamente vegetal.

<sup>3</sup> Portugal assinou o Protocolo de Quioto a 29 de abril de 1998, tendo sido aprovado pelo Decreto n.º 7/2002, de 25 de março.

<sup>4</sup> Foi assinado por Portugal a 22 de abril de 2016 e entrou em vigor a 4 de novembro desse ano.



segurança alimentar e erradicar a fome, bem como as vulnerabilidades específicas dos sistemas de produção alimentar aos efeitos adversos das alterações climáticas”, e, no art. 2.º, n.º 1, alínea b), refere-se a “Aumentar a capacidade de adaptação aos efeitos adversos das alterações climáticas, promover a resiliência a essas alterações e um desenvolvimento com baixas emissões de gases com efeito de estufa, de forma a não pôr em risco a produção alimentar;”, dando, nestes termos, abertura para que os sistemas alimentares e as dietas sustentáveis se incluam entre as políticas de combate às alterações climáticas.

Na verdade, pode dizer-se que a alimentação entra no debate climático apenas por via dos relatórios do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (doravante IPCC<sup>5</sup>), órgão científico criado em 1988 pelo programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente para avaliar os impactos das mudanças climáticas e apresentar as respetivas estratégias de mitigação. Sendo de destacar o relatório do IPCC sobre o uso da terra de 2019<sup>6</sup>, no qual se trata da desertificação, da degradação dos solos, da gestão sustentável da terra, da segurança alimentar e dos fluxos de gases com efeito de estufa nos ecossistemas terrestres.

No que diz respeito à alimentação vegetal, o relatório do IPCC sobre o uso da terra de 2019 destaca, de forma clara, que dietas baseadas em vegetais, como a alimentação vegetariana e vegana, podem ter um papel importante na mitigação das alterações climáticas. Referindo, concretamente, na página 22, B.6.2, do Sumário para Decisores Políticos (Summary for Policymakers), e relativamente às políticas de mitigação, a relevância de “Dietas equilibradas, com alimentos de origem vegetal – como cereais integrais, leguminosas, frutas, vegetais, frutos secos e sementes – e com alimentos de origem animal produzidos em sistemas resilientes, sustentáveis e com baixas emissões de gases com efeito de estufa (GEE), apresentam grandes oportunidades de adapta-

<sup>5</sup> Intergovernmental Panel on Climate Change.

<sup>6</sup> [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2019/12/02\\_Summary-for-Policymakers\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2019/12/02_Summary-for-Policymakers_SPM.pdf)

ção e mitigação, ao mesmo tempo que geram co-benefícios significativos para a saúde humana (elevada confiança)”<sup>7</sup>.

O relatório sublinha ainda que a produção pecuária é um dos principais motores das emissões agrícolas, especialmente metano (CH<sub>4</sub>), um gás com efeito de estufa particularmente potente. A pecuária também está ligada ao desmatamento, à degradação dos solos e ao uso intensivo da água, consequentemente, dietas com menos carne e mais produtos vegetais contribuem para uma utilização mais eficiente do uso da terra e reduzem a pressão sobre os ecossistemas.

No mesmo sentido, o relatório do IPCC de 2022- 6.º Relatório de Avaliação (AR6) do IPCC– Grupo de Trabalho III: Mitigação das Alterações Climáticas (2022)<sup>8</sup> refere-se, na página 37, às dietas baseadas em vegetais como tendo um potencial significativo de mitigação, ao mencionar que: “As dietas saudáveis e sustentáveis promovem todas as dimensões da saúde e do bem-estar dos indivíduos; exercem baixa pressão ambiental e têm baixo impacto; são acessíveis, economicamente viáveis, seguras e equitativas; e são culturalmente aceitáveis (...)”<sup>9</sup>.

### 3. Vinculações de direito europeu

O Pacto Ecológico Europeu, apresentado pela Comissão Europeia em 2019, consubstancia uma estratégia abrangente que tem em vista tornar a Europa o primeiro continente a atingir a neutralidade carbónica até 2050, através da promoção de um modelo de desenvolvimento

<sup>7</sup> “Diversification in the food system (e.g., implementation of integrated production systems, broad-based genetic resources, and diets) can reduce risks from climate change (medium confidence). Balanced diets, featuring plant-based foods, such as those based on coarse grains, legumes, fruits and vegetables, nuts and seeds, and animal-sourced food produced in resilient, sustainable and low-GHG emission systems, present major opportunities for adaptation and mitigation while generating significant co-benefits in terms of human health (high confidence)”.

<sup>8</sup> [https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGIII\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC_AR6_WGIII_SPM.pdf).

<sup>9</sup> Nota de rodapé n.º 61 “Sustainable healthy diets’ promote all dimensions of individuals’ health and well-being; have low environmental pressure and impact; are accessible, affordable, safe and equitable; and are culturally acceptable (...)”.

sustentável. Entre as diversas medidas preconizadas pelo Pacto, assume particular relevo o objetivo de restaurar a natureza, designadamente através da recuperação dos ecossistemas e dos solos degradados, por se entender que tais intervenções potenciarão a capacidade de absorção de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) e reforçarão a resiliência dos sistemas naturais face aos impactos das alterações climáticas.

Neste âmbito, a Comissão Europeia, a 20 de maio de 2020, aprovou a Estratégia do Prado ao Prato – Farm to Fork Strategy, através da qual se reforçou o compromisso da União Europeia com sistemas alimentares mais sustentáveis.

A Estratégia do Prado ao Prato visa tornar os sistemas alimentares da União Europeia sustentáveis através da adoção de um quadro legislativo que permita abordar questões como a saúde pública, a sustentabilidade ambiental e a redução das emissões de gases com efeito de estufa. Tal envolve a redução do consumo de carne e a promoção de dietas baseadas em plantas com menor pegada ecológica; a redução do uso de pesticidas e fertilizantes e a promoção da agricultura biológica; a colocação no mercado de aditivos sustentáveis para alimentação animal, como proteínas vegetais; e a redução do desperdício alimentar.

O seguinte marco europeu em defesa do clima deu-se com a Lei Europeia do Clima – Regulamento (EU) 2021/1119 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 2021, que aprova o regime para alcançar a neutralidade climática e altera os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/1999 («Lei europeia em matéria de clima»). Esta lei estabelece uma meta vinculativa de neutralidade climática até 2050, reconhecendo a necessidade de transitar para uma economia de baixo carbono.

A Lei Europeia do Clima considera que parte tal transição envolve mudanças nos sistemas alimentares, afigurando-se a adoção de dietas mais sustentáveis, com a inclusão de uma maior proporção de alimentos vegetais, uma medida importante no caminho para alcançar as metas de neutralidade climática.

Para este efeito, reconhece no considerando 22 que: “Os sumidouros de carbono desempenham um papel essencial na transição para a neutralidade climática na União e, em especial, os setores da agricultura, das florestas e do uso do solo dão um importante contributo. Conforme anunciado na sua Comunicação de 20 de maio de 2020, intitu-

lada «Estratégia do Prado ao Prato para um sistema alimentar justo, saudável e respeitador do ambiente», a Comissão promoverá um novo modelo de negócio ecológico para recompensar os gestores de terras pela redução das emissões de gases com efeito de estufa e pela remoção de carbono na próxima iniciativa de fixação de carbono.”; e no art. 5.º, n.º 4 que “Os Estados-Membros adotam e executam estratégias e planos de adaptação nacionais, tendo em consideração a estratégia da União de adaptação às alterações climáticas referida no n.º 2 do presente artigo e baseados em análises sólidas das alterações climáticas e da vulnerabilidade, em avaliações dos progressos realizados e em indicadores, e assentes nos melhores e mais recentes dados científicos disponíveis. Nas suas estratégias nacionais de adaptação, os Estados-Membros têm em conta a especial vulnerabilidade dos setores pertinentes, nomeadamente, a agricultura os sistemas alimentares e das águas, bem como a segurança alimentar, e promovem soluções baseadas na natureza e a adaptação baseada nos ecossistemas. Os Estados-Membros atualizam regularmente as estratégias e incluem as informações atualizadas nos relatórios a apresentar nos termos do artigo 19.º 5.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2018/1999”.

Por fim, deve ainda fazer-se menção à Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa. O Sistema de Comércio de Emissões da União Europeia tem como objetivo reduzir as emissões de gases com efeito de estufa ao longo do tempo, por via da criação de um regime de licenças de emissão. Embora este sistema se concentre principalmente na indústria e na energia, ele também afeta o setor agrícola e alimentar, tendo em conta as emissões de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) e outros gases do setor agrícola como o metano e o óxido nítrico, afigurando-se, por isso, mais uma via de condicionamento dos sistemas de produção alimentar em prol da defesa do clima.

#### 4. *O direito português*

Tendo em conta as vinculações internacionais, foram aprovados vários instrumentos que configuram as traves-mestras do combate às

alterações climáticas em Portugal, designadamente: o Roteiro para a Neutralidade Carbónica 2050, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2019, de 1 de julho; o Plano Nacional Energia e Clima 2030, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2020, de 10 de julho (atualizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 149/2024, de 30 de outubro); a Lei de Bases do Clima, a Lei n.º 98/2021, de 31 de dezembro; a Lei n.º 11/2017, de 17 de abril, que estabelece a obrigatoriedade de existência de opção vegetariana nas ementas das cantinas e refeitórios públicos; e a Estratégia Nacional de Combate ao Desperdício Alimentar, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/2018, de 27 de abril.

O Roteiro para a Neutralidade Carbónica 2050 afigura-se um instrumento através do qual Portugal estabelece uma estratégia para alcançar o objetivo da neutralidade carbónica até 2050 a que se encontra vinculado, tanto por via do Acordo de Paris, como por via da Lei Europeia do Clima. Entre as estratégias de mitigação, com vista a alcançar emissões nulas de gases com efeito de estufa até ao ano de 2050, incluem-se medidas que têm em vista o incremento de sistemas alimentares sustentáveis.

No preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/2019, de 1 de julho, são definidos como objetivos, no ponto 3 “(...) g) Apostar numa agricultura sustentável, através da expansão significativa da agricultura de conservação e da agricultura de precisão, reduzindo substancialmente as emissões associadas à pecuária e ao uso de fertilizantes e promovendo a inovação; h) Fomentar o sequestro de carbono, através de uma gestão agrícola e florestal ativa, promovendo a valorização do território; i) Alterar o paradigma de utilização dos recursos na produção e no consumo, abandonando o modelo económico linear e transitando para um modelo económico circular e de baixo carbono;”. Para além disso, no ponto relativo ao “Papel da agricultura, florestas e outros usos do solo na transição para a Neutralidade Carbónica”<sup>10</sup>, estabelece como “Principais drivers de descarbonização do setor agricultura, florestas e outros usos do solo: agricultura biológica, de conservação e de precisão; pastagens biodiversas; melhoria da digestibilidade da alimentação animal; melhoria da gestão de eflu-

<sup>10</sup> Ponto 4.2., nas pp. 3258 e segs.

entes pecuários; educação do uso de fertilizantes”. Faz-se ainda referência, ao nível dos principais drivers de descarbonização do setor resíduos e águas residuais, à relevância da redução do desperdício alimentar. E ao nível do papel da economia circular na transição para a neutralidade carbónica<sup>11</sup>, faz-se menção no setor agroalimentar, à “adoção de práticas agrícolas regenerativas e mais eficientes no uso dos recursos e os novos hábitos de consumo alimentar e estilos de vida (por exemplo, maior adequação nutricional da dieta; produção urbana e peri-urbana, e abastecimento local, designadamente de hortícolas; compras a granel) beneficiam a redução da produção de resíduos e da respetiva fração orgânica (via redução do desperdício alimentar), permitindo também reduzir emissões.”.

O Plano Nacional Energia e Clima 2030, aprovado na sequência do Roteiro para a Neutralidade Carbónica 2050 e através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2020, de 10 de julho (atualizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 149/2024, de 30 de outubro), estabelece que é na década de 2021-2030 que se devem concentrar os maiores esforços de redução de emissões de gases com efeito de estufa tendo em vista a consecução da neutralidade carbónica. Nele são estabelecidas medidas de política energética e climática tendentes a descarbonizar a economia e a fortalecer a eficiência energética, entre as quais se incluem medidas relativas aos sistemas alimentares, referindo-se, designadamente, na página 18 do Plano Nacional Energia e Clima 2030, que “Será igualmente importante repensar a cadeia alimentar – as escolhas que integram a dieta alimentar, a redução do desperdício de alimentos, a forma como se produzem plantas e animais para alimentação, a pressão nos solos, na água e na biodiversidade, nomeadamente nos recursos marinhos e pescas. Importa ainda relevar e replicar os bons exemplos de comercialização em circuitos agroalimentares curtos, que reduzem os consumos energéticos e as emissões poluentes devido às menores necessidades de acondicionamento, transporte e refrigeração dos produtos.”. Assim se demonstrando a relevância dos sistemas alimentares no combate às alterações climáticas.

No final do ano de 2021, foi aprovada a Lei de Bases do Clima-Lei n.º 98/2021, de 31 de dezembro, que tem em vista garantir uma

<sup>11</sup> Ponto 4.4., nas pp. 3268 e segs.

transição justa e célere para uma sociedade neutra em carbono, promovendo a justiça climática, a proteção ambiental, a eficiência energética, a adaptação às alterações climáticas e a participação pública, consagrando metas ambiciosas de redução de emissões e desenvolvimento sustentável. Esta lei estabelece princípios e objetivos que promovem as dietas sustentáveis, incluindo as dietas de base vegetal, dedicando alguns artigos a esta temática.

Deste modo, a Seção IV, relativa à cadeia agro-alimentar, estabelece no Artigo 54.º, com epígrafe “Agricultura de baixo carbono” que: “1- O Estado promove uma agricultura sustentável e resiliente, combatendo a desertificação e prosseguindo os objetivos da neutralidade climática, da coesão territorial e da proteção da biodiversidade; 2 - A descarbonização do setor da agricultura é desenvolvida através de políticas que: a) Acelerem a transição para sistemas produtivos e culturas mais sustentáveis e resilientes; b) Melhorem a alimentação animal e tenham uma abordagem holística da pecuária, designadamente recorrendo a tecnologias que reduzam a emissão de gases de efeito de estufa; c) Promovam o aumento do teor de matéria orgânica no solo, designadamente através de pastagens permanentes melhoradas e da aplicação de compostos orgânicos; d) Melhorem os sistemas de gestão dos efluentes pecuários; e) Fomentem o uso mais eficiente de fertilizantes, de energia e de água; f) Promovam a substituição de fertilizantes químicos sintéticos por orgânicos; g) Expandam significativamente a agricultura biológica, de conservação e de precisão; h) Estimulem o desenvolvimento tecnológico e a inovação no setor agrícola; i) Promovam a agroecologia.”. E, por sua vez, o Artigo 56.º, com epígrafe “Alimentação”, estabelece que: “1 - O Estado promove hábitos alimentares sustentáveis e saudáveis, designadamente através de: a) Tributos e incentivos que alinhem o preço dos bens e serviços alimentares com a totalidade dos seus custos, incluindo custos ambientais; b) Regulação sobre os produtos alimentares, a sua embalagem e rotulagem; c) Sensibilização e informação sobre os produtos alimentares; d) Educação sobre hábitos, práticas e dietas mais sustentáveis e saudáveis; e) Política comercial que promova a sustentabilidade dos produtos alimentares; f) Inclusão de produtos alimentares mais sustentáveis e saudáveis nas ementas servidas nos refeitórios sob gestão do Estado, do seu setor empresarial e das autarquias locais; g) Promoção do consumo

de produtos e bens alimentares oriundos de circuitos curtos e com menor pegada ecológica”. Desta forma se demonstrando a importância da alimentação vegetal para a defesa do clima.

Para além destes diplomas que consideramos serem as traves mestras para o combate às alterações climáticas em Portugal e que estabelecem a importância da alimentação e dos sistemas alimentares para o alcance desse desiderato, temos ainda outros normativos que, de forma mais direta, regulam os sistemas alimentares em prol da sustentabilidade climática. De tal é exemplo a Lei n.º 11/2017, de 17 de abril, que estabelece a obrigatoriedade de existência de opção vegetariana nas ementas das cantinas e refeitórios públicos; e também a Estratégia Nacional de Combate ao Desperdício Alimentar, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/2018, de 27 de abril, que tem em vista a prevenção, a redução e a monitorização do desperdício alimentar, através do envolvimento da sociedade civil e com objetivo de propor medidas concretas para reduzir este desperdício, integrando objetivos de segurança alimentar, educação, saúde pública, combate à pobreza e promoção de boas práticas em toda a cadeia alimentar.

##### *5. Outros países europeus: o caso alemão*

Na Alemanha, existem também políticas e estratégias que reconhecem a importância de práticas alimentares sustentáveis no contexto da mitigação das mudanças climáticas.

A Lei Federal de Proteção Climática (Bundes-Klimaschutzgesetz<sup>12</sup>), de 12 de dezembro de 2019<sup>13</sup>, pretende alcançar a neutralidade carbónica até ao ano de 2045, estabelecendo, para tal, metas vinculativas para a redução das emissões de gases com efeito de estufa em diversos setores, no qual inclui o setor da agricultura. Embora a lei não mencione explicitamente a relevância da alimentação vegetal no combate às alterações climáticas, a verdade é que reconhece que o setor agrícola, responsável por cerca de 8% das emissões nacio-

<sup>12</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/ksg/BJNR251310019.html>.

<sup>13</sup> Alterada por via do art. 1.º da Lei de 15 de julho, de 2024 (BGBl. 2024 I n.º 235).



nais, deve contribuir significativamente para a redução das emissões poluentes, referindo, especificamente, no art. 3.ºa, com epígrafe “Contributo do setor de uso do solo, mudança no uso do solo e silvicultura”, que a contribuição do setor de uso do solo, alterações do uso do solo e florestas para a proteção do clima deve ser reforçada, estabelecendo a redução para, pelo menos, 25 milhões de toneladas de equivalente de dióxido de carbono até ao ano de 2030; a redução para, pelo menos, 35 milhões de toneladas de equivalente de dióxido de carbono até ao ano de 2040; e a redução para, pelo menos, 40 milhões de toneladas de equivalente de dióxido de carbono até ao ano de 2045.

Para além desta lei, foi aprovado, em novembro de 2016, o Plano de Proteção Climática 2050 - Klimaschutzplan 2050<sup>14</sup>. Este plano estratégico, que visa implementar o Acordo de Paris, delinea medidas para alcançar as metas climáticas de longo prazo na Alemanha, incluindo objetivos específicos para o setor agrícola, tais como: a redução das emissões provenientes da agricultura em 31–34% até 2030, em comparação com os níveis de 1990; a promoção da agricultura biológica, com a meta de que 20% das terras agrícolas sejam utilizadas para esse fim até 2030; e o desenvolvimento de estratégias para reduzir as emissões decorrentes da criação de gado, incentivando práticas alimentares mais sustentáveis.

De acordo com o Klimaschutzplan 2050, o foco dos esforços de ação climática na agricultura até 2050 centrar-se-á na adoção de medidas para reduzir as emissões e aumentar a eficiência dos recursos, tendentes à produção de uma agricultura sustentável.<sup>15</sup> Neste âmbito, o governo alemão irá colaborar com os Länder para garantir a plena aplicação e fiscalização coerente da legislação relativa aos fertilizantes e sobre boas práticas de gestão de nutrientes nas explorações agrícolas, e proceder a um incremento da percentagem de terrenos utilizados para agricultura biológica.

A redução das emissões da pecuária é outro enfoque previsto no Plano, pois parte considerável das emissões de gases com efeito de estufa provenientes da agricultura deve-se à produção de alimentos de

<sup>14</sup> <https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Publikationen/Industrie/klimaschutzplan-2050.html>.

<sup>15</sup> Vide pp. 64 e segs.

origem animal. Neste sentido, o governo alemão está a direccionar os seus apoios financeiros para assegurar que o número de animais criados não ultrapasse o máximo de duas unidades de gado por hectare, a par de financiamento que permita reforçar o conhecimento científico e técnico tendente a desenvolver uma pecuária mais compatível com o clima, por exemplo, nas áreas da alimentação, da genética e da gestão das explorações.

Uma outra importante meta do Klimaschutzplan 2050 é o combate ao desperdício alimentar<sup>16</sup>, pois quase um terço de todos os alimentos na Alemanha perde-se sob a forma de desperdício alimentar evitável, o que ocorre ao nível dos agregados familiares (sessenta e um por cento) e dos grandes consumidores (como a restauração e os serviços de catering), bem como no setor do retalho.

A par destas importantes medidas de combate às alterações climáticas no setor alimentar, deve ainda dar-se conta do facto de na Alemanha se falar na possibilidade da implementação de uma taxa climática sobre alimentos com alta pegada carbónica, sendo, a este respeito, de mencionar a recente pesquisa do Instituto Potsdam para Pesquisa sobre o Impacto Climático (PIK)<sup>17</sup>, que propõe a implementação de uma taxa climática sobre alimentos com alta pegada de carbono, como a carne, os ovos e os laticínios, enquanto forma de reduzir significativamente as emissões do setor agrícola<sup>18</sup>, evidenciando, por esta via, a ligação entre escolhas alimentares e as políticas climáticas.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Vide pp. 66 e segs.

<sup>17</sup> Também, em 2027, a Agência Federal do Ambiente propôs aplicar a taxa normal de 19% a produtos animais, considerando o IVA reduzido uma forma de subsídio ambientalmente danoso.

<sup>18</sup> Os investigadores estimam que tal medida poderia reduzir as emissões agrícolas da Alemanha em 22,5%, gerando receitas de aproximadamente 8,2 mil milhões de euros por ano. Estas receitas poderiam ser redistribuídas aos consumidores sob a forma de um «dividendo climático», promovendo-se, assim, a equidade social e incentivando escolhas alimentares mais sustentáveis.

<sup>19</sup> Vide SCHAPER, FRANK, KOCH, PLINKE, SURETH, (2025).

## *6. Reflexões acerca da relação entre a alimentação e a proteção do clima*

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura considera que a produção de alimentos é responsável por cerca de uma quarta parte das emissões globais de GEEs, tendo, mais concretamente, indicado que a pecuária e o consumo de produtos de origem animal estão entre as principais causas da atual crise climática e ambiental.<sup>20</sup>

Em sentido inverso, vários estudos demonstram que uma alimentação vegetariana e vegana<sup>21</sup> produz menos emissões poluentes e utiliza menores recursos da terra por comparação com uma alimentação baseada em carnes e seus derivados.<sup>22</sup>

A pecuária produz grandes quantidades dos três gases com maior impacto no clima: o dióxido de carbono, resultante do abate de árvores e destruição de florestas essenciais ao combate a este gás; o metano, libertado pelos ruminantes no processo digestivo; e o óxido nitroso, decorrente do uso de fertilizantes químicos utilizados nas culturas destinadas à alimentação do gado. Para além de outras emissões provenientes da gestão do estrume, da queima de resíduos de culturas e da utilização de combustíveis nas explorações agrícolas (nos tratores e outras máquinas agrícolas, por exemplo). Estas emissões resultam, por um lado, diretamente do processo digestivo e dos excrementos dos

<sup>20</sup> Defendendo que mais de um terço das emissões globais de gases com efeito de estufa pode ser atribuído ao nosso sistema alimentar, vide TAKACS, STEGEMAN, KALEA, BORRION, (2022).

<sup>21</sup> Sobre a relevância da alimentação vegana no combate às alterações climáticas, vide COOPER, (2018).

<sup>22</sup> No sentido de que “A transição para dietas mais baseadas em vegetais, em conformidade com as orientações alimentares padrão, poderia reduzir a mortalidade global entre 6 e 10%, e as emissões de gases com efeito de estufa relacionadas com a alimentação entre 29 e 70%, em comparação com um cenário de referência para 2050.”, SPRINGMANN, GODFRAY, RAYNER, SCARBOROUGH (2016), p. 4146. Da mesma forma, no VeChi Diet Study, um estudo alemão, coordenado por Markus Keller e Ute Alexy entre 2016 e 2018, foi analisado o impacto ambiental das dietas de crianças e adolescentes, tendo-se chegado à conclusão que dietas vegetarianas e veganas implicam menores emissões de gases com efeito de estufa e uso de terras em comparação com as dietas omnívoras.

Vide: <https://ifpe-giessen.de/en/vechi-diet-study/>

animais, e, por outro, indiretamente, do abate de florestas para cultivo de ração e criação de pastagens.

Em geral, os alimentos de origem animal, como, por exemplo, as carnes vermelhas (vaca, porco, cabrito, entre outras) e os laticínios (leite, queijo, iogurtes, manteiga) precisam de mais terra, de mais energia e de mais água para serem produzidos do que os alimentos vegetais. Enquanto a produção de um quilo de carne de vaca gera vinte e oito quilos de gases com efeito de estufa, a produção de frutas e legumes gera menos de um quilo desses gases.

Neste âmbito, o relatório “Proteína Verde: Plantar a Alimentação do Futuro”, lançado pela Associação Vegetariana Portuguesa (AVP) em parceria com a ZERO, LeguCon e Food4Sustainability,<sup>23</sup> considera que um quilo de bife de vaca, produzida em Portugal, em modo intensivo, emite cerca de oitenta quilos de dióxido de carbono equivalente (CO<sub>2</sub>e)<sup>24</sup>, o que é equiparado a uma viagem de duzentos e trinta quilómetros de carro. Comparativamente, a produção de um quilo de feijão gera apenas um quilo de CO<sub>2</sub>e, ou seja, o bife de vaca contribui oitenta vezes mais para estas emissões.

Posto isto, a questão que se coloca é a de saber se a defesa do clima e o combate às alterações climáticas impõem a adoção de uma dieta baseada em vegetais, tendo em conta que os alimentos de origem animal, em regra, têm impactos climáticos significativamente mais elevados, por comparação com os alimentos de origem vegetal, que têm impactos climáticos menos elevados.

Uma dieta vegetariana não é, por si só, mais amiga do ambiente do que uma dieta omnívora. Também a indústria leiteira contribui para o desflorestamento, sobretudo tendo em conta a produção de soja destinada à alimentação de vacas. Daí a poder afirmar-se que os argumentos a favor do veganismo são mais consistentes do que os argumentos a favor do vegetarianismo: o vegetarianismo proíbe os alimentos não-vegãos de baixo impacto mais notórios, como o peixe, mas permite alimentos não-vegãos de elevado impacto, como o queijo.

<sup>23</sup> Este relatório analisa a urgência de transitar para sistemas alimentares baseados em proteína vegetal.

<sup>24</sup> Medida que representa a quantidade de GEEs em termos equivalentes da quantidade de CO<sub>2</sub>.

Para além disso, a pesca sustentável em água doce e no oceano, bem como os produtos lácteos líquidos mais sustentáveis e os insetos, têm uma pegada de carbono que é próxima, igual ou até inferior à das proteínas vegetais médias.

Sem esquecer a possibilidade de a produção de carne vir a produzir emissões de carbono relativamente baixas ou mesmo nulas, tendo em conta o facto de grandes operadores da indústria alimentar que trabalham com ruminantes já terem anunciado objetivos para se tornarem neutros em carbono.

Da mesma forma, os alimentos ricos em proteínas e gorduras, sejam vegetais ou não, têm geralmente uma pegada carbónica muito superior às dos alimentos ricos em hidratos de carbono, uma dieta vegana com muitos alimentos de *fast food* pode ter um impacto climático elevado, mesmo que, em média, as dietas veganas tenham emissões muito mais baixas do que as dietas omnívoras<sup>25</sup>.

A acrescentar a isto não se pode esquecer o contributo do desperdício alimentar para as emissões de GEEs ao nível do sistema alimentar, pois, segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, cerca de um terço dos alimentos produzidos no mundo são desperdiçados em alguma fase da cadeia de abastecimento alimentar e a maior parte é desperdiçada no seio dos agregados familiares<sup>26</sup>.

De todas as emissões do sistema alimentar global, o desperdício alimentar é responsável por metade das emissões, como consta de um estudo de 2023, publicado na revista *Nature Food*<sup>27</sup>. Daí a poder afirmar-se que, com o aproveitamento do desperdício alimentar de terceiros, o consumo de alimentos que, à partida, tem uma alta pegada carbónica não tem efeitos negativos ou pode até afigurar-se favorável ao clima.

Deste modo, conclui-se que as dietas vegetais apresentam, em média, um impacto climático significativamente inferior ao das dietas baseadas em produtos de origem animal, por consumirem menos recursos naturais e emitirem menos GEEs. No entanto, nem todas as opções

<sup>25</sup> Cfr. KORTETMÄKI, OKSANEN (2021), pp. 734-735.

<sup>26</sup> Vide o Global Food Losses and Food Waste – Extent, Causes and Prevention, 2011: <https://www.fao.org/4/mb060e/mb060e00.pdf>

<sup>27</sup> Cfr. ZHU, LUO, SUN *et al.* (2023), pp. 247–256.

vegetais garantem menor pegada ambiental, pois certos alimentos vegetarianos, como o queijo, podem ter um impacto superior ao impacto de produtos animais sustentáveis, como o peixe; e também as dietas veganas ricas em alimentos ultraprocessados ou com elevado teor de gorduras podem ter um impacto considerável no ambiente. Sem esquecer, o desperdício alimentar contribui de modo substantivo para as emissões do sistema alimentar global. De modo que, para além da transição para dietas mais vegetais, é essencial reduzir o desperdício alimentar e promover sistemas alimentares sustentáveis adaptados à realidade de cada país.

## *7. Conclusões*

A alimentação baseada em produtos de origem vegetal tem desempenhado um papel importante na luta contra as alterações climáticas. Tal é reconhecido no plano internacional, designadamente ao nível dos relatórios do IPCC e também, num plano europeu, com a Estratégia do Prado ao Prato, que estabeleceram a necessidade da adoção de uma alimentação sustentável como estratégia de combate às alterações climáticas.

A legislação sobre o clima em Portugal inclui, igualmente, o incentivo à adoção de dietas vegetais e a redução do desperdício alimentar entre as medidas essenciais de combate às alterações climáticas. O mesmo sucedendo no ordenamento jurídico alemão, com um enquadramento legal orientado no sentido da redução de emissões ao nível do setor alimentar.

Afigura-se, assim, amplamente consensual que uma alimentação predominantemente baseada em produtos vegetais contribui de forma positiva para o combate às alterações climáticas. Contudo, importa reconhecer que nem todas as opções vegetarianas ou veganas são, por si só, sustentáveis, e que a redução do desperdício alimentar continua a ser um elemento essencial para a diminuição das emissões no sistema alimentar global.

### Referências bibliográficas

- Cooper L. (2018). A New Veganism: How Climate Change Has Created More Vegans. Granite. *Aberdeen University Postgraduate Interdisciplinary Journal*.  
[https://www.researchgate.net/publication/325578961\\_A\\_New\\_Veganism\\_How\\_Climate\\_Change\\_Has\\_Created\\_More\\_Vegans](https://www.researchgate.net/publication/325578961_A_New_Veganism_How_Climate_Change_Has_Created_More_Vegans)
- Kortetmäki T, Oksanen M (2021). Is there a convincing case for climate veganism?. *Agriculture and Human Values*, Vol. 38. Springer.  
<https://doi.org/10.1007/s10460-020-10182-x>.
- Schaper J., Frank M., Koch N., Plinke C., Sureth M. (2025). On the emission and distributional effects of a CO2 eq-tax on agricultural goods - The case of Germany. *Food Policy*, Vol. 130. Berlin.  
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306919224002057?via%3Dihub>
- Springmann M, Godfray HC, Rayner M, Scarborough P. (2016). Analysis and valuation of the health and climate change cobenefits of dietary change. *Proceedings of the National Academy of Sciences, USA*, Vol.113, n. 15.
- Takacs B., Stegemann J. A., Kalea A. Z., Borrión A. (2022). Comparison of environmental impacts of individual meals - Does it really make a difference to choose plant-based meals instead of meat-based ones?. *Journal of Cleaner Production*, Vol. 379, Part 2.  
<https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2022.134782>
- Zhu J., Luo Z., Sun T. *et al.* (2023). Cradle-to-grave emissions from food loss and waste represent half of total greenhouse gas emissions from food systems. *Nature Food*, n. 4.





Simonetta Trozzi \*

IL PRINCIPIO DNSH QUALE ESPRESSIONE  
DEL COSTITUZIONALISMO AMBIENTALE MULTILIVELLO:  
I RIFLESSI SULLA RIFORMA DEGLI ARTT. 9 E 41 COST.  
E IL CONSOLIDAMENTO DEL PRINCIPIO  
DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE

SOMMARIO: 1. Premessa. La costituzionalizzazione dell'interesse ambientale: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost. – 2. La natura e la genesi del principio DNSH nel quadro della tutela costituzionale ambientale multilivello. – 3. Criticità applicative e vantaggi di una compiuta integrazione nell'ordinamento interno. – 4. La dimensione antropocentrica del principio dello sviluppo sostenibile: integrazione e bilanciamenti nel contesto del *Green Deal* europeo. – 5. Conclusioni. Prospettive evolutive tra mutamento di paradigma e consolidamento dell'ecosostenibilità.

*1. Premessa. La costituzionalizzazione dell'interesse ambientale: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*

La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione, introdotta con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, recante «*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*»<sup>1</sup>, ha inciso in modo significativo sull'assetto dei principi fondamentali, costituzionalizzando la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli

\* Università degli Studi di Perugia.

<sup>1</sup> Giova ricordare che la legge costituzionale n. 1/2022, approvata con 468 voti favorevoli, 1 contrario e 6 astenuti e pubblicata in G.U.R.I. n. 44 del 22/02/2022 ha introdotto un nuovo comma all'art. 9 della Costituzione secondo cui la Repubblica «[t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». La stessa legge ha modificato i commi 2 e 3 dell'art. 41, prevedendo che l'iniziativa privata «[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, e ridefinendo i limiti all'iniziativa economica privata. Sebbene sia stata approvata in via definitiva dalla Camera quasi all'unanimità, ha suscitato in dottrina opinioni divergenti<sup>2</sup>. A ben vedere, come osservato dalla più autorevole dottrina, la vicenda dell'emersione dell'interesse ambientale e della sua acquisizione nella sfera giuridica è analoga a quella di tutti gli interessi che sono entrati nel mondo del diritto<sup>3</sup>. Bisogni individuali e collettivi inizialmente percepiti sul piano fattuale vengono così riconosciuti e qualificati come bisogni "a protezione necessaria", sino a tradursi in situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento, e dunque in veri e propri diritti<sup>4</sup>. Si tratta del processo attraverso cui nuove istanze culturali penetrano nell'assetto costituzionale, contribuendo a ridefinirne contenuti e priorità<sup>5</sup>.

Dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 si ricava che elementi essenziali di una costituzione sono, da un lato, la garanzia dei diritti e, dall'altro, la separazione dei poteri: «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione». In tale prospettiva, l'emersione dell'interesse ambientale e la sua progressiva costituzionalizzazione si inscrivono in un più ampio movimento di ampliamento del catalogo dei diritti e di ridefinizione degli equilibri tra poteri, quale espressione dell'evoluzione delle culture giuridiche e politiche.

In relazione a tale innovazione che ha interessato il diritto e i principi costituzionali nazionali – sia che la si voglia interpretare come un vero e proprio mutamento di paradigma, sia come una riforma "bilan-

<sup>2</sup> È stato difatti rilevato come, pur essendo indubbio che essa segni un passaggio civico e culturale, nonché il completamento del processo di adeguamento all'evoluzione del costituzionalismo ambientale mondiale – cfr. PAPA, (2024); TRIPODINA, (2023) – essa si sostanzia in una occasione mancata, consistendo in una riforma ricognitiva e poco innovativa rispetto ad elementi che erano stati invece valorizzati nelle relative proposte. In tal senso ALMIRANTE, (2022); BIFULCO, (2024); MARCHETTI, (2024); BEVILACQUA, CHITI (2024).

<sup>3</sup> ROSSI, (2021).

<sup>4</sup> ROSSI, (2021).

<sup>5</sup> HÄBERLE, (2004).

cio”<sup>6</sup> –, si colloca a livello europeo, il principio *Do Not Significant Harm*, in acronimo «DNSH», previsto dall’art. 17 del Reg. (UE) 2020/852, c.d. Regolamento Tassonomia. Il DNSH opera quale parametro condizionante l’accesso ai finanziamenti del programma *Next Generation EU*<sup>7</sup>, ossia alle risorse destinate alle misure contenute nei Piani nazionali di ripresa e resilienza adottati dagli Stati membri<sup>8</sup>. Qualificato espressamente quale principio nel Regolamento Tassonomia, esso mira a prevenire o ridurre in modo significativo l’impatto negativo delle attività economiche rispetto ai sei obiettivi ambientali individuati dal legislatore europeo: mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai cambiamenti climatici, uso sostenibile e protezione delle risorse idriche e marine, transizione verso un’economia circolare, prevenzione e riduzione dell’inquinamento, protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi. Si tratta, in definitiva, di un criterio elaborato nell’ambito della disciplina della c.d. finanza sostenibile, la cui natura complessa e la cui attuazione a livello nazionale – anche in ragione dell’ambiguità delle discipline di riferimento, caratterizzate da una marcata eterogeneità delle fonti, dall’impiego di concetti giuridici indeterminati e da un costante rinvio a criteri tecno-scientifici in evoluzione – è da considerarsi in una prospettiva marcatamente multilivello.

La *ratio* sottesa al principio DNSH finisce per riverberarsi sul piano interno, incidendo sull’effettiva attuazione della riforma costituzionale del 2022, e, al contempo, sul piano europeo, in relazione al coordinamento con gli altri principi che governano la materia ambientale. Tra questi vi sono il principio dello sviluppo ambientale di cui all’art. 3, par. 3 TUE – che sarà oggetto di specifico approfondimento nella trattazione – il principio di precauzione e quello di prevenzione, espressamente sanciti dall’art. 191 TFUE, nonché e il principio di non

<sup>6</sup> PAPA, (2024).

<sup>7</sup> Regolamento (UE) 2020/2094 che istituisce lo strumento dell’Unione europea per la ripresa (*Next Generation EU*) per sostenere la ripresa economica post COVID-19 e Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio (12 febbraio 2021) che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (*Recovery and Resilience Facility - RRF*).

<sup>8</sup> COSTANZO, (2023); CARUSO, (2022); PAPA, (2024).

regressione, di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale nel quadro del diritto dell'Unione europea.

Non può ritenersi trascurabile, a tal proposito, la circostanza per cui anche tramite la riforma costituzionale sono state ricondotte le questioni ambientali alla costituzione economica. L'evoluzione economica e tecnologica che ha reso imprescindibile la tutela dell'ambiente – si pensi, in particolare, ai fenomeni connessi al cambiamento climatico<sup>9</sup> – presenta infatti un carattere ambivalente. Mentre soddisfa i bisogni che ne hanno determinato l'emersione, genera al contempo nuove esigenze di regolazione e rischi sistemici. È stato osservato, in proposito, che, a differenza della transizione digitale – fenomeno in larga parte spontaneo e pervasivo, che richiede un intervento regolatorio volto a governarne gli effetti – la transizione ecologica costituisce un processo prevalentemente indotto, che necessita di essere promosso, orientato e sostenuto dai pubblici poteri<sup>10</sup>. A tal proposito, l'obiettivo europeo della transizione ecologica è quello di superare le sfide poste dal cambiamento climatico e dal degrado ambientale attraverso l'attuazione del *Green Deal* europeo<sup>11</sup>, che punta a rendere l'Unione europea “climaticamente neutra” entro il 2050. Tutto ciò si ripercuote sul significato ultimo da riconoscersi alla riforma costituzionale del 2022, senza tralasciare le critiche allora mosse a quest'ultima in termini di occasione mancata<sup>12</sup> e in particolar modo al nuovo rapporto tra libertà di iniziativa economica privata e rispetto dell'ambiente, sancito nel comma 3 del novellato art. 41 Cost. e al significato del termine «ambiente» di cui all'art. 9 Cost.

Sul versante giurisprudenziale, come si vedrà, inoltre, emerge la tendenza precorritrice europea a considerare la tutela dell'ambiente come legata a doppio filo, non solo con la protezione dei diritti fondamentali, quali la salute, come finora avvenuto anche in Italia, ma an-

<sup>9</sup> PALOMBINO; SÁNCHEZ BARRILAO, (2021).

<sup>10</sup> OROFINO, (2024); CAVAGGION, (2024).

<sup>11</sup> *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

<sup>12</sup> V. *supra* nota 2.

che e soprattutto quale autonomo diritto fondamentale a un clima salubre.

Il presente contributo si propone di ricostruire la natura del principio DNSH, muovendo dalla sua genesi – anche in relazione all’esigenza di contrastare fenomeni di *greenwashing* – per giungere all’analisi della sua *vis expansiva*. Particolare attenzione sarà dedicata al rapporto con la riforma costituzionale del 2022, al fine di valutare le criticità e i potenziali vantaggi che un compiuto recepimento del principio a livello nazionale può determinare in ordine all’effettiva attuazione della novella costituzionale.

## *2. La natura e la genesi del principio DNSH nel quadro della tutela costituzionale ambientale multilivello*

Il DNSH – qualificato quale principio nel Regolamento Tassonomia (considerando 35, 36, e artt. 6, 18, 25) – mira a minimizzare l’impatto negativo delle attività economiche sulle sei aree tematiche della neutralità climatica individuate nell’art. 9 e declinate in termini di attività dannose all’art. 17 del regolamento medesimo<sup>13</sup>. Come si legge all’art. 17, nel valutare un’attività economica in base ai sei criteri indicati per rilevarne la dannosità, «si tiene conto dell’impatto ambientale dell’attività stessa e dell’impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi».

Si tratta dunque di uno strumento normativo che opera *ex ante*, *in itinere*, *ex post* con riguardo all’attività effettuata, come detto, per tutti gli investimenti e le riforme finanziati dal PNRR e dal Fondo di Ripresa e Resilienza dell’UE<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Si tratta, come ricordato *supra* (par. 1), delle seguenti aree: mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai cambiamenti climatici, uso sostenibile o protezione delle risorse idriche e marine, economia circolare (inclusa la prevenzione, il riutilizzo ed il riciclaggio dei rifiuti), prevenzione e riduzione dell’inquinamento e protezione e ripristino di biodiversità e degli ecosistemi.

<sup>14</sup> Così è affermato nella Comunicazione della Commissione, Orientamenti tecnici sull’applicazione del principio “non arrecare un danno significativo” a norma del re-

Il principio è inoltre implicitamente evocato dagli obiettivi assunti dal *Green Deal* europeo, che si prefigge che «l'UE tenga fede in ogni momento all'impegno di non nuocere all'ambiente»<sup>15</sup>. A tal fine viene istituzionalizzato un modello diffuso di analisi d'impatto della regolazione teso a garantire che «le relazioni che accompagnano tutte le proposte legislative e gli atti delegati» introducano «una sezione specifica che illustra come viene garantito il rispetto di tale principio»<sup>16</sup>. Inoltre, nel Regolamento (UE) 2019/2088 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, esso è uno dei parametri che contribuisce ad integrare la nozione di «investimento sostenibile» in rapporto agli obiettivi di cui all'art. 2, che è declinata, a sua volta, con riguardo ai criteri dell'attività economica cui si riferisce.

Nonostante tali richiami, è bene precisare – ancora una volta – che l'art. 17 fa parte del quadro normativo Regolamento Tassonomia (Regolamento (UE) 2020/852). Il Regolamento è stato adottato al fine di promuovere la finanza sostenibile, ossia orientare i flussi di capitale verso investimenti qualificabili come sostenibili, in coerenza con il *Green Deal* europeo<sup>17</sup>. Quest'ultimo prevede il raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, vale a dire il raggiungimento di zero emissioni nette, mediante un equilibrio tra le emissioni di gas a effetto serra generate e la capacità di assorbimento naturale assicurata da foreste, oceani e suolo. L'obiettivo principale del Rego-

golamento sul dispositivo per la ripresa e resilienza (C/2023/111) (già pubblicata il 18 febbraio 2021, 2021/C 58/01), che ha anche precisato che il principio DNSH va inteso ai sensi del Regolamento Tassonomia. Tale Comunicazione è stata preceduta da altra Comunicazione della Commissione, recante il medesimo titolo, del 12 febbraio 2021 C(2021) 1054 final.

<sup>15</sup> COM(2019) 640 final, par. 2.2.5.

<sup>16</sup> COM(2019) 640 final, par. 2.2.5.

<sup>17</sup> Obiettivo del *Green Deal europeo* è trasformare l'UE in una società giusta e prospera, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, che a partire dal 2050 non genererà più emissioni nette di gas a effetto serra, in cui l'ambiente e la salute dei cittadini sono protetti e in cui si consegue la crescita economica grazie all'uso più efficiente e sostenibile delle risorse naturali. La comune strategia UE mira inoltre a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni COM/2019/640 final.

lamento Tassonomia è quello di introdurre un linguaggio comune e criteri uniformi per stabilire se una determinata attività economica possa essere qualificata come sostenibile sotto il profilo ambientale, o più propriamente ecosostenibile. Esso mira, infatti, a garantire che l'offerta di prodotti finanziari sia fondata su standard condivisi a livello europeo, così da prevenire fenomeni di *green-washing* derivanti dall'assenza di parametri comuni. Come chiarito nel considerando 11<sup>18</sup>, tale pratica «consiste nell'ottenere un vantaggio sulla concorrenza in modo sleale commercializzando un prodotto finanziario come eco-compatibile quando in realtà gli standard ambientali di base non sono soddisfatti»<sup>19</sup>. In questo contesto l'art. 17 stabilisce che un'attività economica può essere considerata ecosostenibile solo se non reca un «danno significativo» a uno degli obiettivi ambientali definiti dal Regolamento e dunque rileva come uno dei parametri che concorrono alla qualificazione di attività economiche ecosostenibili ai sensi dell'art. 3 del regolamento medesimo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> «[...]I requisiti per commercializzare prodotti finanziari o obbligazioni societarie come investimenti ecosostenibili, inclusi i requisiti posti dagli Stati membri e dall'Unione per consentire ai partecipanti ai mercati finanziari e agli emittenti di usare marchi nazionali, puntano ad aumentare la fiducia degli investitori e a sensibilizzarli maggiormente agli impatti ambientali di tali prodotti finanziari o obbligazioni societarie, creare visibilità e affrontare le preoccupazioni legate alla pratica della «verniciatura verde» (greenwashing) [...]».

<sup>19</sup> Il termine *green washing* è stato coniato dall'ambientalista americano Jay Westerveld. Nel 1986 lo utilizzò per descrivere l'abitudine, diffusa negli hotel, di lasciare nelle camere avvisi che invitavano i clienti a riutilizzare gli asciugamani anziché richiederne il lavaggio, con la finalità dichiarata di tutelare l'ambiente. In realtà, dietro tale messaggio si celava anche l'interesse delle strutture alberghiere a ridurre i costi legati al servizio di lavanderia e, conseguentemente, ad aumentare i propri margini di profitto.

<sup>20</sup> Ai sensi dell'art. 3 rubricato *Criteri di sostenibilità delle attività economiche* «[a] fine di stabilire il grado di ecosostenibilità di un investimento, un'attività economica è considerata ecosostenibile se: a) contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali di cui all'art. 9, in conformità degli articoli da 10 a 16; b) non arreca un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali di cui all'art. 9, in conformità dell'art. 17; c) è svolta nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia previste all'art. 18; e d) è conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione ai sensi dell'art. 10, par. 3, dell'art. 11, par. 3, dell'articolo 12, par. 2, dell'art. 13, par. 2, dell'art. 14, par. 2, o dell'art. 15, par. 2».

Pertanto, da tale ricostruzione possono derivarsi alcuni dati relativi ad un primo inquadramento giuridico concernente l'oggetto e la base giuridica del principio DNSH. Può dirsi, in primo luogo, che si tratta di un principio elaborato nell'ambito di disciplina della c.d. finanza sostenibile che dunque più che tra gli strumenti autoritativi esso è da considerarsi, per alcuni<sup>21</sup>, tra gli strumenti di mercato in quanto contribuisce alla definizione di un concetto positivizzato di sostenibilità ambientale di determinate attività economiche, ad uso degli operatori economici. Difatti, il Regolamento Tassonomia è stato adottato ai sensi dell'art. 114 TFUE, quale base giuridica funzionale all'armonizzazione del mercato interno, e non dell'art. 192 TFUE, relativo alle misure dirette alla realizzazione della politica ambientale dell'Unione. Tale scelta normativa rivela come l'intervento europeo si collochi primariamente nella prospettiva della regolazione dei mercati finanziari, pur perseguendo finalità ambientali.

Inoltre, sebbene il termine «danno» possa richiamare, sul piano semantico, la disciplina del danno ambientale – tradizionalmente informata al principio chi inquina paga – il principio DNSH se ne distingue nettamente, non inscrivendosi nella logica risarcitoria o ripristinatoria propria di quella materia.

Muovendo dal dato letterale – per ricostruirne il significato giuridico –, emerge allora un interrogativo centrale nell'analisi del rapporto tra il principio DNSH e la riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost.: il principio «non arrecare un danno significativo all'ambiente», così come definito dalla fonte europea che lo introduce, può qualificarsi propriamente come principio giuridico? È dotato di una effettiva capacità di condizionamento trasversale tale da incidere sui diversi ambiti dell'azione pubblica? E, qualora non lo si ritenga riconducibile alla categoria dei principi in senso proprio, a quale tipologia di atti o criteri normativi deve essere ascritto?<sup>22</sup>

Sebbene il principio DNSH trovi il proprio fondamento in una fonte di rango europeo, è lecito domandarsi se, nella prospettiva dell'attuazione nazionale, esso possa essere accostato – sul piano funzionale – alla categoria dei criteri direttivi di cui all'art. 76 Cost., ossia

<sup>21</sup> CARUSO, (2022).

<sup>22</sup> CASSETTI, (2024); BARELLI, (2024); FALCONE, (2024).



a parametri normativi destinati a orientare e vincolare l'esercizio di un potere discrezionale. Si tratta di una categoria tradizionale del diritto costituzionale, talvolta trascurata, ma che potrebbe rivelarsi utile per comprendere la natura conformativa del principio in esame.

Nell'ambito del Regolamento Tassonomia, inoltre, il DNSH è configurato come oggetto di una valutazione. Tuttavia, a differenza di quanto accade nel quadro del Dispositivo per la ripresa e la resilienza (Regolamento (UE) 2021/241), tale valutazione non si sovrappone alle tradizionali procedure di valutazione ambientale (VIA, VAS, AIA). L'ampiezza della sua portata, la specialità dell'oggetto considerato, la diversa individuazione del soggetto competente e il peculiare sistema dei controlli segnano infatti uno scarto rispetto alla logica propria delle valutazioni ambientali classiche, tradizionalmente orientate alla misurazione e ponderazione degli effetti di un'attività o di un'opera sull'ambiente.

Il DNSH non si traduce nella quantificazione o qualificazione degli impatti ambientali, bensì nella verifica di conformità rispetto a specifici obiettivi tassonomici, i quali presuppongono il perseguimento di un risultato definito a monte in sede politico-normativa. In questo senso, esso opera come criterio di allineamento a standard predefiniti<sup>23</sup> più che come strumento tecnico di accertamento degli effetti.

Resta tuttavia indubbio che la previsione contenuta nel Regolamento Tassonomia attribuisca alle amministrazioni nazionali un significativo margine di discrezionalità nell'apprezzamento della conformità al principio, con conseguente rilevanza delle modalità di esercizio di tale potere e dei relativi meccanismi di controllo.

Come rilevato da parte della dottrina<sup>24</sup>, il principio DNSH non appare produttivo di un obbligo generalizzato, né si configura come parametro immediatamente precettivo in senso pieno.

Ciò nondimeno, non può negarsi che, per la prima volta, vengano positivizzati criteri di ecosostenibilità delle attività economiche, destinati a incidere, quantomeno indirettamente, su ulteriori ambiti dell'ordinamento. La *vis expansiva* del principio è già *in nuce* rinvenibile nel considerando 16 del Regolamento Tassonomia, ove si afferma che «re-

<sup>23</sup> IANNUZZI, (2006).

<sup>24</sup> CARUSO, (2022).

quisiti giuridici uniformi volti a stabilire il grado di ecosostenibilità degli investimenti, basati su criteri uniformi di ecosostenibilità delle attività economiche, sono necessari come riferimento per il futuro diritto dell'Unione inteso ad agevolare lo spostamento degli investimenti verso attività economiche ecosostenibili».

Ne deriva che la complessa natura del principio DNSH e le difficoltà connesse alla sua attuazione a livello nazionale – anche in ragione dell'ambiguità, talora semantica, delle discipline di riferimento –, si proiettano inevitabilmente sul piano interno, specie in una prospettiva costituzionale multilivello<sup>25</sup>. Tali criticità incidono tanto sull'effettiva attuazione della riforma costituzionale del 2022, quanto sul coordinamento, a livello europeo, con gli altri principi che governano la materia ambientale, quali, come si è detto, il principio dello sviluppo sostenibile, il principio di precauzione, quello di prevenzione e il principio di non regressione.

### *3. Criticità applicative e vantaggi di una compiuta integrazione nell'ordinamento interno*

Rispetto alla riflessione finora condotta è necessario chiarire un ulteriore dato fondamentale concernente l'attuazione in ambito nazionale del principio DNSH. Con la circolare del 30 dicembre 2021, n. 32, contenente la *Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare un danno significativo all'ambiente (c.d. DNSH)*, aggiornata da ultimo con circolare del maggio 2024, la Ragioneria dello Stato presso il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) è intervenuta al fine di regolare l'articolazione degli adempimenti richiesti in applicazione del principio DNSH.

Emergono, dunque, proprio a tal riguardo almeno due criticità concernenti il livello nazionale. La dottrina ha rilevato come il MEF, sebbene centrale nell'attuazione del PNRR, sia privo di una potestà conformativa nell'ambito del Regolamento Tassonomia, che spetterebbe invece al Ministero della transizione ecologica e al Comitato per la transizione ecologica.

<sup>25</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2023).

La circolare amministrativa inoltre non è fonte del diritto e non ha di per sé valore normativo o provvedimentale<sup>26</sup>. In via generale, è opportuno osservare come, a cinque anni dall'adozione del *Green Deal* europeo, il quadro normativo si presenti caratterizzato da una significativa proliferazione di regolamenti europei analitici e puntuali, a fronte di un assetto nazionale ancora lacunoso e frammentario.

Con specifico riferimento all'ultima criticità evidenziata, sebbene il Regolamento sia dotato di diretta efficacia e vincolatività, è evidente che una sua piena e coerente applicazione – soprattutto con riguardo alle tutele azionabili in caso di mancato rispetto dei criteri di conformità al principio DNSH – richiede un adeguato intervento di coordinamento e attuazione a livello interno. Si consideri, peraltro, che taluni atti applicativi, come le circolari amministrative, non sono autonomamente impugnabili, con conseguenti ricadute sul piano della tutela giurisdizionale.

Ne deriva una situazione di oggettiva incertezza giuridica, che ha inevitabilmente sollecitato l'intervento della giurisprudenza, chiamata a colmare le lacune e a chiarire l'ambito applicativo del principio nel contesto ordinamentale nazionale.

La questione è stata sottoposta al giudice amministrativo<sup>27</sup>, il quale ha accolto il ricorso proposto da una società operante nel settore della logistica agroalimentare, esclusa da una misura del PNRR relativa a un finanziamento del Ministero dell'agricoltura. Nel giudizio è stata sollevata la questione della vincolatività della circolare applicativa. Il TAR Lazio ha chiarito che la circolare non ha natura formalmente obbligatoria. Tuttavia, qualora l'amministrazione competente alla definizione delle regole intenda discostarsene, è tenuta a fornire un'adeguata motivazione. Attraverso tale impostazione argomentativa, pur negando alla circolare un valore normativo in senso stretto, il giudice finisce per riconoscerle una rilevanza conformativa dell'azione amministrativa: essa opera come criterio di orientamento che, se disatteso – sia in senso più restrittivo sia più favorevole – richiede una specifica giustificazione.

<sup>26</sup> Si veda, tra le altre, Cass., sez. trib., 5 marzo 2014, n. 5137 in tema di natura e rilevanza delle circolari e delle risoluzioni ministeriali in materia tributaria.

<sup>27</sup> TAR Lazio, sez. V ter, 26 marzo 2024, n. 5923.

Si delinea così un orientamento giurisprudenziale che attribuisce alla circolare una funzione di parametro interpretativo e applicativo, idoneo a incidere sul corretto esercizio della discrezionalità amministrativa. Ulteriori pronunce del giudice amministrativo<sup>28</sup> attestano come la giuridicità dell'attuazione nazionale del principio DNSH si stia progressivamente consolidando dal basso, per il tramite dell'elaborazione giurisprudenziale, pur non essendo assenti criticità interpretative e applicative.

#### *4. La dimensione antropocentrica del principio dello sviluppo sostenibile: integrazione e bilanciamenti nel contesto del Green Deal europeo*

Chiarito tale profilo, occorre ora soffermarsi sul rapporto intercorrente tra il principio DNSH e la costituzionalizzazione dell'interesse ambientale. In questo ambito si manifesta una evidente tensione tra il *Green Deal* europeo, il PNRR, il principio «non arrecare un danno significativo» e l'attuazione della novella costituzionale del 2022.

L'art. 9 Cost., come modificato dalla legge costituzionale n. 1/2022, ha infatti introdotto, accanto alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, esplicitando una dimensione intergenerazionale dell'interesse ambientale. Tale intervento si inserisce coerentemente nel più ampio processo di transizione ecologica che interessa l'ordinamento europeo, volto a contenere e mitigare gli effetti delle trasformazioni climatiche e ambientali in atto.

Come anticipato nelle pagine introduttive, l'evoluzione tecnologica ed economica, che ha contribuito ad accrescere l'urgenza della tutela ambientale si caratterizza per una dimensione ambivalente consistente nel fatto che si affiancano alle opportunità di sviluppo e innovazione nuovi rischi e crescenti esigenze di regolazione.

Nell'ambito di questa indagine, particolare attenzione merita il rapporto tra la novella costituzionale del 2022 e il principio dello sviluppo sostenibile, al fine di individuare gli elementi comuni alla *ratio*

<sup>28</sup> Tra le quali TAR Sicilia, sez. III, 25 marzo 2024, n. 1163.

sottesa al *Green Deal* europeo – nel cui alveo si colloca il principio DNSH – e al mutamento di paradigma che ha condotto alla revisione dell'art. 9 Cost.

Il principio dello sviluppo sostenibile rappresenta, infatti, uno dei cardini del diritto ambientale, poiché ne esprime la dimensione assiologica e il carattere doveroso della tutela, configurando un vincolo in capo alle generazioni presenti a garanzia di quelle future<sup>29</sup>. In esso si condensa l'idea che la crescita economica e il progresso tecnologico debbano essere orientati entro limiti compatibili con la salvaguardia delle risorse naturali e con la preservazione dell'equilibrio ecosistemico nel tempo<sup>30</sup>.

Il principio – e al contempo obiettivo – dello sviluppo sostenibile trova un esplicito riconoscimento a livello europeo. L'art. 3, par. 3, TUE dispone che l'Unione europea «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa», fondato su «un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente» e sulla «solidarietà tra le generazioni». Analogamente, l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

La portata trasversale del principio emerge altresì dall'art. 11 TFUE, il quale prevede che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

Ne deriva che lo sviluppo sostenibile si configura come obiettivo strutturale dell'azione dell'Unione e degli Stati membri, chiamati a comporre in un equilibrio dinamico le esigenze della crescita economica con la salvaguardia di risorse naturali non inesauribili. Tale equilibrio si fonda, da un lato, sul principio di integrazione – attuato anche mediante strumenti convenzionali multilaterali, quali la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 – e,

<sup>29</sup> PALOMBINO, (2022).

<sup>30</sup> PORENA, (2017).

dall'altro, sul bilanciamento tra gli interessi delle generazioni presenti e quelli delle generazioni future.

Il principio dello sviluppo sostenibile fa ingresso espresso nell'ordinamento italiano con l'introduzione dell'art. 3-quater nel Codice dell'ambiente<sup>31</sup>. Dalla lettura della disposizione emergono almeno due profili di rilievo. Da un lato, essa realizza un recepimento generale del principio, destinato tuttavia a operare prevalentemente nell'ambito dell'attività discrezionale dell'amministrazione, chiamata a garantire priorità alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale. Dall'altro, l'attuazione dello sviluppo sostenibile viene declinata con specifico riguardo alla gestione delle risorse ambientali, che devono essere utilizzate in modo responsabile e non dissipativo.

Il Regolamento Tassonomia si conforma, tuttavia, a una nozione più ampia di sostenibilità. In esso, infatti, non rilevano esclusivamente obiettivi di matrice ambientale, ma anche finalità di carattere sociale, in linea con un approccio integrato. La nozione di sviluppo sostenibile non si esaurisce più nella sintesi tra dimensione economica e tutela ambientale, ma si proietta in un quadro volto a ricomprendere anche le esigenze di coesione sociale, come emerge tanto dal Regolamento Tassonomia quanto dal Regolamento sull'informativa in materia di sostenibilità nel settore finanziario.

In questa prospettiva, può sostenersi che attraverso il principio DNSH si recuperi quella dimensione antropocentrica che è insita nella novella costituzionale del 2022 e che, già prima della riforma, parte della dottrina aveva desunto dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., valorizzando il principio del pieno sviluppo della persona umana quale criterio orientativo dell'intero ordinamento.

<sup>31</sup> Il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 ha modificato il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente). Ai sensi dell'art. 3-quater «[o]gni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente Codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

### *5. Conclusioni. Prospettive evolutive tra mutamento di paradigma e consolidamento dell'ecosostenibilità*

Le considerazioni svolte consentono, in conclusione, di ricostruire il rapporto tra *Green Deal* europeo, principio DNSH e novella costituzionale del 2022 alla luce del mutamento di paradigma che attraversa il diritto dell'ambiente contemporaneo.

Il principio DNSH si sta progressivamente affermando come criterio di matrice europea idoneo a orientare e conformare l'intervento pubblico nell'economia. Sul piano giurisprudenziale, si coglie una tendenza – particolarmente evidente nel contesto europeo – a considerare la tutela dell'ambiente non più soltanto in connessione con diritti fondamentali già consolidati, quali il diritto alla salute, ma come espressione di un autonomo diritto fondamentale a un clima salubre<sup>32</sup>.

In tale direzione si colloca la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 aprile 2024, con cui la Svizzera è stata condannata per l'inadeguatezza delle misure adottate nel contrasto al cambiamento climatico<sup>33</sup>. La Corte ha accertato la violazione degli artt. 2 e 8 CEDU, ritenendo che la mancata adozione di misure legislative e amministrative efficaci incidesse sul diritto alla vita e sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, in quanto strettamente connessi alla protezione dalle conseguenze del mutamento climatico. La vicenda presenta evidenti analogie con il c.d. “Giudizio universale”, promosso dinanzi al giudice civile italiano da associazioni e cittadini che lamentavano l'inottemperanza dello Stato agli obblighi internazionali ed europei di riduzione delle emissioni di CO<sub>2</sub>, con conseguente pregiudizio per diritti fondamentali, inclusa la tutela della salute e la salvaguardia delle condizioni di vivibilità delle generazioni future. Tuttavia, con sentenza pronunciata nel 2024, il Tribunale di Roma ha dichiarato la domanda inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione<sup>34</sup>.

Il principio DNSH contribuisce a ridefinire la sostenibilità in una prospettiva integrata, economica e sociale, ma al contempo favorisce

<sup>32</sup> IANNUZZI, (2006).

<sup>33</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), 9 aprile 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, ricorso n. 53600/20.

<sup>34</sup> Trib. Roma, sez. II civ., sentenza n. 3552 del 26 febbraio 2024.

l'emersione di un'autonoma dimensione giuridica del diritto a un ambiente salubre. A tale evoluzione ha certamente concorso l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, sancito nel *Green Deal* europeo.

Il livello cui si colloca oggi l'Unione europea non è più soltanto quello della sostenibilità in senso lato, intesa come equilibrio tra sviluppo economico e tutela ambientale, ma quello dell'ecosostenibilità. Si allude a una dimensione giuridica più esigente, positivizzata attraverso il Regolamento Tassonomia, che introduce criteri vincolanti di conformità ambientale delle attività economiche e imprime un nuovo orientamento all'azione pubblica e privata.

A ben vedere, il principio DNSH si presta a essere indagato secondo una pluralità di dimensioni. In relazione ai programmi di investimento promossi dall'Unione europea, esso si configura come un nuovo criterio regolatore dell'intervento pubblico nell'economia, di matrice europea, destinato a orientare l'allocazione delle risorse verso attività conformi agli obiettivi ambientali. Nella sua dimensione pubblicistica, il principio si rivolge primariamente all'azione delle istituzioni europee, fungendo da parametro di conformazione delle politiche e degli strumenti finanziari dell'Unione europea. La molteplicità di prospettive che lo caratterizza costituisce un tratto fisiologico del processo di emersione di un principio giuridico. Al pari dei valori che lo sorreggono, esso presenta una struttura non pienamente sistematica, riflettendo la complessità e la trasversalità degli interessi ambientali che è chiamato a presidiare<sup>35</sup>.

Il futuro del principio DNSH, quale espressione della più ampia categoria dell'ecosostenibilità, dipenderà dalla qualità e dall'intensità della sua applicazione, ossia dalla capacità degli interpreti e delle istituzioni di valorizzarne appieno la portata, nel rispetto e nel coordinamento con gli altri principi che governano la materia ambientale<sup>36</sup>. La sua effettività sarà dunque legata alla possibilità di tradurne le potenzialità in criteri operativi coerenti e stabili. Saranno gli sviluppi normativi e giurisprudenziali a determinarne il consolidamento quale para-

<sup>35</sup> CARUSO, (2022).

<sup>36</sup> SCACCIA, (2024); SCACCIA, (2017).



metro autonomo dell'azione pubblica e privata<sup>37</sup>, ovvero a ricondurlo entro l'alveo più ampio del principio dello sviluppo sostenibile.

### *Riferimenti bibliografici*

- Almirante, D. (2022). *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'antropocene*. Bologna. Il Mulino.
- Balaguer Callejón, F. (2023). Los contextos ordinamentales de la tutela multinivel de los derechos. *LCE Online*, 3, I, 1-12.
- Barelli, U. (2024). L'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" (c.d. principio DNSH): Problemi e prospettive. *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2, 37-103.
- Bevilacqua, D.; Chiti, E. (2024). *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*. Bologna. Il Mulino.
- Bifulco, R. (2024). Nascita di un principio? La tormentata formazione del Do No Significant Harm. *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 59, 1-19.
- Caruso, G. M. (2022). Il principio "Do No Significant Harm": ambiguità, caratteri e implicazioni di un criterio positivizzato di sostenibilità ambientale. *La Cittadinanza europea*, 2, 135-183.
- Cassetti, L. (2024). L'imperativo "Non arrecare un danno significativo" all'ambiente nell'implementazione del "Green Deal" europeo. *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2, 15-36.
- Cavaggion, G. (2024). La sinergia tra transizione ecologica e transizione digitale nel PNRR. *Astrid Rassegna*, 4, 1-29.
- Costanzo, I. (2023). La valutazione di conformità al principio "Do No Significant Harm" (DNSH). *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 676-700.
- Falcone, M. (2024). Il potere conoscitivo pubblico e la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. Riflessioni su un interesse collettivo

<sup>37</sup> Appare singolare, in proposito, che la Commissione, negli Orientamenti emanati a corredo della proposta per la modifica del Dispositivo per la ripresa e resilienza per inserire i capitali dedicati al piano *REPowerEU* (Regolamento UE 2023/435), C/2024/4618, ha proposto che le misure intese a migliorare le infrastrutture e gli impianti energetici per garantire la sicurezza immediata dell'approvvigionamento di petrolio e gas non sarà necessario rispettare il principio DNSH.

- conoscitivamente condizionato. *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1, 100-117.
- Häberle, P. (2004). *La «teoría de la Constitución como ciencia cultural» en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley Fundamental*. In Francisco Balaguer Callejón (dir.) *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 23.
- Iannuzzi, A. (2006). Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano: Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale. *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, (151-152), 137-180.
- Marchetti, G. (2024). *Il principio fondamentale ambientalista nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull'assetto costituzionale*. Torino. Giappichelli.
- Orofino, M. (2024). La tutela dell'ambiente nella costruzione della società digitale europea. *Astrid Rassegna*, 4, 1-25.
- Palombino, G. (2022), *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*. Milano. Le Monnier.
- Palombino, G.; Sánchez Barrilao, J. F. (2021), La protección del medio ambiente en Europa ante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 36, 253 ss.
- Papa, A. (2024). La tutela del paesaggio: verso un nuovo bilanciamento con la salvaguardia dell'ambiente dopo la riforma dell'art. 9 della Costituzione. *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 1, 200-223.
- (2024). Transizione ecologica e transizione digitale: due milestones nella prospettiva della ripresa e resilienza del Paese. In P. Bilancia (a cura di), *L'impatto del PNRR sul sistema di governo multilivello. Opportunità e criticità*. Bologna. Il Mulino. 225 ss.
- Porena, D. (2017), *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*. Torino. Giappichelli.
- Rossi, G. (2021), Ambiente e diritto. In Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*. Torino. Giappichelli, 3.
- Scaccia, G. (2017). Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico. *Rivista AIC*, 3, 1-58.
- (2024), *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione. Scritti scelti*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.

Tripodina, C. (2023). La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente. *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 1, 332-349.



*Ángel Barredo Artiguez\**

## EL CONTROL DEL PODER EN LAS CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS Y SU NECESARIA ACTUALIZACIÓN A LA REALIDAD DIGITAL

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Cambios en el paradigma constitucional; precedentes históricos. – 3. Paradigma constitucional actual y las polémicas en cuento a su consideración. – 4. La búsqueda de una teoría que legitime el cambio de paradigma. – 5. Hacia una regulación necesaria y legítima.

### *1. Introducción*

El objetivo de este texto es presentar las razones sustanciales por las que puede hablarse de un cambio de paradigma constitucional y la imperante necesidad de abordar unas reformas jurídicas y cambios institucionales que garanticen la continuidad de las sociedades democráticas que conocemos. El control del poder y el aseguramiento de la libertad han sido, y siguen siendo, las piezas clave del entramado constitucional. Desde las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, el poder público ha sido el sujeto pasivo de los derechos subjetivos que constitucionalmente se les reconocen a los individuos. La historia y práctica constitucional ha demostrado como un Estado carente de instituciones de control es un peligro para los derechos y libertades fundamentales. Por ello, los cambios de paradigma y las diferentes aproximaciones a la idea de constitución que le sirven de base se han orientado, en gran medida, a someter al poder público a las garantías inherentes a la forma del Estado de Derecho. Un proceso gradual que ha ido adjetivando la forma estatal hasta llegar al actual Estado social y democrático de Derecho.

El reto actual al que se enfrenta el Derecho constitucional pasa por revisar las categorías clásicas de la disciplina (garantía de los derechos y libertades, separación y control del poder, etc.) para hacerlas eficaces

\* Universidad del País Vasco UPV/EHU.

ante los riesgos que presenta la realidad digital, potenciada por el proceso globalizador. Se requiere de una actualización de las instituciones que aseguran el correcto funcionamiento de los sistemas constitucionales democráticos. Unos cambios que necesariamente deben orientarse hacia el efectivo control de las grandes compañías digitales que actúan en el espacio en línea con un grado de soberanía que las convierte en auténticos poderes privados, así como en las principales responsables de las violaciones actuales de los derechos fundamentales.

## *2. Cambios en el paradigma constitucional; precedentes históricos*

El Estado social y democrático de Derecho y la consideración normativa de la constitución es el resultado último -pero no por ello definitivo- de un proceso histórico de agregación; de pruebas, errores y aciertos que ha terminado desembocando en las actuales democracias liberales. Un proceso histórico cultural que ha dado como resultado una serie de principios y valores compartidos que se consideran como el mínimo indispensable para asegurar una convivencia social pacífica asentada sobre el respeto a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Durante el proceso constructivo de esta forma estatal y los valores sobre los que se asienta, la adaptación del paradigma constitucional a las circunstancias y realidad de cada momento ha sido una constante. Conscientes de que siempre es más fácil avanzar por una senda conocida y previamente transitada, resulta conveniente recordar los ejemplos históricos que evidencian como, manteniendo siempre el foco en la necesidad de garantizar los derechos y libertades, el constitucionalismo ha sabido adaptarse a la realidad imperante en su momento, ofreciendo soluciones originales para problemas específicos. Unos precedentes que pueden servir de base suficiente para demostrar como en la actualidad han surgido nuevos riesgos para los sistemas democráticos que ponen en entredicho la efectividad de nuestras normas fundamentales.

Como es sabido, durante el siglo XIX se consolida el Estado legislativo de derecho como una forma de ruptura y superación del anterior modelo absolutista. En el continente europeo, las constituciones

nacionales se consolidan como documentos políticos que recogen los diferentes poderes estatales dividiéndolos en órganos diferenciados. De igual manera, junto a esa primera parte orgánica, se establece una parte dogmática con la incorporación a los textos constitucionales de tablas de derechos, cumpliendo así con los requisitos mínimos indispensables para que pueda hablarse de una auténtica constitución marcados por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>1</sup>.

Estas primeras tablas de derechos son los denominados por la doctrina como derechos de primera generación. Se trata de los derechos civiles de carácter individual cuyo reconocimiento rompe con la tradición del Antiguo Régimen en la que no se admitía la existencia de derechos que no derivasen de las situaciones jurídicas objetivas instituidas por el ordenamiento jurídico de la comunidad (PÉREZ LUÑO, 1993:33). Periodo caracterizado por la dilución del individuo en colectividades, como los estamentos o los gremios, sobre los que recaían los privilegios o derechos de forma grupal. El progresivo desarrollo de la organización administrativa y judicial estatal, unido a la conversión de las dependencias personales de vasallaje en relaciones económicas y laborales, contribuirán al desmantelamiento de la estructura social medieval y a poner el foco en torno a la dignidad de la persona individualmente considerada (SCHNEIDER, 1979:9). En este primer cambio de paradigma el individualismo será la fuente y consecuencia de la nueva cultura. Una concepción del ser humano que se concretará en los ámbitos político y jurídico con la búsqueda de la limitación del poder y su sometimiento a la ley y al Derecho; la creación de los derechos como esferas de autonomía y de participación política – si bien muy restringida –; y la separación de poderes.

En este esquema el derecho deberá cumplir, por una parte, una función garantizadora de la autonomía de la voluntad individual y, por otra, una función represora para castigar las violaciones que restrinjan

<sup>1</sup> “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”. Art. 16 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>.

ese libre juego (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2010:75-76). Un paradigma constitucional temeroso del poder público, al que contempla como principal amenaza a las libertades individuales recién conquistadas, y para el que la acción estatal únicamente debe orientarse hacia la garantía de lo voluntariamente acordado por los individuos en la sociedad civil. Una visión del poder público totalmente restringida e instrumental de los valores de libertad e igualdad formal imperantes en la época.

La igualdad formal y la supuesta neutralidad del aparato estatal como ejecutor de la voluntad general expresada por la ley no pudo seguir ocultando una realidad social marcada por el conflicto. El Estado liberal burgués excluía a la mayor parte de la población del proceso democrático y el sistema empezó a considerarse por la mayoría como un sistema de dominación en la que los destinatarios de las normas no participaban en su elaboración. La ley era, por lo tanto, el resultado de los intereses de un grupo social concreto: la burguesía. Las demandas por una mayor participación irán abriéndose paso por las diferentes naciones hasta que se acabe por reconocer el sufragio universal, dando comienzo a una nueva forma de Estado y con ella, a un cambio de paradigma.

Con la nueva forma democrática se pone de manifiesto un peligro potencial a los derechos y libertades públicas que había permanecido latente en el Estado liberal decimonónico europeo por la imposibilidad de acceso de grupos e ideas contrapuestas a las de la burguesía en la formación de la voluntad estatal. El orden legal burgués no disponía de protección alguna frente al titular del poder que establece el derecho, es decir, el poder legislativo no encontraba más restricciones que su propia autolimitación. El derecho ordinario no ofrecía garantía alguna frente a las amenazas de la libertad emanadas del propio Parlamento. La ley, entendida como resultado de la voluntad general expresada por una asamblea que actúa en representación de la nación, deja de ser considerada como un instrumento neutral al conflicto social y aparecerá entonces, como el resultado de una voluntad política y de una mayoría concreta surgiendo la necesidad de establecer un límite positivo al poder del legislador (FIORAVANTI, 2020:118-119). Consientes de la posible transformación del régimen democrático en una



tiranía de las mayorías<sup>2</sup>, se llega a la conclusión de que los derechos fundamentales no pueden depender de la voluntad del gobernante, sino que, debiendo estar jurídicamente garantizados, se hace indispensable el establecimiento de una disposición normativa de rango superior que vincule la formación del derecho a la observancia de ciertos valores de carácter material y no solo de forma procedimental (GRIMM, 2006:101).

Se trata este último de otro cambio de paradigma tanto en la consideración de los derechos fundamentales como de la propia norma constitucional. Esta última pasará a ocupar el vértice de la pirámide normativa del Estado como la norma suprema de la que emana la validez del resto de disposiciones, es decir, la creación normativa queda sujeta a normas que son tanto su fundamento como su límite (De OTTO, 1987:14), de suerte que todos los poderes constituidos del Estado quedan sometidos a Derecho. Durante el periodo de entreguerras, en Europa, surgirán los Tribunales Constitucionales como nuevas instituciones a las que se encargará la fiscalización y aseguramiento de que toda actuación estatal, sobre todo la concerniente a la labor legislativa, es acorde y respetuosa con lo dispuesto por la Constitución.

Este nuevo paradigma en la idea de Constitución y de los derechos fundamentales, se desarrollará principalmente durante la vigencia de la República de Weimar. Considerado por algunos autores como una adaptación del ideal del Estado burgués de Derecho<sup>3</sup>, el nuevo paradigma constitucional acabará de consolidarse tras la Segunda Guerra Mundial con el advenimiento de las democracias después del oscuro periodo totalitario. Un cambio que, al igual que el acontecido durante

<sup>2</sup> Un riesgo advertido por diferentes teóricos durante el siglo XIX años antes de la consolidación de la democracia de masas. Destaca John Stuart Mill, para quien “la voluntad del pueblo significa la voluntad de la porción más numerosa del pueblo, de la mayoría [...] el pueblo, por consiguiente, puede desear oprimir a una parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier otro abuso del poder” (STUART MILL, 2015:71-72).

<sup>3</sup> Carl Schmitt sostendrá que “el concepto ideal todavía hoy dominante de constitución es el ideal de constitución del Estado burgués de Derecho [...] se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado con la protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado [...] e introduciendo frenos en el ejercicio del poder público” (SCHMITT, 2021:80).

el siglo XIX seguía considerando al poder público como la fuente principal de los riesgos para la garantía de los derechos y libertades fundamentales y de la propia democracia que se pretendía consolidar.

Sin embargo, será bajo el sistema constitucional democrático donde se desarrolle la fórmula del Estado social o Estado del bienestar. Un nuevo paradigma que dotará al poder público de nuevas funciones proveedoras y deberes de promoción de intereses sociales antes adscritos a la esfera de la sociedad civil. Una demanda de aquellos grupos sociales hasta entonces excluidos de proceso democrático y del acceso al poder del Estado.

Será bajo esta nueva fórmula estatal en la que la consideración clásica del poder público como única amenaza para las libertades individuales empiece a ser reinterpretada. El Estado adquirirá un papel preponderante en la sociedad con la promoción y plena garantía de los derechos sociales, económicos y culturales.

Se ha intentado exponer, de forma breve y concisa, un recorrido histórico que sirva para ejemplificar como la significación actual de los derechos fundamentales es el resultado conjunto del papel que en cada época histórica han representado para hacer frente a diferentes necesidades. Un proceso de cambio propiciado esencialmente por la necesidad de asegurar un espacio de libertad frente a las diferentes facetas y formas del poder. En un primer momento fueron concebidos como derechos naturales individuales de carácter preestatal, cuya función radicaba en garantizar a las personas un espacio protegido frente a las intromisiones de los poderes públicos. Unos derechos caracterizados por una concepción de libertad negativa que exigía una contención en la actuación de los poderes del Estado como una garantía de su protección.

Del empuje social hacia una mayor participación política en el aparato estatal surgirá una nueva dimensión con el reconocimiento de derechos que posibiliten la influencia en la formación de la opinión pública. Esa nueva dimensión de los derechos fundamentales alteró el equilibrio de poderes existentes en el Estado liberal clásico, donde los derechos no se contemplarán únicamente como esferas individuales protegidas de intromisiones estatales sino también como garantías de participación en la formación de la voluntad estatal. A medida que dichos derechos políticos se reconocen a un mayor número de sujetos, la

forma estatal deviene democrática y trae consigo nuevos peligros para los derechos y libertades. Ante la amenaza de hacer depender el contenido de los derechos fundamentales de mayorías coyunturales, los derechos políticos se convertirán en garantías procedimentales para proteger a las minorías (SCHNEIDER, 1979:12). En el mismo sentido, la norma fundamental devendrá normativa, constituyéndose como cúspide del ordenamiento jurídico y parámetro de validez del resto de disposiciones, sometiendo así al hasta entonces irrestricto poder legislativo junto al resto de poderes del Estado. Un Estado que, lejos de ser considerado como una amenaza para la libre realización de la autonomía de la voluntad, se convertirá en el garante y promotor de los propios derechos y de los valores y principios a estos adscritos.

### *3. Paradigma constitucional actual y las polémicas en cuento a su consideración*

El desarrollo y fundamentación de una teoría concreta de la Constitución y del Estado desbordaría el objeto de esta comunicación. No obstante, resulta conveniente hacer una breve mención a la idea de constitución normativa que aquí se maneja, así como a la forma de Estado social y democrática de Derecho, que permita esclarecer el paradigma que se considera superado por los nuevos peligros a los que se enfrentan los derechos fundamentales.

#### Constitución normativa:

Se parte de la teoría normativa de la constitución formulada por García-Pelayo. Una teoría definida por el maestro iuspublicista cuya clarificadora lectura precisa su transcripción directa: La constitución se concibe como un “complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. Se basa en la creencia de poder establecer de una vez para siempre y de manera general, un esquema de organización en el que se encierre toda la vida del Estado y se subsanen todos los casos particulares posibles” (GARCÍA-PELAYO, 1993:34). Se entiende la constitución como un todo normativo que posibilita la existencia tanto del Estado como de la so-

ciudad civil sirviendo además como nexo entre ambas, marcando no sólo los límites del poder sino las metas a las que este debe llegar y el aseguramiento de que todos puedan alcanzar dicho poder. En esta nueva forma estatal, constitucional y democrática, la esencia del proceso del poder consiste en la necesidad de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que compiten en la sociedad asegurando que la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana queda garantizada (LOEWENSTEIN, 2018:27).

Peña Freire (1997:58-59) expone con claridad en su teoría de la garantía como frente a la definición inicial del sometimiento de todo poder público a la ley, se buscará una nueva fórmula que asegure el sometimiento de todo poder del Estado a derecho. Como resultado surgirá la constitución normativa que asegurará la máxima vinculación al derecho de todos los poderes del Estado, así como de su producción normativa. Las normas constitucionales son vinculantes al quedar situadas por encima de los poderes del Estado y fuera de su campo de acción. Una forma de que los poderes públicos no puedan disponer del sentido y contenido de las normas constitucionales garantizando así la vigencia de los derechos fundamentales frente a potenciales violaciones por parte de aquellos poderes que supuestamente están llamados a asegurarlos y dotarlos de contenido.

#### Concepción de la democracia valorativa:

Junto a la idea de constitución surge la polémica en torno a las diferentes concepciones de la democracia. Por un lado, una teoría procedimental o formal de la democracia en la que los derechos fundamentales democráticos no prefiguran el contenido de las decisiones emanadas del poder democrático, sino que garantizan la posibilidad de renovar tales contenidos. Por otro lado, la teoría sustantiva o valorativa de la democracia sitúa la dignidad de la persona en el centro del sistema vinculando a todos los poderes del Estado a asegurar y promover su efectiva vigencia (BÖKENFÖRDE, 2000:80).

De la concepción concreta que se tenga de la democracia – procedimental o sustantiva – se deriva la polémica entre la teoría de la constitución abierta y la constitución como sistema material de valores. Parte de la doctrina entiende la democracia como un sistema consistente en el reconocimiento y la garantía del pluralismo político; por ello, la norma fundamental no puede concebirse sino como una Cons-

titución “abierta” precisamente orientada al aseguramiento de la libertad de todas las opciones políticas. La otra alternativa, en cambio, considera que el sistema democrático, más allá de asegurar el pluralismo, debe encarnar una serie de valores sin los cuales la democracia quedaría vaciada de contenido y devendría irrealizable: libertad, igualdad, dignidad humana, participación... En esta concepción la Constitución adquiere un papel más significativo al convertirse en la norma que garantice ese “sistema material de valores” (ARAGÓN REYES, 1999:41.42).

Ambas teorías reconocen que la fórmula democrática reclama la regla de la mayoría para decidir. No obstante, esta regla es tan decisiva para la democracia como aquellas otras que garantizan la posibilidad de establecer, en igualdad de condiciones, otras mayorías alternativas. Por ello, no puede permitirse que la mayoría política actual anule los derechos básicos que aseguran las condiciones mínimas de libertad que permiten la posibilidad de formación de mayorías en el futuro (ASENSI SABATER, 1998:154-155). Ello impone, no sólo el respeto, sino también la efectiva garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas a todos los poderes del Estado.

Como ya se ha mencionado, el Estado democrático constitucional, como resultado del proceso histórico, se caracteriza por una constitución normativa que posibilita la propia existencia del Estado y la sociedad como esferas separadas pero unidas precisamente por el propio texto fundamental. Se constituye un sistema institucional procedimental que permite el acceso al poder por parte de los gobernados a la vez que establece un orden material de valores concretos que deben servir de guía y fundamento para las acciones de ese poder. De esta forma, no sólo se establecen unas formas específicas de actuación de los poderes públicos, sino que, además, se garantiza una serie de elementos objetivos, así como el establecimiento de metas, cuyo aseguramiento y puesta en práctica se encomienda al propio Estado (SCHNEIDER, 1979:16).

#### Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales:

Dichas metas y valores se representan por los principios ordenadores del sistema, así como por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Bajo esta dimensión, los poderes públicos no sólo deben abstenerse de entrometerse en la esfera individual protegida por

los derechos fundamentales, sino que adquieren, además, la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista pretensión subjetiva por parte del titular (TAJADURA TEJADA, 2024:47). Además de la norma formal, órganos competentes y procedimiento preestablecido, los derechos fundamentales conforman la norma material fundamental del sistema con los principios y valores superiores del ordenamiento. Permiten, actuando como guía para el poder legislativo, establecer los límites y el contenido posible del resto de normas (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1997:543-544)<sup>4</sup>.

De la evolución experimentada por el concepto de constitución se desprende, necesariamente, esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales. La norma fundamental se erige como un orden de valores ligado a la dignidad humana y a los derechos a esta vinculados. La Constitución es norma suprema y directamente vinculante tanto para los órganos del Estado como para toda persona, grupo o institución. En otras palabras, se ha erigido como el parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de Derecho. Es decir, se produce un efecto de irradiación que, desplegándose en un plano vertical pero también horizontal, obliga de igual manera a los entes públicos y privados (SALEM GESELL, 2017:106-107).

Una dimensión objetiva que convierte a los derechos fundamentales en valores que impregnan todo el sistema; la esfera jurídico-política estatal, así como las relaciones privadas. De suerte que se convierten en mandatos de acción y protección dirigidos a los poderes públicos desbordando su clásica consideración subjetiva como derechos de defensa frente al Estado. Se trata de una teoría consolidada en países de nuestro entorno que dio comienzo en Alemania a través de la doctrina contenida en la sentencia *Lüth*. En esta, el Tribunal de Karlsruhe reconoció que “la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral, sino que ha establecido, un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales. [...]”

<sup>4</sup> Para una clarificadora exposición se recomienda la lectura completa de su brillante discurso “De la función de los Derechos Fundamentales”, pronunciado el 11 de febrero de 1997.

Este sistema de valores aporta directivas e impulsos al poder legislativo, a la Administración y a la Judicatura. [...] se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorios también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares”<sup>5</sup>. Una concepción de los derechos fundamentales acogida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal de garantías desde sus primeras sentencias<sup>6</sup>.

Se pretende justificar así que en un Estado social y democrático de Derecho<sup>7</sup>, bajo una concepción de la constitución como un orden material de valores, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva que irradia todo el ordenamiento jurídico y que implica que los poderes públicos no sólo deben abstenerse de limitar dichos derechos, sino que además deben establecer las garantías suficientes para que los mismos sean respetados. Así podría justificarse una legítima intervención reguladora del poder público para limitar a los poderes privados en aquellas actuaciones en las que violen los mínimos indisponibles de los derechos fundamentales. En este caso se haría desde una lógica de defensa de los derechos a través de la legitimación de una acción estatal encaminada a la protección del propio sistema, hacer respetar las reglas del juego y poner en práctica la idea constitucional básica de garantizar la libertad frente a poderes incontrolados y arbitrarios.

Por lo tanto, para asegurar la democracia y las libertades que le son inherentes resulta necesario proteger el proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas frente a excesos de poder que pue-

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán, Caso Lüth *BVerfGE* 7, 198 (207), en SCHWABE, J. Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Konrad Adenauer Stiftung.

<sup>6</sup> Sirva como ejemplo la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5 (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981)

<sup>7</sup> Forma estatal imperante en la actualidad en los países de Europa occidental bajo la cual puede legitimarse una actuación del poder público en defensa de los Derechos Fundamentales y definida por Torres del Moral como “un estadio en el que, a la vieja aspiración a la limitación jurídica del poder (tesis), se le une la de que, sin embargo, ese poder actúe e incida en la sociedad para remodelarla (antítesis), lo que sólo puede hacer lícitamente ese poder (síntesis) si está legitimado democráticamente, si respeta los procedimientos jurídicos, si garantiza los derechos y libertades, si es responsable de su actuación y si no bloquea los mecanismos de reversibilidad de sus opciones políticas” (TORRES DEL MORAL, 1991:86-87).

dan poner en cuestión su carácter de proceso libre y abierto. El camino para lograrlo debe necesariamente pasar por el establecimiento de límites para el ejercicio del poder allí donde se impida o se excluya la posibilidad del acceso y de la participación de otros (BÖKENFÖRDE, 2000:82). Unos límites que en las democracias constitucionales actuales no deben orientarse tanto hacia el poder público como hacia los poderes privados, quienes presentan los mayores riesgos para un proceso democrático libre y garantista.

#### *4. La búsqueda de una teoría que legitime el cambio de paradigma*

En este contexto, en las actuales democracias constitucionales los principales riesgos a los derechos y libertades públicas, como condiciones indispensables del régimen democrático liberal, no vienen de la mano del poder público estatal, pues éste se encuentra sometido a toda una estructura jurídico-institucional que se sustenta precisamente sobre la garantía de esos mismos derechos. El principal peligro lo representan, en cambio, una suerte de poderes privados que escapan de todo control jurídico y que actúan, además, en un espacio digital de carácter global.

Desde la teoría normativa de la constitución y de la democracia valorativa se aboga por una intervención de los poderes públicos orientada a garantizar el respeto de los derechos fundamentales por parte de las grandes compañías tecnológicas que operan en la esfera digital. De forma más precisa, se pretende defender una intervención pública que asegure el correcto funcionamiento del proceso democrático, garantizando los derechos sobre los que este se fundamenta.

Como viene reiterándose, el nuevo cambio de paradigma constitucional requiere adaptar las categorías constitucionales clásicas – limitación del poder, derechos y libertades, etc. – a la nueva realidad global y digital. El derecho constitucional se ha centrado en la limitación del poder público a través del Derecho. El objetivo de esa limitación era asegurar los derechos y libertades fundamentales de intromisiones ilegítimas. Todo el entramado institucional de la democracia constitucional y del Estado de Derecho se ha orientado a que la sociedad, como entidad separada del Estado –y que lo posibilita–, pueda



orientar la acción de éste hacia los fines que considere legítimamente perseguibles en cada momento. Una configuración institucional del Estado democrático como instrumento para garantizar los derechos y libertades de los individuos que viven en sociedad.

De esta forma, el Estado debe quedar constreñido a no influir en ese proceso de orientación de sus propios objetivos, un proceso que se materializa a través del procedimiento electoral. Es precisamente en el juego democrático donde las plataformas digitales, como poderes privados, representan los mayores riesgos y hacia donde se deben reorientar esas categorías clásicas de Derecho constitucional que venían siendo legítimamente aplicadas al sometimiento del poder del Estado.

Este cambio de paradigma se caracteriza, fundamentalmente, por la aparición de un nuevo espacio de actuación y de unos nuevos sujetos jurídicos:

La globalización ha propiciado una ruptura de la estructura jurídico-institucional clásica del Estado-nación. Un paradigma que concebía la constitución como la cúspide del ordenamiento jurídico estatal, aplicable en el territorio concreto del Estado del que formaba parte. Hoy en día los sujetos del conflicto social que debían quedar representados en el texto fundamental actúan desde terceros países desbordando la jurisdicción estatal. Una realidad que se ve agravada por el hecho de que el espacio de actuación de los nuevos sujetos es “en línea” y no físico.

Las últimas décadas del pasado siglo trajeron consigo el desarrollo exponencial de internet y el nacimiento de las primeras empresas que operarían en el entorno en línea: las compañías digitales. Estos sujetos jurídicos son representados por empresas como, por ejemplo, las plataformas en línea y los motores de búsqueda<sup>8</sup>. Durante los primeros

<sup>8</sup> Las plataformas en línea son aquellas empresas cuya actividad consiste en prestar un servicio de alojamiento de datos, y que, a petición de sus usuarios, almacenan y difunden información a terceros, por ejemplo, las redes sociales. Por su parte, los motores de búsqueda en línea permiten a sus usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de todos los sitios web, el ejemplo más representativo sería el buscador Google. Para una definición y clasificación de tipos más exhaustiva: artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

años de su desarrollo internet se percibía como un sector prometedor que no había desplegado aún todo su potencial. La sociedad, por su parte, carecía aún de información suficiente para prever los riesgos asociados a la acumulación de poder por parte de las nuevas compañías.

Resulta clarificador analizar las implicaciones que la actuación descontrolada de este tipo de compañías está teniendo en diferentes aspectos de los procesos electorales y en la salud democrática de nuestros Estados.

En primer lugar, la polarización ideológica potenciada por el diseño de sus algoritmos puede ejemplificarse con las conocidas como “echo chambers” o cámaras de resonancia mediática<sup>9</sup>. Los usuarios, mediante sus interacciones en la plataforma, proporcionan una información que es procesada mediante algoritmos creando un perfil concreto, pudiendo personalizar el contenido al que dicha persona accede de manera precisa. Si bien es cierto que el usuario puede acceder a cualquier información contenida en la plataforma realizando una búsqueda, en un primer momento, es la propia plataforma la que proporciona la información concreta al usuario teniendo en cuenta sus propios gustos e inclinaciones (TERUEL LOZANO, 2023:186-187). De esta forma, se potencia que los usuarios interactúen con un grupo cada vez más reducido de personas que tienden, además, a reforzar sus propias creencias y opiniones. A ello se suma que las opiniones, protegidas por la privacidad y la seguridad que proporciona el anonimato en internet, tienden a ser mucho más extremas, algo que favorece que se pase más tiempo en la propia plataforma, se generen más datos, y como consecuencia, las primas para las empresas anunciadoras suban de manera considerable – cuantas más interacciones mayor publicidad – (BALAGUER CALLEJÓN, 2022:72 y ss.), algo que se podría evitar diseñando algoritmos menos incendiarios.

En segundo lugar, la posición casi monopolística que ocupan las empresas digitales del espacio público y su poder, casi soberano, de promocionar o limitar mensajes afecta de manera directa a la libertad de expresión e información. El valor que el pluralismo y el libre inter-

<sup>9</sup> Para una posición contraria a la tesis de las “echo chambers”: BARBERÁ (2020:34-35) in PERSILY, TUCKER (2020).

cambio de ideas tienen en la configuración de un régimen democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos encaminada a determinar, seleccionar o limitar la circulación libre de ideas y opiniones<sup>10</sup>. Sin embargo, en la actualidad, las actividades que provocan una violación de dichos derechos vienen en mayor medida de la mano de las compañías digitales, que prohíben ciertos discursos o impulsan otros. No se trata únicamente del atractivo que pueda suscitar un mensaje concreto sino de la configuración y capacidad concreta del algoritmo para que éste sea promocionado o quede relegado a la insignificancia.

En el entorno en línea, la libre circulación de ideas no es tan libre como cabría suponer, y al igual que se controla a los poderes públicos para que no interfieran en su desarrollo y formación, los poderes privados deberían quedar sujetos a una regulación similar y con las mismas garantías.

### *5. Hacia una regulación necesaria y legítima*

Las injerencias en los procesos democráticos parten de la violación sistemática de los derechos fundamentales que llevan a cabo este tipo de compañías. Por el continuo y descontrolado manejo y procesamiento de datos, acceden a una información de carácter personal que requiere una intervención pública en su defensa. Una regulación estatal de la esfera privada que puede quedar legítimamente justificada por la anteriormente mencionada dimensión objetiva de los derechos fundamentales. De esta suerte, los poderes públicos están llamados a garantizar el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Además de los mencionados derechos fundamentales en riesgo, es preciso garantizar los bienes jurídicos colectivos como la protección general de las libertades, el correcto funcionamiento de la democracia, la pluralidad de las comunicaciones, la protección frente a la manipulación informativa, evitar la polarización social y los efectos intimidatorios que puede generar sobre la población un sentimiento de conti-

<sup>10</sup> STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4º. Sentencia citada por PRESNO LINERA (2022:52).

nua vigilancia. De suerte que el control de los datos facilita el desarrollo de un poder social sin precedentes – contrario a los principios del Estado social y democrático de Derecho –, resulta del todo necesario desarrollar mecanismos eficaces capaces de controlarlo y contrarrestarlo jurídicamente (COTINO HUESO, 2022).

El marco jurídico que regula este tipo de compañías se asienta en el Derecho de la Unión Europea. Como se ha mencionado, la nueva dimensión globalizada e internacional hace necesario que los reguladores de dichas compañías sean entidades supranacionales con capacidad normativa suficiente. Las disposiciones europeas en la materia – como el Reglamento de Mercados Digitales<sup>11</sup>, el Reglamento de Servicios Digitales<sup>12</sup> o el Reglamento sobre transparencia y segmentación en la publicidad política<sup>13</sup> – han ido variando en los últimos años para adaptarse a los cambios que se han dado en los servicios de la sociedad de la información, y especialmente, a los servicios intermediarios que prestan estas compañías digitales. En la actualidad, estas empresas llevan a cabo un procesamiento masivo de datos que abarca desde el mero conocimiento del uso que se hace del dispositivo hasta preferencias e inquietudes personales y que, al ponerlos en relación, obtienen información con valor añadido, una práctica conocida como *Big Data* o “macrodatos”<sup>14</sup>. Como advierten algunos autores, se trata de una herramienta que confiere a su poseedor un poder de carácter anónimo y absoluto que permite acceder a lo más profundo de la intimidad de los usuarios y conocer todo sobre ellos sin que éstos sean siquiera cons-

<sup>11</sup> Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

<sup>12</sup> Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

<sup>13</sup> Reglamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política.

<sup>14</sup> “El *Big Data* supone la obtención y análisis constante de ingentes cantidades de datos, incluidos personales, que provienen de diferentes fuentes y que son objeto de un tratamiento automatizado por parte de avanzadas técnicas computacionales y algoritmos matemáticos” (MARTÍN JIMÉNEZ, 2024: 219).

cientes de ello. Un poder que los regímenes más autoritarios del pasado siglo no serían capaces de concebir (GONZÁLEZ DE LA GARZA, 2018:272-273).

Situaciones como el escándalo de Cambridge Analytica o las interferencias durante el referéndum del BREXIT en 2016, han demostrado la necesidad de revisar una regulación obsoleta. Desde la entrada en vigor del Reglamento general de protección de datos<sup>15</sup>, hasta la reciente normativa en materia de mercados y servicios digitales, y el Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado este mismo 2024, puede constatar un cambio regulatorio que intenta dar respuesta a los riesgos actuales. Para lograrlo, se intenta establecer un mayor control sobre estos nuevos poderes privados para proteger los sistemas constitucionales y los valores democráticos de los Estados miembros.

### *Referencias bibliográficas*

- Aragón Reyes, M. (1999). *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Asensi Sabater, J. (1998). *La época constitucional*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Balaguer Callejón, F. (2022). *La Constitución del algoritmo*. Zaragoza. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Barberá, P. (2020). Social Media, Echo Chambers, and Political Polarization. En Persily, N and Tucker, J.A. *Social Media and Democracy*. Cambridge University Press. pp. 34 a 55.
- Bökenförde, E.W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid. Trotta
- Cotino Hueso, L. (2022). Nuevo paradigma en la garantía de los Derechos Fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial. En Cotino Hueso, L. y Bauzá Reilly,

<sup>15</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

- M. *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- De Otto, I. (1987). *Derecho Constitucional; Sistema de fuentes*. Barcelona. Ariel.
- Fioravanti, M. (2020). *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. Madrid. Trotta.
- García-Pelayo, M. (1993). *Derecho Constitucional comparado*. Alianza Editorial.
- González de la Garza, L.M. (2018). La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el *microtargeting* y el *big data*. *Revista de Derecho Político*, N.º 103, septiembre-diciembre.
- Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid. Trotta.
- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Ariel.
- Martín Jiménez, F.J. (2024). Big Data: Riesgos y soluciones desde el Derecho y desde los principios. *Revista de Derecho Político*, N.º 119, enero-abril.
- Peces-Barba Martínez, G. (2010). *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*. Madrid. Dykinson.
- Peces-Barba Martínez, G. (1997). De la función de los Derechos Fundamentales. Discurso pronunciado en la sesión del día 11 de febrero de 1997.
- Peña Freire, A.M. (1997). *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*. Madrid. Trotta.
- Pérez Luño, A.E. (1993). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid. Tecnos.
- Presno Linera, M.A. (2022). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Marcial Pons.
- Salem Gesell, C. (2017). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Derecho Público*. Núm. 86, pp. 105-115. Universidad Católica de Chile.
- Schneider, H.P. (1979). Peculiaridad y función de los derechos. Fundamentales en el Estado constitucional democrático. *Revista de Estudios Políticos*, N.º 7, enero-febrero.
- Schmitt, C. (2021). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Editorial.

- Schwabe, J. Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Konrad Adenauer Stiftung.
- Stuart Mill, J. (2015). *Sobre la Libertad*. Madrid. Alianza Editorial.
- Teruel Lozano, G. (2023). Libertad de expresión, censura y pluralismo en las redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio europeo. En Balaguer Callejón, F., y Cotino Hueso, L. (Coord.), *Derecho Público de la Inteligencia artificial*. Zaragoza. Fundación Giménez Abad.
- Tajadura Tejada, J. (2024). *Los derechos fundamentales y sus garantías*. Valencia. Tirant lo blach.
- Torres del Moral, A. (1991). *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*. Madrid. Universidad Complutense.





*Amir Al Hasani Maturano\**

UN GRADO DE ¿CONFIANZA?  
CON EL ACTUAL MARCO JURÍDICO EUROPEO ANTE  
EL RETO DIGITAL Y SU IMPACTO A LOS DERECHOS

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La IA y su ensamble con la teoría general de los derechos fundamentales – 3. El nuevo marco normativo europeo: ¿incertidumbre o seguridad? – 4. Conclusiones provisionales.

*1. Introducción*

El estudio se realiza en el marco de investigaciones enmarcadas dentro del estudio del Grupo de Investigación: Inteligencia Artificial y Derecho: análisis de la responsabilidad de los daños derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial (PID2022-140944OA-100).

La línea metodológica principal utilizada para la elaboración del texto será la dogmática. Con todo, en algunos puntos se realiza un fugaz análisis normativo crítico a la reciente normativa europea aprobada.

El *inatajable* progreso y desarrollo tecnológico requiere un reparo para discernir si encaja con los enfoques dogmáticos – aceptados mayoritariamente- sobre la Teoría General de los Derechos Fundamentales. A partir de una visión analítica, en la actualidad, la ciencia jurídica se cuestiona: si se requiere una actualización de esos postulados o, en todo caso, deben ser modificados por otros nuevos.

Ello tiene causa en que este desarrollo o progreso tecnológico no puede ser causa para una vulneración prolongada a los derechos fundamentales<sup>1</sup>. Esto es, el desarrollo tecnológico presente no puede incidir a su vez en un deterioro de los logros alcanzados en un Estado Democrático de Derecho. Pensemos, a modo de ejemplo, en determi-

\* Universidad de las Islas Baleares.

<sup>1</sup> La ausencia de control se deriva de los avances tecnológicos que generan nuevas formas de lesionar los derechos fundamentales, y que se mueven en una zona oscura (BALAGUER CALLEJÓN, 2022, 167).

nados derechos fundamentales como la protección de datos, el ejercicio de la libertad de expresión, la intimidad, que son susceptibles de una vulneración – persistente en ocasiones – por el uso corriente o la utilización de sistemas de IA.

Por otra parte, este creciente desarrollo mediante la utilización de Inteligencia Artificial (en adelante IA), ya, genera respuestas jurídicas por parte de los Poderes Públicos. Ya que, a la fecha, se observa un claro desarrollo legislativo a determinados derechos fundamentales relacionados o con incidencia respecto a la IA.

La IA se halla en un imparable progreso que contribuirá a desarrollar beneficios diversos a las actividades sociales y a sectores económicos. Tal es la transformación o impacto social acontecida que se requiere una atención *cuidadosa* por parte de la ciencia – en sentido genérico –. Y, por supuesto, por parte de la ciencia jurídica. Ante esas repercusiones importantes que puede tener la IA a la sociedad debe desarrollarse de acuerdo con los valores de la Unión y los derechos y libertades fundamentales consagrados. En resumidas cuentas, una nueva realidad que debe aspirar al bienestar humano, sin que con ello socave las libertades cívicas y derechos fundamentales consagradas por el constitucionalismo (AL HASANI MATURANO, 2024, 28). Como apunta (COECKELBERGH, 2023, 181): “la IA es (de) nuestro tiempo y, por tanto, la IA es allí donde tenemos que saltar y reflexionar”. Se espera que los sistemas de IA garanticen los aspectos esenciales como la igualdad y la protección de las personas, para ello se les exige ciertas obligaciones de transparencia y el mantenimiento ético de las medidas que adoptan (ESTER SÁNCHEZ, 2023, 127).

El uso comercial de la IA debe ofrecer confianza a la sociedad, y ello tiene origen en unos parámetros éticos.

Como nadie ignora, sin esa concienciación por parte de los operadores y estudiosos del ámbito jurídico<sup>2</sup>, como también la *puesta en punto* de los representantes políticos, tropezaremos con problemas múltiples que afectarán a la sociedad en su conjunto, y al individuo como tal. Al fin y al cabo, el binomio derechos y nuevas tecnologías es

<sup>2</sup> Los autores consideran que los juristas deben velar por un ecosistema antropocéntrico. El derecho debe guiar y orientar la tecnología para que siga las vías del respeto a un sistema axiológico de valores (VVAA, 2019,13).

una cuestión de estudio previo, si bien, con una enorme complejidad<sup>3</sup> y sin respuestas rotundas entre ambas posiciones.

En otro orden de cosas, las conceptualizaciones originales de la IA provienen originariamente de los estudios de la ciencia computacional y matemática, pues en ese campo las investigaciones científicas han dado sus frutos prácticos que percibimos: en herramientas o usos tales como la de los algoritmos, la ciencia de datos, el aprendizaje de las máquinas (*machine learning*), etc.

La Ley de IA se publicó el 12 de julio de 2024 en el Diario Oficial de la Unión Europea. Con todo, el periplo cronológico para la concepción de ese Reglamento – conocido como Ley sobre IA – fue prolongado. En primer lugar, en abril de 2021 la Comisión se propuso su regulación. Y, posteriormente tuvo un debate rígido entre los distintos actores, principalmente por las comisiones del Parlamento Europeo, la de Mercado Interior y la de Libertades Civiles, Comisión y Consejo de la UE.

A todo esto, la Ley sobre IA presenta una definición sugestiva de IA y sistemas de IA. Ahora bien, no existe globalmente un concepto unívoco que determine sus características. En concreto, en su art.3 define "sistema de IA", como: "*un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales*". A su vez, recoge en este mismo artículo, otros términos relacionados directa o indirectamente con esta tecnología, como son: riesgo, proveedor, implantador, importador, distribuidor, *deep fake*, datos de entrada, datos biométricos, etc.

A grandes rasgos, el cuerpo de la Ley IA aborda los sistemas de IA de alto riesgo o los inaceptables, en cambio, no regula los de riesgo mínimo. Y, la mayoría de las obligaciones van dirigidas a los proveedores: aquellos que pretendan comercializar o poner en servicio sistemas de IA de alto riesgo en la UE.

<sup>3</sup> Abogan por la seguridad jurídica para evitar los vacíos normativos y las excesivas intervenciones jurisprudenciales (VVAA, 2019, 14).

Sin desánimo, son reglas de gobernanza digital con un respaldo de legitimidad democrática y que atiende a valores como la tolerancia, la libertad y la igualdad. Junto a una visión en conjunto del riesgo que los sistemas de IA pueden producir a la sociedad de su conjunto.

## 2. La IA y su ensamble con la teoría general de los derechos fundamentales

El uso de la IA a través de una acción o un comportamiento que permite almacenar, procesar y analizar de forma óptima los datos masivos, se observa en numerosos acontecimientos de nuestra vida cotidiana: aplicaciones móviles, en el acceso o compartición de datos a una red social, en una compra por internet, etc. Va desde la traducción de un texto a bloquear un correo *spam*. Y el uso puede desarrollarse tanto en ámbitos privados como en ámbitos públicos. Desde un uso orientado a un individuo como un uso colectivo.

Por ese motivo, la IA conlleva tanto beneficios como facilita avances sociales, aunque a su vez, produce ciertos riesgos o vulneraciones hacia los derechos fundamentales de los ciudadanos (especialmente en el hecho de no disponer de los mismos, lo que afecta a su objeto). O si se quiere, la IA tiene implicaciones ético-jurídicas hacia la sociedad.

En definitiva, dada su trascendencia social no podemos perder la vista a una dimensión constitucional de la IA. O con otros términos, la IA debe contemplarse rigurosamente desde la óptica de la democracia y los principios axiológicos. En síntesis, (AL HASANI MATURANO, 2024, 78): “Los principios estructurales...deben impregnar a la regulación, aplicación y uso de la IA”.

Los distintos autores han acuñado esta dimensión constitucional del uso de la IA con distintos términos, entre ellos: constitucionalizar el algoritmo (Balaguer Callejón, 2022, 189-190) o constitucionalismo digital (POLLICINO, DE GREGORIO, 2021).

Estas grandes plataformas tecnológicas de IA poseen un gran control de información y datos, tal es así, que podrían desequilibrar los sistemas democráticos. El recurso a los sistemas de IA, más aún si la utilizan los propios poderes públicos (nos referimos a la Admón. Pública), debe promover el libre desarrollo de la personalidad. Ahora

bien, no tenemos tan claro hasta qué punto existe una clara concienciación social de la pérdida de tales derechos.

Por ende, si ponemos el foco en la relación IA-Derechos fundamentales, conduce a dos cuestiones de relieve: por un lado, los principios estructurales del estado deben permear a la IA; y, por otro lado, habrá nuevas facultades que se interpreten como parte del objeto de determinados derechos fundamentales ya reconocidos o que requieren una introducción en las constituciones. En esa línea, PRESNO LINERA (2022, 108) considera que “la revolución digital y, en particular, la IA no suponen, al menos en su estado actual, una transformación esencial en lo que respecta a la dimensión subjetiva de los derechos, aunque sí pueden constituir una herramienta que maximice el haz de facultades en que los derechos fundamentales consisten”.

Sí, en cambio tiene lugar una transformación en la vertiente jurídico-objetiva de los derechos, bastaría atender cuando el Parlamento europeo habla de las evaluaciones de impacto sobre los derechos fundamentales, o en el enfoque del principio de precaución que debe guiar la legislación.

Del mismo modo, esta dimensión objetiva se proyecta en las relaciones entre particulares, en cuestiones de consumo o trabajo, por ejemplo.

Aquí surge el reciente debate, entre los que abogan por una transformación constitucional, o en cambio por los que abogan por una adaptación constitucional a ello.

En suma, las decisiones, pronósticos o recomendaciones que toman esos sistemas de IA interfieren en nuestro ámbito o esfera de libertad, que tiene un impacto en el comportamiento humano.

No solo eso, sino la dificultad de atribuir responsabilidad. Por una parte, la dificultad de comprensión algorítmica de las decisiones<sup>4</sup>; y, por otra, los elementos fáctico-valorativos que han construido esa decisión.

<sup>4</sup> En línea a la autora, la opacidad sea por secreto corporativo, por analfabetismo técnico o, por las propias características del aprendizaje automático conduce a que las demandas jurídicas de cumplimiento de transparencia no sean suficientes (BURRELL, 2016,10).

Consideramos que la comprensibilidad será el elemento que deba instar a futuras acciones de responsabilidad. Una traducción del lenguaje tecnológico al lenguaje vehicular. Al igual, que sea cognoscible, esto es, que sea revisable.

En esta dicotomía hombre/máquina, la transformación o adaptación constitucional resulta necesaria, pero sin necesariamente sustituir la normatividad constitucional por meros principios éticos, ni tampoco, reformar por completo las constituciones. En alusión a BALAGUER CALLEJÓN (2022,198): “En la tensión entre el mundo digital y el físico, la cultura constitucional debe ofrecer su capacidad de ordenación, basada en los derechos fundamentales, para convertir esa dialéctica en un factor productivo que permita promover nuevos desarrollos civilizatorios”.

En síntesis, que el contenido constitucional este inmerso en los procesos del uso de la IA, para que las decisiones sean acordes con nuestras democracias.

### 3. *El nuevo marco normativo europeo: ¿incertidumbre o seguridad?*

En habidas cuentas, se puede considerar una evolución del marco normativo europeo que ofrece una mayor seguridad. Este va desde unos pasos iniciales de regulación inspirada en la idea de confianza hacia la IA a una reciente legislación que considera los riesgos de la misma y, por tanto, exige un leve control de autoridades de los Estados miembros. Sin obviar, las recomendaciones ya originadas con el Libro Blanco. Inclusive, opta por una gobernanza desde el planteamiento de la excelencia y la confianza (concepto que nos recuerda la idea de usuario consumidor más que la condición de ciudadano) en la IA.

Las actividades de los proveedores de servicios digitales en las sociedades de información facilitan el discurso público y el intercambio de ideas entre los usuarios. De hecho, la falta de conocimiento técnico y recursos, hizo en un primer momento, que los propios intermediarios *limpiasen* internet de cualquier material presuntamente ilícito. Europa, ha sido capaz de imponer unas mayores responsabilidades a las plataformas en línea y un enfoque más estricto. Una supervisión insti-

tucionalizada que tiene como objetivo la protección del usuario y la transparencia (FROSIO; GEIGER, 2023, 34). No resta, algunos inconvenientes, entre ellos, FROSIO Y GEIGER (2023, 36) consideran que la mayor aplicación de la ley conllevará un menor acceso a la información y una restricción al ejercicio de la libertad de expresión.

A pesar de que consideramos que la UE está en la vanguardia regulatoria (al menos con un modelo original), se anotarán algunos inconvenientes para su eficaz utilidad práctica<sup>5</sup>.

Dentro de la estrategia común europea se ha concebido la esencia regulativa. Principalmente, dentro de ámbito del derecho público destaca el Reglamento de Inteligencia Artificial y el Reglamento de Servicios Digitales<sup>6</sup>.

De ahí que se preste una atención a cómo se ha configurado los impactos hacia los derechos y las respuestas que ofrece este marco normativo. En esencia, lo que respecta a la responsabilidad y las obligaciones de diligencia exigibles y al control de contenidos.

El Reglamento de IA<sup>7</sup> establece unas normas armonizadas que no regula completamente<sup>8</sup> las cuestiones jurídicas, pero establece como ida clave un sistema de *compliance* o cumplimiento normativo que evite responsabilidades. En su articulado establece para los sistemas de IA de alto riesgo, con principal incidencia a la protección de salud, seguridad y los derechos.

A pesar de algunos inconvenientes, “el Reglamento es la respuesta jurídica de la UE al tremendo desafío que supone promover la innovación y la competitividad en IA de una manera compatible con la ga-

<sup>5</sup> Uno de ellos, es que la aplicación de la ley depende en muchos casos de herramientas algorítmicas (FROSIO, GEIGER, 2023, 34).

<sup>6</sup> “La DSA establece un marco de corregulación, obliga a las plataformas a no quedarse de brazos cruzados, les impone hacer evaluaciones de riesgos sistémicos, para que reduzcan tales riesgos o realicen auditorías independientes” (COTINO HUESO, 2024, 42).

<sup>7</sup> De modo general, la propuesta del Reglamento de IA se basa en cláusulas generales que deben interpretarse de forma uniforme para no poner en peligro los objetivos de armonización y seguridad jurídica (CASONATO; MARCHETTI, 2021, 27).

<sup>8</sup> “Aunque el Reglamento de IA no aspira a ser una regulación completa y exhaustiva, todos los esfuerzos se dirigen actualmente a presentarlo como una guía para reguladores de todo el mundo” (PRESNO LINERA-MEUWESE, 2024, 158-159).

rantía de los derechos fundamentales y del Estado social y democrático de Derecho” (PRESNO LINERA-MEUWESE, 2024, 156).

#### 4. Conclusiones provisionales

La nueva era de la IA supone un reto a planteamientos clásicos de la ciencia jurídica. Sin obviar su trascendencia a un desarrollo social, provoca una incidencia a determinados aspectos éticos y jurídicos.

Dicho esto, se observa un cambio sustancial regulatorio en el ámbito de la Unión.

Los modelos *laissez faire* consensuados por las grandes plataformas tecnológicas se han visto superados por un modelo preventivo ético-jurídico (no siendo prototípico en el empleo de la ciencia jurídica) que se orienta al cumplimiento de los derechos esenciales de la Carta y el Convenio. En atención a como las tecnologías constituyen procesos automatizados de toma de decisiones capaces de afectar a la sociedad e impactar en los valores y derechos constitucionales, existe una postura robusta de constitucionalismo digital. A grandes líneas, implica limitar los poderes privados de las plataformas tecnológicas ya que reemplazan valores democráticos a costa de determinaciones privadas (POLLICINO, DE GREGORIO, 2021, 24).

Con ello, se quiere al menos, garantizar los procesos de transparencia y responsabilidad en el uso de IA por parte de las plataformas ante eventuales lesiones a los usuarios.

En línea a la propuesta de PRESNO LINERA (2022, 128), se requiere una garantía prestacional de carácter normativo en forma de regulación, más allá de recomendaciones éticas y que atienda a los riesgos específicos de los sistemas de IA.

Todo ello marca un camino inaugural de Gobernanza de Internet. Tal como conceptuó por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas como: “El desarrollo y aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en sus respectivas funciones, de principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas comunes que configuran la evolución y el uso de Internet”.



Sin una correcta delimitación del objeto, contenido, eficacia y garantía de los derechos fundamentales ante esta nueva realidad digital, la regulación que lo desarrolle y la praxis interpretativa será ineficaz.

Se hallan novedades regulatorias, donde se garantiza los procesos de transparencia y responsabilidad del uso de la IA por parte de las plataformas tecnológicas, ante eventuales lesiones a los usuarios. No obstante, estos procesos deben orientarse al cumplimiento de los derechos esenciales en las democracias europeas.

A modo de conclusión, como mencionamos en otro estudio (AL HASANI MATURANO, 2024, 77), “Todo sistema de IA debe respetar los derechos fundamentales, como sucede en el mundo analógico. Su uso debe guiarse por el respeto a los valores, principios y derechos fundamentales”.

### *Referencias bibliograficas*

- Al Hasani Maturano, A. (2023). El constitucionalismo digital: ¿paradigma, reto o necesidad?. *Papeles El tiempo de los derechos*, n°. 25.
- Al Hasani Maturano, A. (2024). *El impacto de la inteligencia artificial a los derechos fundamentales. Un desafío jurídico a la sociedad*. Aranzadi: Navarra.
- Balaguer Callejón, F. (2022). *La constitución del algoritmo*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- Burrell, J. (2016). How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, n. 1.
- Casonato, C., Marchetti, B. (2021). Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3.
- Coeckelberg, M. (2023). *La filosofía política de la Inteligencia Artificial* (trad. Álvarez Canga, L). Cátedra: Madrid.
- Cotino Hueso, L. (2024). Entre bytes y democracia. Cómo la DSA de la UE armoniza la libertad de expresión y la lucha contra la desinformación, *OTROSÍ.: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, n°. 2.
- Frosio, G., Geiger, C. (2023). Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act’s Platform Liability Regime. *European Law Journal*, vol 29.

- Gamero Casado, E. (2021). El enfoque europeo de la Inteligencia Artificial. *Revista de Derecho Administrativo*, 20.
- Llano Alonso, FH (2024). *Homo ex machina. Ética de la inteligencia artificial y derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Nowotny, H. (2022). *La fe en la inteligencia artificial. Los algoritmos predictivos y el futuro de la humanidad* (Trad. Bosch, A). Galaxia Gutenberg: Barcelona.
- Pollicino, O., De Gregorio, G. (2021). Constitutional Law in the Algorithmic Society, in *Micklitz, H, Pollicino, O, Reichman, A, Simoncini, A, Sartor, G, & De Gregorio, G (Eds.)*. Constitutional Challenges in the Algorithmic Society, Cambridge: Cambridge University Press.
- Presno Linera, M.A. (2022). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Marcial Pons: Barcelona.
- Presno Linera, M.A., Meuwese, A. (2024). La regulación de la inteligencia artificial en Europa. *Teoría y realidad constitucional*, nº 54.
- Sánchez Barrilao, J.F. (2016). El derecho constitucional ante la era de ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. *Estudios de Deusto*, 64/2.
- Valero Torrijos, J: Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración, *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 2019.
- [VVAA] Pajno A., Bassini M., De Gregorio G., Macchia M., Patti FP., Pollicino O., Quattrocchio S., Simeoli D., Sirena P. (2019). AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista, *Rivista BioDiritto*, 3.

*Maria Romana Allegri\**

## RIFLESSIONI SULLA TRASPARENZA ALGORITMICA ANCHE IN RELAZIONE ALL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Note introduttive sul concetto di trasparenza algoritmica. – 2. La trasparenza algoritmica nei regolamenti dell'Unione europea. – 3. La trasparenza dell'attività amministrativa “algoritmizzata”. – 4. Qualche considerazione conclusiva.

### *1. Note introduttive sul concetto di trasparenza algoritmica*

L'associazione uomo-macchina – cioè, la stretta interazione fra esseri umani e sistemi informatici – è ormai un elemento strutturale nel nostro ecosistema: gli algoritmi definiscono e limitano l'orizzonte epistemico degli individui, determinando le modalità di connessione fra loro e con il mondo esterno, le opportunità di conoscenza e le possibilità di scelta, fino al punto da interferire con la libertà morale e con la costruzione e rappresentazione dell'identità personale (DE VIVO, 2024, 54). Ciò è amplificato anche dal fatto che oggi gli elementi in base ai quali le persone compiono le proprie scelte sono sempre più frequentemente forniti da sistemi tecnologici che, attraverso varie forme di *nudging*<sup>1</sup> più o meno esplicito, possono influenzare o persino determinare i comportamenti individuali e collettivi (SIMONCINI, 2019, 69).

Stiamo dunque assistendo a una progressiva perdita di centralità dell'elemento antropologico, data la progressiva delega totale o parziale di funzioni cognitive, fin qui considerate esclusivo appannaggio degli esseri umani, a sistemi tecnologici: la tecnologia non è più solo uno strumento per svolgere più efficientemente alcuni compiti, ma diviene

\* Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> Sulle interferenze del *nudging*, traducibile in italiano come “spinta gentile”, nella sfera delle libertà individuale si vedano: CAMERLENGO, (2023); CARTER, (2023); GRAGNANI, (2021); MIRAVALLE, (2020).

soggetto agente che elabora autonomamente le informazioni e assume decisioni che hanno un impatto nella sfera giuridica individuale (SIMONCINI, 2023, 4).

Non era mai accaduto finora che la tecnologia acquistasse autonomia rispetto agli esseri umani e diventasse capace di dar forma a un ecosistema in grado di svilupparsi, crescere e modificarsi autonomamente, superando gli umani limiti fisici e cognitivi (STERPA, DE VIVO, CAPASSO, 2024, 1124). Oggi, invece, la tecnologia digitale sta comportando una vera e propria ibridazione tra soggetti e oggetti: da una parte gli oggetti tecnologici divengono sempre più autonomi nelle decisioni e nelle azioni; dall'altra i soggetti umani delegano sempre più decisioni e azioni a tali strumenti, così che l'algoritmo può considerarsi «non tanto strumento neutrale soggetto al nostro arbitrio, ma quanto un portatore autonomo di una credibilità che sconfina, a tratti, in una veridicità di stampo divino» (ZELLINI, 2018, 186). Ciò comporta il rischio concreto che le decisioni algoritmiche, per il solo fatto di essere prodotte da sistemi tecnologicamente avanzati, che spesso rendono più semplici vari aspetti della vita umana, vengano considerate acriticamente come l'ordine naturale delle cose (STERPA, DE VIVO, CAPASSO, 2024, 1152).

Tutto ciò mette in crisi i principi fondamentali del diritto costituzionale, incardinato sulla centralità della persona umana e sulla garanzia dei diritti individuali, se non del diritto *tout court*, inteso come tecnica di controllo del comportamento umano, veicolata attraverso enunciati linguistici. Ci si chiede, allora, se nel complesso degli atti normativi prodotti negli ultimi anni dall'Unione europea per regolare l'utilizzo di algoritmi e di sistemi di IA non possano essere rintracciati principi di rango costituzionale o para-costituzionale e se fra questi non possa essere annoverato il principio della trasparenza algoritmica. La sfida del cosiddetto "costituzionalismo digitale", del resto, è proprio quella di arginare l'affermazione del potere illimitato degli attori privati, attraverso strumenti giuridici di livello nazionale, ma soprattutto sovranazionale (DE GREGORIO, 2022).

Il concetto di trasparenza algoritmica (AT) è inevitabilmente legato al funzionamento interno dell'algoritmo. Bisogna però distinguere fra una nozione di AT come *azione* – cioè il fatto di fornire informazioni sull'algoritmo ai suoi utilizzatori o alle terze parti interessate, te-

nendo presente che il “grado di disvelamento” dipende dall’attitudine dei proprietari o degli sviluppatori dell’algoritmo stesso in termini economici, etici e tecnici – e come *percezione* – ovvero l’impatto delle informazioni concernenti l’algoritmo sui destinatari, che è influenzato dalla metodologia usata nella spiegazione nonché dalle caratteristiche e dalla pregressa esperienza dei destinatari: può esistere, infatti, una discrepanza fra la comprensione reale del funzionamento dell’algoritmo e quella semplicemente percepita, anche se gli studiosi divergono su quali siano i fattori più rilevanti alla base di tale discrepanza (BITZER, WIENER e CRAM, 2019).

Occorre, allora, focalizzare l’attenzione sul concetto di *spiegabilità algoritmica* (*algorithmic explainability* o xAT) come antidoto al problema delle *black box*: la realizzazione in concreto della trasparenza algoritmica, infatti, si rivela estremamente difficoltosa in presenza di sistemi algoritmici di *machine learning* che, come le “scatole nere”, non permettono ai programmatori, amministratori o utilizzatori di comprenderne i processi di funzionamento e il peso specifico dei diversi parametri elaborati, tanto da rendere impossibile capire le ragioni che hanno condotto il sistema a produrre un determinato risultato. Quindi, quando si sostiene che il rispetto del principio di trasparenza «si traduce nella garanzia di tracciabilità dei dati e dei procedimenti che portano i sistemi intelligenti all’adozione della decisione finale» e che «tutte le informazioni relative al metodo di raccolta dei dati, alla loro classificazione, al tipo di algoritmo impiegato e i risultati ottenuti devono essere completamente documentate, cosicché tutti coloro che vi abbiano diritto o interesse possano comprendere le modalità di impiego dei dati esaminati, seguirne il flusso e verificare che la decisione finale sia stata elaborata e adottata correttamente» (FASAN, 2022), bisogna aver ben presente il fatto che la tracciabilità dei dati è ostacolata dalla produzione e dall’utilizzo di dati inferiti (cioè di dati ottenuti attraverso processi di elaborazione secondaria di dati di partenza) e che la comprensibilità dei procedimenti seguiti procedendo a ritroso è impossibile nel caso dei sistemi *black box*.

Tutto ciò considerato, nelle pagine che seguono si cercherà, in primo luogo, di evidenziare e interpretare le disposizioni normative sulla trasparenza algoritmica presenti nei regolamenti dell’Unione europea sulla protezione dei dati personali, sui servizi digitali e

sull'intelligenza artificiale. In secondo luogo, si valuterà l'applicabilità di tale principio all'attività decisionale delle pubbliche amministrazioni, anche attraverso il ricorso a recenti arresti giurisprudenziali, e ai suoi possibili sviluppi in relazione al sempre più frequente utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte di soggetti pubblici.

## *2. La trasparenza algoritmica nei regolamenti dell'Unione europea*

A proposito della trasparenza algoritmica, nella recente produzione legislativa dell'UE in ambito digitale – a cominciare dal regolamento sulla protezione dei dati personali, per arrivare ai più recenti regolamenti sui servizi digitali e sull'intelligenza artificiale – è evidente la tendenza ad una certa vaghezza e indeterminatezza lessicale nel dettato normativo, che nasconde l'incertezza di fondo sull'esatto significato da attribuire al concetto di AT.

La trasparenza come principio applicabile al trattamento dei dati personali è menzionata, insieme alla liceità e alla correttezza, nell'art. 5, c. 1, lett. a) del GDPR<sup>2</sup>. Ulteriori riferimenti, soprattutto in relazione alla trasparenza come spiegabilità, si trovano nell'art. 12, c. 1, a proposito delle informazioni sul trattamento dei dati da fornire all'interessato «in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori», nonché negli artt. 13 (c. 2, lett. f), 14 (c. 2, lett. g) e 15 (c. 1, lett. h), che attribuiscono all'interessato il diritto di ricevere «informazioni significative sulla logica utilizzata» nel trattamento dei dati. In particolare, l'art. 14, c. 2, lett. g), del GDPR riguarda il diritto dell'interessato di ottenere, in caso processi decisionali automatizzati, almeno le «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato»: il dettato normativo, infatti, presuppone la consapevolezza di quali informazioni sono da considerarsi “significative”, nonostante l'assenza di parametri precisi.

<sup>2</sup> *General Data Protection Regulation* (Regolamento UE n. 2016/679 del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati).

È chiaro, quindi, che il GDPR – un regolamento risalente al 2016, quindi piuttosto datato, se si considera la velocità del progresso delle tecnologie digitali e della loro diffusione – non prevede diritti e obblighi in relazione a un livello minimo di requisiti di spiegabilità delle tecnologie algoritmiche (SPILLER, 2021, 425): le disposizioni del GDPR sono focalizzate sui diritti dell'interessato (e sui connessi doveri del titolare del trattamento) e non contengono obblighi di *algorithmic disclosure* nei confronti di terzi interessati o della collettività in generale, che sarebbero invece necessarie per guidare l'azione amministrativa e, più in generale, quella di qualsiasi ente anche privato che assume decisioni algoritmiche.

Più recentemente il regolamento europeo sui servizi digitali (DSA)<sup>3</sup>, in vigore dal 17 febbraio 2024, ha compiuto qualche progresso in termini di requisiti di trasparenza anche nei confronti di autorità pubbliche, revisori esperti indipendenti, ricercatori affiliati a organismi di ricerca, singoli utenti e “pubblico” in generale (in quest'ultimo caso, principalmente nella forma di *transparency reports* da pubblicare *ex post*, come indicato agli artt. 15 e 24). È particolarmente interessante l'art. 27, che postula la trasparenza *ex ante* relativa ai sistemi di raccomandazione, i cui «principali parametri utilizzati», nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consente loro di modificare o influenzare tali parametri principali» devono essere specificati «in un linguaggio chiaro e intellegibile». Non è affatto chiaro, tuttavia, in cosa consistano tali parametri, salvo il fatto che, ai sensi del c. 2, essi devono comprendere, come elementi minimi, i criteri più significativi per determinare le informazioni suggerite al destinatario del servizio e le ragioni per l'importanza relativa dei parametri stessi. Il *Considerando* n. 70 non fornisce ulteriori elementi interpretativi.

Come è noto, l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, il cui funzionamento è basato sulla tecnologia algoritmica, è stato disciplinato dal recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (*AI Act*)<sup>4</sup>, che si propone di istituire un quadro giuridico uniforme per

<sup>3</sup> Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali, noto come *Digital Services Act* (DSA). Sul regolamento in generale si veda, *ex multis*, OROFINO, 2024.

<sup>4</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armoniz-

quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale nell'UE, in conformità ai valori dell'Unione, promuovendo la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile, e garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (*Considerando* n. 1 e art. 1)<sup>5</sup>.

Il *Considerando* n. 27 dell'AI Act richiama esplicitamente gli *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, elaborati dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (HLEG) istituito dalla Commissione europea nel 2018 e pubblicati nel 2019<sup>6</sup>. In tali orientamenti il Gruppo ha elaborato sette principi etici non vincolanti (intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, vita privata e *governance* dei dati, trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità, benessere sociale e ambientale e responsabilità), volti a garantire che l'IA si sviluppi in modo affidabile e antropocentrico. In particolare, il requisito della trasparenza è declinato dal punto di vista della tracciabilità («i set di dati e i processi che determinano la decisione del sistema di IA, compresi quelli di raccolta ed etichettatura dei dati, come pure gli algoritmi utilizzati, dovrebbero essere documentati secondo i migliori standard»), della spiegabilità tanto dei processi tecnici di un sistema di IA quanto delle relative decisioni umane, e della comunicazione (i sistemi di IA devono essere identificabili come tali, deve essere preferita l'interazione umana a quella con il sistema e devono essere comunicate agli operatori del settore dell'IA o agli utenti finali le capacità e le limitazioni del sistema). Tuttavia, soprattutto in relazione al requisito della spiegabilità, non è affatto chiaro in che modo i processi tecnologici debbano e possano essere spiegati in modo che siano comprensibili per i destinatari delle decisioni e soprattutto in base a quali parametri si possa valutare l'adequatezza della spiegazione fornita agli standard richiesti.

zate sull'intelligenza artificiale.

<sup>5</sup> Sul regolamento in generale, si vedano *ex multis*: CARTA, (2024); CASONATO e MARCHETTI, (2021), DONATI, (2025); FALLETTA e MARSIANO, (2024).

<sup>6</sup> <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>



Particolarmente nel caso di sistemi di AI ad alto rischio, i *Considerando* n. 71 e 72 evidenziano che disporre di informazioni comprensibili sulle modalità di sviluppo e di funzionamento di tali sistemi è essenziale per consentirne la tracciabilità, verificarne la conformità ai requisiti normativi e svolgere il monitoraggio successivo all'immissione sul mercato. Quindi, i sistemi di IA ad alto rischio dovrebbero essere accompagnati da informazioni adeguate sotto forma di istruzioni per l'uso rivolte ai *deployer*<sup>7</sup> – soggetti privati, ma oggi spesso anche pubblici – concernenti le caratteristiche, le capacità e i limiti delle prestazioni del sistema, i rischi possibili e le pertinenti misure di sorveglianza umana, anche attraverso esempi illustrativi. Per questo «i fornitori dovrebbero garantire che tutta la documentazione, comprese le istruzioni per l'uso, contenga informazioni significative, complete, accessibili e comprensibili, tenendo conto delle esigenze e delle conoscenze prevedibili dei *deployer* destinatari. Le istruzioni per l'uso dovrebbero essere messe a disposizione in una lingua che possa essere compresa facilmente dai *deployer* destinatari, secondo quanto stabilito dallo Stato membro interessato». Ora, a prescindere dal fatto che i *Considerando* non hanno efficacia normativa, ma solo valore interpretativo, nemmeno la loro verbosità chiarisce adeguatamente in che modo sia in concreto possibile descrivere e spiegare parametri tecnici nel linguaggio naturale, quale livello di chiarezza e precisione nella spiegazione sia necessario e come sia possibile valutarne il raggiungimento.

Venendo al dettato normativo dell'AI Act, l'art. 11 prevede che i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio debbano essere corredati di una documentazione tecnica da fornire alle autorità nazionali competenti e agli organismi notificati, che deve contenere almeno gli elementi che figurano nell'Allegato IV al regolamento stesso. Si tratta di informazioni, però, non destinate ai *deployer* o agli utilizzatori finali di tali sistemi, ma agli organi nazionali di regolamentazione e controllo. Effettivamente l'Allegato IV è piuttosto preciso e specifico e inclu-

<sup>7</sup> Secondo l'art. 3, c. 4, questo termine, per il quale non è stata prevista una traduzione in lingua italiana, si riferisce a «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

de, fra le varie informazioni da fornire, anche una descrizione dettagliata degli elementi del sistema di IA e del processo relativo al suo sviluppo, della quale vengono puntualmente indicati i vari aspetti. Permane tuttavia la perplessità sull'effettiva possibilità di tradurre in modo efficace e davvero comprensibile le regole tecniche dal linguaggio computazionale al linguaggio naturale, in modo da renderle comprensibili a persone non necessariamente esperte del linguaggio matematico-informatico.

Per quanto riguarda, invece, le istruzioni per l'uso rivolte ai *deployer*, rileva particolarmente l'art. 13, secondo cui tali istruzioni devono contenere «informazioni concise, complete, corrette e chiare che siano pertinenti, accessibili e comprensibili», concernenti vari aspetti del sistema di AI, in modo tale che i *deployer* siano messi in grado di interpretare l'output del sistema di IA ad alto rischio e di usarlo in modo opportuno. Effettivamente, le specifiche indicazioni contenute nell'art. 13 rappresentano il risultato più avanzato raggiunto finora nello sforzo di dare concretezza applicativa al principio della trasparenza algoritmica. Tuttavia, a parte il fatto che questo “decalogo” si riferisce solo i sistemi di IA considerati ad alto rischio e non a qualsiasi sistema di IA, non si può non evidenziare una certa difficoltà di comprensione di almeno alcune fra varie specifiche richieste nonché, come già sottolineato più volte, una certa ambiguità di fondo: quale livello di accuratezza e precisione è richiesto nelle spiegazioni affinché esse possano essere davvero considerate pienamente comprensibili per i loro destinatari?

Peraltro, è davvero necessario che i *deployer* acquisiscano un elevato livello di conoscenza del funzionamento del sistema di IA ad alto rischio, visto che l'art. 86, c. 1, attribuisce loro una sorta di ruolo di “mediatori” fra i progettisti e i proprietari dei sistemi algoritmici e i destinatari finali delle decisioni, i quali hanno diritto di ricevere proprio dai *deployer* «spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di IA nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata», qualora tale decisione abbia un impatto negativo sulla loro salute e sicurezza o sull'esercizio dei loro diritti fondamentali. Si tratta di una garanzia di grande rilievo, anche se di difficile applicazione pratica, perché «la spiegabilità non riguarda qui il “sistema” o al “modello” di IA prodotto o utilizzato per quella categoria generale di

compiti, attività, decisioni, ma riguarda proprio il caso concreto» (LO SAPIO, 2024, 289). Anche qui, però, non è affatto chiaro quale livello di dettaglio e di “tecnicismo” debbano avere tali informazioni per essere considerate sufficientemente chiare e significative.

Le perplessità fin qui espresse assumono particolare rilievo nel caso dei sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche (art. 50, c. 1), i sistemi per finalità generali che generano contenuti testuali o audiovisivi (art. 50, c. 2), i sistemi di riconoscimento delle emozioni o di categorizzazione biometrica (art. 50, c. 3) e quelli che generano *deep fakes* manipolando contenuti testuali o audiovisivi (art. 50, c. 4). Si tratta di sistemi non sempre e non necessariamente qualificabili ad alto rischio, ma che possono certamente esserlo in molti casi perché potrebbero pregiudicare l'autonomia decisionale degli utenti, alterare la loro percezione della realtà ed essere causa di trattamenti discriminatori. Ciononostante, l'art. 50 si limita a prevedere che occorre informare le persone fisiche del fatto che stanno interagendo con un sistema di IA, «a meno che ciò non risulti evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo»; inoltre, nel caso di IA generativa, occorre far sì che gli *output* dei sistemi siano marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente, soprattutto nel caso di produzione di *deepfakes*; infine, nel caso di sistemi di riconoscimento delle emozioni o di categorizzazione biometrica, occorre che le persone fisiche che vi sono esposte vengano informate in merito al loro funzionamento. Tutte queste informazioni devono essere «fornite alle persone fisiche interessate in maniera chiara e distinguibile al più tardi al momento della prima interazione o esposizione» (art. 50, c. 5). Colpisce davvero la stringatezza del dettato normativo, concentrato sul generico obbligo di fornire informazioni, in confronto alla complessità dei possibili rischi, senza considerare l'indeterminatezza del parametro relativo al punto di vista della persona ragionevolmente informata e avveduta e di quello relativo alla chiarezza e comprensibilità delle informazioni.

In conclusione, da questa rassegna della recente produzione normativa dell'UE sulla trasparenza algoritmica emerge una certa sidditanza delle regole giuridiche nei confronti di quelle tecniche. Dovreb-

be invece avvenire il contrario: la norma giuridica dovrebbe precedere – e non seguire faticosamente – le specifiche tecniche dei sistemi, dettando le linee guida per la loro disciplina. Ora, è pur vero che una tecnica normativa che prevede ampio ricorso a concetti indeterminati e interpretabili implica una certa flessibilità applicativa, che potrebbe favorire l'adattamento ai rapidi sviluppi tecnologici, oltre a lasciare spazio alla regolamentazione ad opera delle diverse autorità nazionali competenti; tuttavia, «in mancanza di pratiche applicative comuni, il rischio è che tale indeterminatezza generi anche incertezza, aprendo la possibilità di applicazioni difformi della disciplina all'interno del territorio dell'Unione e un conseguente aumento del contenzioso giudiziario» (CASONATO e MARCHETTI, 2021, 422).

### 3. *La trasparenza dell'attività amministrativa "algoritmizzata"*

Gli enti pubblici possono essere a tutti gli effetti *deployer* di sistemi di intelligenza artificiale e, anzi, è presumibile che ciò avvenga in un prossimo futuro sempre più di frequente. Il regolamento sulla IA tiene conto di questa specifica situazione all'art. 27, c. 1, secondo cui, prima di utilizzare un sistema di IA ad alto rischio, i *deployer* che sono organismi di diritto pubblico o sono enti privati che forniscono servizi pubblici sono tenuti ad effettuare una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali che l'uso di tale sistema può produrre. La trasparenza è uno degli elementi che integrano il principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" i cui processi decisionali non devono essere sono conoscibili (grazie alla pubblicità degli atti), ma anche pienamente intellegibili. Anzi, i soggetti pubblici dovrebbero essere tenuti a garantire un livello di trasparenza algoritmica tendenzialmente più elevato di quello richiesto ai privati, ai fini della sindacabilità del provvedimento amministrativo (PAPA, 2022, 110), poiché le pubbliche amministrazioni sono tenute ad assicurare l'imparzialità loro agire (art. 97 Cost., c. 2), nonché la trasparenza «intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» (art. 1, c. 1, del

d.lgs. 33 del 2013). La trasparenza rileva anche rispetto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro tutti gli atti amministrativi, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., che non sarebbe tale senza conoscibilità delle ragioni poste a base della decisione. Quindi, il *Codice dell'amministrazione digitale*<sup>8</sup> stabilisce all'art. 12, c. 1, che «le pubbliche amministrazioni, nell'organizzare autonomamente la propria attività, utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese ...» e al c. 2 che esse «utilizzano, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi di servizio fra le diverse amministrazioni».

Il regolamento europeo sull'IA non obbliga i soggetti pubblici che utilizzano algoritmi decisionali a dare pubblicità a questa scelta, a meno che – come prescrive il GDPR – il sistema non preveda il trattamento di dati personali e quindi sia d'obbligo informare gli interessati delle modalità e finalità del *data processing*. Sarebbe invece utile vincolare per legge le pubbliche amministrazioni a dare pubblicità al fatto di utilizzare algoritmi per lo svolgimento di talune attività rientranti nei loro compiti, anche se a quel punto ci si troverebbe davanti all'ostacolo di come poter assicurare un efficace livello di spiegabilità algoritmica. Infatti, il linguaggio naturale – e specificamente il linguaggio giuridico, che è intriso di definizioni tecniche specifiche, estranee al linguaggio comune – non è adeguato alla trasposizione delle regole algoritmiche: la declinazione della trasparenza come “diritto alla spiegazione”, coniugata alla “opacità linguistica” che accomuna tutti i sistemi algoritmici, nasconde il rischio non solo della non comprensibilità, ma anche della non corrispondenza tra ciò che prevede la regola giuridica e ciò che è stato “trasposto” nel linguaggio macchina (LO SAPIO, 2021, 247).

Ci si chiede, allora, se l'ostensione del codice-sorgente dell'algoritmo sia sufficiente a realizzare il principio della trasparenza algoritmica.

<sup>8</sup> D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modifiche.

mica<sup>9</sup>, soprattutto qualora le amministrazioni pubbliche fossero vincolate a servirsi solo di *software* di tipo *open source*. Eppure, nemmeno così si risolverebbe di per sé il problema, non solo perché il codice è difficilmente comprensibile per i non addetti a lavori, ma anche perché non necessariamente riuscirebbe a spiegare le ragioni alla base di una decisione assunta da algoritmi di *machine learning*, progettati per “imparare” dai dati ed evolversi automaticamente di conseguenza (CORRADO, 2023; GRIMALDI, 2022). Proprio a tale proposito, successivamente il Consiglio di Stato (sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891) ha distinto fra la nozione di algoritmo – «una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato» – e quella di intelligenza artificiale, in cui «l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo “tradizionale”) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico» (CAPPELLAZZO, 2022; FILICETTI 2023).

Tanto il Consiglio di Stato quanto la Corte di Cassazione, comunque, hanno finora seguito la linea dell'identificazione della trasparenza algoritmica con la spiegabilità dell'algoritmo nel linguaggio naturale. Dunque, per il Consiglio di Stato (sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270) il principio della trasparenza algoritmica implica la «piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico» e, conseguentemente, occorre che «la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice». In particolare, questa «conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevan-

<sup>9</sup> Così ha ritenuto il Tar Lazio, sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, a proposito degli algoritmi utilizzati per assegnare gli insegnanti vincitori di concorso alle rispettive sedi.

ti». Solo così, infatti, il giudice potrà «sindacare la stessa logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa robotizzata, ovvero della “regola” che governa l’algoritmo». In sintesi, questo ed altri arresti della giurisprudenza amministrativa attraggono l’algoritmo all’interno del concetto di “atto amministrativo informatico” che, in ossequio al principio di trasparenza dell’azione amministrativa, deve essere accessibile da parte dei soggetti interessati (CORRADO, 2023, 191; GRENCI, 2024, 229). Una ricostruzione alternativa interpreta invece l’algoritmo come “documento amministrativo”, cui deve essere garantito l’accesso *ex art. 22* della legge n. 241 del 1990 (TRONCI, 2025, 152). In ogni caso, la trasparenza dell’algoritmo deve essere garantita attraverso la motivazione (*ex art. 3* della legge n. 241/1990), che spieghi in che modo il funzionamento dell’algoritmo abbia tenuto in considerazione i presupposti di fatto e le ragioni di diritto su cui si fonda la decisione (TRONCI, 2025, 153). L’obbligo di motivazione ha natura sostanziale e la sua violazione (assenza o insufficienza di motivazione) porterebbe a inficiare il provvedimento emanato.

Il problema di fondo di questa decisione del Consiglio di Stato è che essa esplicitamente muove dall’erroneo presupposto che, citando la sentenza stessa, «la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall’uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest’ultima»; invece oggi i sistemi di intelligenza artificiale non si limitano ad applicare regole precostituite, ma riescono a produrre regole nuove sulla base dell’esperienza acquisita tramite di processi di elaborazione dei dati.

Analogamente si è espresso il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472, secondo cui occorre sempre garantire «gli elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l’imputabilità della decisione all’organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all’algoritmo». La conoscibilità e spiegabilità dell’algoritmo – declinata in modo analogo rispetto alla sentenza n. 2270 – consisterebbe, dunque, nel verificare se i criteri, le presunzioni e i risultati dell’algoritmo corrispondano ai requisiti e ai propositi prestabiliti per legge o per

provvedimento amministrativo, in modo da poter esercitare il controllo sulle regole di funzionamento dell'algoritmo, tenute anch'esse al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. In questo caso, la trasparenza algoritmica assume una "dimensione rinforzata a geometria variabile", in quanto viene diversamente modulata a seconda dei destinatari: un livello di trasparenza maggiore rivolto al funzionario pubblico responsabile del procedimento decisionale o al giudice nel caso di *judicial review* dell'atto amministrativo; un livello più limitato rivolto alla persona su cui ricadono gli effetti della decisione amministrativa (GRIMALDI, 2022, 87).

Sulla stessa linea, la Corte di Cassazione (I sez. civ., ord. 10 ottobre 2023, n. 28358) ha ritenuto soddisfatti i requisiti di trasparenza e conoscibilità dell'algoritmo (nella fattispecie, un algoritmo di *rating* reputazionale) nel momento in cui l'utente è posto in condizione di comprendere lo «schema esecutivo dell'algoritmo», cioè la sequenza dei passaggi necessari a raggiungere un risultato, partendo da determinati dati: tali passaggi devono essere «elementari, univoci, di numero finito, operabili in un tempo finito e con risultato unico» e devono essere spiegati all'utente «in modo non ambiguo e in maniera dettagliata» utilizzando i termini della lingua comune e non certo il linguaggio matematico, che l'utente non è tenuto a comprendere. Ma il problema permane: è davvero possibile descrivere senza ambiguità e con un sufficiente livello di dettaglio dei procedimenti matematici in linguaggio comune? E quali indicatori consentirebbero di valutare, in caso di controversie, se tale spiegazione è adeguata? Ad esempio, proprio nel caso di specie il giudice di primo grado (tribunale di Roma) aveva ritenuto che lo standard minimo di trasparenza algoritmica non fosse soddisfatto, poiché la sua descrizione si limitava all'incidenza dei dati presi in considerazione, senza spiegare le modalità con cui si giungeva al risultato finale (cioè, il "peso specifico" dei singoli fattori considerati e i meccanismi di interazione fra loro). Tale obiezione, per quanto non condivisa dalla Cassazione, è indicativa di un problema insolubile: la spiegazione "a parole" dell'algoritmo produce inevitabilmente un certo grado di oscurità e ambiguità.

Del resto, quando vengono utilizzati algoritmi nel processo decisionale pubblico «si finisce per affidare (spesso silenziosamente e quasi surrettiziamente) a sistemisti e progettisti di *software*, anche estranei



all'ente, un ruolo rilevante nell'organizzazione amministrativa e nell'azione amministrativa retta, *in parte qua*, da regole tecniche non accessibili (o comunque non intelleggibili). Ne emerge l'immagine di un'"Amministrazione invisibile", spettatrice delle decisioni ad essa stessa imputabili e di un "livello normativo clandestino" celato dall'algoritmo» (OTRANTO, 2021, 199). Al contrario, il principio di legalità sostanziale dell'azione amministrativa imporrebbe di stabilire per legge i principi e le regole da osservare nella definizione, progettazione e implementazione del sistema algoritmico che conduce alla decisione amministrativa (OTRANTO, 2021, 202). Occorrerebbero norme «che regolino il rapporto (di controllo) dell'uomo nei confronti della macchina e non il contrario, affinché non si verifichi una vera e propria inversione della dialettica servo-padrone nei rapporti uomo-macchina», incluse norme tecniche, «volte a disciplinare la progettazione degli algoritmi da parte dell'uomo che, se necessario, si spingano coraggiosamente a prevedere limiti oltre i quali ingegneri, tecnici e informatici non si potranno spingere» (COLAPIETRO, 2023, 173). Queste norme dovrebbero avere «un alto livello di malleabilità e adattabilità, che consenta ai singoli di sperimentare un'ampia gamma di versioni e adattamenti della medesima regola, e in un'attuazione *ex ante* di regole tecniche» (OTRANTO, 2021, 202). Si tratta però di un obiettivo difficilissimo da realizzare, se si considera che il legislatore non dispone normalmente delle competenze tecniche indispensabili a tal fine e che, in ogni caso, la legislazione non riesce a tenere il passo della rapidissima evoluzione tecnologica. Nello stesso tempo, però, «il tentativo di dare una definizione giuridica unica e assoluta a fenomeni malleabili, liquidi, in continua trasformazione come gli algoritmi potrebbe risolversi in un nulla di fatto in quanto la tecnologia non si cura delle partizioni giuridiche e sistematiche: essa semplicemente si diffonde» (CAPPELLAZZO, 2021). Occorrerebbe, allora, trovare il modo di pervenire a una «*governance ibrida*, basata sulla compartecipazione tra *expertise*, tecnica e giuridica, relazione illuminata dal principio di trasparenza, in funzione di partecipazione, di controllo democratico e di legittimità del *decision making process*» (GRIMALDI, 2022, 95).

#### 4. *Qualche considerazione conclusiva*

La giurisprudenza esaminata nel paragrafo precedente muove da una concezione di tipo deterministico dell'algoritmo, che non è non più al passo con il progresso tecnologico: quella, cioè, di un *software* che produce un risultato verificabile, ripetibile, e riconducibile a criteri predeterminati di funzionamento, consentendo una chiara imputabilità delle scelte all'amministrazione decidente e ai progettisti dell'algoritmo stesso. In questo caso, la trasparenza viene a coincidere con conoscibilità del carattere automatizzato della decisione e con la comprensibilità della logica utilizzata. Tutto ciò, però, non corrisponde più al modello degli algoritmi predittivi, che migliorano progressivamente le proprie prestazioni a partire da grandi quantità di dati attraverso l'apprendimento non supervisionato, evolvendo le proprie strategie decisionali con l'esperienza in modo non prevedibile e non ripercorribile. Dunque, sempre più difficilmente la trasparenza potrà riguardare la logica decisionale dell'algoritmo, dovendosi probabilmente limitare ai dati utilizzati per l'addestramento della macchina e ai relativi criteri inferenziali (CARLONI, 2024). Ma nemmeno questa nozione ristretta di trasparenza è applicabile ai sistemi di IA che operano attraverso reti neurali<sup>10</sup>, elaborando decine di miliardi di dati e generando soluzioni largamente autonome rispetto agli input.

La progressiva emancipazione dei sistemi di IA dall'idea di algoritmo inteso come sequenza finita e ordinata di operazioni e istruzioni e sempre più evidente man mano che si sviluppano i sistemi di IA generativa, che si prestano a una molteplicità di scopi e utilizzi difficili da comprendere e inquadrare proprio per via della loro estrema varietà. Ci si chiede, allora, quale possa essere il significato della trasparenza algoritmica. C'è, infatti, chi ha parlato di «una sua versione “praticabile”, un surrogato possibile, il massimo risultato ottenibile nel trade-off tra sviluppo tecnologico ed efficienza da esso promesso, da un lato, e i principi dello Stato di diritto democratico, dall'altro», nonché di «una marcata asimmetria a favore di chi detiene la conoscenza (i *provider* di IA) e che ha il potere di filtrare *pro domo sua* ciò che deve essere reso

<sup>10</sup> Programmi di *machine learning* che prendono decisioni in modo simile al cervello umano, utilizzando processi che imitano l'attività dei neuroni biologici.

trasparente e quindi conoscibile da parte sia dei cittadini che degli altri soggetti della filiera (tra cui la stessa amministrazione che utilizza i sistemi di IA)» (LO SAPIO, 2024, 286). Il problema, in altre parole, è di ordine pratico e richiede, da parte sia dei *deployer* (amministrazioni pubbliche) sia degli utenti finali dei sistemi di IA, la fiducia incondizionata nella buona volontà e nella diligenza dei fornitori di tali sistemi: «non vi è possibilità di accesso diretto alle informazioni che sarebbero rilevanti per conoscerne il funzionamento in concreto, perché i sistemi e i modelli di IA restano di fatto così complessi da essere di fatto incomprensibili. Allora si opta pragmaticamente per una sorta di “narrazione” della trasparenza dall’alto verso il basso, sotto forma di obblighi di istruzioni per l’uso, comunicazioni, documenti di sintesi elaborati dagli stessi fornitori» (LO SAPIO, 2024, 287). In questa situazione, la pubblica amministrazione si trova in una scomoda posizione intermedia «tra la pretesa alla spiegazione del cittadino e il potere conoscitivo detenuto dal *provider* che ha fornito il sistema di IA» (LO SAPIO, 2024, 289).

Per ovviare a questa situazione, sono stati proposti alcuni possibili “correttivi” (TRONCI, 2025), che però ad oggi stentano ad essere messi in pratica, anche per la persistente difficoltà a reclutare funzionari amministrativi dotati di adeguate competenze tecnologiche e di garantirne il progressivo aggiornamento: utilizzo di *software* autonomamente sviluppati dalle amministrazioni stesse; utilizzo di *software* con codice sorgente aperto; stipula di contratti di acquisto o di licenza d’uso di *software* che prevedano l’obbligo da parte del fornitore di rendere disponibile per l’amministrazione il codice sorgente (soluzione che si scontra con il fatto che il codice sorgente è protetto in quanto opera dell’ingegno e segreto industriale)<sup>11</sup>; ricorso a metodi di spiegazione *ex post* di tipo statistico-probabilistico per individuare, nel caso di algoritmi predittivi basati su reti neurali, quali *data pattern* siano stati de-

<sup>11</sup> A tale proposito, l’art. 30 del d.lgs. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici), che rappresenta la prima norma di diritto positivo che disciplina l’utilizzo pubblico di soluzioni tecnologiche avanzate, tra cui i sistemi di intelligenza artificiale, dispone al comma 2 che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, nell’acquisto o nello sviluppo di tali soluzioni tecnologiche, sono tenute ad assicurare «la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento».

terminanti per arrivare alla decisione finale (soluzione che presuppone che i fornitori dei sistemi di intelligenza artificiale abbiano previamente fornito all'amministrazione responsabile del procedimento non solo informazioni adeguate sul funzionamento del sistema in generale, ma anche indicazioni sul metodo più efficace per la spiegazione probabilistica *ex post*).

Si tratta in tutti i casi di rimedi palliativi, che richiedono la definizione a monte di standard di trasparenza algoritmica che siano generalmente riconosciuti come parametri da adottare sia a livello normativo che giurisprudenziale e che, soprattutto, siano effettivamente in linea con la complessità tecnologica dei sistemi algoritmici. Una sfida, questa, che non sembra essere stata raccolta per ora dal recente disegno di legge delega in materia di intelligenza artificiale, attualmente in corso di approvazione (A. S. 1146-B), che dedica l'art. 14 all'utilizzo dei sistemi di IA da parte delle pubbliche amministrazioni, limitandosi però a principi generali quali il rispetto dell'autonomia e del potere decisionale del funzionario amministrativo responsabile del procedimento, la conoscibilità del funzionamento del sistema e la tracciabilità delle operazioni.

### *Riferimenti bibliografici*

- Bitzer, T.; Wiener, M.; Cram, W. A. (2023). Algorithmic transparency: Concepts, antecedents, and consequences. A review and research framework. *Communications of the Association for Information Systems*, 52, 293–331.
- Camerlengo, Q. (2023). Costituzione e coscienza sociale: il contributo della teoria del “nudge”. *Lo Stato*, 21.
- Cappellazzo, N. (2022, 23 marzo). Algoritmi, automazione e meccanismi di intelligenza artificiale: la classificazione proposta dal Consiglio di Stato. *Federalismi.it*, 1–6.
- Carloni, E. (2024). Dalla legalità algoritmica alla legalità (dell'amministrazione) artificiale. Premesse ad uno studio. *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2.
- Carta, M. (2024). Il regolamento UE sull'intelligenza artificiale: alcune questioni aperte. *Eurojus.it*, 3.

- Carter, I. (2023). Il disagio liberale di fronte al nudging. *Il Politico*, 1, 133–150.
- Casonato, C.; Marchetti, B. (2021). Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale. *BioLaw Journal*, 3.
- Colapietro, C. (2023). Gli algoritmi tra trasparenza e protezione dei dati personali. *Federalismi.it*, 5.
- Corrado, A. (2023). La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica. *Federalismi.it*, 5.
- De Gregorio, G. (2022). *Digital Constitutionalism in Europe*. Cambridge. Cambridge University Press.
- De Vivo, I. (2024). Il sé allo specchio dell'algoritmo. Libertà epistemica e identità individuale. In A. Sterpa (a cura di), *L'ordine giuridico dell'algoritmo* (pp. 51–69). Napoli. Editoriale Scientifica.
- Donati, F. (2025). La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento sull'intelligenza artificiale. *Rivista AIC*, 1.
- Falletta, P.; Marsiano, A. (2024). Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali. Il rapporto fra Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e GDPR. *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1.
- Fasan, M. (2022). I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative. *DPCE Online*, 1.
- Filicetti, C. (2023, 8 febbraio). Sulla definizione di algoritmo (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 25 novembre 2021, n. 7891). *Giustiziainsieme.it*.
- Gragani, A. (2021). Nudging e libertà costituzionale. *Dirittifondamentali.it*, 1.
- Grenci, S. B. (2024). Le applicazioni di Intelligenza artificiale a supporto dell'automazione del procedimento amministrativo. *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1.
- Grimaldi, L. (2022). Costituzionalismo “post-umano” alla prova della decisione pubblica algoritmica. *Federalismi.it*, 34.
- Lo Sapio, G. (2021). La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici. *Federalismi.it*, 11.
- Lo Sapio, G. (2024). L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza per la legalità algoritmica. *Federalismi.it*, 16.
- Miravalle, M. (2020). Gli orizzonti della teoria del “nudging” sulla normatività: verso un diritto senza sanzioni? *BioLaw Journal*, 1.

- Orofino, M. (2024). Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) e innovazione. In F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale* (pp. 83–106). Torino. Giappichelli.
- Otranto, P. (2021). Riflessioni in tema di decisioni amministrative, intelligenza artificiale e legalità. *Federalismi.it*, 7.
- Papa, A. (2022). Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti. *Federalismi.it*, 22.
- Simoncini, A. (2019). L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà. *BioLaw Journal*, 1.
- Simoncini, A. (2023). Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti. *Rivista AIC*, 2.
- Spiller, E. (2021). Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata. *BioLaw Journal*, 2.
- Sterpa, A.; De Vivo, I.; Capasso, C. (2023). L'ordine giuridico dell'algoritmo: la funzione regolatrice del diritto e la funzione ordinatrice dell'algoritmo. *NAD*, 2.
- Tronci, A. (2025). Le nuove frontiere della trasparenza nell'amministrazione algoritmica. *Federalismi.it*, 9.
- Zellini, P. (2018). *La dittatura del calcolo*. Adelphi. Milano.

*Omar Caramaschi* \*

L'AI ACT E LA SFIDA EUROPEA  
DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE:  
QUALE RUOLO PER IL COSTITUZIONALISMO (DIGITALE)?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Unione europea, intelligenza artificiale e AI Act. – 3. Dalla “rivoluzione digitale” al “costituzionalismo digitale”? – 4. Alcune osservazioni conclusive sulla “natura” del costituzionalismo digitale.

*1. Introduzione*

Sempre più frequentemente l'Unione europea adotta – come conseguenza della comparsa della cd. “società del rischio”<sup>1</sup> – un approccio basato sul rischio, dal diritto ambientale e dalla tutela della salute fino alla regolazione delle tecnologie digitali, in modo particolare al fine di accrescere la responsabilità degli attori pubblici e privati quanto agli effetti di queste tecnologie e alla tutela dei dati personali<sup>2</sup>.

In questa direzione muovono il Regolamento generale sulla protezione dei dati o cd. GDPR (General Data Protection Regulation, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE), il Regolamento sui servizi digitali o cd. DSA (Digital Services Act, Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2020 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE) e il più recente Regolamento sull'intelligenza artificiale o cd. AI Act (Artificial Intelligence Act, Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024

\* Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup> Cfr. BECK, (1986).

<sup>2</sup> Cfr. DUNN, DE GREGORIO, (2022).

che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828). Nonostante talune differenze, sembrerebbe potersi individuare, quale elemento qualificante, l'obiettivo comune di conseguire, specialmente in tema di intelligenza artificiale, un bilanciamento di interessi, in particolare tra l'interesse economico relativo allo sviluppo di un mercato digitale europeo aperto sul piano globale e quello, spesso contrapposto al primo, di tutelare i valori democratici dell'ordinamento europeo e i diritti e le libertà fondamentali degli individui. Si tratta di un bilanciamento di natura spiccatamente costituzionale, dal quale traspare il tentativo europeo di adattare la cornice costituzionale europea alla nuova realtà digitale.

Procedendo in particolare verso la sfida posta dall'intelligenza artificiale, specialmente nella prospettiva del diritto costituzionale<sup>3</sup>, emergono, nell'affermazione della cd. società algoritmica<sup>4</sup>, tutti i rischi che una simile tecnologia pone nei confronti delle garanzie giuridiche che dovrebbero tutelare e salvaguardare le persone dalle inopportune «ingerenze di questo nuovo potere tecnologico» (FASAN, 2022, 189-190)<sup>5</sup>.

In questo nuovo e mutato contesto risulta opportuno interrogarsi su quali categorie e strumenti giuridici possano essere adatti al fine di affrontare le sfide poste dall'avvento dell'intelligenza artificiale, e la soluzione dovrebbe giungere, nuovamente, dai principi, dagli strumenti e dalle categorie del diritto costituzionale e del costituzionalismo contemporaneo. Ciò trova una spiegazione nel fatto che i cambiamenti determinati dall'emergere delle tecnologie legate all'intelligenza artificiale ricadono su principi e valori costituzionali fondamentali per lo Stato costituzionale contemporaneo – vedi su tutti il principio di uguaglianza o la privacy – tanto che sono gli stessi rischi derivanti

<sup>3</sup> V. sul punto almeno, specialmente nella dottrina spagnola, SÁNCHEZ BARRILAO, (2016); BALAGUER CALLEJÓN, (2023); BALAGUER CALLEJÓN, (2023).

<sup>4</sup> V. *ex multis*, BASSINI, LIGUORI, POLLICINO, 2018; PAJNO, BASSINI, DE GREGORIO, MACCHIA, PATTI, POLLICINO, QUATTROCOLO, SIMEOLI, SIRENA, (2019); FIORIGLIO, 2021; MICKLITZ, POLLICINO, REICHMAN, SIMONCINI, SARTOR, DE GREGORIO, (2021).

<sup>5</sup> Sul punto v. anche RODOTÀ (2012, 402 ss.).



dall'AI a sollecitare con forza il diritto costituzionale a riscoprire il proprio ruolo di limitazione del potere e di garanzia dei diritti fondamentali. Cosicché proprio le categorie del costituzionalismo contemporaneo potrebbero «indicare, ai legislatori nazionali, sovranazionali e ai soggetti regolatori, la direzione da seguire nella realizzazione di una disciplina dell'AI che sappia valorizzare la centralità e il rispetto degli esseri umani quali obiettivi e valori centrali nell'uso di questa tecnologia» (FASAN, 2022, 190)<sup>6</sup>.

## 2. Unione europea, intelligenza artificiale e AI Act

Gli atti europei poc'anzi menzionati si inserirebbero nel solco di una “nuova stagione” normativa europea caratterizzata dalla volontà del legislatore europeo di «riappropriazione [...] del ruolo di *law maker*, per troppo tempo di fatto esercitato, specialmente in ambito digitale [...] dalla Corte di giustizia dell'Unione» (POLLICINO, 2023, 582-583).

Ciò si è verificato già a partire dal GDPR (Regolamento generale sulla protezione dei dati UE n. 2016/679), il quale ha regolamentato e formalizzato molte delle posizioni negli anni espresse dalla Corte di Lussemburgo, di fatto traslando la protezione dei dati personali da una concezione prevalentemente orientata sul profilo economico a una

<sup>6</sup> Secondo l'A., inoltre, «[q]uesti elementi, dunque, attribuiscono al diritto costituzionale un ruolo chiave nell'individuare gli strumenti idonei ad affrontare i nuovi rischi posti dall'uso di una tecnologia come l'AI e nel garantire che gli stessi vengano arginati e mitigati da un impianto normativo e regolatorio volto ad assicurare il pieno rispetto dei diritti e delle libertà delle persone che si trovino ad interagire e ad utilizzare questi sistemi intelligenti. In tale contesto, alcuni tra i principi costituzionali riconosciuti e tutelati dagli ordinamenti giuridici contemporanei assumono una funzione di preminenza rispetto alla prospettiva regolatoria delineata, contribuendo ad individuare i potenziali correttivi da adottare nei confronti delle questioni più problematiche poste dall'AI».

Sulla rilevanza delle categorie del diritto costituzionale con riguardo all'intelligenza artificiale v. tra gli altri POLLICINO, DE GREGORIO, (2021, 5 ss.); SIMONCINI, (2017, 19 ss.); POLLICINO, (2020, 491-492); CASONATO, (2019, 101 ss.); CASONATO, (2020, 81 ss).

invece racchiusa nella cornice costituzionale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare degli artt. 7 e 8<sup>7</sup>.

E in seguito anche con il Digital Services Act (Regolamento UE n. 2022/2065), laddove vi è stato un cambio di paradigma: il legislatore europeo è intervenuto nella limitazione dei poteri delle piattaforme online attraverso la previsione di garanzie di natura procedurale – che possono in qualche modo essere viste non solo come un tentativo di adeguare l'economia digitale ai principi e ai valori europei, ma anche come una reazione all'affermarsi di forme di potere privato – altresì predisponendo la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale<sup>8</sup>, la quale individua un approccio “umanocentrico” come guida per la transizione digitale europea<sup>9</sup>.

Da ultimo il recente Artificial Intelligence Act (cd. AI Act)<sup>10</sup> con il quale non si intende soltanto favorire lo sviluppo delle tecnologie lega-

<sup>7</sup> Secondo POLLICINO, (2023, spec. 583-584), «il GDPR è stato il primo di una serie di tentativi da parte della Commissione europea, di cui anche la proposta di regolamento denominata *Artificial Intelligence Act* ne è testimonianza, di voler dare, attraverso l'etichetta del *nomen iuris* della fonte di riferimento (regolamento), l'illusione di voler ambire a una uniformità delle regole (una sorta di *common roof* europeo). Uniformità che in realtà rischia di tramutarsi (proprio a causa delle clausole di flessibilità cui si faceva riferimento e quindi all'ampio margine di manovra, con annesso rischio di geometria variabile, in capo agli Stati membri che non dovrebbe caratterizzare in teoria la fonte regolamentare), più modestamente, in un esercizio di armonizzazione (tipico invece delle direttive) che al massimo può assicurare un *common floor*».

<sup>8</sup> Cfr. Dichiarazione comune sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione (2023/C 23/01), 23 gennaio 2023.

<sup>9</sup> Cfr. DE GREGORIO, (2023, 75-76). Secondo l'A. tale Dichiarazione «*aims to put people at the center and foster solidarity and inclusion, freedom of choice, participation in the digital public space, safety, security and empowerment, and sustainability. It is an expression of the consolidation of digital constitutionalism, thus underlining how the digital future of the EU will likely be based on a digital compass guided by European (constitutional) values*». Sul punto v. anche DE GREGORIO, (2021).

<sup>10</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale). Tra i vari commenti in dottrina, specialmente prima dell'adozione definitiva nell'atto, v. COTINO HUESO, CASTILLO, SALAZAR, BENJAMINS, CUMBRERAS, ESTEBAN, (2021).

te all'intelligenza artificiale nell'Unione europea e del relativo mercato interno<sup>11</sup>, ma allo stesso tempo proteggere i "valori europei"<sup>12</sup>; vale a dire che il legislatore europeo interviene al fine di evitare usi impropri di questa tecnologia – e i relativi strumenti che potrebbero determinare pratiche quali manipolazione, sfruttamento e controllo sociale – proprio perché ciò sarebbe in contraddizione con i «valori dell'Unione relativi al rispetto della dignità umana, alla libertà, all'uguaglianza, alla democrazia e allo Stato di diritto e ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compresi il diritto alla non discriminazione, alla protezione dei dati e alla vita privata e i diritti dei minori» (AI Act)<sup>13</sup>. Si tratta, nuovamente, di un orientamento "antropocentrico"<sup>14</sup>, nella misura in cui il Regolamento «mira a garantire la sorveglianza umana e la tutela dei diritti e delle libertà delle persone contro i rischi derivanti dall'impiego di sistemi di intelligenza artificiale» (DONATI, 2021a, 462-463)<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. DONATI, (2021, 461). Secondo l'A. la scelta di un regolamento (e non di una direttiva) è da apprezzare in quanto «permetterà di ridurre "la frammentazione giuridica" e di facilitare "lo sviluppo di un mercato unico per sistemi di IA leciti, sicuri e affidabili"».

<sup>12</sup> Cfr. DE GREGORIO, (2023, 76-77). L'A. sostiene inoltre che «[t]his duality of goals is precisely the characterization of the European approach at the intersection between digital humanism and digital capitalism». V. anche FLORIDI, (2021, 215 ss.).

<sup>13</sup> Cfr. punto 28 dei considerando, AI Act.

<sup>14</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM(2019) 168 final.

<sup>15</sup> Sempre l'A. osserva come si tratti di un obiettivo ambizioso, ma molto difficile da realizzare per due ragioni principali. La prima è legata «allo sviluppo della banda larga ed alla crescente diffusione dell'internet of things, cioè la connessione a Internet di oggetti fisici. Un numero sempre maggiore di oggetti che impiegano sistemi di intelligenza artificiale, dai cellulari agli impianti domestici, dagli strumenti medici ai sistemi per la sicurezza dei trasporti etc., inizieranno verosimilmente ad interagire tra di loro, con effetti potenzialmente imprevedibili. [...] In definitiva, il collegamento di algoritmi che operano in maniera significativamente autonoma dalle istruzioni inizialmente ricevute dai programmatori, perché basati su sistemi di auto-apprendimento, potrebbe accrescere la loro autonomia. In casi del genere, il principio della supervisione umana e i meccanismi di verifica e sorveglianza ex ante previsti dal regolamento potrebbero rivelarsi non adeguati». La seconda ragione, invece, riguarda il profilo istituzionale, in quanto il successo (o meno) dell'Ai Act «dipenderà dalle istituzioni chiamate ad applicarlo. Il regolamento prevede, infatti, la costituzione di organismi nazionali di certificazione, chiamati ad effettuare la valutazione della conformità dei sistemi di IA ad alto

Come si è menzionato in apertura, l'AI Act presenta un *risk-based approach* – già presente, seppure con sfumature diverse, nel GDPR e nel Digital Services Act<sup>16</sup> – con un significativo passaggio verso un modello *top-down*<sup>17</sup>. Sono previste quattro categorie di rischio con riguardo ai sistemi di intelligenza artificiale (rischio inaccettabile; rischio alto; rischio limitato; rischio minimo), ma l'individuazione delle categorie di rischio e degli eventuali meccanismi di mitigazione e di salvaguardia non è più affidata alla discrezionalità dei soggetti destinatari del Regolamento, bensì si baserebbe su un automatismo previsto

rischio rispetto ai requisiti previsti dal regolamento. Ciascuno Stato membro dovrà inoltre istituire appositi organismi (le autorità di notifica), chiamate a valutare e notificare le autorità di certificazione». Si prevede inoltre «che gli organismi nazionali di certificazione dovranno essere indipendenti dai fornitori di sistemi di intelligenza artificiale e dovranno essere “organizzati e gestiti in modo da salvaguardare l'indipendenza, l'obiettività e l'imparzialità delle loro attività”. L'attuazione della disciplina relativa all'organizzazione ed al funzionamento degli organismi di notifica e degli organismi nazionali di certificazione spetterà agli Stati membri».

<sup>16</sup> DUNN, DE GREGORIO, (2022), osservano come il GDPR sarebbe caratterizzato dal principio di accountability che viene «declinato in pratica anche attraverso il ricorso a un sistema regolativo basato sul rischio, in base al quale titolare e responsabile del trattamento sono tenuti a predisporre le misure tecnico-organizzative necessarie ad assicurare che il GDPR stesso venga rispettato» e pertanto essi «dovranno operare una valutazione di impatto delle loro attività e, sulla base di tale valutazione, elaborare la strategia migliore per ridurre i rischi di violazione dei diritti individuali». La categoria del rischio sarebbe poi presente anche nel Digital Services Act, laddove questo «introdurrebbe una serie di obblighi a carico dei service provider volti a incentivare, da un lato, una riduzione di contenuti illeciti nell'ambiente digitale e, dall'altro lato, modalità più trasparenti e garantistiche delle attività di moderazione stessa. A differenza del GDPR, il DSA individua direttamente quattro livelli differenti di rischio, sulla base dei quali vengono assegnati obblighi e doveri differenti. Se nel GDPR vi è dunque una delegazione completa, secondo un modello *bottom-up*, dei doveri di valutazione e mitigazione, il DSA si discosta da tale sistema, individuando i criteri oggettivi di classificazione dei provider. Tuttavia, questo passaggio da una logica *bottom-up* a una logica *top-down* non è ancora completo: soprattutto nel caso delle piattaforme online di dimensioni molto grandi, infatti, un ampio margine di discrezionalità è comunque previsto per la mitigazione di rischi sistemici connessi alle loro attività».

<sup>17</sup> Sul punto v. DE GREGORIO, (2023, 78-80); DUNN, DE GREGORIO, (2022); POLICINO, DE GREGORIO, BAVETTA, PAOLUCCI, (2021).

dall'alto dalla Commissione europea<sup>18</sup>. L'AI Act di fatto offre un approccio *top-down* nel quale sono gli attori pubblici a definire le norme in grado di conformare ai valori europei l'implementazione delle tecnologie connesse all'intelligenza artificiale, tuttavia non prevedendo rimedi legali diretti a proteggere tali valori, bensì fornendo «*legal standards for artificial intelligence that clarifies typologies of these technologies that are aligned with European values*», ovverosia «*the expansion of the rule of law aims to reduce the consolidation of the rule of tech beyond Europe*» (DE GREGORIO, 2023, 78-80), dal momento che l'Unione europea avrebbe già dimostrato la propria capacità di influenzare le dinamiche globali attraverso il cd. effetto Bruxelles<sup>19</sup>, in particolare estendendo il proprio «*regulatory soft power*» a livello globale in ambito (anche) tecnologico<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. DUNN, DE GREGORIO, (2022), i quali sostengono inoltre che la prospettiva dell'AI Act sarebbe «per certi versi opposta a quella del GDPR. Se nel GDPR la valutazione del rischio e la predisposizione di misure atte a tutelare i diritti individuali alla riservatezza e protezione dei dati erano attività delegate direttamente al titolare e al responsabile del trattamento dati, nel caso dell'AI Act la prospettiva è rovesciata: è il regolamento stesso a operare tale attività. In effetti, se è vero che è presente, con riferimento ai sistemi di IA ad alto rischio, la previsione dell'obbligo di istituire, attuare, documentare e mantenere un sistema di gestione dei rischi, è altresì vero che nell'ecosistema del Regolamento tale norma sembra avere un carattere per lo più residuale».

<sup>19</sup> Cfr. BRADFORD, (2020).

<sup>20</sup> Secondo DONATI, (2021, 462), l'Unione europea avrebbe il vantaggio della prima mossa, dal momento che dopo l'approvazione del Regolamento «le imprese extra-europee dovranno uniformarsi ad esso per riuscire a vendere i propri prodotti e servizi nel mercato europeo», in tal modo favorendo «quel fenomeno, conosciuto come “effetto Bruxelles”, che indica la capacità dell'Unione europea di adottare discipline che finiscono poi per diventare standard accettati a livello globale». Secondo l'A., a differenza di alcuni settori produttivi dove la globalizzazione porta a tollerare livelli di salario e sicurezza dei lavoratori inferiori per attrarre imprese e investimenti, nei mercati digitali si avrebbe la tendenza opposta con un «adeguamento alla più rigida disciplina applicata in mercati di grandi dimensioni, come quello dell'Unione europea. Spesso infatti le imprese, soprattutto quelle che hanno una dimensione multinazionale, preferiscono adattare i servizi ed i prodotti offerti allo standard più rigoroso imposto dall'Unione europea, piuttosto che affrontare i problemi derivanti dalla necessità di osservare una pluralità di standard diversi. Questo fenomeno, che si è già verificato nell'ambito della protezione dei dati personali ed in molti altri campi, potrebbe ragio-

L'elemento del rischio accomuna gli atti normativi europei ora brevemente affrontati anche per il fatto di tendere – proprio attraverso questo concetto – a realizzare lo stesso obiettivo, vale a dire un bilanciamento tra interessi diversi, da un lato quello di natura economica legato all'innovazione e allo sviluppo di tecnologie digitali in grado di competere a livello internazionale in virtù della creazione di un mercato interno digitale, dall'altro quello legato alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nonché dei valori democratici. In sostanza il rischio sarebbe una sorta di «*proxy* per un'attività, quella del bilanciamento, strettamente connessa a una dimensione costituzionale», in buona sostanza quindi adottando «una prospettiva costituzionalmente orientata al rischio» (DUNN, DE GREGORIO, 2022a), quest'ultimo da intendersi non solo come modello normativo, ma, in special modo, come strumento in grado di offrire un sistema giuridico equilibrato e in grado di bilanciare – e quindi tutelare – in misura uguale i vari interessi<sup>21</sup>.

In questo senso vi è chi ha individuato una «*constitutionalization of the digital world*» (PALLADINO, 2023, 523-524) ovvero sia un processo di creazione di norme e regole in grado di liberare il potenziale del sottosistema sociale digitale, al tempo stesso formalizzando meccanismi di limitazione e protezione in grado di delimitare la legittimità delle attività dei sistemi digitali al fine di preservare l'autonomia delle altre sfe-

nevolmente prodursi anche nel settore dell'intelligenza artificiale». Sul punto v. anche DONATI, (2021, 238-243).

Secondo FLORIDI, 2021, spec. 216, «*AIA provisions conferring rights upon individuals and having a sufficiently clear, precise, and unconditional content will enjoy a direct effect, meaning that natural or legal persons will have the possibility to invoke those rights before national courts and tribunals. Also, like the GDPR, the AIA is "extra-territorial", in the more technical sense that it has territorial extension, or, as I would prefer to put it, it is aterritorial, a concept much more coherent with the other three concepts [...] of Brussels effect, digital constitutionalism, and digital sovereignty. It assumes a post-Westphalian world in which the territoriality of the law no longer applies automatically and may be irrelevant. What counts is whether an AI system or service – for example, a loan management program based on machine learning – has an impact on European citizens, not where the company that provides it or uses it is located, whether physically or legally*».

<sup>21</sup> Sul punto v. anche DUNN, DE GREGORIO, (2022).

re sociali e i diritti fondamentali degli individui<sup>22</sup>. Sicché si è diffusa l'idea di un «*digital constitutionalism framework for Ai*» (PALLADINO, 2023, 523-524)<sup>23</sup> – sulla base della teorizzazione del costituzionalismo digitale, su cui ci concentreremo più approfonditamente nei successivi paragrafi – finalizzato non solo a fornire attraverso i diritti fondamentali uno “scudo” contro i pericoli derivanti dalla digitalizzazione, ma anche a preservare «*the character of our political communities as constitutional democratic orders*» in modo particolare se si considera che i sistemi di intelligenza artificiale «*increasingly shape our collective and individual environments, entitlements, access to, or exclusion from, opportunities, and resources*» (YEUNG, HOWES, POGREBNA, 2020, 81). E proprio in questa direzione sembrerebbe muovere l'Unione europea attraverso un cambio di paradigma dal “liberalismo digitale” al “costituzionalismo digitale”, quest'ultimo orientato alla protezione dei diritti

<sup>22</sup> Cfr. PALLADINO, (2023, 523-524). Come nota CIRCIUMARU, (2021), la Commissione europea «*recognises an important challenge for EU fundamental rights, posed by a potent technology which is being quickly developed and starts taking active steps to address it, for example by banning AI systems which would pose unacceptable risks to fundamental rights. In doing so, the Commission wants to protect EU citizens not only from AI systems developed and deployed in the EU but all the systems that can negatively impact them, regardless of the place where they are deployed*».

<sup>23</sup> Secondo l'A., 532-33, «*fundamental rights are quite explicitly conceived as a mean to attain “trustworthy Ai”, thereby ensuring Ai uptake across society. Indeed, “building trust around the development and use of Ai” is a pillar of the European Commission strategy “Artificial intelligence for Europe” (Eu Com 2018), to be achieved by ensuring “an appropriate ethical and legal framework based on the Union’s values and in line with the Charter of Fundamental Rights of the Eu”, a concept further developed in the communication, titled not by chance, “Building trust in human-centric artificial intelligence” (Eu Com 2019)*». Inoltre, «*a key point was the drafting of the “Ethics guidelines for trustworthy Ai” [European Commission High Level Expert Group on Ai] in which Ai trustworthiness is related to the compliance with a series of principles (respect for human autonomy, prevention of harm, fairness, explicability) and requirements (human agency and oversight; robustness and safety, privacy, transparency, diversity, environmental and societal well-being, accountability) grounded in fundamental rights, to be implemented through a mix of technical and non-technical methods (for example explanation, testing and validation methods; quality of service indicators; standardization, certification)*».

fondamentali e dei valori democratici attraverso la limitazione del potere privato digitale<sup>24</sup>.

### 3. Dalla “rivoluzione digitale” al “costituzionalismo digitale”?

L’ascesa della cd. era digitale, ovvero era dell’informazione, ha dischiuso nuovi scenari per il costituzionalismo contemporaneo, in ragione del fatto che esso si trova a confrontarsi sia con un significativo incremento della frammentazione della sovranità e con la moltiplicazione dei “nuovi sovrani globali”<sup>25</sup>, sia con un mutamento della sovranità stessa che assume caratteri di natura essenzialmente tecnica. In questo senso la «potenza da limitare e “costituire” positivamente non è più quella privata del re o quella pubblica dello Stato, ma un nuovo tipo di potenza che oggi può presentarsi sia sotto forma privata che pubblica» (CAVANI, 2023, 224), vale a dire «il paradigma tecnologico che si presenta come dominante, come fattore di liberazione della persona e di innovazione irresistibile, dunque, irrinunciabile» (SIMONCINI, 2017, 20).

In particolare, «i pericoli a cui i diritti fondamentali degli utenti sono esposti laddove si pensi alla Rete come qualcosa di completamente avulso dal dettato costituzionale, da intendersi come quel bagaglio di valori e di strumenti di garanzia che accomunano i paesi democratici» (CAVANI, 2023, 245) e le sfide poste dalla tecnologia digitale, specialmente laddove si tratti di poteri privati, costringono il giurista a ri-

<sup>24</sup> Cfr. DE GREGORIO, (2021, 59). L’A., spec. 67 e 70, prosegue sostenendo che «*the rise of European digital constitutionalism represents the end of the liberal EU approach and a potential basis for promoting a democratic digital environment in the EU*». In particolare, questa nuova fase «*should not be seen merely as an imperialist extension of constitutional values outside the EU territory but as a reaction of European constitutionalism to the challenges to human dignity in an algorithmic society. In this scenario, the evolution of European digital constitutionalism would oppose techno-determinist solutions and contribute to promoting the European model as a sustainable constitutional environment for the development of artificial intelligence technologies in the global context*».

<sup>25</sup> Per tutti, cfr. AZZARITI, (2013, spec. 50-51); LUCIANI, (1993, 20 ss.); LUCIANI, (1996, 160 ss.).



vedere le proprie categorie tradizionali per adattarle al nuovo contesto digitale; ciò, tuttavia, non deve inopportunamente determinare la tentazione «di ritenere che le coordinate ordinamentali fondamentali siano ormai definitivamente erose se non superate» (TARLI BARBIERI, 2021, 946-947), dal momento che i fondamentali – ovverosia «quegli elementi, normalmente indiscussi, costitutivi della scienza costituzionalistica» (AZZARITI, 2013a, VIII) – non sono mutati nei loro presupposti logici bensì necessitano di essere sottoposti a valutazione critica, al fine di riaffermarne la necessaria validità alla luce del nuovo contesto. In sostanza, pare doveroso riprendere e ribadire le “ragioni” del costituzionalismo moderno<sup>26</sup>, non tanto per rimodellarne i presupposti, quanto piuttosto per muovere dalla consapevolezza di una mutazione delle circostanze fattuali<sup>27</sup> al fine di riscoprirne il “fondamento utopico”, ovverosia la limitazione del “sovrano” e la garanzia dei diritti<sup>28</sup>. Si tratta fondamentalmente di continuare «la lotta all'arbitrio, la limitazione, il contenimento, la frammentazione del potere» (FERRARA, 2008, 377), in modo particolare anche del nuovo potere privato che governa il mondo digitale<sup>29</sup>, proprio perché se non si vuole rinunciare all'aspirazione del costituzionalismo moderno di limitare il “sovrano” – anche laddove questo si nasconda e diffonda il suo potere<sup>30</sup> – nessuna delle sue forme deve sfuggire al “contenimento” del costituzionalismo<sup>31</sup>.

Come conseguenza di ciò si è iniziato da più parti a discorrere di “costituzionalismo digitale”<sup>32</sup>, laddove l'aggettivo “digitale” implicava,

<sup>26</sup> Sulle ragioni del costituzionalismo, v., *ex multis*, FIORAVANTI, (2008); ROSENFELD, (1994, 3 ss.); FROSINI, (2021); PRISCO, (2015); LANCHESTER, (2018).

<sup>27</sup> Cfr. BIFULCO, (2014, spec. 27). In questo senso, secondo LACCHÈ, (2016, 26), una generale riconsiderazione del costituzionalismo moderno nello spazio giuridico globale dovrebbe necessariamente «prendere atto delle trasformazioni, di una *global governance* instabile e frammentata, di poteri economici e sociali diffusi, di circuiti costituzionali sovranazionali, di movimenti chiamati a riattualizzare le lotte per la costituzione democratica nei grandi spazi contemporanei».

<sup>28</sup> Cfr. CAVANI, (2023, 245); AZZARITI, (2013b, 188).

<sup>29</sup> Sui “poteri privati” v. almeno BETZU, (2022b, 39 ss.); GRIFFIN, (2023, 46 ss.).

<sup>30</sup> Cfr. AZZARITI, 2013a, 56.

<sup>31</sup> Cfr. LUCIANI, (1996, 161).

<sup>32</sup> V. *ex multis* POLLICINO, (2021); CELESTE, (2019, 76 ss.); CELESTE, (2022); DE GREGORIO, (2022, 297 ss.); DE GREGORIO, (2022b); PADOVANI, SANTANIELLO, (2018,

in un certo senso, una nuova collocazione temporale e materiale del costituzionalismo a seguito dell'avvento del web e di Internet sul finire del XX secolo<sup>33</sup>. In questo senso “digitale” determina una nuova riflessione circa i reciproci rapporti tra tecnologie digitali e costituzionalismo, sicché l'accostamento dei due termini in “costituzionalismo digitale” altro non sarebbe che *«a new theoretical and practical field based on a dynamic dialectic between how digital technologies affect the evolution of constitutionalism and the reaction of constitutional law against the power emerging from digital technologies implemented by public and private actors»* (DE GREGORIO, 2021b, 58). E per ricollegarci a quanto sostenuto poc'anzi – circa un ritorno al compito storico del costituzionalismo – si tratterebbe di una modalità *«to rethink how the exercise of power ought to be limited (made legitimate) in the digital age»* (Suzor, 2018, 4)<sup>34</sup>.

Senza volersi addentrare nell'ampio dibattito dottrinario attorno al costituzionalismo digitale, basti qui osservare che, pur condividendosi talune delle preoccupazioni di chi predilige un «costituzionalismo senza aggettivi» (LUCIANI, 2022, 497)<sup>35</sup>, può essere utile servirsi di tale espressione nel momento in cui si intenda collocare il costituzionalismo nella “nuova” dimensione digitale<sup>36</sup>.

295 ss.). Nella dottrina spagnola v. BALAGUER CALLEJÓN, SARLET, STRAPAZZON, ROBL FILHO, AGUILAR CALAHORRO, PÉREZ MIRAS, 2023; SÁNCHEZ BARRILAO, (2023, 93 ss.); BALAGUER CALLEJÓN, COTINO HUESO, 2023; SÁNCHEZ BARRILAO, (2022, 395 ss.).

<sup>33</sup> Sul punto cfr. REDEKER, GILL, GASSER, (2018, 302 ss.).

<sup>34</sup> Secondo l'A., in questo senso, dato che il *«core ideal of the rule of law is that the exercise of power is limited by rules»* e il costituzionalismo *«is the political project of defining these limits»*, il costituzionalismo digitale sarebbe *«the work of articulating limits on the exercise of power in a networked society [...] The key challenge of digital constitutionalism is to identify how values of good governance can be protected in the digital age»*.

<sup>35</sup> Infatti, secondo l'A. la ragione di ciò sarebbe la «volontà di salvaguardare le categorie tradizionali del costituzionalismo», e così «la teorizzazione di un vero e proprio costituzionalismo digitale [...] costituisce un azzardo, di dubbia utilità sul piano dell'inquadramento dommatico dei problemi [...]». Le nostre categorie, dunque, restano intatte anche a fronte di sfide come quella dell'innovazione tecnologica o quella dell'apparente dissoluzione del territorio.

<sup>36</sup> Cfr. CAVANI, (2023, spec. 246-247).

Il costituzionalismo digitale, pertanto, condividendo i valori e le categorie del costituzionalismo contemporaneo, non sarebbe un tentativo di introdurre un “nuovo” costituzionalismo, bensì uno sforzo concettuale di adeguarsi al nuovo contesto determinato dalla tecnologia digitale<sup>37</sup>, riconsiderando e riadattando le categorie del costituzionalismo «alla luce dei cambiamenti prodotti dall'erompere della tecnologia nelle nostre vite e nelle nostre comunità, in quella che è stata definita “la nuova civiltà digitale”» (FROSINI, 2020, 468).

Essenzialmente il costituzionalismo digitale altro non sarebbe che il costituzionalismo moderno che si trova ad essere interessato da «una fase di rinnovamento, non di stravolgimento» proprio per poter riuscire a far fronte alle sfide connesse alla nuova dimensione digitale e in modo tale da essere in grado di rispondere alla geometria variabile del potere (privato) digitale<sup>38</sup> con «la geometria altrettanto variabile del costituzionalismo» (POLLICINO, 2021a). Difatti, da una prospettiva costituzionalistica, a seguito del sorgere di questo potere in ambito tecnologico e dei nuovi “sovrani” digitali la sfida che si presenta non riguarda soltanto la capacità del potere pubblico di regolare e disciplinare il settore digitale, ma anche l'abilità del diritto costituzionale e del costituzionalismo<sup>39</sup> di saper contrastare il potere privato digitale nella sua dimensione sempre più globale e nei rischi che ne derivano per la tutela dei diritti fondamentali, e in questo modo del costituzionalismo europeo di farsi “digitale”<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Sul punto v. CELESTE, (2019).

<sup>38</sup> Sui poteri privati digitali v. tra gli altri, almeno nella dottrina italiana, BETZU, (2021, 745 ss.); BETZU, (2022); FERRARESE, (2022).

<sup>39</sup> Secondo SUZOR, (2019, spec. 173), «*digital constitutionalism requires us to develop new ways of limiting abuses of power in a complex system that includes many different governments, businesses, and civil society organizations*». In senso analogo anche PADOVANI, SANTANIELLO, (2018, 295 ss.), secondo i quali il costituzionalismo digitale consisterebbe nel predisporre limiti all'esercizio del potere in una società in rete.

<sup>40</sup> Cfr. DE GREGORIO, (2021, spec. 42). Sul punto v. CHELI, (2021, spec. 956), il quale osserva come il costituzionalismo digitale «non potrà assumere le sue forme definitive altro che nello spazio sovranazionale utilizzando quel patrimonio delle “tradizioni costituzionali comuni” che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha già da tempo richiamato e che le giurisprudenze dei vari paesi dell'Unione stanno da tempo valorizzando. Una linea che [...] negli anni più recenti è già emersa nelle normazioni europee varate o in corso di formazione in tema di disciplina dei dati e di regolamen-

#### 4. Alcune osservazioni conclusive sulla “natura” del costituzionalismo digitale

Le elaborazioni dottrinarie testé brevemente tratteggiate non sono esenti da valutazioni critiche<sup>41</sup>; per esempio, secondo alcuni si tratta di teorizzazioni che immaginano di adeguare i valori costituzionali al nuovo contesto digitale che finirebbero «più o meno inconsapevolmente per traslare concetti secolari e assiologicamente pregnanti tradendone lo spirito e, dunque, assecondandone un’interpretazione quanto meno parziale», oppure, in termini più generali, l’espressione costituzionalismo digitale verrebbe identificata come «un abuso di denominazione», laddove si avrebbe a che fare con «una formula vaga seppure alla moda, che viene fatta “roteare” senza interrogarsi sulle sue implicazioni, prima fra tutte la carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali» (BETZU, 2022b, 64-65).

Ora a fronte di tali critiche – in alcuni casi anche (almeno parzialmente) condivisibili – si deve osservare come la configurazione strutturale fondamentale del costituzionalismo digitale non sia esclusivamente legata all’emergere di nuovi *digital bill of rights* proprio perché all’affacciarsi di nuovi diritti legati alla dimensione digitale è altresì apparso evidente come si prospettino nuove forme di potere digitale che pongono seri interrogativi per il costituzionalismo contemporaneo democratico; ciò non deve determinare un totale affidamento alla “retorica” dei diritti fondamentali, ma deve, al contrario, condurci a riscoprire «la doppia anima del concetto di costituzione, quale *bill of rights* ma anche quale *frame of government*» (POLLICINO, 2023, 586-587). In questa direzione quindi il costituzionalismo digitale non può

tazione dell’intelligenza artificiale e che si esprime con molta chiarezza attraverso l’enunciazione di principi diretti a garantire l’impiego di algoritmi trasparenti, affidabili e controllabili, idonei cioè a garantire un’intelligenza artificiale, come viene scritto nei documenti europei, “umanocentrica”». V. inoltre BALAGUER CALLEJÓN, 2023b, spec. 185, secondo il quale «[l]a constitucionalización del algoritmo debe verse también, desde esta perspectiva, en sentido europeo, abriendo la posibilidad de una aplicación efectiva por parte de la Unión Europea de los principios y valores que se derivan del patrimonio constitucional europeo».

<sup>41</sup> V. *ex multis* GOLIA, (2022); COSTELLO, (2023, 326 ss.); MARONI, (2020, 264 ss.); TERZIS, (2024); PAGALLO, (2024).

limitarsi ad essere configurato soltanto come una sorta di declinazione del costituzionalismo globale ovvero come un ampliamento della “retorica dei diritti” – la quale non necessariamente si dimostra essere la soluzione adatta per una tutela più consistente degli stessi – bensì dovrebbe significare un ampliamento della prospettiva di analisi che includa il costituzionalismo nella sue diverse forme, vale a dire liberale, sociale e finanche globale<sup>42</sup>.

Nondimeno risulta rilevante osservare come la risposta del costituzionalismo alle sfide poste dal nuovo contesto digitale non possa avere una dimensione esclusivamente giurisdizionale<sup>43</sup>; se è in qualche modo indubbia la rilevante attività svolta dai giudici – non soltanto costituzionali ma a più livelli – come “avanguardia” nell’aver colto in anticipo, quindi ben prima dell’avverarsi della nuova dimensione tecnologica, e cercato di porre rimedio alle possibili frizioni tra diritti fondamentali, ciò non può giustificare una posizione per così dire privilegiata del potere giurisdizionale, ma appare imprescindibile riequilibrare i rapporti tra quest’ultimo e il potere legislativo, il quale spesso si trova in una posizione marginale<sup>44</sup>. Pertanto sarebbe quantomai opportuno per il costituzionalismo digitale assumere una dimensione politica pienamente costituzionale «che non insegue la realtà, ma la orienti, rompendo le catene che legano le persone al “capitalismo della sorveglianza”» (BETZU, 2022b, 64-65).

Le prospettive aperte dal cambio di paradigma determinato dall’avvento delle nuove tecnologie – su tutte l’intelligenza artificiale – richiedono un cambio di paradigma anche di natura costituzionale, vale a dire che la protezione e la tutela dei beni e dei valori costituzionali dovrebbero precedere la produzione delle applicazioni tecnologiche e pertanto diventa imprescindibile assimilare i valori costituzionalmente protetti già nel momento stesso della progettazione delle macchine, conseguentemente ideando un diritto costituzionale “ibrido”, vale a

<sup>42</sup> Cfr. POLLICINO, 2023, 586-587. Sul punto v. anche DE ABREU DUARTE, DE GREGORIO, GOLIA, 2023, 315 ss.

<sup>43</sup> Si veda almeno POLLICINO, 2021b; sul ruolo dei giudici nelle teorie del costituzionalismo globale v. per tutti CARAMASCHI, 2022, 97 ss.

<sup>44</sup> Cfr. POLLICINO, 2023, 588.

dire un diritto costituzionale in grado di conoscere e quindi di esprimersi nello stesso linguaggio della tecnologia<sup>45</sup>.

### *Riferimenti bibliografici*

- Azzariti G. (2013a). *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*. Roma-Bari. Laterza.
- Azzariti G. (2013b). La costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 4.
- Balaguer Callejón F. (2023a). Inteligencia artificial y cultura constitucional. In Balaguer Callejón F., Sarlet I.W., Strapazzon C.L., Robl Filho I.N., Aguilar Calahorro A., Pérez Miras A. (coord.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*. Cizur Menor. Aranzadi.
- Balaguer Callejón F. (2023b). *La constitución del algoritmo*. Zaragoza. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico.
- Balaguer Callejón F. (2023c). La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. In Balaguer Callejón F., Cotino Hueso L. (coord.), *Derecho público de la inteligencia artificial*. Zaragoza. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico.
- Balaguer Callejón F., Cotino Hueso L. (2023). *Derecho público de la inteligencia artificial*. Zaragoza. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico.
- Balaguer Callejón F., Sarlet I.W., Strapazzon C.L., Robl Filho I.N., Aguilar Calahorro A., Pérez Miras A. (2023). *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*. Cizur Menor. Aranzadi.
- Bassini M., Liguori L., Pollicino O. (2018). Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?. In Pizzetti F. (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, Giappichelli.
- Beck U. (1986). *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*. Roma. Carocci.

<sup>45</sup> Cfr. SIMONCINI, SUWEIS, 2019, 103.

- Betzu M. (2021). I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust. *Diritto Pubblico*, n. 3.
- Betzu M. (2022a). *I baroni del digitale*. Napoli. Editoriale Scientifica.
- Betzu M. (2022b). Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale. In Costanzo P., Magarò P., Trucco L. (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Atti del Convegno Annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Genova, 18-19 giugno 2021, Napoli, Editoriale Scientifica, 39-68.
- Bifulco R. (2014). La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito. *Rivista AIC*, n. 4.
- Bradford A. (2020). *The Brussel Effect. How the European Union Rules the World*. Oxford. Oxford University Press.
- Caramaschi O. (2022). *Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive*. Torino. Giappichelli.
- Casonato C. (2019). Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fascicolo speciale.
- Casonato C. (2020). Per un'intelligenza artificiale costituzionalmente orientata. In D'Aloia A. (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, Franco Angeli, 2020.
- Cavani V. (2023). Nuovi poteri, vecchi problemi. Il costituzionalismo alla prova del digitale. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1.
- Celeste E. (2019). Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, n. 1, 76-99.
- Celeste E. (2022). *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bills of Rights*. London. Routledge.
- Cheli E. (2021). Conclusioni. *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- Circiumaru A. (2021). *EU Digital Constitutionalism, Digital Sovereignty and the Artificial Intelligence Act – A network perspective*, in *European Law Blog*, 23 dicembre 2021.
- Costello R.Á. (2023). Faux Ami? Interrogating the Normative Coherence of 'Digital Constitutionalism'. *Global Constitutionalism*, n. 2.
- Cotino Hueso L., Castillo J.A., Salazar I., Benjamins R., Cumbereras M., Esteban A.M. (2021). *Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act)*, in *Diario La Ley*, Wolters Kluwer.

- De Abreu Duarte F., De Gregorio G., Golia A. (2023). *Perspectives on Digital Constitutionalism*, in Brozek B., Kanevskaia O., Palka P. (eds.), *Research Handbook on Law and Technology*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 315-29.
- De Gregorio G. (2021a). *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti Comparati*, 17 maggio 2021.
- De Gregorio G. (2021b). *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 1, 41-70.
- De Gregorio G. (2022a). Digital Constitutionalism across the Atlantic. *Global Constitutionalism*, n. 2.
- De Gregorio G. (2022b). *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge. Cambridge University Press.
- De Gregorio G. (2023). The normative power of artificial intelligence. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 2.
- Donati F. (2021a). Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza Artificiale. *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3-4.
- Donati F. (2021b). Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali. *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2.
- Dunn P., De Gregorio G. (2022a). AI Act, rischio e costituzionalismo digitale. *Media Laws*, 22 aprile 2022.
- Dunn P., De Gregorio G. (2022b). *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, n. 2.
- Fasan M. (2022). *I principi costituzionali nella disciplina dell'Intelligenza Artificiale. Nuove prospettive interpretative*, in *DPCE Online*, n. 1.
- Ferrara G. (2008). *Conclusioni*, in Ruotolo M. (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*. Napoli. Editoriale Scientifica.
- Ferrarese M.R. (2022). *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*. Bologna. Il Mulino.
- Fioravanti M. (2008). *Costituzionalismo*. Roma-Bari. Laterza.
- Fioriglio G. (2021). La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici. *Ars interpretandi*, n. 1.
- Floridi L. (2021). The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach. *Philosophy & Technology*, n. 2.



- Frosini T.E. (2020). Il costituzionalismo nella società tecnologica. *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3.
- Frosini T.E. (2021). *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*. Napoli. Editoriale Scientifica.
- Golia A. (2022). The Critique of Digital Constitutionalism. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 13.
- Griffin R. (2023). Public and Private Power in Social Media Governance: Multistakeholderism, the Rule of Law and Democratic Accountability. *Transnational Legal Theory*, n. 1.
- Lacchè L. (2016). Ripensare il costituzionalismo tra storia e mondo globale: realtà e sfide. *Giornale di storia costituzionale*, n. 2.
- Lanchester F. (2018). Il profumo del costituzionalismo. *Nomos*, n. 2.
- Luciani M. (1993). Tramonto della sovranità e diritti fondamentali. *Critica marxista*, n. 5.
- Luciani M. (1996). L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, n. 1.
- Luciani M. (2022). *Relazione conclusiva*. In Costanzo P., Magarò P., Trucco L. (a cura di). *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Atti del Convegno Annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Genova, 18-19 giugno 2021, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Maroni M. (2020). *Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives - Book Review*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1.
- Micklitz H.-W., Pollicino O., Reichman A., Simoncini A., Sartor G., De Gregorio G. (2021). *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Padovani C., Santaniello M. (2018). Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system. *International Communication Gazette*, n. 4.
- Pagallo U. (2024). Dismantling Four Myths in AI & EU Law Through Legal Information 'About' Reality. In Sousa Antunes H., Freitas P.M., Oliveira A.L., Martins Pereira C., Vaz de Sequeira E., Barreto Xavier L. (eds.), *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law*, Berlin, Springer.
- Pajno A., Bassini M., De Gregorio G., Macchia M., Patti F.P., Pollicino O., Quattrocchio S., Simeoli D., Sirena P. (2019). AI: profili giuridici. Intelli-

- genza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3.
- Palladino N. (2023). A digital constitutionalism framework for Ai: security and fundamental rights in the Ai Act. *Rivista di Digital Politics*, n. 3.
- Pollicino O. (2020). Forum: Law and Artificial Intelligence. L'impatto dell'AI sul diritto e sui diritti. *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1.
- Pollicino O. (2021a). L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)? *Giustizia insieme*, 15 aprile 2021.
- Pollicino O. (2021b). *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*. Oxford. Hart.
- Pollicino O. (2023). Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?. *Quaderni costituzionali*, n. 3.
- Pollicino O., De Gregorio G. (2021). Constitutional Law in the Algorithmic Society. In Micklitz H.-W., Pollicino O., Reichman A., Simoncini A., Sartor G., De Gregorio G. (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Pollicino O., De Gregorio G., Bavetta F., Paolucci F. (2021). Regolamento AI, la “terza via” europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali. *agendadigitale.eu*, 21 maggio 2021.
- Prisco S. (2015). Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche. in Aa. Vv., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, Giuffrè, vol. IV.
- Redeker D., Gill L., Gasser U. (2018). Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, n. 4.
- Rodotà S. (2021). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari. Laterza.
- Rosenfeld M. (1994). *Modern Constitutionalism as Interplay between Difference and Identity*, in Id. (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham, Duke University Press.
- Sánchez Barrilao J.F. (2016). El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. *Estudios De Deusto*, n. 2.
- Sánchez Barrilao J.F. (2022). *Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional*. Revista da AJURIS – QUALIS.

- Sánchez Barrilao J.F. (2023). Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional. In Balaguer Callejón F., Sarlet I.W., Strapazzon C.L., Robl Filho I.N., Aguilar Calahorro A., Pérez Miras A. (coord.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Simoncini A. (2017). Sovranità e potere nell'era digitale. In Frosini T.E., Pollicino O., Apa E., Bassini M. (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, Le Monnier.
- Simoncini A., Suweis S. (2019). Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale. *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1.
- Suzor N. (2018). Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, n. 3.
- Suzor N. (2019). *Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Tarli Barbieri G. (2021). Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche. *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- Terzis P. (2024). Against digital constitutionalism. *European Law Open*, 25 luglio 2024.
- Yeung K., Howes A., Pogrebna G. (2020). *AI Governance by Human Rights-Centered Design, Deliberation, and Oversight: An End to Ethics Washing*, in Pasquale F., Das S. (eds.), *The Oxford Handbook of Ethics of AI*, New York, Oxford University Press.



Enrico Mantovani \*

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE COME COMPONENTE  
DEL POTERE DIGITALE:  
LA NECESSITÀ DI UNA DIMENSIONE COLLETTIVA  
DEL DIRITTO ALLA PRIVACY

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I poteri privati e il potere digitale. – 3. L'intelligenza artificiale componente del potere digitale. – 4. L'incidenza del potere digitale sul diritto costituzionale la prospettiva della privacy. – 5. I limiti del costituzionalismo 'digitale' nella regolazione dell'intelligenza artificiale. – 6. La centralità della dimensione collettiva della tutela dei dati personali nel rapporto con l'intelligenza artificiale. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'intelligenza artificiale rappresenta una svolta epocale nella storia dell'umanità, destinata a produrre trasformazioni profonde nella società e ad aprire scenari inediti di miglioramento della vita, sia individuale che collettiva. Le sue applicazioni si estendono a una vasta gamma di settori, offrendo potenzialità straordinarie. Tuttavia, questo processo di cambiamento solleva interrogativi cruciali sulla necessità di garantire una transizione verso l'intelligenza artificiale che sia sostenibile ed eticamente orientata. Tali riflessioni non possono prescindere da un'analisi del concetto di potere, nella consapevolezza che – al di là di ogni atteggiamento pregiudizialmente ostile al progresso tecnologico – le ricadute delle rivoluzioni tecnologiche, in particolare per quanto riguarda l'identificazione dei gruppi sociali che ne traggono i maggiori benefici o, al contrario, ne subiscono gli effetti negativi, sono sempre influenzate dalle strutture di potere che le accompagnano.

In tale contesto è condivisibile la rappresentazione di Kate Crawford secondo cui, in definitiva, l'IA non sarebbe, allo stato, “*né intelligente né artificiale*” in quanto, per un primo profilo, anche i più sofis-

\* Università di Roma La Sapienza.

sticati sistemi a disposizione non potrebbero ritenersi ancora effettivamente dotati di auto-coscienza e, per il secondo profilo che qui più interessa, la qualifica di ‘artificiale’ metterebbe indebitamente in ombra la stretta correlazione tra l’IA e le complesse strutture economiche e sociali ‘umane’ che essa presuppone e contribuisce a consolidare, in quanto indispensabili per raccogliere le risorse<sup>1</sup> e la quantità di dati necessari per realizzare sistemi tecnicamente più performanti e per poterne sfruttare i benefici<sup>2</sup>. L’Autrice osserva dunque che tali sistemi sono “*progettati per servire gli interessi dominanti. In questo senso, l’intelligenza artificiale è un registro del potere*” (CRAWFORD, 2021)<sup>3</sup>. Se le promesse dell’intelligenza artificiale sono enormi, attualmente essa costituisce un tassello fondamentale della strategia del potere digitale, in cui le dinamiche appropriative a danno dei dati degli utenti sembrano acquisire un ruolo sempre più centrale, favorendo l’ulteriore concentrazione del potere nelle mani di poche grandi società private che rivestono funzioni para-statali. Sotto altro profilo, l’IA mette a disposizione del potere digitale strumenti di controllo e manipolazione sempre più pervasivi, tali da segnare ancora di più il divario con i poteri privati ‘tradizionali’. Infatti, già Balkin aveva correttamente evidenziato tra le caratteristiche della ‘*Algorithmic Society*’ la centralità assunta dalle tecniche di intelligenza artificiale come strumenti di dominio delle grandi piattaforme digitali tali da rendere possibile il controllo sui propri utenti, secondo dinamiche inedite<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Commissione Europea, *AI Watch Historical Evolution of Artificial Intelligence Analysis of the three main paradigm shifts in AI*, 2020. Secondo cui le “major internet companies” come Microsoft, Google e Meta costituiscono i principali investitori del settore, seguiti da Apple, Amazon e Tesla. Tendenza confermata negli anni successive, infatti nel 2022, il 67 % degli investimenti in Europa relativi all’IA provengono da soggetti privati. Cfr. *AI Watch: Estimating AI Investments in the European Union*, 2022, documenti disponibili presso [https://ai-watch.ec.europa.eu/publications\\_en](https://ai-watch.ec.europa.eu/publications_en)).

<sup>2</sup> È stato riportato che nel 2023 le principali società ad utilizzare ed investire nell’IA (Alphabet, Amazon, Apple, Meta, Microsoft e Nvidia) hanno visto aumentare il valore complessivo delle loro quotazioni in borsa dell’80%. V. *Generative AI will go mainstream in 2024* (economist.com).

<sup>3</sup> CRAWFORD, (2021, 16).

<sup>4</sup> BALKIN, (2018, 1151 e ss.).

L'emersione del potere digitale ha dunque provocato delle 'rottture' nella prospettiva del costituzionalismo<sup>5</sup> in ragione del consolidamento del ruolo di pochi soggetti privati nell'esercizio di funzioni di natura-parastatale e dell'acquisizione della capacità di regolare l'esercizio dei diritti fondamentali di una rilevante platea di utenti.

L'immagine della rottura efficacemente rappresenta le trasformazioni che sta attraversando lo Stato costituzionale, in cui ad assumere un ruolo decisivo è anche l'elemento del progresso tecnologico che costituisce una componente essenziale delle dinamiche del potere digitale contemporaneo. Sebbene infatti sia stato osservato come "*technology is just a means for mediating the relationship of power between humans*"<sup>6</sup>, risulta difficile sostenere la completa neutralità o indifferenza di uno strumento dirompente come l'intelligenza artificiale che, almeno nelle sue potenzialità, costituisce un elemento periodizzante rispetto ad altri progressi tecnici in quanto, rinviando a quanto già sopra osservato, essa ha realizzato l'inedita scissione tra coscienza e azione<sup>7</sup> e aperto a sentieri inesplorati la capacità di anticipazione del comportamento umano e la sua manipolazione.

In tale contesto, si intende evidenziare la rinnovata centralità della prospettiva del diritto alla privacy che, anche nel complesso quadro regolatorio in corso di definizione, costituisce il punto di riferimento essenziale per la costruzione di un'intelligenza artificiale rispettosa dei diritti fondamentali. In tal senso, sembra opportuno esplorare le potenzialità di forme collettive di tutela della privacy che consentono agli individui di esercitare effettivamente le prerogative di controllo sulla circolazione e l'utilizzo di propri dati.

Del resto, il riconoscimento di una dimensione collettiva risulta centrale anche al fine di prevenire le strategie di manipolazione che si realizzano mediante l'inferenza di schemi predittivi sulla base di dati aggregati di un gruppo e che, pertanto, risultano altrettanto efficaci anche in assenza di informazioni individualizzate su un individuo specifico.

<sup>5</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2023, 1 e ss.).

<sup>6</sup> DE GREGORIO, (2022, 3).

<sup>7</sup> Per un approfondimento si veda FLORIDI, (2023).

Sotto altro profilo, in aggiunta alla dimensione istituzionale assicurata dalla autorità nazionali di controllo previste dalla disciplina in materia di data privacy, il riconoscimento di una dimensione collettiva del diritto alla privacy è fondamentale per garantire forme di partecipazione all'esercizio del potere digitale e di legittimazione dello stesso. Sotto tale profilo, si suggerisce di valutare la previsione di forme di esercizio collettivo – eventualmente esplorando i modelli di data stewardship – sui dati personali degli utenti, così da rovesciare il controllo dominicale privato sulle informazioni, attualmente esercitato dal potere digitale, e favorire un utilizzo dei Big data non in ottica proprietaria ed esclusiva, per il profitto di pochi, ma pubblico e condiviso per il benessere comune.

L'attenzione sarà dunque rivolta al tema dei poteri privati e al modo in cui questi si avvalgono degli strumenti offerti dall'intelligenza artificiale, nella consapevolezza che tale prospettiva, per quanto rilevante, risulti parziale. Essa rischia infatti di offuscare un aspetto altrettanto cruciale: l'impiego dell'IA da parte del potere pubblico e i correlati rischi per i diritti fondamentali. Tuttavia, nella necessità di operare una scelta di campo, si ritiene che la questione dei poteri privati si presenti oggi come più urgente e capace di incidere in modo particolarmente dirompente nelle dinamiche del costituzionalismo.

## *2. I poteri privati e il potere digitale*

Nel corso dell'ultimo decennio, il potere digitale dei giganti della rete sembra aver acquisito un ruolo istituzionale che non sembra trovare immediati analoghi in forme di esercizio del potere da parte di soggetti privati nella storia recente dello Stato Costituzionale e, pertanto non sembra adeguatamente circoscrivibile nella nozione di potere privato tradizionale che la dottrina italiana ha ricostruito intorno all'identificazione di una 'autorità di fatto' che, condivide con la controparte la medesima posizione di diritto, e in cui lo squilibrio origina da elementi *extra* giuridici, come la forza economica<sup>8</sup>. Al contrario, è

<sup>8</sup> Per un approfondimento si veda BIANCA, (1977).



stato correttamente osservato<sup>9</sup> come il potere digitale si differenzi almeno sotto due profili da altri esempi di poteri privati che hanno caratterizzato periodi storici differenti: in primo luogo, l'elemento dirimente è l'eccezionalità del contesto di riferimento, rappresentato dalla rivoluzione digitale, in cui i poteri privati hanno un ruolo centrale nella costruzione e nel governo dell'infosfera che, per dimensioni globali e pervasività, non trova analoghi rispetto all'influenza su un particolare settore economico che talora alcuni soggetti privati potevano ottenere. In secondo luogo, ad essere senza precedenti è l'influenza esercitata da tali soggetti sull'esercizio di diritti fondamentali, come la libertà di espressione, e in generale nelle dinamiche del dibattito pubblico e nella costruzione della dimensione relazionale, in virtù del fatto che il mondo digitale sembra – almeno parzialmente – determinato dalle dinamiche di potere esercitate dai giganti della rete che ne hanno plasmato la forma, il contenuto e il funzionamento.

In altri termini, le piattaforme digitali hanno acquisito il potere di stabilire regole generali e astratte che regolano il comportamento di miliardi di persone, in particolare degli utenti dei *social network*, esercitando un'eccezionale capacità di far rispettare le proprie decisioni, talvolta, anche prevedendo meccanismi per la risoluzione delle controversie. Mediante strumenti formalmente privatistici, come le condizioni d'uso e i termini di servizio, le piattaforme esercitano dunque un potere sostanzialmente analogo a quello sovrano, adottando regolamenti in grado di modellare spazi digitali e intere comunità, e influenzando l'esercizio dei diritti fondamentali degli utenti. Si crea così un sistema giuridico separato dalle tradizionali strutture statali, un 'ordinamento senza Stato', almeno fino a quando lo Stato non deciderà di intervenire.

Invero, la costruzione dell'ordinamento digitale è il frutto di tre concorrenti meccanismi realizzati dal potere delle piattaforme: (a) la programmazione strutturale dell'interfaccia di funzionamento del servizio offerto agli utenti (c.d. "*architectural regulation*") – idonea ad influenzare il comportamento degli utenti attraverso le modalità di predisposizione dell'interfaccia grafica e dell'esperienza digitale (c.d. "*architettura della scelta*"); (b) la predisposizione delle regole para-

<sup>9</sup> POLLICINO, (2023).

normative racchiuse negli standard della *community* e nelle condizioni d'uso e, (c) le decisioni di rimuovere o prioritizzare un determinato contributo nell'ambito dell'attività di moderazione.

L'emersione dei nuovi poteri privati nel mondo digitale si inserisce dunque nella prospettiva più ampia della 'Crisi dello Stato' e del superamento della 'grande dicotomia' tra pubblico e privato proprio alla luce dell'emersione di soggetti formalmente privati che esercitano nello spazio transnazionale, e non solamente digitale, poteri sovrapponibili a quelli di matrice statale e con moduli decisionali riconducibili alle caratteristiche tipiche del potere pubblico, in relazione alla sostanziale coattività ed imperatività dei suoi comandi, pur realizzati attraverso strumenti formalmente propri dell'autonomia privata. In dottrina è infatti frequente e condivisa l'osservazione per cui tali piattaforme esercitino funzioni para-costituzionali nello spazio digitale e segnatamente, funzioni normative, esecutive e di risoluzione delle controversie, assimilabili a quelle svolte dagli Stati moderni, anche effettuando operazioni di bilanciamento tra interessi e diritti in conflitto.

In tale contesto emerge la questione della legittimazione del potere normativo delle piattaforme che, nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici, non può che essere rintracciata nel consenso dell'utente che, almeno apparentemente in modo volontario, sceglie di aderire ad una determinata comunità e alle sue regole, al fine di utilizzare un certo servizio. Tuttavia, vi sono diverse ragioni per dubitare che si tratti di una scelta effettivamente libera, infatti, per un primo profilo, l'adesione ad una determinata piattaforma - anche in ragione della posizione di dominanza sul mercato che le piattaforme rivestono - costituisce la condizione necessaria per svolgere attività e soddisfare bisogni corrispondenti oramai ad essenziali esigenze di vita, nonché per esercitare libertà fondamentali, come la manifestazione del pensiero. L'utente non ha la possibilità di rifiutare l'adesione ad una determinata comunità, a pena di perdere accesso al servizio desiderato, almeno in assenza di una disciplina pubblicistica che vieti l'imposizione di una scelta siffatta, come è stato recentemente stabilito dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) in attuazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) che, per quanto qui interessa, ha escluso la sussistenza di un consenso libero al trattamento dei dati personali ai sensi della disciplina unionale rispetto alle tecniche

del *pay or consent*<sup>10</sup>. In secondo luogo, e in via consequenziale, viene così instaurato un rapporto radicalmente asimmetrico in cui la regolazione è il frutto dell'unilaterale determinazione della piattaforma, senza possibilità per l'utente di poter partecipare o contribuire alla formazione delle regole che sarà tenuto a rispettare, secondo le dinamiche note dei contratti per adesione regolati dalla disciplina consumeristica, elemento che tuttavia impedisce di poter qualificare tale forma di regolazione come autoregolazione in senso proprio. La dinamica descritta mette in luce l'aspetto cruciale della alterità soggettiva tra legislatori e governati e l'assenza di procedimenti partecipativi degli utenti alla formazione delle regole che saranno chiamati a rispettare.

In altri termini, facendo ricorso alle elaborazioni del costituzionalismo sociale, nella dimensione ordinamentale delle piattaforme, i giganti del *web* sono al centro della costruzione di autonome "società-mondo" mediante processi di 'auto-costituzionalizzazione' fondati sulla definizione di un ordinamento giuridico autonomo e articolato in una stratificata gerarchia normativa che, solo successivamente, viene imposto all'utente, il quale rimane privo della possibilità di concorrere nella definizione del nuovo ordinamento giuridico a cui aderisce<sup>11</sup>.

### 3. *L'intelligenza artificiale come componente del potere digitale*

Nello scenario descritto è stato ben evidenziato come il concorso tra l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale predittiva e i moderni sistemi di intelligenza artificiale generativa, comporta l'esercizio di un potere di controllo e manipolazione che non ha precedenti, anche rispetto all'utilizzo di altri strumenti di manipolazione 'digitali', come le già evidenziate capacità delle piattaforme digitali di ricorrere alla c.d. "*architettura della scelta*" secondo la teoria dei *nudging*.

Invero, la combinazione delle tecniche di *machine learning* con la disponibilità dei *Big Data* consente di identificare schemi nei compor-

<sup>10</sup> Cfr. European Data Protection Board, Parere n. 08/2024 del 17 aprile 2024 avente ad oggetto il "*Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*".

<sup>11</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di TEUBNER, (2002).

tamenti, preferenze, suscettibilità cognitive, emotive, psicologiche o culturali degli utenti, anche in relazione alla vulnerabilità a diversi tipi di incentivi e disincentivi, in modo da tracciare un profilo dell'individuo (c.d. profilo psicografico) e fornire annunci individualizzati, ovvero favorire la visualizzazione di certi contenuti in luogo di altri, determinando il controllo delle piattaforme sull'esperienza online dell'utente<sup>12</sup>. In particolare, la dottrina più recente ha evidenziato il rapporto tra l'utilizzo delle tecniche di profilazione e il rischio di manipolazione del processo elettorale, anche in relazione al tema delle *fake news* e dunque al rischio che attori stranieri, o altri soggetti, possano pregiudicare il libero esercizio del voto dei cittadini<sup>13</sup>. Tuttavia, alla capacità predittiva di analisi, si aggiunge anche la recente abilità sviluppata dai sistemi di IA generativa di produrre i contenuti più vari (testo, immagini, video, audio) che risultano sempre più accurati, rapidi, realistici e difficilmente distinguibili da analoghi contenuti prodotti dall'uomo, così realizzando una capacità di manipolazione senza precedenti in termini di efficacia manipolativa e di potenzialità diffusiva. Si pensi ad esempio all'utilizzo delle tecniche di *deepfake* per realizzare e diffondere video in cui vengono raffigurati esponenti delle istituzioni pubbliche che rendono dichiarazioni manipolate al fine di suscitare delle reazioni nell'opinione pubblica o sui mercati.

Sul punto è particolarmente efficace la prospettiva teorica avanza da Han che traccia una netta distinzione tra il potere biopolitico di matrice foucaultiana, ritenuto tipica espressione della società capitalista tradizionale, e il potere algoritmico esercitato nel 'regime dell'informazione'<sup>14</sup>.

Il primo, infatti, viene ricostruito in termini di potere disciplinare che assoggetta l'uomo e il suo corpo al ruolo di componente della produzione industriale, mediante una serie articolata di strumenti di dominio, come l'interiorizzazione dei meccanismi di sorveglianza, la cui più efficace rappresentazione è rinvenibile nel *Panopticon* di Foucault. Tali meccanismi trovano realizzazione mediante l'imposizione

<sup>12</sup> JONGEPIER, KLENK, (2022).

<sup>13</sup> Per un approfondimento, si veda DELLEDONNE, MARTINICO, MONTI, PACINI, (2020).

<sup>14</sup> HAN, (2023).

della solitudine e dell'isolamento per ingenerare nell'individuo una condizione di 'docilità', intesa come arrendevolezza e remissività davanti ad un potere che rimane nell'ombra.

Al contrario, nel 'regime dell'informazione' il potere è esercitato, non al fine di addestrare dei lavoratori, ma per estrarre dati ed informazioni, da cui successivamente trarre profitto, ne consegue pertanto che la docilità e la limitazione delle interazioni sociali sono elementi controproducenti a tale scopo. Essi vengono dunque sostituiti da un regime che favorisce le connessioni e lo scambio di informazioni, tale da rovesciare la comunicazione in sorveglianza secondo il paradigma per cui *"quantì più dati generiamo, quanto più intensivamente comunichiamo, tanto più efficace diventa la sorveglianza"* (HAN, 2023)<sup>15</sup>.

Oggetto del potere non è più il corpo, ma la mente, che subisce la sottile influenza manipolatoria dell'architettura della scelta e delle tecniche dell'intelligenza artificiale, per sfruttare l'apparente senso di libertà che discende dall'utilizzo dei servizi e delle piattaforme, appositamente disegnati per indurre gli utenti ad esibire volontariamente sé stessi e i propri dati, secondo un modello di esercizio del potere mai violento e apparentemente trasparente, in quanto sempre pubblicizzato e in primo piano. Da qui l'efficace contrapposizione suggerita da Han tra l'opaco "sorvegliare e punire" del potere disciplinare e il trasparente "monitorare e ottimizzare" del 'regime dell'informazione'.

Eppure la trasparenza del potere digitale è solo apparente, rimanendo nascosto tra le pieghe di una architettura accattivante che induce l'utente ad esercitare la libertà di consumare servizi e prodotti, ma in cui egli rimane per larga parte inconsapevole delle regole a cui aderisce e all'oscuro sulla gestione e sul valore dei suoi dati, secondo la prospettiva che da tempo mette in luce le fragilità del consenso prestato dall'utente per l'accesso ai servizi del mondo digitale e per il trattamento dei suoi dati personali. In aggiunta, l'oscurità del potere raggiunge vette inedite alla luce della difficoltà di accesso alla logica decisoria dell'intelligenza artificiale, sia per le sue intrinseche caratteristiche tecniche come la c.d. *black box*, sia per la copertura offerta dalla disciplina in materia di segreto industriale e proprietà intellettuale, così segnando la distanza tra il potere visibile degli attori pubblici, se-

<sup>15</sup> HAN, (2023, 7).

condo la felice espressione di Bobbio, e l'opacità del potere algoritmico. In conclusione, le considerazioni di cui sopra hanno evidenziato la correttezza dell'immagine proposta da Han sul potere nel 'regime dell'informazione' e l'importanza di riattualizzare la promessa del costituzionalismo di assicurare la limitazione del potere, pubblico o privato che sia e della protezione dei diritti fondamentali.

In tale prospettiva, assume un ruolo centrale la questione della protezione del diritto alla *privacy* in virtù del ruolo privilegiato che essa assume, in generale, nella protezione della sfera di autodeterminazione individuale e, nello specifico, nello stretto rapporto che sussiste tra lo sfruttamento dei dati personali e lo sviluppo di tecniche di manipolazione sempre più sofisticate.

#### 4. *L'incidenza del potere digitale sul diritto costituzionale, la prospettiva della privacy*

Tematizzando sul tema dei poteri privati nel mondo digitale e delle implicazioni sotto il profilo costituzionale, Balaguer Callejón ha messo bene in luce il consolidamento di fattori di legittimazione del potere esterni al circuito democratico-rappresentativo<sup>16</sup>, in quanto radicati nella concentrazione del capitale e – in modo inedito – sulla 'forza della tecnica', ovvero nel controllo delle strutture di potere necessarie a sviluppare e profittare dallo sviluppo tecnologico e, da ultimo, dall'evoluzione dei sistemi di intelligenza artificiale.

Nello stesso senso depone l'emersione di un potere oscuro e a tratti incomprensibile – anche alla luce delle esaminate dinamiche della c.d. *black box*, che lo rendono incompatibile con i tradizionali principi di trasparenza del potere – specialmente nella prospettiva dell'esercizio della tutela giurisdizionale e delle garanzie procedurali. Dacché è fiorita un'amplissima elaborazione in dottrina sul tema del c.d. "algoritmo incostituzionale"<sup>17</sup> e l'indefettibile esigenza costituzionale di assicurarne la comprensibilità e la conoscibilità da parte dell'utente soggetto alle sue decisioni.

<sup>16</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2020).

<sup>17</sup> SIMONCINI, (2019).

In aggiunta, come è stato già ricordato, il potere delle piattaforme digitali ha assunto un rilievo specifico, non riconducibile genericamente al modello dei poteri privati, in ragione dell'eccezionalità del contesto di riferimento, rappresentato dalla rivoluzione digitale, e dall'influenza esercitata da tali soggetti sull'esercizio di diritti fondamentali e in generale dalla capacità di determinare le dinamiche di funzionamento del mondo digitale, nell'esercizio di una vera e propria attività *nomopoietica*, in grado di condizionare il comportamento degli utenti.

Da qui emerge la questione della partecipazione degli utenti nell'esercizio del potere e della tutela dei loro diritti fondamentali. In particolare, per quanto più interessa evidenziare, lo stretto rapporto che si è evidenziato tra potere digitale, tecniche di intelligenza artificiale e raccolta di vasti quantitativi di dati, costituisce un fattore determinante nell'amplificazione del 'regime dell'informazione' descritto da Han in cui l'utente è sottoposto alle logiche appropriative dei suoi dati personali e soggetto al condizionamento derivante dall'affinamento di sistemi di IA predittivi e manipolatori, la cui straordinaria efficacia è resa possibile proprio dall'accesso ai dati personali degli utenti coinvolti.

In tale contesto, la risposta del costituzionalismo non può che essere complessa e olistica, in cui l'imperativo del "*regolare regolare regolare*"<sup>18</sup> deve confrontarsi con la complessità tecnica della materia in esame, l'interesse a non intralciare il progresso tecnologico e, in via prioritaria, la tutela dei diritti e valori fondamentali, rimanendo fedele alla matrice originaria del costituzionalismo. È stato dunque osservato come la complessità dell'IA richieda necessariamente un approccio regolatorio globale, comprensivo almeno di una prospettiva *antitrust*, di tutela del diritto d'autore, della proprietà intellettuale etc., ma in cui un ruolo centrale spetta al diritto alla *privacy* anche, e forse soprattutto il funzionamento delle moderne tecniche di IA presuppone le dinamiche appropriative del 'capitalismo della sorveglianza' e mette a repentaglio l'autonomia e l'autodeterminazione individuale. Dunque, se la regolazione dei giganti della rete non può ormai prescindere dalla questione e dalla regolazione dell'intelligenza artificiale, sembra profilarsi con urgenza la necessità di sottolineare la centralità del diritto alla *pri-*

<sup>18</sup> GROPPI, (2020, 681).

*vacy* come paradigma centrale della risposta ordinamentale dello Stato costituzionale al fenomeno del potere digitale.

In particolare, la riaffermazione del modello della *privacy*-dignità<sup>19</sup> sembra di particolare rilievo nella misura in cui consente di saldare la dimensione dell'autodeterminazione con quella del controllo nella circolazione dei propri dati personali, elementi determinanti nella costruzione di sistemi di intelligenza artificiale '*human-centred*' e idonei a ristabilire la priorità assiologica della tutela della persona anche nei confronti delle dinamiche di potere operanti per mezzo di sistemi 'intelligenti'. Tali sistemi, infatti, presuppongono, e sono funzionali al mantenimento, di un sistema di potere incentrato nell'estrazione dei dati degli utenti, la cui disponibilità è essenziale per lo sviluppo e l'addestramento dei sistemi più moderni, come ad esempio quelli relativi alla c.d. IA generativa.

Si tratta di un fenomeno da inquadrarsi nella *data revolution*, in cui la crescente disponibilità di informazioni è associata ad una particolare capacità di analisi e di memorizzazione secondo dinamiche sconosciute alla memoria umana e alle tecniche 'analogiche', tali da consentire l'emersione del fenomeno dei *big data*, in contrapposizione alla prospettiva degli *small data*, in cui ad assumere un ruolo centrale non è tanto la quantità di dati a disposizione, quanto la loro comprensività e la disponibilità della capacità tecnica ed economica per ricercare, aggregare e incrociare i relativi di *dataset*, in primo luogo mediante lo sviluppo delle tecniche di intelligenza artificiale<sup>20</sup>.

La convergenza di tali elementi consente di estrarre un 'valore informativo' diverso ed ulteriore da quello discendente dalle informazioni raccolte singolarmente, così aprendo la strada a percorsi conoscitivi inediti, anche funzionali all'elaborazione di modelli predittivi, il cui elemento caratterizzante è rappresentato da un paradigma gnoseologico che, in parte, sembra prescindere dall'analisi del rapporto di causalità<sup>21</sup> nella misura in cui si limita ad evidenziare la correlazione tra fenomeni ed, eventualmente, a consentire una valutazione circa la possibilità della loro ricorrenza in futuro, senza però restituire una

<sup>19</sup> DI MARTINO, (2017).

<sup>20</sup> KITCHIN, LAURIAULT, (2015).

<sup>21</sup> CHANDLER, (2015).



spiegazione in termini di stretta logica causale e senza identificare una 'legge di copertura' delle correlazioni evidenziate.

Tuttavia, le pressioni derivanti dalla rivoluzione digitale sembrano deporre nel senso dell'insufficienza della sola prospettiva individuale – fondata sul consenso e l'autodeterminazione informativa – in favore di una specifica rilevanza delle dimensioni istituzionale e collettiva, per due fondamentali ragioni: in primo luogo, per un fattore di scala e di effettività della tutela, infatti la concentrazione del potere digitale nelle mani di pochi *tech giants* realizza un'inedita asimmetria di potere nei confronti del singolo, a cui si somma il fattore della straordinaria complessità tecnica della materia in esame, circostanze che suggeriscono di non lasciare l'individuo 'solo' davanti al potere. In secondo luogo, si è visto come le tecniche di funzionamento dell'intelligenza artificiale operano secondo dinamiche di larga scala, come ben esemplificato nella distinzione sopra tracciata tra *big data* e *small data*, in cui l'elemento dirimente è l'attributo della comprensività e varietà dei dati raccolti.

I dati consentono di identificare schemi comportamentali da cui estrarre indicazioni in merito alle suscettibilità cognitive ed emotive del singolo individuo, proprio muovendo dallo studio aggregato delle informazioni relative agli utenti, al gruppo di soggetti in essi sono inseriti e le loro rispettive interazioni. Se la comprensione individuale è prodromica alla realizzazione di una 'fisica sociale'<sup>22</sup> e all'affermazione di strategie di previsione e controllo delle condotte umane, ovvero alla predisposizione di messaggi manipolatori personalizzati, la logica non-causalistica ma statistica-induttiva che caratterizza i sistemi di *machine learning* opera secondo l'identificazione di correlazioni su dati aggregati e, pertanto, è in grado di stabilire – con un sufficiente livello di approssimazione – profili individuali anche in assenza di informazioni individualizzate, nella misura in cui sussistono adeguate informazioni comprensive su un campione rilevante del gruppo selezionato. In altri termini, come bene evidenziato da Floridi, “*But even in a context of complete respect for [personal] privacy, there remains plenty of opportunity to exploit public or inferential information, including at the group*

<sup>22</sup> PENTLAND, (2015).

*level (e.g. when [the subject] belongs to, or is classified as a member of, a specific segment of the population”* (FLORIDI, 2024)<sup>23</sup>.

Le garanzie del diritto alla trasparenza algoritmica e alla partecipazione degli utenti all'esercizio del potere digitale sembrano poter trovare un solido supporto proprio in meccanismi collettivi che consentono la convergenza degli utenti nell'esercitare forme di controllo e supervisione collettive nei confronti dell'operatore privato. Invero, la centralità del paradigma della *privacy* che si è ora provato a tratteggiare, deve essere contestualizzata nelle divergenze ordinamentali tra le due sponde dell'Atlantico, secondo la nota contrapposizione nell'approccio alla regolazione del mondo digitale che, recentemente, Anu Bradford ha compendiato nell'identificazione di un modello *market-driven*, improntato ad una debole regolazione statale negli Stati Uniti e ad una preminenza della libertà di espressione delle piattaforme digitali, e un modello *right-driven*<sup>24</sup>, fondato sulla tutela dei diritti fondamentali degli utenti in Europa.

##### *5. I limiti del costituzionalismo 'digitale' nella regolazione dell'intelligenza artificiale*

Diversamente da quanto accaduto nell'ordinamento statunitense, il diritto alla *privacy* ha costituito un aspetto determinante della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo, specialmente nella regolazione dell'innovazione tecnologica, anche alla luce della sua straordinaria capacità di trasformazione e adattamento alle mutevoli necessità di protezione derivanti dal progresso tecnico. Invero, il trapianto della *privacy* nel costituzionalismo europeo, a partire dalla ricezione nell'art. 8 CEDU, è stato particolarmente fortunato e ha consentito una sua progressiva estensione da una dimensione puramente negativa, invero coerente con la linea affermata nell'ordinamento statunitense, alla sua proiezione positiva, della protezione dei dati personali, in cui emerge la pretesa che la circolazione dei dati sia governata dal

<sup>23</sup> FLORIDI, (2024, 64).

<sup>24</sup> BRADFORD, (2023).

controllo individuale dell'interessato<sup>25</sup>, nel prisma dell'autodeterminazione informativa di stampo tedesco, poi definitivamente recepita all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>26</sup>.

Sul punto è stato acutamente osservato come la principale differenza tra l'approccio statunitense e quello europeo alla protezione della *privacy* attiene alla dimensione dei diritti in quanto, mentre negli Stati Uniti risulta prevalente la dimensione individuale, in Europa quest'ultima è profondamente legata a quella istituzionale. Infatti, nel continente, il diritto alla *privacy* ha uno statuto particolare nell'ambito dell'ordinamento complessivo – costituendone una delle cifre caratteristiche più distintive – tanto da essere articolato in una serie di dimensioni ulteriori, tra loro strettamente collegate, come quelle concernenti gli obblighi di protezione, le misure organizzative e procedurali, l'efficacia orizzontale e la connessione con il principio democratico<sup>27</sup>.

Esse sono ben rappresentate dalla evoluzione progressiva di un quadro giuridico *ad hoc* di regolazione della tutela dei dati personali, con l'adozione di plurimi strumenti normativi, dalla direttiva 95/46/CE al GDPR del 2016, in cui è progressivamente emersa la prevalenza assiologica del diritto in esame rispetto agli obiettivi di funzionamento del mercato interno, con la trasformazione da un modello *market-oriented* ad una "*constitutional-driven strategy*"<sup>28</sup>.

Si è trattato di un percorso articolato nel duplice rapporto – talora anche conflittuale – tra il legislatore europeo e la Corte di Giustizia. Il primo ha nel tempo predisposto un robusto apparato di tutele mentre la seconda, spesso a fronte dell'iniziale inerzia del legislatore, è stata particolarmente attiva, confermando il ruolo centrale della *privacy* come 'primo emendamento europeo'<sup>29</sup>, e estendendo l'applicazione dei

<sup>25</sup> Sul punto, naturalmente, il riferimento obbligato è RODOTÀ, (1973).

<sup>26</sup> Con riferimento alla centralità nel sistema convenzionale del binomio *privacy-dignità* e a autodeterminazione, si veda da ultimo l'art. 7 della proposta di Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto del 17 maggio 2024, in base al quale "*Each Party shall adopt or maintain measures to respect human dignity and individual autonomy in relation to activities within the lifecycle of artificial intelligence systems.*"

<sup>27</sup> DI MARTINO, (2017, 301 e ss.).

<sup>28</sup> DE GREGORIO, DUNN, (2022).

<sup>29</sup> PETKOVA, (2019).

diritti fondamentali anche nei confronti delle grandi piattaforme, mediante una applicazione extraterritoriale della disciplina europea che ha contribuito ad affermare la ‘forza regolatoria’ dell’Unione Europea a livello globale e realizzare il c.d. *Brussels Effect*<sup>30</sup>.

Nonostante le tensioni della *data revolution*, la matrice dignitaria e personalista della *privacy*<sup>31</sup>, coerentemente con un principio da tempo consolidato nella tradizione europea, che vede la *privacy* come “*parte integrante della dignità umana*”<sup>32</sup>, è rimasta al centro del quadro normativo di riferimento, come confermato, *inter alia*, dal rifiuto di qualificare i dati personali come merce<sup>33</sup> e, in generale, dall’intera impalcatura del GDPR<sup>34</sup> e al rilievo ivi attribuito alla tutela dell’autodeterminazione individuale.

In via esemplificativa, si pensi alla previsione del diritto alla spiegazione dell’algoritmo (*ex art. 15, comma 1, lett. h*) e il divieto di essere sottoposti a decisioni esclusivamente automatizzate (*ex art. 21 e ss.*), prevedendo dunque l’obbligo di introdurre *a human-in-the-loop*, salvo il ricorrere delle (invero numerose) eccezioni a cui il divieto è soggetto, tra cui l’avvenuta prestazione del consenso dell’interessato. Accanto a tale (sebbene imperfetta) dimensione rimediale, la dimensione istituzionale è confermata dalle misure organizzative, procedurali e tecniche imposte in capo ai titolari del trattamento, come i principi della *privacy by design* e *by default*, all’obbligo di informativa, di minimizzazione, di analisi di impatto, secondo il modello del *due data process*<sup>35</sup> e, soprattutto, dal ruolo particolarmente rilevante attribuito alle

<sup>30</sup> BRADFORD, (2020).

<sup>31</sup> Per tutti si veda FLORIDI, (2016).

<sup>32</sup> Parere del Garante europeo della protezione dei dati (EDPS) n. 04/2015 “*Towards a new digital ethics Data, dignity and technology*” secondo cui “*Privacy is an integral part of human dignity, and the right to data protection was originally conceived in the 1970s and 80s as a way of compensating the potential for the erosion of privacy and dignity through large scale personal data processing.*”

<sup>33</sup> Cfr. Parere congiunto del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) e del Garante europeo della protezione dei dati (EDPS) n. 03/2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati.

<sup>34</sup> Sul punto si veda diffusamente DE GREGORIO, (2022, 258 e ss.).

<sup>35</sup> DE GREGORIO, (2022, 267 e ss.).

Autorità nazionali di controllo come, in Italia, il Garante per la Protezione dei dati personali, muniti di penetranti poteri di vigilanza e sanzionatori.

Del resto le vicende della *privacy* sono paradigmatiche del costituzionalismo 'digitale' e del suo rapporto con il potere digitale che Pollicino ha efficacemente periodizzato in fasi, la prima, che vedeva la prevalenza del ruolo della Corte di Giustizia, supplente appunto all'inerzia del legislatore, come esemplificato in importanti arresti come, tra tutti, la nota decisione in *Google Spain* (2014)<sup>36</sup>; la seconda, ricca di interventi da parte delle istituzioni europee con l'adozione di importanti provvedimenti legislativi settoriali e frammentari, nel campo del *copyright*<sup>37</sup>, della tutela dei servizi media audiovisivi<sup>38</sup>, nel contrasto al terrorismo<sup>39</sup> e, soprattutto, della *privacy* con il GDPR, caratterizzati da una forte impostazione assiologico-sostanziale. La terza e ultima fase è invece animata da un approccio trasversale e un'impostazione maggiormente orientata alla prospettiva procedurale o procedimentale, in luogo di quella assiologica-valoriale che aveva caratterizzato la fase precedente, di cui Pollicino evidenzia l'affinità con le categorie del costituzionalismo statunitense, del *due process*, e ne esalta la capacità di contribuire a consolidare il 'ponte transatlantico'<sup>40</sup>.

In tale contesto, si inseriscono il *Digital Market Act*<sup>41</sup> e il *Digital Services Act*<sup>42</sup> che, allo stato, costituiscono il punto di riferimento per

<sup>36</sup> CGUE, C-131/12 del 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)* e Mario Costeja González.

<sup>37</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 17 aprile 2019, n. 2019/790, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

<sup>38</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 14 novembre 2018, n. 2018/1808, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

<sup>39</sup> Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2021, n. 2021/784, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici online.

<sup>40</sup> POLLICINO, (2023).

<sup>41</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

la disciplina delle piattaforme digitali attraverso un quadro normativo complesso, con la combinazione di un approccio olistico, *antitrust* e regolatorio, volto all'imposizioni di obblighi e responsabilità in capo ai principali attori del mondo digitale. In particolare, il primo circoscrive la dominanza sul mercato dei c.d. *gatekeepers* in funzione di tutelare la concorrenza. In aggiunta, il *Digital Services Act*, da un lato, ripropone il c.d. principio del *safe harbor* di cui alla *section 230* prevista nell'ordinamento statunitense – in linea con la precedente direttiva sul commercio elettronico<sup>43</sup> – garantendo l'esclusione di un obbligo generalizzato di controllo dei contenuti immessi in rete e la sostanziale immunità per i contenuti caricati da terzi e, dall'altro, prevede un corposo regime di obblighi in materia, senza pretesa di completezza, di trasparenza, rimozione rapida dei contenuti illegali, di gestione dei reclami e di trasparenza nella pubblicità online.

Se tali misure sono dunque coerenti con la prospettiva procedurale già esaminata, l'approccio del legislatore europeo alla regolazione dell'innovazione tecnologica sembra orientarsi verso un paradigma parzialmente diverso, come evidenziabile nella recente approvazione nel maggio 2024 del Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale (c.d. *AI ACT o Regolamento*)<sup>44</sup>, in cui la dimensione procedurale si intreccia con una regolazione marcatamente fondata sul rischio<sup>45</sup>, nella prospettiva di riformulare il bilanciamento tra tutela dei diritti e promozione dell'innovazione tecnologica, depotenziando la natura assiologica dei principi – caratterizzante la prima fase del costi-

<sup>42</sup> Regolamento UE n. 2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (regolamento sui servizi digitali).

<sup>43</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico).

<sup>44</sup> In data 21 maggio 2024, il Consiglio ha approvato in via definitiva il Regolamento UE che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

<sup>45</sup> Sul tema della regolazione basata sul rischio, si veda DE GREGORIO, DUNN, (2022).

tuzionalismo digitale – nell'ottica di favorire il funzionamento del mercato interno e il progresso tecnico.

L'AI ACT è il primo provvedimento normativo vincolante adottato dall'Unione in materia di intelligenza artificiale che pone una pluralità di obiettivi, tra cui, appunto, quello di migliorare il funzionamento del mercato interno e sostenere l'innovazione, congiuntamente con l'obiettivo di promuovere l'adozione di un'intelligenza artificiale affidabile rispettosa dei principi fondamentali del diritto europeo. Come si è anticipato, l'AI ACT adotta un modello di regolazione basato sul rischio (*risk-based*), in base al quale tanto maggiore è il rischio del sistema di IA rispetto al “*rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche*” (v. art. 6 del Regolamento), quanto più rigorose sono le prescrizioni in capo a fornitori e operatori di tali sistemi, secondo una classificazione che distingue tra (a) rischio inaccettabile, per cui è stabilito un divieto assoluto di utilizzo; (b) rischio alto, per cui è prevista un'articolata serie di misure organizzative e procedurali funzionali necessari a valutare la conformità agli *standard* definiti dal Regolamento; (c) rischio basso o minimo, per cui non sono previsti obblighi specifici. A tali prescrizioni si aggiunge un parziale ricorso al modello della co-regolazione, mediante l'adesione volontaria a codici di condotta.

Si tratta di una normativa complessa e articolata, tuttavia, ai presenti fini, particolarmente interessante risulta, in primo luogo, la tutela del diritto all'autodeterminazione individuale, con il divieto di utilizzo di sistemi di IA che agiscono senza che una persona ne sia consapevole e che pongano in essere tecniche manipolative aventi lo scopo o l'effetto di distorcere il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, così da provocare un danno significativo. Sono altresì vietati alcune tipologie di sistemi predittivi con riferimento specifico ai sistemi di ‘*social scoring*’ e di ‘*predictive policing*’, salvo il ricorrere in tale ultimo caso di (un invero non contenuto) numero di eccezioni legate alla necessità di prevenire reati particolarmente gravi. Analoghe eccezioni per finalità di pubblica sicurezza sono previste per l'utilizzo di sistemi di riconoscimento facciale in tempo reale (v. art. 5 del Regolamento).

Nello stesso senso, sono vietati i sistemi di IA che creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante *data scraping*

non mirato di immagini facciali da internet (v. art. 5 del Regolamento). In secondo luogo, è prevista una articolata e specifica disciplina per i c.d. modelli di IA per finalità generali, tra cui vengono ricompresi i sistemi generativi (come i LLM), al fine di garantire che gli utenti siano consapevoli dell'interazione con una macchina e, in tale prospettiva, i relativi contenuti dovranno essere contrassegnati come prodotti artificialmente, in particolare in caso di utilizzo dei c.d. *deepfake*. Per un secondo profilo, al fine di garantire la realizzazione di sistemi sicuri e affidabili e garantire il rispetto dei diritti, la trasparenza nella fase di addestramento viene elevata a requisito centrale e, pertanto, il Regolamento obbliga i fornitori di tali modelli a comunicare agli utenti una sintesi sufficientemente dettagliata dei contenuti utilizzati per l'addestramento del modello di IA (v. art. 53 del Regolamento). In terzo luogo, sono previsti ulteriori obblighi per i sistemi generativi di tali dimensioni da essere considerati portatori di potenziali 'rischi sistemici', dunque sistemi che possono avere un impatto significativo su larga scala su beni collettivi, come la salute pubblica, la sicurezza, i diritti fondamentali (v. artt. 55 e ss. del Regolamento).

Sul piano istituzionale, l'AI ACT prevede una significativa responsabilizzazione dei produttori dei sistemi di IA e l'istituzione di autorità nazionali di controllo, con poteri di vigilanza del mercato e sanzionatori *ex post*, coordinate a livello europeo. Tuttavia, contrariamente a come era stato in un primo momento ipotizzato, si è esclusa l'attribuzione di tali competenze alle esistenti autorità in materia di protezione dei dati personali.

Tale scelta del legislatore appare in linea con la prospettiva di realizzare una normativa primariamente orientata a favorire lo sviluppo tecnologico e il funzionamento del mercato, attraverso la previsione di un sistema di armonizzazione delle caratteristiche dei sistemi di IA per la loro libera circolazione nel mercato unico - come esemplificato dalla previsione dell'apposizione della marcatura CE sui sistemi ad alto rischio che soddisfano i requisiti previsti dal Regolamento (v. art. 48).

L'AI ACT sembra dunque adottare un'impostazione analoga a quella prevista per la disciplina dei prodotti difettosi nella misura in cui si limita a stabilire delle caratteristiche tecniche minime per i sistemi ad alto rischio al fine di garantirne la sicurezza e limitarne i rischi in fase di utilizzo. Appare dunque prevalente la prospettiva della libera



circolazione dei beni e servizi, in linea del resto con la base giuridica principale prescelta dal legislatore europeo *ex art.* 114 TFUE che, come noto, consente l'adozione di misure di armonizzazione funzionali ad assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. È stato dunque marginalizzato l'apporto della matrice 'costituzionale' e assiologica della *privacy* che il Regolamento affronta solo parzialmente, demandando la questione alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, il cui fondamentale apporto non potrà che essere valutato in concreto, alla luce degli interventi delle Autorità di controllo nazionale e della giurisprudenza.

#### *6. La centralità della dimensione collettiva della tutela dei dati personali nel rapporto con l'intelligenza artificiale*

Alla luce di quanto sopra, diversamente da quanto accaduto nel GDPR e nel *Digital Services Act*, sembra potersi osservare come la dimensione procedurale dell'AI ACT abbia posto in secondo piano la prospettiva assiologica dei diritti e, in generale, circoscritto la dimensione individuale e collettiva dei diritti fondamentali – e in particolare della *privacy* – prediligendo un modello di regolazione maggiormente funzionale a perseguire gli interessi del mercato. Sul punto è stato giustamente evidenziata l'assenza nel Regolamento di una disciplina rimediabile in capo all'individuo singolo, o associato, in favore di *standard* vincolanti per gli operatori privati e un potere di vigilanza *ex post* in capo alle autorità di controllo. In altri termini, i sistemi di intelligenza artificiale non sono affrontati dal legislatore europeo come una componente del potere digitale che presuppone delle dinamiche appropriative dei dati personali degli utenti, e nemmeno come sistemi decisionali in grado di pregiudicarne i diritti fondamentali ma, ancora, come prodotti di cui è opportuno perseguire lo sviluppo e la commercializzazione, nel rispetto di *standard* di sicurezza condivisi<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> DE GREGORIO, (2023, 77 e ss.), osserva che “*Rather than introducing remedies to protect European values, such as dignity, the Artificial Intelligence Act looks at these technologies more as products than as a process of decision-making expressing a normative power that could affect fundamental rights and democratic values.*”

La disciplina europea in materia di intelligenza artificiale sembra dunque poco coerente con la riconosciuta centralità del principio di dignitario e della *privacy* come paradigmi del governo dell'innovazione tecnologica ma, al contrario, sembra porsi in linea con la recente tendenza del costituzionalismo 'digitale' alla procedimentalizzazione che, forse, depotenzia il fattore 'costituzionale' in favore dell'apertura agli interessi del mercato. Tale tendenza, che nell'AI ACT trova la sua più significativa espressione, sembra giustificare le critiche mosse dalla dottrina alla ricostruzione dogmatica del costituzionalismo 'digitale' nella misura in cui si è rilevato un suo utilizzo 'irenico' che celebra la prospettiva dei diritti ma tralascia la questione della limitazione e separazione del potere<sup>47</sup>.

Invero, salva la prospettiva anticoncorrenziale del *Digital Markets Act*, l'AI ACT sembra presupporre e legittimare le strutture di potere e le dinamiche appropriative dei dati degli utenti da parte del potere digitale in quanto considerati elementi indispensabili per il progresso tecnologico, senza interrogarsi sulla partecipazione dell'individuo/utente.

In altri termini, l'individuo rimane sullo sfondo della regolazione, talora meritevole di protezione ma mai soggetto attivo chiamato a partecipare nell'esercizio del potere a cui rimane sottoposto. L'assenza della prospettiva democratica e partecipativa del costituzionalismo 'digitale' è stata ben evidenziata dagli esponenti del costituzionalismo sociale che, per un primo profilo, hanno rilevato i rischi derivanti da una recessività della prospettiva valoriale in favore di una procedurale. Per un secondo profilo, hanno evidenziato la scarsa attenzione alla prospettiva collettiva della *privacy* che risulta invece determinate a fronte di pratiche di massa nella raccolta dei dati degli utenti e del loro utilizzo per l'addestramento e realizzazione di sistemi di IA prodromici ad esercitare un potere 'algoritmico' nei loro confronti.

Per un terzo profilo, è stata avanzata la proposta di imporre obblighi procedurali in capo alle grandi piattaforme per stabilire forme partecipative di co-decisione rispetto all'esercizio del potere digitale, intervenendo sulla struttura di *governance* per includere i rappresentanti

<sup>47</sup> BETZU, (2021). L'A. richiama le note critiche di Luciani alla celebrazione della tutela multilivello dei diritti e della giurisdizione in LUCIANI, (2006, 668 e ss.).

degli enti esponenziali degli interessi fondamentali diffusi che rischiano di essere pregiudicati dall'attività di tali soggetti privati, secondo la logica della partecipazione al procedimento amministrativo e, in generale, all'esercizio del potere pubblico<sup>48</sup>.

## 7. Conclusioni

In tale contesto, il diritto alla *privacy* può costituire un importante punto di riferimento nella misura in cui venga riconosciuta l'importanza della dimensione partecipativa del diritto in questione rispetto alla raccolta e al successivo trattamento dei dati personali, specialmente rispetto al loro impiego nella fase di addestramento dei sistemi di intelligenza artificiale, con la riscoperta di uno "*status activus*" in capo all'interessato, come recentemente suggerito da Wielsch<sup>49</sup>.

Se gli attuali strumenti normativi sembrano andare in una dimensione diversa dall'*empowerment* degli utenti e dei soggetti interessati, come è il caso del *Data Governance Act*<sup>50</sup>, funzionale a favorire la libera circolazione dei dati e il loro riutilizzo, secondo la prospettiva del *data altruism*, per finalità di interesse generale come la ricerca in materia sanitaria, un prezioso spunto di riflessione può essere colto nella riflessione negli ordinamenti angloamericani in merito ai c.d. *data trust* e forme di *data stewardship*<sup>51</sup>.

Sebbene muovano da una diversa concezione del rapporto tra individuo e dati personali, di matrice patrimoniale e privatistica, tali istituti sono attualmente esaminati dal regolatore inglese<sup>52</sup> come strumenti

<sup>48</sup> GOLIA, (2023, 29).

<sup>49</sup> WIELSCH, (2023, 129).

<sup>50</sup> Regolamento (UE) 2022/868 del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

<sup>51</sup> Sul tema del *data trust*, sia consentito il rinvio a MANTOVANI, (2021).

<sup>52</sup> Sul punto si veda *Government Response to the House of Lords Select Committee on Artificial Intelligence*, Febbraio 2021, disponibile online: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/963696/Government\\_Response\\_to\\_the\\_HoL\\_Select\\_Committee\\_on\\_AI\\_v2.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/963696/Government_Response_to_the_HoL_Select_Committee_on_AI_v2.pdf)

per rafforzare la partecipazione collettiva degli interessati alla costruzione di sistemi di IA, ipotizzando il conferimento dei diritti soggettivi vantanti sui propri dati ad una organizzazione, il *trust*, a cui spetta l'attività di costruzione dei c.d. *data set* da mettere a disposizione degli sviluppatori di sistemi di IA, assicurando una triplice finalità: in primo luogo, il rispetto delle misure tecniche ed organizzative necessarie a garantire i diritti degli utenti; in secondo luogo, la costruzione di materiale di addestramento per i sistemi di intelligenza artificiale che sia affidabile, completo e anonimizzato, in modo indipendente dai poteri privati. In terzo luogo, il *data trust* consente la partecipazione dal 'basso' degli utenti nella cruciale fase di creazione dei sistemi di IA e, eventualmente, nella fase di utilizzo, incrementando la democraticità dell'esercizio del potere digitale.

In conclusione, sembra opportuno esaminare le future applicazioni dell'AI ACT al fine di valutarne la coerenza rispetto alla matrice dignitaria della *privacy* e, sotto altro profilo, continuare ed esplorare forme di condivisione dei dati, funzionali al progresso tecnico e sociale dell'Unione Europea, in un'ottica condivisa, democratica e partecipativa dei diritti fondamentali, rifiutando al contrario logiche predatorie e di sfruttamento che, al contrario, il costituzionalismo deve impegnarsi ad abbattere.

### *Riferimenti bibliografici*

- Balaguer Callejón F. (2020). *Constitution, démocratie et mondialisation. La légitimité de la Constitution face à la crise économique et aux réseaux sociaux* in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau. Constitution, justice, démocratie*. Paris. L.G.D.J.
- Balkin J. M. (2018). Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *Davis Law Review*, 51, pag. 1151 e ss.
- Betzu M. (2021). I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust. *Diritto Pubblico*, 3.
- Bianca C.M. (1977). *Le autorità private*. Jovene. Napoli.
- Bradford A. (2023). *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*. Oxford University Press. Oxford.

- Bradford A. (2020). *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, OUP. USA.
- Chandler D., (2015). A World without Causation: Big Data and the Coming of Age of Posthumanism. *Millennium*, 43.
- Crawford K. (2021). *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*. Yale University Press, 2021, tr. it. *Né intelligente né artificiale, Il lato oscuro dell'IA*. Il Mulino.
- De Gregorio G (2022). *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge. Cambridge University Press.
- De Gregorio G.; Dunn P. (2022). The European risk-based approaches: connecting constitutional dots in the digital age. *Common Market Law Review*, 59.
- De Gregorio G. (2023). The Normative Power of Artificial Intelligence. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 30.
- Delledonne G., Martinico G., Monti M., Pacini F. (2020). *Italian Populism and Constitutional Law, Strategies, Conflicts and Dilemmas*. Palgrave Macmillan.
- Di Martino A. (2017). *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*. Jovene editore. Napoli.
- Floridi L. (2023). AI as Agency Without Intelligence: on ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models. *Philosophy & Technology*, 36.
- Floridi L. (2024). Hypersuasion – On AI's Persuasive Power and How to Deal with It. *Philosophy & Technology*, 37.
- Floridi L. (2016). On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy. *Philosophy & Technology*, 29.
- Golia A. (2023). Critique of digital constitutionalism: Deconstruction and reconstruction from a societal perspective. *Global Constitutionalism*.
- Groppi T. (2020). Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale. *Consulta Online*, 3.
- Han B.C. (2022). *Infocracy: Digitization and the Crisis of Democracy*. Cambridge. Polity Press.; tr. it. *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Einaudi.
- Kitchin R., Lauriault T. (2015). Small data in the era of big data. *GeoJournal*, 80.

- Jongepier F., Klenk M. (2022). *The Philosophy of Online Manipulation*. Routledge. New York.
- Mantovani E. (2022). Intelligenza artificiale e discriminazione: quali prospettive. Il modello inglese del Data trust. *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3.
- Pentland A. (2015). *Fisica sociale. Come si propagano le buone idee*. Milano. Egea.
- Petkova B. (2019). Privacy as Europe's First Amendment. *European Law Journal*, 25.
- Pollicino O. (2023). Potere digitale (voce). *Enciclopedia del diritto*, V.
- Rodotà S. (1973). *Elaboratori elettronici e controllo sociale*. Il Mulino. Bologna.
- Simoncini A. (2019). L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà. *BioLaw Journal*, 1.
- Teubner G. (2002). Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria. *European Journal of Social Theory*, 5.
- Wielsch D. (2023). Political Autonomy in the Digital World: From Data Ownership to Digital Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 30.

## CONSTITUCIONALIZAR EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿UNA GARANTÍA NECESARIA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El principio de precaución en el ámbito de la Unión Europea. –2.1. Características generales del principio de precaución. – 2.2. Materialización y concreción del principio en el ámbito europeo. – 3. La aplicación del principio de precaución a la IA. – 3.1. Posible aplicación del principio en el ámbito de la IA. – 3.2. Reflejo del principio de precaución en el Reglamento sobre IA. – 4. Constitucionalización del principio de precaución: ¿una garantía necesaria?

### 1. Introducción

El 30 de marzo de 2023, el Garante para la Protección de Datos Personales italiano dispuso, por primera vez en el mundo, la prohibición temporal del sistema de inteligencia artificial (en adelante, “IA”) generativa conocido como ChatGPT, diseñado y operado por la sociedad estadounidense OpenAI. Según el órgano de garantía, existían riesgos para la protección de datos personales (información inexacta, falta de base para el tratamiento...), especialmente de las personas menores de edad (expuestas a respuestas de ChatGPT inadecuadas para su edad, por falta de las comprobaciones de edad pertinentes), que motivaban la adopción de medidas urgentes “a la espera de completar la investigación [*nelle more del completamento della necessaria istruttoria*]” de los hechos imputados a OpenAI (GPDP, 2023).

En cambio, en España y otras jurisdicciones, ChatGPT no ha sido objeto de limitación alguna por parte de los poderes públicos. Sí lo han sido otros sistemas de recogida de datos, como el escaneo de datos biométricos -el iris- a cambio de una cierta cantidad de bitcoins por la empresa estadounidense Tools for Humanity Corporation (en el mar-

\* Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir.

co de su proyecto conocido como “Worldcoin”). La compañía había sido fundada en 2019 precisamente por el director ejecutivo de OpenAI, Sam Altman, entre otros. Según el comunicado de la Agencia Española de Protección de Datos, el tratamiento de dichos datos “conlleva elevados riesgos para los derechos de las personas, atendiendo a la naturaleza sensible de los mismos”, lo que explicaba dicha medida cautelar “basada en circunstancias excepcionales, en la que resulta necesario y proporcionado adoptar medidas provisionales dirigidas al cese inmediato de ese tratamiento” (AEPD, 2024). Aunque no se trataba en este caso de un mecanismo directamente basado en inteligencia artificial (en adelante, “IA”), la recopilación masiva de datos biométricos anticipaba su tratamiento con base en sistemas de IA para garantizar la autenticación de usuarios en una red global de moneda virtual. Contrariamente a lo que había sucedido con el bloqueo provisional de ChatGPT en Italia, España no fue el único país en prohibir cautelarmente las actividades del proyecto Worldcoin. De hecho, la investigación principal frente a la compañía se lleva a cabo desde Alemania, donde tiene su sede social en Europa.

Desgraciadamente, el derecho fundamental a la protección de datos no es el único derecho fundamental potencialmente afectado por el uso de IA. Igualdad y no discriminación, derecho a la tutela judicial efectiva, libertad de expresión e información, participación política, acceso a las prestaciones sociales, etc. Prácticamente cualquier sector en que se aplica la IA presenta retos para la protección de los derechos fundamentales en ese ámbito (COTINO HUESO, 2017; PRESNO LINEA, 2023). A la hora de adoptar medidas cautelares para la protección de estos derechos, la base jurídica fue relativamente sencilla: bastó acreditar la existencia de un riesgo para la efectividad de las medidas finales adoptadas en un procedimiento, como hicieron el Garante de para la Protección de Datos en Italia o la AEPD en España en los casos mencionados. Sin embargo, cuando el riesgo para los derechos fundamentales sigue existiendo y debe adoptarse una decisión final al respecto, no resulta sencillo determinar qué base permitiría prohibir o suspender temporalmente un sistema de IA cuyos riesgos no han sido todavía aclarados (por ejemplo, por los plazos tasados de un determinado procedimiento, por el tipo de procedimiento afectado, o por la



existencia de principios contrapuestos para la decisión final, cuya ponderación sea inviable o excesivamente indeterminada).

Esta cuestión adquiere todavía mayor relevancia con la aprobación del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (en adelante, “Reglamento sobre IA”), la primera norma específicamente dirigida a regular el uso de IA en la Unión Europea, y expresamente basado en un enfoque de riesgos. De hecho, ya la propuesta formulada por el Parlamento europeo en su día explicitaba, por ejemplo, que “el uso de la IA, con sus características particulares (p. ej., la opacidad, la complejidad, la dependencia de datos, el comportamiento autónomo) puede tener repercusiones negativas para múltiples derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta»)”<sup>1</sup>. Por ello, el Reglamento sobre IA aplica “un enfoque basado en los riesgos claramente definido, que adapte el tipo y contenido de las normas a la intensidad y el alcance de los riesgos que puedan generar los sistemas de IA de que se trate”, a fin de “prohibir determinadas prácticas de IA que no son aceptables, definir los requisitos que deben cumplir los sistemas de IA de alto riesgo y las obligaciones aplicables a los operadores pertinentes, así como imponer obligaciones de transparencia a determinados sistemas de IA” (considerando 26 del Reglamento). Sin embargo, la norma no menciona expresamente qué hacer cuando los riesgos apreciados sean inciertos, o no hayan podido acreditarse plenamente, a la hora de adoptar una decisión definitiva. ¿Qué decisión adoptar cuando existan dudas fundadas sobre la afectación a los derechos fundamentales por el uso de un sistema de IA, pero no una prueba completa al respecto? Las dificultades para la explicabilidad y la trazabilidad de las decisiones adoptadas mediante muchos sistemas de IA hacen todavía más plausibles y urgentes estas dudas (COTINO HUESO & CASTELLANOS CLARAMUNT, 2022).

Tradicionalmente, la norma empleada para gestionar riesgos inciertos de diversa índole ha sido el principio de precaución, expresa-

<sup>1</sup> La propuesta puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206> (10-09-24). Para un temprano análisis de la misma, consultar García García, 2022.

mente reconocido a nivel de la Unión Europea en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”) y, a nivel nacional, en numerosas normas de rango legal. De hecho, aunque se han llegado a identificar cerca de veinte formulaciones diferentes del principio, en más de cincuenta instrumentos normativos o documentos oficiales de distinto alcance, la incertidumbre sobre distintos riesgos se repite como condición para la aplicación del principio (SANDIN, 1999, 902-905; PEEL, 2005, Appendix B). Sin embargo, ni el Reglamento sobre IA europeo, ni la Constitución española mencionan expresamente el principio de precaución. Tampoco la italiana, por cierto, aunque su Corte Constitucional sí lo ha reconocido de forma más clara que el Tribunal Constitucional español (PASQUINO, 2022: 599).

Ante las dudas planteadas, la presente contribución persigue un doble objetivo. En primer lugar, profundizar en el contenido del principio de precaución y su posible aplicación en el ámbito de la IA. En segundo lugar, analizar si existen límites actuales para dicha aplicación y, en su caso, si la constitucionalización del principio a nivel nacional contribuiría a reforzar la protección de los derechos fundamentales en dicho campo. Para ello, examinaremos el contenido concreto del principio de precaución a nivel de la Unión Europea (apartado 2) y la posible aplicación del principio en el ámbito de la IA, junto con su eventual reflejo en el Reglamento sobre IA aprobado a nivel europeo (apartado 3). A la luz de lo anterior, estudiaremos si existen límites actuales a la aplicación del principio en dicho campo y, en su caso, los potenciales beneficios que la constitucionalización del principio tendría a nivel nacional, junto con las implicaciones sustantivas, procedimentales e interpretativas que dicha constitucionalización conllevaría (apartado 4).

## *2. El principio de precaución en el ámbito de la Unión Europea*

### *2.1. Características generales del principio de precaución*

El principio de precaución es probablemente la “máxima expresión jurídica” de un panorama más amplio (científico, social, filosófico, jurídico...) en el que la certeza y la previsibilidad se han vuelto ca-

da vez más utópicos, sin que la demanda de seguridad haya dejado por ello de aumentar (DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2017, 171). Como norma jurídica, el principio permitiría o impondría a los poderes públicos, según los casos, adoptar medidas de diversa índole frente a la posibilidad, discutida o no enteramente probada a nivel científico, de un riesgo inaceptable para determinados bienes y valores jurídicos. Se ha empleado así en numerosas normas, para tratar de atajar riesgos de lo más variado, desde los más cotidianos (alimentarios, derivados de productos químicos, juguetes o para lactantes, etc.) hasta otros que afectan a toda la humanidad, como los riesgos medioambientales. También ha afectado a materias tan diversas como la regulación de antenas radioeléctricas, líneas de alta tensión y *fracking*, la autorización de medicamentos y el uso de vacunas, la liberación y comercialización de organismos genéticamente modificados, u otras menos esperadas como la protección de paisajes, la seguridad en los estadios deportivos, la regulación de productos financieros, e incluso la lucha contra el terrorismo (SUNSTEIN, 2005, 4; STERN & WIENER, 2006, 394). Una de las últimas aplicaciones intensivas y generalizadas del principio buscó hacer frente a uno de los mayores retos a los que nos hemos enfrentado en el pasado reciente: los riesgos, inicialmente inciertos por la forma en que se producían y la magnitud que podían alcanzar, asociados a la COVID-19 (SÁNCHEZ BARROSO, 2020, 153).

Ante esta variedad de usos, no es de extrañar que el principio de precaución haya sido desde su origen fuente de un gran número de controversias, ya sea sobre su pertinencia, su utilidad, su alcance, su contenido, o su eficacia. Ha generado incluso discusiones sobre su propia denominación (RAMOS TORRE, 2002, 411; GARCÍA I HOM, 2004, 285). Se entiende así que una de las críticas reiteradas al principio de precaución haya sido su imprecisión o vaguedad (BODANSKY, 1991, 5; VANDERZWAAG, 2002, 166; MARCHANT & MOSSMAN, 2004, 9-13). Frente a ello, algunos trataron de adoptar alguna de las formulaciones propuestas como definición de autoridad, por ejemplo, la definición del principio de precaución propuesta en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (APPLEGATE, 2002, 13). Sin embargo, la mayoría asumió desde muy pronto que no existe una referencia a la que acudir y optó por agrupar las diferentes formulaciones en dos grandes categorías: las versiones “débiles” y las

versiones “fuertes” del principio (SUNSTEIN, 2005, 18; ESTEVE PARDO, 2004, 196). Otros autores han ampliado estas categorías a tres, a veces mediante la inclusión de una versión “debilísima” del principio (MORRIS, 2000, 14), otras mediante una versión intermedia o moderada, que parece haber hecho cierta fortuna entre la doctrina (WIENER & ROGERS, 2002, 320-321; COONEY, 2005, 6-7).

Sea como fuere, todas las formulaciones del principio de precaución, tanto a nivel internacional como nacional, siempre hacen referencia al menos a tres elementos: (i) la apreciación de un posible riesgo relevante, por su gravedad o naturaleza, como presupuesto inicial de la norma; (ii) la constatación de cierto grado de incertidumbre científica o técnica en torno a dicho riesgo; y (iii) la posibilidad u obligación, según los casos, de adoptar medidas de gestión de riesgo para minimizar o evitar aquellos riesgos inciertos que resulten inaceptables, ya sea por parte de los poderes públicos o de los actores privados implicados (SÁNCHEZ BARROSO, 2021, 6).

## *2.2. Materialización y concreción del principio en el ámbito europeo*

El desarrollo del principio de precaución en el ámbito del Derecho internacional provocó su temprana expansión a numerosos ordenamientos jurídicos nacionales en todo el mundo, aunque con distinta intensidad. Sin embargo, fue en el seno de la Unión Europea (entonces Comunidades Europeas) donde encontró su mejor acogida y más fulgurante expansión. Tras la aprobación en 1986 del Acta Única Europea, que encomendó a las Comunidades Europeas la protección del medioambiente y de la salud a nivel comunitario sin mencionar el principio de precaución, el primer gran punto de inflexión para el principio se produjo con su inclusión en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (“TCE”) tras la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992. Se incluyó en éste un artículo 130R TCE según el cual la política de la Unión Europea en materia medioambiental tendría como objetivo “alcanzar un nivel de protección elevado” y se ba-

saría, entre otros, en el “principio de cautela”, lo que constituyó la primera mención del principio a este nivel<sup>2</sup>.

Paralelamente, aunque sin citarlo expresamente, la Comisión comenzó a aplicar el principio para fundamentar la adopción de medidas concretas de carácter restrictivo, en presencia de lo que consideraba riesgos inciertos para la salud (CRAIG, 2018, 694). Lo hizo por primera vez en la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas 96/239/CE, de 27 de marzo de 1996, que prohibió “con carácter transitorio” la exportación por parte del Reino Unido de bovinos vivos, espermatozoides, embriones y otros productos similares a cualquier país, miembro o no de las Comunidades Europeas, a pesar de reconocer que “en la situación actual no es posible adoptar una postura definitiva acerca del riesgo de transmisión de la encefalopatía espongiforme bovina al hombre; que no se puede excluir la existencia de dicho riesgo” (Considerando 5º). La jurisprudencia europea ratificó, esta vez de forma expresa, la correcta aplicación del principio en este caso, en dos Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de mayo de 1998 (Reino Unido/Comisión, asunto C-180/96 y National Farmers’ Union / Comisión, asunto C-157/96), otro de los hitos fundamentales para su reconocimiento a nivel europeo.

Ante la creciente aplicación del principio de precaución en el ámbito comunitario y las dudas que inevitablemente surgieron en torno a sus requisitos, la Comisión de las Comunidades Europeas se vio empujada a elaborar una Comunicación sobre el recurso al principio de precaución en febrero de 2000. Fue el tercer gran punto de inflexión para la aplicación del principio a nivel europeo, no solo por la pretensión de clarificar su contenido, sino por la interpretación expansiva de su alcance. Aunque los Tratados comunitarios solo lo mencionaban una vez y en relación con la protección del medioambiente, “en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto” según la Comisión (COMISIÓN EUROPEA, 2000, 2, 9), lo que justificó su aplicación a muchos de los campos mencionados en la introducción: seguridad de los productos, protección de los consumidores, salud pública, etc. Una ver-

<sup>2</sup> Tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997, el artículo 130R TCE pasó a ser el artículo 174 TCE, que hoy se encuentra reproducido en el artículo 191 TFUE.

dadera revolución para un principio inicialmente circunscrito al ámbito medioambiental, que no tardó en ser reconocido por la jurisprudencia principio general del Derecho de la Unión Europea<sup>3</sup>.

Tras un largo recorrido, la jurisprudencia europea ha terminado por definir el principio de precaución como aquel que, en el ejercicio de poderes conferidos a la Unión por las normas correspondientes, permite a las autoridades europeas prevenir riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad o el medio ambiente, dando prioridad a dichos valores sobre los intereses económicos en juego<sup>4</sup>. Esto es, un principio autónomo derivado de los tratados que implica, en presencia de incertidumbre sobre la existencia o la amplitud de los riesgos enfrentados, adoptar medidas de protección sin necesidad de esperar una prueba cierta sobre su realidad o magnitud. Siempre que las medidas adoptadas sean objetivas, no discriminatorias y proporcionadas, las autoridades podrán adoptarlas una vez identificados y caracterizados los posibles riesgos y determinado el nivel de protección que se pretende alcanzar<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Entre otras, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPICE) de 26 de noviembre de 2002, asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, caso *Artegodan/Comisión*, apartado 184; Sentencia del TPICE de 21 de octubre de 2003, asunto T-392/02, caso *Solvay Pharmaceuticals/Consejo*, apartado 121; o Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de 17 de mayo de 2018, asunto T-584/13, caso *BASF Agro* y otros, apartados 57-58.

<sup>4</sup> Como ha señalado la jurisprudencia, “Cuando la evaluación científica no permita determinar con suficiente grado de certeza si existe riesgo, el hecho de que se aplique o no el principio de cautela dependerá, con carácter general, del nivel de protección por el que haya optado la autoridad competente en el ejercicio de sus facultades discrecionales [...] La referida opción deberá ser, no obstante, conforme con el principio de la primacía de la protección de la salud pública, de la seguridad y del medio ambiente frente a los intereses económicos, así como con los principios de proporcionalidad y de no discriminación” (TPI, 2002: 186).

<sup>5</sup> Sentencia del TGUE de 21 de febrero de 2024, asunto T-536/22, *Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) contra Comisión Europea*, apartados 71-74.

### *3. La aplicación del principio de precaución a la IA*

#### *3.1. Posible aplicación del principio en el ámbito de la IA*

Sobre el papel, la posibilidad de aplicar el principio de precaución en el ámbito de la IA dependería de dos factores: la existencia de posibles riesgos y la constatación de incertidumbre científica o técnica asociada a ellos, ya sea sobre su existencia o su magnitud. En ese sentido, sería difícil negar la existencia de potenciales riesgos asociados a la IA cuando sus propios impulsores los han reconocido y el Reglamento sobre IA, sobre el que volveremos en el siguiente apartado, basa todo su contenido en un “enfoque de riesgos”. Por otro lado, la gravedad de dichos riesgos, cualquiera que sean los parámetros empleados para definirla (la magnitud de las consecuencias, su carácter irreversible, el tipo de efectos que tendrían...), también parece fuera de duda. En efecto, ya la declaración de Principios de Asilomar en 2017, firmada por casi 6000 científicos y desarrolladores, estableció como uno de los principios básicos la mitigación y el control de “riesgos catastróficos y existenciales”. Otro de los principios establecidos se refiere además, expresamente, a la precaución sobre las capacidades de la IA, teniendo en cuenta la falta de consenso sobre los resultados y el nivel que ésta pueda llegar a alcanzar (VARIOS, 2017).

De forma todavía más evidente, al revisar críticamente estos principios, la Federación de Científicos Alemanes (VDW) apuntó en 2018 que incluso las aplicaciones de IA débiles ya pueden modificar el comportamiento social, la comunicación y la cultura cotidiana, con consecuencias extremadamente negativas. La IA puede ser, según este organismo, especialmente peligrosa por tres motivos:

- a) las decisiones intencionadas del ser humano pero adoptadas mediante IA pueden tener como efectos secundarios o colaterales un perjuicio grave para las personas, incluida la eventual subyugación o aniquilación completa de la humanidad (incluso aunque la IA no lo haya “querido deliberadamente”);

b) una IA que tenga intención destructiva (como un sistema autónomo de armas) aumenta su eficacia de manera exponencial; y

c) una IA puede desarrollar competencias no intencionadas en un inicio y perseguir objetivos auto-fijados que pongan en peligro a personas concreto o a la humanidad en su conjunto.

Por eso, la VDW no dudaba en afirmar que el “principio de precaución de la UE es la ‘brújula legal’ a considerar” en este ámbito (VDW, 2018: 5-8). Más recientemente todavía, el propio mundo tecnológico ha llamado a pausar durante 6 meses los experimentos a gran escala con versiones de IA relativamente fuertes, afirmando que los sistemas de IA con competencias similares a la inteligencia humana entrañan “riesgos profundos para la sociedad y la humanidad, mostrados ya por numerosas investigaciones y reconocidos por los principales desarrolladores de IA” (VARIOS, 2023).

En cuanto a la incertidumbre, tampoco resulta difícil afirmar que la IA sigue rodeada actualmente de numerosas incertidumbres técnicas. Muchas de sus principales manifestaciones entrañan de hecho riesgos sobre las que la ciencia y la técnica no pueden pronunciarse todavía de forma concluyente. En efecto, si adoptamos la clasificación de la incertidumbre técnica o científica propuesta por A. Stirling y otros, y tomada como base por el Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (BOURGUIGNON, 2015, 7), podemos comprobar cómo la mayoría de los sistemas de IA actuales no constituyen sistemas “ordinarios” o “familiares”, con condiciones controladas de desarrollo (lo que implicaría un alto grado de confianza en su impacto y probabilidades equiparable a la certeza). Al contrario, se ven rodeados, la mayoría de ellos, de alguna de las características que definen los distintos tipos de incertidumbre sobre los que puede basarse el principio de precaución:

a) Focos de ignorancia, pues desconocemos todavía muchos de sus efectos potenciales (que solo podemos intuir en ocasiones, pero rara vez cuantificar, datar o analizar de forma probabilística), las condiciones que pueden alterar el desarro-



llo de los sistemas de IA fuerte, o nuevos mecanismos que no existen todavía y que pueden hacer variar el rumbo y la velocidad de crecimiento de la IA en el mundo;

b) Complejidad, al descansar la IA sobre sistemas abiertos y no lineales, con una potencial intervención disruptiva del ser humano en la propia configuración de cada sistema o en su control, que la hace todavía más impredecible; y

c) Ambigüedad, pues los valores en juego y los principios éticos que deben guiar su desarrollo no se encuentran plenamente definidos, y su desarrollo y utilización se basan en tratar de comparar lo incomparable (como la IA y la inteligencia humana, de la que ni siquiera conocemos plenamente todo su funcionamiento y potencial) (STIRLING, 1999, 17).

Es más, ante los sistemas de IA más sofisticados, que en muchos casos funcionan como “cajas negras” de decisión, y de los que desconocemos por tanto alguno de sus “razonamientos”, podemos encontrarnos incluso los llamados “*unknown unknowns*”, es decir, lo que todavía desconocemos que desconocemos, lo que supondría una “ignorancia al cuadrado” o “meta-ignorancia” (KERWIN, 1993, 176; RAVETZ, 1993; BAMMER, 2008, 293). Esta situación imposibilitaría por el momento la adopción de medidas de gestión de riesgo que, precisamente, el principio de precaución legitima, para preservar valores relevantes en el futuro.

### 3.2. Reflejo del principio de precaución en el Reglamento sobre IA

Pese a que se cumplen los requisitos exigidos por el principio de precaución para aplicarlo en el ámbito de la IA, la norma más relevante en ese campo, el reciente Reglamento sobre IA europeo, no lo cita expresamente ni una sola vez. Además, aunque el término “riesgo” aparece hasta 767 veces en el Reglamento, algo lógico considerando el enfoque de riesgos adoptado por la norma, la expresión “incertidumbre” u otras derivadas solo se menciona una vez (considerando 139). Una mención relacionada con la incertidumbre jurídica que se pretende evitar, más que con la incertidumbre científica o técnica que daría

lugar a la aplicación del principio de precaución. De hecho, parece que gran parte del Reglamento sobre IA se inspira en el principio de prevención, caracterizado por aplicarse en contextos de certeza donde los riesgos se conocen de antemano, más que en el principio de precaución, cuya principal diferencia con aquel es su aplicación en contextos de incertidumbre (GODARD, 2003, 1245; GONZÁLEZ VAQUÉ, 2004, 12).

Por ejemplo, la clasificación de sistemas de IA como de alto riesgo, con todas las obligaciones que ello conlleva, se basa en dos condiciones que funcionan como presunciones *iuris et de iure* de riesgo (“un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación...”, artículo 6.1) y una lista cerrada de sistemas contenida en el Anexo III del Reglamento (“también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA contemplados en el anexo III”, artículo 6.2), con la precisión que más adelante se dirá. Es decir, el legislador europeo ya habría adoptado las medidas que considera adecuadas frente a estos sistemas, las obligaciones establecidas en el Reglamento sobre IA, previniendo de esta forma los riesgos existentes en la fecha de aprobación de la norma.

De forma todavía más clara, el Reglamento sobre IA emplea en otros artículos un lenguaje que denota la certeza resultante de la evaluación de riesgos llevada a cabo para aprobar la norma. Un ejemplo es el artículo 7.1.b, que indica que un sistema de IA solo se considerará de alto riesgo cuando “plantee un riesgo de perjudicar la salud y la seguridad o de tener repercusiones negativas en los derechos fundamentales” equivalente o mayor a los riesgos ya reconocidos en los sistemas listados en el anexo III. El uso del presente indicativo vuelve a subraya esta certeza en otros artículos. Por ejemplo, en el artículo 51, se especifica que un modelo de IA de uso general se clasificará como de riesgo sistémico si “tiene capacidades de gran impacto evaluadas a partir de herramientas y metodologías técnicas adecuadas, como indicadores y parámetros de referencia”, lo que implica un conocimiento claro y concreto de las características que configuran dicho riesgo. De hecho, se establece una presunción especialmente exacta a este respecto: “Se presumirá que un modelo de IA de uso general tiene capacidades de gran impacto [...] cuando la cantidad acumulada de cálculo utilizada para su entrenamiento, medida en operaciones de coma flotan-

te, sea superior a  $10^{25}$ ”, lo que refuerza el enfoque preventivo basado en datos medibles y objetivos.

De forma similar, el artículo 79 define a los sistemas de IA que presentan un riesgo en términos precisos, equiparándolos a “productos que presentan un riesgo” en el sentido del Reglamento (UE) 2019/1020, y estableciendo medidas de información cuando “se detecten riesgos para los derechos fundamentales”, esto es, parece, cuando hayan sido claramente identificados. Los artículos siguientes refuerzan esta línea. Por ejemplo, el artículo 80 exige que la autoridad de vigilancia del mercado correspondiente la adopción de medidas de protección cuando “constate” que el sistema de IA afectado “es” de alto riesgo. A su vez, el artículo 82.1, habilita la adopción de medidas cuando un Estado miembro “concluye” que, pese a cumplir las obligaciones dispuestas en el Reglamento sobre IA, un sistema “presenta” un riesgo para la salud, la seguridad, los derechos fundamentales u otros aspectos de interés público.

Algún artículo llega a permitir la exención del procedimiento de evaluación de conformidad, que incluye una evaluación de riesgos, en determinados casos (artículo 46), lo que parece contrario a ciertas versiones del principio de precaución, según las cuales, ante la duda, mejor sería no precipitarse y no actuar (SANDIN, 2007, 20).

¿Significa todo ello que el principio de precaución no debe aplicarse en el ámbito de la IA? A nuestro entender, la respuesta es negativa. No solo porque los Tratados recogen expresamente el principio, como vimos, y son jerárquicamente superiores al Reglamento sobre IA, sino porque el propio Reglamento parece claramente inspirado, en otros momentos, por dicho principio. Por ejemplo, aquellos artículos que invierten la carga de la prueba e imponen a los operadores privados acreditar que no existe un determinado riesgo para ser exonerado de alguna de las obligaciones que impone el Reglamento. Si volvemos a la lista de sistemas de alto riesgo que el Reglamento plantea en su Anexo III, veremos que funciona como una presunción *iuris tantum*, pues los operadores pueden conseguir que no sean considerados de alto riesgo si documentan debidamente que éstos “[no plantean] un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales” (artículos 6.3 y 6.4). De hecho, la propia Comisión Europea solo podrá modificar estas condiciones cuando

tenga “pruebas concretas y fiables” de que algún sistema contemplado en el anexo III “no plante[a] un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas” (artículo 6.6). Y, en todo caso, ninguna de las modificaciones que adopte “reducirá el nivel global de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales”, como generalmente impone el principio de precaución (artículo 6.8). De forma similar, en relación con los modelos de IA de uso general, solo se abandonará dicha clasificación y las obligaciones correspondientes cuando el proveedor haya “sido capaz de demostrar que el modelo de IA de uso general no presenta, debido a sus características específicas, riesgos sistémicos”.

En relación con la exención de evaluación de conformidad que mencionábamos, solo se permite por tiempo limitado y en situación de urgencia “por motivos excepcionales de seguridad pública o con el fin de proteger la vida y la salud de las personas, el medio ambiente o activos fundamentales de la industria y de las infraestructuras”. Es decir, más que una exención de evaluación de riesgos, lo que supone esta norma es una ponderación *ad hoc* de cada autoridad competente entre varios intereses en juego: aquellos que el uso del sistema de IA de alto riesgo puede afectar y estos otros que, en caso de no introducir de urgencia el uso de dicho sistema, pueden verse afectado. La resolución en algunos casos a favor del uso del sistema de IA sin evaluación de conformidad no supone entonces la necesaria derogación del principio de precaución, entendiendo que en algunos casos la inacción sería más perjudicial que la acción, como una correcta interpretación del principio de precaución avala y sugiere (COMISIÓN EUROPEA, 2000: 3).

Por otro lado, otros artículos también reflejan el principio de precaución al exigir que las obligaciones previstas en el Reglamento, las evaluaciones de riesgo o las medidas de gestión, se adapten a la evolución del conocimiento técnico y científico, imprevisible en el momento actual. De hecho, esta adaptación al conocimiento cambiante, contrario a la certeza, es una de las señas de identidad del principio de pre-

caución<sup>6</sup>. Así, el artículo 9.2 del Reglamento sobre IA dispone, por ejemplo, que “el sistema de gestión de riesgos se entenderá como un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas”. También refleja, en las etapas de gestión de riesgos, la “evaluación de otros riesgos que podrían surgir, a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de vigilancia poscomercialización”, aunque solo exige la adopción de medidas frente a riesgos debidamente acreditados en el primer momento (artículo 9.2.b), lo que parece remitirse a la certeza y a la prevención. Por su parte, el artículo 51.3 establece que la Comisión modificará los umbrales previstos en el Reglamento “en función de los avances tecnológicos, como las mejoras algorítmicas o la mayor eficiencia del hardware, cuando sea necesario, para que los umbrales reflejen el estado actual de la técnica”.

La supervisión humana en los sistemas de alto riesgo es otro ejemplo de la aplicación del principio de precaución. En el artículo 14, se establece que dichos sistemas deben “diseñarse y desarrollarse de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva” por personas físicas. Este control busca reducir al mínimo los riesgos potenciales que podrían surgir con posterioridad, incluso cuando no han sido plenamente identificados o probados en un principio. De hecho, según el apartado 2 de dicho artículo, el objetivo de la supervisión humana es precisamente prevenir o reducir al mínimo los riesgos “que pueden surgir” cuando se utilice el sistema de IA de alto riesgo. De forma similar, la previsión de medidas correctoras y de información adicional cuando los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo consideren “o tengan motivos para considerar” que un sistema introducido en el mercado no cumple con lo dispuesto en el Reglamento sobre IA, deben retirarlo, desactivarlo o recuperarlo (artículo 20). El establecimiento de obligaciones de vigilancia poscomercialización, que ya hemos mencionado brevemente, de intercambio de información y de vigilancia de merca-

<sup>6</sup> Sentencias del TPICE de 11 de septiembre de 2002, asunto T-13/99, caso Pfizer Animal Health/Consejo, apartado 158, y asunto T-70/99, caso Alpharma/Consejo, apartado 171.

do (artículos 72 y siguientes) también son un reflejo del principio de precaución.

Finalmente, la obligación de someter los sistemas de IA de alto riesgo a pruebas para determinar las medidas de gestión de riesgos más adecuadas y específicas (artículos 9.6 y 9.8), el establecimiento de pruebas en entornos controlados (artículos 57-59) – los conocidos sandboxes (RANCHORDÁS, 2014: 4-9), que España ya creó como proyecto piloto para la IA antes de la aprobación del Reglamento sobre IA mediante el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre – y las pruebas en condiciones reales (artículo 60 del Reglamento) también parecen directamente inspirados en el principio de precaución. En efecto, solo tiene sentido establecer dichas pruebas para comprobar que no existen riesgos no apreciados hasta ese momento, o que los efectos (magnitud, reversibilidad, etc.) de aquellos que sí han sido identificados quedan suficientemente minimizados, hasta un umbral aceptable, antes de introducir los sistemas en el mercado.

Con todo, las disposiciones que más claramente parecen reflejar el principio de precaución son los artículos 90 y 91, que habilitan a grupos de expertos a proporcionar alertas cualificadas “cuando tengan motivos para sospechar” que un modelo de IA de uso general plantea riesgos a escala de la Unión o presenta un riesgo sistémico. Tras recibir dicha alerta y llevar a cabo una evaluación de riesgos, como la jurisprudencia siempre ha exigido previamente a la aplicación del principio de precaución<sup>7</sup>, la Comisión podrá solicitar a los proveedores medidas específicas de reducción de riesgos cuando dicha evaluación “apunte a que existen motivos serios y fundados de preocupación” por la existencia de un riesgo sistémico a escala de la Unión (artículo 93.1). La única condición para ello, además de la garantía procedimental de evaluación previa, es que las medidas sean necesarias y convenientes, un límite similar a la proporcionalidad y no discriminación exigidas para la aplicación del principio de precaución. Como puede apreciarse, estas medidas no exigen la apreciación de un riesgo cierto, sino únicamente motivos de sospecha o de preocupación, es decir, indicios fundados de un posible riesgo, pero no prueba plena de su existencia, al-

<sup>7</sup> Sentencia del TGUE de 17 de mayo de 2018, asunto T-584/13, caso BASF Agro y otros, apartados 60 y ss.

cance o magnitud. Lo mismo que se exige, como vimos en apartados anteriores, para la aplicación del principio de precaución en otros contextos.

#### *4. Constitucionalización del principio de precaución: ¿una garantía necesaria?*

Como normativa prácticamente inédita en el mundo, con un alcance y contenido especialmente ambicioso, podría pensarse que el Reglamento sobre IA ha resuelto la mayoría de los problemas relacionados con la aplicación de la IA en la Unión Europea en el momento actual, sin perjuicio de futuras adaptaciones. La ambiciosa redacción del ámbito de aplicación general de la norma, aplicable a cualquier proveedor, público o privado, dentro o fuera de la Unión, que introduzca en el mercado por sí o a través de un tercero, sistemas de IA o productos que los incluyan, refuerza esta errónea primera impresión.

Y decimos bien errónea, porque el ámbito de aplicación de la norma excluye importantes usos de la IA que quedan por tanto sin regular. En particular, todos “los ámbitos que queden fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” (artículo 2.3), pese a la dificultad de definirlos claramente vista la compleja interrelación entre el Derecho de la Unión y los derechos nacionales, especialmente en cuanto al alcance de sus respectivas competencias (CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, 2022, 255-256). La definición de estos ámbitos ajenos al Derecho de la Unión descansa en todo caso sobre el principio de atribución, siendo los Estados Miembros competentes de todo aquello no atribuido a la Unión (artículo 4 TUE). Entre estos ámbitos, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento los sistemas de IA empleados por los Estados miembros “en materia de seguridad nacional, independientemente del tipo de entidad a la que los Estados miembros hayan encomendado el desempeño de tareas en relación con dichas competencias” (artículo 2.3) y aquellos introducidos en el mercado o utilizados “exclusivamente con fines militares, de defensa o de seguridad nacional, independientemente del tipo de entidad que lleve a cabo estas actividades” (artículo 2.3). En estos ámbitos, los riesgos potenciales para los derechos fundamentales son especialmente

relevantes y justifican por sí solos la reflexión sobre la posible necesidad de garantías adicionales en el ámbito de la IA.

Pero podría haber otros, más discutibles, como la aplicación de la IA en los sistemas de justicia nacionales y los procesos democráticos, que el Anexo III del Reglamento califica en muchos casos como sistemas de alto riesgo. En otros casos, llega incluso a prohibirlos (artículo 5). En efecto, aunque no es este el lugar para analizarlo en profundidad, las competencias de la Unión en materia de justicia (no explícitamente reconocidas, pero usualmente invocadas como “retained powers” al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y en la jurisprudencia) son todo menos claras, y muy difíciles de delimitar. Como también lo son aquellas que permiten defender los valores del artículo 2 TUE, incluidos la democracia o el Estado de Derecho (IGLESIAS, 2022, 510).

En todos estos casos, las garantías establecidas por el Reglamento sobre IA no aplicarían, o solo lo harían con matices. A la espera del desarrollo de garantías equivalentes por los Estados Miembros, existirían lagunas de protección para los derechos fundamentales en todos estos ámbitos. Y, con la regulación actual, el principio de precaución no permitiría por sí solo colmar estas lagunas. En efecto, aunque reconocido en los Tratados a nivel europeo, no ha recibido el mismo respaldo normativo a nivel constitucional en los Estados Miembros, con escasas excepciones (como Francia, que sí lo ha reconocido expresamente en su Constitución, aunque solo en relación con la protección del medioambiente – artículo 5 de la Carta del Medio Ambiente, con valor constitucional –). Además, la jurisprudencia europea ha limitado explícitamente la eficacia del principio de precaución al marco de las competencias expresamente atribuidas a la Unión<sup>8</sup>.

En esta situación, cabría preguntarse si el reconocimiento del principio de precaución a nivel legal, en una norma nacional equivalente al Reglamento sobre IA sería suficiente para proteger los derechos fundamentales en los ámbitos excluidos de dicho Reglamento. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, al menos a priori, por dos razones. En primer lugar, por la posible prevalencia de los principios *favor*

<sup>8</sup> Sentencia del TGUE de 21 de febrero de 2024, asunto T-536/22, Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) contra Comisión Europea, apartado 70.



*libertatis* e interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales (que no incluye la interpretación más favorable a derechos parcialmente colectivos como el medio ambiente o la salud, sin naturaleza de derecho fundamental *stricto sensu* en nuestra Constitución). En segundo, por las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

En cuanto al primer motivo, el principio *favor libertatis*, tiene dos acepciones principales que lo configuran como metarregla sobre la interpretación de otras disposiciones o, en palabras del TC, como “criterio hermenéutico a tener en cuenta en su aplicación”<sup>9</sup>:

(i) una acepción según la cual, cuando existan dudas sobre la interpretación del enunciado de una disposición jurídica, debe optarse por la interpretación que resulte más favorable a la libertad<sup>10</sup>;

<sup>9</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 151/2014, de 25 septiembre, FJ. 5º. Existe una tercera acepción que a veces se confunde con la única definición del principio. Es aquella según la cual, al adoptar una medida restrictiva que incida en la esfera de libertad de los particulares, los poderes públicos deben escoger la medida que, siendo adecuada para alcanzar el resultado perseguido (la protección de algún interés o bien colectivo, por ejemplo), resulte lo menos lesiva o intrusiva posible en dicha esfera de libertad (Santamaría Pastor, 2000: 298). Esta acepción del principio *favor libertatis* se designa también bajo los nombres de principio *pro libertate*, en el primer caso, o *in dubio pro libertate*, en el segundo. Dicha acepción coincide con el juicio de necesidad de las medidas exigido por el principio de proporcionalidad, positivado en forma de regla en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 y, a partir de la Directiva de Servicios, en las normas que la desarrollan (véase el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y en otras disposiciones sectoriales (por ejemplo, el artículo 25 LGS). No es a esta acepción a la que nos referimos, puesto que no se trata de un criterio sobre la interpretación de las disposiciones normativas sino un criterio posterior que opera, una vez la disposición ya ha sido interpretada, para escoger las medidas concretas con las que dar cumplimiento a la norma que dicha disposición expresa.

<sup>10</sup> Esta primera acepción ha sido especialmente reconocida en el ámbito penal, en relación con el derecho fundamental a la libertad personal, entendida como libertad física o de movimiento (por ejemplo, para interpretar restrictivamente las normas sobre prisión preventiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2002 o 210/2013, entre otras). Pero ha sido reconocida también, en sentido amplio, en relación con la protección de una genérica libertad para actuar (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Constitucional 163/2006, 96/2010).

(ii) otra acepción según la cual, cuando existan dudas sobre la concurrencia de determinados hechos o su calificación jurídica, también debe efectuarse la valoración de la prueba y la calificación de los mismos que resulte más favorable a la libertad (tomando interpretación en este caso en un sentido amplio, para incluir la fijación de hechos a partir de la prueba practicada)<sup>11</sup>.

Las dos acepciones anteriores (criterio sobre la interpretación preferible de una norma y criterio sobre la valoración o calificación prevalente de hechos dudosos) son similares a las que se predicán del principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales. De hecho, a veces se superponen ambos criterios y se toman como manifestación conjunta del “principio de primacía de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución” (FERNÁNDEZ SEGADO, 1993, 224) y de los valores presentes en el artículo 10.1 de la Constitución (JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, 2004, 157-158). En cuanto criterio para la interpretación de normas dudosas, el principio de interpretación más favorable a los derechos fundamentales se ha empleado así para interpretar restrictivamente cualquier límite a estos derechos, en especial exigencias puramente formales asociadas a los mismos (Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2011, de 2 de noviembre). También, aunque en menos ocasiones, como criterio para valorar prueba o calificar hechos dudosos (Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1988, de 20 de octubre, FJ. 3º).

En cualquiera de los dos casos, el principio de precaución afectaría a la interpretación de las disposiciones dudosas y de los hechos valorados jurídicamente en sentido a estos principios, pues abogaría por

<sup>11</sup> Esta segunda acepción también se ha empleado en el ámbito penal para valorar la prueba de elementos fácticos o para calificar jurídicamente hechos probados dudosos en cuanto a su calificación. En estos casos, el principio *favor libertatis* aboga por establecer los hechos y la calificación de los mismos más favorable a la libertad física, como parte del principio *in dubio pro reo* y del derecho a la presunción de inocencia. También se ha aplicado en favor de la genérica situación de libertad y a la efectividad de otros derechos, nuevamente en relación con la protección de derechos fundamentales como el derecho de reunión (por ejemplo, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2006, de 22 mayo, o la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2001).

las interpretaciones de las normas y las calificaciones de los hechos que más favorezcan la protección de los bienes e intereses colectivos (por ejemplo, el medio ambiente o la salud pública), en detrimento de la libertad y de los derechos individuales de los particulares.

En ese sentido, la aplicación del principio de precaución como criterio orientador de la interpretación de normas que afecten a la esfera de libertad de los particulares o a sus derechos y libertades fundamentales (que incluyen, entre otros, la libertad de investigación, la libertad de empresa, o el derecho de propiedad) supondría la subordinación de los dos criterios hermenéuticos anteriores en el ámbito de la gestión de riesgos en general y, en particular, en el campo de la IA. Para ello, sería necesario constitucionalizar el principio de precaución, a fin de que gozara de idéntico rango normativo y fundamento equivalente a los principios *favor liberatis* e interpretación más favorable a los derechos fundamentales, salvo en aquellos casos en los que la propia Constitución haya consagrado con carácter especial la necesaria prevalencia de estos otros criterios hermenéuticos, como en el Derecho sancionador. Sin la constitucionalización del principio de precaución, su prevalencia sobre ambos criterios resulta ciertamente problemática, lo que redundaría en una menor protección frente a los riesgos derivados de la IA (en especial los riesgos para los derechos fundamentales) en todos aquellos campos excluidos de la aplicación de los Tratados comunitarios y del Reglamento sobre IA, como por ejemplo el ámbito militar, de defensa y de seguridad nacional.

De la misma forma, las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entendido como criterio constitucional de ponderación entre derechos individuales y colectivos (aunque no solo), impedirían la anticipación de las medidas de protección frente a los riesgos provocados por la IA en el ámbito nacional. En efecto, la idoneidad de las medidas, su necesidad en sentido estricto y su favorable ponderación (entendiendo que provocan más beneficios que sacrificios) exigirían demostrar a los poderes públicos, o al menos justificar con cierto grado de certeza, los riesgos que pretenden combatir. Sin un principio de precaución reconocido a nivel constitucional, la incertidumbre de algunos riesgos quedaría sin respuesta, o solo la obtendría cuando quizás fuera demasiado tarde, especialmente si tratamos de riesgos irreversibles. Las insuficiencias del principio de proporcionalidad en con-

textos de incertidumbre, que hemos desarrollado en profundidad en otras contribuciones (SÁNCHEZ BARROSO, 2023), abogarían por tanto nuevamente por la constitucionalización del principio de precaución a nivel nacional para hacer frente a algunos de los principales riesgos provocados por la IA y ajenos al ámbito de competencias de la Unión.

Como contrapartida, cabría alegar la aplicación del principio de efecto útil del Derecho de la Unión Europea, también por tanto del principio de precaución reconocido en los Tratados, para interpretar el Derecho nacional de forma favorable a la adopción de medidas de protección anticipada frente a determinados riesgos, aun cuando existiera incertidumbre científica o técnica sobre su existencia o magnitud. La interrelación entre ambos conceptos es ciertamente compleja, y dependería, en gran medida, de la existencia de un concepto autónomo europeo de “precaución” independiente del que los Estados miembros hayan podido construir, así como del alcance del principio de efecto útil, cambiante en la jurisprudencia de la Unión Europea (SÁNCHEZ FRÍAS, 2023, 102 y 222). La complejidad de esta cuestión aboga por diferirla a una investigación posterior. La necesidad de constitucionalizar el principio de precaución a nivel nacional, para garantizar una protección adecuada de los derechos fundamentales en el ámbito de la IA, si bien respaldada por los argumentos mencionados con anterioridad, queda así abierta.

### *Referencias bibliográficas*

- Applegate, J. S. (2002). The taming of the precautionary principle. *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 27(1), 13.
- AEPD. (2024, 6 de marzo). La Agencia ordena una medida cautelar que impide a Worldcoin seguir tratando datos personales en España. <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/la-agencia-ordena-medida-cautelar-que-impide-a-worldcoin-seguir-tratando-datos-personales-en-espana>
- Bammer, G., & Smithson, M. (Eds.). (2008). The nature of uncertainty. En *Uncertainty and risk: Multidisciplinary perspectives* (p. 293). Earthscan.
- Bodansky, D. (1991). Scientific uncertainty and the Precautionary Principle. *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 33(7), 5.

- Cooney, R. (2005). From promise to practicalities: The precautionary principle in biodiversity conservation and sustainable use. En R. Cooney & B. Dickson (Eds.), *Biodiversity and the Precautionary Principle: Risk and Uncertainty in Conservation and Sustainable Use*. Earthscan.
- Comisión Europea. (2000). Comunicación sobre el principio de precaución. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001>
- Cotino Hueso, L. (2017). Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata*, (24), 131-150.
- Cotino Hueso, L., & Castellanos Claramunt, C. (Eds.). (2022). *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*. Tirant lo Blanch.
- Craig, P. (2018). *EU Administrative Law* (3ª ed.). Oxford University Press.
- Cruz Mantilla de los Ríos, P. (2022). Identidad nacional y valores de la Unión Europea: Límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE. *Revista de Derecho Político*, (114), 245-275.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2017). La evaluación ex post de las normas: un análisis del nuevo modelo español. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (36), 171.
- Esteve Pardo, J. (2004). La operatividad del principio de precaución en materia ambiental. En D. Berberoff Ayuda (Dir.), *El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español* (pp. 191-214). Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).
- Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la teoría constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (39).
- García García, S. (2022). Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea. *Revista de Estudios Europeos*, 79, 304-323.
- García i Hom, A. (2004). *Negociar el Riesgo* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5225/agh1de1.pdf>
- Godard, O. (2003). Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question. *Revue économique*, 54(6), 1245.
- González Vaqué, L. (2004). La aplicación del principio de precaución en el marco de las políticas comunitarias: La actividad legislativa en caso de in-

- certidumbre científica. En D. Berberoff Ayuda (Dir.), *El principio de precaución y su proyección en el derecho administrativo español*. Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).
- GPDP. (2023, 30 de marzo). Provvedimento del 30 marzo 2023 [9870832]. <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832>
- Iglesias Sánchez, S. (2022). La independencia judicial como principio constitucional en la UE: Los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE. *Teoría y Realidad Constitucional*, (50), 487-516.
- Jiménez de Parga y Cabrera, M. (2003-2004). Veintitrés años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, 58-59, 157-158.
- Kerwin, A. (1993). None too solid: Medical ignorance. *Knowledge*, 15(2), 176.
- Marchant, G. E., & Mossman, K. L. (2004). *Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts*. The AEI Press.
- Morris, J. (2000). Defining the precautionary principle. En J. Morris (Ed.), *Rethinking risk and the precautionary principle* (pp. 1-19). Butterworth-Heinemann.
- Pasquino, T. (2020). Il principio di precauzione ai tempi del CoViD-19 tra «rischio» ed «emergenza». *BioLaw Journal*, 1, 597-601.
- Peel, J. (2005). *The precautionary principle in practice: environmental decision-making and scientific uncertainty*. The Federation Press.
- Presno Linera, M. A. (2023). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Marcial Pons.
- Ramos Torre, R. (2002). El retorno de Casandra: modernización ecológica, precaución e incertidumbre. En J. M. García Blanco & P. Navarro Susaeta (Eds.), *¿Más allá de la modernidad? Las dimensiones de la información, la comunicación y sus nuevas tecnologías* (p. 411). Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
- Ranchordás, S. (2014). *Constitutional sunsets and experimental legislation: A comparative perspective*. Edward Elgar.
- Ravetz, J. R. (1993). The sin of science: Ignorance of ignorance. *Knowledge: Creation, Diffusion, Utilization*, 15(2).
- Sánchez Barroso, B. (2020). El principio de precaución frente a las pandemias: Un análisis a la luz de la COVID-19. En R. Amo Usanos & F. de

- Montalvo Jääskeläinen (Eds.), *La humanidad puesta a prueba: Bioética y COVID-19* (pp. 153-165). Universidad Pontificia Comillas.
- (2021). *El principio de precaución en España*. Congreso de los Diputados.
- (2023). El principio de proporcionalidad en contextos de incertidumbre: insuficiencias y posibles soluciones a la luz de la COVID-19. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, 37-71. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.02>
- Sánchez Frías, A. (2023). *Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch.
- Santamaría Pastor, J. A. (2000) *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II* (2ª ed.), Centro de Estudios Ramón Areces
- Sandin, P. (1999). Dimensions of the precautionary principle. *Human and Ecological Risk Assessment: An International Journal*, 5(5), 902-905.
- (2007). Common-sense precaution and varieties of the precautionary principle. En T. Lewens (Ed.), *Risk: Philosophical perspectives* (p. 100). Routledge.
- Stern, J., & Wiener, J. B. (2006). Precaution against terrorism. *Journal of Risk Research*, 9(4), 394 y ss.
- Stirling, A. (1999). *On science and precaution in the management of technological risk* (Vol. I: A synthesis report of case studies). European Science and Technology Observatory (ESTO).
- Sunstein, C. R. (2005). *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*. Cambridge University Press.
- Vanderzwaag, D. (2002). The Precautionary Principle and marine environmental protection: Slippery shores, rough seas, and rising normative tides. *Ocean Development & International Law*, 33(2), 166.
- Varios. (2017, 11 de agosto). AI Principles. Future of Life Institute. <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/>
- Varios. (2023, 22 de marzo). Pause Giant AI Experiments: An Open Letter. Future of Life Institute. <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>
- VDW. (2018). Informe sobre los principios Asilomar en Inteligencia Artificial. [https://vdw-ev.de/wp-content/uploads/2019/05/Informe-sobre-los-principios-Asilomar-en-Inteligencia-Artificial\\_final.pdf](https://vdw-ev.de/wp-content/uploads/2019/05/Informe-sobre-los-principios-Asilomar-en-Inteligencia-Artificial_final.pdf)
- Wiener, J. B., & Rogers, M. (2002). Comparing precaution in the United States and Europe. *Journal of Risk Research*, 5(4), 320-321.





*Erika La Fauci\**

## NOTARELLE SUL *DIGITAL SERVICES ACT*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo volto della libertà di espressione ai tempi della società digitale. – 3. Alcuni punti di forza e di debolezza del Digital Services Act. – 4. Conclusioni.

### *1. Introduzione*

Il diritto, in quanto scienza sociale, non può che risentire – in alcuni momenti, forse più di altre discipline – delle evoluzioni e dei cambiamenti che attraversano la società: tanto di natura antropologica e sociale quanto economica, politica e, nel caso che in questa sede più interessa, tecnologica. In effetti, quando l'avvento di Internet ha iniziato a fare capolino nella seconda metà del secolo scorso, era assai difficile prevedere la portata rivoluzionaria che una simile invenzione avrebbe avuto sul mondo e immaginare la capacità che questa avrebbe avuto di incidere in modo tanto capillare e pervasivo su pressoché ogni aspetto della vita di ciascuno.

È evidente, pertanto, come una tale *vis expansiva* propria del progresso tecnologico abbia profondamente influenzato anche e soprattutto alcune delle tradizionali categorie giuridiche sulle quali gli ordinamenti liberal-democratici si sono storicamente fondati. Concetti come quello di popolo, territorio e sovranità (tanto per richiamare soltanto alcuni dei cardini del costituzionalismo contemporaneo), sono spesso apparsi inadeguati e svuotati di significato dinanzi ai mutamenti sociali vertiginosi causati dall'avvento di Internet. Quale popolo, territorio o sovranità può, infatti, essere rinvenuto e teorizzato all'interno del mondo digitale? Un mondo, quello anzidetto, in cui ogni fenomeno e relazione diventa spesso inafferrabile, imprevedibile e “liquido” (BAUMAN, 2002) mal si concilia, evidentemente, con categorie giuridiche “analogiche”: concepite e teorizzate avendo a mente una realtà fi-

\* Università di Messina.

sica determinata sulla quale insisteva la sovranità statuale (COSTANZO, 2022, 12).

*Rebus sic stantibus*, non sorprende, pertanto, constatare come in dottrina si sia cominciato a teorizzare l'esistenza di un c.d. "Stato digitale" (BUCALO, 2023; COSTANZO, 2022; TORCHIA, 2023), ovvero di uno Stato che "ha affrontato e regolato l'avvento del digitale per adeguare, migliorare o addirittura sostituire le tecniche di governo tradizionali" (COSTANZO, 2022, 12). È all'interno di tale cornice concettuale, dunque, che sempre più nitidi si stanno delineando i tratti del "costituzionalismo digitale" (POLLICINO, 2023), ovvero di un costituzionalismo vocato a "promuovere l'adattamento dei principi fondamentali del costituzionalismo contemporaneo nel contesto della società digitale" (CELESTE, 2021, 107). Ciò con l'auspicio, evidentemente, di renderlo sempre più in grado di "ampliare, completare e rafforzare gli strumenti del costituzionalismo tradizionale" in ragione delle "trasformazioni che la scienza e la tecnica hanno determinato nella sfera fisica, psichica e relazionale della persona umana" (CHELI, 2021, 955 ss.).

Certo, che vi sia una tensione (forse "irrisolvibile"?) (LUCIANI, 2021, p. 2) fra diritto e innovazione scientifica è ormai sin troppo evidente. Tuttavia, muovendo da tale consapevolezza, uno fra i numerosi quesiti che si ritiene non ci si possa più esimere dal porsi è quello relativo all'ipotesi secondo la quale le nuove tecnologie avrebbero dato vita a "nuove forme di diritti di libertà" oppure se queste ultime possano "essere incardinate e quindi riconosciute nell'alveo delle tradizionali libertà costituzionali" (FROSINI, 2020, 1). È indubbio, d'altronde, che la risposta che ciascun interprete darà a una simile domanda assumerà un'importanza dirimente per tentare di comprendere quale possa essere buona parte dell'*ubi consistam* del costituzionalismo digitale.

Tuttavia, non potendo in questa sede – com'è ovvio – affrontare *funditus* un tema di tale amplissima e assai complessa portata teorica, si è ritenuto opportuno qui circoscrivere l'analisi a una delle tradizionali libertà fondamentali su cui si fondano gli ordinamenti liberal-

democratici e che ne costituisce la “pietra angolare”<sup>1</sup>: la libertà di espressione. Ciò, evidentemente, al fine di comprendere se realmente l’avvento di Internet ne abbia sconvolto la “morfologia” (BUCALO, 2023, 218) e se lo abbia fatto al punto da dovere portare il costituzionalismo contemporaneo a ripensare quelle garanzie che storicamente lo stesso aveva accordato a tale diritto al fine di assicurare una libera e democratica manifestazione del pensiero da parte dei cittadini.

Muovendo dall’analisi di alcune disposizioni del *Digital Services Act* (che, com’è noto, è stato approvato dall’Unione Europea<sup>2</sup> proprio per riconoscere una maggiore e più pervasiva tutela ai diritti degli utenti delle piattaforme digitali), si svolgeranno alcune considerazioni relative alla salvaguardia della libertà di espressione “analogica” e digitale cercando di evidenziare i punti di forza e di debolezza di tale disciplina europea.

## 2. *Il nuovo volto della libertà di espressione ai tempi della società digitale*

La libertà di manifestazione del pensiero può essere considerata, senza eccessive esitazioni, come la pietra angolare di uno Stato democratico e ciò, evidentemente, in ragione del fatto che la stessa contribuisce (probabilmente più di ogni altra) a delineare i tratti fondamentali della forma di Stato di un paese. Non è un caso, infatti, che tale diritto sia uno dei primi a essere “aggredito” e fortemente limitato da parte degli ordinamenti autocratici o totalitari al momento della loro instaurazione<sup>3</sup>. *A contrario*, come appena evidenziato, la libertà di espressione assurge invece a “valore centrale” di ogni ordinamento democratico configurandosi quale “presupposto e condizione di ogni

<sup>1</sup> Così tale libertà è stata definita dalla Corte cost., sentenza 2 aprile 1969, n. 84, par. 5 del considerato in diritto.

<sup>2</sup> L’Unione Europea il 19 ottobre 2022 ha, infatti, approvato il regolamento 2022/2065 contenente il *Digital Services Act*.

<sup>3</sup> A tal proposito CARUSO, (2013), 98 afferma che la libertà di manifestazione del pensiero si configuri quale “vera e propria «valvola di sfogo» delle pulsioni eversive presenti nel sistema”. In questo senso v. anche FIORE, (1972, 161 ss.) e LASKI, (1931, 72).

altro istituto” (LAVAGNA, 1985, 464). Muovendo da tale consapevolezza, pertanto, e considerando che il diritto in questione caratterizza finanche il “modo di essere” e lo “sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale”, va da sé che le limitazioni sostanziali che tale libertà incontra “non possano che essere poste se non per legge e [...] trovare fondamento in precetti e principi costituzionali”<sup>4</sup>.

Pertanto, è l’esistenza di una riserva assoluta di legge e di una riserva di giurisdizione a serrare a doppia mandata, nel nostro ordinamento, la disciplina della libertà di manifestazione del pensiero e a consentire, così, che non vi siano limitazioni arbitrarie e autoritarie di tale diritto da parte dei pubblici poteri. In effetti, simili garanzie (che, com’è noto, sono state tradotte in norme costituzionali all’interno dell’art. 21 Cost.) avevano finora dato buona prova di sé, dimostrando di essere in grado di accordare una salvaguardia efficace e pervasiva alla libertà di espressione: sia che questa fosse esercitata “con la parola” o “lo scritto”<sup>5</sup>, sia che essa lo fosse tramite “ogni altro mezzo di diffusione”<sup>6</sup> (*analogico*, n.d.r.).

Tuttavia, tale architettura costituzionale ha iniziato a mostrare alcuni segni di cedimento (tanto in Italia quanto, in verità, all’interno di buona parte degli ordinamenti liberal-democratici) nel momento in cui ha fatto capolino nella società contemporanea il c.d. “sesto potere” (*i.e.*, il potere di Internet) (BAUMAN – LYON, 2014). Quale legge e quale giudice possono garantire, infatti, l’esercizio di una libera manifestazione del pensiero in uno spazio digitale dai confini incerti, astrattamente illimitati e vocato all’«anarchia»? Come attuare il diritto statale all’interno di un’*agorà* potenzialmente “aperta e libera” (NIRO, 2021, 1375) e “capace di «autogovernarsi» grazie all’applicazione di norme tecniche, idonee a consentire a chiunque di connettersi con altri, diffondendo messaggi e ricevendone, senza limiti territoriali e senza interferenze da parte delle pubbliche autorità” (NIRO, 2021, 1375)? Invero, come è stato efficacemente sottolineato da una parte della dottrina, “se il diritto ha bisogno del «dove»” (IRTI, 2006, 3), la difficoltà

<sup>4</sup> Corte cost., sentenza 19 febbraio 1965, n. 9, par. 3 del considerato in diritto.

<sup>5</sup> Art. 21, primo comma, Cost.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

degli ordinamenti contemporanei sta proprio nel trovare tale spazio atteso che “il problema col cyberspazio è che lì non c’è un là” (BURNSTEIN, 1996, 8) e che “il diritto nazionale di formazione statutale si rivela inadeguato a fronteggiare fenomeni, come quelli indotti dalla globalizzazione, che ne trascendono i confini” (BUCALO, 2023, 69).

Peraltro, se di per sé il mutamento del tipo di mezzo di diffusione del pensiero maggiormente utilizzato dai cittadini può apparire, *prima face*, un aspetto secondario rispetto a quello relativo alla garanzia della libertà di espressione intesa in senso stretto, in realtà, svolgendo una più approfondita analisi, è possibile comprendere come tali due profili rappresentino due facce della stessa medaglia. Come è stato da tempo chiarito dalla Corte costituzionale, infatti, vi è un “nesso di indispensabile strumentalità”<sup>7</sup> che lega la divulgazione del pensiero alla sua manifestazione atteso che le garanzie disciplinate dall’art. 21 Cost. sono apprestate tanto alla “manifestazione quanto alla diffusione del pensiero” (BARILE, 1975, 427). Ne consegue, pertanto, che “la libertà di diffusione in definitiva appare come null’altro che un ulteriore «aspetto sostanziale» della libertà di pensiero” (BARILE, 1975, 428; PEDRAZZA GORLERO, 1969) e che il mancato accesso da parte dei cittadini a determinati mezzi di comunicazione (così come l’assenza di una disciplina statale relativa all’utilizzazione degli stessi da parte degli utenti) incide eccome sulla libertà di espressione dei consociati.

Muovendo da tali premesse teoriche, dunque, è opportuno adesso chiedersi come l’invenzione di Internet abbia concretamente inciso su tali due “volti” (BUCALO, 2023, 62) della libertà di manifestazione del pensiero. Invero, come a più riprese si è avuto modo di rilevare, l’avvento delle nuove tecnologie e, segnatamente, la creazione di piattaforme digitali in grado di trasmettere in pochi secondi le opinioni di miliardi di *users* potenzialmente in tutto il mondo, ha fatto sì che il diritto in questione possa essere esercitato “in ogni sua declinazione, con una facilità e una rapidità assolutamente sconosciute a ogni altro periodo della storia” (CONTI, 2018, 203). Il discorso democratico, pertanto, “ha traslocato in questo nuovo mondo che sta progressivamente affiancandosi alle forme più tradizionali di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero” (CONTI, 2018, 203).

<sup>7</sup> Corte cost., sentenza 16 giugno 1964, n. 48, par. del considerato in diritto.

Se così è, dunque, non si può che assistere a un'insolita – e, invero, potenzialmente pericolosa e imprevedibile – intercambiabilità fra utenti e *providers*, dal momento che “senza mediazioni di sorta [...] tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori” (FROSINI, 2020, 4). Pertanto, mentre un tempo il “carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione, come la radio e la televisione” (Pitruzzella, 2018, 1) rappresentavano delle “importanti barriere all'ingresso nei mercati dell'informazione” (PITRUZZELLA, 2018, 1), al giorno d'oggi, le piattaforme digitali “*provide avenues for historically unprecedented amounts of speech, including speech by government actors*”<sup>8</sup>. Una tale facilità di accesso a simili potentissimi mezzi di comunicazione ha portato con sé, dunque, l'illusione che Internet fosse in grado di rifuggire dalle regole che “i legislatori avevano dettato in relazione ai diversi, meno accessibili, mezzi di comunicazione del pensiero e di informazione (stampa, radiotelevisione)” (NIRO, 2021, 1375) per dare vita a uno spazio nuovo e, come accennato, finanche a tratti “anarchico” (DE MINICO, 2012).

Tuttavia, è stato ben presto chiaro come l'apparente e tanto inneggiata neutralità di Internet fosse in realtà, per dirlo nei termini propri di tale materia, un colossale *fake*. Infatti, soltanto pochissimi soggetti (non a caso definiti comunemente quali “*gatekeepers*”) detengono le chiavi di accesso alla rete e disciplinano i famigerati “termini e condizioni di utilizzo” che ogni utente deve accettare per potere *liberamente* usufruire dei servizi che tali piattaforme forniscono. Da ciò consegue che la libertà di espressione dipende, in realtà, “dal tipo di infrastrutture [tanto dalla rete quanto dal tipo di *software* utilizzato, evidentemente, n.d.r.] che sono utilizzate per rendere accessibile il pensiero” cosicché “controllare la diffusione del pensiero significa controllare queste infrastrutture” (CONTI, 2018, 209).

Per tali ragioni, pertanto, come è stato efficacemente evidenziato da una parte della dottrina, la rete “da mero mezzo (*i.e.*, «architettura») di comunicazione” si è trasformata nello “spazio entro il quale agiscono i soggetti (*i.e.*, «architetti») che consentono l'esercizio di que-

<sup>8</sup> Queste le parole del giudice J. Thomas riportate in una *concurring opinion* relativa alla sentenza 5 aprile 2021, n. 20-197, p. 2 emessa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti.

sto diritto fondamentale” (BUCALO, 2023, 113). Se così è, dunque, non possiamo che assistere al dispiegarsi di un moto uguale e contrario: da un lato, gli utenti sono portatori di spinte centrifughe determinate “dal massimo decentramento delle informazioni e dei contenuti” (BUCALO, 2023, 66) in capo agli stessi; dall’altro, i pochi soggetti proprietari delle piattaforme digitali esercitano altrettante forze centripete in ragione dell’accentramento in capo ad essi della titolarità di tali mezzi di comunicazione.

Ecco che, allora, la venuta a esistenza di una simile “oligarchia” ha fatto sì che vi fossero sempre più privati chiamati a svolgere funzioni tradizionalmente riservate ai pubblici poteri mentre, di contro, questi ultimi si sono spesso svuotati della propria precettività dinanzi a fenomeni, che fino a qualche anno fa<sup>9</sup>, erano regolamentati pressoché unicamente da norme privatistiche. Il rapporto che si instaura fra un utente e il *provider* di una piattaforma digitale è, infatti, di per sé disciplinato da un contratto contenente i c.d. *terms of service* accettati da tutti coloro che intendono registrarvisi. Un contratto, questo, che, come è stato efficacemente chiarito, appare essere contraddistinto dal carattere della gratuità e dall’assenza di sinallagmaticità (BUCALO, 2023; DI CIOMMO, 2014; ALLEGRI, 2018) atteso che, quantomeno apparentemente, l’utente non è tenuto a rendere alcuna controprestazione in cambio del diritto accordatogli di usufruire dei servizi offerti dal *gatekeeper*.

Tuttavia, è stato ben presto evidente come una simile regolamentazione dei rapporti fra *users* e *providers* non fosse del tutto appropriata vista la rilevanza para-pubblicistica dell’attività svolta dai proprietari delle piattaforme digitali e tenuto conto dell’importanza che una simile attività ha avuto e ha per il corretto esercizio della libertà di manifestazione del pensiero degli utenti delle stesse. Se sono, infatti, i *gatekeepers* a fissare le condizioni di utilizzo e a decidere quale contenuto pubblicato da un *user* sia o meno conforme ai c.d. “*standards della community*” (che, *ça va sans dire*, è lo stesso *provider* a stabilire) non ci si trova più dinanzi a un semplice e innocuo esercizio della libertà im-

<sup>9</sup> Si ritiene che, in questo senso, l’approvazione del DSA da parte dell’Unione Europea abbia determinato un significativo cambiamento rispetto alla regolamentazione delle piattaforme digitali e all’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero dei propri utenti.

prenditoriale da parte di un soggetto privato. Privare un utente della possibilità di condividere la propria opinione tramite un *post* o un messaggio equivale, ormai, a spegnere il microfono di chi che si trova a parlare su un palco di fronte a una piazza gremita di gente. Con la differenza, però, che una piazza “analogica” – per quanto grande possa essere – non sarà mai in grado di contenere la quantità di utenti che una piattaforma digitale è in grado di ospitare cosicché, evidentemente, il danno che la chiusura di un profilo o l’interdizione della diffusione di determinati *posts* può avere sull’esercizio della libertà di espressione di un utente presenta potenzialmente una gravità di gran lunga superiore rispetto a quella cui tradizionalmente eravamo abituati nel momento in cui una simile misura era adottata solo dai pubblici poteri.

Proprio in virtù di tali ragioni si ritiene, dunque, che l’approvazione del *Digital Services Act* da parte dell’Unione Europea abbia rappresentato una vera e propria rivoluzione copernicana all’interno del “groviglio” teorico anzidetto. Infatti, dinanzi all’indifferenza che per lungo tempo ha contraddistinto le istituzioni del nostro continente rispetto a tali fenomeni, finalmente l’UE sembra avere mostrato e dato seguito all’intenzione di riappropriarsi della propria “sovranità digitale” (BUCALO, 2023, 192) al fine di “raggiungere una efficace protezione dei diritti fondamentali dei cittadini dell’Unione” e di “promuovere i valori e i principi delle democrazie liberali” (SANTANIELLO, 2022, 50). Certo, come si avrà modo di evidenziare nel prossimo paragrafo, il cammino per addivenire a una pervasiva tutela della libertà di manifestazione di pensiero degli utenti delle piattaforme digitali da parte dell’ordinamento europeo appare ancora impervio e lungo. Nondimeno, si ritiene che il *Digital Services Act*, se pur con alcuni limiti di cui si dirà a breve, rappresenti – al netto di tutto – un prezioso documento normativo da cui muovere al fine di tentare di superare e governare l’«anomia» che per troppo tempo ha contraddistinto l’esercizio della libertà di manifestazione all’interno delle *agorà* digitali.

### 3. *Punti di forza e di debolezza del Digital Services Act*

Il *Digital Services Act* rappresenta un esempio significativo del metodo di co-regolazione che il nostro ordinamento europeo ha deciso di



adottare per fronteggiare quell'anomala «ibridazione» (BUCALO, 2023, XVIII) fra diritto pubblico e privato che informa di sé la disciplina delle piattaforme digitali. Si è tentato, pertanto, di addivenire a un compromesso fra l'eteroregolazione da parte dell'UE dell'uso di tali mezzi di comunicazione e l'autonormazione (e, forse, finanche l'«autocostituzionalizzazione»?) (BETZU, 2022, 78) delle stesse da parte dei rispettivi *gatekeepers*. Ebbene, il risultato derivante dal ricorso a tale modello regolativo ci consegna una disciplina “a doppio binario” data, da un lato, dall'adozione di norme europee relative ai c.d. “contenuti illegali” presenti all'interno delle *digital platforms* e, dall'altro, dall'auto-regolamentazione da parte dei *providers* dei c.d. “contenuti dannosi”.

Pertanto, conformemente a quanto previsto dall'art. 3, lett. h) DSA, si può adesso qualificare contenuto illegale “qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto”. Da ciò consegue, ad esempio, che se le c.d. “*Very Large Online Platforms*”<sup>10</sup> (VLoPS) dovranno vigilare sulla “diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi” (art. 34, primo comma, lett. a), DSA) parimenti, la Commissione europea potrà esercitare dei poteri di controllo e vigilanza (art. 56, secondo comma, DSA), di indagine (art. 65 DSA), di audizione (art. 68 DSA), di ispezione (art. 69 DSA) e di vigilanza rafforzata (art. 75 DSA) sulle stesse.

Peraltro, è importante qui sottolineare come nei confronti delle VLoPS, a differenza di quanto avviene per le altre piattaforme digitali che anche sono disciplinate dal regolamento in questione<sup>11</sup>, l'esercizio di tali poteri di vigilanza è di esclusiva titolarità della Commissione. Una scelta, questa, che se indubbiamente risponde alla necessità avvertita dall'Unione di recuperare la propria sovranità in tale ambito, fa suscitare qualche perplessità circa la sua opportunità. Essendo, infatti,

<sup>10</sup> Ad esse è specificamente dedicata la quinta sezione (artt. 33-43) del DSA.

<sup>11</sup> L'art. 49, primo comma, DSA prevede, infatti, che gli Stati membri designino “una o più autorità competenti incaricate della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell'esecuzione del presente regolamento”.

tale istituzione un organo politico, questa potrebbe non essere in grado di esercitare le anzidette funzioni in modo del tutto imparziale (quando, invece, per la delicatezza dei valori e dei diritti coinvolti, si ritiene che tale aspetto dovrebbe rappresentare un presupposto irrinunciabile e imprescindibile). Preferibile sarebbe stato, forse, affidare un simile compito a un'autorità indipendente che, più di tutte, avrebbe probabilmente rappresentato una garanzia di neutralità nello svolgimento di tale complesso ruolo (MANCINI, 2024).

Peraltro, anche la scelta assunta dall'Unione Europea di disciplinare unicamente i contenuti illegali diffusi dagli utenti sulle piattaforme digitali e non anche quelli dannosi (ovvero quelli non conformi agli *standards* della *community* propri della piattaforma digitale nella quale sono stati pubblicati) non appare del tutto condivisibile (MORGESE, 2022; BARATA, 2020; MANCINI, 2024). Se è vero, infatti, che – conformemente al modello della co-regolazione – si può condividere la scelta di addivenire all'adozione concertata delle disposizioni che disciplinano simili mezzi di comunicazione, è altresì vero che affidare, ancora una volta, la regolamentazione dei contenuti dannosi ai *providers*, continuerà a lasciare un pericoloso cono d'ombra all'interno di tale cornice normativa. Ciò, evidentemente, in quanto saranno sempre i singoli *gatekeepers* a valutare se un *post* rispetti o meno gli *standards* della *community* e, pertanto, il giudizio circa il mantenimento o meno di quel contenuto nella piattaforma ricadrà nuovamente nell'arbitrio di tali compagnie. Per di più, proprio in ragione del controllo pervasivo svolto dalla Commissione sul rispetto da parte dei *gatekeepers* del DSA, le VLoPS potrebbero essere “più propense rispetto al passato a rimuovere i contenuti generati dagli utenti, rischiando però di non limitarsi solo a quelli chiaramente illegali ma lasciando che siano rimossi anche quelli «dubbi» per non risultare in qualche modo inadempienti” (MORGESE, 2022, 117). Si ritiene, pertanto, che qualora fosse stata dettata una tassonomia più completa e ampia del tipo di contenuti vietati all'interno delle piattaforme (ovvero, qualora l'Unione Europea avesse definito anche quelli dannosi oltre a quelli illegali<sup>12</sup>) ciò avrebbe

<sup>12</sup> In realtà, dell'opportunità e della necessità di definire anche i c.d. “contenuti dannosi” si è discusso in fase di approvazione del regolamento n. 2022/2065 (contenente, appunto, il DSA). Tuttavia, se alcuni paesi come la Germania ritenevano che

aiutato – in modo probabilmente ben più significativo – a fronteggiare l'«anomia» propria della disciplina in questione.

Da ultimo, è opportuno svolgere qualche ulteriore considerazione con riferimento al sistema interno di gestione di reclami che le piattaforme digitali sono tenute ad istituire ai sensi dell'art. 20 DSA. Invero, si ritiene che tale disposizione accordi una tutela significativa agli utenti delle VLoPS atteso che questa consente loro di presentare un reclamo contro la decisione assunta da un *provider* di sospendere o chiudere, ad esempio, i loro relativi profili<sup>13</sup>. Peraltro, il terzo comma dell'art. 20 DSA prevede, altresì, che l'accesso a simili sistemi debba essere per gli *users* “facile” e consentire loro “la presentazione di reclami sufficientemente precisi e adeguatamente motivati”. Inoltre, il quarto comma della medesima disposizione dispone che la gestione di simili controversie debba avvenire “in modo tempestivo, non discriminatorio, diligente e non arbitrario” e consente agli utenti di ottenere l'annullamento della decisione adottata dalla piattaforma qualora venga dimostrato che il profilo in questione non abbia trasmesso informazioni “illegali né incompatibili con le condizioni generali” della *community*. Una tutela, questa, che invero appare essere assai efficace e pervasiva per il “popolo” digitale che abita simili *agorà*.

*“even if a content is not illegal, it can be harmful and recipients should have the possibility to ask the provider to delete the harmful content based on its Community Standards”* (Council of the European Union, Interinstitutional file n. 2020/0361 (COD), 18 maggio 2021, 116), altri Stati (quali, ad esempio, il Lussemburgo, la Croazia e i Paesi Bassi) credevano che un *“harmful (but legal) content justifies a more nuanced approach than illegal content”* così che *“any attempts at defining harmful content EU-wide would fail”* (111). Per tali ragioni, pertanto, si è reputato che *“the attempt to reach an agreement on the definition of harmful content on the EU level would only prolong the discussion on the DSA”* al punto da non rendere sicuri gli Stati che la *“compromise definition would really solve the problems in practice”* (2). Il documento qui riportato è consultabile sul sito <https://councildsa.reset.tech/pdf/wk05155-re02.en21.pdf>.

<sup>13</sup> Specificamente, l'art. 20, primo comma, DSA prevede che un utente possa presentare un reclamo contro le decisioni che: “a) indicano se rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse o se limitarne la visibilità; b) indicano se sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari; c) indicano se sospendere o cessare l'account dei destinatari; d) indicano se sospendere, cessare o limitare in altro modo la capacità di monetizzare le informazioni fornite dai destinatari”.

Ciò che, invece, suscita più di una perplessità è quanto previsto dall'art. 21 DSA in merito alla risoluzione extragiudiziale delle controversie che potrebbero sorgere fra *users* e *providers*. Ancorché, infatti, tale disposizione preveda che l'organismo incaricato di dirimere simili casi<sup>14</sup> debba essere "imparziale e indipendente" (terzo comma, lett. a) , in possesso delle "competenze necessarie" (lett. b) per adempiere alle proprie funzioni e che debba esercitarle "in modo rapido, efficiente ed efficace sotto il profilo dei costi" (lett. d), stupisce l'assenza di vincolatività che le sue decisioni hanno nei confronti delle piattaforme. Il secondo comma dell'art. 21 DSA prevede, infatti, che "l'organismo di risoluzione *non ha il potere di imporre* una risoluzione della controversia vincolante per le parti". Ora, sebbene sia facile comprendere che l'adozione di tale disposizione muova presumibilmente dall'esigenza avvertita dall'Unione Europea di rispettare in queste circostanze l'autonomia decisionale dei titolari delle *digital platforms*, una simile scelta non convince del tutto.

*Cui prodest*, infatti, l'esistenza di un organismo di risoluzione extra-giudiziale assistito da pervasive garanzie se, concretamente, il *gatekeeper* di turno può deliberatamente decidere di non riconoscere la vincolatività della decisione emessa senza che l'utente possa agire per impedire che ciò avvenga? Anche in tale circostanza, ancora una volta, l'ago della bilancia fra l'eteroregolazione delle piattaforme da parte dell'Unione Europea e l'autonormazione delle stesse da parte dei *providers* pende verso il secondo dei due bracci (con buona pace, evidentemente, della salvaguardia dei diritti degli utenti lesi dall'eventuale irragionevole esercizio dei poteri "censori" dei *gatekeepers*).

Ad ogni modo, al netto di tali considerazioni, non essendo possibile in tale sede soffermarsi ulteriormente sulle disposizioni qui analizzate (che si ritiene siano, invero, le più critiche e "deboli" della comples-

<sup>14</sup> L'art. 21, primo comma, DSA prevede che gli utenti abbiano il diritto di scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato in conformità al paragrafo 3 del medesimo articolo. Il paragrafo in questione prevede, specificamente, che "il coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito l'organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certifica tale organismo, su sua richiesta, per un periodo massimo di cinque anni rinnovabile" se il medesimo ha dimostrato di soddisfare le condizioni enunciate alla lettera a-f del medesimo paragrafo.

siva cornice normativa tratteggiata dal *Digital Services Act*), è bene sottolineare come il documento normativo in questione rappresenti, in ogni caso, un significativo e notevole passo avanti dell'Unione Europea lungo l'impervio cammino della regolamentazione delle piattaforme digitali. L'avere, infatti, previsto la possibilità per l'UE di esercitare dei poteri di vigilanza e controllo sul rispetto del regolamento del DSA da parte dei *providers*; l'avere, ancora, apprestato delle significative garanzie agli utenti che ricorrono a tali mezzi di comunicazione (si pensi, ad esempio, all'obbligo per le VLoPs di istituire al proprio interno dei sistemi interni di gestione dei reclami<sup>15</sup>); l'avere, infine, disciplinato i contenuti illegali che potrebbero essere diffusi in tali *agorà* digitali, rappresentano alcuni dei più significativi punti di forza del documento qui analizzato.

Nondimeno, come rilevato, muovendo dall'opera indubbiamente meritoria compiuta dall'Unione Europea per tentare di riaffermare la propria sovranità all'interno di una dimensione, quale quella digitale, assai complessa e difficile da disciplinare, si ritiene che si potrebbe incidere in modo ancora più pervasivo ed efficace su tali piattaforme e sul microcosmo che è in esse racchiuso. Ciò, evidentemente, al fine di evitare di giungere al paradosso per il quale sono dei soggetti privati a svolgere, in modo a volte quasi del tutto indisturbato, "funzioni tradizionalmente proprie dei pubblici poteri" e che, di contro, sono le istituzioni stesse a essere "costrette a rivolgersi a privati [...] per poter continuare ad assolvere le proprie funzioni" (SIMONCINI – CREMONA, 2022, 256).

#### 4. Conclusioni

Dinanzi al "più grande esperimento di anarchia della storia" (SCHIMDT – COHEN, 2013), quale è Internet, è assai arduo teorizzare delle categorie giuridiche in grado di governare un fenomeno tanto rivoluzionario quanto imprevedibile. Come a più riprese si è qui sottolineato, infatti, pressoché ogni disciplina (e non soltanto il diritto) attraversa ormai da alcuni anni un periodo di profonda crisi proprio perché

<sup>15</sup> Art. 20 DSA.

costretta, in una qualche misura, a reinventarsi continuamente dinanzi all'avanzare repentino dell'evoluzione tecnologica.

All'interno di tale panorama, non sorprende constatare – pertanto – come il costituzionalismo contemporaneo sia spesso in affanno nel tentativo di “trovare nuove geometrie di azione [...] per mantenere fede alla sua missione originaria di limitazione del potere” (MORELLI – POLLICINO, 2018, 4). Ecco che, allora, alcune delle classiche categorie sulle quali lo Stato moderno di diritto si era fondato (soprattutto, si ritiene, quella di popolo, territorio e sovranità) hanno iniziato a sbiadirsi sempre di più dinanzi ai repentini e continui “cromatismi” del cyberspazio. Gli ordinamenti liberal-democratici, pertanto, rischiano seriamente di perdere la bussola e, con loro, si ritiene corrano il medesimo pericolo anche i diritti fondamentali e i principi sui quali questi si basano.

Ebbene, la libertà di espressione, come più volte si è evidenziato in tale sede, non è affatto esente da tale fenomeno. Al contrario, forse è proprio tale diritto uno di quelli la cui “morfologia” (BUCALO, 2023, 218) ha risentito maggiormente dell'avvento di Internet in ragione della complementarietà che vi è fra la libertà di manifestazione del pensiero e quella di avvalersi dei mezzi necessari per renderlo pubblico fra i consociati. D'altronde, già da tempo un'autorevole dottrina avvertiva che “anche nel silenzio dei testi costituzionali, la garanzia della libertà di espressione deve comprendere quella del libero uso dei mezzi [...] nel senso che debba esserne assicurata la libera utilizzazione in condizioni di uguaglianza” (CRISAFULLI, 1964, 297 ss.).

Se di condizioni di uguaglianza si tratta, allora, è sin troppo evidente come il c.d. “*free market place of ideas*” (GOLDAM – COX, 1996) cui avrebbero presumibilmente dato luce le piattaforme digitali, abbia ben poco a che fare con tale accezione liberal-democratica di libertà di manifestazione del pensiero. Quale “libera” libertà vi può essere all'interno di un mercato gestito da un ristrettissimo ed elitario oligopolio che ne detiene l'accesso e che ne condiziona le modalità di esercizio? E quale libera espressione del pensiero può essere esercitata in uno spazio digitale cui si accede solo a condizione di accettarne previamente le condizioni stabilite in modo unilaterale da una sola della parti e alla cui formazione l'altra non può in alcun modo prendere parte?

È nell'«asimmetria delle posizioni» (CAROTTI, 2022, n. 4, 998; BIRRITTIERI, 2023, n. 2, 64) fra *user* e *provider*, pertanto, che sta il vero *punctum crucis* dell'esercizio della libertà di espressione all'interno di simili piattaforme. Si badi, però, che ciò che mette in crisi la tradizionale accezione liberal-democratica di tale diritto non è dato dalla proprietà privata dei mezzi di comunicazione. È fin troppo evidente, infatti, che la privata titolarità della stampa, della radio e della televisione è fenomeno ormai noto da tempo negli ordinamenti liberal-democratici. La disciplina dei mezzi, infatti, può “indifferentemente disporre un sistema privatistico come uno almeno in parte pubblicistico, «purché, beninteso, il mezzo sia legalmente (e *potenzialmente*) a disposizione di tutti” (CRISAFULLI, 1964, 267 ss.). Si tratta, allora, piuttosto di evitare che una simile circostanza sia in grado di dare vita a “condizioni discriminatorie di carattere politico e ideologico” (CRISAFULLI, 1964, 267 ss.).

Se questa è la cornice teorica al cui interno si colloca la disciplina della libertà di manifestazione del pensiero, va da sé che tutte le volte in cui ci si trova dinanzi a un arbitrario esercizio di poteri di “censura privata” da parte dei *gatekeepers* ci si allontana fortemente dal perimetro teorico anzidetto. Per tali ragioni, pertanto, la privatizzazione della censura non può che apparire “irragionevole sul piano dei principi costituzionali” in quanto “non solo la censura è costituzionalmente inconcepibile se non in casi limitatissimi, negli schemi del diritto costituzionale d'occidente, e oggetto di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione, ma immaginare che si possa affidare la censura a organizzazioni private secondo modelli che ricordano lo scandirsi orizzontale del principio di sussidiarietà appare impossibile” (CONTI, 2018, 216).

Ecco perché, allora, il “*free market place of ideas*” non è un mercato come tutti gli altri. Questo non ha affatto ad oggetto dei semplici “beni materiali” ma, piuttosto, “opinioni e pensieri” e incidere su questi ultimi non può che significare incidere “anche sugli altri diritti fondamentali che, eventualmente con essa (l'attività imprenditoriale dei *providers*, n.d.r.), devono essere bilanciati” (BUCALO, 2023, 223). È una logica economica che muove l'attività dei *gatekeepers* ed è sempre in virtù di tale logica che gli stessi possono essere spinti a “modulare le proprie risposte in conformità alle pulsioni economiche ritenute più

efficienti” senza la garanzia, però (e qui si può plasticamente rinvenire la differenza con il ruolo assunto dallo Stato e della tutela apprestato dallo stesso alla libertà di espressione “analogica”) che “questo sia eziologicamente corrispondente al corretto bilanciamento fra diritti e interessi sottostanti” (MONTI, 2019, 41).

Insomma, la differenza fra la libertà di manifestazione del pensiero “analogica” e digitale sta soprattutto in questo scontro continuo (e forse irrisolvibile?) fra la logica assiologico-costituzionale e quella privatistica-imprenditoriale sottese e consustanziali a tali diverse forme di esercizio della manifestazione del pensiero. Certo, si è consapevoli che un simile contrasto non fosse affatto sconosciuto all’epoca antecedente all’avvento di Internet, atteso che una frizione fra poteri pubblici e privati vi era già, in effetti, quando esistevano i tradizionali mezzi di comunicazione. Nondimeno, si crede che il sopraggiungere delle nuove tecnologie abbia di gran lunga estremizzato e accentuato tale fenomeno.

D'altronde, è evidente come l’opera di bilanciamento compiuta da un ordinamento impegnato a trovare un punto archimedeo fra i diritti in conflitto al momento dell’adozione di una misura restrittiva della libertà di espressione non potrà mai essere svolta (o, comunque, difficilmente potrà essere la medesima) di quella compiuta da un imprenditore proprietario di una piattaforma il cui principale interesse è, com’è ovvio, quello di ottenere il massimo profitto dalla propria attività. Se a tale scopo si aggiunge, poi, l’interesse che i *gatekeepers* potrebbero avere di utilizzare le *agorà* digitali di cui sono proprietari per condizionare gli orientamenti politici e culturali degli utenti ricorrendo, di volta in volta, a nuove e profilate *filter bubbles* (PARISIER, 2011; BRUNS, 2024; BIANCA, 2019; CORAZZA, 2022; MONTALDO, 2020; PARUZZO, 2022; PITRUZZELLA, 2018) in grado di selezionare i contenuti visualizzabili, il quadro si aggrava sempre di più (GIRARDI, 2024; LOTTA, 2024; MOLASCHI, 2021; PARUZZO, 2022; ZUBOFF, 2019).

Per tali ragioni, pertanto, si ritiene che l’adozione del *Digital Services Act* da parte dell’Unione Europea, sebbene al netto delle considerazioni critiche già espresse in precedenza con riferimento ad alcune sue disposizioni, rappresenti un tassello fondamentale nel complesso equilibrio di *checks and balances* nel quale il costituzionalismo contemporaneo è ormai da tempo impegnato nel tentativo di cercare di



non perdere la propria identità ma, al tempo stesso, di adattarla alle nuove forme che la società sta assumendo giorno dopo giorno. Certo, come detto, si ritiene che gli ordinamenti contemporanei dovrebbero incidere in modo ancora più pervasivo sulla gestione delle piattaforme digitali da parte dei *gatekeepers* provvedendo, ad esempio, a definire puntualmente non soltanto i contenuti illegali bensì anche quelli dannosi diffusi dagli utenti sulle piattaforme; riconoscendo una vincolatività alle decisioni adottate dagli organi deputati a risolvere in via extragiudiziale le controversie fra *users* e *providers* e prevedendo che siano autorità indipendenti a vigilare sul rispetto del DSA da parte delle VLoPS. Tali proposte, naturalmente, sono soltanto alcune delle tante soluzioni che potrebbero essere apprestate per tentare di risolvere il complesso “groviglio teorico” che attanaglia la disciplina delle *digital platforms* (che, come detto, si pone in un complesso crinale che lambisce tanto il diritto pubblico quanto quello privato).

In conclusione, si ritiene – però – che il fine ultimo sotteso all’adozione di simile misure da parte degli ordinamenti liberal-democratici dovrebbe, in ogni caso, muovere dalla medesima esigenza: quella di scongiurare il rischio che l’apparente uguaglianza di cui la rete tenta di farsi affannosamente promotrice consentendo, formalmente a chiunque, di manifestare liberamente il proprio pensiero sul *web*, non si tramuti – in realtà – in una forma diversa e nascosta di discriminazione nell’esercizio di tale diritto da parte degli utenti delle piattaforme digitali. D’altronde, se così fosse, non si assisterebbe ad altro che a un mero mutamento di aspetto di una di quelle vecchie disuguaglianze “analogiche” che, tuttavia, già gli ordinamenti liberal-democratici conoscevano da tempo e per il superamento delle quali essi stessi sono venuti ad esistenza.

### *Riferimenti bibliografici*

- Allegri, M. R. (2018). *Ubi societa ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social networks e profili giuridici della responsabilità dei providers*. Franco Angeli. Milano.
- Barata, J. (2020). Positive intent protections: Incorporating a good Samaritan principle in the EU Digital Services Act.

- Barile, P. (1974). Libertà di manifestazione del pensiero. In *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV. Giuffrè. Milano.
- Bauman, Z. (2002). *Modernità liquida*. Laterza. Roma-Bari.
- Bauman, Z., & Lyon, D. (2014). *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*. Laterza. Roma-Bari.
- Betzu, M. (2022). *I baroni del digitale*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Bianca, M. (2019). La filter bubble e il problema dell'identità digitale. *Rivista di diritto dei media*, 2.
- Birrittieri, E. (2023). Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori. *MediaLaws*.
- Bucalo, M.E. (2023). *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*. Giappichelli. Torino.
- Bruns, A. (2024). È vero che Internet ci chiude in una bolla? Una prospettiva critica su filter bubble ed echo chamber. *Media Cultura*.
- Burnstein, M. R. (1996). Conflicts on the Net: Choice of law in transnational cyberspace. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 29.
- Carotti, B. (2022). La politica europea sul digitale: ancora molto rumore. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.
- Caruso, C. (2013). *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*. Bononia University Press. Bologna.
- Celeste, E. (2021). Costituzionalismo digitale e piattaforme: verso una costituzionalizzazione della lex digitalis. In M. Santaniello (Ed.), *Lower the Top – La sfida alle piattaforme digitali, tra sovranità statale e saperi sociali*.
- Cheli, E. (2021). Conclusioni. *Osservatorio sulle fonti*.
- Conti, G.L. (2018). Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada? *Rivista AIC*, 4.
- Corazza, P. (2022). Filter bubbles e echo chambers: origini pre-digitali e elementi di novità. *Formazione e insegnamento*, 1.
- Costanzo, P. (2022). Lo "Stato digitale". In P. Costanzo, P. Magarò & L. Trucco (Eds.), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Crisafulli, V. (1964). Problematica della «libertà di informazione». *Il Politico*, 297.

- De Minico, G. (2012). *Internet. Regola e anarchia*. Jovene. Napoli.
- Di Ciommo, F. (2014). Quello che il diritto non dice. Internet e oblio. *Danno e responsabilità*, 12.
- Fiore, C. (1972). *I reati di opinione*. Cedam. Milano.
- Girardi, M. C. (2024). Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale. *Federalismi.it*, 17.
- Goldam, A. I., & Cox, J. C. (1996). Speech, truth, and the free market for ideas. *Legal Theory*, 2.
- Frosini, T. (2020). Il costituzionalismo nella società tecnologica. In *Consulta Online – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Vol. I.
- Irti, N. (2006). *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*. Laterza. Roma-Bari.
- Laski, H. (1931). *La libertà nello Stato moderno*. Laterza. Bari.
- Lavagna, C. (1985). *Istituzioni di diritto pubblico*. Utet. Torino.
- Lotta, C. (2024). *Governance della rete, accesso a Internet e cybersicurezza. Profili costituzionali*. Editoriale scientifica. Napoli.
- Luciani, M. (2021). Relazione conclusiva. *Gruppo di Pisa*, 3.
- Mancini, E. (2024). Digital Services Act e libertà di espressione, non ci siamo: ancora troppo potere alle big tech. *Agenda digitale*.
- Monti, M. (2019). Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale. *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1.
- Molaschi, V. (2021). Algoritmi e nuove schiavitù. *Federalismi.it*, 18.
- Montaldo, R. (2020). La tutela del pluralismo informativo nelle piattaforme online. *Media Laws*, 1.
- Morelli, A., & Pollicino, O. (2018). Le metafore della rete, linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto. *Rivista AIC*, 1.
- Morghese, G. (2022). Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE. *Federalismi.it*, 1.
- Niro, R. (2021). Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione: note ricostruttive. *Osservatorio sulle fonti*, 3.
- Pedrazza Gorlero, M. (1969). Libertà di stampa e ordine dei giornalisti. *Giurisprudenza costituzionale*, 3.
- Parisier, E. (2011). *The filter bubble: What the Internet is hiding from you*. New York.

- Paruzzo, F. (2022). *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*. Edizioni scientifiche italiane. Torino.
- Pitruzzella, G. (2018). La libertà di informazione nell'era di Internet. *Media Laws*, 1.
- Pollicino, O. (2023). Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale? *Quaderni costituzionali*, 3.
- Rodotà, S. (2010). Una Costituzione per Internet? *Politica del diritto*, 3.
- Santaniello, M. (2022). Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet Governance. *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, 1.
- Schimdt, E., & Cohen, J. (2013). *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*. Milano.
- Simoncini, A., & Cremona, E. (2022). La AI fra pubblico e privato. *DPCE online*, 1.
- Torchia, L. (2023). *Lo Stato digitale*. Il Mulino. Bologna.
- Zuboff, S. (2019). *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*. Luiss University Press. Roma.

## CAMBIO DE PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ANTE EL DESAFÍO DE LA CIBERSEGURIDAD

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Globalización y el surgimiento del ciberespacio: oportunidades y desafíos. – 3. Ciberseguridad como dimensión de la seguridad nacional. – 4. La ciberseguridad como dimensión de la seguridad pública en el Estado constitucional español. – 5. Hacia el reconocimiento de la seguridad digital en el ciberespacio, y. – 6. Conclusiones.

### *1. Introducción*

En el contexto de la globalización contemporánea, la ciberseguridad se ha consolidado como una necesidad esencial para garantizar la seguridad y la protección de los derechos fundamentales en el ciberespacio, especialmente dentro de un Estado constitucional de derecho.

El surgimiento de la ciberseguridad se encuentra estrechamente vinculado al dinamismo del ciberespacio, el cual, en sus orígenes, se concebía con una naturaleza anárquica y autorregulada, ajena a los conceptos tradicionales de soberanía, regulación e injerencia estatal. Asimismo, la ciberseguridad se entendía como un conjunto de medidas orientadas a proteger la información de los usuarios en entornos digitales. No obstante, con el avance de la sociedad digital y de las tecnologías emergentes, se ha generado una creciente demanda hacia los Estados para que asuman un rol activo en la gestión de riesgos asociados al uso, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información (EMALDI CIRION, 2023, 104) en una dimensión que tensiona los tradicionales elementos del Estado constitucional.

En una sociedad crecientemente digitalizada, la ciberseguridad se manifiesta hoy no solo como una necesidad global, sino también como una expresión de la seguridad pública y un derecho digital emergente. Esta última dimensión ha comenzado a consolidarse a través de su re-

\* Università degli Studi di Milano.

conocimiento en instrumentos normativos como la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (España) y en textos programáticos como la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2022) y la Carta de Derechos Digitales (España, 2021).

Este trabajo propone, a partir de una revisión del surgimiento de Internet y del proceso de conformación de la actual sociedad digital global, una aproximación crítica a las dimensiones que adopta hoy la ciberseguridad, analizando su potencial impacto – directo e indirecto – en el Estado de derecho y en su eventual consagración constitucional.

## *2. Globalización y el surgimiento del ciberespacio: Oportunidades y desafíos*

Los últimos treinta años de globalización no tienen parangón con ningún otro proceso de transformación a escala global. Aunque esta etapa suele compararse con la Revolución Industrial, la invención de Internet se ha erigido como el mayor catalizador de una transformación cultural, económica, política y social sin precedentes.

Internet nació en la década de 1960 con una finalidad elitista, dirigida al ámbito científico y militar. Su objetivo era permitir que investigadores de distintas universidades, sin importar su ubicación geográfica, pudieran acceder al trabajo de otros centros académicos. Este proyecto fue financiado por la Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, lo que dio lugar a la red conocida como *Advanced Research Projects Agency Network* (ARPANET). Esta red fue la primera en implementar el protocolo de comunicación TCP/IP<sup>1</sup>, permitiendo así la transferencia de información entre ordenadores interconectados. Con ello, se asentó el principio de independencia de Internet y la

<sup>1</sup> El Protocolo TCP/IP permite transmitir mensajes que son codificado en forma binaria, es decir, con solo los dígitos “1” y “0”, que se expresan mediante cambios en la tensión eléctrica en la infraestructura digital, y que han logrado una mayor velocidad gracias a la transmisión vía fibra óptica.

ausencia de control centralizado por parte de un organismo (MOISÉS BARRIO, 2020, 80).

A partir de la apertura de la red en la década de 1990, el ciberespacio se configuró como una “aldea global”, en la que los actores comenzaron a interactuar masiva y casi instantáneamente. En 2023, el 67% de la población mundial se ha conectado a Internet (WORLD BANK, 2024), lo que representa a casi dos tercios de la humanidad. Este efecto democratizador se ha potenciado con el aumento de plataformas digitales, la incorporación de servicios públicos (sanitarios, bancarios, educativos, entre otros) al entorno digital, y la creciente hiperconectividad de los usuarios con sus dispositivos tecnológicos.

El desarrollo de Internet, junto al surgimiento de nuevas tecnologías, ha dado lugar a un espacio virtual de interacción, de intercambio de información y de construcción de relaciones sociales, comerciales y políticas: el ciberespacio. Este ha sido definido como “el espacio global en el entorno de la Sociedad de la Información que consiste en el conjunto interdependiente de infraestructuras de TIC, y que incluye a Internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del Internet de las Cosas (IoT)” (MOISÉS BARRIO, 2020, p. 36). En términos similares, el Departamento de Defensa de Estados Unidos lo conceptualiza como “un espacio global dentro del entorno de la información que consiste en una red interdependiente de infraestructuras de TI, incluyendo Internet, redes de telecomunicaciones, sistemas informáticos y procesadores embebidos y controladores” (Armed Forces of the United States, 2017).

En el marco de la globalización y la sociedad de la información, los conceptos de “ciberespacio” e “Internet” se han integrado de forma profunda en la realidad social. No obstante, ambos surgieron en un entorno inicialmente libre de regulación, defendido por sectores ciberlibertarios<sup>2</sup>, que apostaban por un espacio sin intervención estatal. Es-

<sup>2</sup> Para los ciberlibertarios, Internet era un espacio emergente e independiente al espacio físico, ajeno a los marcos normativos del “mundo real”, pues serían sus nuevos ciudadanos (cibernautas) los que se darían su propia regulación, es decir, en el ciber-

ta perspectiva ha ido cediendo progresivamente ante la necesidad de establecer marcos regulatorios que garanticen la protección de derechos fundamentales.

Como un efecto dominó, la Globalización también trajo consigo la internacionalización a escala global de la interconexión de redes, por ello es entendida como “la progresiva transformación de un conjunto de procesos sociales interrelacionado (económicos, políticos, culturas, medioambientales) cuya intensidad aumenta y se manifiesta en una escala geográfica que tiende a ser mundial” (IBÁÑEZ, 2006, 3). Asimismo, esta internacionalización se materializó en la transmisión transfronteriza de la información (CASTELLS, 2000, 42) y de suministro de servicios (MUÑOZ MACHADO, 2000, 42), como resultado de un proceso global, multidisciplinario y dinámico, motivado por un sistema tecnológico de información, y de telecomunicaciones.

Pese a que el ciberespacio ha evolucionado constantemente, la pandemia de COVID-19 aceleró de manera vertiginosa la transformación digital del Estado. Esta situación impulsó la migración masiva de servicios públicos y privados a plataformas digitales y provocó una de las mayores transformaciones culturales de la sociedad contemporánea.

### *3. Ciberseguridad como dimensión de la seguridad pública*

El ciberespacio es una plataforma para el progreso de la sociedad y permite toda clase de relaciones jurídicas, pero también se presenta como un nuevo campo de batalla. Las amenazas híbridas nos demuestran que no es posible disociar ambos espacios y lo que se orquesta en el ciberespacio, tiene repercusiones en el espacio físico (GÓMEZ DE

espacio no se podría aplicar la legislación. Uno de los representantes de esta vertiente es John Perry Barlow con su Declaración de Independencia del Ciberespacio de 1966.

Esta corriente de ciberlibertarismo también se trasladó al campo jurídico cuestionando la aplicación de la tradicional Teoría del Estado. En “Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace”, David Johnson y David Post sostenían que dado que las fronteras trazadas en el espacio físico delimitan el “espacio jurídico” - donde se aplican las normas jurídicas- y el ciberespacio carece de fronteras, no es posible someterlo a un régimen jurídico determinado.



AGREDA, 2021, 54), además de la confianza socavada y los importantes costes económicos y sociales.

De acuerdo a los postulados de las teorías contractualistas (GÓMEZ DE AGREDA, 2021, 54), los miembros de las comunidades ceden parte de su libertad para construir la institución del Estado, dentro de cuyas principales funciones radica el brindar seguridad a los ciudadanos respecto de las amenazas externas e internas. Para ello, el Estado tiene el monopolio de la fuerza para lo cual debe adoptar las medidas pertinentes que le permitan no solo brindar esta protección, sino también resguardar la integridad del territorio nacional, la soberanía y proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Frente a los riesgos y amenazas contemporáneas, para proveer esta nueva libertad garantizada por el Estado, es necesario desprenderse de un concepto estático de seguridad para enfrentar las nuevas amenazas. De allí la relevancia de precisar su naturaleza jurídico constitucional pues, como sostiene José Julio Fernández, la idea actual de seguridad alberga un sentido poliédrico, complejo, multidimensional y cambiante (FERNÁNDEZ, 2020, 31).

Ciertamente, en la realidad que presenta la sociedad digital, el principio de territorialidad se encuentra alterado (no hay fronteras físicas) y donde la soberanía tradicionalmente concebida no tiene lugar. Es decir, todos los elementos que componen el Estado se encuentran en encrucijada. En este contexto, los Estados cuentan con alternativas limitadas para garantizar nuestros derechos en el ciberespacio, siendo una de ellas ceder un poco de soberanía a cambio que todos se sometan a la misma reglamentación y control policial a través de la suscripción de acuerdos internacionales. De acuerdo a Muñoz Machado, la soberanía compartida fue el precio que los Estados tuvieron que pagar para retener, de modo colectivo, algún grado de control político (CASTELLS, 2001, 203).

En este escenario, el ámbito de la ciberseguridad también se ha ampliado más allá de un conjunto de medidas de protección de redes, datos, información y conocimientos. Así, la Unión Internacional de Telecomunicaciones define a la ciberseguridad como el “conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para

proteger los activos de la organización y los usuarios en el ciberentorno” (Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2008, 3). Esta percepción plantea una dimensión ampliada – a la que suscribimos – al abordar desde la seguridad de la infraestructura nacional y de las redes, a través de las cuales se provee el servicio de Internet, hasta la seguridad o integridad de los usuarios (Asociación por los Derechos Civiles, 2015, 8).

Esta amplia concepción también fue recogida por el Reglamento sobre Ciberseguridad de la Unión Europea (Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2019), que en el artículo 2.1º define a la ciberseguridad como “todas las actividades necesarias para la protección de las redes y sistemas de información, de los usuarios de tales sistemas y de otras personas afectadas por las ciberamenazas”. Bajo el amparo de esta amplia concepción, la ciberseguridad se ha posicionado en un lugar preferente dentro de las estrategias de seguridad de los Estados, pues también ocupa un lugar en el combate del cibercrimen y como un pilar esencial para la ciberdefensa del país. Para ello, se ha desarrollado un nuevo encuadre normativo que da respuesta a la vertiente digital de la seguridad.

#### *4. La Ciberseguridad como dimensión de la seguridad pública en el Estado constitucional español*

A diferencia de otros países, España cuenta con un modelo de gobernanza de ciberseguridad que, aunque desagregado, logra posicionar a la ciberseguridad en el Sistema de Seguridad Nacional gracias a una interpretación extensiva y teleológica. Siguiendo los pasos de la Constitución portuguesa de 1976<sup>3</sup> – que se adelantaba a una eventual utilización ilícita de la tecnología – la Constitución española de 1978

<sup>3</sup> El artículo 35 de la Constitución portuguesa reconoce que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a los datos informáticos que le conciernan, pudiendo exigir su rectificación y actualización. Además, consagra la garantía al libre acceso a las redes informáticas de uso público, determinando la ley el régimen aplicable a los flujos de datos transfronterizo y las formas adecuadas de protección de datos personas y de otros cuya salvaguarda se justifique por razones de interés nacional.

estableció en el art. 18.4 CE. que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. De esta manera, ambas constituciones vislumbraban los riesgos en la utilización de la informática, por lo que establecieron como límite el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

La Constitución española no entrega una definición de seguridad ni realiza distinciones entre seguridad ciudadana u orden público o seguridad pública, y mucho menos se refiere a la ciberseguridad. Empero, a partir de una interpretación constitucional y legal es posible asociar a la ciberseguridad con seguridad pública, a propósito de aquellas materias que son competencia exclusiva del Estado. Particularmente, en el art. 149.1. 29 de la CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de crear de policías por las Comunidades Autónomas.

Continuando con dicha interpretación, el Tribunal Constitucional español expresó en la sentencia 142/2018, del 20 de diciembre de 2018<sup>4</sup>, que “la ciberseguridad, como sinónimo de la seguridad en la red, es una actividad que se integra en la seguridad pública, así como en las telecomunicaciones”, de conformidad a los artículos 149.1.21 y 149.1.29 de la CE. De acuerdo a su criterio, la Ciberseguridad forma parte del concepto más amplio de “seguridad pública”, que de acuerdo al art. 149.1.29. CE. es competencia exclusiva del Estado, y se encomienda a organismos de la Administración General del Estado co-

<sup>4</sup> En STC 142/2018, del 20 de diciembre de 2018, el Tribunal Constitucional de España se pronunció sobre el conflicto competencial entre la Administración General del Estado y la Generalitat de Cataluña, cuando esta última pretendía la creación de la “Agencia Catalana de Ciberseguridad”. El argumento central de la sentencia gira en torno a la distribución de competencias en materia de seguridad y ciberseguridad; sin perjuicio que, en lo relativo ciberseguridad expresó que es una facultad exclusiva del Estado.

A partir de la interpretación de la Sentencia N° 142/2018, del 20 de diciembre, se desprende que la ciberseguridad es una competencia exclusiva del Estado, conforme al apartado 29° del artículo 149.1 de la Constitución Española. A contrario sensu, solo bajo excepciones expresamente consagradas en la Constitución, las competencias de seguridad pública -y sus dimensiones, como la ciberseguridad- podrán ser ejercidas por Comunidades Autónomas.

mo el Centro Nacional de Inteligencia o el Consejo de Seguridad Nacional, encargado de definir la Estrategia Nacional de Ciberseguridad. Sin embargo, el órgano constitucional advierte que la protección del ciberespacio es de tal complejidad que no es posible la delimitación excluyente de competencias en sentido absoluto, sino, una convivencia de funciones y políticas públicas de diverso alcance.

Aunque el art. 149.1.29 de la CE no explicita las competencias concretas, esta disposición propone la delimitación competencial en niveles de administración territorial – distinguiendo entre competencia estatal y competencia autonómica – y también entre organismos públicos pues, se refiere a la posibilidad de crear policías autonómicas, sin perjuicio de las policías nacionales. Por lo tanto, en materia de seguridad pública no cabe sólo la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pues, esta noción tiene como finalidad la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de la ciudadanía, que trascienden aspectos de la mera actuación policial.

Continuando con la comprensión de seguridad pública, esta constituye un interés social constitucionalmente protegido, pues tiene como finalidad la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, mediante la actuación de cuerpos policiales y de otros organismos que atiendan a la misma finalidad (RIDAURA MARTÍNEZ, 2014, 335). De acuerdo a lo expuesto, la ciberseguridad debe ser comprendida desde la Seguridad Pública.

Por su parte, la Seguridad Pública es un pilar fundamental de la Seguridad Nacional. Así lo expresa la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, refiriéndose tanto en su prólogo como en el art. 9º a los componentes fundamentales de la Seguridad Nacional, siendo estos la Defensa Nacional, la Seguridad Pública y la Acción Exterior.

Asimismo, esta ley se encargó de positivizar el concepto de Seguridad Nacional, definiéndola en el art. 3º como “(...) la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y el bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”. En un meritorio avance por reconocer las amenazas contemporáneas, en el art. 10º, estableció aquellos ámbitos de

especial interés para la Seguridad Nacional y que requieren una atención específica por resultar básicos para preservar los derechos y libertades de las personas, así como el bienestar de los ciudadanos, y para garantizar el suministro de los servicios y recursos esenciales. De acuerdo a esta disposición, serán, entre otros, la ciberseguridad, la seguridad económica y financiera, la seguridad marítima, la seguridad del espacio aéreo y ultraterrestre, la seguridad energética, la seguridad sanitaria y la preservación del medio ambiente.

A partir de la interpretación efectuada, sería posible colegir que la ciberseguridad se enmarca dentro de la Seguridad Pública consagrada en el art. 149.1.29 CE, y que a su vez es un elemento de la Seguridad Nacional, que tiene por finalidad la protección de la libertad, los derechos y el bienestar de los ciudadanos, así como garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales.

A mayor abundamiento, el preámbulo de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecieron medidas para la protección de las infraestructuras críticas, expresó que su objetivo es “regular la protección de las infraestructuras críticas contra ataques deliberados de todo tipo (tanto de carácter físico como cibernético)”, de allí que se interpreta que el legislador considera al ciberespacio como una dimensión de la seguridad pública, y su regulación es competencia exclusiva del Estado.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional en la sentencia anteriormente referida, expresó que además de las disposiciones constitucionales, se deben considerar otros instrumentos programáticos que, pese a carecer fuerza normativa, representan el espíritu nacional y comunitario en la materia. Así, la Corte Constitucional se refirió a la Política de Ciberseguridad española como “el documento estratégico que sirve de fundamento al Gobierno de España para desarrollar las previsiones de la estrategia de seguridad nacional en materia de protección del ciberespacio con el fin de implantar de forma coherente y estructurada acciones de prevención, defensa, detección, respuesta y recuperación frente a las ciberamenazas”. Esta política se encuadra en el plano programático definido por la Estrategia de Seguridad Nacional de 2021, que en materia de ciberseguridad expresó que “se requiere garantizar el uso seguro y fiable del ciberespacio, para proteger los dere-

chos y las libertades de los ciudadanos y promover el progreso socio-económico.”<sup>5</sup>

No ha sido una tarea fácil definir a la Ciberseguridad, y menos desde su vinculación con la seguridad. El Parlamento y el Consejo de la Unión Europea a través de la Directiva (UE) 2016/1148, del 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, expresó que se entendería por “seguridad de las redes y sistemas de información” a la capacidad de las redes y sistemas de información de resistir, con un nivel determinado de fiabilidad, toda acción que comprometa la disponibilidad, autenticidad, integridad o confidencialidad de los actos almacenados, transmitidos o tratados o los servicios correspondientes ofrecidos por tales redes y sistemas de información o accesibles a través de ellos (SOLA RECHE, 2023, 136).

Entonces, la ciberseguridad, como sinónimo de la seguridad en la red, es una actividad que se integra en la seguridad pública, así como en las telecomunicaciones e infraestructura crítica, y se materializa en la protección de las redes y sistemas de información que utilizan los ciudadanos, empresas y administraciones públicas. Precisamente, su naturaleza interdisciplinaria es una de las características de la ciberseguridad y que le permite vincularse con la seguridad pública y la defensa, la infraestructura, redes y sistemas y régimen general de telecomunicaciones<sup>6</sup>.

Asumir la competencia del Estado en materia de ciberseguridad nos impulsa a repensar los elementos tradicionales del Estado, tales como territorio, soberanía y ciudadanía. Naturalmente, el ciberespacio tiene sus particularidades, no tiene fronteras y pone en encrucijada el principio de territorialidad; por otra parte, en un espacio virtual transfronterizo tampoco es posible ejercer la soberanía, por lo que se ha planteado avanzar hacia la construcción de una soberanía digital (FA-

<sup>5</sup> En el mismo sentido, la Estrategia de Seguridad Nacional enfatiza en la necesidad de incrementar las capacidades (tecnológicas, humanas y económicas) de la ciberseguridad nacional dirigidas a la prevención, detección, respuesta, recuperación, investigación y defensa activa.

<sup>6</sup> Para profundizar en el tema puede consultarse en MARTÍNEZ VÁSQUEZ (2020).

BA DE LA ENCARNACIÓN & SIMON CANAL, 2023)<sup>7-8</sup>, y finalmente, en el ciberespacio no existen ciudadanos como tales, pues dicha noción está ligada a la nacionalidad, cuestión que también se encuentra en encrucijada en el ciberespacio.

### *5. Hacia el reconocimiento de la seguridad digital en el ciberespacio*

Como se ha expresado, la visión de futuro que tuvo el constituyente español, siguiendo al constituyente portugués, lo llevo a consagrar la limitación a la informática con la finalidad de proteger el honor e intimidad personal y familiar, constituyendo esta argumentación el eje y vía para el desarrollo del derecho a la protección de datos personales y también de otros derechos que pudiesen resultar afectados por la informática. Este último aspecto es el reflejo del clásico derecho constitucional y que permite configurar el derecho a la seguridad digital.

Las vulnerabilidades del ciberespacio han quedado expuestas con el meteórico desarrollo de la sociedad digital que reflejan que el marco normativo actual y los derechos vinculados a la protección de datos personales, no resultan suficiente para proteger los derechos y libertades individuales ante los riesgos de la sociedad digital. De allí que resulte necesario comenzar a pavimentar el camino hacia el reconocimiento de nuevos derechos digitales (tanto en el ámbito legal como constitucional) (BARRIO ANDRÉS, 2023, 74).

La tradicional y atemporal comprensión de los derechos fundamentales como “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivos cualquier expectativa positiva (pres-

<sup>7</sup> De acuerdo a Elena Faba de la Encarnación y Tomás Simón Canal, la soberanía digital es la capacidad que tiene un Estado para proteger e incidir en el uso y gestión de los datos e información que se generan en su territorio fruto del uso de las tecnologías por parte de sus ciudadanos.

<sup>8</sup> De acuerdo a Tamara Robles, en su obra *El Derecho de Acceso a Internet*, la soberanía digital es la “capacidad de ejercer control sobre el propio espacio digital”.

taciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica(...)" (FERRAJOLI, 2016, 37), debe ser complementada con la reinterpretación que García Roca realiza respecto de la definición de Jellinek, por cuanto los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, de titularidad individual, que entrañan un status frente a los poderes públicos (y también privados), para garantizar un interés o bien jurídicamente protegido, creando una situación jurídicamente activa (GARCÍA ROCA, 2023, 345).

Asimismo, debe considerarse que la comprensión de los derechos fundamentales está matizada por su carácter expansivo y transversal, actuando como principios y normas objetivas que inspiran la parte orgánica del ordenamiento e inciden en las fuentes del derecho (GARCÍA ROCA, 2023, 342). En efecto, los derechos emergen como respuestas a necesidades vitales e imprescindibles en las condiciones actuales de vida (MURILLO DE LA CUEVA, 2004, 76), y esta lógica también puede trasladarse al entorno digital.

Dentro de la doctrina, se han propuesto diversos criterios para clasificar los derechos fundamentales. Aunque la mayoría opta por el criterio de la temporalidad para conformar generaciones de derechos, también existen posturas disidentes<sup>9</sup>. Quienes abogan por su reconocimiento como derechos fundamentales los califican como derechos de quinta generación, y reclaman su plena vigencia en el ciberespacio, en igualdad de condiciones que en el espacio físico. Esta exigencia, no obstante, requiere estar acompañada por un marco jurídico que permita su ejercicio y exigibilidad efectiva.

Aunque los derechos digitales no se encuentran recogidos de manera expresa en la Constitución española, siguiendo la tradición clásica del derecho constitucional, el artículo 18 CE establece que "el uso de la informática estará limitado para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos". Esta disposición refleja el espíritu del constituyente de 1978, cuyo propósito fue limitar el poder como garantía de libertad, pero que

<sup>9</sup> El profesor García Roca, en sus Lecciones de Derecho Constitucional, discrepa de esta categorización por la falta de rigor científico pues, independiente del momento de surgimiento de los derechos sociales, estos se mezclan y no es posible mantener las generaciones de derechos en compartimientos estancos.



además demuestra una notable capacidad de anticipación (SÁNCHEZ BARRILAO, 2023, 21).

Así, pese a su reciente surgimiento en el campo del *soft law*, los derechos digitales engloban los derechos de los ciudadanos en el entorno digital, ya sean derechos fundamentales o derechos ordinarios. Es decir, puede tratarse de derechos fundamentales tradicionales que en el marco del ciberespacio adquiere alguna particularidad o facultad (por ejemplo, el derecho al olvido en la dimensión del derecho de protección de datos), o también se puede tratar de nuevos derechos de naturaleza instrumental y que encuentran existencia solo en el espacio virtual, como el derecho de acceso a universal a Internet y el derecho a la ciberseguridad.

La ciberseguridad o seguridad digital, al igual que la seguridad en general, constituye tanto una causa como una consecuencia. En su calidad de manifestación de la seguridad pública y pilar esencial de la seguridad nacional, no debe entenderse únicamente como un bien jurídico protegido, sino también como un instrumento fundamental para la salvaguarda de otros derechos. Esta perspectiva se ve reflejada en la reflexión de Manuel Galán y Carlos Galán Cordero, quienes afirman que “la dignidad de la persona, la libertad ideológica o de expresión, la intimidad, el honor, los servicios sociales o, incluso, la propiedad privada, entre otros derechos, pueden verse, comprometidos cuando los sistemas de información que sustentan su ejercicio práctico dejan de funcionar o lo hacen de manera irregular, como consecuencia de las acciones deliberadas que los agentes de las amenazas desarrollan” (DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2022, 103).

Como hemos sostenido, la seguridad digital emana del derecho a la seguridad, y como tal es un instrumento para asegurar el ejercicio de otros derechos y, asimismo, alberga en sí mismo un bien jurídico. Bajo esta naturaleza más compleja y completa, la ciberseguridad pública es entendida como el conjunto de normas, métodos, procedimientos y herramientas, y encuentra su razón de ser y se configura como el único medio adecuado para garantizar una convivencia ajustada a los postulados del Estado de Derecho” (DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2022, 103).

Naturalmente, poco a poco se ha avanzado en el reconocimiento y consagración de la seguridad digital como derecho digital. De momento, la encontramos en textos de rango legal (Ley Orgánica de Protec-

ción de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en adelante “LOPDGDD”), en instrumentos normativos en el marco de la Unión Europea, y en documentos programáticos de la UE y nacionales. Sin perjuicio que no se encuentra consagrada expresamente en la Constitución, mediante una interpretación extensiva del art. 18.4 CE, la ciberseguridad podría tener un reconocimiento como derecho subjetivo. Su reconocimiento constitucional no es una cuestión menor, pues de concretarse, emanarían dos importantes consecuencias complementarias: i) la observancia obligatoria por parte de los poderes públicos; y ii) permitir su exigibilidad en sede jurisdiccional, previo establecimiento de garantías para su exigibilidad.

La justicia constitucional ha mantenido el criterio. Como se ha referido anteriormente, sí, con anterioridad a la Declaración de Derechos Digitales, en el 2018 la ciberseguridad fue catalogada por el Tribunal Constitucional como un bien jurídico protegido<sup>10</sup>, reconociéndolo como un derecho en sí mismo. Precisamente, las recientes discusiones doctrinarias recaen en la naturaleza de los derechos digitales y su relación con los derechos fundamentales pues, aunque presenta semejanzas con estos últimos, no son análogos, independiente donde se encuentren consagrados.

A nivel de la Unión Europea se han impulsado diferentes marcos normativos orientados al reconocimiento, consagración y regulación de los derechos digitales, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), la Ley de Servicios Digitales o la Ley de Mercados Digitales, y la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales en la UE del 2022. A nivel nacional, los derechos digitales están reconocidos explícitamente en la Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales y en la Carta de Derechos Digitales, esta última es una guía de referencia sobre los derechos en el mundo digital y orienta la actuación de los organismos de la Administración pública, como de particulares.

Como se ha esbozado en párrafos precedentes, en España la seguridad digital no recibe un reconocimiento constitucional explícito, solo a nivel de rango de ley en el art. 82º de la LOPDGDD al establecer

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 142/2018, 20 de diciembre de 2018.

que, “los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet. Los proveedores de servicios de Internet informarán a los usuarios de sus derechos”. Para Robles (ÁLVAREZ ROBLES, 2024, 147), la seguridad de las comunicaciones responde a un derecho que surge en el propio entorno virtual, y que como derecho constitucional implicaría toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o no, voluntaria o no, genera el usuario dejando registro en la red, siendo susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Frente a esta eventual intromisión del Estado, urge la necesidad de conceder una protección jurisdiccional frente a la posibilidad de una intromisión ilegal en el entorno digital.

De forma complementaria, la Carta de Derechos Digitales (Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2021) establece en el artículo VI que “(...) toda persona tiene derecho a que los sistemas digitales de información que utilice para su actividad personal, profesional o social, o que traten sus datos o le presten servicios, posean las medidas de seguridad adecuadas que permitan garantizar la integridad, confidencialidad, disponibilidad, resiliencia y autenticidad de la información tratada y la disponibilidad de los servicios prestados”<sup>11</sup>.

La Carta supuso un paso adelante en la protección de los derechos de la ciudadanía en el entorno virtual, actualizando su contenido y precisando en particular los elementos de derecho a la seguridad de las comunicaciones, esto es la confidencialidad, integridad y disponibilidad. En cuanto a confidencialidad, se refiere a que la información no sea divulgada a personas, procesos o dispositivos no autorizados; por integridad se refiere a la protección de los datos frente a cualquier modificación, alteración o acceso ilegítimo por parte de terceros, y; disponibilidad, al derecho que asiste a los usuarios a que sus datos

<sup>11</sup> Asimismo, el artículo VI de la Carta de Derechos Digitales establece que los poderes públicos, de conformidad con la regulación europea y nacional, velarán para que las garantías indicadas (integridad, confidencialidad, disponibilidad, resiliencia y autenticidad de la información) sean satisfechas por todos los sistemas de información, ya sean de titularidad pública o privada, y además promoverán la sensibilización y formación en materia de ciberseguridad de toda la sociedad e impulsarán mecanismos de certificación.

personales estén disponibles en todo momento para ejercer los derechos de rectificación, supresión, limitación, portabilidad y oposición (DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, 2022, 112). Estos elementos son la esencia del derecho a la seguridad digital, y también constituyen parte de las obligaciones que recaen los prestadores de servicios digitales.

Como fiel reflejo del *soft law*, la Carta de Derechos Digitales carece de fuerza vinculante, pero ofrece criterios orientadores e interpretativos que pueden tener relevancia en el proceso de interpretación y aplicación de la normativa. Sin embargo, aunque en un contexto digital sea un desafío muy complejo proteger el ejercicio de los derechos digitales, es necesario que el ordenamiento jurídico avance un poco más en el establecimiento de garantías para su exigibilidad.

El derecho de acceso a Internet requiere ser complementado por la seguridad digital, especialmente en un contexto donde prácticamente toda actividad está respaldada por uno o varios sistemas de información gestionados por distintos prestadores. Estos sistemas deben garantizar condiciones esenciales de seguridad, como la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos. En este sentido, al reconocimiento y consagración constitucional del acceso a Internet y de la seguridad digital, debe añadirse una gobernanza digital y democrática que asegure un uso seguro y confiable del ciberespacio, a fin de proteger los derechos y libertades en entornos digitales.

Finalmente, no se puede desconocer la cuestionada eficacia de las declaraciones regionales e internacionales, motivada por la internacionalización de los derechos humanos como consecuencia del proceso de globalización. Sin embargo, esto no puede constituir una motivación para que los Estados abandonen su rol en materia de seguridad pública – y por tanto, de ciberseguridad – pues repercutiría en las condiciones mínimas para la convivencia de la sociedad, ni tampoco en materia de telecomunicaciones. Es de esperar que tanto España como los demás Estados miembros de la UE deben implementar las medidas para dar cumplimiento al Reglamento sobre Ciberseguridad de la Unión Europea (2019), a la Estrategia de Ciberseguridad de la UE (2020) y la Directiva relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión (2022).

## 6. Conclusiones

La evolución del ciberespacio y el desarrollo de nuevas tecnologías han favorecido el traslado de actividades y servicios a un nuevo ecosistema digital, permitiendo el desarrollo de la sociedad digital. Sin embargo, aunque el ciberespacio pueda resultar un campo de batalla, no es tierra de nadie.

Aunque la ciberseguridad surge con un alcance limitado, esto es, enfocada en la protección de las redes de comunicaciones electrónicas y de los sistemas de información, ante el incremento de amenazas híbridas que no solo atacan contra la seguridad de la información, queda en evidencia la amplitud del contenido de la ciberseguridad, pues en el ciberespacio también convergen libertades y derechos fundamentales, los que pueden resultar afectados por la actividad realizada en la dimensión digital.

En un Estado constitucional y democrático de Derecho, la seguridad es un factor coadyuvante del bienestar social y de la calidad de vida de las personas, donde los derechos fundamentales son su eje. Por tanto, es irrefutable el rol que le corresponde al Estado en la protección de un ciberespacio libre y seguro, así como de velar, respetar y proteger los derechos fundamentales en línea y mantener la fiabilidad e interoperabilidad de Internet.

En este orden de cosas, la ciberseguridad se ha posicionado como un pilar esencial en el espacio virtual, pero también como un concepto complejo y multidimensional que ha provocado un cambio de paradigma constitucional. Aunque el legislador ha pretendido dotar de contenido al derecho a la seguridad digital, aún resulta necesario delimitar el concepto de ciberseguridad y establecer garantías para su exigibilidad.

Este paradigma constitucional plantea el desafío de repensar los tradicionales elementos del Estado y a considerar a la ciudadanía digital y los derechos fundamentales -como la ciberseguridad o seguridad digital- en el ciberespacio, como un eje del Estado constitucional y democrático de Derecho, para cuya respuesta es avanzar en un pacto constitucional.

En ese sentido, una propuesta constitucional contemporánea no solo debe reconocer expresamente la ciberseguridad como derecho

subjetivo y como dimensión de la seguridad pública, sino también articular mecanismos de gobernanza digital multinivel que permitan una adecuada coordinación entre el derecho interno y los compromisos asumidos por España en el marco de la Unión Europea.

Finalmente, ante los desafíos de una sociedad digital globalizada, la consolidación de una ciberseguridad con rango constitucional representa no solo una necesidad jurídica, sino también un imperativo político para garantizar que el entorno digital sea un espacio de libertad, igualdad y dignidad humanas.

### *Referencias bibliográficas*

- Álvarez Robles, T. (2024). *El Derecho de acceso a Internet. Especial referencia al constitucionalismo español*. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- Armed Forces of the United States. (2017). *The DOD Dictionary of Military and Associated Terms (DOD Dictionary)*. United States.
- Asociación por los Derechos Civiles. (2015). *Descubriendo la agenda de ciberseguridad de Latinoamérica: el caso de Argentina. Primera Entrega: ¿Qué entendemos por ciberseguridad?*. Argentina.
- Barrio Andrés, M. (2020). *Fundamentos del Derecho de Internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Barrio Andrés, M. (2023). *Los derechos digitales y su regulación en España, la Unión Europea e Iberoamérica. (Vol. Cuaderno N°1)*. Colex. A Coruña.
- Castells, M. (2000). *Globalización, Estado y sociedad civil: El nuevo contexto histórico de los derechos humanos*, Revista Isegoría, Núm. 22 (30 de septiembre de 2000).
- Castells, M. (2001). *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Plaza & Janés. Madrid.
- Castells, M. (2002). *Globalización y antiglobalización*. En: Stiglitz, J.E. y Barlow, M., Pánico en la globalización. Fica. Bogotá.
- Comisión Europea. Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea. Adoptada el 16 de diciembre de 2020.
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, N° 311.
- Domínguez Álvarez, J.L. (2022). *Derecho a la seguridad digital: génesis, evolución y perspectivas de futuro*. En Rodríguez Ayuso, Juan Francisco:

- Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar.* Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.
- Emaldi Cirion, A. (2023). *El ciberespacio como nuevo escenario para vulnerar derechos fundamentales*. En C. M. Romeo Casabona, & M. Rueda Martín, *Derecho penal, ciberseguridad, cibercriminología e inteligencia artificial (Vol. I: Ciberseguridad y cibercriminología)*. Comares. Granada.
- Faba de la Encarnación, E, & Simon Canal, T. (2023). *Soberanía digital: ¿Un problema normativo o un problema geopolítico?* . Revista de Economía Industrial, Núm. 427: Soberanía Tecnológica e Industrial. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9363342>
- Fernández, J.J. (2020). *Seguridad(es) en un futuro incierto (Un estudio jurídico constitucional)*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y Garantías*. Trotta. Madrid.
- García Roca, J. (2023). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Civitas. Madrid.
- Gómez de Agreda, Á. (2021). *Ciberseguridad en un mundo hiperconectado*. En Canals Ametller, D. *Ciberseguridad. Un nuevo reto para el Estado y los Gobiernos Locales*. Wolters Kluwer. Madrid.
- Ibáñez, J. (2006). *Globalización e Internet: poder y gobernanza en la sociedad de la información*. Revista Relaciones Internacionales, (4), 1–33. <https://doi.org/10.15366/relacionesinternacionales2006.4.003>
- Johnson, D. y Post, D. (1996). *Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace*. Stanford Law Review, Vol. 48. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=535](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=535)
- Ley Orgánica 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas. Boletín Oficial del Estado, de 29 de abril de 2011, núm. 102.
- Ley Orgánica 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Boletín Oficial del Estado, de 29 de septiembre de 2015, núm. 233.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, 06 de diciembre de 2018, núm. 294.
- Martínez Vásquez, F. (2020). *Ciberseguridad y Estado Autonomico*. Revista de la Facultad de Derecho, ICADE (Nº 109), <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/12814/12041>
- Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de España (2021). Carta de Derechos Digitales.

- Muñoz Machado, S. (2000). *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*. Taurus. Madrid.
- Murillo de la Cueva, P.L. (2004). *Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso*. Boletín de Derecho Comparado, N° 109, enero-abril de 2004.
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (17 de abril de 2019). Reglamento (UE) 2019/881, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación.
- Parlamento Europeo y del Consejo (14 de diciembre de 2022). Directiva (UE) 2022/2555, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) N° 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 .
- Ridaura Martínez, M.J. (2014). *La seguridad ciudadana como función del Estado*. Revista Estudios de Deusto, Vol. 62 (2), 319-346.
- Rodríguez Puerto, M. (2015). *Internet: ¿Hacia un nuevo concepto de lo público?* . Revista Persona y Derecho, N° 72, <https://doi.org/10.15581/011.72.133-148>.
- Sánchez Barrilao, J.F. (2023). *El derecho constitucional hoy: entre realidad, prospectiva y distopía digital*. En Tur Ausina, R.(coord.): *Constitucionalismo ante la digitalización de la realidad social*. Aranzadi. Navarra.
- Sola Reche, E. (2023). *La intromisión del derecho penal en la ciberseguridad*. En Romeo Casabona, C. M. & Rueda Martin, M. *Derecho penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial (Vol. I : Ciberseguridad y ciberdelitos)*. Comares. Granada,
- Unión Internacional de Telecomunicaciones (abril de 2008). Recomendación UIT-T X.12052.
- World Bank. (2024). Individuos que utilizan Internet (% de la población).<https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS>



## ESTADO Y SOBERANÍA MONETARIA A PRUEBA DE LAS CRIPTOMONEDAS

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Las criptomonedas entre las definiciones económicas y jurídicas de moneda. – 3. Las criptomonedas y el ejercicio efectivo de la soberanía monetaria. Riesgos para la estabilidad monetaria y financiera. – 4. Posibles medidas de respuesta: la experiencia de la Unión Europea. – 5. Conclusión.

### *1. Introducción*

Desde el surgimiento del Estado moderno, los conceptos de soberanía y moneda han estado estrechamente interconectados. De igual manera, la soberanía monetaria ha sido históricamente reconocida como una de las manifestaciones más destacadas de la soberanía estatal. No sorprende, por tanto, que, según la doctrina mayoritaria, un medio de intercambio solo puede considerarse moneda si es la ley de la jurisdicción emisora la que le atribuye dicho valor de manera exclusiva (LASTRA, 2015, 18 ss.; ZIMMERMANN, 2019, 12-13; PROCTOR, 2022, 12 ss.). La denominada “teoría estatalista” del dinero está tan arraigada a nivel global que ha sido respaldada por numerosas constituciones modernas. Dos ejemplos en este sentido pueden encontrarse en el artículo 117(2), letra (e), de la Constitución italiana y en el artículo 149(1), números (10), (11), (13) y (14) de la Constitución española, los cuales reconocen la prerrogativa exclusiva del Estado central en la regulación de la moneda, la protección del ahorro y el crédito, los mercados financieros y el sistema tributario.

Hasta hace algunas décadas, esta estructura parecía reflejar una realidad tan consolidada en el tiempo que resultaba inmutable. Sin embargo, en los últimos años, las concepciones clásicas de moneda y soberanía monetaria han experimentado un proceso de erosión pro-

\* Università degli Studi del Sannio di Benevento.

gresiva. Esta crisis se debe a una serie de fenómenos heterogéneos e interconectados, que van desde el diseño y establecimiento de uniones económicas y monetarias avanzadas (como la eurozona) hasta la irrupción de la economía digital, contexto en el cual se enmarca el desarrollo de las criptomonedas.

Las criptomonedas, concebidas con el objetivo de eludir los circuitos monetarios tradicionales administrados por instituciones públicas, son monedas privadas autorreguladas por la ley de la oferta y la demanda. Las redes de criptomonedas constituyen ecosistemas autónomos gestionados por la tecnología, sin ninguna intermediación pública de origen nacional o supranacional. Según la mencionada “teoría estatista”, la ausencia de una estructura centralizada en manos de una autoridad pública sería suficiente para excluir la calificación de las criptomonedas como dinero. No obstante, esta concepción no puede ignorar que las criptomonedas comparten ciertas características con las monedas tradicionales, como su uso como medio de pago o reserva de valor, así como su convertibilidad en moneda de curso legal. Si a este dato se le suma la magnitud que ha alcanzado el mercado de las criptomonedas, cuyo valor global supera ampliamente los 50.000 millones de euros<sup>1</sup>, existe razón para creer que el fenómeno en cuestión podría afectar la relación teórico-práctica que vincula la soberanía con la moneda. En consecuencia, se hace necesario analizar los instrumentos de que dispone el Estado para afrontar una transición global y orientar estos desarrollos en una dirección que le permita reafirmar su soberanía.

La cuestión se abordará mediante el examen de tres aspectos fundamentales. En primer lugar, se reconstruirán las definiciones económicas y jurídicas de la moneda más ampliamente aceptadas, para luego compararlas con las criptomonedas. Esta operación permitirá determinar si, y en qué términos, las iniciativas nacionales y supranacionales en materia monetaria pueden extenderse a las criptomonedas. En segundo lugar, se delimitará el concepto de soberanía monetaria y se analizarán los desafíos que la proliferación de las criptomonedas podría representar para su ejercicio efectivo. Por último, en el estudio de

<sup>1</sup> Como se desprende de las estadísticas publicadas en el sitio web CoinMarketCap, <<https://coinmarketcap.com/it/>>.

los mecanismos de regulación de las criptomonedas, se examinará la experiencia de la Unión Europea (UE), cuya relevancia es particularmente significativa tanto por la dimensión de su mercado interno como por su compromiso con la regulación de estos activos.

## 2. Las criptomonedas entre las definiciones económicas y jurídicas de moneda

Preliminar al estudio de la relación existente entre la realidad de las criptomonedas y los conceptos jurídicos de “moneda” y “soberanía monetaria” se encuentra la definición del término “criptomonedas”. Desde un punto de vista práctico, estas pueden concebirse como monedas privadas virtuales, generadas e intercambiadas a través de una red basada en *blockchain*. El uso de esta tecnología permite a los usuarios realizar transacciones de forma segura y anónima con el apoyo de los propios participantes de la red, quienes autentican las transacciones que ocurren en la *blockchain* mediante la resolución de complejos problemas matemáticos. Los usuarios involucrados en esta actividad de validación pueden ser recompensados con nuevas criptomonedas que podrán ser introducidas en el mercado (GREEN, 2019a, 1 ss.).

Si esta descripción resume brevemente las características técnicas de las criptomonedas, debe reconocerse que aún no existe un consenso sobre la definición de estos activos digitales en el ámbito jurídico. En este escenario incierto, debe valorarse el esfuerzo de armonización terminológica llevado a cabo por organizaciones internacionales sectoriales como la Financial Action Task Force (FATF)<sup>2</sup> y el Fondo Monetario Internacional (FMI)<sup>3</sup>. Entre las organizaciones regionales más activas en este sentido destaca la UE (LIFSHITS, 2021, 859 ss.), que, a través de la Autoridad Bancaria Europea (ABE), ha definido las criptomonedas como una «representación digital de valor, no emitida ni garantizada por un banco central o una autoridad pública, no necesi-

<sup>2</sup> FATF (2014). El documento tiene una importancia histórica, ya que representa el primer intento por parte de un organismo supranacional de definir el concepto de criptomoneda.

<sup>3</sup> HE ET AL. (2016, 7).

riamente vinculada a una moneda de curso legal, utilizada como medio de intercambio para la compra de bienes y servicios o con fines de inversión, y transferida, almacenada y negociada electrónicamente [traducción del autor]»<sup>4</sup>. Años después, la noción de la ABE sigue siendo la más utilizada en el ámbito de la UE y ha logrado mantener su relevancia. De hecho, continúa encontrando respaldo en la gran mayoría de las definiciones de criptomoneda formula das en distintas jurisdicciones nacionales, incluso fuera de la UE<sup>5</sup>, así como en el trabajo de un numerosos estudiosos<sup>6</sup>. Por esta razón, se adoptará la definición en cuestión como definición operativa para la delimitación del ámbito de investigación de este trabajo.

Aunque se haya llegado a una definición unificada de criptomoneda, no se debe ignorar que el conjunto de criptomonedas, delimitado según la amplia fórmula mencionada anteriormente, incluye hoy más de veinte mil instrumentos distintos entre sí<sup>7</sup>.

Estos pueden clasificarse en “unbacked cryptocurrencies” y “asset linked stablecoins”, dependiendo de si están o no anclados al valor de otro activo, como una moneda de curso legal, un activo físico como el

<sup>4</sup> ABE (2014, p. 11). La fórmula de la ABE ha sido adoptada por otros órganos de la UE, como el Banco Central Europeo (BCE), cf. ECB Crypto-Assets Task Force (2019), p. 7, el Parlamento Europeo y el Consejo, los cuales han incorporado dicha definición en el artículo 1(2)(d) de la directiva (UE) 2018/843, que modifica la directiva (UE) 2015/849 sobre la prevención del uso del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. No obstante, cabe señalar que la directiva mencionada ha sido nuevamente enmendada por el reglamento (UE) 2023/1113 relativo a los datos informativos que acompañan las transferencias de fondos y ciertos criptoactivos. La nueva versión de la directiva ya no hace referencia a las criptomonedas, sino que utiliza el término más amplio de “criptoactivos” (activos digitales de naturaleza privada basados en criptografía y *blockchain*, o en otras tecnologías similares), en línea con la definición de criptoactivos establecida en el artículo 38(3)(c) del nuevo reglamento (UE) 2023/1114 relativo a los mercados de criptoactivos (MiCA).

<sup>5</sup> BLANDIN ET AL., (2019, 57 ss.). Entre los ordenamientos nacionales fuera de la UE que emplean una definición similar a la europea se encuentran Australia, Canadá, Japón, Israel, México, Rusia, Reino Unido, Singapur, Estados Unidos, Suiza y Tailandia.

<sup>6</sup> Por ejemplo, véase LEHMANN, (2024, 52-53).

<sup>7</sup> Datos disponibles en el sitio web CoinMarketCap, accesible en <<https://coinmarketcap.com/it/>>.

oro y otro bien digital<sup>8</sup>. Si en las criptomonedas *unbacked*, las más antiguas y las más difundidas, el valor del activo está determinado únicamente por las fluctuaciones del mercado, lo que conlleva enormes riesgos para quienes las adquieren<sup>9</sup>, las *stablecoins* ofrecen mayor seguridad, ya que están menos expuestas a las fluctuaciones de precio<sup>10</sup>.

Independientemente de estas diferencias, lo cierto es que la razón de ser de las criptomonedas sigue siendo, en términos generales, la de actuar como “moneda”, es decir, servir como medio de intercambio y reserva de valor. Una vez reconstruido el contexto objeto de estudio, el siguiente paso es verificar en qué medida las criptomonedas se ajustan a las teorías sobre la moneda. Esta clasificación será útil para delimitar el alcance dentro del cual el Estado puede extender a las criptomonedas sus competencias en materia de moneda, ordenación del ahorro, mercados financieros y otros ámbitos.

Una primera precisión que ofrece la doctrina sobre la definición de moneda concierne a la terminología. Desde esta perspectiva, es importante destacar la tendencia a diferenciar los términos “moneda” y “divisa”, que a menudo se utilizan indistintamente en el lenguaje común. Mientras que el segundo se refiere a un medio de intercambio emitido por un Estado, que actúa como el motor de toda su economía, el término “moneda” es un concepto abstracto y flexible que denota la capacidad de compra<sup>11</sup>. Estas primeras consideraciones son suficientes para entender que las criptomonedas no guardan ninguna afinidad con el concepto de divisa (BARRIÈRE, 2019, 331); en el mejor de los casos,

<sup>8</sup> Las *unbacked cryptocurrencies* constituyen el grupo más numeroso, ya que incluyen la mayoría de las criptomonedas en circulación, como Bitcoin y Ethereum. Entre las *stablecoins* más populares se encuentran, en cambio, Tether y USD Coin.

<sup>9</sup> BAINS ET AL., (2022a, 11); Banco de Pagos Internacionales - BPI (2023, 2).

<sup>10</sup> Numerosas organizaciones internacionales han intentado delimitar el concepto de *stablecoins* para diferenciar este tipo de criptomonedas de las *unbacked cryptocurrencies*, es decir, las criptomonedas “tradicionales”. En este sentido, resulta útil hacer referencia a las definiciones contenidas en los informes del FMI y del Financial Stability Board (FSB), respectivamente, en BAINS ET AL (2022b), p. 10; FSB (2023a, 19); FMI-FSB (2023, 43). Véase también las nociones de *stablecoins* incluidas en DELL'ERBA, (2019, 7) y FERREIRA, (2021, 755-756).

<sup>11</sup> *Ex multis*, véase ASCARELLI, (1952, 40); INZITARI, (1983, 5); VISENTINI, (1983, 303). La distinción también es adoptada por el FMI, como se puede ver, por ejemplo, en HE ET AL (2016, 16).

las criptomonedas podrían aspirar al reconocimiento como moneda. Esta premisa exige centrar la atención en el concepto de moneda, una noción multifacética que puede analizarse desde distintas perspectivas.

La primera perspectiva que considerar es la económica, según la cual una moneda puede clasificarse como tal si cumple con sus tres funciones clásicas: unidad de medida del valor, reserva de valor y medio de intercambio (ASCARELLI, 1952, 39 ss.; INZITARI, 1983, 5; ZIMMERMANN, 2013, 11-12; LASTRA, 2015, 14; PROCTOR, 2022, 7). Así pues, como también ha señalado el FMI (He et al., 2016, 17), y el BCE (BCE, 2015, 23-24), en el estado actual de las cosas, resulta difícil asociar estas funciones económicas con las criptomonedas (GREEN, 2019a; ZIMMERMANN, 2019, 100; MATTASSOGLIO, 2022, 44; LEHMANN, 2024, 126)<sup>12</sup>. En cuanto al primer parámetro, la competencia de factores como la inestabilidad de los precios y la limitada difusión de las criptomonedas en comparación con las monedas de curso legal hace que estas no puedan funcionar como una unidad de medida autónoma del valor de bienes y servicios. Más bien, es el valor de las criptomonedas el que se define mediante la comparación con una divisa legal (GREEN, 2019b, 21-22; ZIMMERMANN, 2019; MATTASSOGLIO, 2022, 47; LEHMANN, 2024, 126). En cuanto a la capacidad de acumular valor, es necesario trazar una línea divisoria entre las criptomonedas *unbacked* y las *stablecoins*. De hecho, la volatilidad de las primeras las hace inapropiadas para cumplir de manera confiable con la función de reserva de liquidez (GREEN, 2019b, 22; ZIMMERMANN, 2019, 100-101; MATTASSOGLIO, 2022, 47; LEHMANN, 2024, 126), mientras que las *stablecoins* son menos susceptibles a las oscilaciones y constituyen una inversión más segura (FIEDLER et al., 2023 93). La función que mejor refleja las propiedades de las criptomonedas entendidas en un sentido global sigue siendo la de instrumento de intercambio (Green,

<sup>12</sup> Una visión particularmente pesimista es la de GOLA ET AL. (2019, 10). Según este estudio publicado por el Banco de Italia, mientras los Estados no confieran a las criptomonedas un poder liberatorio generalizado, su mercado no estará coordinado a nivel centralizado y no se alcanzará una estabilización de su valor, por lo que nunca podrán ejercer las funciones típicas de la moneda. Para una posición contraria, se remite a BARRIÈRE (2019, 327), quien sostiene que «to a large extent, virtual currencies can perform each of these three functions», aunque el autor subraya cómo los Estados tienden a no reconocer a estas como moneda de curso legal.

2019b, 19 ss.; ZIMMERMANN, 2019, 100; MATTASSOGLIO, 2022, 45-46; LEHMANN, 2024, 126), aunque las transacciones que las involucran tienen un volumen considerablemente inferior en comparación con las realizadas en moneda nacional. Este dato se debe al bajo número de países que otorgan a las criptomonedas el estatus de moneda de curso legal, creando así una obligación de aceptarlas como medio de pago en todo el territorio nacional<sup>13</sup>. Sin una legislación que disponga en este sentido, las criptomonedas tienen eficacia liberatoria solo si existe un acuerdo entre las partes; sin embargo, los contextos en los que se aceptan como bienes de intercambio siguen siendo bastante limitados (ZIMMERMANN, 2019, 100).

Considerando que las criptomonedas no se ajustan a la concepción económica de moneda, un segundo aspecto a evaluar se refiere a su conformidad con las principales teorías jurídicas desarrolladas en este ámbito. La primera tesis, la más consolidada, sostiene que solo aquellas monedas emitidas y controladas por un Estado, con curso legal y obligatorio, pueden considerarse como tales en sentido legal<sup>14</sup>. La estricta adherencia a la “teoría estatalista” excluye evidentemente la naturaleza monetaria de las criptomonedas, las cuales están fuera del alcance de una autoridad centralizada (GASPARRI, 2015, 415 ss.; ZIMMERMANN, 2019, 101; MATTASSOGLIO, 2022, 44-45; GLEESON, 2024, 334)<sup>15</sup>. Se prevén mayores posibilidades de inclusión con la “teoría sociológica”, una tesis minoritaria según la cual la moneda adquiere su condición de moneda por el uso en las transacciones comerciales y no por disposición estatal<sup>16</sup>. Según algunos autores, una definición tan

<sup>13</sup> Hasta la fecha, los únicos dos países que han reconocido a una criptomoneda valor de moneda de curso legal son El Salvador y la República Centroafricana. Ambos Países decidieron adoptar el bitcoin, respectivamente, en 2021 y 2022.

<sup>14</sup> También denominada “normativista”, como se indica en BUFFONI (2018, 674 ss.). Para un análisis detallado de las posiciones de Mann, principal exponente de la teoría estatalista, véase PROCTOR (2022, 12 ss.). Sobre este tema, consúltese asimismo ZIMMERMANN, (2019, 12-13); LASTRA (2015, 18 ss.).

<sup>15</sup> Esta parece ser también la perspectiva adoptada por el FMI, como se desprende de HE ET AL., (2016), 16.

<sup>16</sup> El principal defensor de esta tesis es Nussbaum, cuyo pensamiento se resume de manera efectiva en NUSSBAUM, (1950, 8). Véanse también ZIMMERMANN (2013, 13-

amplia incluiría sin dificultad monedas privadas de creciente reconocimiento, como las criptomonedas (ZIMMERMANN, 2019, 102). Para otros, en cambio, las criptomonedas no contarían con el respaldo social ni con la confianza colectiva suficientes para cumplir con el requisito de legitimación compartida establecido por la teoría sociológica de moneda (MATTASSOGLIO, 2022, 45). Entre estas dos posiciones contrapuestas, la primera parece ser la más convincente. En efecto, la teoría sociológica tiene como finalidad ampliar el concepto de moneda para incluir nuevas dinámicas de la economía real, es decir, fenómenos “no convencionales” que la teoría estatalista no contemplaría, pero que influyen en los sistemas monetarios de los Estados (NUSSBAUM, 1950, 8). Las criptomonedas se inscriben sin duda dentro de estos fenómenos, aún más si se considera la rapidez con la que su circulación como medio de intercambio está creciendo, especialmente en los mercados emergentes (FMI, 2023a, 5).

El reconocimiento de las criptomonedas dentro de la teoría sociológica de moneda no elimina el hecho de que la tesis estatalista siga siendo la predominante. No obstante, los expertos en derecho monetario contemporáneo evitan una adhesión absoluta a esta última, mostrando una creciente apertura hacia fenómenos emergentes como las monedas digitales privadas. En esta línea, se favorece una reinterpretación moderna de la tesis estatalista y una definición más flexible de dinero, capaz de adaptarse a la evolución de la economía real (GLEESON, 2024, 335; ZIMMERMANN, 2019, 12). En esta línea, se acepta cada vez más la idea de que el concepto de moneda puede adquirir distintos significados según el contexto jurídico en el que se utilice (PROCTOR, 2022, 4), esto permite al legislador o a la autoridad judicial de “modificar” la noción de moneda en función de las necesidades del caso concreto. Un ejemplo evidente de esta flexibilidad es el caso de las criptomonedas que, aunque no constituyen una moneda nacional ni son reconocidas como moneda de curso legal en la gran mayoría de los ordenamientos, a menudo se equiparan a las monedas en ámbitos como la lucha contra la evasión fiscal o la financiación del terrorismo. En conclusión, la única respuesta adecuada a la cuestión

14); LASTRA (2015, 18); BUFFONI (2018, 682 ss.) (donde se emplea la expresión “teoría espontaneísta”).



sobre la naturaleza jurídico-monetaria de las criptomonedas parece ser la proporcionada por el BCE, según la cual esta depende del contexto, de la pregunta planteada y del ecosistema de criptomonedas considerado (BCE, 2015, 23 ss.). Como se analizará en la cuarta sección de este estudio, esta flexibilidad puede ser aprovechada por el Estado para consolidar su poder regulador sobre las criptomonedas.

### *3. Las criptomonedas y el ejercicio efectivo de la soberanía monetaria. Riesgos para la estabilidad monetaria y financiera*

El objetivo de las criptomonedas es complementar (o incluso sustituir) los sistemas monetarios nacionales con un circuito alternativo, independiente y descentralizado, dentro del cual se puedan realizar pagos de manera segura, manteniendo la privacidad personal (DE FILIPPI, 2014, 1 ss.). El crecimiento de este sistema paralelo tiene una influencia directa sobre el ejercicio de la soberanía monetaria, afecta la estabilidad monetaria y financiera de los Estados, y perjudica sus intereses económicos. Antes de abordar la cuestión, es necesario aclarar que, por “soberanía monetaria”, se entiende la capacidad de un Estado para controlar la emisión, convertibilidad y circulación de la moneda, así como para defender su valor, su acumulación y la relación entre ahorro y crédito (LASTRA, 2015, 22-23).

La adopción de actos normativos destinados a implementar políticas económicas y monetarias es reconocida por el derecho internacional como una de las formas típicas de ejercicio del poder estatal (LUZZATTO, 1972, 47); un principio que ya se encontraba consolidado en 1929 con la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional relacionada con el caso de los *Préstamos Serbios*<sup>17</sup>. El mismo principio se expresa en un número considerable de constituciones modernas, las cuales inscriben la facultad de regulación en el ámbito monetario entre las prerrogativas exclusivas del Estado, protegidas por la reserva de ley (LASTRA, 2015, 18).

<sup>17</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, 12 de julio de 1929, PCIJ Series A no 20, *Payment of Various Serbian Loans Issued in France. France v. Kingdom of the Serbs, Croats, and Slovenes*.

Como se mencionó anteriormente, este marco está siendo cuestionado hoy en día por la acción combinada de varios elementos, tanto de origen jurídico como de naturaleza fáctica. Entre los límites de carácter jurídico que condicionan el ejercicio de la soberanía monetaria se encuentran la adhesión a organizaciones internacionales sectoriales como el FMI y la participación en uniones monetarias a nivel regional; entre las barreras fácticas, se incluyen la globalización económica y la creciente integración de los mercados financieros a nivel mundial (TREVES, 2000, 111; ZIMERMANN, 2013, 8; LASTRA, 2015, 26 ss.). Es en este conjunto de factores donde se inscriben el progreso tecnológico y la aparición de la tecnología *blockchain*; una invención que, gracias también a la desconfianza generada por la crisis de 2008 hacia el sistema financiero global, ha impulsado el diseño de monedas privadas que no están vinculadas a fronteras geográficas y escapan al control de las autoridades (MARTINO, 2023, 347)<sup>18</sup>. Según la opinión calificada de organizaciones como el FMI y el FSB, el fenómeno de las criptomonedas no representa en la actualidad un riesgo sistémico para la estabilidad de los sistemas monetarios y financieros (FMI-FSB, 2023, 3). No obstante, el aumento de su uso como medio de pago y de su adquisición como forma de inversión minorista podría alterar este escenario y hacer necesaria una acción urgente por parte del Estado para proteger su aparato económico. Desde este punto de vista, la erosión de la soberanía monetaria en favor de monedas digitales privadas constituye una preocupación que debe ser monitoreada de cerca. Por esta razón, es fundamental identificar los peligros inherentes a las criptomonedas y las posibles medidas de respuesta que los Estados podrían implementar para reafirmar su soberanía.

Siguiendo un orden lógico, se puede observar que entre los principales riesgos asociados con la difusión de las criptomonedas se incluyen la desestabilización de los mercados financieros, la interferencia con la implementación de políticas monetarias, la elusión de medidas para gestionar los flujos de capital, el aumento de los riesgos de evasión fiscal, la desviación de recursos del financiamiento de la economía real y, por último, la amenaza a la integridad de los mercados financie-

<sup>18</sup> En este sentido, véase ampliamente el manifiesto ideológico del bitcoin, NAKAMOTO (2008).

ros. Estos factores de riesgo podrían reforzarse mutuamente, ya que la inestabilidad financiera dificulta el mantenimiento de la estabilidad de los precios y viceversa, lo que podría también desestabilizar los flujos financieros y reducir los recursos fiscales (FMI-FSB, 2023, 3).

En lo que concierne al primer aspecto, cabe señalar que lo que convierte a las criptomonedas en un riesgo tangible para las economías nacionales son, en esencia, dos características inherentes a ellas: la alta volatilidad de su valor y el ritmo incesante con el que evoluciona el fenómeno de las criptomonedas. Los desarrolladores de criptomonedas y, en términos generales, las actividades empresariales del sector, amplían constantemente la gama de funciones, actividades y servicios asociados con estos instrumentos, lo que incrementa el nivel de interconexión entre los distintos mercados de criptoactivos<sup>19</sup>, asimismo, esto contribuye a estrechar los lazos existentes entre las criptomonedas y los mercados financieros tradicionales (FMI-FSB, 2023, 3). Uno de los principales motivos de preocupación en este sentido es el rápido ascenso de las *stablecoins*. Dado que su valor está vinculado al de otro activo, generalmente monedas de curso legal, las *stablecoins* constituyen un puente natural entre los mercados de criptomonedas y los mercados financieros. La fiabilidad de una *stablecoin* suele estar garantizada por una reserva de liquidez del activo asociado que asegura su convertibilidad, o por procesos de estabilización algorítmica (DELL'ERBA, 2024, 24). No es raro, sin embargo, que dichos mecanismos sufran fallos que puedan socavar la solidez de la relación entre la *stablecoin* y su valor de referencia, lo que provoca la depreciación de la criptomoneda<sup>20</sup>.

Como es lógico, cuanto mayor sea el nivel de interacción entre una *stablecoin* y las finanzas tradicionales, mayor será el riesgo de que una caída en el valor de la primera tenga repercusiones en la segunda (FMI-FSB, 2023, 3). A pesar de los riesgos asociados con el crecimiento de las *stablecoins*, es importante reconocer que, hasta el momento,

<sup>19</sup> Además de las criptomonedas, dentro del conjunto de las criptoactivos se encuentra una amplia variedad de activos, incluidos los *investment tokens*, los *utility tokens* y los *non-fungible tokens* (NFTs). Para obtener más detalles sobre la taxonomía de los criptoactivos, se puede consultar, por ejemplo, BLANDIN (2019), 18.

<sup>20</sup> Consúltese con más detalle FSB (2022), 11 ss.

los vínculos directos entre el mundo de las criptomonedas y las infraestructuras financieras son relativamente limitados, y el mercado de las criptomonedas representa solo una pequeña fracción de los activos financieros globales. Como resultado, las vulnerabilidades sistémicas de los mercados de criptomonedas – es decir, la volatilidad, los problemas de apalancamiento financiero, la falta de liquidez, las fragilidades tecnológicas y operativas derivadas de la ausencia de estructuras de gobernanza adecuadas, la tendencia a escapar del marco regulatorio y la profunda interdependencia entre los diferentes mercados de criptoactivos – tienen un impacto principalmente en el mercado de criptomonedas en sí (HACIBEDEL ET AL., 2023, 6 ss.; FMI-FSB, 2023, 10 ss.). Si bien esta es la situación actual, no se puede pasar por alto el creciente interés demostrado por los intermediarios financieros hacia los criptoactivos (FSB, 2022, 4); una tendencia que, a largo plazo, podría fortalecer el vínculo entre las criptomonedas y los sistemas financieros tradicionales, con efectos perjudiciales sobre la estabilidad de estos últimos (BCE, 2012, 37 ss.; FSB, 2022, 4-5). Desafortunadamente, el proceso parece estar en marcha, como lo demuestra el colapso de algunas instituciones financieras que ofrecían a sus clientes servicios relacionados con criptomonedas, las cuales no resistieron las fuertes devaluaciones que las monedas virtuales han experimentado en los últimos años (FMI-FSB, 2023, 3).

Además de los riesgos para la estabilidad general de los mercados financieros, organismos internacionales como el FMI, el FSB, el BPI y el BCE señalan que un uso masivo de las criptomonedas como medio de pago dentro de un contexto nacional determinado podría afectar la efectividad de la política monetaria estatal, con consecuencias sobre la estabilidad monetaria. Este peligro se materializa especialmente en las economías más inestables, con una moneda débil (BCE, 2012, 33 ss.; FMI, 2020, 18 ss.; BPI, 2023, 15-16; FMI-FSB, 2023, 5-6). Por otro lado, las monedas privadas no están reguladas por autoridades monetarias nacionales o supranacionales, sino que están regidas por reglas propias aceptadas por los participantes del sistema de referencia. Los bancos centrales no pueden intervenir sobre las criptomonedas ajustando sus tasas de interés o controlando su oferta; esto resulta particularmente riesgoso, especialmente si las criptomonedas son reconocidas como moneda de curso legal (en este caso, cualquier obligación mone-

taria podría extinguirse en criptomonedas, incluyendo el pago de impuestos y otras sumas debidas al Estado)<sup>21</sup>, o si el Estado acompaña su propia moneda con una criptomoneda. En este último caso, de hecho, la moneda fiduciaria se vería afectada por la inestabilidad de la criptomoneda elegida como moneda legal (ECB, 2012, 33 ss.; FMI-FSB, 2023, 6; MANN, 2022, 62).

Los efectos negativos de una difusión incontrolada de las criptomonedas serían múltiples también en relación con la política fiscal. Las operaciones que se realizan en circuitos de criptomonedas son transfronterizas por definición y se basan en el cumplimiento voluntario de las partes, que a menudo recurren a seudónimos para ocultar su identidad. Esto complica el trabajo de las autoridades para supervisar el cumplimiento de la normativa fiscal y dificulta la recaudación de impuestos que pudieran corresponder sobre las criptomonedas y las actividades conexas, abriendo vías para la evasión fiscal. Además, si las criptomonedas llegaran a adquirir el estatus de moneda de curso legal, las finanzas públicas estarían constantemente expuestas a variaciones en los tipos de cambio debido a las fluctuaciones en su valor. Por la misma razón, permitir la compra de bonos con criptomonedas podría poner en peligro las dinámicas nacionales relacionadas con la deuda (FMI-FSB, 2023, 6-7).

La extranjería de las criptomonedas con respecto a los circuitos monetarios tradicionales les permite también eludir las medidas nacionales de control de los flujos de capital, lo que determina una mayor volatilidad de los flujos entrantes y salientes en un determinado País. Si bien esto podría facilitar la entrada de inversiones, de igual manera podría favorecer su salida, permitiendo la sustracción de recursos a la economía real del Estado de referencia (FMI-FSB, 2023, 7-8). Entre

<sup>21</sup> Para una visión general de los riesgos que conlleva el reconocimiento de una criptomoneda como moneda de curso legal para el Estado adoptante, véase ZIMMERMANN (2019, 107 ss.). Entre estos, destacan, en primer lugar, los riesgos de deflación (aumento del valor de la moneda), relacionados con el hecho de que la mayoría de los sistemas de criptomonedas se basan en un número reducido de monedas. En segundo lugar, los sistemas de criptomonedas tienen una estructura sólida que les permite hacer frente a posibles crisis en la demanda de dinero. Por último, dado que los circuitos de criptomonedas carecen de liquidez, no tienen la capacidad de funcionar como reservas de liquidez monetaria en momentos de dificultades económicas.

los otros riesgos asociados con el uso de criptomonedas, vale la pena mencionar, finalmente, los peligros inherentes a la integridad de los mercados financieros. Características como su alcance global, la rapidez de las transacciones y su naturaleza (casi) anónima convierten a las criptomonedas en herramientas atractivas para actividades criminales, favoreciendo la comisión de delitos como la evasión fiscal, el lavado de dinero, el comercio ilegal de armas, los fraudes y la financiación del terrorismo (FMI-FSB, 2023, 14).

#### *4. Posibles medidas de respuesta: la experiencia de la Unión Europea*

Esquematizados los factores de riesgo que el crecimiento descontrolado de las criptomonedas podría presentar en relación con la estabilidad económica de los Estados, el siguiente paso es hipotetizar mecanismos de respuesta al fenómeno en cuestión; una cuestión que afecta a toda la comunidad de Estados. El nivel de integración existente entre las diversas economías del mundo hace que las crisis económico-monetarias registradas en un Estado se expandan inevitablemente más allá de sus fronteras. Por esta razón, la estabilidad monetaria y financiera internacional debe ser considerada, a todos los efectos, como un bien público global, cuya protección es un valor esencial para todos los Estados y todos los pueblos (SATRAGNO, 2022, 59 ss.). La centralidad de este bien común para la comunidad internacional hace deseable una acción concertada de los Estados en su defensa, frente a los peligros que plantea el avance de las criptomonedas. A la luz de esto, es crucial el papel de coordinación y supervisión desempeñado por organizaciones internacionales como el FMI y el FSB (PERONI, 2023, 312-313), las cuales ya han señalado una serie de medidas que los Estados podrían adoptar para contener el fenómeno y recuperar cuotas de soberanía monetaria.

Estas estrategias pueden dividirse en dos categorías principales: acciones destinadas a proteger la estabilidad macroeconómica nacional e intervenciones dirigidas a fortalecer la regulación y el control de las criptomonedas. Entre las primeras, se incluyen el refuerzo de las políticas monetarias nacionales y de las instituciones competentes (especialmente los bancos centrales), la reducción de los niveles de déficit y

deuda, la decisión de no otorgar a las criptomonedas el estatus de moneda de curso legal y la directriz para que los bancos centrales se abstengan de incluirlas en sus reservas oficiales (FMI, 2023a, 18 ss.; FMI-FSB, 2023, 17-18).

Asimismo, se recomienda a los Estados extender a las criptomonedas la regulación sobre los flujos de capital, generalmente aplicable solo a la moneda, y diseñar políticas fiscales específicas que definan con claridad el régimen tributario correspondiente (FMI, 2023<sup>a</sup>, 20-21, FMI-FSB, 2023, 18-19). En el segundo grupo de iniciativas se incluye la actualización del derecho privado y financiero para garantizar su adaptación efectiva a fenómenos específicos como las criptomonedas (FMI, 2023a, p. 21; FMI-FSB, 2023, p. 22). Por razones de certeza legal, se recomienda al legislador aclarar si, y en qué términos, las criptomonedas pueden encajar dentro las categorías legales existentes, como la de “moneda digital”. Así, organizaciones como el FMI y el FSB consideran favorable la clasificación de ciertas criptomonedas como “moneda”, siempre que se trate de criptomonedas más estables (como las *stablecoins*) y que esta clasificación se limite a ámbitos regulatorios específicos, como el derecho financiero (FMI, 2023a, 21-22). Al segundo grupo de medidas también pertenecen acciones destinadas a fortalecer el monitoreo nacional e internacional de los mercados de criptomonedas, como, por ejemplo, someter el ejercicio de actividades económicas en este sector a la obtención de una licencia. Finalmente, se recomienda a los Estados invertir en la integridad de sus mercados financieros aprobando los estándares FATF sobre activos virtuales, diseñados para proteger los sistemas financieros de amenazas como el lavado de dinero, la financiación del terrorismo y el comercio ilegal de armas. Además de implementar intervenciones específicas a nivel nacional, se insta a los Estados a incrementar la cooperación internacional para combatir de manera más efectiva estos delitos, que a menudo tienen un alcance transfronterizo (FMI, 2023a, 26-27; FMI-FSB, 2023, 23).

Si estas son las directrices proporcionadas a nivel internacional por el FMI y el FSB, es momento de profundizar, en esta última fase del estudio, en las iniciativas concretas adoptadas por los Estados y/o organizaciones regionales para proteger su estabilidad económica de los riesgos asociados a las criptomonedas. Como se mencionó anterior-

mente, para llevar a cabo este análisis empírico se tomará como ejemplo el ordenamiento de la UE.

A este respecto, cabe señalar que las primeras acciones emprendidas por la UE en el ámbito de las criptomonedas datan de 2018, cuando la directiva (UE) n. 2018/843, la quinta directiva europea contra el lavado de dinero, buscó adaptar la normativa de la UE en materia de lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo a las innovaciones introducidas por las finanzas digitales, extendiendo sus disposiciones a las monedas virtuales. Aunque la definición de criptomonedas contenida en la directiva no las reconoce como moneda de curso legal, sí les otorga la capacidad de desempeñar algunas funciones del dinero, como servir como medio de pago y reserva de valor, pudiendo incluso representar una forma de financiación para actividades criminales<sup>22</sup>.

Una flexibilidad similar en cuanto a la relación entre criptomonedas y monedas tradicionales ya había sido promovida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en una sentencia de 2015, en la que las operaciones de cambio entre criptomonedas y monedas nacionales fueron declaradas exentas del pago del IVA (a la luz del art. 135 de la directiva 2006/112/CE), de la misma forma que las actividades de conversión entre dos monedas de curso legal. El razonamiento propuesto por el Tribunal se basaba principalmente en la razón de ser de las criptomonedas, las cuales, al igual que las monedas tradicionales, nacen principalmente como medios de pago<sup>23</sup>. La solución seguida por el Tribunal fue recibida positivamente por la doctrina, considerando que la sentencia en cuestión representaría un intento exitoso de adaptar la normativa tributaria a las nuevas necesidades de la economía digital, favoreciendo así la integración de esta en el mercado de la UE (NESS, 2024, 479).

Desde 2019, el BCE ha iniciado un proceso de mapeo e inspección de los peligros que las criptomonedas podrían representar para la soberanía de la Unión, y por lo tanto, para la estabilidad de la eurozo-

<sup>22</sup> Consúltase la nota 6.

<sup>23</sup> TJUE, 22 de octubre de 2015, causa C-264/14, *Skatteverket c. David Hedqvist*, ECLI:EU:C:2015:718, sobre la cual se puede consultar Farina (2022, 464).



na<sup>24</sup>. En un documento de mayo de 2019, el BCE descartó que, en el estado actual de las cosas, las criptomonedas pudieran desempeñar las funciones típicas de la moneda y desestabilizar el orden monetario-financiero europeo. No obstante, ya en ese momento, el BCE subrayaba la necesidad de una regulación supranacional de los mercados de criptomonedas y, en general, de los cryptoactivos, capaz de controlar los riesgos para la estabilidad del ecosistema financiero de la Unión<sup>25</sup>. Este objetivo se materializó en mayo de 2023 con la adopción del reglamento (UE) 2023/1114 sobre los cryptoactivos (MiCAR), un pilar del plan europeo para la regulación de cryptoactivos, conocido también como el “Digital Financial Package”<sup>26</sup>. La finalidad del MiCAR, cuyo alcance incluye las criptomonedas<sup>27</sup>, es crear un marco regulatorio común para los mercados de cryptoactivos<sup>28</sup>, que facilite a los operadores económicos activos en el sector y, al mismo tiempo, garantice la protección de los consumidores y la estabilidad del sistema financiero en su conjunto (MATTASSOGLIO, 2023, 78 ss.). Además de la advertencia sobre la elaboración de una disciplina unitaria para los mercados de cryptoactivos, el mencionado documento del BCE también introdujo el tema del euro digital: una “Central Bank Digital Currency” (CBDC) presentada como «una posible nueva forma de euro que sea complementaria a los billetes de euro, las monedas y los depósitos mayoristas proporcionados por el banco central, así como a los depósitos de bancos comerciales y al dinero electrónico proporcionado por entidades privadas bajo los correspondientes regímenes de licencias [traducción del autor]», que pueda adaptar las formas de moneda existentes a las nuevas necesidades de los actores económicos<sup>29</sup>.

Antes de abordar el estado de avance del proyecto “euro digital”, es útil ofrecer una breve introducción sobre las CBDCs. En términos generales, estas actividades son conceptualmente similares a las *stable-*

<sup>24</sup> Se remite ampliamente a ECB Crypto-Assets Task Force (2019).

<sup>25</sup> ECB Crypto-Assets Task Force (2019, 28-29).

<sup>26</sup> Dirección General de Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y Unión de los Mercados de Capitales – FISMA (2020).

<sup>27</sup> Autoridad Europea de Valores y Mercados - ESMA (2024, 17).

<sup>28</sup> Para un análisis detallado del contenido del MiCAR, se permite remitir a DELL’ERBA (2024), pp. 251 ss. y AVEGNO (2024, 16 ss.).

<sup>29</sup> ECB Crypto-Assets Task Force (2019, 32).

*coins*, ya que están vinculadas al valor de una moneda fiduciaria. Sin embargo, a diferencia de estas últimas, las CBDCs son emitidas digitalmente por el banco central de un Estado y, por lo tanto, están sujetas a un control público centralizado<sup>30</sup>. Detrás de la invención de las CBDCs se encuentran factores como la disminución del uso del efectivo físico, la constante demanda de innovación en el ámbito financiero, la digitalización de los pagos al por menor a través de instrumentos universalmente accesibles (como los servicios de PayPal), y el rápido ascenso de formas monetarias digitales y privadas como las criptomonedas. La combinación de estos elementos ha llevado a los bancos centrales de todo el mundo a explorar políticas para hacer que la moneda nacional sea más atractiva<sup>31</sup>. Según las estimaciones más recientes, 4 Estados ya han lanzado proyectos de CBDCs, 21 programas están en fase piloto y 132 se encuentran en fase de investigación o desarrollo<sup>32</sup>. El éxito de estos planes, la mayoría de los cuales utilizan la *blockchain* como base técnica, podría ofrecer al Estado o a la organización regional adoptante beneficios significativos. La desmaterialización traída por la CBDC reduciría los costos de emisión, almacenamiento y transferencia de dinero, aumentaría la rapidez y trazabilidad de los pagos, y haría los mercados financieros más eficientes gracias al uso de *smart contracts* para una amplia gama de operaciones financieras. Un grado similar de automatización de la política monetaria podría ser de gran ayuda para el Estado en tiempos de crisis, permitiendo adoptar medidas de apoyo a la economía nacional de manera rápida y eficiente.

<sup>30</sup> Para una introducción al tema, se puede consultar los trabajos DE FAVARO (2020), pp. 330 ss. y, de manera más amplia, ZATTI ET AL. (2024).

<sup>31</sup> Dado el interés global que ha suscitado el fenómeno, diversas organizaciones internacionales han publicado estudios detallados sobre las CBDCs, proporcionando definiciones, mapeando sus orígenes e identificando sus implicaciones. Entre ellas, se destacan especialmente el BCE, el Banco Mundial (BM) y el BPI, a los que se remite respectivamente a Caccia et al. (2024); BM (2021), Bank of Canada et al. (2020). El FMI, particularmente activo en el ámbito de las CBDCs, promueve el uso de estos instrumentos especialmente en los países en desarrollo. La organización ha divulgado varios informes y documentos de trabajo sobre el tema, proporcionando pautas a los Estados sobre cómo proceder de manera óptima en el diseño y adopción de las CBDCs. Entre los numerosos estudios realizados, se puede citar FMI (2023b).

<sup>32</sup> Estimaciones ofrecidas por CBDC Tracker, <<https://cbdctracker.org/>>.

Además, funciones que benefician directamente al usuario, como la reducción de los costos de las transacciones (incluso transnacionales), la posibilidad de utilizar las CBDCs para realizar pagos sin necesidad de tener una cuenta bancaria ni de identificarse mediante documentos oficiales, podrían hacer las finanzas más inclusivas<sup>33</sup>.

Todos los beneficios recién descritos podrían reforzar la confianza en los sistemas monetarios nacionales, fortaleciendo la soberanía monetaria del Estado frente a la creciente popularidad de los circuitos de pago privados, incluidas las criptomonedas. Sin embargo, la introducción de las CBDCs no está exenta de riesgos técnicos y financieros. Por ejemplo, al describir el funcionamiento de la nueva moneda, la mayoría de los proyectos de CBDCs delinean un mecanismo independiente de instituciones financieras privadas; este proceso de desintermediación podría tener un impacto fatal en el sector bancario. Además, el funcionamiento de los circuitos de CBDCs requeriría la divulgación de datos sensibles por parte de los usuarios, lo que representa riesgos para la privacidad individual. Asimismo, la enorme complejidad técnica detrás del desarrollo de las CBDCs podría hacer que estas sean vulnerables a ataques informáticos y errores técnicos<sup>34</sup>.

Sobre el plan de adopción del euro digital, debe anticiparse que este todavía se encuentra en fase de elaboración. Siguiendo la declaración de intenciones contenida en el informe de 2019, en 2021 el BCE inició una fase exploratoria que concluyó en 2023 con la decisión de continuar con los trabajos. Al justificar esta decisión, el BCE destacó cómo el euro digital podría representar el siguiente paso en la evolución de la moneda común, convirtiéndose en una herramienta de pago innovadora capaz de mantener, al mismo tiempo, las ventajas del dinero en efectivo. El euro digital podría constituir, de hecho, una herramienta generalmente aceptada, segura, rápida, fácil de usar, inclusiva, gratuita, utilizada para pagos digitales y para pagos persona a persona

<sup>33</sup> Esto hace que la adopción de las CBDCs sea una perspectiva particularmente atractiva para los países en desarrollo, como lo demuestra el hecho de que países como Bahamas, Jamaica, Nigeria y Zimbabue ya estén utilizando CBDCs (respectivamente, se trata de Sand Dollar, JAM-DEX, e-Naira, ZiG).

<sup>34</sup> Sobre los pros y contras del desarrollo de las CBDCs desde la perspectiva del Estado, se remite, para una visión completa, a ALLEN ET AL. (2020), 5 ss.

en toda el área euro (sin necesidad de conexión a internet). A la luz de estos datos, el BCE señala que, hasta el momento, no existe un medio de pago digital capaz de ofrecer las mismas prestaciones, y que esta es una razón suficiente para continuar con el desarrollo del euro digital (BCE, 2021)<sup>35</sup>. Al finalizar esta segunda fase, la UE deberá tomar una decisión definitiva sobre si adoptar o no este instrumento (BCE, 2024, 1).

## 5. Conclusión

Este trabajo ha tenido como objetivo centrarse en el debate generado por las criptomonedas en torno a los conceptos de dinero y soberanía monetaria, con el fin de evaluar el impacto que la difusión de las monedas virtuales está teniendo en la evolución de estos dos conceptos jurídicos, estrechamente interconectados. En relación con la interacción entre las criptomonedas y la definición de dinero, el análisis ha llegado a una triple conclusión. En primer lugar, se ha destacado que las criptomonedas solo pueden cubrir parcialmente las funciones económicas del dinero y que, entre la teoría jurídica “estatalista” y la “sociológica”, solo la segunda puede aplicarse a las criptomonedas. A partir de esto, se ha aclarado que la inclusión de las monedas virtuales dentro de la noción sociológica de dinero tiene una clara importancia, a pesar de que la teoría estatalista siga siendo la más utilizada para definir jurídicamente este concepto. Fenómenos como las criptomonedas demuestran que tanto el legislador como el juez y la doctrina jurídica están cada vez más inclinados a considerar las necesidades de la economía real, abriendo así la definición de dinero a nuevos instrumentos monetarios con reconocimiento social, en la medida en que ello sea funcional a la afirmación de la potestad pública y a la consecución de otros intereses públicos.

En cuanto a la relación entre las criptomonedas y el ejercicio de la soberanía monetaria, se ha observado que estas pueden obstaculizar la correcta implementación de la política monetaria y tienen el potencial de socavar la protección de bienes públicos como la estabilidad mone-

<sup>35</sup> Sobre este tema, véase también RAPOLLA (2023, 327 ss.).

taria y financiera, aunque tales riesgos aún no se hayan materializado (al menos no a gran escala). El trabajo de organizaciones como el FMI, el FSB, el BPI, la FATF y, en particular, la UE, demuestra, sin embargo, que el Estado dispone de medios para hacer frente a la transformación digital en el ámbito monetario. La respuesta reside en la coordinación internacional, que, aunque implique la cesión de soberanía nacional, constituye la mejor herramienta disponible para el Estado para proteger su poder en el contexto de transiciones globales que escapan al poder regulador de los países individuales. La actividad de las organizaciones internacionales mencionadas nos muestra que existen diversas estrategias implementables para orientar el potencial innovador de las criptomonedas en una dirección favorable al Estado. Esto puede lograrse, por ejemplo, extendiendo las definiciones jurídicas de dinero a las monedas virtuales, siempre que la adaptación sea funcional a la afirmación de la potestad pública y al logro de otros intereses públicos. Entre las estrategias que los Estados y los sistemas regionales pueden utilizar para reforzar su control sobre el dinero, es particularmente significativa la adopción de CBDCs: nuevas formas monetarias que aprovechan la tecnología de las criptomonedas en beneficio de una mayor eficiencia e inclusividad de los sistemas monetarios nacionales.

### *Referencias bibliográficas*

- ABE (2014). EBA Opinion on ‘Virtual Currencies’. *EBA/Op/2014/08*, <<https://www.bancaditalia.it/compiti/sispaga-mercato/strumenti-pagamento/normativa/EBA-Op-2014-08-Opinion-on-Virtual-Currencies.pdf>>.
- Allen, S., Čapkun, S., Eyal, I., Fanti, G., Ford, B., Grimmelmann, J., Juels, A., Kostianen, K., Meiklejohn, S., Miller, A., Prasad, E., Würst, K., Zang, F. (2020). Design Choices for Central Bank Digital Currency: Policy and Technical Considerations. *National Bureau of Economic Research Working Paper No. w27634*, <<https://www.nber.org/papers/w27634>>.
- Ascarelli, T. (1952). Studi giuridici sulla moneta. Giuffrè. Milano.
- Avegno, I. (2024). Regolamentazione delle crypto-attività: lo scenario comunitario. *Amministrazione & Finanza*, n. 1, 15-21.

- Bains, P., Ismail A., Melo, F., Sugimoto, N. (2022a). Regulating the Crypto Ecosystem: The Case of Unbacked Crypto Assets. *IMF Fintech Notes No 2022/007*, <<https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2022/09/26/Regulating-the-Crypto-Ecosystem-The-Case-of-Unbacked-Crypto-Assets-523715>>.
- Bains, P., Ismail A., Melo, F., Sugimoto, N. (2022b). Regulating the Crypto Ecosystem. The Case of Stablecoins and Arrangements. *IMF Fintech Notes No 2022/007*, <<https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2022/09/26/Regulating-the-Crypto-Ecosystem-The-Case-of-Stablecoins-and-Arrangements-523724>>.
- Bank of Canada, BCE, Bank of Japan, Sveriges Riskbank, Swiss National Bank, Bank of England, Board of Governors Federal Reserve System, BPI (2020). Central Bank Digital Currencies: Foundational Principles and Core Features. *Report No. 1 in a series of collaborations from a group of central Banks*, <<https://www.bis.org/publ/othp33.htm>>.
- Barrière, F. (2019). The Payment with Bitcoins and other Virtual Currencies – Risks, liabilities and regulatory responses. En De Franceschi, A., Schulze, R. (eds), *Digital Revolution – New Challenges for Law* (327-340). Verlag C.H. Beck oHG. München.
- BCE (2012). Virtual Currency Schemes, <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf?941883c8460133b7758f498192a3ed9e>>.
- BCE (2015). Virtual Currency Systems: A Further Analysis, <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>>.
- BCE (2021). A Stocktaken on the Digital Euro. Summary report on the Investigation Phase and Outlook on the Next Phase, <[https://www.ecb.europa.eu/euro/digital\\_euro/timeline/profuse/shared/pdf/ecb.dedocs231018.en.pdf](https://www.ecb.europa.eu/euro/digital_euro/timeline/profuse/shared/pdf/ecb.dedocs231018.en.pdf)>.
- BCE (2024). Progress on the Preparation Phase of a Digital Euro. First Progress Report, <[https://www.ecb.europa.eu/euro/digital\\_euro/progress/html/ecb.deprp202406.en.html](https://www.ecb.europa.eu/euro/digital_euro/progress/html/ecb.deprp202406.en.html)>.
- Blandin, A., Cloots A., Hussain H., Rauchs M., Saleuddin R., Allen J., Zhang B., Cloud K. (2019). Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study. Cambridge University Press. Cambridge.

- BM (2021). Central Bank Digital Currency. Background Technical Note, <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/603451638869243764/pdf/Central-Bank-Digital-Currency-Background-Technical-Note.pdf>>.
- BPI (2023). The Crypto Ecosystem: Key Elements and Risks. *Report submitted to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, <<https://www.bis.org/publ/othp72.htm>>.
- Buffoni, L. (2018). La moneta: la legge del valore e il valore di legge. *Rivista AIC*, n. 3, 673-698.
- Caccia, E., Taping, J., Vlassopoulos, T. (2024). Central Bank Digital Currency and Monetary Policy Implementation. *ECB Occasional Paper Series No. 345*, <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op345~4b4eeee055.en.pdf>>.
- De Filippi, P. (2014). Bitcoin: A Regulatory Nightmare to a Libertarian Dream. *Internet Policy Review*, n. 2.
- Dell’Erba, M. (2019). Stablecoins in Cryptoeconomics. From Initial Coin Offerings (ICOs) to Central Bank Digital Currencies (CBDs). *NYU Journal of Legislation & Public Policy*, n. 1.
- Dell’Erba, M. (2024). Technology in Financial Markets. Oxford University Press. Oxford.
- ECB Crypto-Assets Task Force (2019). Crypto-Assets: Implications for Financial Stability, Monetary Policy, and Payments and Market Infrastructures. *Occasional Paper Series No. 223*, <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>>.
- ESMA (2024). Consultation Paper on the Draft Guidelines on the Conditions and Criteria for the Qualification of Crypto-assets as Financial Instruments. *ESMA75-453128700-52*, <[https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-01/ESMA7545312870052\\_MiCA\\_Consultation\\_Paper\\_-\\_Guidelines\\_on\\_the\\_qualification\\_of\\_crypto-assets\\_as\\_financial\\_instruments.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-01/ESMA7545312870052_MiCA_Consultation_Paper_-_Guidelines_on_the_qualification_of_crypto-assets_as_financial_instruments.pdf)>.
- Farina, G. (2022). Criptovalute e token: qualificazione giuridica. En Blandini, A. (ed), *Diritto dell’innovazione* (455-470). Cedam. Padova.
- Favaro, T. (2020). La valuta digitale della Banca Centrale tra funzione monetaria e tutela del risparmio. *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, n. 2, 330-364.
- FATF (2014). Report on Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, <<https://www.fatf-aml.org>>.

- gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html >.
- FATF (2021). Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, <<https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-rba-virtual-assets-2021.html>>.
- Ferreira, A. (2021). The Curious Case of Stablecoins – Balancing Risks and Rewards? *Journal of International Economic Law*, n. 4.
- Fiedler, I., Ante L. (2023). Stablecoins. En Baker, K., Benedetti, H., Nikbakht, E., Stein Smith, S. (eds), *The Emerald Handbook on Cryptoassets: Investment Opportunities and Challenges* (93-105). Emerald Publishing, Bingley.
- FISMA (2020). Digital Financial Package, <[https://finance.ec.europa.eu/publications/digital-finance-package\\_en](https://finance.ec.europa.eu/publications/digital-finance-package_en)>.
- FMI (2020). Digital Money Across Borders: Macro-Financial Implications. *IMF Policy Paper No* 2020/050, <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/10/17/Digital-Money-Across-Borders-Macro-Financial-Implications-49823>>.
- FMI (2023a). Elements of Effective Policies for Crypto Assets. *IMF Policy Paper No* 2023/004, <<https://www.elibrary.imf.org/downloadpdf/journals/007/2023/004/007.2023.issue-004-en.xml>>.
- FMI (2023b). Central Bank Digital Currency – Initial Considerations. *IMF Policy Paper No* 2023/048, <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2023/11/14/Central-Bank-Digital-Currency-Initial-Considerations-541466>>.
- FMI, FSB (2023). IMF-FSB Synthesis Paper: Policies for Crypto-Assets, <<https://www.fsb.org/2023/09/imf-fsb-synthesis-paper-policies-for-crypto-assets/>>
- FSB (2022). Assessment of Risks to Financial Stability from Crypto-assets, <<https://www.fsb.org/2022/02/assessment-of-risks-to-financial-stability-from-crypto-assets/>>.
- FSB (2023a). High-level Recommendations for the Regulation, Supervision and Oversight of Crypto-Asset Activities and Markets, <<https://www.fsb.org/2023/07/high-level-recommendations-for-the>>



- regulation-supervision-and-oversight-of-crypto-asset-activities-and-markets-final-report/>.
- FSB (2023b). High-level Recommendations for the Regulation, Supervision and Oversight of Global Stablecoin Arrangements, <<https://www.fsb.org/2023/07/high-level-recommendations-for-the-regulation-supervision-and-oversight-of-global-stablecoin-arrangements-final-report/>>.
- Gasparri, G. (2015). Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema? *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3.
- Gola, C., Caponera, A. (2019). Aspetti economici e regolamentari delle «cripto-attività». *Questioni di economia e finanza (Occasional Papers)*, n. 484. Banca d'Italia, <<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2019-0484/index.html>>.
- Gleeson, S. (2024). Mann on Cryptocurrency. En Allen, J., Dannemann, G. (eds), *FA Mann: The Lawyer and His Legacy* (334-359). Oxford University Press. Oxford.
- Green, S. (2019a). Cryptocurrencies: The Underlying Technology. En Fox, D., Green S. (eds), *Cryptocurrencies in Public and Private Law* (1-12). Oxford University Press. Oxford.
- Green, S. (2019b). It's Virtually Money. En Fox, D., Green S. (eds), *Cryptocurrencies in Public and Private Law* (13-31). Oxford University Press. Oxford.
- Hacibedel, B., Perez-Saiz, H. (2023). Assessing Macrofinancial Risks from Crypto Assets. *IMF Working Paper No. WP/2023/214*, <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2023/09/30/Assessing-Macrofinancial-Risks-from-Crypto-Assets-539473>>.
- He, D., Habermeier, K., Leckow, R., Haksar, V., Almeida, Y., Kashima, M., Kyriakos-Saad, N., Oura, H., Sedik, T., Stetsenko, N., Verdugo-Yepes, C. (2016). Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations. *IMF Staff Discussion Note SDN/16/03*, <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>>.
- Initzari, B. (1983). La moneta. En Galgano, F. (ed), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (3-302). Vol. VI. CEDAM. Padova.
- Lastra, R. (2015). Legal Foundations of International Monetary Stability. II ed. Oxford University Press. Oxford.

- Lehmann, M. (2024). Crypto-économie et droit international. *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*. Vol. 438.
- Lifshits, I. (2021). Cryptocurrencies in the Regulatory Field of International Organizations. En Ashmarina Igorevna S., Vyacheslavovna Mantulenko, V. (eds), *Current Achievements, Challenges and Digital Chances of Knowledge Based Economy* (857-864). Springer Cham, Cham.
- Luzzatto, R. (1972). Stati stranieri e giurisdizione nazionale. Giuffrè. Milano.
- Martino, E. (2023). Sfide digitali alla sovranità monetaria. Il ruolo del diritto nella governance del denaro digitale. *Rivista di Diritto Bancario*, n. 4, 345-387.
- Mattassoglio, F. (2022). Moneta e tecnologia. Giappichelli. Torino.
- Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>.
- Ness, S. (2024). VAT/GST Harmonisation Challenges for Digital Assets such as Bitcoin and NFTs in the EU Following Case C-264/14 (Skatteverket v David Hedqvist). *International Cybersecurity Law Review*, n. 5.
- Nussbaum, A. (1950). Money in the Law— National and International. The Foundation Press. New York.
- Peroni, G. (2023). Criptovalute, sovranità e stabilità monetaria nella dimensione del diritto internazionale. En Lorenzini, M., Zulberti, M., Imbrosciano, C. (eds), *Criptovalute. Profili storico-economici e giuridici* (289-313). Giappichelli. Torino.
- Proctor, C. (2022). Mann and Proctor on the Law of Money. VIII ed. Oxford University Press. Oxford.
- Rapolla, A. (2023). Criptovalute e monete digitali: *quid novi?* Riflessioni intorno al progetto di euro digitale. En Lorenzini, M., Zulberti, M., Imbrosciano, C. (eds), *Criptovalute. Profili storico-economici e giuridici* (314-346). Giappichelli. Torino.
- Satragno, L. (2022). Monetary Stability as a Common Concern in International Law. Brill-Nijhoff. Leiden.
- Treves, T. (2000). Monetary Sovereignty Today. En Giovanoli, M. (ed), *International Monetary Law: Issues for the New Millennium* (111-120). Oxford University Press. Oxford.
- Visentini, G. (1983). La valuta. En Galgano, F. (ed), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (303-480). Vol. VI. CEDAM. Padova.

- Zatti, F., Barresi, R. (eds) (2024). *Digital assets and the Law*. Routledge. Oxon.
- Zimmermann, C. (2013). *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*. Oxford University Press. Oxford. 2013.
- Zimmermann, C. (2019). Monetary Policy in the Digital Age. En Hacker, P., Lianos, I., Dimitropoulos, G., Eich, S. (eds), *Regulating Blockchain* (99-111). Oxford University Press. Oxford, 2019.



*Juan Francisco Barroso Márquez\**

OS TRAIGO AMOR:  
TRASPLANTANDO TRIBUNALES  
CONSTITUCIONALES EN EL ENTORNO  
POSTCOMUNISTA DE HUNGRÍA Y POLONIA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El entorno postcomunista de Hungría y Polonia. – 3. Los trasplantes constitucionales. – 4. El caso concreto de los tribunales constitucionales. – 5. Del amor al odio hay un paso.

*1. Introducción*

En el presente capítulo trataremos las externalidades que se derivan de los trasplantes constitucionales, pero no nos limitaremos a realizar una aproximación teórica y general de dicho fenómeno. Además de la misma, como punto de partida dogmático, incluiremos un estudio de caso, como es la introducción de la justicia constitucional en el entorno postcomunista de Hungría y Polonia, como países del centro y este de Europa, tras la caída de los regímenes autoritarios dependientes del centro de poder soviético.

En primer lugar, tomaremos en consideración los elementos más característicos de dicho entorno postcomunista. A través de ello podremos comprender aquellos rasgos que lo diferencian de la parte occidental del continente europeo y, por ende, las problemáticas inherentes al trasplante de las instituciones liberal-democráticas en el mismo. Tras ello, incluiremos la exposición sobre los trasplantes constitucionales desde un prisma teórico, incluyendo los distintos puntos de vista que existen en la doctrina respecto de los mismos. Sobre esta base y de forma más concreta, centraremos nuestra atención en la creación de los tribunales constitucionales en Hungría y Polonia, como un acto de *amor paternalista*, así como en su actuación durante los primeros momentos de la transición y, en concreto, respecto de las políticas

\* Università degli Studi di Universidad de Extremadura.

de lustración, en comparación con su evolución más reciente, con los procesos de *captura* que han llevado a cabo los regímenes iliberales surgidos en el seno de estos dos Estados miembros de la Unión Europea, ya que esto será lo que nos muestre con claridad que *del amor al odio hay un paso*.

## 2. El entorno postcomunista de Hungría y Polonia

Antes de exponer las características comunes a los regímenes post-comunistas, consideramos que es imprescindible tener en cuenta la impronta que el comunismo, durante su vigencia, ha dejado en los Estados que analizaremos. Coincidimos con (LINZ Y STEPAN, 1996, 55) en que las características del régimen no democrático previo tienen unas implicaciones profundas sobre los cauces – *paths* – de transición disponibles y los retos – *tasks* – que enfrentan los países en su desarrollo hacia la democracia consolidada. La principal diferencia en la instauración del constitucionalismo en la zona oriental de Europa radica en que, en este caso, no se dio con una naturaleza *rupturista*, como ocurrió en la zona occidental frente a los autoritarismos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial, sino que se produjo una situación de continuidad y coexistencia con el régimen anterior, como bien ha señalado (SADURSKI, 2016, 342), en una «delicada y vulnerable tensión». Será una transición caracterizada por su naturaleza pactada, en la que tendrán un gran protagonismo las élites del régimen anterior, esto es, la *nomenklatura*.

En el marco del comunismo la teoría jurídica dominante era el positivismo legalista, que se distinguía por su marcado carácter instrumental y su naturaleza funcional respecto de los fines políticos (CZAR-NOTA, 2016, 315), de modo que se origina hacia el futuro una suerte de «*path-dependence* mental», tanto en los líderes políticos como en los jueces de dichos Estados (EMMERT, 2008, 584-585). Esto ha provocado que el pensamiento jurídico del postcomunismo padezca lo que (JAKAB, 2019, 161) califica como *obsesión normativa*, en el caso de Hungría, en tanto la concepción del ordenamiento jurídico se realiza desde un prisma eminentemente formal, como un mero sistema de normas en el que no influyen otros elementos externos, hasta el punto

de que ha sido equiparado a un «código genético indeleble» que trae causa directa de la «incompetencia metodológica de la era comunista» (EMMERT, 2008, 584-585).

No podemos obviar que las razones para la caída del socialismo real no solo fueron políticas, sino que también intervinieron factores económicos, como la carestía provocada por el sistema comunista (RÓNAI, 1957, 50-51), ya que fue la caída del nivel de vida de la población – sobre todo a causa de la inflación – la que provocó el descontento general (SEMSEY, 1992, 244). La transición fue articulada en torno a un discurso anticomunista y, como resultado, los partidos surgidos en este contexto carecían de un nivel suficiente de coherencia ideológica, empeorada aún más por la concepción negativa que la población ostentaba de los partidos políticos con el ejemplo del sistema comunista de partido único<sup>1</sup>. No obstante, la formación de un bloque de oposición con un objetivo común tuvo como efecto positivo la organización de las *Mesas Redondas*, en las que se reunían los dirigentes del anterior régimen y los líderes políticos que pretendían protagonizar el cambio<sup>2</sup>.

El carácter pacífico de la transición hacia el postcomunismo fue posible gracias a tres factores que, pese a tener suficiente entidad individual, ven aumentada su influencia al interrelacionarse: por parte del anterior régimen comunista, la infravaloración de las posibilidades de un resultado desfavorable y la necesidad de respetar ciertos estándares mínimos – de paz y democracia – para poder establecer relaciones con occidente<sup>3</sup>; respecto de las élites, la *nomenklatura*, la posibilidad de conservar sus propiedades, posición y beneficios a pesar del cambio de sistema político, ya que su red de contactos permitió que conservaran sus privilegios y, por ende, no tuvieron necesidad de cuestionar el

<sup>1</sup> A este respecto podemos consultar los trabajos de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1992, 213), que añadía que la larga duración de las dictaduras soviéticas evitaba la posibilidad de que los partidos tuvieran referentes históricos, y LINZ Y STEPAN (1996, 247).

<sup>2</sup> Este sistema de colaboración con el régimen anterior trataba de asegurar la legalidad formal de la transición (SZOBOSZLAI, 1995, 126-127), y suponía una vía para que la sociedad política pudiera constituirse antes de negociar con el régimen (LINZ Y STEPAN, 1996, 307).

<sup>3</sup> Como han puesto de manifiesto LINZ Y STEPAN (1996, 239, 242 y 308).

nuevo régimen<sup>4</sup>; y, en el caso de la oposición política, el miedo a que un exceso de responsabilidad – a través de procesos de *lustración*, esto es, de purga de los integrantes del anterior régimen en la nueva estructura de poder<sup>5</sup> – provocara una actitud revanchista por parte de los actores del anterior régimen (MCAULIFFE, 2010, 129), que aún conservaban un gran poder a través de los cauces informales. Resulta llamativo que en esta ecuación la sociedad civil brille por su ausencia, pero es que, como bien ha expresado (SCHEPPELE, 2013, 166) en el caso de Hungría, en este tipo de transiciones el pueblo se convirtió en un «mero espectador», pues los movimientos políticos no se conformaron desde abajo, sino que fueron un producto – *top-down* – de las élites intelectuales (SEMSEY, 1992, 253).

Pese a las especificidades propias de cada modelo de transición postcomunista (SZOBOSZLAI, 1995, 117), podemos identificar un rasgo común en todos ellos que pretende hacer más efectivo el proceso de constitucionalización, como es su naturaleza bifásica, en tanto se aprueba en un primer momento un documento constitucional básico para que, posteriormente, se realice una reforma más completa y detallada del mismo (SADURSKI, 2016, 351-352). Esta característica va a ser la que otorgue un mayor margen de maniobra para la actuación de los tribunales constitucionales, como tendremos la oportunidad de comprobar en el apartado cuarto del presente capítulo.

Los elementos que acabamos de mencionar están contenidos en el propio sistema, por lo que habrían de calificarse como influencias *endógenas*. Aunque algunos autores han afirmado que las transiciones postcomunistas estuvieron provocadas únicamente por este tipo de factores<sup>6</sup>, consideramos que también han desempeñado un rol protagónico las influencias *exógenas*, esto es, aquellas que provienen del exterior, protagonizadas en este caso por los deseos de los Estados de in-

<sup>4</sup> Así, TÖKÉS (1991, 12-13), LINZ Y STEPAN (1996, 70), o ZGUT (2022), que determina que estos elementos estructurales del postcomunismo han actuado como condiciones de aceleración pro-clientelista.

<sup>5</sup> Para un análisis más detallado del concepto de *lustración*, podemos acudir a los trabajos de KANIOWSKI (1999, 213-218), LETKI (2002, 539) o KRZYWON (2015, 267).

<sup>6</sup> En esta línea, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1992, 196), que más adelante señala que el carácter foráneo de las dictaduras socialistas es el que explica la rapidez de los cambios que se dieron; BRUNNER (1993, 137) o BAR CENDÓN (2014, 131).



tegrarse en la Unión Europea (BODNAR, 2010, 19). Sin embargo, no podemos considerar que estas dos fuentes de influencia – *endógenas* y *exógenas* – han actuado de manera independiente, sino que la senda de estas transiciones estuvo influida por ambas<sup>7</sup>. Por ejemplo, las expectativas de adhesión a la Unión Europea suponían una nueva fuente de ingresos para la *nomenklatura*, por lo que las élites tenían un incentivo adicional para que esa fuera la dirección política seguida.

Uno de los errores de base más comunes en la doctrina sobre la transición hacia el postcomunismo se encuentra en la asunción de que el constitucionalismo ha venido a colmar el vacío dejado por el comunismo<sup>8</sup>. Sin embargo, las concepciones que resultan propias del constitucionalismo liberal-democrático – cuya importación fue exigida por las instituciones europeas para aceptar la adhesión de Estados como Hungría o Polonia<sup>9</sup> – no solo no fueron incorporadas en un *lienzo en blanco*, sino que se trasplantaron en un contexto en el que ya existían valores e instituciones jurídicas que, en muchas ocasiones, eran hostiles a los que se pretendían incluir<sup>10</sup>.

Si bien es cierto que la incorporación de este tipo de conceptos jurídicos tuvo un gran número de beneficios en el corto plazo, principalmente en un sentido económico, con la incorporación de los elementos tradicionalmente asociados al Estado de Derecho, como son los principios de legalidad y de seguridad jurídica; con el paso del tiempo han ido saliendo a la luz las consecuencias de los principales defectos que caracterizaron a las condicionalidades preadhesión. En primer lugar, la actuación de la Unión Europea como actor hegemónico – y no como actor dialógico – en las condicionalidades preadhe-

<sup>7</sup> BLOKKER (2017, 5) se refiere a la naturaleza dual de la constitucionalización postcomunista, como un proceso de cambio interno que a su vez está influido por factores de política internacional.

<sup>8</sup> Como podemos ver en los trabajos de HÄBERLE (1993, 33) o WEILER (1995, 197), que habla incluso de una responsabilidad putativa de la UE respecto de Europa del este, como si fuera una «bella durmiente».

<sup>9</sup> Ya que las condicionalidades preadhesión fueron diseñadas específicamente para los países del centro y este de Europa (ALBI, 2005, 6).

<sup>10</sup> Como apreciamos en los trabajos de KRYGIER (2019, 556-557), sobre la base del concepto de *institucionalización deliberada* de SELZNICK (1957), o PAVONE (2020, 676).

sión<sup>11</sup>, ha provocado que muchas de las decisiones políticas adoptadas por los líderes políticos nacionales sean percibidas por la población como una imposición de sus instituciones, y no como una decisión totalmente voluntaria<sup>12</sup>, y esto fue empeorado por el corto periodo de tiempo en el que se produjeron las reformas y por la ausencia de procesos de consulta ciudadana (BODNAR, 2010, 23-24). En segundo lugar, las exigencias y las correspondientes comprobaciones realizadas por las instituciones europeas eran eminentemente formales, centrandó su atención en la presencia – o no – de determinadas estructuras jurídicas, pero sin comprobar los efectos prácticos de las mismas<sup>13</sup>, y esto ha provocado un auge de los cauces informales de obtención del poder (ZGUT, 2022, 291), de modo que (CZARNOTA, 2016, 311), combinando las perspectivas legal y sociológica, habla de la naturaleza dual de las transformaciones en el centro y este de Europa: una abierta y transparente, correspondiente al plano jurídico, y una oculta, compuesta por la *reformulación* de estas a manos de las élites políticas y económicas para que acaben sirviendo a sus intereses, como una forma de *concreción local*. Y, en tercer lugar, la falta de un grado suficiente de educación de los ciudadanos en los nuevos valores e instituciones jurídicas introducidas ha provocado un auténtico caos, pues la perfección técnica de los instrumentos se torna inservible si falla el elemento subjetivo, es decir, si los ciudadanos encargados de hacer que se respeten no han interiorizado los objetivos perseguidos por las mismas<sup>14</sup>.

Podemos destacar el carácter *ambiguo* del proceso de europeiza-

<sup>11</sup> Sobre la evolución de las políticas de condicionalidad política preadhesión, podemos consultar el trabajo de BONELLI (2017).

<sup>12</sup> En este sentido, CLOSA (1995, 152) o ALBI (2005, 48-50).

<sup>13</sup> BUGARIC (2015, 176 y 181) habla de la creación de *formal structures without substance*. HALMAI (2019, 173) determina que el umbral establecido para la evaluación de la democracia y el Estado de Derecho fue muy bajo y que la misma no fue plena, coherente ni imparcial. Este tipo de actitud se correspondería con lo que se conoce como *Washington consensus*, sobre el que volveremos más adelante.

<sup>14</sup> Hemos utilizado como base los trabajos de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1992, 199), BUGARIC (2015, 181), SADURSKI (2019a, 17) o JAKAB (2019, 169), que advierte que «si no se internalizan los valores y la ciudadanía no se siente comprometida con ellos, tan pronto decae la presión internacional los reflejos paganos resurgen y la máscara cae: primero en el nivel retórico, para seguidamente continuar con la destrucción de las instituciones formales».

ción de los Estados del centro y este de Europa (BLOKKER, 2017, 12). Si bien es cierto que este ha contribuido a consolidar el constitucionalismo democrático en los mismos, únicamente lo ha hecho desde un punto de vista formal<sup>15</sup>, pero no ha incidido en sus aspectos materiales, ni ha prestado atención a los elementos ajenos al ordenamiento jurídico, como los históricos, políticos o sociales. Así, nos encontramos ante sistemas que aparentemente comulgan con los estándares jurídicos propios del constitucionalismo en sentido fuerte, pero, *de facto*, ven como los efectos que deberían tener los mismos son pervertidos fácilmente por la influencia de otros factores, como ha ocurrido en el caso de la *captura constitucional* que han llevado a cabo los regímenes iliberales<sup>16</sup>. Ante las carencias en la *institucionalización* – entendida como la asunción por sus miembros del objetivo y los valores propios de una organización (SELZNICK, 1976) – de los mecanismos de limitación del poder, es mucho más fácil cooptarlos a través de fenómenos como el *legalismo autocrático* al que se refería (SCHEPPELE, 2018), pues sus miembros seguirán aplicando las normas sin prestar atención a si el resultado de dicha aplicación es contrario a la teleología del instrumento<sup>17</sup>.

No obstante, no podemos adoptar una actitud condescendiente y hacer recaer toda la responsabilidad en los Estados, como si se trataran de un «niño con zapatos grandes» (MATCZAK, 2019, 407-408), sino que a la falta de experiencia de los poderes nacionales a la hora de tratar con el constitucionalismo, la democracia y el Estado de Derecho, hemos de sumar el papel deficiente de las instituciones europeas a

<sup>15</sup> Por ejemplo, KOSAR, BAROS Y DUFEK (2019, 449) apuntan que se le han otorgado numerosas *espadas* al poder judicial pero sin dotar a los demás poderes de instrumentos de autodefensa institucional – siguiendo la terminología de BARBER (2013) – lo suficientemente robustos.

<sup>16</sup> La captura constitucional – tomando prestado el término escogido por SADURSKI (2019b) al relatar lo ocurrido en el caso del Tribunal Constitucional polaco – podría ser definida como el proceso a través del cual se consigue suprimir *de facto* un mecanismo de limitación del poder, pero sin eliminarlo *de iure*, para luego transformarlo en un instrumento de legitimación del régimen que, al mismo tiempo, les permita conservar su legitimidad – aparente – y consolidar la concentración del poder en un mismo colectivo.

<sup>17</sup> En esta misma dirección, BUGARIC (2015, 180),

la hora de trasplantar las instituciones requeridas para proceder a la adhesión de los Estados orientales. Volveremos sobre este tema más adelante, pero antes hemos de sentar el marco teórico a través de la exposición dogmática sobre los trasplantes constitucionales.

Por último, hemos de precisar que esto es lo que ha ocurrido en aquellos Estados en los que el comunismo era la fuerza dominante, pero con ello no podemos desconocer los efectos positivos que en las transiciones ha tenido la presencia del partido comunista cuando el mismo se encontraba – con mayor o menor apoyo popular – en la oposición, como es el caso de España.

### 3. *Los trasplantes constitucionales*

Los trasplantes constitucionales pueden ser definidos como aquel proceso a través del cual se introducen en el seno de un ordenamiento jurídico uno o varios *elementos de constitucionalidad* que son característicos de otro u otros ordenamientos jurídicos<sup>18</sup>.

Antes de comenzar con el análisis de este concepto, hemos de realizar una precisión. Las instituciones jurídicas no son, en ningún caso, neutrales ideológicamente, por mucho que se pretenda hacer ver que los mecanismos propios de la democracia liberal lo sean<sup>19</sup>. Todos y cada uno de los instrumentos del ordenamiento jurídico han sido incorporados para cumplir un objetivo concreto que se encuentra, en la mayoría de los casos, en línea con las finalidades del Estado, en la medida en que sea liberal, social, democrático, etc., y que, por lo tanto, no puede pretender ser percibida como un ejemplo de *asepsia*.

En consecuencia, cuando veamos que se ha producido un trasplante constitucional, no podemos aproximarnos al mismo como un proceso de carácter neutral, sino más bien como la introducción interesada – por mucho que esos intereses puedan ser loables – de una institución

<sup>18</sup> Para esta definición hemos tomado prestado la expresión «elementos de constitucionalidad» de Carlos DE CABO (2014, 112).

<sup>19</sup> Como fundamento para esta afirmación podemos utilizar los trabajos de Carl SCHMITT (1954: 14), MATTEI (2003, 383), COSSIO (2007, 62-67), WALDRON (2011, 4) o REQUEJO PAGÉS (2016, 17).

jurídica para alcanzar un fin determinado, pero tampoco podemos tratarlo como un proceso impersonal, sino que se trata de una estrategia intencionada por parte de aquellos que ostentan el poder en ese momento<sup>20</sup>.

A causa de la carga ideológica que tienen las instituciones jurídicas, entendemos con (LOEWENSTEIN, 1979, 31) que las mismas «pierden su identidad funcional cuando son trasplantadas mecánicamente a un sistema político con diferente ideología». Por lo tanto, para realizar un trasplante constitucional habrá que comprobar con carácter previo si los valores propios del ordenamiento jurídico que va a recibirlo son compatibles con aquellos en los que está fundada la institución que se pretende trasponer<sup>21</sup>.

El contexto en el que se insertan tendrá una influencia innegable en los resultados provocados por el trasplante constitucional. Por esta misma razón, (TEUBNER, 1998, 12) entendía que la lógica de los trasplantes había de ser sustituida por la de *legal irritants*, en tanto la institución incorporada podía comportarse de manera distinta a lo habitual en su sistema de origen. Estimamos que la expresión de GOWDER (2016, 173), al afirmar que *evolution finds local optima, not global optima*, resume a la perfección la problemática. Para asegurar que el trasplante constitucional produzca el resultado buscado – idealmente el desempeño de la misma función que tiene en el sistema del que ha sido importado – será necesario incorporar, sobre todo en aquellos casos en los que los valores del *receptor* se encuentren en conflicto con los propios del *donante*, un soporte estructural a través del aprendizaje

<sup>20</sup> Aunque MATTEI (2003, 389) considera que resultan ingenuos «análisis antropomórficos», esto es, los que conciben los trasplantes jurídicos como el resultado de una mera elección de los dirigentes políticos, entendemos que esta afirmación es correcta en cuanto a los resultados del trasplante, ya que los mismos no pueden ser controlados por completo por aquellos que lo realizan, pero es incorrecta en cuanto al origen, en tanto la decisión de realizar el trasplante sí que es un acto consciente de la persona o grupo de personas que en ese momento ostentan el poder. Tal y como indicaban FORSYTH Y HAGGART (2014, 209), normalmente los conceptos legales extranjeros no son trasplantados de manera neutral, sino que se someten a una suerte de *hibridación y reformulación*.

<sup>21</sup> Siguiendo a HESSE (1992, 64), «las constituciones políticas no pueden injertarse en los hombres como se injertan los árboles».

de las fuerzas sociales y políticas que, como bien apunta (BLOKKER, 2017, 20), van a ser las encargadas de garantizar su cumplimiento en la práctica. Adicionalmente, sería beneficioso que se incorporaran elementos característicos del ordenamiento receptor para que el resultado sea más fácilmente aprehensible por sus destinatarios y, a su vez, que no sea percibido como el fruto de una imposición foránea, sino como el producto de una decisión de política interna.

Siguiendo la terminología típica en la doctrina de los trasplantes jurídicos, habría que rechazar la aproximación *Washington-consensus-based*, pues la misma refleja una actitud condescendiente y la creencia de que las instituciones jurídicas propias de los países *occidentales* – en este caso la fuente se encontraba en los Estados Unidos – son las únicas válidas para asegurar la democracia y el Estado de Derecho<sup>22</sup>. El resultado de este tipo de aproximación, que resulta más propio del *fetichismo institucional* del que hablaba (UNGER, 1976, 7), se corresponde con un enfoque en la réplica de los aspectos formales sin prestar atención a los elementos prácticos del ordenamiento jurídico ni a los ajenos a este, en un ejercicio de lo que (BUGARIC, 2015, 177) ha calificado como *isomorphic mimicry*.

La postura opuesta se halla en el concepto de *legal pluralism*, esto es, la convivencia en un mismo ordenamiento de instituciones jurídicas provenientes de fuentes diferentes. Normalmente supone la aceptación de las instituciones endógenas en el marco del sistema en el que se pretende trasplantar. Aunque tiene como beneficio la cercanía – respecto de la población – y ayuda a evitar que la población explore vías alternativas de resolución de conflictos ante la disfuncionalidad de los mecanismos foráneos (TAMANAHA, 2011, 4), al mismo tiempo hemos de tomar en consideración que puede obstaculizar el desarrollo de las instituciones trasplantadas (TAMANAHA, 2011, 1) y que los mecanismos endógenos pueden entrar en conflicto con las exigencias de las últi-

<sup>22</sup> Este tipo de perspectiva ha sido criticada vehementemente por WALDRON (2011, 18), así como ha sido asociada como una forma de *hubris* en el marco del *imperialismo* en el asesoramiento constitucional (PEEREENBOOM, 2005). De manera complementaria, TAMANAHA (2011, 14) entiende resulta problemático que los proyectos de desarrollo del Estado de Derecho partan de la asunción de que la evolución de las naciones se corresponde en todo caso con la seguida por los países *occidentales*.

mas, en tanto no cumplan con las exigencias de elementos clave como la independencia o la seguridad jurídica.

La estrategia ideal estaría conformada por una reformulación de ambos extremos, de modo que los elementos de constitucionalidad que se pretendan trasplantar habrían de ser adaptados hasta el punto de que se hagan compatibles con los valores del *receptor* y, al mismo tiempo, acompañados de un proceso de educación cívica para que poco a poco fueran aproximándose la naturaleza propia de la institución trasplantada y los elementos endógenos que sean *resistentes a la negociación*<sup>23</sup>, ya que así se aumentaría la viabilidad a largo plazo del proceso de trasplante constitucional.

La doctrina suele distinguir dos tipos de perspectiva en el ámbito de la exportación de instituciones jurídicas: la imposición, ya sea de naturaleza directa, como sería el caso de las intervenciones militares, o de naturaleza indirecta, más sutil, como ocurre a través de las condicionalidades económicas; y la difusión, como proceso *natural* provocado por el prestigio del que gozan determinadas instituciones jurídicas en el plano internacional<sup>24</sup>. Esta diferenciación gira en torno al carácter obligatorio o voluntario – en mayor o menor medida – del trasplante constitucional, pero consideramos que no solo es bueno poner el foco de nuestra atención en este aspecto, que estudia el ámbito del origen del trasplante, sino también en la manera en el mismo se realiza, por lo que también hemos de incorporar en nuestro análisis si ha tenido lugar como una simple trasposición o si, por el contrario, ha sido objeto de una *hibridación* para hacerlo compatible con el sistema que lo recibe<sup>25</sup>, en tanto la recepción de los trasplantes jurídicos se confi-

<sup>23</sup> Como se desprende del trabajo de BLOKKER (2017, 19).

<sup>24</sup> Para un análisis más detallado de estas categorías podemos acudir a los trabajos de MATTEI (2003, 388-389), pese a que diferencia los dos tipos de imposición que hemos expuesto, o WEILER (2005, 19), que considera las estrategias de homogeneización – como forma de imposición indirecta – como una suerte de «manifestación sutil de arrogancia y creencia de superioridad», mientras que aquellas en las que se aceptan las diferencias del ordenamiento receptor están basadas en la «humildad».

<sup>25</sup> Partiendo de las teorías del constructivismo social, FORSYTH Y HAGGART (2014, 208-209) distinguen dos modelos de transmisión de ideas: la difusión, como proceso de comunicación de las innovaciones entre los miembros de un sistema social; y la traducción, como proceso de adopción y adaptación de las nuevas ideas más allá de las

gura como una «dialéctica viva entre las fuerzas hegemónicas y contrahegemónicas» y, por tanto, hay que tener en cuenta tanto las posiciones dominantes como las de los dominados (MATTEI, 2003, 389)<sup>26</sup>.

En muchos casos, la mejor opción no estará en la importación de las instituciones más prestigiosas del *donante*, sino de aquellas que, pese a no gozar de tanto renombre, pueden resultar más compatibles con la *anatomía jurídico-político-social* del *receptor*<sup>27</sup>. Sin embargo, no solo podemos atribuir la responsabilidad de los defectos en la dinámica de los trasplantes constitucionales a los sistemas *donantes*, sino que la misma también puede hallarse también en la errada aproximación de muchos *receptores*, que pedían sin ningún tipo de cuestionamiento las instituciones características de países como Estados Unidos, en el ámbito latinoamericano, o aquellas de los Estados miembros de la Unión Europea, como ocurrió en el caso de los países postcomunistas, cuya adhesión se produjo bajo el eslogan de *no experimentos y no adjetivos*, buscando una suerte de normalidad que existía ya en occidente y que, por tanto, no necesitaba ser inventada (KRYGIER, 2019, 545), pero, como acertadamente nos ha advertido este mismo autor, «era tan experimental implementar lo que se había hecho en otro contexto pero nunca se hizo en el de referencia, como hacer algo por primera vez» (2019, 560).

#### 4. El caso concreto de los tribunales constitucionales

Para poner de manifiesto las luces y las sombras de los trasplantes constitucionales vamos a emplear como caso de estudio la importación

fronteras, reformulándolas para hacerlas compatibles con el marco cultural receptor, en un proceso que califican como *vernacularisation*.

<sup>26</sup> Respecto de la multilateralidad de los procesos de trasplante constitucional podemos citar también el trabajo de FORSYTH Y HAGGART (2014, 203), ya que ponen de manifiesto que «los conceptos jurídicos son traducidos, localizados y rearticulados en procesos en curso», así como la importancia del *radical localism*, apuntada por GOWDER (2016, 168).

<sup>27</sup> En esta línea, RODRIK (2008, 100) considera que adoptar las *second best institutions* en los países en desarrollo es mucho mejor opción que tratar de imitar las *best practice institutions*.



de la justicia constitucional en el entorno postcomunista. A tal fin, pondremos el foco de nuestra atención en la importación de los Tribunales Constitucionales en Hungría y Polonia<sup>28</sup>.

En ambos países no solo la justicia constitucional, sino también el concepto mismo del control judicial del poder, resultaban previamente desconocidos (HALMAI, 1998, 188). En el caso de Polonia, la creación del Tribunal Constitucional se produjo unos años antes de la transición, como una concesión – de naturaleza estética – del régimen comunista ante las presiones internacionales, y, por lo tanto, su creación tuvo lugar en el año 1982, así como su actividad comenzó en el año 1986 (BODNAR, 2010, 19). No obstante, durante el periodo de tiempo desde su creación y hasta que finalmente se produjo la transición, no puede ser considerado como una verdadera institución de justicia constitucional, sino que constituía uno más de los *órganos fachada* que el régimen autoritario utilizaba para aparentar cierta legitimidad ante los ojos de los Estados *occidentales*, ya que la eficacia de sus sentencias era meramente declarativa – pues no podía anular las normas declaradas inconstitucionales – y podían ser vetadas por una mayoría de dos tercios del Parlamento (BRUNNER, 1993, 139). En el caso de Hungría, la introducción del Tribunal Constitucional fue precedida por un Consejo Jurídico Constitucional, cuyas funciones distaban mucho de la idea actual de la justicia constitucional, y, por tanto, su verdadera creación se produjo con la reforma constitucional de 1989, comenzando su actividad el 1 de enero de 1990 (BRUNNER, 1993, 141).

Una vez las respectivas evoluciones de los sistemas constitucionales causaron que se convirtieran en verdaderos órganos de revisión de la constitucionalidad de las normas, sendas instituciones pasaron a convertirse en dos de los tribunales constitucionales más poderosos del ámbito europeo, como pone de manifiesto, por ejemplo, la *actio popularis* en el caso del Tribunal Constitucional de Hungría<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Para una exposición más detallada de este proceso nos remitimos al trabajo de BRUNNER (1993).

<sup>29</sup> Prevista en el artículo 32.A.3 de la Constitución de 1989, garantizaba que cualquier ciudadano, sin tener que demostrar interés legítimo en la anulación de la norma con rango de ley (BRUNNER, 2013, 141), tuviera derecho a iniciar un procedimiento para que el Tribunal Constitucional revisara la constitucionalidad de la misma o declarase la denominada inconstitucionalidad por omisión (ZLINSKY Y NÉMETH, 1991, 261).

Fueron concebidos como una vía para limitar la volatilidad del poder político en el marco de la transición postcomunista y, por lo tanto, trataron de proteger la – supuesta – esencia de los textos constitucionales *básicos* que se aprobaron en un primer momento, hasta que fueron completadas posteriormente. Como resultado de esta concepción surgió el concepto de *Constitución invisible* acuñado por Sólyom, primer Presidente del Tribunal Constitucional de Hungría, según el cual existía un límite a las reformas constitucionales realizadas por el Parlamento respecto de determinados elementos esenciales (SCHEP-PELE, 2013, 176), por lo que habría de incardinarse en lo que la doctrina constitucionalista ha denominado los límites materiales implícitos a la reforma constitucional<sup>30</sup>.

No obstante, no podemos aproximarnos a este tipo de concepciones de la justicia constitucional desde una perspectiva acrítica, sino que hemos de ser conscientes de que constituye una postura *elitista*, en tanto se lamina el poder de reforma constitucional a la luz de una supuesta esencia constitucional, teniendo en cuenta que el concepto mismo de constitución – en sentido material – acababa de ser incorporado en la región. Por tanto, más que como una forma de aseguramiento del núcleo de las constituciones en sí mismos, se convirtió en un mecanismo de garantía de la transición en el sentido del pacto realizado entre las élites y las instituciones europeas, y por mucho que esto haya sido beneficioso, ya que ha aportado una mayor seguridad jurídica en la senda hacia el constitucionalismo, también ha traído aparejadas una serie de externalidades negativas, como expondremos en el último apartado del presente capítulo.

La actuación de los Tribunales Constitucionales de Hungría y Polonia puede verse representada con gran precisión si atendemos a su postura frente a las leyes de lustración que pretendieron aprobar los dirigentes políticos de sendos Estados durante la transición. Utilizando como argumentos el aseguramiento de la paz – evitando el revan-

<sup>30</sup> En esta línea se han pronunciado también DRINÓCZI Y BIEŃ-KACALA (2017, 74), que consideran que los Tribunales Constitucionales de Hungría y Polonia adoptaron una postura activista hacia la interpretación constitucional, necesaria tanto por la fragilidad de la transición como por la existencia de ciertas previsiones constitucionales excesivamente vagas.

chismo de los miembros del anterior régimen<sup>31</sup>, que conservaban bastante poder – y la mejor garantía del Estado de Derecho, declararon inconstitucionales las respectivas leyes de lustración, con expresiones tales como «el Estado de Derecho no puede conseguirse vulnerándolo»<sup>32</sup>. No obstante, esto demuestra nuevamente un entendimiento excesivamente formalista del constitucionalismo, que deja los aspectos sustantivos infra desarrollados, como apuntaban (CHRONOWSKI y VARJU, 2016, 273).

En otros supuestos del mismo entorno, como es el caso del Tribunal Constitucional de la República Checa, se confirmó con la sentencia 19/93, de 21 de diciembre de 1993, la constitucionalidad de la ley de lustración, utilizando como argumento principal que el Estado democrático debía asegurar sus principios basilares y actuar frente a una situación en la que los puestos más altos de la administración habían sido colmados a través de una normativa de origen totalitario (SADURSKI, 2016, 348). Sin perjuicio de las conclusiones que han de extraerse del contenido concreto de las leyes de lustración analizadas por cada uno de estos órganos de revisión de la constitucionalidad, este hecho sirve para comprobar que el juicio del cual trae causa la postura tran-

<sup>31</sup> MCAULIFFE (2010, 132) nos advierte sobre el peligro de exigir una responsabilidad plena del pasado en las transiciones en las que el anterior régimen conserva suficiente poder como para ponerla en peligro.

<sup>32</sup> Respecto del Tribunal Constitucional de Hungría, se produjo con la anulación del *Proyecto de ley Zétényi*, cuyo objetivo era *purificar* la vida política de los que tenían responsabilidad en el anterior régimen (SEMSEY, 1992, 253), en la sentencia 11/1992. En ese momento los autores percibieron el pronunciamiento como un avance, como apreciamos en las palabras de LINZ Y STEPAN (1996, 314), que indican que la actitud del Tribunal fue uno de los factores que evitó una *crisis de Estado* por una excesiva lustración, o de HALMAI (1998, 190), al determinar que la sentencia incorporó el principio de Estado de Derecho en la Constitución. La expresión que hemos utilizado de manera concreta fue recogida en el trabajo de CHRONOWSKI Y VARJU (2016, 273-274).

En el caso del Tribunal Constitucional de Polonia, este se mostró muy preocupado por no traspasar la línea entre la justicia histórica y el deseo de venganza, como se puede apreciar en la sentencia K 3/99, de 28 de abril de 1999, y, posteriormente, en la sentencia K 2/07, de 11 de mayo de 2007, que son analizadas por KRZYWOŃ (2015, 258-263) y SADURSKI (2016, 349), manifestando que en todo caso debía ser respetado el Estado de Derecho y, por ende, no caer en la discrecionalidad.

sicional de los Tribunales Constitucionales no es solamente jurídico, sino que tiene un notable componente de oportunidad política.

Por mucho que el concepto de justicia se vea mutado en situaciones extraordinarias (TEITEL, 2000, 224), como es el caso de las transiciones políticas de regímenes autoritarios hacia la democracia constitucional, estando determinado por dicha posición transicional, en tanto se produce un sacrificio del Estado de Derecho por su antítesis, la impunidad, para garantizar la estabilidad (MCAULIFFE, 2010, 132); no podemos dejar de advertir que todas las transgresiones de los estándares de constitucionalidad han de concebirse como «plenas desviaciones de la legalidad y no como manifestaciones de un Estado de Derecho transicional fluido y contingente» (MCAULIFFE, 2010, 154). Pero, en la medida en que el Estado de Derecho, como ya hemos apuntado, es introducido con un objetivo concreto, tampoco podemos olvidar que las decisiones de la justicia constitucional transicional van a estar influenciadas en gran medida por los fines del Estado que se pretende construir, y no por un juicio estrictamente técnico o jurídico<sup>33</sup>.

### 5. *Del amor al odio hay un paso*

La justicia constitucional en el entorno postcomunista, que con carácter general fue introducida – por una mezcla de inquietudes de las élites domésticas y exigencias de las instituciones europeas – como un acto de *amor paternalista*, para garantizar el resultado, al menos formal, de las transiciones políticas acaecidas en dicho ámbito; ha demostrado en la última década la debilidad que puede llegar a padecer si su desempeño activista no se ve acompañado de un adecuado refuerzo de su legitimidad a los ojos de la población. Como apunta (BUGARIC, 2015, 193), en este contexto el problema no es que los Tribunales tengan un poder excesivo, sino que los mismos carezcan de un grado suficiente de apoyo popular por haber sido creados *desde arriba*, como un invento de las élites intelectuales para proteger al pueblo de sí mismo.

<sup>33</sup> En esta dirección, autores como CZARNOTA (2016, 319) nos alertan de que el Estado de Derecho ha sido funcional en la creación del doble carácter – abierto y oculto – de la transición postcomunista.

Si introducimos en un *caldero* la mayor efectividad retórica del discurso populista frente a las razones del constitucionalismo (SCHEPPELE, 2019, 320), la intervención de los fondos europeos como catalizador de la creencia en promesas electorales irresponsables (MARKOWSKI, 2019, 128) y la falta de recompensas tangibles – a los ojos de la población – por la transformación democrático-constitucional de la región (DI GREGORIO, 2019, 1476), obtenemos un caldo de cultivo idóneo para la perversión de la justicia constitucional con los procesos de captura a los que ya nos hemos referido<sup>34</sup>.

Si los Tribunales Constitucionales se erigen como los defensores del – supuesto – núcleo esencial de la Constitución, y esta situación es normalizada, sin cuestionamientos, por todos los poderes del Estado durante un periodo de tiempo razonablemente largo, mediante la *captura* de dicha institución no solo se puede paralizar el funcionamiento de la justicia constitucional, sino que, además, es posible que las nuevas élites gobernantes impongan su propia idea de lo que significa ese mismo núcleo esencial de la Constitución, pudiendo alterar su alcance y su configuración conforme a los nuevos valores dominantes. Los poderes del Estado, por haber permitido durante mucho tiempo este tipo de actitud, no podrían ahora cuestionar de manera legítima la actividad del Tribunal Constitucional cuya composición ha variado, pues con ello estarían admitiendo de manera implícita que el fin subyacente al trasplante de la justicia constitucional no era proteger la Constitución, sino garantizar a largo plazo la interpretación dominante de la misma.

El problema no estaría en los supuestos en los que la variación de los miembros del Tribunal Constitucional provoca mutaciones menores de la Constitución, como ocurre, por ejemplo, con la necesidad de adaptar el texto a las necesidades de los nuevos tiempos, o con la introducción de interpretaciones diferentes de la misma pero que aún caben en el seno del tenor literal de la norma fundamental; sino que se hallaría en su *captura iliberal*, ya que el fin de este tipo de regímenes es introducir un entendimiento de la Constitución diametralmente

<sup>34</sup> Ya nos advirtieron LINZ Y STEPAN (1996, 316) que el nacionalismo y los problemas de estatalidad no habían desaparecido de la agenda política postcomunista, sino que reaparecerían más adelante a través de cauces más modernos.

opuesto al constitucionalismo democrático<sup>35</sup>, transformando los cauces de limitación del poder en elementos de legitimación de sus intentos de concentrarlo.

Aunque los Tribunales Constitucionales fueron trasplantados del entorno occidental al ámbito postcomunista como un acto de *amor paternalista*<sup>36</sup>, con el fin de introducir el Estado de Derecho, en la práctica han mostrado que se configuran como una debilidad. Ante la falta de aprehensión de la cultura jurídica liberal por parte de la sociedad civil y las instituciones del Estado, los regímenes iliberales han capturado con relativa facilidad la justicia constitucional para convertirla en un engranaje más de la estructura iliberal. Estos hechos nos hacen concluir que en el constitucionalismo, como en la vida en general, *del amor al odio hay un paso*, y, como consecuencia, no hay que realizar los trasplantes constitucionales pensando en el momento en que se realizan, pues durante los primeros años la euforia y las presiones internacionales contribuirán a que no se dé un retroceso, sino que hay que tomar en consideración las posibles externalidades negativas que en el futuro pueden derivarse de la manera en que se realice dicho trasplante.

### *Referencias bibliográficas*

- Albi, A. (2005). *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Alemaný García, M. (2006). *El paternalismo jurídico*. Iustel. Madrid.
- Bar Cendón, A. (2014). La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad. *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 99-140.

<sup>35</sup> BLOKKER (2019, 521) afirma que los desarrollos iliberales en Hungría y Polonia deben entenderse como una reacción a la dominación liberal-legalista del proceso de transformación postcomunista. Con más vehemencia, ZIELONCKA (2018: 134-135) determina que los liberales europeos no son las víctimas inocentes de una malvada agresión populista, ya que las instituciones europeas son en parte responsables de facilitar las campañas antieuropeas, o de haberlas en cierto modo legitimado.

<sup>36</sup> Sobre el paternalismo jurídico hemos de consultar el trabajo de ALEMANY GARCÍA (2006).

- Barber, N. W. (2013). Self-Defence for Institutions. *Cambridge Law Journal*, 72(3), 558-577.
- Blokker, P. (2017). The evolution of constitutionalism in the post-communist countries of Central and Eastern Europe. Some lessons for the post-Soviet space. En R. Petrov y P. van Elsuwege (eds.), *Post-Soviet Constitutions and Challenges of Regional Integration* (pp. 5-27). Routledge. Londres.
- Blokker, P. (2019). Populist Counter-Constitutionalism, Conservatism, and Legal Fundamentalism. *European Constitutional Law Review*, 15, 519-543.
- Bodnar, A. (2010). Poland: EU driven democracy? En L. Morlino y W. Sadurski (eds.), *Democratization and the European Union: Comparing Central and Eastern European post-communist countries* (pp. 19-44). Routledge. Nueva York.
- Bonelli, M. (2017). Carrots, sticks, and the rule of law: EU political conditionality before and after accession. *Ianus - Diritto e Finanza - Rivista di studi giuridici*, 15-16, 171-200.
- Brunner, G. (1993). Un hito en el camino hacia el Estado de Derecho. El largo tiempo impedido y finalmente conseguido control de la constitucionalidad en Europa del Este. *Revista de Estudios Políticos*, 82, 137-144.
- Bugarič, B. (2015). The Rule of Law Derailed: Lessons from the Post-Communist World. *Hague Journal on the Rule of Law*, 7, 175-197.
- De Cabo Martín, C. (2014). *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Trotta. Madrid.
- Chronowski, N. y Varju, M. (2016) Two Eras of Hungarian Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law. *Hague Journal on the Rule of Law*, 8(2), 271-289.
- Closa, C. (1995). La aplicación de la Unión Europea y sus efectos sobre el proceso de integración. *Revista de Estudios Políticos*, 90, 147-171.
- Cossio, J. R. (2007). Estado de Derecho: conceptos, funciones y límites. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 11, 51-72.
- Czarnota, A. (2016). Rule of Law as an Outcome of Crisis. Central-Eastern European Experiences 27 Years after the Breakthrough. *Hague Journal on the Rule of Law*, 8(2), 311-321.
- Drinóczi, T. y Bień-Kacala, A. (2017). Illiberal constitutionalism in Hungary and Poland: The case of judicialization of politics. En A. Bień-Kacala et. Al (eds.), *Liberal constitutionalism - between individual and collective in-*

- terests (pp. 73-108). Nicolaus Copernicus University in Toruń. Toruń.
- Emmert, F. (2008). Rule of Law in Central and Eastern Europe. *Fordham International Law Journal*, 32(2), 551-586.
- Forsyth, M. y Haggart, B. (2014). The False Friends Problem for Foreign Norm Transplantation in Developing Countries. *Hague Journal on the Rule of Law*, 6, 202-229.
- González Enríquez, C. (1992). Las transiciones a la democracia en Europa del Este. Un análisis comparado. *Revista de Estudios Políticos*, 78, 195-217.
- Gowder, P. (2016). *The Rule of Law in the Real World*. Cambridge University Press. Cambridge.
- Di Gregorio, A. (2019). Hungarian constitutional developments and measures to protect the rule of law in Europe. *DPCE online*, 39(2), 1465-1481.
- Häberle, P. (1993). Derecho Constitucional Común Europeo. *Revista de Estudios Políticos*, 79, 7-46.
- Halmi, G. (1998). The reform of constitutional law in Hungary after the Transition. *Legal Studies*, 18(2), 188-196.
- Halmi, G. (2019). The possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11(1), 171-188.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Jakab, A. (2019). El fracaso en Hungría del fortalecimiento institucional constitucional: los elementos institucionales formales como precondiciones y como consecuencias de la eficacia formal de las normas jurídicas. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 161-191.
- Kaniowski, A. (1999). Lustration and Decommunisation: Ethical and Theoretical Debates. En M. Krygier y A. Czarnota (eds.). *The Rule of Law after Communism* (pp. 212-242). Routledge. Nueva York.
- Kosar, D., Baros, J. y Dufek, P. (2019). The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism. *European Constitutional Law Review*, 15, 427-461.
- Krygier, M. (2019). The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions', Populism, and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*, 15, 544-573.
- Krzywoń, A. (2015). La Constitución ante el pasado: reflexiones en torno a la transición democrática de Polonia después de 1989. En M. Carbonell y O. Cruz (dirs.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes*



- Fernández, Vol. II (pp. 257-276). UNAM. México.
- Letki, (2002). Lustration and Decommunisation in East-Central Europe. *Europe-Asia Studies*, 54(4), 529-552.
- Linz, J. y Stepan, A. (1996). Toward Consolidated Democracies. *Journal of Democracy*, 7(2), 14-33.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Ariel. Barcelona.
- Markowski, R. (2019) Creating Authoritarian Clientelism: Poland After 2015. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 111-132.
- Matczak, M. (2020). The Clash of Powers in Poland's Rule of Law Crisis: Tools of Attack and Self-Defense. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12(3), 421-450.
- Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10(1), 383-448.
- Mcauliffe, P. (2010). Transitional Justice and the Rule of Law: The Perfect Couple or Awkward Bedfellows? *Hague Journal on the Rule of Law*, 2, 127-154.
- Pavone, T. (2020). Putting European Constitutionalism in its Place: The Spatial Foundations of the Judicial Construction of Europe. *European Constitutional Law Review*, 16, 669-690.
- Peerenboom, R. (2005). Human Rights and Rule of Law: What's the Relationship? *Georgetown Journal of International Law*, 36, 809-945.
- Requejo Pagés, J. L. (2016). *El sueño constitucional*. KRK Ediciones. Oviedo.
- Rodrik, D. (2008). Second-best Institutions. *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 98 (2), 100-104.
- Rónai, Z. (1957). La verdad sobre Hungría. *Revista de Política Internacional*, 29, 41-60.
- Sadurski, W. (2016). Transitional Constitutionalism Versus the Rule of Law? *Hague Journal on the Rule of Law*, 8(2), 337-355.
- Sadurski, W. (2019a). On the Relative Irrelevance of Constitutional Design: Lessons from Poland. *The University of Sydney Law School. Legal Studies Research Paper Series*, 19/34.
- Sadurski, W. (2019b). Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler. *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 63-84.
- Scheppele, K. L. (2013). Unconstitutional Constituent Power. En R. Smith y R. Beeman (eds.), *Modern Constitutions* (pp. 154-206). University of

- Pennsylvania Press. Philadelphia.
- Scheppele, K. L. (2018). Autocratic legalism. *University of Chicago Law Review*, 85, 545-583.
- Scheppele, K. L. (2019). The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism. *German Law Journal*, 20, 314-331.
- Schmitt, C. (1954). Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso. *Revista de Estudios Políticos*, 78, pp. 3-20.
- Selznick, P. (1957). *Leadership in Administration. A Sociological Interpretation*. Row, Peterson and Company. Illinois.
- Semsey, V. (1992). Transición política en Hungría (1989-1990). *Revista de Estudios Políticos*, 78, 241-253.
- Szoboszlai, G. (1995). Transición política y reformas constitucionales. El ejemplo de Hungría. *Revista de Derecho Político*, 40, 115-139.
- Tamanaha, B. Z. (2011). The Rule of Law and Legal Pluralism in Development. *Hague Journal on the Rule of Law*, 3, 1-17.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford University Press. Oxford.
- Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences. *Modern Law Review*, 61, 11-32.
- Tökés, R. L. (1991). La «segunda transición» en Hungría: las perspectivas de las élites y los campos de batalla política. *Revista de Estudios Políticos*, 72, 7-44.
- Unger, R. M. (1976). *Law in Modern Society*. The Free Press. Nueva York.
- Waldron, J. (2011). The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos*, 50, 3-31.
- Weiler, J. H. H. (1995). *Europa, fin de siglo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Weiler, J. H. H. (2005). In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg. En J. H. H. Weiler y M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State* (pp. 7-23). Cambridge University Press. Cambridge.
- Zgut, E. (2022). Informal Exercise of Power: Undermining Democracy Under the EU's Radar in Hungary and Poland. *Hague Journal on the Rule of Law*, 14, 287-308.
- Zieloncka, J. (2018). *Contro-rivoluzione. La sfida all'Europa liberale*. Laterza. Roma.
- Zlinszky, J. y Németh, A. (1991). Características generales de la nueva Constitución húngara y del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 251-264.

*Konstantinos Mourtopallas\**

L'INSULARITÀ COME PARTE  
DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE  
DEGLI STATI DELL'EUROPA MEDITERRANEA:  
GLI ESEMPI DI GRECIA E ITALIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini dell'insularità nella teoria delle idee politiche. – 3. L'unità territoriale dello Stato e il fattore insulare. – 4. Gli aspetti costituzionali dell'insularità. – 4.1 La particolare organizzazione istituzionale e amministrativa delle regioni insulari nel contesto della divisione funzionale e amministrativa dello Stato. – 4.2 L'istituzione di meccanismi di compensazione economica per superare gli svantaggi intrinseci di regioni insulari. – 5. Osservazioni conclusive.

*1. Introduzione*

Ogni Stato, a seconda delle sue tradizioni, della sua percezione del rapporto tra interessi nazionali e locali e dei suoi preconcetti storici, ha modellato l'organizzazione e l'amministrazione delle regioni insulari in modo diverso. Il presente lavoro studia in modo comparativo alcuni aspetti del principio di insularità, principalmente nelle costituzioni greca e italiana. Il metodo comparativo scelto non è oppositivo, nel senso di evidenziare solo le differenze – in modo descrittivo, ma dialettico, alla ricerca della “conversazione” tra i due ordinamenti giuridici, dell'interazione delle loro tradizioni costituzionali e della reciproca comprensione della loro identità costituzionale. Infine, non va trascurato il fatto che le specificità territoriali dei due Paesi creano una situazione di oggettiva debolezza nelle regioni insulari, cui sono chiamate a porre rimedio in vari modi, utilizzando e rivendicando quegli strumenti istituzionali e finanziari riconosciuti dalla partecipazione all'Unione Europea e al mercato unico.

\* Università Democrito di Tracia.

## 2. *Le origini dell'insularità nella teoria delle idee politiche*

Il fenomeno costituzionale (MAVRIAS, 2021) si è storicamente intrecciato con la *razionalizzazione* e la limitazione del potere assoluto dei suoi organi e la garanzia dei diritti individuali. Come recita l'articolo 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino, che costituiva il frontespizio della Costituzione francese del 1791, "[o]gni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione". Le costituzioni, tuttavia, non precedono la creazione di diritti o situazioni di diritto naturale già riconosciuti, ma seguono la creazione di diritti o stati di diritto naturale già riconosciuti. La positivizzazione del diritto naturale attraverso la promulgazione di una costituzione è un riconoscimento dell'esistenza di istituzioni specifiche che non sono una creazione dello Stato, ma il fondamento della società naturale (DEL VECCHIO, 1962). La funzione di garanzia della Costituzione non è unidimensionale. In altre parole, non riguarda esclusivamente l'organizzazione e il modo in cui viene condotta la politica, la regolamentazione delle relazioni tra Stato e cittadini e la determinazione dell'organizzazione sociale che regola le relazioni stesse dei cittadini tra loro. La funzione di garanzia della Costituzione è il risultato del suo carattere antropocentrico, che non si manifesta solo nella tutela del valore umano, che è un obbligo primario dello Stato greco (articolo 2 della Costituzione greca) o nel libero sviluppo della personalità in vista del "al progresso materiale o spirituale della società" (articoli 3 e 4 della Costituzione italiana). Si manifesta anche nella tutela costituzionale del patrimonio culturale, dell'ambiente naturale e degli ecosistemi, dei prodotti dell'arte e dell'intelletto (scienza). Nella filosofia presocratica, e in particolare nel pensiero di Democrito, si incontra la coesistenza armoniosa tra uomo e natura, mentre la filosofia stoica, attraverso Zenone, fa riferimento alla corrispondenza tra la struttura e l'organizzazione delle società animali e le società umane. L'idea della perfezione interiore ed esteriore dell'uomo, la *beatitudine* (ROSS, 2010, 271-272) aristotelica, è alla base del giusnaturalismo costituzionale, in cui si ritrova la *bellezza* (AINIS; SGARBI, 2017, 16-18) della Costituzione italiana. Si ricorda anche che l'organizzazione sociale sarebbe im-

possibile se l'uomo non trascendesse e non imbrigliasse la sua tendenza al conflitto, all'annientamento reciproco e alla lotta<sup>1</sup>.

Queste brevi osservazioni sono state necessarie per evidenziare l'interazione tra uno stato fisico, le sue conseguenze nel campo della società e della politica, e l'istituzione di una norma costituzionale. L'insularità è forse uno degli esempi più caratteristici dell'influenza della natura a) sul modo in cui si forma l'identità degli abitanti e poi dei popoli di una determinata regione a livello culturale e politico e b) sulla sua particolare organizzazione socio-amministrativa.

A volte il percorso evolutivo delle istituzioni si intreccia con l'evoluzione del linguaggio, per cui l'interpretazione giuridica è preceduta dal tentativo di trovare il vero significato di una parola. La parola *nisos* (BABINIOTIS, 2011) in greco antico è un vocabolo di origine etimologica indeterminata, che tuttavia è legato alla parola latina *nasus* (BABINIOTIS, 2011), che significa naso. Al contrario, le parole *île* (in francese), *island* (in inglese), *isola* e *insular*, presenti rispettivamente nelle costituzioni italiana e spagnola, derivano dal termine latino *insula*<sup>2</sup>. Il termine greco antico descrive essenzialmente la condizione geografica di insularità, mentre il termine latino e i suoi derivati attuali denotano uno stato di isolamento e disconnessione.

L'idea che dove c'è insularità (ARMAO, 2024a, 266), c'è specialità (*Ubi insula, ibi jus speciale*) non è ignota a Omero<sup>3</sup>, dove nell'*Odissea* ogni particolare forma di organizzazione sociale è indicata dall'uso del termine *isola* (cfr. Isola dei Feaci, Isola dei Lotofagi). La particolare

<sup>1</sup> Un'idea che si ritrova soprattutto nella prima teoria del contratto – come via fondante di transizione alla situazione politica – formulata da Thomas Hobbes secondo cui: Questa lotta infinita e incessante per evitare la morte violenta e la tendenza permanente a soddisfare i desideri dell'uomo lo disumanizzano, poiché "l'uomo è un lupo per l'uomo" (*homo homini lupus*). La condizione fisica come stato di guerra potenziale o attiva, dove tutti sono in guerra tra loro (*bellum omnium contra omnes*), si spiega con l'assenza di un Sovrano, capace di domare le caratteristiche della natura umana e della condizione naturale imponendo condizioni di concordia sociale e politica. In latino è resa come *homo homini lupus*. Per l'origine dell'espressione, il suo uso da parte di Hobbes e le sue implicazioni filosofiche, si veda ROSSELLO, (2012, 255 – 279).

<sup>2</sup> Da cui deriva il verbo italiano *isolare*.

<sup>3</sup> Sull'*Odissea* come parte centrale della concezione greca del mondo si veda KASTORIADIS, (2007).

situazione insulare è analizzata da Platone nei dialoghi *Timeo*<sup>4</sup> e *Crizia* con riferimento alla mitica isola di Atlantide, ma anche con il richiamo nei *Politia* alle isole dei Makari. La coalizione di popoli con caratteristiche comuni dovute all'insularità si ritrova anche nella distinzione storica tra popoli marini, che comprendevano le prime tribù siciliane (siculi), e popoli continentali<sup>5</sup>. Il fattore geografico come parametro fondamentale della divisione amministrativa di una regione è preso in considerazione soprattutto da Cleisto, che nella sua legislazione organizzò i primi comuni insulari.

### 3. *L'unità territoriale dello Stato e il fattore insulare*

L'insularità è una situazione geografica oggettiva legata alla specificità del territorio. Il primo aspetto costituzionale dell'insularità è quello territoriale. Sia esplicitamente che senza riferimenti specifici, le isole fanno parte del territorio di uno Stato.

Il concetto di Stato è costituito dai seguenti elementi che devono essere congiuntamente presenti: a) territorio, b) popolo, c) potere esercitato sovranamente su coloro che vi risiedono stabilmente. Mentre, sempre secondo la definizione classica, "lo Stato è il nome dato a una particolare forma storica di organizzazione del potere politico che esercita il monopolio del potere legittimo in un determinato territorio avvalendosi di un apparato amministrativo" (BIN; PITRUZZELLA, 2014, 14). Il territorio, quindi, è un concetto critico per stabilire, soprattutto, l'effettivo esercizio del potere statale in un territorio delimitato e definito (DERVITSIOTIS, 2019, 81). Il territorio, tuttavia, non è solo un elemento costitutivo dello Stato, ma anche della Nazione, in quanto (a) l'effettivo governo come condizione politica, (b) all'interno di uno specifico spazio geografico come condizione culturale, (c) a beneficio

<sup>4</sup> La figura centrale del primo dialogo è Timeo, che sappiamo essere originario di Locri, nell'Italia meridionale.

<sup>5</sup> Come nota Aristotele nella *Politeia ateniese*, la logica di questa riforma consisteva, da un lato, nell'assegnare l'amministrazione della città da Cleistene al popolo stesso e, dall'altro, nel creare comuni con *caratteristiche miste* (sia urbani che insulari), in modo che non ci fossero discriminazioni sulla base della vecchia divisione in razze che esisteva ad Atene prima di Cleistene.

delle persone che vi risiedono stabilmente e sono storicamente legate da vincoli comuni, contribuiscono alla formazione di una particolare identità e coscienza nazionale.

L'aspetto costituzionale dell'insularità in alcune Costituzioni assume due forme. La prima, che non è la prassi abituale, è la definizione costituzionale dei limiti territoriali degli Stati, attualmente adottata solo dalla Costituzione del Portogallo (MAVRIAS, 2021, 58). La seconda forma è quella di un riferimento alla natura unitaria dello Stato, che si trova in costituzioni come quella italiana, spagnola e francese, che non ignorano il termine territorio.

Va notato che lo Statuto Albertino, la prima carta italiana, che fu di fatto sospesa durante il regime fascista, sebbene in forma piuttosto ellittica, distingueva tra Paese continentale e Paese insulare, affermando che il potere regio si esercitava sulla terra e sul mare (MARTUCCI, 2002). È inoltre degno di nota il fatto che i confini territoriali dell'Italia unificata sotto la corona non potevano essere modificati senza il consenso di entrambe le camere del Parlamento. Il Senato, un organo in cui potevano essere scelti dal Re coloro che erano esperti di questioni insulari, e la Camera dei Deputati, composta da deputati che rappresentavano la Nazione nel suo complesso e non solo la provincia in cui erano stati eletti. L'attuale Costituzione italiana presenta una formulazione simile all'articolo 80 (POLLICINO, 2021, 154-158). L'attuale Costituzione italiana del 1948 utilizza il termine territorio in sette punti diversi che regolano una serie di questioni. Il carattere unitario dello Stato è la garanzia costituzionale dell'unità e della coesione territoriale. Va ricordato, tuttavia, che sia la Costituzione italiana, all'articolo 5, sia quella spagnola, all'articolo 2, stabiliscono il *principio pluralista* (CECCHETTI, 2008, 5). Secondo questo principio, il carattere unitario e indivisibile non è contestato, sebbene la Costituzione italiana riconosca e promuova le autonomie locali, mentre quella spagnola riconosce e garantisce il diritto all'autonomia sia delle nazionalità che delle regioni.

Nella storia costituzionale greca, un riferimento esplicito al carattere unitario dello Stato e alla delimitazione del territorio si trova solo nella Costituzione egemonica del 1823, rispettivamente negli articoli 1 e 2. Questa Costituzione, sebbene mai entrata in vigore, è l'unica, fino alla Costituzione del 1975, in cui il termine *isola* è esplicitamente men-

zionato. Questa Costituzione è l'unica Costituzione greca, fino a quella del 1975, in cui il termine *isola* è esplicitamente menzionato. Al contrario, la Costituzione di Troizina del 1827<sup>6</sup> si riferisce esclusivamente alle Province come parte della divisione amministrativa del Paese. La natura volatile e fluida dei confini greci di quel periodo, dovuta alla lotta rivoluzionaria in corso, non consentiva una loro precisa definizione costituzionale (DERVITSIOTIS, 2019, 196). Questa affermazione, tra l'altro, spiega la differenza tra le due Costituzioni, in quanto l'adozione della Costituzione del 1832 fu preceduta dal Trattato di Londra e dalla creazione dello Stato greco. Infine, l'attuale Costituzione greca utilizza i termini *territorio*<sup>7</sup> e *paese*<sup>8</sup> a volte come identici e a volte per indicare significati diversi.

Il riferimento nominale alle regioni insulari come parte del territorio non è sconosciuto nella prassi costituzionale. La Costituzione portoghese, all'articolo 5 par. 1 cita gli arcipelaghi delle Azzorre e di Madeira come territori costitutivi dello Stato portoghese. La Costituzione spagnola – che è simile in questo senso alla forma di rappresentanza del Senato degli Stati Uniti, che è l'organo rappresentativo degli Stati – all'articolo 69 par. 1, stabilisce la funzione del Senato come organo di rappresentanza territoriale delle province (CITINO, 2023, 2844). Al comma 3 dello stesso articolo si fa specifico riferimento al numero di senatori eletti dalle grandi isole come Gran Canaria, Maiorca e Tenerife - Ibiza-Formentera e dalle isole minori come Minorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote e La Palma. Fa inoltre specifico riferimento al regime fiscale speciale delle Isole Canarie. La Costituzione greca contiene un solo riferimento esplicito a un'area territoriale cir-

<sup>6</sup> Articolo 4: “Le prefetture della Grecia sono quelle che hanno preso e prenderanno le armi contro la dinastia ottomana”.

<sup>7</sup> Il termine *territorio* è usato più frequentemente, ad esempio nell'articolo 5 par. 2, relativo alla protezione della vita, dell'onore e della libertà di coloro che si trovano all'interno del territorio greco, nell'articolo 27, paragrafi 1 e 2, relativo alle modifiche dei confini del territorio e alla permanenza o al transito di forze militari straniere all'interno del territorio greco, nell'articolo 51 par. 4, relativo allo svolgimento delle elezioni parlamentari.

<sup>8</sup> L'uso del termine *paese* è estremamente frequente anche nei casi dell'articolo 4 par. 3, relativo alla privazione della cittadinanza dei cittadini che hanno preso servizio in un Paese straniero, e lo stesso nell'articolo 45 par. 1.



condata dal mare, ma non si tratta letteralmente di un'isola, che si trova nell'articolo 105, che stabilisce l'autonomia del Monte Athos, che consiste nella penisola di Athos. L'articolo 116 della Costituzione italiana non descrive la Sicilia e la Sardegna come isole, ma è evidente dalla loro posizione geografica che sono le principali regioni insulari del territorio italiano.

#### *4. Gli aspetti costituzionali dell'insularità*

Le manifestazioni costituzionali dell'insularità sono molteplici e sfaccettate e riflettono il processo evolutivo e la transizione dallo Stato (TSATSOS, 2010), storicamente identificato con il potere e l'autorità, allo Stato, che si riferisce al “[...] fenomeno complessivo della simbiosi sociale organizzata secondo il diritto” (TSATSOS, 2010, 140). Esaminando le disposizioni costituzionali di alcuni Stati del Sud mediterraneo europeo (Grecia, Italia,), si individuano i seguenti aspetti del principio costituzionale dell'insularità: 1) la particolare organizzazione istituzionale e amministrativa delle regioni insulari nel contesto della divisione funzionale e amministrativa dello Stato, 2) l'istituzione di meccanismi di bilanciamento economico per superare gli svantaggi intrinseci di queste regioni.

##### *4.1. La particolare organizzazione istituzionale e amministrativa delle regioni insulari nel contesto della divisione funzionale e amministrativa dello Stato*

Sebbene ogni Stato abbia modellato l'organizzazione e l'amministrazione delle regioni insulari in modo istituzionale diverso, si afferma che il punto di convergenza di ogni forma e modalità di organizzazione e amministrazione è la tutela costituzionale della particolarità e della specificità delle regioni insulari. In particolare, costituzioni come quella greca e quella italiana tengono conto del fatto che lo specifico ambito territoriale delle isole, all'interno del quale si sono forgiati e creati legami sociali, linguistici, politici, culturali e, in ultima analisi, identitari tra gli abitanti, e che è isolato dal resto del territorio, richie-

de una protezione speciale, che si ottiene organizzando un modo di esercitare il potere politico adatto alle sue caratteristiche specifiche.

#### 4.1.1. *Le regioni insulari nel modello regionalista* (Il caso dell'Italia)

Nel lungo dibattito (ARBAN, 2023, 15-17 e 34; DESIDERI, 2015; MORELLI, 2021, 338-343; PAJNO, 2009, 627-630), che seguì l'allargamento del territorio italiano, che ora coincideva con il Veneto e le Marche e occupava la Toscana, prevalse la visione di Giuseppe Mazzini (ARBAN, 2017, 278-301; CIUFFOLETTI, 1994). Secondo questa visione, l'unità dello Stato non coincide con l'accentramento sic et simpliciter delle funzioni. G. Mazzini fu il principale sostenitore del regionalismo, cioè di una struttura istituzionale in cui le regioni rappresentavano il corpo intermedio tra lo Stato e il Comune. L'idea di costituzione mista, formulata nel mondo romano da Cicerone e Polibio, può essere ricondotta a questa visione (SABINE, 1980, 175).

La questione del regionalismo italiano è stata un terreno di scontro e di controversia, non solo politica ma anche giuridica, durante le procedure per l'adozione dell'attuale Costituzione italiana (SANTINELLO, 2012). Inizialmente, prima dell'avvio delle procedure per l'adozione della nuova Costituzione italiana, con la convocazione di un'Assemblea costituente a seguito dello svolgimento delle elezioni nazionali, allo Stato fascista centralizzato si opposero le forze, in particolare della Resistenza italiana e del Partito Popolare Italiano di Don Luigi Sturzo, secondo cui le regioni avrebbero dovuto essere l'elemento chiave della ricostruzione democratica dello Stato. Il progetto di Costituzione presentato all'Assemblea Costituente italiana fu preparato dalla *Commissione dei 75*<sup>9</sup>, che aveva una composizione rappresentativa. All'interno della Commissione sono emerse diverse opinioni sulla natura centralizzata o decentrata dello Stato. In particolare, una visione, sostenuta principalmente dalla Democrazia Cristiana e dai suoi alleati, vedeva le regioni come garanzia di libertà civile (PINELLI, 2006). L'opinione op-

<sup>9</sup> Le informazioni sul lavoro e sul ruolo del Comitato dei 75 sono state tratte dall'archivio storico dell'Assemblea Costituente, parte del quale è disponibile sul sito ufficiale del Parlamento italiano (<https://www.camera.it/leg19/516?conoscerelacamera=118>).

posta, espressa dal Partito Comunista e da altri partiti di sinistra, rifiutava qualsiasi tendenza federale, sostenendo l'opzione unitaria e centralizzata del 1861 (PINELLI, 2006). Alla fine, la Commissione ha preferito la soluzione, piuttosto convergente con la prima opinione, di descrivere le caratteristiche fondamentali delle regioni nel progetto di Costituzione, secondo cui le regioni sono autonome, autosufficienti, rappresentative e dotate di mezzi sufficienti a garantire la loro autonomia economica (FIORAVANTI, 2009)<sup>10</sup>. La Costituzione italiana, essendo la Costituzione dei compromessi (*compromesso costituzionale*), proprio per lo sforzo compiuto durante la sua stesura per conciliare le opposte visioni politiche e giuridiche, all'articolo 5 introduce la regola del regionalismo, stabilendo un equilibrio tra l'indivisibilità e l'unità della Repubblica e il riconoscimento e la promozione dell'autonomia regionale.

Le due regioni insulari della Sicilia e della Sardegna sono regioni a statuto speciale, ovvero godono di una tutela e di un'autonomia particolari (regioni speciali) in base alla Costituzione stessa (articolo 116, comma 1). Entrambe le regioni insulari godono di autonomia politica, legislativa, amministrativa ed economica. Ciò che le distingue dalle regioni ordinarie è che l'organizzazione dei loro rapporti con lo Stato centrale non è prevista solo dalla Costituzione, ma anche dai loro statuti speciali, che specificano ulteriormente l'ampia autonomia di cui godono (PAJNO, 2009, 627-628; RUGGERI, 2024a). Inoltre, ciò che le distingue dalle altre regioni speciali è il fattore insularità, originariamente tutelato in modo esplicito e chiaro dall'articolo 119, comma 1, lettera *b*), della Costituzione. L'articolo 3 della Costituzione italiana, che faceva riferimento al "potenziamento del Sud e delle Isole", è stato poi eliminato nella revisione costituzionale del 2001 ed è stato recentemente ripristinato, con la previsione di un esplicito riferimento costituzionale, come comma 6 dell'articolo 119.

<sup>10</sup> Il dibattito sul tema è iniziato con la "proposta" o "agenda" del deputato democristiano Piccioni. Il Comitato dei 75 adottò l'ordine del giorno Piccioni che delineava le caratteristiche principali delle regioni. Ciò si evince dal verbale dell'Assemblea Costituente del 16 settembre 1947, citato in: [https://documenti.camera.it/\\_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed220/sed220.pdf](https://documenti.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed220/sed220.pdf). Per approfondimenti, si v.

#### 4.1.2. *Le regioni insulari autogovernate* (il caso della Grecia)

##### 4.1.2.1. *Dall'antichità classica al periodo dell'Impero Ottomano*

Nel periodo dell'antichità classica, il comunitarismo come modo di organizzare e amministrare uno specifico territorio, parte da un lato dalla dimensione evolutiva del fenomeno della *città*, come spiegato da Aristotele<sup>11</sup>, e dall'altro dalla partecipazione dei cittadini, che ne sono gli elementi costitutivi. Durante il periodo della conquista romana, si mantenne un regime di autonomia formale delle varie regioni greche sotto il dominio romano, senza che l'istituzione dell'organizzazione regionale fosse regolata nella sostanza e nei dettagli dal diritto romano. Queste istituzioni non solo non furono abolite durante il periodo dell'Impero Ottomano, ma costituirono anche il mezzo di base per l'esercizio dell'amministrazione locale, che veniva svolta dai prefetti regionali.

##### 4.1.2.2. *Il periodo della Rivolta Nazionale*

Le Costituzioni rivoluzionarie guardavano con diffidenza al fenomeno del comunitarismo, non solo come particolare modo di costituire e organizzare specifiche regioni, ma anche come forma di esercizio autonomo del potere. Questo spiega, tra l'altro, la significativa differenza tra la tradizione costituzionale greca e le tradizioni costituzionali degli altri Stati esaminati in precedenza (DERVITSIOTIS, 2019, 189). Invece dell'autonomia delle regioni territoriali, cioè della possibilità di stabilire norme primarie di diritto con i propri organi (autonomia normativa), si è scelta la possibilità dell'autogoverno, cioè dell'amministrazione, a livello esecutivo, dei propri affari locali.

La specificità (BESILA - VIKI, 2019, 165-166) delle regioni insulari fu già dal primo tentativo di regolamentare l'autogoverno locale nella Grecia rivoluzionaria, *l'Organizzazione delle Province Greche*, un fattore determinante per le modalità di organizzazione amministrativa e di divisione del territorio greco (BESILA - VIKI, 2019, 167-168). Fino alla sospensione della Costituzione di Troizina del 1827, che da un certo

<sup>11</sup> ARISTOTELE, *Politica*, versi 1252b 27-29.

punto di vista preparò la transizione verso un sistema costituzionale più centralizzato, non ci furono cambiamenti nell'organizzazione delle regioni insulari (KONTOGIORGIS, 2015). È da notare che lo sforzo sistematico di organizzare il governo locale, intrapreso dal governatore Ioannis Kapodistrias, era piuttosto vicino al principio dell'autonomia statale locale e regionale, piuttosto che al consolidamento dello Stato centralizzato (KONTOGIORGIS, 2015). Ciò è forse confermato dalla fisionomia della Costituzione Egemonica del 1832, che è l'unica delle Costituzioni della Rivoluzione ad essere così fortemente basata sulla sovranità politica delle "città" piuttosto che dello Stato centrale.

#### *4.1.2.3. Dalla monarchia assoluta alle riforme di Charilaos Trikoupis*

Uno dei primi atti della Reggenza bavarese fu quello di cambiare l'organizzazione del governo locale (PANTAZOPOULOS, 1993). Questo cambiamento può essere definito radicale, se si considerano gli sforzi compiuti fino a quel momento, soprattutto durante il periodo capodistriano, che miravano a stabilire un modello di graduale autonomia delle regioni dallo Stato centrale (PANTAZOPOULOS, 1993). Il modello bavarese, influenzato dai corrispondenti modelli francesi di uno Stato centrale forte, cercava di impiantare meccanismi di controllo del governo locale da parte dello Stato centrale (DERVITSIOTIS, 2019, 208-209). Durante il periodo della monarchia i cambiamenti nel campo del governo locale furono limitati.

Le ridistribuzioni o le riorganizzazioni che ebbero luogo nell'organizzazione delle autonomie locali dal 1864 (e sotto la Costituzione del 1864) fino al 1891 furono dettate, piuttosto, dalla continua espansione dei confini territoriali del territorio greco (BABALIOUTAS, 2023, 108-109). Tra gli eventi degni di nota di questo periodo c'è il tentativo fallito, anche se avanzato per l'epoca, del primo ministro Charilaos Trikoupis di istituire l'istituzione di comitati prefettizi elettivi (BESILA - VIKI, 2019, 171-172). L'elezione diretta dei loro membri avrebbe essenzialmente reso le prefetture l'organo intermedio tra lo Stato centrale e i demoî. Il concetto sopra esposto fu sviluppato anche in ambito italiano. L'istituzione di commissioni prefettizie, tra l'altro, avrebbe contribuito a un uso più efficiente della capacità fiscale locale attraverso l'imposizione di tasse locali a livello prefettizio. Sebbene in fase

embrionale, l'idea innovativa della natura locale dell'imposta e del suo utilizzo da parte delle autorità locali per garantire la loro autonomia fiscale si ritrova a metà del secolo successivo, nelle idee liberali di Luigi Einaudi (ARMAO, 204a, 283; ARMAO, 2024b), che influenzarono, su questo punto, le corrispondenti disposizioni della Costituzione italiana.

#### 4.1.2.4. *Dalla riforma di Eleftherios Venizelos alla riforma Kallikratis (legge n. 3852/2010)*

Le successive iniziative legislative intraprese seguirono, tra l'altro, il periodo turbolento della vita politica greca, associato all'emergere e allo sforzo di attuare la *Grande Idea*, alla catastrofica sconfitta del 1922, alla finalizzazione iniziale dei confini territoriali del territorio greco, all'instabilità politica fino alla Seconda Guerra Mondiale, nonché allo sforzo postbellico di riorganizzare lo Stato greco. L'iniziativa più importante di questo periodo, nel campo dell'organizzazione e dell'amministrazione delle regioni insulari, che servì da modello per le riforme successive, fu la legge del 1912 "sull'istituzione di comuni e comunità", promossa dal governo di Eleftherios Venizelos (BESILA - VIKA, 2019, 175).

Nel 1954, in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 1952 (MANESIS, 1980, 252-253) e alla revisione delle disposizioni in materia di decentramento e autogoverno, è stata emanata la legge n. 2888/1954 ("Codice dei Comuni e delle Comunità"), che ha rappresentato il primo tentativo sistematico di organizzare e definire il funzionamento degli organi di governo locale. Tuttavia, anche questa iniziativa legislativa ignorava la considerazione essenziale del fattore insularità. Il concetto di *isola* era del tutto formale ed era previsto dall'articolo 10 della legge in questione come confine naturale, che vietava di definire i confini di un comune o di una comunità il cui distretto coincidesse con i confini naturali di un'isola. In contrasto con quanto detto, allo stesso tempo, la Costituzione italiana (GRIFFI, 2021) del 1948, più vicina al funzionamento di uno "Stato regionale", prevedeva persino le modalità di determinazione dei confini delle province (Province) o di modifica dei confini dei comuni (Comuni); questioni che, in linea di principio, rientravano nella sfera dell'autonomia regionale e

richiedevano un coordinamento e una consultazione intraregionale (GRIFFI, 2021).

Il cambiamento costituzionale del 1974 e le modifiche costituzionali del 1975 e del 1986 non hanno inciso sulla struttura e sul funzionamento dell'amministrazione locale, che ha riconosciuto il fattore insulare solo come elemento formale della sua costituzione. Tutte le modifiche legislative che si sono susseguite fino al 2010, comprese quelle qualificate come *innovazioni istituzionali*, come la legge n. 2539/1997, non hanno elevato il fattore insularità a elemento essenziale nella differenziazione delle modalità di organizzazione e amministrazione di alcune regioni (VENIZELOS, 2002, 370). È da notare che la stessa Costituzione, all'articolo 101, fino alla revisione del 2001, non faceva esplicito riferimento alle condizioni speciali delle regioni insulari come elemento di formazione di un particolare modo di autogoverno.

È dovuto passare un decennio dalla revisione costituzionale del 2001, che è stata il punto di partenza per la costituzionalizzazione dell'insularità come criterio di divisione amministrativa del Paese, perché la legge prevedesse il fattore insularità come elemento di differenziazione e di uguaglianza sostanziale. Si ricorda che la revisione costituzionale del 2008, di portata limitata, ha trasformato l'enunciato interpretativo dell'articolo 101 sulla cura speciale delle regioni insulari e montane nel paragrafo 4 di tale articolo; successivamente, la legge n. 3852/2010 ("riforma Kallikratis") ha dato seguito a tale disposizione (VENIZELOS, 2022). La legge ha reso effettiva la designazione di alcune aree come *comunità insulari*, *comuni insulari* e *regioni insulari* e ha disciplinato in modo dettagliato ed esaustivo le loro competenze, avendo cura di realizzare un'effettiva parità non solo tra i comuni insulari e il resto dei comuni del Paese, ma anche tra le regioni insulari e le altre regioni.

La versione attuale, così come è stata modellata da emendamenti successivi e solitamente frammentari, all'articolo 2A, categorizza i demoî, tra l'altro, sulla base del criterio geomorfologico e del criterio della loro collocazione nella divisione amministrativa del Paese, confermando la precedente constatazione che la divisione amministrativa è la *conditio sine qua non* dell'organizzazione dell'autogoverno. I comuni insulari dotati di autogoverno sono i Comuni insulari grandi e medi e i Comuni insulari piccoli. La loro categorizzazione, elemento di ugua-

gianza sostanziale, giustifica la diversa definizione delle competenze dei comuni. Ai sensi dell'articolo 204, i Comuni insulari sono dotati di una serie di poteri sostanziali in vari settori, al fine di garantire che forniscano servizi efficaci in primo luogo ai loro abitanti, sulla base del principio di prossimità locale.

*4.2. L'istituzione di meccanismi di compensazione economica per superare gli svantaggi intrinseci di regioni insulari*

Le costituzioni moderne, oltre all'organizzazione del potere politico e alla tutela dei diritti individuali, regolano i rapporti tra lo Stato e l'economia privata, stabiliscono gli obiettivi dell'economia nazionale, i mezzi per sfruttare le risorse che producono ricchezza e altri capitali del Paese e per promuovere lo sviluppo regionale, e organizzano le modalità di esercizio della libertà economica e imprenditoriale. Lo Stato moderno si trova oggi in un periodo in cui il fattore economico è il criterio principale per le decisioni dei cittadini (CROUCH, 2006; DWORKIN, 2006; SANDEL, 2013). Allo stesso tempo, lo Stato democratico moderno è soggetto alle pressioni dell'internazionalizzazione e della privatizzazione, a causa della predominanza del fattore economico su quello politico (VENIZELOS, 2016, 170-171; DERVITSIOTIS, 2017, 565). In questo contesto, le esigenze di sviluppo e di economia delle varie aree territoriali di ogni Stato, così come dei vari settori dell'economia nazionale, sono particolarmente elevate.

Le regioni insulari, per l'elemento oggettivo della loro specificità geografica e territoriale, sono le più vulnerabili, in quanto “[l’insularità e la perifericità sono caratteristiche che non solo generano maggiori costi per i cittadini e le imprese, ma creano anche ritardi e debolezze nel processo di sviluppo [...]” (ARMAO, 2023, 16-17). Le disposizioni in materia delle Costituzioni, in particolare quelle dei Paesi mediterranei (Italia, Spagna, Grecia), garantiscono misure compensative per “mitigare gli svantaggi strutturali causati dalla discontinuità territoriale dovuta alle condizioni geografiche e per assicurare pari opportunità di sviluppo e di accesso al mercato unico europeo rispetto alle altre regioni” (ARMAO, 2023, 16-17).

La reintroduzione dell’insularità nella Costituzione italiana, come comma 6 dell’articolo 119 (ARMAO, 2023, 44-45) e addirittura in mo-



do da introdurre un obbligo costituzionale di contenuto positivo, è stata accompagnata dall'istituzione, nel bilancio del Ministero dell'Economia, del Fondo nazionale per la lotta agli svantaggi derivanti dall'insularità. Questa disposizione costituisce la base costituzionale non solo per la promozione e l'attuazione delle misure necessarie da parte delle istituzioni statali, ma stabilisce anche una corrispondente pretesa da parte delle due Regioni autonome insulari (Sicilia e Sardegna) di rafforzarle ulteriormente in una serie di settori. La Costituzione greca, all'articolo 106 par. 1 collega gli obiettivi dell'economia nazionale (instaurazione della pace sociale, tutela dell'interesse generale, sviluppo economico di tutti gli attori dell'economia nazionale) con la promozione dell'economia delle regioni montane, insulari e di confine. La specificazione di questa disposizione costituzionale da parte del legislatore comune ha assunto finora varie forme, sia economiche (equilibrio dei trasporti) che fiscali (regime fiscale speciale per le regioni insulari) (BOUMPA; PARALIKAS, 2021, 106; SKIADAS, 2017, 229).

Come già sottolineato, la Costituzione italiana prevede una serie di garanzie per l'autonomia regionale. Per questo motivo, le disposizioni in materia, che stabiliscono una particolare attenzione per le regioni insulari, non devono essere interpretate in modo frammentario, ma sistematico, all'interno di un quadro più ampio che regola le relazioni tra lo Stato centrale e le regioni. Nella Costituzione italiana l'insularità coesiste con i principi di coesione territoriale e sociale e con il principio di solidarietà (articolo 119, comma 5), al fine di promuovere lo sviluppo economico e ridurre le disuguaglianze economiche e sociali. Pertanto, la Costituzione stessa delimita l'applicazione normativa dell'insularità (ARMAO, 2023, 17-19). Il trattamento speciale delle regioni insulari non costituisce un trattamento preferenziale, che arriverebbe a capovolgere o a mettere in discussione lo sviluppo equilibrato di tutte le aree territoriali del territorio o a diventare una forma di discriminazione a scapito delle altre regioni. I limiti costituzionali al sostegno delle regioni insulari si trovano anche nella Costituzione greca, secondo la quale un'attenzione particolare per le regioni insulari non può compromettere gli obiettivi dell'economia nazionale. La promozione dell'economia delle regioni insulari, montane e di confine non è indipendente dalla tutela dell'interesse generale, dallo sviluppo equili-

brato dei settori dell'economia nazionale e dal consolidamento della pace sociale, ma è un mezzo per realizzarli.

La tutela dell'insularità, come base costituzionale per la creazione di meccanismi di equilibrio economico per superare gli svantaggi intrinseci di queste regioni, ha preceduto, in entrambi i Paesi, la politica europea delle isole. Non è un caso che la preoccupazione europea per lo sviluppo insulare, espressa nell'Atto Unico Europeo, sia stata espressa con un'attenzione particolare a queste tre regioni mediterranee nelle conclusioni del Vertice di Rodi (1988)<sup>12</sup>.

Oggi la politica insulare nazionale è arricchita, ampliata e utilizza gli strumenti della politica insulare europea attraverso l'incorporazione o l'applicazione diretta del diritto europeo. Oltre alle disposizioni costituzionali, le politiche insulari nazionali e le misure di sostegno adottate devono quindi tenere conto in particolare delle disposizioni del diritto europeo della concorrenza. In molte occasioni la politica insulare e il sostegno nazionale alle regioni insulari hanno rappresentato un punto di conflitto tra il diritto nazionale e quello europeo<sup>13</sup>.

## 5. Osservazioni conclusive

A volte nella realtà istituzionale si osserva la distanza tra la disposizione costituzionale sull'insularità e la realtà costituzionale così come si forma attraverso le decisioni giudiziarie e l'applicazione normativa di un articolo.

<sup>12</sup> Consiglio europeo, Conclusioni della Presidenza, Rodi 2 - 3 dicembre 1988, SN 4443/1/88, (8).

<sup>13</sup> ARMAO, (2023, 19), dove si fa riferimento ai casi delle "Azzorre" (CGCE, 6 settembre 2006, causa C - 88/03), dei "Paesi Baschi" (Corte di Giustizia 11 settembre 2008, cause riunite da C - 428/06 a C - 434/06, in Raccolta della giurisprudenza, 2008 I - 06747 - Union General de Trabajadores de la Rioja (UGT - Rioja), - Corte di giustizia, 11 settembre 2008, cause riunite da C - 428/06 a C - 434/06) e "Gibilterra" (Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2008, cause riunite da T - 211/04 a T - 215/04, Commissione contro Governatorato di Gibilterra). Governatorato di Gibilterra e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord).

- Ad esempio, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 95 del 30 maggio 2024<sup>14</sup>, in parte di inammissibilità e in parte di infondatezza delle disposizioni della legge di bilancio per il 2023 impugnate dalla Regione Autonoma della Sardegna, interviene per la prima volta sull'applicazione della novella che ha integrato l'articolo 119 della Carta fondamentale (legge costituzionale n. 2 del 2022). Come nota il professor G. Armao (ARMAO, 2024b, 675) "a proposito di questa sentenza, il concetto di insularità è rimasto sullo sfondo, così come rimane taciuto in gran parte della legislazione e della pianificazione, rendendo più che tangibile il rischio che il *diritto costituzionale all'insularità* dei cittadini diventi *lettera morta*".

- L'insularità è un elemento chiave del sistema regionale italiano e quindi condiziona l'attuazione dell'autonomia differenziata. L'insularità diventa quindi una condizione di costituzionalità dell'autonomia differenziata, in primo luogo perché l'articolo 116, comma 3, rimanda direttamente ai principi dell'articolo 119 (LOLLO, 2023, 510) e, in secondo luogo, perché le conseguenze del regionalismo differenziato devono essere ponderate con lo status speciale delle regioni insulari (regioni autonome di Sicilia e Sardegna) (ARMAO, 2024a, 275-280; BIFULCO, 2019, 266; MACI, 2022; MORELLI, 2023, 2). Pertanto, il modo

<sup>14</sup> Il ricorso della Regione Autonoma della Sardegna alla Corte Costituzionale ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 494 e 495, della legge n. 197/2022 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023 - 2025), nella parte in cui non assegna, nel triennio 2023-2025, alla Regione Autonoma della Sardegna risorse sufficienti a garantire un completo ed efficiente sistema di collegamenti aerei da e per il territorio periferico. Il punto comune a tutti i ricorsi e ai presunti motivi di incostituzionalità è quello dell'insularità. In altre parole, si è sostenuta non solo la violazione autonoma dell'articolo 119, comma 6, della Costituzione, ma anche il fatto che lo stesso articolo rafforza l'effetto normativo di altre disposizioni costituzionali, che stabiliscono principi quali la ragionevolezza, la leale collaborazione e l'autonomia economica delle Regioni o prevedono la distribuzione della potestà legislativa a livello statale e regionale. La Corte ha quindi avuto l'opportunità, dopo il ripristino della tutela costituzionale dell'insularità con la riforma costituzionale del 2022, di tracciare nuovi percorsi giurisprudenziali, essendo chiamata per la prima volta a definire il contenuto normativo dell'insularità. La sentenza è disponibile all'indirizzo: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Si veda in particolare il commento critico di ARMAO (2024b, 645 ss.; 2024c).

in cui la legge sull'autonomia differenziata<sup>15</sup> verrà attuata o meno avrà sicuramente un impatto sulla situazione delle regioni insulari, poiché le conseguenze di questo disegno di legge potrebbero portare al rafforzamento delle regioni più ricche del nord (la cosiddetta "secessione

<sup>15</sup> La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 192 del 2024, si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale della "legge Calderoli" (n. 86/2024) sollevata dai ricorsi di alcune regioni (Campania, Puglia, Sardegna e Toscana). Tale sentenza non è unilaterale, nel senso che, da un lato, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'intera legge sull'autonomia differenziata delle Regioni ordinarie sollevata nei ricorsi, riconoscendo così implicitamente la coerenza dell'art. 116, comma 3, della Costituzione con il sistema costituzionale delle autonomie territoriali; dall'altro, ha ammesso la costituzionalità di diverse disposizioni, trovando diverse ragioni di giustificazione. Così, da un lato, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della stessa legge, per cui la sentenza è stata in parte dichiarativa dell'incostituzionalità delle disposizioni, che sono state così eliminate dall'ordinamento giuridico, e in parte interpretativa dell'accoglimento della costituzionalità di parte della legge, fornendo così un'interpretazione orientata alla costituzionalità di alcune delle disposizioni in questione, mantenendole così in vigore. Inoltre, in una successiva sentenza (n. 10/2025), la stessa Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della citata legge n. 86 del 2024 "come risulta dalla decisione della Corte Costituzionale n. 192 del 2024, richiesta dichiarata conforme alla legge, con ordinanza emessa il 12 dicembre 2024, dal Servizio Centrale per il Referendum [...]". Si chiarisce inoltre che le questioni prese in esame (di cui alla sentenza n. 192/2024) non riguardano specificamente il tema dell'insularità (e della coesione insulare), ma in relazione alle regioni insulari come regioni a statuto speciale; la Corte Costituzionale osserva che "l'estensione della legge n. 86 del 2024, e quindi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, alle regioni a statuto speciale, le quali, al contrario, per ottenere maggiori forme di autonomia, possono ricorrere alle procedure previste dal proprio statuto speciale". Questa decisione è destinata a rallentare il processo di attuazione della riforma. Pertanto, "[l]o scenario che si delinea [...] impone al Parlamento italiano un nuovo intervento legislativo. Una legge di attuazione ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 116, terzo comma, della Costituzione. 116, terzo comma, della Costituzione, norma che, come ricordato nella sentenza 2025, non può essere oggetto di referendum abrogativo, ma eventualmente solo di revisione costituzionale, [...]".

Si veda la sentenza in questione e quella più recente (10/2025) disponibili su: [https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param\\_ecli=ECLI:IT:COST:2024:192](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2024:192) e [https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param\\_ecli=ECLI:IT:COST:2025:10](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2025:10). Per un commento alle sentenze si veda tra gli altri ARMAO (2024b); CECCANTI (2024); PINELLI (2024, 1 – 3); POGGI (2025, 1 – 7); SPADARO (2025, 1 ss); RUGGERI (2024b).

dei ricchi”), ampliare il divario Nord-Sud, smantellando la coesione territoriale, sociale, politica ed economica, creando una situazione di frammentazione e parcellizzazione degli interessi.

Anche in Grecia la giurisprudenza sembra ignorare l'autonoma tutela costituzionale delle regioni insulari. Ad esempio, per quanto riguarda la legislazione urbanistica,<sup>16</sup> al fine di tutelare la particolare fisionomia delle isole, non cita il principio di insularità come base costituzionale, ma fonda la tutela costituzionale sul diritto all'ambiente, indebolendo la sua autonomia normativa. Mentre, a livello di politica costituzionale, in vista della revisione della Costituzione che si prospetta, nessuno fa riferimento alla necessità di un sostanziale rafforzamento dell'autogoverno, con il risultato che le regioni insulari dipendono esclusivamente dalla prospettiva dello Stato centrale, il che crea alcuni paradossi. Creta, ad esempio, è descritta come una “regione continentale” nella legge sul governo locale,<sup>17</sup> mentre la legge sulla politica marittima<sup>18</sup> la definisce come una regione insulare. Ma come può la politica marittima essere attuata da una regione che non è amministrativamente un'isola?

<sup>16</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza della Quinta Sezione (n. 860/2024) del Consiglio di Stato, che riguarda, tra l'altro, le modalità di misurazione dell'altezza massima ammissibile di un edificio.

<sup>17</sup> Come risulta dall'articolo 205 e dalla definizione delle competenze delle regioni insulari, che comprendono quelle dell'Egeo settentrionale, meridionale e ionico. Si veda la legge in questione, disponibile all'indirizzo <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/132966/nomos-3852-2010>.

<sup>18</sup> La suddetta legge (disponibile all'indirizzo: <https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/749097/nomos-4832-2021>) è intitolata “Ratifica del Codice di legislazione sulla politica marittima integrata nell'area insulare e sul meccanismo di attuazione, la vigilanza statale e le condizioni generali per l'attuazione del trasporto equivalente” e all'articolo 3 prevede quanto segue: “Articolo 3 Ambito di applicazione: 1. La Strategia nazionale per la politica marittima integrata nella regione insulare, come definita all'articolo 2, si applica: a) alle regioni prettamente insulari della Grecia, ovvero Creta, Mar Ionio, compresa Lefkada, Egeo settentrionale, Egeo meridionale.

Infine, guardiamo alla prospettiva europea, dove, sebbene ci siano molti commissari con responsabilità in materia di politica insulare<sup>19</sup> (come il commissario per il Mediterraneo), l'Unione non ha una politica insulare coerente, che ci permetterebbe di attuare misure per superare gli svantaggi dell'insularità in modo multiforme.

L'insularità e la cultura insulare, scolpite attraverso le rotte marittime, come elementi di espressione culturale e di assimilazione, come testimonia la presenza dei greci nelle regioni dell'Italia meridionale attraverso la costituzione delle prime colonie, hanno costituito la base del riconoscimento della specificità insulare da parte delle costituzioni moderne.

Una particolarità che è un elemento dell'identità costituzionale, soprattutto dei Paesi mediterranei, che riservano un'attenzione particolare alle loro regioni insulari e ai loro abitanti, non solo per un obbligo giuridico, ma soprattutto perché in questo modo convalidano e confermano la propria cultura, le basi storiche su cui hanno sostenuto e fondato la creazione delle loro moderne forme di Stato. Non è esagerato, quindi, affermare che la somma di queste particolarità di queste Costituzioni, in particolare quella greca e quella italiana, può essere spiegata con il termine "costituzionalismo del sud", che, in quanto parte integrante delle tradizioni giuridiche dei Paesi mediterranei dell'Unione europea, è elevato a valore europeo attraverso l'articolo 2 del Trattato dell'Unione europea, che è il "punto di incontro" e di articolazione delle identità e dei valori costituzionali.

Dopotutto, l'insularità greca e italiana offrono all'Europa i fondamenti della cultura e della bellezza, che andrebbero persi o scomparirebbero senza la loro effettiva ed efficace protezione, privando l'Unione Europea dell'unico velo di specificità che le è rimasto.

<sup>19</sup> Ad esempio, alcune delle competenze relative all'insularità sono detenute dal Commissario per i trasporti e il turismo sostenibile, dal Commissario per la pesca e gli oceani e dal Commissario per il Mediterraneo.

*Riferimenti bibliografici*

- Ainis, M., & Sgarbi, V. (2017). *La Costituzione e la bellezza*. La nave di Teseo. Milano.
- Arban, E. (2017). Carlo Cattaneo e Gaetano Salvemini: la modernità del loro federalismo. *The Italian Law Journal*, 3(2), 272–301. <https://theitalianlawjournal.it/data/uploads/3-italj-2-2017/pdf-singoli/277-arban.pdf>.
- Arban, E. (2023). *Italian regionalism and the federal challenge. Reconciling economic regionalism and solidarity (Il regionalismo italiano e la sfida federale: conciliare regionalismo economico e solidarietà)*. Palgrave Macmillan. Londra.
- Armao, G. (2023). La prospettiva dell'insularità nel diritto dell'UE. *federalismi.it*, 22, 13 – 47. <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=49314&dpath=document&dfile=05092023155333.pdf>.
- Armao, G. (2024a). Ubi insula, ibi jus speciale. Il principio di coesione insulare alla prova del regionalismo differenziato. *Nuove Autonomie*, 1(Spec.), 259–291.
- Armao, G. (2024b). L'incerta consistenza del “principio di coesione insulare” nella prima lettura della Corte costituzionale. *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 3–4, 645–675.
- Armao, G. (2024c). Il “principio di coesione insulare” e l'incerta lettura della Corte costituzionale. *Nuove Autonomie*, 1, 426–460.
- Babalioutas, L. (2023). *Il quadro istituzionale moderno della pubblica amministrazione greca* (Vol. 1, 4a ed.). Sakkoulas. Atene–Salonicco.
- Besila-Vika, E. (2019). *Governo locale* (Vol. 1, 4a ed.). Sakkoulas. Atene–Salonicco.
- Bifulco, R. (2019). I limiti del regionalismo differenziato. *Rivista*, 4, 261–283. <https://iris.luiss.it/retrieve/e163de42-5099-19c7-e053-6605fe0a8397/Regionalismo%20differenziato%20x%20AIC.pdf>.
- Bin, R., & Pitruzzella, G. (2014). *Diritto costituzionale* (XV ed.). Giappichelli. Torino.
- Boumpa, A., & Paralikas, A. (2021). The Greek Archipelago: A unique representative case study of differential legal status and of double insularity. *Liverpool Law Review*, 42, 99–109.

- Ceccanti, S. (2024). Sulla ordinanza della Corte di Cassazione in materia di referendum abrogativo della legge sull'autonomia differenziata. <https://stefanoceccanti.it/lordinanza-della-cassazione-sul-referendum-autonomia-e-una-nota-critica/>.
- Cecchetti, M. (2008). Attualità e prospettive della “specialità” regionale alla luce del ‘regionalismo differenziato’ come principio di sistema. *federalismi.it*, 23, 1 –1 9. <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=11474>.
- Citino, Y. M. (2023). I significati costituzionali dell’insularità nello Stato democratico e pluralista. *DPCE Online*, 60(3), 2907 – 2919. <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/2008/2093>.
- Ciuffoletti, Z. (1994). *Federalismo e regionalismo: da Cattaneo alla Lega*. Laterza. Roma–Bari.
- Crouch, C. (2006). *Post-democracy*. A. A. Kioupkiolis (Trad. in greco). Pendulum. Atene.
- Del Vecchio, G. (1962). Il diritto naturale come fondamento di una società del genere umano. <https://www.jstor.org/stable/42735134>.
- Dervitsiotis, A. (2017). La revisione della Costituzione e il corso della Terza Repubblica ellenica. *Rivista di diritto pubblico e amministrativo*, 3, 561–568.
- Dervitsiotis, A. (2019). *Il concetto di governo*. P.N. Sakkoulas. Atene.
- Desideri, C. (2015). *Regioni politiche e territori. Per una storia del regionalismo italiano*. Giuffrè. Milano.
- Dworkin, R. (2006). *Equality of welfare & equality of resources*. Gr. Molyva (Trad. in greco). Polis. Atene.
- Fioravanti, M. (2008). Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sull’attuazione della Costituzione repubblicana. [https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/FIOR/FIORAVANTI\\_60-Constituzione\\_2-3\\_10\\_08.pdf](https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/FIOR/FIORAVANTI_60-Constituzione_2-3_10_08.pdf).
- Griffi, A. P. (2021). Articoli 131, 132 e 133. In *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo. Vol. 2: Ordinamento della Repubblica (Artt. 55–139) e Disposizioni transitorie e finali*. Giappichelli. Torino.
- Kastoriadis, K. (2007). *La specificità greca. Vol. 1. Da Omero a Eraclito – Seminari 1982 – 1983*. Rassegna. Atene.



- Kontogiorgis, G. (2015). *Lo "Stato" di Kapodistrias. Una valutazione comparativa in relazione all'autocrazia dell'epoca e allo Stato nazionale*. Sakkoulas. Atene.
- Lollo, A. (2023). Prime note sul (nuovo) procedimento di attuazione del regionalismo differenziato. *Diritti regionali*, 2, 501–536. <https://www.dirittiregionali.it/wp-content/uploads/2023/05/documento-integrale-20.pdf>.
- Maci, P. (2022). Regionalismo differenziato: tra bulimia di autonomia e rischi di ingovernabilità. *federalismi.it*, 19, 111–145. <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=47562&dpath=document&dfile=26072022233657.pdf&content=Regionalismo%2Bdifferenzia-to%3A%2Btra%2Bbulimia%2Bdi%2Bautonomia%2Be%2Brischi%2Bdi%2Bingovernabilit%C3%A0%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>.
- Manesis, A. (1967). *Diritto costituzionale* (Pubblicazioni universitarie, Vol. A). Sakkoulas. Atene–Salonico.
- Martucci, R. (2002). *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848–2001)*. Carocci. Roma.
- Mavrias, K. (2021). *Diritto costituzionale*. P.N. Sakkoulas. Atene.
- Morelli, A. (2023). Introduction to the seminar on *Il disegno di legge recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario"*. *I Paper di Diritti regionali*, 1, 2 – 6. <https://www.dirittiregionali.it/wp-content/uploads/2023/05/documento-integrale-6.pdf>.
- Pajno, S. (2009). Il regionalismo nel sistema costituzionale italiano. *D&Q*, 9, 625 – 642. [www.dirittoequestioniopubliche.org/page/2009\\_n9/05\\_studi-08\\_S\\_Pajno.pdf](http://www.dirittoequestioniopubliche.org/page/2009_n9/05_studi-08_S_Pajno.pdf).
- Pinelli, C. (2006). La Costituzione del 1948 e il referendum del 2006: spunti di riflessione. *European Constitutional Law Review*, 2, 329–340.
- Pinelli, C. (2024). Perché la disciplina dell'autonomia differenziata non va intesa come “una monade isolata” (Osservazione a Corte cost. n. 192 del 2024). *Diario di diritto pubblico*. <https://www.diariodidirittopubblico.it/>.
- Poggi, A. M. (2025). Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare. *federalismi.it*, 1, 1–7. <https://www.federalismi.it/>.

- Pollicino, O. (2021). Articolo 80. In *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo. Vol. 2: Ordinamento della Repubblica (Artt. 55–139) e Disposizioni transitorie e finali*. Giappichelli. Torino.
- Ross, W. D. (2010). *Aristotele*. Edizioni della Fondazione Culturale della Banca Nazionale di Grecia. Atene.
- Rossello, D. (2012). *Hobbes and the Wolf-Man: Melancholy and animality in modern sovereignty. New Literary History*. Johns Hopkins University Press.
- Ruggeri, A. (2024a). L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della Costituzione. *Diritti regionali*, 1, 172 –217. <https://www.dirittiregionali.it/>.
- Ruggeri, A. (2024b). Sovranità statale e autonomia regionale: quale il senso della loro distinzione? *Diritti regionali*, 3, 1 – 20. <https://www.dirittiregionali.it/>.
- Sabine, G. (1980). *Storia delle idee politiche*. Atlantide. Atene.
- Sandel, M. (2013). *Justice: What's the right thing to do?*. A. Kioupkiolis (Trad. in greco). Polis. Atene.
- Santinello, P. (2012). *La vicenda storica del regionalismo. Dall'unità d'Italia alla caduta del fascismo*. Il Mulino. Bologna.
- Spadaro, A. (2025). La “quadratura del cerchio”... o della sent. cost. n. 192/2024. *Diritti regionali*, 1, 1 – 30. <https://www.dirittiregionali.it/wp-content/uploads/2025/01/documento-integrale.pdf>.
- Tsatsos, D. (2021). *Politia*. Pubblicazione elettronica del Centro di diritto costituzionale europeo – Fondazione Themistocles e Dimitris Tsatsos. Atene. <https://www.epoliteia.gr/wp-content/uploads/2022/04/%CE%A0%CE%9F%CE%9B%CE%99%CE%A4%CE%95%CE%99%CE%91.pdf>.
- Venizelos, E. (2002). *L'acquis revisionista (Il fenomeno costituzionale nel XXI secolo e il contributo della revisione del 2001)*. Ant. N. Sakkoulas, Atene – Komotini.
- Venizelos, E. (2016). *Trasformazioni dello Stato e integrazione europea. Lezioni dalla crisi economica: Il caso greco*. Polis. Atene.
- Venizelos, E. (2022). *Lezioni di diritto costituzionale*. Sakkoulas. Atene – Salonicco.



DUE TOMI INDIVISIBILI

euro 150,00

ISBN 979-12-235-0691-2



9 791223 506912